

QUESITI

SALVATORE TESORIERO

Riforma della sentenza e riapertura dell'istruttoria in appello

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il *dictum* della sentenza Salute: la necessità del contatto diretto tra giudice e prova anche in assenza della riforma “radicale” della sentenza. - 3. La scarsa utilità della nozione di riforma “radicale”. - 4. Fondamento e presupposti della rinnovazione della prova nella giurisprudenza europea e nazionale. - 5. Riqualficazione giuridica in appello e riapertura dell'istruttoria. - 5.1. La rideterminazione del *nomen iuris* nell'appello della sentenza di condanna: il caso *Totja c. Romania*. - 6. Riconoscimento di una circostanza aggravante e riapertura dell'istruttoria. - 7. Altri casi problematici di rinnovazione obbligatoria della prova. - 8. Riapertura dell'istruttoria e dichiarazioni dell'imputato. - 9. Il «proscioglimento» in primo grado come limite all'obbligo di rinnovazione: il nuovo art. 603, co. 3-*bis*, c.p.p.

1. Premessa

Secondo una tradizionale espressione siciliana «*u fattu è nenti, è comu si cuntà*». Così avviene nel processo penale, in cui i fatti del passato non possono che ricostruirsi attraverso l'esperienza probatorio che si svolge nel presente. Quando la prova è narrativa, allora, è ciò che «*si cuntà*» a mettere il giudice in contatto con ciò che fu¹.

La saggezza popolare - è noto - non conosce confini. Così, da tempo, anche i giudici di Strasburgo ricordano agli Stati nazionali l'importanza del contatto diretto tra chi decide e chi racconta il fatto, tanto da riconoscere una violazione dell'art. 6 C.E.D.U. nell'ipotesi di ribaltamento di una decisione assolutoria non preceduta dalla rinnovazione, davanti al giudice dell'impugnazione, della prova dichiarativa rivelatasi decisiva ai fini della pronuncia sulla responsabilità. Lo hanno - da ultimo - ribadito anche con riferimento ad un caso che ha visto coinvolto lo Stato italiano, rilevando l'incompatibilità con l'art. 6 C.E.D.U. della condanna emessa per la prima volta in appello sulla base di una rivalutazione in *malam partem* meramente cartolare del medesimo compendio istruttorio che aveva fondato la prima decisione assolutoria².

¹ Per l'evocazione in ambito processuale penale del “detto” proposto nel testo v. LOZZI, *Il contraddittorio in senso oggettivo e il rito abbreviato*, in *Giur. cost.*, 2009, 2055 s.; RANDAZZO, *Insidie e strategie dell'esame incrociato*, Milano, 2008, 3.

² Corte EDU, 29 giugno 2017, Lorefice c. Italia. In precedenza, tra le tante, Id., 26 maggio 1988, *Ekbatani c. Svezia*; Id., 18 maggio 2004, *Destrehem c. Francia*; Id., 5 luglio 2011, *Dan c. Moldavia*; Id., 26 giugno 2012, *Gaitanaru c. Romania*; Id., 9 aprile 2013, *Flueras c. Romania*; Id., 4 giugno 2013, *Hanu c. Romania*; Id., 5 luglio 2016, *Lazu c. Moldavia*, consultabili, come tutte le decisioni della Corte di Strasburgo che verranno citate, sul sito istituzionale all'indirizzo internet: hudoc.echr.coe.int. In senso contrario, va registrata - tuttavia - una recente presa di posizione dei giudici di Strasburgo: nel caso

Spinta dagli obblighi d'interpretazione conforme alla C.E.D.U., anche la giurisprudenza interna di legittimità reputa ormai «assolutamente necessaria» (art. 603, co. 3, c.p.p.) la rinnovazione della prova dichiarativa decisiva ai fini della riforma in secondo grado della pronuncia assolutoria³.

La cd. riforma Orlando, da ultimo, introducendo nell'art. 603 c.p.p. il co. 3 *bis*, ha conferito veste normativa all'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale «in caso di appello del pubblico ministero avverso la sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa»⁴.

L'innesto nel giudizio di secondo grado di un'ipotesi di necessaria riapertura officiosa dell'istruttoria ha sollevato numerosi quesiti problematici, giunti frequentemente all'attenzione dei giudici di legittimità⁵; ad alcuni hanno dato,

Kashlev c. Estonia è stata negata la violazione dell'art. 6 C.E.D.U. a fronte di una condanna emessa per la prima volta in appello senza una nuova escussione delle fonti dichiarative, valorizzando la mancata richiesta - da parte dell'imputato - di rinnovare la prova dichiarativa (già assunta in contraddittorio in primo grado) e la presenza di un'accurata motivazione idonea ad escludere che la prova fosse stata valutata in modo arbitrario o irragionevole (Corte EDU, 26 aprile 2016, *Kashlev c. Estonia*).

³ V., per tutte, Sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta, in *Cass. pen.*, 2016, 3203, con nota di AIUTI, *Poteri d'ufficio della Cassazione e diritto all'equo processo*, *ivi*, 3214 s.; la sentenza è stata oggetto di numerosi commenti in dottrina: v., in particolare, CAPONE, *Prova in appello: un difficile bilanciamento*, in *Processo penale e giustizia*, 6, 2016, 41 ss.; GIUNCHEDI, *Ulisse approda ad Itaca. Le Sezioni unite impongono la rilevabilità d'ufficio*, in *questa rivista*, web, 2016, n. 2; LORENZETTO, *Reformatio in peius in appello e processo equo (art. 6 CEDU): fisiologia e patologia secondo le sezioni unite*, in *www.penalecontemporaneo.it*; volendo, TESORIERO, *Luci e ombre della rinnovazione dell'istruttoria in appello per il presunto innocente*, in *Giust. pen.*, 2017, III, 79 ss.

⁴ Art. 1 co. 58 l. 23 giugno 2017, n. 103.

⁵ Tra i tanti temi critici si segnalano le controverse applicazioni rispetto: *a)* al campo di operatività dell'istituto vuoi con riferimento alla natura del rito (è doverosa la rinnovazione solo nel giudizio ordinario o anche nel giudizio abbreviato?) vuoi in relazione al tipo di riforma (solo per il ribaltamento dell'assoluzione o anche per gli altri tipi di riforma?); *b)* ai presupposti (è obbligatorio riascoltare la fonte anche nell'ipotesi di rivalutazione della credibilità estrinseca? E in caso di modifica delle sole inferenze giudiziali?); *c)* alla tipologia di fonti istruttorie (la rinnovazione concerne tutti i tipi di prova dichiarativa?); *d)* alla natura e al regime di rilevabilità del conseguente vizio processuale (una forma di invalidità o un vizio di motivazione? rilevabile d'ufficio o su istanza di parte?). Si tratta di quesiti con i quali si è misurata di recente la dottrina. Tra i molti contributi, v., per tutti: AIUTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il libero convincimento del giudice d'appello*, in *Cass. pen.*, 2014, 3963; BRONZO, *Condanna in appello e rinnovazione della prova dichiarativa*, in *questa rivista*, n. 3, 2014, 242 ss.; CAPONE, *Dopo Dan c. Moldavia. Per un processo di parti nell'appello penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1012 s.; CHINNICI, *La rinnovazione in appello*, in *questa rivista*, web, 2015, n. 3; FIORIO, *Il diritto al controllo e la riforma della sentenza di assoluzione*, in *Regole europee e processo penale*, a cura di Gaito e Chinnici, Padova, 2016, 247 ss.; GAITO, *Vecchio e nuovo a proposito della rinnovazione in appello*, in *questa rivista*, web, 2015, n. 3; LUPARIA-BELLUTA, *Alla ricerca del vero volto della sentenza Dasgupta. Alle Sezioni unite il tema della rinnovazione probatoria in appello dopo l'assoluzione in abbreviato non condizionato*, in *www.penalecontemporaneo.it*; RECCHIONE, *Diritto al controllo e canoni per la riforma della sentenza di assoluzione*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 563 ss.; nonché, volendo, TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della*

di recente, risposta le Sezioni unite affermando, da un lato, che l'inottemperanza dell'obbligo di riascoltare la fonte dichiarativa integra un vizio di motivazione rilevabile in cassazione ogni qual volta il ricorrente abbia censurato la mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità dell'apparato argomentativo con riferimento alla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, pur senza fare specifico riferimento al principio C.E.D.U. (sentenza Dasgupta⁶), dall'altro, che l'obbligo di rinnovazione deve estendersi anche al giudizio abbreviato d'appello non condizionato (sentenza Patalano⁷).

Sul tappeto, tuttavia, rimangono numerosi temi critici. La sentenza in esame si misura, in particolare, con uno dei nodi irrisolti, costituito dalla necessità (o meno) di rinnovare l'istruttoria anche nelle ipotesi di riforma diverse dal ribaltamento integrale della sentenza assolutoria in condanna, che costituisce il tradizionale perimetro di operatività dell'istituto. Incidentalmente, poi, pur senza affrontare l'argomento, la sentenza introduce la problematica relativa alla tipologia delle fonti dichiarative da riassumere, dal momento che la Cassazione investe il giudice di rinvio dell'obbligo di procedere ad un nuovo esame dell'imputato.

Sullo sfondo si staglia, da subito, la necessità di individuare il punto di equilibrio tra esigenze non sempre in sintonia. Da un lato, infatti, l'interprete è chiamato a neutralizzare disparità di trattamento rispetto a situazioni in cui vengono in rilievo ragioni di tutela dell'immediatezza analoghe a quelle risultanti nella tipica ipotesi di ribaltamento della sentenza assolutoria; dall'altro, è indispensabile misurare le ricadute sistematiche delle operazioni di estensione della garanzia con riferimento alla ragionevole durata del processo e alla struttura del secondo grado di giudizio.

CEDU, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, n. 3-4, 257 ss.

⁶Chiamata a pronunciarsi sul limitato quesito relativo alla rilevanza d'ufficio del vizio in sede di legittimità, le Sezioni unite hanno allargato lo spettro argomentativo affrontando alcuni dei nodi fondamentali della riapertura dell'istruttoria. In particolare, inquadrando l'istituto nel canone costituzionale della presunzione d'innocenza, è stato rilevato che nell'ipotesi di appello del pubblico ministero o della parte civile avverso la sentenza assolutoria fondata sulla valutazione di prove dichiarative, il giudice d'appello che intenda ribaltare la prima decisione deve rinnovare, anche d'ufficio, ogni tipo di prova dichiarativa che rivesta carattere di decisività ai fini del ribaltamento del giudizio.

⁷Cass., Sez. un., 19 gennaio 2017, Patalano, in *Mass. Uff.*, n. 269786 e in massima in *questa Rivista*, web, 2017, n. 2, con nota di 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*; sulla sentenza v. inoltre i commenti di AIUTI, *Brevi note in tema di abbreviato in appello*, in *Parola alla difesa*, 2017, p. 323 ss.; BELLUTA-LUPARIA, *Ragionevole dubbio e prima condanna in appello: solo la rinnovazione ci salverà?*, in www.penalecontemporaneo.it.

2. Il *dictum* della sentenza Salute: la necessità del contatto diretto tra giudice e prova anche in assenza della riforma “radicale” della sentenza

Come anticipato, il principale nodo problematico esaminato nella sentenza in commento concerne il perimetro di operatività del dovere di riassumere la prova dichiarativa decisiva: «la questione che si pone nel caso di specie è se (...) l'obbligatorietà della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale sia applicabile anche nei casi in cui non si abbia una riforma “radicale” della sentenza di primo grado», intendendosi quale riforma “radicale” il ribaltamento, all'esito del giudizio di appello, dell'assoluzione in condanna o della condanna in assoluzione.

Nella specie, gli imputati erano stati prosciolti in primo grado, con sentenza di non doversi procedere per intervenuta prescrizione, dai reati di violenza privata ed esercizio arbitrario delle proprie ragioni in seguito alla riqualificazione, da parte del Tribunale, dei fatti di cui all'imputazione, inquadrati dall'accusa nella più grave fattispecie di tentata estorsione aggravata dall'art. 7 legge n. 203 del 1991 (cd. aggravante mafiosa). Accogliendo gli appelli del Pubblico ministero, del Procuratore generale presso la Corte d'appello e della parte civile, il giudice di secondo grado rideterminava nuovamente il *nomen iuris*, riconducendo i fatti nell'originario titolo di tentata estorsione aggravata, e, in riforma della precedente decisione, condannava gli imputati, senza procedere alla riassunzione delle fonti dichiarative già escusse in contraddittorio nel corso del primo giudizio. Sollecitata anche da alcuni ricorrenti, la Corte di cassazione era chiamata pertanto a pronunciarsi sull'esistenza di un vizio nella sentenza impugnata conseguente all'inottemperanza, da parte del giudice d'appello, dell'obbligo di rinnovare la prova narrativa a fronte della riqualificazione *in peius* del fatto e della condanna degli imputati (già prosciolti in primo grado in seguito all'accertata prescrizione dei titoli di reato meno gravi)⁸.

Senza indugiare sull'inquadramento giuridico della patologia⁹, la Cassazione pone a fondamento della propria conclusione - affermativa - due argomenti attraverso i quali vengono riproposti altrettanti orientamenti di legittimità.

⁸Non viene, invece, in rilievo nel caso di specie il diverso profilo della tutela del diritto al contraddittorio sulla qualificazione giuridica adottata dal giudice d'appello (sul quale v. la nota sentenza Corte EDU, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia) dal momento che, all'esito del secondo giudizio, era stato ripristinato il *nomen iuris* originariamente contestato dal P.m. in relazione al quale gli imputati avevano articolato le proprie difese già in primo grado.

⁹Ricondotta, come detto, dalle Sezioni unite nel difetto di motivazione (Sez. un. Dasgupta, cit.). Nel caso di specie, tuttavia, un supplemento di analisi sull'inquadramento della fattispecie nell'ambito dei casi di cui all'art. 606 c.p.p. sarebbe risultato più che opportuno considerato che nei ricorsi il vizio viene diversamente dedotto, ora nelle forme di una nullità della sentenza, ora nei termini della carenza di

Da un lato, l'obbligo di rinnovazione viene agganciato alla modifica in appello del giudizio di attendibilità della prova dichiarativa: «il giudice ha l'obbligo di (...) escutere nuovamente i dichiaranti qualora valutati diversamente la loro attendibilità rispetto a quanto ritenuto in primo grado».

Dall'altro, attraverso un ampio richiamo, viene valorizzato il ragionamento seguito dalle Sezioni unite nella sentenza Dasgupta dal quale si deduce la necessità di rinnovare l'istruttoria ogni qual volta l'imputato sia esposto al rischio di "effetti pregiudizievoli" che possano derivare dalla rivalutazione della prova dichiarativa da parte del giudice d'appello.

Vi è un sottile scarto tra le due argomentazioni, destinato ad ampliarsi ove si ricostruisca la diversità delle relative *rationes* e se ne esemplifichino le opposte conseguenze applicative: la prima evoca il principio di immediatezza e conduce a ritenere obbligatoria la riapertura dell'istruttoria anche in caso di riforma di una sentenza di condanna, persino *in melius*¹⁰; la seconda trova la propria ragione giustificativa nella presunzione d'innocenza e, collegando la rinnovazione della prova all'esigenza di accertare la colpevolezza dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio, ne limita l'ambito di operatività alle ipotesi di riforma pregiudizievole per l'imputato.

Nelle conclusioni tratte dai giudici di legittimità il secondo ragionamento viene - in realtà - abbandonato: in definitiva, infatti, secondo la Corte, se la riforma della sentenza di primo grado si fonda su una diversa interpretazione degli elementi dichiarativi è sempre necessario un nuovo esame delle relative fonti. Accertato che nel caso di specie la riqualificazione giuridica in appello era dipesa da una rivalutazione della prova narrativa operata *ex actis*, i giudici di legittimità concludono - quindi - per l'annullamento del provvedimento impugnato.

L'ampia formulazione del presupposto è funzionale, nell'economia della decisione, a giustificare l'operatività dell'obbligo di rinnovazione anche in ipotesi che si collocano al di fuori dei confini tradizionali dell'istituto.

motivazione; in argomento, CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte dellative*, in www.penalecontemporaneo.it; volendo, v., TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa*, cit., 264 ss.

¹⁰Non a caso le motivazioni richiamate maturano in procedimenti nei quali la sentenza di condanna in primo grado era stata sostituita da un'assoluzione in appello: Cass., Sez. II, 18 novembre 2014, P.C. in proc. FU, in *Mass. Uff.*, n. 261327; Id., Sez. II, 24 aprile 2014, P.g. in proc. Pipino, *ivi*, n. 260071, pubblicata - in massima - in *questa Rivista*, 2015, n. 1, 327 con nota di PARLATO, *Ribaltamento della sentenza in appello: occorre rinnovare la prova anche per la riforma della sentenza di condanna?* e in *Giur. it.*, 2014, 2590 con nota di SPANGHER, *Riforma in appello (proscioglimento vs. condanna) e principio di immediatezza*.

In effetti, a prima vista, affiorano almeno due peculiarità che distinguono l'ipotesi di specie dalla riforma "radicale" dell'assoluzione in condanna.

In primo luogo, oggetto d'impugnazione è una sentenza di non doversi procedere per estinzione del reato che, ove emessa all'esito dell'istruttoria di primo grado (come nel caso che ci occupa), implica la positiva ricostruzione di un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole¹¹. In questo senso, la riforma in appello cade su un primo accertamento che replica i tratti tipici di un giudizio di colpevolezza e non d'innocenza.

In secondo luogo, l'epilogo decisivo del secondo grado deriva dalla diversa definizione giuridica del fatto e dal riconoscimento di un'aggravante negata dal primo giudice¹² che, formalmente, costituiscono temi della decisione autonomi rispetto all'accertamento del fatto-reato principale. La rilevanza di tale dato nell'ambito della problematica in esame si coglie concentrandosi sul rapporto tra ricostruzione del fatto e qualificazione *in iure*. Se ci si limita a mettere a fuoco la disciplina codicistica, infatti, non si può che rilevare come il giudice, anche in appello, sia chiamato a fornire la qualificazione giuridica appropriata senza incorrere in alcuna modifica del tema storico accertato in primo grado (art. 521 c.p.p.); una prerogativa che prescinde addirittura dal divieto di *reformatio in peius* in caso di impugnazione del solo imputato (art. 597, co. 3, c.p.p.)¹³. Stando al codice, quindi, in un'ipotesi del genere la rinnovazione dell'istruttoria potrebbe apparire superflua.

Ora, va preliminarmente notato che se al tempo fosse stato già in vigore l'art. 603 co. 3-*bis* c.p.p., con ogni probabilità, il quesito giuridico in esame non si sarebbe neppure posto dal momento che oggi la rinnovazione istruttoria è prescritta come doverosa in caso «di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento»: nell'attuale disciplina, pertanto, l'obbligo prescinde dal tipo di proscioglimento adottato in primo grado e dall'esito del giudizio di appello.

Se approfondita, tuttavia, la questione affrontata dalla Corte mantiene attualità e, anzi, costituisce un osservatorio privilegiato per esaminare l'autentico

¹¹ MORELLI, *Il proscioglimento immediato per estinzione del reato di fronte al dubbio probatorio nel giudizio d'appello*, in *Ind. pen.*, 2007, 211-212. Per un approfondito esame della formula liberatoria in questione v. ID., *Le formule di proscioglimento. Radici storiche e funzioni attuali*, Torino, 2014, 330 ss.; di recente, in senso critico, FERRUA, *Il contraddittorio tra declino della legge e tirannia del diritto vivente*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di Orlandi e Negri, Torino, 2017, 10.

¹² Anche se nella motivazione della sentenza risulta assorbito nella ridefinizione del *nomen iuris* l'accertamento dell'aggravante rappresenta un punto separato della decisione, come diremo (§ 6).

¹³ In generale, sulla qualificazione giuridica del fatto, v. CAPONE, *Iura novit curia: studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova, 2010.

fondamento del dovere di rinnovare la prova dichiarativa ed indagare fin dove possono spingersi i confini dell'istituto.

La vastità del parametro esegetico proposto nel provvedimento in esame, infatti, è tale da proiettare l'obbligo di rinnovazione in aree, a prima vista, disomogenee rispetto all'ambito consueto (e all'attuale art. 603, co. 3-*bis*, c.p.p.): si pensi al caso della *reformatio in melius* della sentenza o della modifica del trattamento sanzionatorio.

Per misurare la fondatezza (e l'opportunità) dell'estensione interpretativa è necessario, dunque, approfondire l'analisi della *ratio* e dei presupposti originari del dovere di riacquisire la prova dichiarativa, con riferimento sia alle ipotesi trattate nella sentenza in commento sia ai principali casi "esterni" al perimetro tradizionale che vengono in rilievo alla luce del criterio ermeneutico proposto.

3. La scarsa utilità della nozione di riforma "radicale"

Come noto, nel codice di rito non si rintraccia alcuna classificazione dei provvedimenti di riforma adottabili dal giudice d'appello: la nozione di riforma "radicale" utilizzata nella sentenza in commento, insomma, non ha alcun referente normativo.

L'espressione - nell'ottica della Cassazione - sembra evocare due diversi aspetti dei possibili rapporti tra il dispositivo della sentenza di primo grado e quello d'appello.

Da un lato, viene in rilievo la distanza che separa la prima e la seconda statuizione con riferimento all'accertamento del fatto di cui all'imputazione. Non ad ogni formula di proscioglimento, infatti, corrisponde la negazione dell'addebito; ed anzi, alcune locuzioni, pur liberatorie, possono presupporre, come detto, l'accertamento completo¹⁴. In questo senso, su un ipotetico arco agli estremi del quale si collocano, alternativamente, la negazione del fatto o della sua commissione da parte dell'imputato (assoluzione «perché il fatto non sussiste o l'imputato non l'ha commesso») e la condanna, potrebbe dirsi "radicale" il passaggio dall'uno all'altro polo, qualificandosi in termini attenuati ogni diversa modifica.

Dall'altro, si richiama la scomponibilità della decisione penale in plurimi «punti», tradizionalmente intesi come statuizioni dotate di autonomia logico-giuridica, autonomamente impugnabili. L'accoglimento dei motivi proposti

¹⁴ È il caso della sentenza di non doversi procedere per estinzione del reato ove la causa estintiva (la prescrizione, per stare alla vicenda che ci occupa) intervenga all'esito dell'istruttoria dibattimentale. Sulla gerarchia e la portata delle singole formule, v. MORELLI, *Le formule di proscioglimento*, cit., spec. 175 ss.

sul «punto» fondamentale dell'accertamento del fatto, con specifico riferimento alla sentenza di assoluzione, comporta la riforma integrale della prima sentenza. In questo senso, l'aggettivo “radicale” andrebbe inteso come sinonimo di totale (riforma); mentre parziale - e come tale non radicale - risulterebbe la modifica che interessi solo alcuni «punti» della decisione, ad esempio relativi al trattamento sanzionatorio. Come sopra detto, la definizione giuridica del fatto e l'accertamento della circostanza aggravante rappresentano punti formalmente autonomi della decisione. Tuttavia, mentre l'accoglimento di motivi concernenti le «circostanze» dà vita ad una riforma parziale, la riqualificazione giuridica del fatto per cui l'imputato era stato assolto può arrivare a travolgere l'intero dispositivo della sentenza di primo grado¹⁵.

Entrambi i fenomeni descritti hanno rilevanti conseguenze sul piano delle impugnazioni: su un versante, nei rapporti che intercorrono tra le formule si misura l'interesse concreto dell'imputato a veder trattato nel merito il rimedio proposto¹⁶; sull'altro, la selezione del *devolutum* è alla base dei poteri di cognizione e decisione del giudice d'appello e dà origine a complesse questioni concernenti le preclusioni e la formazione progressiva del giudicato. Ai fini del quesito che ci occupa, tuttavia, essi svolgono una mera funzione descrittiva di per sé inidonea ad orientare l'operatività (o meno) dell'obbligo di rinnovare la prova dichiarativa.

Non è, insomma, con riferimento al raffronto tra le statuizioni dei due gradi che va calibrato il dovere di riapertura dell'istruttoria; è, invece, il tipo di accertamento al quale è chiamato il giudice d'appello a venire in rilievo. Come anticipato, per indagare tale profilo è indispensabile una ricognizione della *ratio* e dei presupposti dell'obbligo di rinnovazione individuati dalla Corte EDU e dalle Sezioni unite della Cassazione.

4. Fondamento e presupposti della rinnovazione della prova nella giurisprudenza europea e nazionale

In ambito C.E.D.U., l'incompatibilità con l'art. 6 della riforma *ex actis* della decisione assolutoria costituisce il “consolidato”¹⁷ approdo di un itinerario di

¹⁵Cfr. il tradizionale insegnamento di DEL POZZO, *L'appello nel processo penale*, Torino, 1957, 342 ss. che, tuttavia, riconduce il *nomen iuris* nel generale «tema della responsabilità»; al contrario, sottolinea l'autonomia del punto relativo alla qualificazione giuridica CAPONE, *Iura novit curia*, cit., 113-120.

¹⁶Sulle molte questioni sottostanti all'interesse ad impugnare le formule liberatorie v., per tutti, CARNEVALE, *L'interesse ad impugnare nel processo penale*, Torino, 2013, 169 ss.

¹⁷La qualifica sottintende, ovviamente, l'integrazione dei presupposti al verificarsi dei quali la Corte costituzionale subordina l'operatività degli obblighi di interpretazione conforme: v. Corte cost., n. 49 del

pronunce in cui si sono innestate e contaminate le *rationes decidendi* stese a tutela, vuoi, del diritto all'udienza pubblica, vuoi, del diritto all'ammissione delle prove.

Nella maggior parte delle recenti sentenze risultano, quindi, cumulati due presupposti originariamente sviluppati dalla Corte in via autonoma con riferimento alle su dette garanzie¹⁸. La mancata replica del contatto diretto tra giudice e prova determina una violazione del processo equo quando: a) l'oggetto in concreto del giudizio d'impugnazione consiste nell'esame "in fatto", oltre che in diritto, dei profili concernenti la responsabilità dell'imputato che si proclama innocente¹⁹; b) il giudice d'appello ha "rivalutato" la prova dichiarativa concernente l'enunciato fattuale ritenuto decisivo per la "riforma" del giudizio sulla colpevolezza dell'imputato²⁰.

Il primo presupposto prescinde dal tipo di sentenza oggetto d'impugnazione (assoluzione o condanna) e dall'esito del giudizio d'appello (conferma o riforma)²¹; il secondo ritaglia l'operatività della garanzia sulla riforma che consegue alla reinterpretazione della prova decisiva. L'ulteriore condizione, rappresentata dall'effetto pregiudizievole per l'imputato dell'epilogo del giudizio d'impugnazione è, invece, frutto della tipica connotazione individuale e privata del ricorso a Strasburgo che esclude, di conseguenza, la rilevanza di un riesame "ai danni" della parte pubblica²².

Se valorizzati separatamente, i due presupposti rendono mobili i confini applicativi del dovere di rinnovazione istruttoria: in questo senso, nella giurisprudenza C.E.D.U. la natura fattuale del giudizio di secondo grado appare condizione necessaria ma solo in rari casi sufficiente a innestare il giudizio di iniquità per difetto d'immediatezza; il ribaltamento della decisione assolutoria, invece, è un requisito geneticamente elastico, sostituibile da altre

2015; abbiamo, in altra sede, sottolineato la problematicità del concetto di "orientamento consolidato" e a quali condizioni esso può ritenersi applicabile alle pronunce della Corte EDU concernenti il tema che ci occupa: TESORIERO, *Luci e ombre*, cit., 79 ss.

¹⁸ Tra le tante, Corte EDU, *Gaitanaru c. Romania*, cit.; Id., *Flueras c. Romania*, cit.; Id., *Hanu c. Romania*, cit.; Id., *Hogea c. Romania*, cit.; Id., *Văduva c. Romania*, cit.; Id., *Manolachi c. Romania*, cit.; Id., *Ion Tudor c. Romania*, cit.; Id., *Cipleu c. Romania*, cit.

¹⁹ Corte EDU, *Ekbatani c. Svezia*, cit., § 32. Nel solco della sentenza *Ekbatani* si muove la ben più nota sentenza *Dan* (Corte EDU, *Dan c. Moldavia*, cit.); su quest'ultima decisione v. GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio di appello*, in *questa rivista*, 2012, n. 1, 349 ss.

²⁰ Corte EDU, *Destrehem c. Francia*, cit.

²¹ Nel procedimento nazionale da cui ha preso le mosse la sentenza *Ekbatani* il ricorrente era stato condannato in primo grado.

²² Avremo modo di notare (§ 7) che tale conclusione potrebbe essere revocata ove la Corte EDU dovesse riconoscere tutela ad eventuali istanze della vittima del reato che abbia subito il ribaltamento in appello di una sentenza di condanna.

«*circonstances exceptionnelles*» che autorizzino la Corte europea a vagliare (e censurare) la mancata riacquisizione della prova²³.

In ambito interno, la portata della garanzia convenzionale è stata riletta attraverso il canone costituzionale della presunzione d'innocenza: una nuova escussione del dichiarante configurerebbe, infatti, una condizione indispensabile perché il giudice d'appello possa valutare in modo «logico, razionale e completo» la prova e pronunciare una condanna al di là di ogni ragionevole dubbio²⁴.

Portando a compimento il percorso tracciato nella sentenza Dasgupta, le Sezioni unite, nella decisione Patalano, collegano, poi, l'operatività della rinnovazione al rafforzamento della presunzione d'innocenza che deriverebbe dall'emissione della sentenza assolutoria di primo grado. Tale impostazione – il cui fondamento appare di per sé criticabile²⁵ – finisce per escludere la necessità di riassumere la prova ogni qual volta oggetto d'impugnazione sia un provvedimento diverso da una sentenza di proscioglimento. D'altra parte, come visto, anche il nuovo art. 603, co. 3-*bis*, c.p.p. subordina la rinnovazione istruttoria all'appello della sentenza di proscioglimento.

L'inquadramento nella prospettiva della presunzione d'innocenza dell'obbligo di replicare l'audizione della fonte dichiarativa è stato, al contrario, espressamente escluso dalla Corte europea²⁶.

La differente ricostruzione dei parametri applicativi fornita dalle alte Corti (e oggi cristallizzata anche a livello normativo) porta con sé alcuni potenziali disallineamenti nella tutela offerta alla garanzia in ambito sovranazionale e interno. In particolare, mentre nell'ottica dei giudici di Strasburgo, come visto, la rinnovazione della prova non necessariamente è agganciata alla sentenza liberatoria di primo grado, in ambito interno è proprio il proscioglimento disposto nella prima sentenza a delinearne il presupposto tipico.

Ora, quando tale scarto si risolve in un ampliamento in sede nazionale dell'ambito di applicazione della garanzia appare necessario misurare la

²³In origine, infatti, il ribaltamento *ex actis* della sentenza di assoluzione è riconosciuto come una di quelle «*circonstances exceptionnelles*» che abilitano la Corte europea a censurare il rigetto della richiesta di (ri)ammissione della prova operato dal giudice interno: Corte EDU *Destrehem c. Francia*, cit.

²⁴Cass., Sez. un., Dasgupta, cit.

²⁵La tesi nega, infatti, la funzione stessa del giudizio di appello, deputato a controllare la correttezza della pronuncia assolutoria di primo grado «che non avrebbe senso dunque presupporre esatta» (v., sul punto quanto osservato in passato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 26 del 6 febbraio 2007 cui si riferisce il virgolettato); per un diverso punto di vista v.: BELLUTA-LUPARIA, *Ragionevole dubbio e prima condanna in appello*, cit.; prima della pronuncia delle Sezioni unite, sui rapporti tra rinnovazione e giudizio abbreviato v. le considerazioni di GAITO, *Vecchio e nuovo a proposito della rinnovazione*, cit.

²⁶Corte EDU, 20 settembre 2016, *Hernández Royo c. Spagna*.

compatibilità di tale estensione con il sistema interno²⁷. Al contrario, registrata una minore tutela in ambito nazionale, come noto, scatta un dovere di interpretazione conforme alla CEDU che, se infruttuoso, conduce ad una questione di legittimità costituzionale della norma interna pertinente.

5. Riqualficazione giuridica in appello e riapertura dell'istruttoria

La cognizione da parte del giudice d'appello del punto concernente il *nomen iuris* implica un giudizio di mero valore giuridico o anche una valutazione in fatto?

La risposta al quesito è evidentemente centrale nell'ottica dell'indagine che conduciamo. Come visto, da un lato - secondo il codice - quando attribuisce un diverso *nomen iuris* il giudice non modifica il tema storico. Dall'altro, la natura fattuale dell'oggetto dell'impugnazione è il presupposto "fondativo" dell'obbligo di garantire l'immediatezza in appello; talvolta non l'unico ma sempre imprescindibile: se il *devolutum* non concerne un giudizio di fatto non sorge alcuna esigenza di riassumere le prove.

Il rapporto tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* evoca riflessioni appassionanti quanto problematiche che travalicano il mondo del processo e, in generale, del diritto per interessare la filosofia e la logica²⁸. Ovviamente non se ne può, neppur per cenni, dare conto in questa sede. Ci si deve limitare ad una constatazione e ad una critica, che si è fatta strada anche nel settore giuridico, della cui fondatezza tenteremo di offrire esempio in concreto, con riferimento alla sentenza che ci occupa.

L'intero sistema processuale penale si articola sulla netta separazione tra «l'ordine dei fatti e l'ordine del diritto»²⁹; tale distinzione, tuttavia, appare

²⁷Il riconoscimento in ambito nazionale di uno *standard* di tutela superiore a quello apprestato dalla Corte di Strasburgo è, come noto, compatibile con la C.E.D.U. (art. 53 C.E.D.U.). Con riferimento al tema che ci occupa viene in rilievo, ad esempio, l'estensione dell'obbligo di riassumere le prove dichiarative decisive anche nell'ambito del giudizio d'appello nel rito abbreviato semplice, statuito dalle Sezioni unite nella citata sentenza Patalano. Con riferimento agli equilibri del sistema nazionale, tale interpretazione, tuttavia, appare non in sintonia con la natura del rito speciale e in violazione del diritto di difesa dell'imputato che aveva rinunciato al contraddittorio.

²⁸Per una approfondita analisi della struttura del giudizio storico e di valore giuridico che si muove a cavallo tra filosofia, logica e interpretazione giudiziaria v. FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2010, 317 ss.

²⁹FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., 328 che segnala gli istituti processuali nei quali le due sfere risultano nettamente divise: dall'imputazione - in cui si divaricano fatto da provare e qualificazione giuridica - al ricorso per cassazione, che distingue motivi relativi all'interpretazione della legge e vizi di motivazione (anche relativi alla prova del fatto), passando per il regime delle nuove contestazioni, limitate al fatto (mentre il giudizio di diritto è prerogativa del giudice) e le formule di proscioglimento, in fatto e in diritto.

cedevole a livello epistemologico e inadeguata a connotare le peculiarità della conoscenza giuridica³⁰.

Per un verso, infatti, si è progressivamente giunti a riconoscere l'impossibilità di separare, nella conoscenza umana, la componente linguistica da quella fattuale: «tutte le verità sono tali sia in forza del linguaggio che le esprime sia in forza dei fatti»³¹. Per l'altro, con specifico riferimento alla conoscenza giudiziale, si è rilevato che la verità del giudizio in diritto (la condotta di cui all'imputazione è suscettibile nella fattispecie *x*) non si sostanzia - e risolve - in un mera operazione di raffronto semantico tra entità linguistiche, tale per cui se gli enunciati dell'imputazione sono traducibili nella lingua giuridica della fattispecie penale, allora il fatto è reato³². Nell'attività di raffronto tra gli enunciati referenziali e quelli legislativi, infatti, l'interprete è sollecitato da spinte, convinzioni e convenzioni che esulano dalle regole strettamente linguistiche e attengono, invece, ai valori individuali e collettivi maturati nell'epoca e nella comunità di riferimento. L'interpretazione giudiziale, insomma, non consiste nella scoperta di un presunto significato oggettivo (o una volontà soggettiva) sottostante alla disposizione da applicare, ma implica valutazioni e non può sopprimere scelte "creative"³³, tanto più considerando che essa si caratterizza «come una interpretazione orientata ai fatti»³⁴ e diretta ad individuare «la giusta soluzione normativa» tra le molteplici fattispecie penali dell'ordinamento³⁵.

Il giudizio giuridico, in definitiva, è intriso di valutazioni in fatto.

³⁰ CAIANIELLO, *Mutamento del nomen iuris e diritto a conoscere la natura e i motivi dell'accusa ex art. 6 C.e.d.u.: le possibili ripercussioni sul sistema italiano*, in *Giust. pen.*, 2007, 171.

³¹ FERRUA, *op. cit.*, 330 che richiama la tesi di QUINE, *Due dogmi dell'empirismo*, in *Il problema del significato*, Roma, 1966, 20 secondo cui le uniche differenze tra le verità sarebbero di grado, in quanto alcune risulterebbero più lontane dall'esperienza rispetto ad altre.

³² V., ancora, FERRUA, *op. cit.*, 327.

³³ CAIANIELLO, *Mutamento del nomen iuris*, cit., 176 il quale osserva: «fatto e diritto non si riconoscono, si creano, strada facendo e attraverso il contributo delle parti». Sullo sfondo dei predetti rilievi campeggia la questione fondamentale, oggi più che mai attuale, della portata e della funzione del principio di legalità, anche con riferimento alle norme processuali. Sul tema, ovviamente, la letteratura è sterminata. Per limitarsi ad alcuni contributi recenti in cui sono espressi punti vista diversi: v., CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Torino, 2003, 25 ss.; NEGRI, *Delle procedure criminali: parte di legislazione così principale e così trascurata*, in *Cass. pen.*, 2014, 3946 ss.; MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 5 ss.; VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel processo penale*, Torino, 2011, spec. 35 ss.

³⁴ Nel senso che «il punto di partenza dell'interpretazione giudiziale non è tanto il testo normativo quanto una particolare fattispecie o controversia» GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, 342.

³⁵ ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, cit., 63.

Il caso affrontato dai giudici nella sentenza in commento ne è un significativo esempio. Il criterio distintivo tra le due fattispecie penali che si contendono il campo della qualificazione *in iure* - esercizio arbitrario delle proprie ragioni ed estorsione - poggia sul seguente enunciato fattuale: l'azione violenta o minatoria dell'agente è sostenuta dall'*intenzione ragionevole, anche se infondata*, di esercitare un diritto o, comunque, di soddisfare una pretesa che potrebbe formare oggetto di una azione giudiziaria³⁶. La verità di tale enunciato riconduce il fatto nell'orbita dell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni (l'agente «al fine di esercitare un preteso diritto, potendo ricorrere al giudice, si è fatto arbitrariamente ragione da sé medesimo, mediante violenza sulle cose», art. 392 c.p.); la negazione schiude l'uscio della ben più grave qualifica di estorsione (l'agente «mediante violenza o minaccia, ha costretto taluno a fare o omettere qualcosa, *procurando* a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno», art. 629 c.p.).

La qualificazione si muove quindi su un giudizio di natura tipicamente valutativa, consistendo in un esame sulla *ragionevolezza* della rappresentazione (anche non corrispondente ai fatti) e della intenzione dell'agente. Tale valutazione, d'altra parte, chiama l'interprete ad indagare il tema storico per rintracciarvi gli enunciati probatori da valorizzare, mediante generalizzazioni induttive, ai fini del giudizio sulla *ragionevolezza* dell'intenzione dell'imputato: giudizio per il quale risulta spesso decisivo l'apprezzamento sul grado della violenza o minaccia in concreto esercitata³⁷. Ciò è avvenuto nel caso di specie in cui i giudici di primo e secondo grado, fornendo una diversa interpretazione delle prove dichiarative, hanno attribuito al fatto diverse denominazioni giuridiche³⁸.

³⁶La funzione distintiva dell'enunciato, a ben guardare, opera in particolare per alcuni degli imputati del procedimento (quelli, nella specie, che assumevano di essere titolari di un credito nei confronti del soggetto passivo del reato, v. nt. 38).

³⁷V., in proposito, il vasto novero di sentenze di legittimità citate nel provvedimento in commento che tracciano gli elementi distintivi tra le due fattispecie di cui agli artt. 392 e 629 c.p.: «l'elevata intensità o gravità della violenza o della minaccia di per sé non legittima la qualificazione del fatto ex art. 629 c.p., poiché l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni può risultare - come l'estorsione - aggravato dall'uso delle armi, ma può costituire indice sintomatico del dolo di estorsione»; sottolinea la necessità di una penetrante analisi sull'elemento soggettivo volta a verificare la direzione della volontà dell'agente, al fine di distinguere esercizio arbitrario delle proprie ragioni ed estorsione, Cass., Sez. II, 17 febbraio 2016, n. 11453, in *Mass. Uff.*, n. 267123, che individua nella volontà di recupero extragiudiziale del credito attraverso un'azione di «persuasione» il tratto qualificante dell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni; nella finalità «costrittiva» il connotato dirimente, invece, dell'azione estorsiva.

³⁸In particolare, per quanto desumibile dalla sentenza di legittimità, il giudice di primo grado, valutando attendibile la ricostruzione difensiva con particolare riferimento alle dichiarazioni di uno degli imputati, da un lato, riteneva provata l'esistenza di un titolo di credito nei confronti della persona offesa (credito maturato nell'ambito della gestione di una società, nella cui compagine figuravano uno degli imputati e

Se la modifica del *nomen iuris* si fonda su giudizi di fatto, allora, non dovrebbero residuare dubbi sulla necessità di applicare, anche in funzione del giudizio giuridico, lo strumento «meno imperfetto per la ricerca della verità» degli enunciati fattuali, cioè il contraddittorio nella sua espressione forte (contraddittorio-oralità-immediatezza)³⁹. Infatti, con cadenze del tutto sovrapponibili a quelle dell'integrale rivalutazione del fatto, l'affidabilità della rivalutazione dei protocolli dichiarativi decisivi per la riqualificazione *in iure* passa per l'attuazione del canone euristico maggiormente accreditato che ne aveva già presidiato l'acquisizione in primo grado⁴⁰.

5.1. La rideterminazione del *nomen iuris* nell'appello della sentenza di condanna: il caso *Torja c. Romania*

Sulla base di quanto fino qui argomentato, l'obbligo di replicare il contatto diretto tra giudice e prova si scinde dall'esito del giudizio di primo grado, dal momento che - evidentemente - una riqualificazione del fatto peggiorativa per l'imputato ben potrebbe intervenire, in appello, anche dopo una prima

la persona offesa, e oggetto di una «cessione potenziale» in favore di altro imputato); dall'altro, non rilevava nelle modalità della condotta posta in essere dagli imputati una «intimidazione particolarmente incisiva». Il giudice d'appello, al contrario, valorizzando le dichiarazioni della persona offesa, negava l'esistenza di un titolo di credito in favore degli imputati e riteneva, pertanto, accertata la condotta estorsiva. La Cassazione, nel delineare il catalogo di principi al quale il giudice del rinvio dovrà attenersi ha rilevato, tra l'altro che: «la Corte d'appello in sede di rinvio dovrà indicare le espressioni dalle quali si ricava la modalità dell'intimidazione particolarmente incisiva e a quale titolo tale intimidazione sia imputabile a tutti i ricorrenti (...); dovrà riesaminare quanto sostenuto (...) in relazione al credito e cioè che in buona sostanza il Salute avrebbe effettuato «una sorta di cessione di credito potenziale in favore dello Zuccaretti (coimputato)»; (...) la Corte dovrà accertare anche quale sia stato l'atteggiamento del Salute su tale questione (ad esempio se il Salute ha ceduto il suo credito allo Zuccaretti oppure ha solo promesso di pagare il suo debito allo Zuccaretti una volta incassata la somma dovutagli dal Lombardi (persona offesa) e la consapevolezza del Salute della condotta tenuta dallo Zuccaretti e dagli altri coimputati». E' evidente nel catalogo steso dalla Cassazione la consapevolezza delle delicate interferenze tra fatto e diritto: con riferimento in particolare agli imputati che rivendicano il possesso di un titolo di credito nei confronti del soggetto passivo del reato, la corretta qualificazione giuridica dei fatti transita appunto attraverso la ricostruzione del tema di prova relativo all'esistenza del credito (anche potenziale) e alle modalità specifiche dell'intimidazione dal momento che l'accertamento di una intenzione ragionevole, anche se infondata, di esercitare un diritto potrebbe condurre all'inquadramento dei fatti nel reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni (ove - si badi - non dovessero essere accertate o comunque fossero non conosciute dagli imputati condotte violente - addirittura in ipotesi funzionali ad agevolare un'associazione mafiosa - poste in essere da terzi estranei per costringere la persona offesa a saldare il debito; elementi che, se provati, farebbero transitare il fatto nella cornice dell'estorsione).

³⁹ V. GIOSTRA, *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. Dir.*, 1986, 17; ID., voce *Contraddittorio* (principio del), in *Enc. Giur.*, 1988, 4.

⁴⁰ Cfr., CHINNICI, *Verso il "giusto processo" d'appello: se non ora quando? Dalla irriducibile staticità nello ius positum italiano al dinamismo cognitivo nel "diritto vivente" europeo*, in *questa rivista*, 2012, n. 3, 921; e più diffusamente, ID., *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, Torino, 2008.

condanna. Ed, infatti, in questo senso si è pronunciata la Corte EDU che, nella recente sentenza *Torja c. Romania*, ha dichiarato la violazione dell'art. 6 § 1 in un'ipotesi in cui il ricorrente, già condannato in primo grado per il reato di furto, era stato riconosciuto colpevole dalla «*Haute Cour*» della più grave fattispecie di rapina, in assenza di una nuova audizione dei testimoni (oltre che dello stesso imputato)⁴¹. I giudici di Strasburgo estendono alla riqualificazione giuridica *in peius* le *rationes decidendi* tradizionalmente adottate per il vaglio di legalità convenzionale della riforma delle sentenze di assoluzione: accertato il carattere prevalentemente fattuale della questione devoluta in sede di impugnazione⁴², la Corte rintraccia una sensibile riduzione del diritto di difesa nella mancata replica dell'escussione dei dichiaranti, ascoltando i quali il giudice di primo grado aveva riqualificato l'originaria contestazione di rapina nella meno grave fattispecie di furto⁴³.

L'approdo della Corte europea nel caso *Torja*, pur ancora isolato, potrebbe contribuire in modo significativo all'ampliamento dei confini dell'obbligo di rinnovazione delle prove dichiarative. I giudici nazionali, seguendo i sentieri dell'interpretazione conforme, potrebbero ben presto iniziare a ritenere «assolutamente necessaria» la riapertura dell'istruttoria anche nell'ambito del giudizio d'appello avente ad oggetto una sentenza di condanna ove si profili la possibilità di una riqualificazione giuridica ai danni dell'imputato.

È uno scenario, tuttavia, sullo sfondo del quale s'intravedono alcune complesse problematiche. Per rendersene conto è sufficiente ipotizzare il caso tipico di un secondo grado concernente una sentenza di condanna avverso la quale insistono sia l'appello del pubblico ministero sulla qualificazione giuridica, sia quello dell'imputato che censura l'accertamento del fatto.

Per scongiurare insostenibili asimmetrie tra la parte pubblica e l'imputato, il giudice d'appello dovrebbe valutare l'assoluta necessità (art. 603 comma 3 c.p.p.) di replicare l'assunzione della prova narrativa a valle dell'esame degli atti contenuti nel fascicolo del procedimento e, quindi, solo dopo aver verificato la sussistenza, nella decisione di primo grado, di indici d'ingiustizia

⁴¹Corte EDU, 4 ottobre 2016, *Torja c. Romania*.

⁴²Nello specifico, se il ricorrente avesse o meno esercitato violenza per impossessarsi di un telefono (Corte EDU, *Torja c. Romania*, § 43).

⁴³Nella sentenza *Torja* pertanto vengono in rilievo le due *rationes decidendi* tradizionalmente proposte dalla Corte EDU, prima approfondite (§ 4). Il parametro flessibile della sentenza *Destrehem c. Francia* (sussistenza di «*circonstances exceptionnelles*» che autorizzano la Corte europea a vagliare la mancata riacquisizione della prova) viene applicato, in chiave estensiva, all'ipotesi di riqualificazione giuridica *in peius*.

sul punto relativo alla qualificazione giuridica del fatto⁴⁴. La replica del contatto diretto tra giudice e prova, infatti, si giustificherebbe non nell'ottica della critica del primo provvedimento, bensì in quella dell'adozione della sentenza sostitutiva sul punto relativo alla rideterminazione del *nomen iuris*⁴⁵. Senonché, aperta nel giudizio d'appello una vera e propria fase rescissoria mediante l'emissione dell'ordinanza di rinnovazione ex art. 603, co. 5, c.p.p., appare poco plausibile che il giudice di secondo grado possa ritagliare, attraverso un filtro a maglie strette, l'ammissione delle prove richieste dalle parti sulla base del presupposto che ha sorretto la riapertura dell'istruttoria. Infatti, ciò che va ricostruito ai fini della riqualificazione, come ampiamente detto, è proprio il tema storico dell'imputazione. Il vaglio di rilevanza della prova, insomma, pur riferito all'individuazione del *nomen iuris*, ha ad oggetto gli enunciati di fatto.

Se così è, mentre nessun diritto alla prova spetterebbe all'imputato unico appellante avverso la sentenza di condanna, tale prerogativa gli sarebbe, invece, riconosciuta come conseguenza della contemporanea impugnazione del pubblico ministero, ove si profili una riforma *in peius* della qualificazione giuridica. La diversa articolazione della garanzia sarebbe, tuttavia, agganciata ad un fattore casuale e il relativo perimetro finirebbe per essere tracciato attraverso linee irregolari, se non deformi, che mettono in discussione anche la possibilità dell'interpretazione conforme dell'art. 603, co. 3, c.p.p.

Inoltre, l'arricchimento delle ipotesi di rinnovazione dell'istruttoria spingerebbe ulteriormente l'appello verso il modello del nuovo giudizio, con disfunzioni apprezzabili vuoi sul versante della fisionomia del secondo grado vuoi su quello della durata dei processi.

Si tratta di criticità, infine, che potrebbero contribuire ad alimentare nuovi argomenti, tra gli interpreti pratici, strumentali alla distinzione tra fatto e diritto, con esiti distorsivi: l'idea, pur fallace, di separare giudizio di fatto e di

⁴⁴Per operare il vaglio critico della prima sentenza, dunque, il giudice dovrebbe potersi servire esclusivamente degli atti del procedimento trasmessi ai sensi dell'art. 590 c.p.p. di cui è ammessa lettura anche d'ufficio (art. 602, co. 3, c.p.p.) ed eventualmente delle prove scoperte dopo il giudizio di primo grado assunte in appello ai sensi degli artt. 603, co. 2 e 495 co. 1, c.p.p.; l'argomento è stato sviluppato in un precedente scritto: TESORIERO, *Luci e ombre*, cit., 79 ss.

⁴⁵Interpretando, al contrario, la rinnovazione come una prerogativa funzionale alla censura della qualificazione giuridica adottata dal primo giudice si finirebbe per attribuire al P.m. un diritto incondizionato alla prova in appello, mentre l'aspettativa dell'imputato di veder riaperta l'istruttoria per far valere la propria critica sull'accertamento del fatto sarebbe confinata negli angusti limiti della «non decidibilità allo stato degli atti» (art. 603, co. 1, c.p.p.). Tale questione è stata messa acutamente in luce rispetto al ribaltamento delle sentenze assolutorie da CAPONE, *Prova in appello*, cit., 57.

diritto potrebbe, infatti, risultare funzionale ad evitare la dispendiosa reiterazione delle prove.

6. Riconoscimento di una circostanza aggravante e riapertura dell'istruttoria

Le osservazioni svolte consentono di proporre rilievi estremamente sintetici sul secondo punto riformato *in peius* nella sentenza in commento, ovvero il riconoscimento da parte dell'organo d'appello di una circostanza aggravante negata dal primo giudice.

Non dovrebbero esserci dubbi sulla necessità di disporre la rinnovazione delle prove dichiarative decisive per accertare la sussistenza di un'aggravante esclusa in *prime cure*. L'accertamento della circostanza, infatti, implica la ricostruzione di quella porzione di tema storico qualificato dall'ordinamento come elemento accessorio che aggrava la responsabilità dell'imputato. Non vi è alcuna ragione, in questo senso, che giustifichi una differenza di metodo euristico nella ricostruzione del fatto principale e della circostanza aggravante. Le problematiche, anche in questo caso, concernono le ipotesi in cui il pubblico ministero proponga appello avverso una sentenza di condanna lamentando il mancato riconoscimento della circostanza aggravante da parte del primo giudice. Ove l'organo di secondo grado verifichi sul «punto» la sussistenza di indizi di ingiustizia nella originaria sentenza, sarà chiamato a rinnovare le prove dichiarative utili per ricostruire la porzione di fatto posta a fondamento dell'aggravante.

A prima vista il vaglio giudiziale, in questa ipotesi, potrebbe configurarsi come filtro a maglie strette, dal momento che la rilevanza della prova dovrebbe essere misurata sul segmento storico concernente l'aggravante e non sull'intero fatto. A ben guardare, d'altra parte, si finisce per rilevare come spesso il tema da ricostruire interferisca con il fatto principale, rendendo estremamente difficoltosa la selezione giudiziale; in alcuni casi, poi, l'accertamento di un'aggravante potrebbe imporre una ricostruzione storica addirittura più ampia e articolata di quella necessaria per la prova del fatto principale. Si pensi proprio a casi quali quello della sentenza in commento. L'accertamento dell'agevolazione di un'associazione mafiosa presuppone, ovviamente, la prova a monte dell'esistenza dell'associazione, oltre che la rigorosa ricostruzione della specifica condotta posta in essere dell'imputato: tema che impone uno sforzo ricostruttivo pieno, nell'espletamento del quale il giudice dovrà replicare le prove dichiarative ritenute utili.

7. Altri casi problematici di rinnovazione obbligatoria della prova

Come anticipato, la sentenza in commento aggancia l'operatività della rinnovazione istruttoria ad un parametro estremamente ampio: il giudice dovrà provvedervi ogni qual volta intenda interpretare *in peius* un contributo probatorio dichiarativo decisivo per la riforma della sentenza.

Così ragionando, l'obbligo potrebbe arrivare ad estendersi ad ulteriori casi, non contemplati nel provvedimento in esame, a prima vista eterogenei rispetto al nucleo consolidato, costituito dal ribaltamento della sentenza assolutoria.

In questa sede, non potremo che limitarci ad una rassegna sintetica delle principali ipotesi in cui la questione potrebbe venire (o risulta già venuta) in rilievo e delle relative problematiche.

a) Riforma della pena.

In primo luogo, guardando in prospettiva, non è radicalmente da escludere l'estensione dell'obbligo di riapertura dell'istruttoria ad alcune ipotesi di riforma *in peius* del trattamento sanzionatorio.

Ovviamente - si badi - il giudizio sulla pena, in gran parte dei casi, ben può - e deve - prescindere dall'immediatezza non sviluppandosi come una rivalutazione delle prove sull'enunciato di fatto decisivo ai fini del giudizio di responsabilità dell'imputato.

La giurisprudenza della Corte EDU, d'altra parte, in una risalente decisione (*Kremzow c. Austria*⁴⁶), ha riconosciuto la violazione dell'art. 6 C.E.D.U., con riferimento all'amputazione del diritto all'udienza pubblica, in un procedimento nel quale all'esito del giudizio d'impugnazione erano state sensibilmente modificate *in peius* la specie e la quantità della pena applicata al ricorrente. La *ratio decidendi* della Corte è fondata sul rilievo in forza del quale sarebbe risultata decisiva ai fini della riforma della pena la rivalutazione da parte del giudice dell'impugnazione di una circostanza fattuale - il movente dell'omicidio - ignorata dal primo giudice. Si tratta, all'evidenza, delle medesime ragioni mutate successivamente dalla Corte europea per rilevare l'incompatibilità con la C.E.D.U. della decisione d'appello emessa senza rinnovare la prova dichiarativa decisiva. In questo senso, non è escluso che, in futuro, il caso *Kremzow* possa essere posto alla base di nuovi itinerari interpretativi anche con riferimento alla tutela dell'immediatezza.

b) Riforma peggiorativa delle statuizioni civili.

Secondo le Sezioni unite della Cassazione, il giudice d'appello ha l'obbligo di riascoltare le fonti dichiarative decisive per la ricostruzione del fatto anche

⁴⁶Corte EDU, 21 settembre 1993, *Kremzow c. Austria*.

nell'ipotesi in cui sia stata la sola parte civile ad impugnare la sentenza di assoluzione⁴⁷.

Nel giudizio di appello così introdotto, l'oggetto della cognizione del giudice è di natura fattuale (viene impugnata infatti «la sentenza di proscioglimento» sia pure ai soli fini civili, art. 576 c.p.p.). L'estensione dell'obbligo di rinnovare la prova, tuttavia, non si giustifica tanto sulla base del mero pregiudizio che possa derivare all'imputato da una riforma peggiorativa delle statuizioni civili, quanto in conseguenza della necessità, anche in questo caso, di accertare la responsabilità dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio. L'eventuale pronuncia di condanna al risarcimento del danno, infatti, presuppone l'accertamento positivo del reato⁴⁸, che va improntato alla regola di giudizio tipica del processo penale. Nell'ottica delle Sezioni unite, quindi, la nuova assunzione delle fonti dichiarative decisive per la ricostruzione della responsabilità dell'imputato è volta a rispettare il parametro di cui all'art. 533, co. 1, c.p.p.

Sul tema, con ogni probabilità, gli interpreti saranno presto chiamati ad un nuovo confronto dal momento che l'art. 603, co. 3-*bis*, c.p.p. non include l'ipotesi dell'appello della parte civile tra quelle per le quali è prevista l'obbligatoria rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale.

c) Reformatio in melius.

L'ampio parametro adottato nel provvedimento in esame è compatibile con l'estensione dell'obbligo di riassumere la prova anche al caso della riforma in senso migliorativo. Come detto, nella sentenza *Salute* si richiamano appunto due decisioni con le quali la Cassazione ha annullato i provvedimenti di secondo grado che, in riforma della precedente condanna, avevano assolto l'imputato senza riascoltare la fonte dichiarativa decisiva⁴⁹.

Le Sezioni unite, tuttavia, nella sentenza *Dasgupta* hanno escluso ogni possibilità di parificazione tra le due ipotesi di ribaltamento, osservando come la rinnovazione della prova dichiarativa sia necessaria solo per la modifica della sentenza di assoluzione dal momento che esclusivamente in tale ipotesi viene in rilievo la necessità di rispettare la regola di giudizio dell'«al di là di ogni ragionevole dubbio».

In ambito CEDU, come anticipato, fino ad ora la tutela è stata ritagliata su ipotesi di riforma della decisione ai danni dell'imputato stante la natura

⁴⁷ Cass., Sez. un. *Dasgupta*, cit.

⁴⁸ La conclusione costituisce un corollario dell'art. 185 c.p. che individua nel reato il fatto giuridico produttivo dell'obbligazione.

⁴⁹ Cass., Sez. II, 23 luglio 2014, P.g. in proc. Pipino, cit.; Id., Sez. II, 18 novembre 2014, n. 50643, P.C. in proc. FU, cit.

privata e individuale che connota il rimedio europeo, ovviamente inibito alla parte pubblica.

Anche in questo caso, tuttavia, si staglia sullo sfondo uno scenario di prospettiva che si collega alla crescente attenzione riservata, in sede sovranazionale, alla vittima nel processo penale.

Si può in questo senso ipotizzare che nel diritto ad una risposta giudiziaria appagante, derivato dall'art. 2 CEDU, si possa giungere a ricomprendere, nei casi di reati gravi, anche la garanzia dell'ammissione delle prove in favore della persona offesa⁵⁰.

Inoltre, posando lo sguardo sulle disposizioni e la giurisprudenza maturate in ambito UE si rintraccia un vero e proprio diritto della vittima ad essere sentita nel corso del procedimento penale⁵¹.

Se tali prerogative venissero ritenute applicabili anche nel giudizio di secondo grado l'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria uscirebbe formalmente dall'alveo delle garanzie difensive, aprendo la strada ad una nuova stagione di problemi teorici e applicativi.

d) Riforme contenenti un accertamento pregiudizievole per l'imputato.

Tra le ipotesi di riforma può essere, da ultimo, considerata quella relativa alla sostituzione in appello della formula di proscioglimento applicata in primo grado con una locuzione liberatoria meno favorevole per l'imputato.

Come detto, infatti, mentre alcune formule di proscioglimento negano l'addebito contestato, altre possono sottendere l'accertamento del fatto di reato. Il passaggio dalle prime alle seconde può, quindi, determinare effetti pregiudizievoli in capo all'imputato. *Quid* nel caso in cui il secondo accertamento risulti viziato dalla mancata rinnovazione della prova dichiarativa?

La Corte europea ha più volte censurato l'applicazione di misure, anche non penali, sulla base di una sentenza di proscioglimento, riconoscendovi, tra

⁵⁰ PARLATO, *Ribaltamento della sentenza*, cit., 14; nell'ambito delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, v. Corte EDU, 29 marzo 2011, *Alikaj c. Italia*, che ha riconosciuto una violazione dell'art. 2 CEDU in un procedimento nel quale - nell'ottica della Corte - alcune rilevanti violazioni procedurali (con particolare riferimento alla mancanza di indagini indipendenti e all'applicazione della disciplina della prescrizione) avevano reso impossibile l'accertamento del grave fatto di reato (omicidio) nonché - quindi - la sanzione del colpevole.

⁵¹ Decisione-quadro 2011/220/GAI, art. 3; direttiva 2012/29/UE, art. 10; nell'ambito della giurisprudenza della Corte di giustizia, v. Corte giust., 9 ottobre 2008, *Katz*, C-404/07; in dottrina, ARMENTA DEU-LUPARIA, *L'audizione della vittima e il diritto di produrre elementi probatori*, in *Linee guida per la tutela processuale delle vittime vulnerabili*, a cura di Armenta Deu e Luparia, Milano, 2011, 13 ss.; SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale*, Padova, 2014, 50 ss.; cfr., anche, ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in *Lo scudo e la spada*, Torino, 2012, 17 ss.

l'altro, la violazione della presunzione d'innocenza. Nel ragionamento dei giudici di Strasburgo viene ritenuto incompatibile con la Convenzione un accertamento, che incida sulla presunzione d'innocenza dell'imputato (considerato come colpevole anche senza una dichiarazione formale), raggiunto «*without his having had the opportunity of exercising his rights of defence*»⁵². La mancata replica, in sede d'impugnazione, del contatto diretto tra giudice e prova, amputando il diritto di difesa dell'imputato, ben potrebbe, in questi casi, costituire una autonoma e ulteriore violazione della C.E.D.U. Nel nostro ordinamento, con l'entrata in vigore dell'art. 603 comma 3 *bis* c.p.p., che, come detto, prescrive l'obbligo di riaprire l'istruttoria dibattimentale in caso di appello del pubblico ministero contro la «sentenza di proscioglimento», si riduce notevolmente il rischio di una modifica *in peius* della formula liberatoria adottata nei due gradi senza la previa rinnovazione della prova dichiarativa⁵³.

Non è escluso, tuttavia, che residuino ipotesi particolari, anche molto rilevanti.

Si pensi alla sostituzione di una prima decisione di assoluzione con una sentenza di non doversi procedere per intervenuta estinzione del reato. Nel nostro sistema - com'è noto - si ammette che in base a tale seconda locuzione sia applicabile una misura di sicuro pregiudizio sanzionatorio,

⁵²Corte EDU, 25 marzo 1983, Minelli c. Svizzera, § 37. Sul tema, v. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione d'innocenza*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁵³Gli effetti pregiudizievoli per l'imputato della sostituzione della formula di proscioglimento possono essere di varia portata e in grado di irradiarsi ben oltre il procedimento penale in virtù delle norme che fanno derivare dall'accertamento (o dal mancato accertamento) svolto in sede penale conseguenze sui collegati giudizi civili, amministrativi, disciplinari e non ultimo su interessi di natura morale. Prima dell'entrata in vigore del nuovo art. 603, co. 3, *bis* c.p.p. l'obbligo di rinnovazione in tali ipotesi appariva tutt'altro che scontato, dal momento che la sentenza delle Sezioni unite Dasgupta agganciava l'assoluta necessità del contatto diretto tra giudice e prova alla prospettiva della condanna in appello, in riforma della sentenza di primo grado. D'altra parte, non era certo che tale situazione potesse, comunque, trovare tutela di fronte ai giudici di Strasburgo. In linea di massima, infatti, in caso di modifica della formula di proscioglimento il pregiudizio non deriva direttamente dalla ricostruzione del fatto condotta in violazione dell'art. 6 C.E.D.U., ma dal valore che l'ordinamento riconosce all'accertamento penale in termini di condizionamento dell'autonoma pronuncia da cui derivano gli effetti negativi. La riforma di una locuzione assolutoria piena (il fatto non sussiste; l'imputato non l'ha commesso) potrebbe, così, privare l'imputato del vantaggio derivante dagli effetti vincolanti del provvedimento penale nei giudizi extra-penalmente collegati. Il vincolo, tuttavia, come detto, ha ad oggetto l'«accertamento» operato in sede penale che si espone in concreto alla rivalutazione effettuata dal giudice in sede extra-penale. Tale autonomo giudizio, nell'ottica della Corte EDU, potrebbe tradursi in una cesura tra l'accertamento penale «viziato» e l'effetto pregiudizievole tale da far venir meno la fondatezza del ricorso.

quale la confisca, ogni qual volta il giudice abbia ritenuto accertato il fatto di reato⁵⁴.

Ora, nel caso in cui la causa estintiva maturi tra il primo e il secondo grado, al giudice d'appello sarebbe inibita ogni attività istruttoria stante l'obbligo di dare immediata applicazione alla pronuncia di cui all'art. 129 c.p.p.⁵⁵

In tale caso, quindi, è plausibile che, agli occhi dei giudici di Strasburgo, l'applicazione di una misura sanzionatoria - quale appunto la confisca - sulla base di una sentenza di proscioglimento per prescrizione, in riforma di una precedente assoluzione, possa integrare anche una violazione dell'art. 6 CEDU per omessa riassunzione delle prove dichiarative, ove queste risultino decisive nell'economia dell'addebito contestato al ricorrente. Potrebbe in questo senso configurarsi un vizio dotato di autonomia che, tuttavia, si incastona nella più ampia censura operata dalla Corte europea con riferimento all'applicazione di una pena in assenza di una formale condanna, in violazione dell'art. 7 CEDU⁵⁶.

8. Riapertura dell'istruttoria e dichiarazioni dell'imputato

Dal catalogo di indicazioni fornite al giudice del rinvio nella sentenza in commento filtra un secondo e diverso tema problematico, non oggetto di autonoma trattazione nella motivazione del provvedimento, sul quale sembra opportuno soffermare brevemente l'attenzione: «l'accoglimento dei motivi (...) comporta la necessaria rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale (...) per sentire l'imputato (...) e tutti gli altri imputati necessari per la completa valutazione sull'attendibilità delle prove dichiarative». Tra le fonti per cui è dettata una nuova escussione vi sono quindi gli imputati.

La sentenza non opera alcuna distinzione sulla qualità soggettiva del dichiarante da riascoltare, recependo quanto già affermato dalle Sezioni unite⁵⁷.

⁵⁴Corte cost. n. 49 del 2015, cit.; la confisca - come noto - è pacificamente ritenuta dalla Corte europea una pena: v., Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi c. Italia*; Corte EDU, 29 ottobre 2010, *Varvara c. Italia*.

⁵⁵Sul rapporto tra formule di proscioglimento e attività istruttoria del giudice con riferimento al giudizio d'appello, v. MORELLI, *Il proscioglimento immediato*, cit., 203 ss.

⁵⁶Corte EDU, *Varvara c. Italia*, cit.

⁵⁷Con specifico riferimento al tipo di prova, le Sezioni unite Dasgupta hanno parificato espressamente alcuni mezzi istruttori accomunati dalla componente dichiarativa. Sul giudice incombe, pertanto, un obbligo di rinnovazione, oltre che del testimone, «del testimone assistito (art. 197 *bis* c.p.p.), del coimputato in un procedimento connesso (art. 210 c.p.p.), del coimputato nello stesso procedimento (art. 503 c.p.p.) (...) dell'imputato in causa propria». Dal novero dei mezzi di prova parificati alla testimonianza è rimasta fuori, tuttavia, un'ipotesi problematica già al centro di una non convincente pronuncia della Cassazione; ci si riferisce alle dichiarazioni spontanee dell'imputato, in relazione alle quali Cass.,

Le replica delle dichiarazioni dell'imputato presenta, d'altra parte, alcune peculiarità che trovano spazio già nella giurisprudenza di Strasburgo: da un lato, la prova «*given in person by the applicant*» sembra presidiata da una tutela “rafforzata”; dall'altro, il riconoscimento del fondamentale diritto al silenzio pone un limite all'immediatezza.

Sul primo versante, in ambito C.E.D.U. l'obbligo di rinnovare le dichiarazioni dell'imputato che ne faccia richiesta, proclamandosi innocente, prescinde addirittura dalla riforma della sentenza. Più volte la Corte EDU è arrivata a riconoscere una violazione dell'art. 6 C.E.D.U. per la lesione del diritto dell'imputato ad essere risentito personalmente in appello nell'ambito di procedimenti definiti con una doppia sentenza di condanna nel merito⁵⁸.

Sul secondo, va rilevato come il diritto del dichiarante a non autoincriminarsi compaia tra le eccezioni espresse all'obbligo di rinnovazione⁵⁹.

Vengono in rilievo, quindi, le due diverse prospettive in cui può articolarsi l'esame dell'imputato: su fatto proprio; sulla responsabilità altrui⁶⁰.

Dunque, come dare forma nell'ordinamento interno ai *dicta* di Strasburgo?

Una premessa è d'obbligo: la rinnovazione - per natura - presuppone che l'imputato abbia già reso dichiarazioni nel corso del giudizio di primo grado. In questo senso l'istituto non può essere strumentalizzato per violare un diritto al silenzio del quale l'imputato si sia fino a quel momento avvalso.

Per quanto concerne le dichiarazioni su fatto proprio, a fronte della richiesta dell'imputato di essere nuovamente esaminato, il giudice d'appello appare tenuto a disporre l'incombente senza alcuna condizione.

Con riferimento alle dichiarazioni *erga alios*, stando a quanto affermato dalle Sezioni unite⁶¹, opererà la disciplina prevista dagli artt. 210 e 197 *bis* c.p.p., applicabile in forza del rinvio generale di cui all'art. 598 c.p.p.: su richiesta di parte, o anche d'ufficio ove si presentino le condizioni di cui all'art. 195 c.p.p., il coimputato del medesimo reato (art. 12 comma 1 lett. a) c.p.p.) avrà l'obbligo di ripresentarsi davanti al giudice d'appello (eventualmente attraverso

Sez. II, 6 ottobre 2016, Sall, in *Mass. Uff.*, n. 268524 ha escluso l'obbligo di rinnovazione «in quanto, a differenza dell'esame, disciplinato dall'art. 210 c.p.p., che costituisce una prova dichiarativa caratterizzata dalla formazione in contraddittorio, le dichiarazioni spontanee sono rimesse alla libera scelta dell'imputato, non sono acquisite in contraddittorio né sono acquisibili d'ufficio, determinandosi, altrimenti, una violazione del diritto al silenzio e del diritto di difesa».

⁵⁸Corte EDU, 20 giugno 2013, *Abdulgadirov c. Azerbajdar*, Id., 25 marzo 1998, *Belziuk c. Polonia*.

⁵⁹Corte Edu, Dan. c. Moldavia, cit.: «*there are cases when it is impossible to hear a witness in person at the trial because, for example, he or she has died, or in order to protect the right of the witness not to incriminate him or herself*».

⁶⁰V., per tutti, ILLUMINATI, *L'imputato che diventa testimone*, in *Ind. pen.*, 2002, 387 ss.

⁶¹Cass., Sez. un. Dasgupta, cit.

accompagnamento coattivo) ma potrà avvalersi della facoltà di non rispondere; gli imputati che hanno assunto lo *status* di testimoni (art. 197 *bis* c.p.p.) saranno gravati dall'obbligo di rispondere con i limiti e le garanzie previste dalla disciplina della testimonianza assistita.

La questione maggiormente problematica concerne la sorte delle dichiarazioni rese in primo grado dal coimputato del medesimo reato che decida in appello di avvalersi della facoltà di non rispondere. Nell'ottica delle Sezioni unite, l'esercizio del diritto al silenzio introdurrebbe in capo al giudice di secondo grado un divieto di valutazione *in peius* delle predette dichiarazioni dal momento che «per l'imputato prosciolto in primo grado (...) va conservato il diritto di confrontarsi con la prova dichiarativa»⁶².

Nel novero del materiale istruttorio verrebbero, così, sottratti alla “libera” valutazione del giudice elementi di prova acquisiti in contraddittorio ma privi di immediatezza.

Si tratta di una soluzione coerente con la *ratio* che sostiene l'obbligo di rinnovazione seppur non imposta dalla CEDU⁶³. In prospettiva, tuttavia, la tenuta di tale conclusione, e più in generale di molte soluzioni applicative che concernono il dovere di riapertura dell'istruttoria, appare legata a doppio filo al rango nell'ordinamento processuale che gli interpreti, ad ogni livello (fino ai custodi della Costituzione), attribuiranno al contatto diretto tra giudice e prova: solo riconoscendo la portata costituzionale del principio d'immediatezza il descritto divieto di valutazione prevarrà sull'intramontabile esigenza di non dispersione della prova che, in modo più o meno palese, incombe sull'accertamento processuale⁶⁴. In caso contrario, presto o tardi, la constatazione della genesi dialettica delle dichiarazioni dell'imputato, e quindi dell'assoluta fedeltà ai canoni di formazione della prova di cui all'art. 111 comma 4 Cost., potrebbe condurre gli interpreti ad attenuare, se non ad escludere, i limiti alla relativa valutazione.

9. Il «proscioglimento» in primo grado come limite all'obbligo di rinnovazione: il nuovo art. 603, co. 3-*bis*, c.p.p.

Come detto, il nuovo art. 603, co. 3-*bis*, c.p.p. circoscrive l'obbligo di rinnovazione della prova dichiarativa decisiva per l'affermazione della

⁶²Cass., Sez. un. Dasgupta, cit.

⁶³Per i giudici di Strasburgo, come detto, l'esercizio del diritto al silenzio figurerebbe tra le deroghe all'obbligo di acquisire nuovamente la prova dichiarativa.

⁶⁴Tradizionalmente si esclude che l'immediatezza costituisca un principio recepito in Costituzione; v., per tutti, in chiave critica, CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, 9 s.

responsabilità dell'imputato alle ipotesi «di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento»⁶⁵.

La disposizione, pertanto, non dà copertura all'esigenza di riaprire l'istruttoria nelle ipotesi in cui oggetto dell'impugnazione sia la sentenza di condanna e si prospetti la *reformatio in peius* dell'enunciato fattuale devoluto, la cui prova sia rappresentata da un elemento dichiarativo. Si tratta – come visto – di un'ipotesi in relazione alla quale, al contrario, la Corte europea dei diritti dell'uomo riconosce la violazione dell'art. 6 C.E.D.U., seppur con un orientamento che non può definirsi ancora consolidato.

Ove l'indirizzo trovasse conferma, tuttavia, gli interpreti nazionali sarebbero chiamati a darne attuazione tentando un'interpretazione conforme della vecchia previsione “generale” di cui all'art. 603 comma 3 c.p.p., che – come rilevato – non pare esente da ostacoli sistematici. L'eventuale esito negativo potrebbe, poi, in prospettiva, esporre non tanto quest'ultima disposizione quanto la disciplina “specifica” introdotta dal nuovo art. 603 comma 3 *bis* c.p.p. ad una questione di costituzionalità nella parte in cui non prevede l'obbligo di rinnovazione anche per le ipotesi di *reformatio in peius*, fondate su una rivalutazione della prova dichiarativa decisiva, diverse dalla riforma della sentenza di proscioglimento.

Si tratta di una potenziale frizione con la Carta fondamentale che si aggiunge ad un distinto sospetto di incostituzionalità concernente la disparità di trattamento tra pubblico ministero ed imputato. L'art. 603, co. 3-*bis*, c.p.p., infatti, agganciando il dovere di riassumere la prova ad un connotato che attiene alla critica operata dal titolare dell'accusa avverso la sentenza di primo grado (per «motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa») configura la rinnovazione come una prerogativa a disposizione del pubblico ministero. Analoga *chances* non è concessa, invece, all'imputato nella corrispondente ipotesi di soccombenza, con evidente violazione del principio di parità delle armi⁶⁶.

Insomma, la novella legislativa, seppur certamente apprezzabile per lo sforzo di recepire l'indirizzo già consolidato in ambito C.E.D.U., rischia di “guardare al passato” risultando inadeguata a cogliere l'evoluzione delle traiettorie

⁶⁵Per un esame dell'itinerario delle modifiche alle impugnazioni nei vari passaggi del DDL Orlando (ora, l. 23 giugno 2017, n. 103) v.: BARGIS, *Primi rilievi sulle proposte di modifica in materia di impugnazioni nel recente d.d.l. governativo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2015, 4; ID., *I ritocchi alle modifiche in tema di impugnazioni nel testo del d.d.l. n. 2798 approvato dalla Camera dei deputati*, in www.penalecontemporaneo.it; CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello*, cit.

⁶⁶AIUTI, *Riforma Orlando: le modifiche all'appello*, in www.parolaalladifesa.it.

europee. All'indomani dell'entrata in vigore del nuovo testo, quindi, appare già opportuno ragionare sia in ottica ermeneutica che *de iure condendo*.

Sul primo versante, come detto, è indispensabile approfondire ogni possibile strada interpretativa al fine di ridurre la distanza tra le norme interne e gli orientamenti C.E.D.U. che potrebbero consolidarsi, dedicando specifica attenzione alle *rationes decidendi* dei giudici di Strasburgo nei singoli casi.

Sul secondo, la spinta - alimentata dalle sentenze della Corte europea - verso un giudizio di appello che replica in tutto e per tutto il giudizio di primo grado può essere governata solo attraverso un ripensamento in profondità della struttura dell'appello⁶⁷.

In questo senso, sembra indispensabile lavorare su due prospettive di intervento, non necessariamente alternative: da un lato, bisogna ridurre gli spazi di legittimazione soggettiva e oggettiva all'appello; dall'altro appare opportuna la strutturazione del secondo grado come giudizio rescindente, così da limitare coerentemente la fase rescissoria - e la riapertura dell'istruttoria - ai soli casi in cui effettivamente emerga la prospettiva di una riforma ai danni dell'imputato.

⁶⁷Per una rassegna ragionata e interessanti spunti critici sulle varie ipotesi di riforma dell'appello, v.: BELLUTA, *Prospettive di riforma dell'appello penale, tra modifiche strutturali e microchirurgia normativa*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1059 s., ora anche in BARGIS - BELLUTA, *Impugnazioni penali: assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, Torino, 2013, 235 s.