QUESTIONI APERTE

Appello/Divieto di *reformatio in peius*

La decisione

Appello - Impugnazione della difesa - Divieto di *reformatio in peius* - Giudizio di rinvio - Applicazione - Condizioni (C.p.p., art. 597, co. 3).

Il divieto di reformatio in peius esplica la propria efficacia anche in sede di giudizio di rinvio, ma, qualora la sentenza di secondo grado sia stata annullata per ragioni esclusivamente processuali, il parametro cui occorre far riferimento è costituito dalle statuizioni contenute nella sentenza di primo grado, mentre qualora la sentenza d'appello sia stata annullata per ragioni diverse da quelle di tipo esclusivamente processuale, il medesimo divieto va rapportato non alla sentenza di primo grado, ma a quella annullata.

CASSAZIONE PENALE - SEZIONE SESTA - 30 OTTOBRE 2017 (c.c. 28 giugno 2017) - IPPOLITO *Presidente* - TRONCI, *Estensore* - FILIPPI, *P.M.* (diff.) - Chiriaco, *ricorrente*.

Ripensare il divieto della *reformatio in peius*

Lo scritto esamina in maniera critica il principio di diritto espresso dalla Corte di cassazione in tema di *reformatio in peius* in sede di giudizio di rinvio. Nello specifico l'attenzione è rivolta alla diversa interpretazione data dalla giurisprudenza al suddetto principio.

The written examines in a critical manner the principle of law expressed by the Court of Cassation on the subject of reformat in Peius in the judgment of referral. Specifically, attention is paid to the different interpretation given by the jurisprudence to the above principle.

1. Nella vita del diritto, a volte, va così: si fa avanti un principio, piano piano si afferma, fino a che viene consacrato in molteplici decisioni della Cassazione e da quel momento intorno a quell'affermazione si raccoglie un consenso unanime, che a ben vedere gode della sola forza della sua risalenza nel tempo, perché nessuno si sofferma un momento a domandarsi "ma perché la pensiamo tutti in questo modo? Davvero non si può avanzare una tesi diversa?". Un fenomeno del genere, il consolidarsi di affermazioni assolutamente opinabili, pare essersi verificato nell'ambito della disciplina in tema di appello ed in particolare con riferimento all'istituto del divieto di *reformatio in peius* ed alla definizione dell'ambito di applicazione di tale principio.

2. Quale che sia la natura e la *ratio* del divieto per il giudice di appello di riformare, in presenza di una impugnazione del solo imputato, la sentenza di primo grado irrogando una pena o una misura deteriori rispetto al trattamen-

to sanzionatorio definito nella decisione impugnata¹ pare indiscusso che il divieto di *reformatio in peius* non se la passa tanto bene.

A prescindere dalle considerazioni – dallo spessore assai poco scientifico... – che fanno gravare su tale principio gran parte delle inefficienze del nostro sistema penale in quanto la circostanza, che in presenza dell'impugnazione di secondo grado non potrebbe derivare alcuna conseguenza negativa per l'imputato (che per l'appunto non potrebbe vedersi resa più severa la pena dal giudice di seconde cure), solleciterebbe ricorsi pretenziosi e meramente dilatori, non può non registrarsi come la stessa giurisprudenza cerchi in ogni modo di delimitare in maniera significativa questo criterio di limitazione dei poteri del giudice d'appello.

Basti pensare alla decisione delle Sezioni unite, come la n. 53153 del 2016 con cui si è stabilito che “la sentenza d'appello che accolga la richiesta di una provvisoria proposta per la prima volta in quel giudizio dalla parte civile non appellante non viola il principio devolutivo, né il divieto di *reformatio in peius*” o al maggioritario orientamento della Cassazione – fortunatamente arrestato dalle Sezioni unite con la decisione n. 6296 del 2016 – secondo cui il giudice dell'esecuzione nella rideterminazione della pena complessiva finale in dipendenza del riconoscimento della continuazione – una volta individuata la violazione più grave e fatto salvo il contenimento del trattamento sanzionatorio entro il limite della somma delle pene inflitte con ciascuna condanna – avrebbe potuto comunque quantificare l'aumento per un determinato reato satellite in misura superiore all'aumento originariamente applicato per quel reato o all'orientamento – adesso all'attenzione delle Sezioni unite – secondo cui nel caso di impugnazione del solo imputato, nel giudizio di rinvio che concerna l'applicazione della disciplina del reato continuato, il divieto di *reformatio in peius* riguardi solo la pena inflitta, quale risultante delle diverse operazioni di calcolo, le quali possono essere condotte in modo da produrre addendi diversi da quelli fissati nel provvedimento oggetto di annullamento, ovvero abbia ad oggetto non soltanto il risultato finale ma anche tutti gli elementi del calcolo della pena².

¹ Secondo BELLAVISTA la preclusione in parola derivava dall'affermazione secondo cui *ne eat index ultra penam partium*. Nel senso invece che il divieto di *reformatio in peius* non sarebbe che una logica conseguenza dell'operare del principio del *favor rei*, LOZZI, *Favor rei e processo penale*, Milano 1968.

² Per un quadro d'insieme dell'istituto, BELLUTA, *Divieto di reformatio in peius*, in *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, a cura di Bargis, Belluta, Torino, 2013, 3; PERONI, *Commento all'art. 597*, in *Commentario breve al codice di procedura penale, Complemento giurisprudenziale*, VII ed., a cura di Conso, Grevi, Padova, 2011, 2409; PISANO, *Divieto della reformatio in peius: appunti penalistici retrospettivi e considerazioni impolitiche*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 279; NUZZO, *L'appello nel processo penale*, Milano, 2006, 177.

3. Questi dubbi, tuttavia, sono poca cosa rispetto alle perplessità che suscita l'orientamento (assolutamente consolidato) di cui è espressione la decisione in epigrafe.

I fatti possono essere così riassunti: 1) l'imputato era stato condannato in primo grado alla pena di 14 anni di reclusione; 2) esperito giudizio di appello, la sanzione veniva ridotta ad anni 12; 3) la Cassazione annullava con rinvio la decisione del giudice di secondo grado e rinviava il processo ad altra sezione della medesima Corte; 4) il sede di rinvio la originaria pena di 14 anni era confermata.

Secondo la difesa la decisione del giudice del rinvio risultava lesiva del principio del divieto di *reformatio in peius*, posto che la prima decisione della Corte d'appello, poi annullata in sede di legittimità, aveva comunque ridotto la pena originariamente comminata.

La Cassazione accoglie il ricorso ma puntualizza e ribadisce un principio vetusto e, nel ribadirlo, ne spiega anche la *ratio*, e nello spiegarne la *ratio*, francamente convince davvero poco.

Che il divieto di *reformatio in peius* operi anche in sede di rinvio è principio indiscusso, però con alcune limitazioni, derivanti dalle ragioni per cui la prima decisione di secondo grado è stata annullata in sede di legittimità. Se infatti l'annullamento è conseguenza di violazioni di carattere sostanziale - come, fortunatamente per il ricorrente, si sarebbe verificato nel caso di specie - allora il termine di riferimento per il nuovo trattamento sanzionatorio è rappresentato dalla pena comminata in sede d'appello con la decisione censurata in cassazione, onde il *quantum* di pena che non può essere superato dal giudice di rinvio è la sanzione comminata nella decisione oggetto di annullamento; quando però la sentenza di secondo grado sia stata annullata per ragioni esclusivamente processuali allora il parametro cui fare riferimento per verificare la violazione del precetto in questione è costituito dalle statuizioni contenute nella pronuncia del primo giudice³.

La *ratio* di tale affermazione è rinvenuta nella circostanze che “nelle ipotesi indicate, non vi è stato il consolidamento di alcuna posizione di carattere sostanziale in capo all'imputato, onde legittimamente il principio del divieto di *reformatio in peius* va declinato in rapporto a quanto statuito dalla sentenza di primo grado... [in questi casi] si è in presenza di *errores in procedendo* che, avendo irrevocabilmente minato la legittimità dello svolgimento del giudizio - per aver addirittura impedito la costituzione di un valido rapporto pro-

³ Da ultimo, Cass., sez. III, 17 novembre 2016, n. 9698, in *Mass. Uff.*, n. 269277.

cessuale, ovvero per effetto della nullità di atti di carattere propulsivo, poi propagatasi *ex lege* a quelli susseguenti - non hanno consentito ... il consolidamento di alcuna posizione sostanziale a favore dell'imputato, per aver fatto venire meno, in radice, la sentenza di secondo grado e, quindi, quel termine di paragone, cui riferire il divieto di *reformatio in peius*".

4. Non capiamo bene.

A parte alcune imprecisioni linguistiche presenti nella decisione (l'annullamento della decisione di secondo grado era stata determinata dalla presenza di un vizio di motivazione inerente proprio l'abbattimento della pena originariamente irrogata e secondo la pronuncia questo sarebbe un vizio di carattere sostanziale!, da sottoporre a censura in sede di legittimità poi!!). Non era meglio far ricorso alla tradizionale categorizzazione fra *errores in procedendo* ed *in iudicando*?), quello che non si comprende è per quale motivo dare tale rilevanza alla tipologia di vizi che hanno determinato l'annullamento della decisione di merito emessa per la prima volta in sede di appello.

Comunque, al netto della (non molto chiara) distinzione fra "vizi sostanziali" e "vizi processuali", quello che la Cassazione afferma è che quando sussiste un vizio che impedisce l'instaurarsi di un valido rapporto processuale (nella sentenza di fa l'esempio dell'omessa citazione dell'imputato), l'imputato non matura alcun diritto al contenimento del trattamento sanzionatorio secondo quando deciso (in maniera irregolare e quindi giuridicamente irrilevante) nelle precedenti fasi del giudizio.

E perchè? Dov'è il fondamento di tale affermazione, se non la sua tralattiva ripetizione? Tizio viene giudicato e condannato, ma si avvede che il procedimento nei suoi confronti si è svolto in maniera irregolare ed il suo diritto di difesa è stato assolutamente pretermesso; per quale motivo dovrebbe essere posto di fronte alla tragica alternativa fra "accontentarsi" della pena comminatagli o far ricorso contro la decisione di condanna ma rischiando di vedersi aumentata la sanzione originariamente comminatagli?

Il divieto di *reformatio in peius* si fonda sull'esigenza di non limitare - paventando una maggiore severità da parte del giudicante nelle successive fasi del giudizio - il diritto dell'imputato a far ricorso ad ogni rimedio processuale per far valere la propria innocenza. La giurisprudenza della Cassazione, invece, sottopone l'imputato al terribile rischio di far valere la lesione dei suoi diritti ma con la conseguenza ed a costo di subire un trattamento deteriore dopo che gli è stata riconosciuta la ragione delle sue censure.

In secondo luogo, occorre considerare come, una volta annullata su istanza dell'imputato la originaria sentenza di secondo grado e la condanna dalla stes-

sa ivi pronunciata, quando il procedimento perviene al giudice del rinvio non vi è alcun soggetto che abbia manifestato un interesse al riesame del profilo della pena: l'imputato ha ottenuto il risultato cui mirava, di ottenere una rivisitazione dell'*an* della sua responsabilità, il pubblico ministero è stato acquiescente alle precedenti determinazioni dell'autorità giudiziaria, ed allora su quali basi, in omaggio a quale istanza il giudice del rinvio torna sul profilo del *quantum* di pena e qualifica come erronea la determinazione della sanzione operata in precedenza?

Il tutto poi senza voler dire nulla sul rischio che una tale giurisprudenza suggerisca una prassi decisamente censurabile: il giudice di appello, avvedutosi del vizio radicale verificatosi in primo grado, potrebbe essere "affascinato" dalla prospettiva che l'imputato, se in secondo grado si vede trattato in maniera particolarmente mite, finirà per rinunciare a ricorrere in cassazione in quanto la retrocessione del procedimento gli farebbe rischiare una pena più severa. Non capiterà mai... ma a volte è meglio evitare ogni tentazione.

CIRO SANTORIELLO