

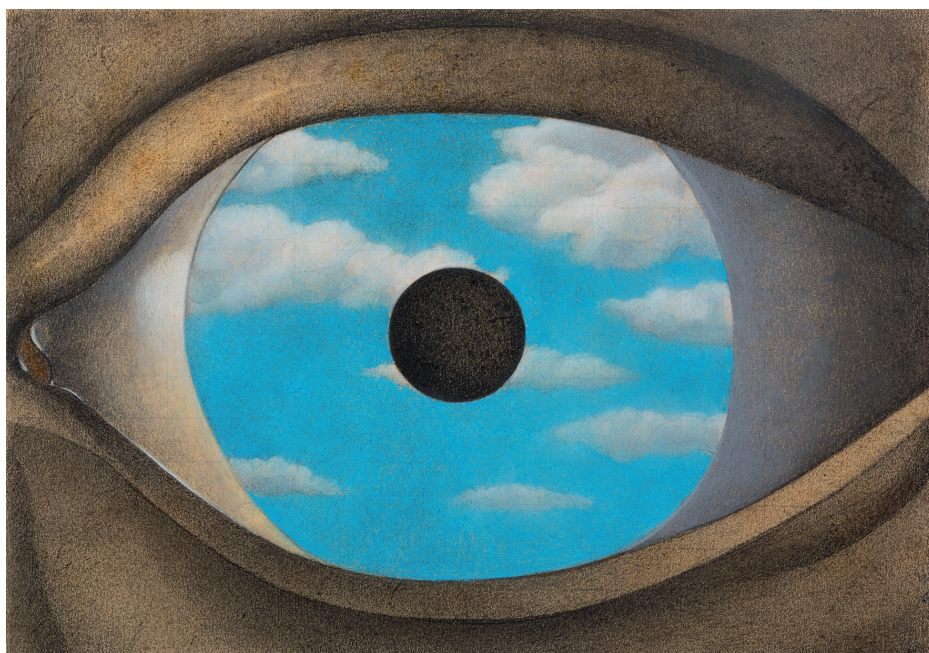
# IL PROCESSO

RIVISTA GIURIDICA QUADRIMESTRALE

ISSN 2611-5131

DIREZIONE SCIENTIFICA

A. BARONE, R. CAPONI, M. CARTABIA, R. MARTINO, A. PANZAROLA, A. PIEKENBROCK, A. POLICE,  
M.A. SANDULLI, G. SPANGHER



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

---

# sommario

---

## Saggi

|   | <i>pag.</i> |
|---|-------------|
| <i>Attività vincolata dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale</i><br>di MARIA CRISTINA CAVALLARO.....                                | 1           |
| <i>La confisca nei reati contro la Pubblica Amministrazione</i><br>di FRANCESCO VERGINE - VALENTINA MAZZOTTA.....                             | 29          |
| <i>L'efficacia espansiva del giudicato nel processo tributario</i><br>di CONCETTA RICCI.....  | 99          |
| <i>Rinnovazione del dibattimento e fisionomia del giudizio di appello</i><br>di LEONARDO SURACI.....  | 127         |
| <i>L'autodichia delle camere parlamentari tra autotutela contenziosa e funzione «obiettivamente giurisdizionale»</i><br>di MARINA SFARZO..... | 173         |
| <i>Oltre la «degiurisdizionalizzazione»: spunti dal Tribunal Arbitral Tributário portoghese</i><br>di VALENTINA CAPASSO.....                  | 215         |

## Dialoghi con la giurisprudenza

|   |     |
|---|-----|
| <i>Gli effetti della transazione parziaria, intervenuta in corso di giudizio, sul debito dei condebitori non transigenti in presenza di molteplici titoli di responsabilità e danni partitamente considerati.</i><br>Cassazione civile, Sezione I, 17 maggio 2019, n. 13397<br>commento di EDOARDO DE CARLO ..... | 249 |
| <i>Una pronuncia “controcorrente” della Cassazione in tema di violazione delle norme sulla composizione del tribunale e rito sommario di cognizione.</i><br>Cassazione civile, Sezione I, 21 ottobre 2019, n. 26729<br>commento di MIRKO ABBAMONTE.....   | 279 |
| <i>L'audizione del richiedente protezione internazionale e il diritto ad una tutela giudiziale effettiva.</i><br>Cassazione civile, Sezione I, 23 ottobre 2019, n. 27073<br>commento di MIRKO ABBAMONTE.....  | 295 |

|  |     |
|--|-----|
| <i>Decadenza dalla impugnativa e legittimazione all'accesso degli atti di gara.</i><br>Tar Veneto, Sezione I, 13 dicembre 2019, n. 1417<br>commento di ANGELO GIUSEPPE OROFINO ..... | 317 |
|--|-----|

### **Attualità**

|   |     |
|---|-----|
| <i>Il contraddittorio endoprocedimentale e la tutela dei diritti del contribuente:<br/>ancora un gregge senza pastore?</i><br>di ANGELO SCALA ..... | 329 |
| <i>Tiro al bersaglio sulla giustizia.</i><br>Recensione a BRUNO CAPPONI, <i>La causa</i> , 2019<br>di UMBERTO APICE .....                           | 341 |

# Rinnovazione del dibattimento e fisionomia del giudizio di appello

di LEONARDO SURACI

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Completezza dell'istruzione di primo grado e dibattimento in appello. — 3. L'ammissione della richiesta istruttoria. — 4. L'introduzione della fase e le forme acquisitive della prova. — 5. L'art. 603, comma 3-bis, c.p.p.: premesse di una riforma disattenta. — 6. I primi approdi giurisprudenziali sul tema. — 7. L'attività interpretativa delle Sezioni unite. — 8. Qualche notazione critica. — 9. Il giudizio di appello cambia fisionomia?

## 1. Premessa.

È noto che il codice di procedura penale, nel riproporre il giudizio di secondo grado seguendo lo schema concettuale del codice del 1930 <sup>(1)</sup>, ha mantenuto l'appello nell'ambito funzionale della *revisio prioris instantiae*, in modo tale da esaltarne la tradizionale funzione di strumento di controllo della decisione impugnata <sup>(2)</sup> — il giudizio penale di secondo grado, è stato infatti ribadito, si «apprezz[a] come giudizio critico, in funzione di controllo della decisione già resa» <sup>(3)</sup> — in luogo di quella di *novum iudicium*.

<sup>(1)</sup> G. TRANCHINA - G. DI CHIARA, *Appello (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. III, 201.

<sup>(2)</sup> G. SPANGHER, *Appello (Diritto processuale penale)*, in *Enc. giur.*, II, 1. Negli stessi termini v., poi, M. BARGIS, *Impugnazioni*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. CONSO - V. GREVI, Padova, 2001, 768. V., da ultimo, L. ALGERI, *Il nuovo volto dell'appello tra obbligo di rinnovazione istruttoria e dovere di motivazione «rafforzata»*, in *Dir. pen. e processo*, 2019, 388.

<sup>(3)</sup> V., in questo senso, G. SPANGHER, *Appello (Diritto processuale penale)*, cit., 7; ID., *Impugnazioni penali*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 217, ove si sottolinea la scarsa attenzione dedicata dal nuovo codice al tema delle impugnazioni. G. TRANCHINA - G. DI CHIARA, *Appello (dir. proc. pen.)*, cit., 200, invece, segnalano l'incoerente soluzione legislativa di relazionare con un modulo processuale di ispirazione accusatoria un giudizio di appello la cui struttura ripercorre i tratti tipici del modello disciplinato dal

Il sistema probatorio tipico del giudizio, invero, ruota intorno all'istituto della lettura quale strumento formalmente introduttivo di elementi conoscitivi utilizzabili e relega in ambiti angusti la formazione di essi mediante la metodologia garantita propria del giudizio di primo grado.

Le riforme dell'ultimo periodo, tuttavia, hanno inciso proprio sul versante della prova mediante una penetrante rimodulazione dell'istituto della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, di talché occorre provare a verificare se siffatte modifiche concorrono a delineare una nuova fisionomia del giudizio di appello, meno aderente alla logica del controllo.

## **2. Completezza dell'istruzione di primo grado e dibattimento in appello.**

La rinnovazione del dibattimento in appello costituisce uno strumento finalizzato all'integrazione, totale o parziale, della piattaforma probatoria del giudizio di primo grado <sup>(4)</sup>.

La disciplina dell'istituto è contenuta nell'art. 603 c.p.p. e, pur prospettando un panorama alquanto articolato, non è stata *ex sé* considerata idonea a scalfire la logica dell'appello come giudizio di controllo, giacché i singoli dati conoscitivi vanno ad inserirsi in un procedimento valutativo caratterizzato da un quadro probatorio già cristallizzato nel giudizio di primo grado.

La previsione di un meccanismo di acquisizione probatoria integrativo, è stato difatti ribadito, non incide sul dato secondo cui «il giudizio penale di secondo grado si apprezz[a] come giudizio critico, in funzione di controllo della decisione già resa» <sup>(5)</sup> il quale sconta una presunzione di completezza dell'istruzione già svolta che rende del tutto eccezionale la rinno-

codice abrogato. V., su questo versante ed in senso egualmente critico, A. GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello. L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quanto il p.m. impugna l'assoluzione*, in *Arch. pen.*, 2012, 353.

<sup>(4)</sup> C. FIORIO, *La prova nel giudizio di appello*, in *La prova penale*, diretto da A. GAITO, Torino, 2008, 731.

<sup>(5)</sup> V., in questo senso, G. SPANGHER, *Appello (dir. proc. pen.)*, cit., 7.

vazione <sup>(6)</sup>, attivabile dinanzi ad apporti che si dimostrino capaci di condurre verso il risultato costituito da una giusta decisione <sup>(7)</sup>.

In ogni caso, «il ritorno all'oralità per effetto della rinnovazione non consente di considerare caratterizzato da questo principio il relativo giudizio né in rapporto alle prove già raccolte, che il giudice d'appello può conoscere e valutare per il tramite dei relativi verbali; né in rapporto alle prove assunte in sede di gravame che, per l'interdipendenza di tutti i dati probatori, dovranno essere esaminate ed apprezzate alla luce degli elementi già acquisiti nel grado precedente» <sup>(8)</sup>.

Nel giudizio d'appello — si legge nelle massime, anche risalenti, della Corte di cassazione con le quali è stato qualificato l'istituto — la rinnovazione del dibattimento, implicando una deroga alla presunzione di completezza dell'indagine istruttoria svolta nel primo grado di giudizio, rappresenta un istituto di carattere eccezionale <sup>(9)</sup>.

Con l'ulteriore precisazione, passando per un attimo al versante dei criteri di ammissione, che gli istituti della rinnovazione del dibattimento in grado di appello e dell'acquisizione di una prova decisiva (art. 495 c.p.p.) sono strettamente complementari, nel senso che, tenuto conto del carattere eccezionale del primo, il quale presuppone l'impossibilità di decidere allo stato degli atti, si fa luogo alla rinnovazione del dibattimento solo allorché la prova da acquisire abbia il carattere della «decisività», cioè sia tale da incidere in modo significativo sul procedimento decisionale seguito dal giudice e da determinare, di conseguenza, una differente valutazione complessiva dei fatti e portare in concreto a una decisione diversa <sup>(10)</sup>.

Principio chiaro, questo, che salvaguarda la struttura di un

<sup>(6)</sup> V., tra le tantissime, Cass. pen., Sez. III, 26 aprile 2013, n. 23058.

<sup>(7)</sup> La correlazione tra rinnovazione e giustizia della decisione è messa in evidenza, in maniera straordinaria, da Cass. pen., Sez. VI, 3 marzo 1998, n. 4089.

<sup>(8)</sup> G. SPANGHER, *Appello nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, I, 220.

<sup>(9)</sup> Il principio è stato ribadito, da ultimo, da Cass. pen., Sez. un., 17 dicembre 2015, R.M.

<sup>(10)</sup> Cass. pen., Sez. VI, 19 ottobre 2004, n. 7544.

giudizio concepito come *revisio prioris instantiae* rispetto a possibili valutazioni di disarmonia sistematica e funzionale della rinnovazione e riverbera a cascata i propri effetti sul versante, innanzitutto, motivazionale.

Difatti, costituisce approdo ermeneutico abbastanza sedimentato quello secondo cui mentre la decisione di procedere alla rinnovazione deve essere specificatamente motivata, occorrendo dar conto dell'uso del potere discrezionale connesso alla acquisita consapevolezza della rilevanza dell'acquisizione probatoria, nella ipotesi di rigetto, viceversa, la decisione può essere sorretta anche da una motivazione implicita nella stessa struttura argomentativa posta a base della pronuncia di merito, che evidenzia la sussistenza di elementi sufficienti per una valutazione in ordine alla responsabilità, con la conseguente mancanza di necessità di rinnovare il dibattimento <sup>(11)</sup>.

### **3. L'ammissione della richiesta istruttoria.**

Ma gli effetti della configurazione generale si avvertono anche sul terreno dei criteri di ammissione delle diverse ipotesi di rinnovazione compendiate dalla norma processuale, fatto salvo il caso affatto peculiare avente per oggetto le prove sopraggiunte e ignote durante il giudizio di primo grado.

Come è noto, infatti, l'art. 603 c.p.p. distingue i criteri

<sup>(11)</sup> Cass. pen., Sez. VI, 18 dicembre 2006, n. 5782. V., in termini pressoché identici, Cass. pen., Sez. II, 16 marzo 2005, n. 13489, ove si precisa che in considerazione del principio di presunzione di completezza dell'istruttoria compiuta in primo grado il giudice deve dar conto dell'uso che va a fare del suo potere discrezionale conseguente alla convinzione maturata di non poter decidere allo stato degli atti. Il principio ermeneutico si rinviene, poi, in Cass. pen., Sez. I, 10 ottobre 2002, n. 19022; Cass. pen., Sez. V, 16 maggio 2000, n. 8891. In senso diverso v., invece, Cass. pen., Sez. VI, 13 febbraio 2003, n. 13970, ove veniva precisato che sebbene la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale di cui all'art. 603 c.p.p. sia istituito di carattere eccezionale che presuppone l'impossibilità di decidere allo stato degli atti, il giudice, ove ritenga, nella sua discrezionalità, di non accogliere la richiesta di parte deve motivare in modo congruo e logicamente corretto il rigetto della stessa. La massima riprende quella contenuta in Cass. pen., Sez. VI, 2 dicembre 2002, n. 68. Ma v., in epoca ancora più risalente, Cass. pen., Sez. VI, 1 febbraio 1996, n. 3986.

predetti alla luce, soprattutto, dell'oggetto della domanda istruttoria e con particolare riferimento alle caratteristiche del contesto della sua scoperta.

Il comma 1 dell'articolo appena richiamato stabilisce che, quando una parte, nell'atto di appello o nei motivi presentati a norma dell'articolo 585, comma 4, c.p.p., ha chiesto la riassunzione di prove già acquisite nel dibattimento di primo grado o l'assunzione di nuove prove, il giudice, se ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti, dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale.

La disposizione immediatamente successiva puntualizza, invece, che se le nuove prove sono sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado <sup>(12)</sup>, il giudice deve disporre la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nei limiti previsti dall'art. 495, comma 1, c.p.p.

La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale è in ogni caso, precisa il comma 3, disposta d'ufficio se il giudice la ritiene assolutamente necessaria.

L'ultima fattispecie, delineata in termini particolarmente rigorosi in punto di presupposti ammissivi al fine di allineare le condizioni di attivazione dei poteri officiosi *ex art.* 603 c.p.p. a quelle previste dall'art. 507 c.p.p. <sup>(13)</sup> secondo una logica comunque di ampia discrezionalità <sup>(14)</sup>, si presenta come idonea ad abbracciare tutte le ipotesi descritte dalle norme precedenti, operando però «indipendentemente ed oltre l'onere gravante

<sup>(12)</sup> Ossia, precisa Cass. pen., Sez. III, 21 ottobre 1993, Bavagnoli, successivamente alla pronunzia della sentenza di primo grado.

<sup>(13)</sup> Il filo logico che lega le due disposizioni era stato posto in evidenza, in sede giurisprudenziale, da Cass. pen., Sez. I, 17 marzo 1993, Farina e altri.

<sup>(14)</sup> Tale discrezionalità, ha tuttavia precisato Cass. pen., Sez. VI, 5 giugno 1998, n. 7519, non è sottratta a controllo, ma è sindacabile, e, per verificare l'esattezza della decisione sul punto, occorre vagliare la motivazione, accertando se, all'interno del quadro probatorio emergente dalla decisione stessa, le argomentazioni adottate risultino mancanti o apodittiche ovvero risultino manifeste contraddizioni, lacune o aporie, o, al contrario, se il giudice di appello era nella oggettiva condizione di decidere allo stato degli atti, di talché la rinnovazione non si palesava affatto necessaria.



le parti private»<sup>(15)</sup>: vi sono incluse, dunque, anche le operazioni acquisitive di prove già assunte nel grado precedente, eventualmente utilizzando l'istituto in chiave riparatoria rispetto ai vizi emendabili che hanno inficiato l'assunzione pregressa<sup>(16)</sup>.

Sia pure in un contesto caratterizzato da imprecisioni terminologiche, difficoltà ricostruttive generative di approcci ermeneutici più che altro casistici<sup>(17)</sup> ma certamente inclusivi<sup>(18)</sup> e incongrue sovrapposizioni concettuali, la giurisprudenza e la dottrina — non senza eccezioni, a dire il vero<sup>(19)</sup> — tendono a ribadire i tratti distintivi delle ipotesi compendiate dai primi due commi della disposizione, sottolineando il carattere eccezionale della prima a fronte di una sorta di obbligatorietà della seconda<sup>(20)</sup>.

Ponendosi, d'altra parte, in linea con la volontà legislativa manifestata durante i lavori preparatori di ritenere configurabile un diritto delle parti all'ammissione delle prove nuove che siano sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado e fermo restando, tuttavia, il potere del giudice, sorretto da

<sup>(15)</sup> C. FIORIO, *La prova nel giudizio di appello*, cit., 938.

<sup>(16)</sup> V., infatti, Cass. pen., Sez. II, 20 giugno 2006, n. 23627. Nonché, poco più tardi e negli stessi termini, Cass. pen., Sez. I, 22 gennaio 2008, n. 5636.

<sup>(17)</sup> V., per esempio, Cass. pen., Sez. IV, 8 aprile 2004, n. 27858, per la quale deve ritenersi configurabile la condizione prevista dall'art. 603, comma 2, c.p.p. allorché la prova da assumere sia costituita dall'audizione come teste di un soggetto già coimputato e successivamente assolto, qualora il medesimo si sia in precedenza avvalso della facoltà di non rispondere.

<sup>(18)</sup> S. CIAMPI, *Art. 603*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GIARDA - G. SPANGHER, V ed., Milanofiori Assago, 2017, 3258.

<sup>(19)</sup> V. infatti, A. BARGI, *La rinnovazione istruttoria in appello tra potere discrezionale del giudice e diritto alla prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1, 82, il quale definisce la costruzione fondata sulla predetta dicotomia obbligatorietà-facoltatività una «[p]rospettazione apparentemente coerente sul piano formale, ma viziata da un eccessivo schematismo concettualistico».

<sup>(20)</sup> V., infatti, C. FIORIO, *La prova nel giudizio di appello*, cit., 944, secondo il quale la «rinnovazione obbligatoria» del mezzo istruttorio in caso di prove sopravvenute «restituisce effettività all'esercizio del diritto alla prova in grado di appello».

adeguata motivazione, di escludere l'assunzione di prove irrilevanti <sup>(21)</sup>.

Si legge, infatti, nelle massime della Suprema Corte che il giudice di appello, ove sia richiesta l'assunzione di una prova nuova sopravvenuta o scoperta dopo il giudizio di primo grado, ne valuta la mera utilità, non essendo indispensabile per l'assunzione della prova che essa si prospetti come decisiva <sup>(22)</sup>.

In tema di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale — si puntualizza ulteriormente — l'art. 603 c.p.p. disciplina due distinte ipotesi, prevedendo, nel comma 1, che il giudice disponga la rinnovazione del dibattimento ove ritenga di non essere in grado di decidere allo stato degli atti e attribuendogli, nel comma 2, nel caso di prove nuove sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado, il potere di disporre il rinnovo dell'istruzione dibattimentale nei limiti previsti dall'art. 495, comma 1, c.p.p., norma che a sua volta richiama gli artt. 190, comma 1, e 190-*bis* c.p.p. relativi rispettivamente, al diritto alla prova ed ai requisiti della prova nei procedimenti per taluno dei delitti indicati nell'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p.

In conseguenza di tale doppio richiamo, deve ritenersi che nel caso previsto nell'art. 603, comma 2, c.p.p. il giudice, in presenza di istanza di parte e dei presupposti richiesti dalla norma, è tenuto a disporre la rinnovazione del dibattimento, con il solo limite costituito dalle ipotesi di richieste concernenti prove vietate dalla legge o manifestamente superflue o irrilevanti, in sostanza escludendo le prove del tutto incongruenti rispetto al *thema decidendum* e quelle che mirano a provare un fatto del tutto pacifico ed incontrovertibile <sup>(23)</sup>.

<sup>(21)</sup> G. CONSO - V. GREVI - G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, 1309.

<sup>(22)</sup> Cass. pen., Sez. III, 9 novembre 2006, n. 230.

<sup>(23)</sup> Cass. pen., Sez. V, 13 marzo 2003, n. 552. V., inoltre, Cass. pen., Sez. V, 9 maggio 2002, n. 43464; Cass. pen., Sez. I, 7 settembre 2001, Alfieri; Cass. pen., Sez. V, 17 dicembre 1999, n. 1075; Cass. pen., Sez. I, 16 maggio 1996, n. 7746; Cass. pen., Sez. I, 10 gennaio 1995, n. 1712. Amplia il novero dei casi di rinnovazione obbligatoria, però, Cass. pen., Sez. II, 4 novembre 2003, n. 45739.

Diversità di presupposti ammissivi, dunque, ma anche significativi e non secondari riverberi su specifici profili regolativi della dinamica processuale sia antecedente che successiva.

Infatti, la giurisprudenza ha chiarito che nell'ipotesi prevista dall'art. 603, comma 2, c.p.p. <sup>(24)</sup>, a differenza di quella configurata nella disposizione precedente, nessuna preclusione deriva dalla scadenza del termine stabilito dall'art. 585, comma 4, c.p.p. per la presentazione dei motivi aggiunti <sup>(25)</sup>, così come appare prefigurabile nella medesima evenienza una eccezionale legittimazione in capo alla parte non appellante <sup>(26)</sup>.

Inoltre, ha rilevato — secondo un orientamento che, però, sembra essere smentito da pronunce più recenti <sup>(27)</sup> — che soltanto nel caso di prova sopravvenuta o scoperta successivamente alla pronuncia della sentenza di primo grado l'obbligo di procedere alla rinnovazione del dibattimento comprende anche quello di ammettere la prova contraria, secondo quanto previsto dall'art. 495, comma 2, c.p.p. <sup>(28)</sup>.

Ancora, ha precisato che nel giudizio di appello le parti hanno il diritto alla prova ad esse attribuito dagli artt. 190 e 495 c.p.p. solo nel caso di prove sopravvenute o scoperte dopo la pronuncia di primo grado, con la conseguenza che, se non ricorre tale ipotesi, la mancata assunzione della prova è censurabile in cassazione solo per mancanza o manifesta illogicità

<sup>(24)</sup> Ovviamente, è onere dell'istante dimostrare la ricorrenza dei requisiti di ascrivibilità della domanda all'ambito applicativo dell'art. 603, comma 2, c.p.p. e, dunque, l'effettiva sopravvenienza della prova. V., in questo senso, Cass. pen., Sez. III, 23 giugno 2016, H.H.; Cass. pen., Sez. III, 27 giugno 2012, G.R.

<sup>(25)</sup> Cass. pen., Sez. IV, 1 ottobre 2002, n. 37285. In termini identici v., poco prima, Cass. pen., Sez. III, 11 luglio 2000, n. 10640. Nonché, in epoca risalente, Cass. pen., Sez. V, 3 marzo 1994, Coscia; Cass. pen., Sez. VI, 21 dicembre 1993, Saponaro. In termini generali, v., però, Cass. pen., Sez. I, 12 dicembre 1996, n. 183.

<sup>(26)</sup> Cass. pen., Sez. V, 15 ottobre 2008, Reale.

<sup>(27)</sup> V., da ultimo, Cass. pen., Sez. II, 9 novembre 2016, n. 53003, la quale ha, tra l'altro, esteso il diritto alla prova contraria alla parte civile, quale estrinsecazione del diritto all'accertamento della responsabilità emergente dall'interpretazione sistematica della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, attuata dal d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212.

<sup>(28)</sup> Cass. pen., Sez. IV, 23 febbraio 2000, n. 3614.

della motivazione *ex art. 606, lett. e)*, c.p.p. del provvedimento di rigetto, e non anche ai sensi dell'art. 606, lett. *d)*, c.p.p. <sup>(29)</sup>.

#### **4. L'introduzione della fase e le forme acquisitive della prova.**

L'art. 603 c.p.p. si occupa, nelle disposizioni finali, del provvedimento di ammissione e dell'itinerario acquisitivo, stabilendo che il giudice provvede con ordinanza nel contraddittorio delle parti e che alla rinnovazione, comunque disposta, si procede immediatamente, fatta salva l'ipotesi di effettiva impossibilità di assicurare la continuità delle attività processuali, ipotesi in cui il dibattimento deve essere sospeso per un termine — ovviamente ordinatorio — non superiore a dieci giorni.

La necessità di un'ordinanza dispositiva dell'introduzione di una fase squisitamente eventuale è riferibile a tutte le ipotesi di rinnovazione istruttoria compendiate dall'art. 603 c.p.p., a prescindere dall'oggetto dell'attività acquisitiva e facendo salvo il principio giurisprudenziale secondo il quale, nel giudizio di appello, è senz'altro rituale l'acquisizione di documenti, senza che sia necessaria un'apposita ordinanza che disponga a tal fine la rinnovazione parziale del dibattimento, restando ineludibile, tuttavia, che il documento venga legittimamente acquisito al fascicolo per il dibattimento nel contraddittorio fra le parti <sup>(30)</sup>.

Giustamente criticato dalla dottrina è, invece, l'orientamento teso ad escludere che il giudice d'appello sia tenuto, in caso di richiesta di parte, a pronunciare un apposito provvedimento negativo, essendo in questo caso sufficiente che dia conto in sentenza dell'uso del suo potere discrezionale <sup>(31)</sup>.

«Astrattamente giustificabile in nome del principio di eco-

<sup>(29)</sup> Cass. pen., Sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675. In precedenza v., negli stessi termini, Cass. pen., Sez. II, 11 novembre 2005, n. 44313; Cass. pen., Sez. V, 21 dicembre 2000, n. 6924.

<sup>(30)</sup> Cass. pen., Sez. IV, 17 ottobre 2006, n. 1025. Essa si colloca sulla scia di Cass. pen., Sez. Un., 12 luglio 2005, Mannino.

<sup>(31)</sup> Cass. pen., Sez. II, 4 novembre 2003, n. 45739.

nomia processuale» — si è detto, infatti, in chiave critica — «una tale impostazione è da respingere con fermezza non solo per la degradazione del diritto alla prova ad essa sottesa (e certamente non tollerabile alla luce del «giusto processo»), ma anche in considerazione delle ripercussioni sulle strategie processuali delle parti», le quali, conoscendo preventivamente la sorte delle richieste istruttorie, avrebbero la possibilità «di modificare i rispettivi *petita*, ovvero di concludere accordi risolutivi del giudizio di secondo grado, in linea con il principio della ragionevole durata dei processi penale» (32).

L'art. 603, comma 1, c.p.p. introduce, come già visto, «vincoli modali e temporali per chi impugna» (33), imponendo — e così individuando nel soggetto appellante l'unico legittimato ad assumere l'iniziativa integrativa (34) — che la richiesta di rinnovazione sia proposta nell'atto di appello ovvero nei motivi presentati a norma dell'articolo 585, comma 4, c.p.p.

La previsione, funzionale ad assicurare una forma di *discovery* alla luce della quale articolare una eventuale domanda di prova contraria (35), come già detto non opera rispetto alla rinnovazione richiesta ai sensi dell'art. 603, comma 2, c.p.p.

Sebbene sostenuta da parte della dottrina in ragione del generale rinvio contenuto nell'art. 598 c.p.p. (36), la tesi secondo cui anche al giudizio d'appello devono essere estesi gli incumbenti contemplati dall'art. 468 c.p.p. non è stata accolta dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha evidenziato che il deposito della lista testimoniale nel termine e con le modalità stabilite dalla norma risulta finalizzato alla citazione dei testimoni ed è prescritto in funzione ad un dibattimento caratteriz-

(32) C. FIORIO, *La prova nel giudizio di appello*, cit., 954.

(33) S. CIAMPI, *Art. 603*, cit., 3275.

(34) P. GAETA - A. MACCHIA, *L'appello*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. SPANGHER, V, *Impugnazioni*, Milanofiori Assago, 2009, 526. In ambito giurisprudenziale v., per un'ipotesi di eccezionale legittimazione della parte non appellante, Cass. pen., Sez. V, 15 ottobre 2008, Reale.

(35) Come già visto ammessa, entro certi limiti, da Cass. pen., Sez. IV, 23 febbraio 2000, n. 3614.

(36) S. CIAMPI, *Art. 603*, cit., 3276.

zato, almeno ordinariamente, dallo svolgimento di attività istruttorie, mentre in grado di appello non avrebbe significato, dovendosi presumere la completezza dell'istruttoria già svolta nel precedente grado <sup>(37)</sup>.

Allineando la disciplina del giudizio d'appello alle linee guida declinate dall'art. 495, comma 4, c.p.p. all'evidente fine di evitare l'espletamento di attività inutili, la giurisprudenza ha stabilito — per vero con riferimento all'art. 603, comma 3, c.p.p., ma il principio deve ritenersi dotato di portata generale — che se nel corso della rinnovazione il giudice di appello ritiene essere stato raggiunto lo scopo che l'aveva determinata e quindi non più «assolutamente necessaria» la continuazione dell'istruzione dibattimentale e di ciò rende conto con adeguata motivazione immune da vizi logico-giuridici non incorre in violazione di legge o in vizio di motivazione, non essendo previsto che la rinnovazione sia in ogni caso portata a conclusione in quanto ciò non incide sul diritto di prova riconosciuto alle parti <sup>(38)</sup>.

Generalmente ammessa dalla Suprema Corte <sup>(39)</sup>, la revoca totale o parziale dell'ordinanza ammissiva della rinnovazione può essere anche implicita, essendo in questo secondo caso sufficiente che in sentenza il giudice dia ragione del proprio convincimento e dell'adeguatezza degli elementi probatori acquisiti <sup>(40)</sup>.

Gli approdi giurisprudenziali relativi alla conformazione della fattispecie acquisitiva della prova dichiarativa nel giudizio di appello sono stati caratterizzati da un'impareggiabile contraddittorietà.

Secondo un primo orientamento, infatti, le forme dell'esame e del controesame nell'assunzione dei testi, previste dall'art. 498 c.p.p., non troverebbero applicazione in sede di

<sup>(37)</sup> Cass. pen., Sez. VI, 12 gennaio 1996, n. 2727.

<sup>(38)</sup> Cass. pen., Sez. I, 15 luglio 1993, Costanza.

<sup>(39)</sup> V., di recente e nell'ambito di una giurisprudenza consolidata, Cass. pen., Sez. V, 17 gennaio 2013, S.G.; Cass. pen., Sez. VI, 5 aprile 2011, n. 13571.

<sup>(40)</sup> Cass. pen., Sez. V, 21 ottobre 1999, n. 13260.

rinnovazione dell'istruzione dibattimentale *ex art.* 603 c.p.p., la struttura del giudizio di appello risultando chiaramente incompatibile — anche in ragione della piena cognizione che il giudice ha degli atti processuali — con l'applicazione delle regole sull'esame dei testi previsto per il giudizio di primo grado <sup>(41)</sup>.

Quasi contemporaneamente, tuttavia, veniva stabilito che l'assunzione della prova orale nel dibattimento deve avvenire anche in appello secondo i canoni del sistema accusatorio sicché il presidente, soltanto dopo che sono stati esauriti l'esame e il controesame delle parti, può rivolgere direttamente domande alle persone già esaminate per meglio chiarire i temi della prova <sup>(42)</sup>.

In ambito dottrinario, poi, vi è chi differenzia il regime acquisitivo a seconda che la rinnovazione afferisca all'assunzione di una prova nuova ovvero alla riassunzione di una prova già acquisita in primo grado, soltanto nella prima ipotesi dovendo essere garantite le forme tipiche del modello processuale accusatorio <sup>(43)</sup>.

La questione sembra, però, facilmente definibile alla luce del generale rinvio contenuto nell'art. 598 c.p.p. alle disposizioni del giudizio di primo grado, sul punto non derogate da specifiche norme e agevolmente — ma, addirittura, doverosamente — applicabili al processo d'appello in attuazione dei principi stabiliti dall'art. 111 Cost. <sup>(44)</sup>, qualunque ne sia la concreta modalità di svolgimento <sup>(45)</sup>.

<sup>(41)</sup> Cass. pen., Sez. I, 30 aprile 1992, Idda.

<sup>(42)</sup> Cass. pen., Sez. II, 21 settembre 1992, Rottino, la quale precisava, però, che l'inosservanza della prioritaria iniziativa delle parti non può ricomprendersi nell'alveo delle previsioni di nullità, giacché tutte le opposizioni ed eccezioni in ordine all'esame dei testimoni devono essere proposte, ai sensi dell'art. 504 c.p.p., allo stesso presidente, che decide immediatamente con provvedimento informale non soggetto a gravame.

<sup>(43)</sup> Evidenzia la necessità di una siffatta distinzione, per esempio, C. FIORIO, *La prova nel giudizio di appello*, cit., 957.

<sup>(44)</sup> Così, in dottrina, P. GAETA - A. MACCHIA, *L'appello*, cit., 593; S. CIAMPI, *Art. 603*, cit., 3281.

<sup>(45)</sup> Negli stessi termini, in riferimento al giudizio camerale d'appello, S.

## 5. L'art. 603, comma 3-bis, c.p.p.: premesse di una riforma disattenta.

L'art. 1, comma 58, l. 23 giugno 2017 n. 103, come è noto, ha introdotto nell'ambito dell'art. 603 c.p.p. un comma 3-bis il quale statuisce che nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale.

Nel contesto di un meccanismo di integrazione dai connotati abbastanza consolidati sia sul versante strutturale che su quello dinamico si è inserita, dunque, una disposizione la quale, in linea con l'auspicio della dottrina che si occupata dell'istituto e di esso ha fornito letture costituzionalmente orientate<sup>(46)</sup>, dota di veste normativa la volontà legislativa di attuare nell'ordinamento nazionale la statuizione di matrice europea<sup>(47)</sup> secondo cui contrasta con i principi di un equo processo la possibilità che il giudice d'appello, dissentendo da quello di primo grado rispetto al giudizio di attendibilità di un testimone, riformi la decisione assolutoria senza disporre, eventualmente anche d'ufficio, la rinnovazione della prova dichiarativa.

Il principio, è noto, ha trovato particolare forza e peculiare enfasi in Corte EDU, Sez. III, 5 ottobre 2011, Dan c. Moldavia, anche se in alcune occasioni la Corte europea dei diritti del-

CIAMPI, *Art. 603*, cit., 3282. V., inoltre, C. FIORIO, *Funzioni, caratteristiche ed ipotesi del giudizio d'appello*, in *Le impugnazioni penali*, diretto da A. GAITO, Torino, 1998, 353. In senso contrario v., invece, P. GAETA - A. MACCHIA, *L'appello*, cit., 576, i quali fanno leva sull'assenza di una norma che, nell'ambito dell'art. 599 c.p.p., richiami le forme di assunzione tipiche del dibattimento.

<sup>(46)</sup> D. CHINNICI, *Appello (evoluzione)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VIII, 12. Ma v., anche, A. DE CARO - V. MAFFEO, *Appello*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. X, 50, i quali denunciavano lo stato di crisi in cui precipitava il sistema normativo nel momento in cui «si ribalta una decisione assolutoria a seguito di appello del pubblico ministero».

<sup>(47)</sup> D'altra parte, fa notare P. GAETA, *Condanna in appello e rinnovazione del dibattimento*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2014, 627, come «[n]on occorre particolare fiuto raddomantico per avvedersi che — nella stagnante inerzia (ed endemica debolezza) del legislatore nazionale — le autentiche riforme «di sistema» del rito penale — o, quantomeno, i suoi più significativi mutamenti — sono e saranno essenzialmente quelli cui ci «obbliga» la giurisprudenza di Strasburgo».



l'uomo ha, soprattutto di recente, escluso la violazione dell'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali allorché, pur in assenza di una nuova audizione dei testimoni, il giudice di appello sia pervenuto al convincimento della responsabilità dell'imputato motivando in maniera particolarmente approfondita la propria diversa conclusione rispetto a quella cui era pervenuto il giudice di primo grado <sup>(48)</sup>.

Nell'ambito di un contesto giurisprudenziale non proprio granitico siffatti principi sono stati recentemente enunciati anche nei confronti dell'Italia, in una occasione nella quale è stato ritenuto violato il diritto del ricorrente a un processo equo in conseguenza della condanna pronunciata per la prima volta in appello in esito a una diversa valutazione di prove dichiarative acquisite nel giudizio di primo grado e non riesaminate direttamente in appello <sup>(49)</sup>.

Già in ambito interno, però, l'attenzione alla peculiare vicenda che si innesta in una dinamica processuale caratterizzata dalla pronuncia di condanna in appello a seguito di impugnazione del pubblico ministero aveva determinato attente considerazioni *de jure condendo* da parte, tra l'altro, della Corte di cassazione, la quale aveva avuto modo di delineare un proprio (chiamiamolo così) programma riformatore sollecitando «un intervento mirato del legislatore sul terreno della (ri)perimetrazione delle opzioni decisorie consentite al giudice di ap-

<sup>(48)</sup> V., infatti, Corte EDU, 27 giugno 2017, Chiper c. Romania; Corte EDU, 26 aprile 2016, Kashlev c. Estonia. La giurisprudenza prevalente dalla Corte di Strasburgo ritiene, però, incompatibile con la disposizione convenzionale un giudizio di appello che si concluda con la condanna dell'imputato già assolto in primo grado, senza che le prove dichiarative sulla cui base egli era stato assolto siano state nuovamente assunte davanti al giudice di appello. V., *ex plurimis*, Corte EDU, 28 febbraio 2017, Manoli c. Moldavia; Corte EDU, 15 settembre 2015, Moinescu c. Romania; Corte EDU, 4 giugno 2013, Hanu c. Romania; Corte EDU, 9 aprile 2013, Manolachi c. Romania. La rinnovazione, si è puntualizzato, deve essere disposta anche nell'ipotesi in cui né l'imputato né il suo difensore abbiano sollecitato una nuova escussione dei testimoni. V., in particolare, Corte EDU, 9 aprile 2013, Flueraș c. Romania.

<sup>(49)</sup> Corte EDU, 29 giugno 2017, Lorefice c. Italia.

pello, che sia chiamato a pronunciarsi sull'appello del PM avverso la sentenza assolutoria di primo grado. Principi costituzionali, norme di diritto internazionale convenzionale ed autorevole dottrina suggeriscono infatti di ristrutturare sapientemente il giudizio d'appello, secondo cadenze e modalità tali da precludere a quel giudice (che di regola rimane estraneo alla formazione dialettica della prova) di ribaltare il costrutto logico della decisione di proscioglimento dell'imputato, all'esito di una mera rilettura delle carte del processo e di un contraddittorio dibattimentale *ex actis*»<sup>(50)</sup>.

Un programma il quale, secondo la Corte, avrebbe dovuto evolversi «nel senso [...] di qualificare, ove non si concluda con la conferma dell'alternativa assolutoria, come giudizio di natura esclusivamente rescindente, cui debba seguire un rinnovato giudizio di primo grado sul merito della responsabilità dell'imputato, modulato sui binari tracciati dalla sentenza di annullamento»<sup>(51)</sup>.

Il legislatore ha in un primo momento affrontato il problema<sup>(52)</sup> attraverso la radicale rimozione del potere di appello delle parti avverso la sentenza di proscioglimento, secondo un disegno riformatore che aveva trovato attuazione mediante la l. 20 febbraio 2006, n. 46 ma che è stato vanificato dai successivi e notissimi interventi demolitivi della Corte costituzionale<sup>(53)</sup>.

Attinge alla discussione sviluppatasi in ambito scientifico ed alle indicazioni di matrice giurisprudenziale sia interne che sovranazionali la recente modifica dell'art. 603 c.p.p., la quale introduce un'ipotesi di rinnovazione obbligatoria — pur nel silenzio della disposizione, non sembra potersi dubitare del fatto che la rinnovazione debba essere disposta d'ufficio e,

<sup>(50)</sup> Cass. pen., Sez. Un., 24 novembre 2003, Andreotti.

<sup>(51)</sup> Cass. pen., Sez. Un., 24 novembre 2003, Andreotti.

<sup>(52)</sup> Già da tempo, peraltro, denunciato dalla dottrina. V., infatti, la prospettiva riformistica tratteggiata da P. FERRUA, *La revisione del codice del 1988: correzioni e integrazioni nel quadro della legge delega*, in *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, 151.

<sup>(53)</sup> C. cost., 24 gennaio-6 febbraio 2007, n. 26; C. cost., 10-20 luglio 2007, n. 320.

sotto il profilo formale, con ordinanza — che, sfuggendo al requisito generale di eccezionalità proprio dell'istituto, colloca lo stesso su un piano di ordinaria evoluzione dell'itinerario processuale in relazione a determinate tipologie di procedimenti, caratterizzati dalla peculiarità dei motivi di appello in relazione, tra l'altro, ad una specifica tipologia di sentenze.

La norma, tanto lapidaria quanto perentoria — caratteri che, si poteva immaginare, si sarebbero tradotti in una eccessiva rigidità della fattispecie — pone un obbligo di rinnovazione dell'esperimento istruttorio di carattere dichiarativo tutte le volte in cui, conclusosi il giudizio di primo grado con sentenza di proscioglimento, il pubblico ministero abbia proposto un appello — che sia ammissibile, ovviamente — in cui censura il risultato di prova al quale il giudice della precedente fase è pervenuto e che ha fatto da supporto logico-argomentativo alla conseguente conclusione probatoria di proscioglimento.

La correlazione tra i due richiamati concetti di fenomenologia probatoria è fondamentale dal momento che potrebbe consentire di alleviare la rigidità di una disposizione che, costituente il prodotto di un itinerario legislativo travagliato e sorretto da pulsioni non sempre univoche, non si è aperta al confronto con l'elaborazione giurisprudenziale che nel frattempo cominciava ad arricchire di contenuti il principio di matrice europea.

## **6. I primi approdi giurisprudenziali sul tema.**

Il terreno nel quale si è inserita la norma si presentava, infatti, già in parte arato dall'approccio della giurisprudenza interna alle problematiche poste dalla fondamentale presa di posizione della Corte sovranazionale.

La Corte di cassazione, è noto, ha fin da subito dimostrato una sostanziale apertura ad un'innovazione dalla portata quasi rivoluzionaria rispetto all'assetto classico del giudizio di appello, in una logica di interpretazione conforme<sup>(54)</sup> relazionata ad

<sup>(54)</sup> V., sulla complessa tematica, P. GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla*

un atto normativo il quale «dovrebbe essere — come è — il lievito per la legge domestica per renderla omologa alle previsioni della CEDU»<sup>(55)</sup>.

La regola, in una prima frazione dell'evoluzione giurisprudenziale, non è stata prospettata quale norma di carattere generale rispetto alla specifica evenienza presa in esame<sup>(56)</sup>, al punto che la stessa Corte Suprema, pur collocandosi nella prospettiva tracciata dalla Corte sovranazionale, ha precisato che l'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale subisce diverse eccezioni: «Oltre alle situazioni di oggettiva impossibilità [...] non è necessario rinnovare l'istruttoria [...] quando il giudice di primo grado sia incorso in un errore evidente (ad esempio, quando ritenga falsa una testimonianza che abbia negato una circostanza da lui erroneamente ritenuta vera), nonché, più in generale, quando: *a*) l'escussione risulti a priori superflua perché le dichiarazioni rese in primo grado non necessitino di chiarimenti o integrazioni, né sussistano contraddittorietà e o ambiguità da dirimere; *b*) la persona da escutere non sia terza rispetto alla vicenda, ma vittima di un reato che ne ha leso gravemente e violentemente la libertà personale e il cui effetto è stato, in misura maggiore o minore, pregiudizievole per la vittima medesima e tale da far ritenere che la rievoca-

*C.E.D.U. La ricombinazione genica del processo penale*, in *Arch. pen.*, 2012, 73; R.E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 1177; P. FERRUA, *Giustizia del processo e giustizia della decisione*, in *Dir. pen. e processo*, 2015, 1201; F. DINACCI, *Interpretazione «europeisticamente» orientata: tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2016, 3055.

<sup>(55)</sup> G. SPANGHER, *Processo criminale italiano e processo sovranazionale*, in *Cass. pen.*, 2016, 3052.

<sup>(56)</sup> Ed infatti, *Cass. pen.*, Sez. V, 5 luglio 2012, n. 38085, così come *Cass. pen.*, Sez. VI, 26 febbraio 2013, n. 16566 e *Cass. pen.*, Sez. II, 8 novembre 2012, n. 46065, non a caso, hanno rigettato per manifesta infondatezza l'eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 603 c.p.p. per contrasto con l'art. 117 Cost. e con l'art. 6 CEDU nella parte in cui non prevede la preventiva necessaria obbligatorietà della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale per una nuova audizione dei testimoni già escussi in primo grado, nel caso in cui la corte d'appello intenda riformare *in peius* una sentenza di assoluzione dell'imputato.

zione ulteriore del fatto in sede processuale possa essere oggettivamente lesiva»<sup>(57)</sup>.

Come può notarsi, a parte i casi di oggettiva impossibilità e di travisamento, assumevano rilevanza ai fini della deroga ad un principio altrimenti dalla valenza generale sia esigenze di protezione della persona offesa dal reato, sia — e qui risiedeva il decisivo punto critico della strutturazione della regola — la valutazione giudiziale di necessità della nuova assunzione alla luce delle caratteristiche intrinseche della dichiarazione già acquisita.

«Il bilanciamento tra le esigenze cognitive del processo e la tutela dei diritti fondamentali della persona coinvolta nel rito penale» — è stato, non a caso, posto in rilievo in relazione ad uno degli orientamenti formatisi, sul tema, in ambito giurisprudenziale — «ha consentito [...] di esplicitare la regola secondo la quale una «motivazione sotto ogni profilo consistente, attenta, logica e adeguata», coincidendo con la prova della colpevolezza «al di là di ogni ragionevole dubbio», esaurisce direttamente lo spazio discrezionale entro il quale al giudice è consentito rinnovare il dibattimento in appello *ex art. 603 c.p.p.*»<sup>(58)</sup>.

La regola, in altre parole, sostanzialmente secondo l'originaria prospettiva ermeneutica tracciata dalla Suprema Corte un dovere procedimentale che si collocava sullo stesso piano dell'obbligo di motivazione rinforzata che assiste il giudice dell'impugnazione nell'ipotesi costituita, anche in questo caso, dalla riforma di una sentenza assolutoria di primo grado.

In ragione di siffatto principio, come si sa, questi deve argomentare circa la configurabilità dell'apprezzamento diverso da quello del primo giudice come l'unico ricostruibile al di là

<sup>(57)</sup> Cass. pen., Sez. IV, 21 gennaio 2016, n. 2541. In senso critico rispetto a siffatte determinazioni della Suprema Corte, auspicando un puntuale intervento legislativo, v. P. MARTINES, *A proposito dell'obbligo del giudice di appello di riesaminare i testimoni in caso di ribaltamento della sentenza assolutoria di primo grado*, in *Cass. pen.*, 2014, 3011.

<sup>(58)</sup> V. AIUTI, *Osservazioni su Cass. pen., Sez. III, 5 giugno 2013, n. 32798*, in *Cass. pen.*, 2014, 1715.

di ogni ragionevole dubbio, in ragione di evidenti vizi logici o inadeguatezze probatorie che abbiano minato la permanente stabilità del primo giudizio <sup>(59)</sup>.

Obbligo il quale, rimarca la Corte di cassazione, da un lato costituisce il contrappeso in punto di garanzia e di logica processuali alla natura generalmente cartolare dell'appello — essendosi formate le prove anteriormente, ed emergendo così un delicato equilibrio da rispettare nei riguardi del principio del contraddittorio — e, dall'altro, manifesta rispetto consapevole alla ineludibile connotazione di potenziale stabilità propria del primo accertamento giurisdizionale, tanto più quando, essendo di contenuto assolutorio, è sostenibile che detto contenuto abbia riscontrato ed espresso il «ragionevole dubbio» di cui all'art. 533 c.p.p. <sup>(60)</sup>

L'attenzione dell'interprete si poneva, in altre parole, non tanto su un'esigenza astratta di garantire la relazione diretta tra fonte di prova e giudice alla luce del principio generale di immediatezza, quanto sull'esigenza di assicurare la formazione di un convincimento giudiziale che facesse, e in qualche modo, chiudesse i conti con il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio — messo a dura prova dalla scarsa forza di resistenza del giudizio espresso nella sentenza di primo grado — in modo da rendere socialmente accettabile il nuovo e contrastante accertamento sulla colpevolezza dell'imputato <sup>(61)</sup>.

<sup>(59)</sup> Cass. pen., Sez. VI, 24 gennaio 2013, n. 8705. Sui connotati della c.d. motivazione rafforzata v., da ultimo, M. CECCHI, *La «motivazione rafforzata» del provvedimento ovvero la «forza persuasiva superiore»*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 8, 1123.

<sup>(60)</sup> Cass. pen., Sez. III, 5 giugno 2013, n. 32798. Ma v., anche, Cass. pen., Sez. VI, 21 novembre 2012, n. 49775; Cass. pen., Sez. VI; 10 ottobre 2012, n. 1266; Cass. pen., Sez. VI, 10 luglio 2012, n. 46847. V., inoltre, Cass. pen., Sez. II, 27 marzo 2012, n. 27018, nonché, quale essenziale riferimento giurisprudenziale, Cass. pen., Sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748.

<sup>(61)</sup> In maniera cristallina, A. MARANDOLA, *Ricostruzione «alternativa» del fatto e test di ragionevolezza del dubbio in appello*, in *Arch. pen.*, 2012, 372, evidenzia come «è indubbio che la disparità delle differenti valutazioni denota in maniera inequivocabile l'incertezza del giudizio sulla responsabilità, che è appunto il presupposto logico e culturale sul quale riposa la regola introdotta all'art. 633 c.p.p.».

## 7. L'attività interpretativa delle Sezioni unite.

La prima presa di posizione delle Sezioni unite della Corte suprema sulla questione della riforma della sentenza assolutoria in grado di appello fondata su una differente valutazione della prova dichiarativa, didascalica e tuttavia fumosa e a tratti incerta, dopo avere ribadito che in caso di pretesa modificativa di una sentenza assolutoria che sia fondata su prove dichiarative decisive — sia essa riconducibile ad un'iniziativa impugnatoria del pubblico ministero, sia la stessa portata da un atto di appello proposto dalla parte civile ai fini delle statuizioni civili — il giudice della fase di appello non può riformare *in peius* la sentenza impugnata senza prima procedere, eventualmente anche *ex officio*, alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale ai sensi dell'art. 603, comma 3, c.p.p., mediante l'esame dei soggetti che hanno reso le dichiarazioni, ha ricondotto — e non è casuale, trattandosi dell'architave del sistema di verifica ispirato alla giurisprudenza europea — il vizio conseguente alla mancata rinnovazione nell'alveo del vizio di motivazione *ex art. 606, comma 1, lett. e)*, c.p.p. per mancato rispetto del canone di giudizio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio di cui all'art. 533, comma 1, c.p.p. <sup>(62)</sup>.

La pronuncia della Corte di cassazione, eccessivamente sintetica dal punto di vista argomentativo e esageratamente casistica sul versante dispositivo, non era riuscita a chiudere il dibattito sulla portata e sui limiti del principio generale da essa delineato, anche in ragione della scarsissima attenzione dedicata alle esigenze di bilanciamento dei diversi principi costituzionali — e delle deroghe previste per alcuni di essi — che la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in grado di appello pone in gioco.

Infatti, subito dopo, la Corte stessa è stata costretta a

Ma v., da ultimo, le riflessioni di L. ALGERI, *Per la reformatio in peius è obbligatoria la rinnovazione dell'esame dell'esperto*, in *Giur. it.*, 2019, 1446.

<sup>(62)</sup> Cass. pen., Sez. Un., 6 luglio 2016, n. 27620. Di essa si occupa, in particolare, V. AIUTI, *Poteri d'ufficio della Cassazione e diritto all'equo processo*, in *Cass. pen.*, 2016, 3214.

prendere in maniera netta le distanze dal precedente delle Sezioni unite in relazione all'ipotesi di giudizio abbreviato di primo grado <sup>(63)</sup>.

Il dissenso manifestato sul tema ha costituito l'occasione per un ulteriore intervento delle Sezioni unite, le quali hanno posto al centro dell'elaborazione il canone dell' «oltre ogni ragionevole dubbio» <sup>(64)</sup> — a prima vista esaltato nell'ottica, apparentemente autosufficiente, dell'obbligo di motivazione rafforzata — e la forza epistemologica del contraddittorio — il metodo migliore di formazione della prova, si è detto — per smentire qualsiasi ipotesi di necessaria simmetria strutturale tra i giudizi di primo e secondo grado e, così, ritenere che «[p]erché [...] l'*overturning* si concretizzi davvero in una motivazione rafforzata, che raggiunga lo scopo del convincimento oltre ogni ragionevole dubbio, non si può fare a meno dell'oralità nella riassunzione delle prove rivelatesi decisive» <sup>(65)</sup>.

Ribadito, allora, che è affetta da vizio di motivazione *ex art.* 606, comma 1 lett. e) c.p.p. per mancato rispetto del canone di giudizio al di là di ogni ragionevole dubbio di cui all'art. 533, comma 1, c.p.p. la sentenza di appello che, impugnata dal pubblico ministero, affermi la responsabilità dell'imputato, in riforma di una sentenza assolutoria emessa all'esito del giudizio abbreviato, operando una diversa valutazione di prove dichiarative ritenute decisive senza che nel giudizio di appello si sia proceduto all'esame delle persone che abbiano reso tali dichiarazioni, le Sezioni unite hanno reiterato la similitudine del caso in esame con quello in cui l'atto introduttivo della fase d'impugnativa sia costituito dall'appello proposto dalla parte

<sup>(63)</sup> Ed infatti, v., subito dopo la pronuncia delle Sezioni unite, Cass. pen., Sez. III, 13 ottobre 2016, n. 43242.

<sup>(64)</sup> L'architrave dell'edificio della precedente sentenza delle Sezioni unite, osservano H. BELLUTA - L. LUPÀRIA, *La parabola ascendete dell'istruttoria in appello nell'esegesi «formante» delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 151.

<sup>(65)</sup> Cass. pen., Sez. Un., 14 aprile 2017, Patalano.



civile, confermando altresì l'estraneità, rispetto alla fattispecie, dei casi di travisamento dell'atto dichiarativo <sup>(66)</sup>.

La soluzione legislativa, così come resa concreta dal diritto vivente, è stata ritenuta non incostituzionale da C. cost., 23 maggio 2019, n. 124, la quale, dopo avere evidenziato — ragionando di riflessi sulla tempistica processuale — che il principio della ragionevole durata del processo va contemperato con il complesso delle altre garanzie costituzionali, per cui il suo sacrificio non è sindacabile ove sia frutto di scelte non prive di una valida *ratio* giustificativa, ha sottolineato che la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale imposta dall'art. 603 c.p.p. determina sì una dilatazione dei tempi di trattazione del giudizio di appello, ma non può certo essere ritenuta sfornita di alcuna *ratio* giustificativa dal momento che la giurisprudenza del massimo organo di nomofilachia ha chiarito come la necessità di un contatto diretto del giudice con i testimoni — ritenuto il metodo di assunzione della prova epistemologicamente più affidabile — è imposta, anche nell'ambito di un giudizio che nasce come meramente «cartolare», dall'esigenza di far cadere l'implicito dubbio ragionevole determinato dall'avvenuta adozione di decisioni contrastanti, dubbio che secondo le Sezioni unite è possibile superare soltanto attraverso la forza persuasiva superiore della motivazione del giudice d'appello, fondata per l'appunto sull'ascolto diretto delle testimonianze decisive.

Il cerchio, però, continua a non chiudersi <sup>(67)</sup> sebbene le pronunce sopra richiamate abbiano dettato significativi e (a quanto pare) generalizzanti criteri guida.

Ed infatti, l'approdo ermeneutico sembrava già non reggere al confronto con l'ipotesi in cui la prova dichiarativa fosse

<sup>(66)</sup> Cass. pen., Sez. Un., 14 aprile 2017, Patalano.

<sup>(67)</sup> E non sembra essere chiuso, nella prospettiva della Corte costituzionale, nemmeno rispetto all'ipotesi di rinnovazione correlata al giudizio abbreviato, se è vero che C. cost., 23 maggio 2019, n. 124, ha lasciato aperta l'ipotesi di una possibile valutazione diversificata rispetto ad una censura che dovesse alludere ad una supposta intrinseca irragionevolezza della disciplina, in ipotesi rilevante ai sensi dell'art. 3 Cost.

connotata da contenuti valutativi di carattere tecnico, come accade rispetto alla deposizione di periti e consulenti tecnici <sup>(68)</sup>.

Secondo un primo orientamento, la prova scientifica <sup>(69)</sup> non è equiparabile a quella dichiarativa, con la conseguente mancanza di un obbligo per il giudice di procedere alla rinnovazione dibattimentale in caso di *overturning* accusatorio basato su una diversa lettura di tale fonte di prova <sup>(70)</sup>.

Secondo un altro orientamento il giudice d'appello, quando intenda giungere all'affermazione di responsabilità dell'imputato, già assolto in primo grado, non solo deve confutare specificamente gli argomenti sui quali era fondata la prima sentenza e provvedere a rinnovare l'assunzione delle prove dichiarative, nel caso in cui il giudizio di condanna si fondi su un diverso apprezzamento dell'attendibilità delle relative fonti, ma dovrebbe anche procedere ad ascoltare di nuovo il perito e il consulente, per procedere ad una rivalutazione della prova, stante la funzione svolta da questi nel processo e l'acquisizione dei risultati a cui l'esperto è giunto nello svolgimento dell'incarico peritale <sup>(71)</sup>.

Anche rispetto a siffatta tipologia di prove, tuttavia, le Sezioni unite hanno utilizzato un approccio estensivo il quale, però, si regge su argomenti che contrastano non soltanto con ragioni di linearità sistematica e di coerenza argomentativa rispetto alla premessa costituita dalla centralità del contraddit-

<sup>(68)</sup> Sull'assimilazione dei predetti esperti ai testimoni v., *ex plurimis*, Cass.pen., Sez. IV, 26 aprile 2018, n. 25127.

<sup>(69)</sup> Su cui v., in particolare, P. TONINI, *La prova scientifica*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. SPANGHER, II, *Prove e misure cautelari*, tomo 1, Milanofiori Assago, 2009, 85. V. inoltre, a livello enciclopedico, P. FELICIONI, *Prova scientifica*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VIII, 611; E. ESPOSITO, *Prova scientifica*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, tomo 2, 1230.

<sup>(70)</sup> V., infatti, gli arresti di Cass. pen., Sez. III, 18 ottobre 2017, n. 57863; Cass. pen., Sez. V, 13 gennaio 2017, n. 1691.

<sup>(71)</sup> Cass. pen., Sez. IV, 27 aprile 2018, n. 36736; Cass. pen., Sez. IV, 30 marzo 2018, n. 14654; Cass. pen., Sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 14654; Cass. pen., Sez. IV, 21 febbraio 2018, n. 14649; Cass. pen., Sez. IV, 25 gennaio 2017, n. 9400; Cass. pen., Sez. IV, 6 dicembre 2016, n. 6366; Cass. pen., Sez. II, 1 luglio 2015, n. 34843.

torio e dei suoi corollari, ma anche con le determinazioni assunte rispetto alla situazione costituita dallo svolgimento del giudizio di primo grado con forme diverse da quella dibattimentale <sup>(72)</sup>.

Una sentenza, si può dire, caratterizzata da un inestricabile — sebbene, nell'ambito di essa, si tenti di farlo senza, tuttavia, riuscirci sino in fondo — circolo argomentativo vizioso che enuncia e, allo stesso tempo, divora premesse e contraddice definizioni <sup>(73)</sup>.

Ancora più sintomatica dello stato di sofferenza in cui il sistema versa è la recente pronuncia di legittimità che, in qualche modo smentendo il principio di non necessaria simmetria strutturale tra i giudizi di primo e secondo grado e collocando l'obbligo di rinnovazione tra i profili attuativi dell'obbligo di motivazione rafforzata, ha escluso dall'ambito operativo della regola generale — l'art. 603 c.p.p., come modificato dalla riforma, viene richiamato quale componente del «quadro normativo di riferimento» della presa di posizione giurisprudenziale — il caso in cui le dichiarazioni decisive siano state acquisite nell'ambito del giudizio di primo grado secondo la procedura prevista dall'art. 500, comma 4, c.p.p., facendosi notare che «l'onere di rinnovare l'audizione deriva dalla iniquità della decisione su compendi probatori deprivati e presuppone, pertanto, che l'audizione si sia «già» svolta in contraddittorio in primo grado» e che, in ogni caso, la testimonian-

<sup>(72)</sup> Cass. pen., Sez. Un., 28 gennaio 2019, Pavan. Analizza in maniera approfondita la sentenza, dopo avere premesso una efficace sintesi del quadro giurisprudenziale, L. ALGERI, *Per la reformatio in peius è obbligatoria la rinnovazione dell'esame dell'esperto*, cit., 1447.

<sup>(73)</sup> La prova dichiarativa *ex art. 603, comma 3-bis, c.p.p.* deve avere, secondo la sentenza appena citata e a conferma di quanto già asserito in Cass. pen., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 27620, le seguenti caratteristiche: può avere ad oggetto sia dichiarazioni percettive che valutative; deve essere espletata a mezzo del linguaggio orale, perché questo è l'unico mezzo che garantisce ed attua i principi di oralità ed immediatezza, con la conseguenza che in essa non possono esservi ricompresi quei mezzi di prova che si limitano a veicolare l'informazione nel processo attraverso scritti o altri documenti; deve essere decisiva essendo stata posta dal giudice a fondamento dell'assoluzione.

za deve caratterizzarsi come «assumibile», circostanza che non si verifica quando l'audizione del teste «non garantisca l'ingresso nel processo di contenuti probatori credibili e non supporti un percorso valutativo affidabile del compendio probatorio disponibile» (74).

Infine, avrebbe destato non poche perplessità interpretative l'affermarsi dell'ipotesi — ora configurata (75), ora esclusa (76) e poi definitivamente disattesa (77) — di applicabilità del principio di derivazione convenzionale al caso di riforma in grado di appello della sentenza di condanna pronunciata in primo grado.

Opzione ermeneutica disattesa, come già detto, sulla base della considerazione che presunzione di innocenza e ragionevole dubbio impongono soglie probatorie asimmetriche in relazione alla diversa tipologia dell'epilogo decisorio: la certezza della colpevolezza per la condanna, il dubbio processuale plausibile per l'assoluzione (78).

Ragione per cui, quindi, l'applicazione della regola dell'immediatezza nell'assunzione di prove dichiarative decisive si impone unicamente in caso di sovvertimento della sentenza assolutoria, poiché è solo tale esito decisorio che conferma la presunzione di innocenza e rafforza il peso del ragionevole

(74) Cass. pen., Sez. II, 11 dicembre 2017, n. 55068.

(75) Cass. pen., Sez. II, 12 settembre 2017, n. 41571.

(76) Cass. pen., Sez. IV, 30 gennaio 2017, n. 4222.

(77) Cass. pen., Sez. Un., 3 aprile 2018, n. 14800. Avevano ipotizzato una presa di posizione negativa della Corte di cassazione, sulla base di plurimi dati emergenti anche dalle precedenti prese di posizione della Corte di cassazione, L. LUPÀRIA - H. BELLUTA, *Ragionevole dubbio ed etica del sistema: quando l'immediatezza non serve?* in *Dir. pen. cont.*, 2017, 12, 89. L'opzione diversa, invece, è presa in esame da F. FIANDANESE, *La rinnovazione del dibattimento in appello alla luce delle modifiche normative e dei principi di diritto affermati dalle Sezioni unite Dasgupta, Patalano, Troise*, in *Dir. pen. cont.*, 18 luglio 2018, 10.

(78) Cass. pen., Sez. Un., 3 aprile 2018, n. 14800. V., sui temi affrontati dalla sentenza delle Sezioni unite, la pregevole analisi di L. ALGERI, *Il nuovo volto dell'appello tra obbligo di rinnovazione istruttoria e dovere di motivazione «rafforzata»*, cit., 388, il quale ravvisa nel provvedimento di legittimità due declinazioni distinte del canone del ragionevole dubbio.

dubbio — operante solo *pro reo* e non per le altre parti del processo — sulla valenza delle prove dichiarative (79).

Ne discende che la rinnovazione del dibattimento è senz'altro possibile, ma non è assolutamente necessaria perché necessario è solo che il giudice d'appello fornisca una motivazione puntuale e adeguata della sentenza assolutoria, dando una razionale giustificazione della difforme conclusione adottata rispetto a quella del giudice di primo grado (80).

L'impostazione ricostruttiva, ribaltando il rapporto tra regola e principio, colloca quindi l'immediatezza in un ambito meno blasonato rispetto a quello tipico dei principi fondamentali del processo penale accusatorio, divenendo un valore variamente distillato in funzione dell'operare (o meno) della regola del ragionevole dubbio.

Eppure vi era stato, in dottrina, chi aveva posto in rilievo come, anche nell'ipotesi di ribaltamento della sentenza di condanna, «il giudice di secondo grado è di solito un giudice meramente cartolare, che può completamente ribaltare l'*iter* logico della sentenza di primo grado emanata a conclusione di un dibattimento, nel quale ha avuto piena attuazione il contraddittorio nel momento di formazione della prova ancorché avanti al giudice di appello la formazione dialettica della prova non si sia minimamente realizzata» (81).

Alla riforma dell'art. 603 c.p.p. andrebbe riconosciuto il

(79) Cass. pen., Sez. Un., 3 aprile 2018, n. 14800.

(80) Cass. pen., Sez. Un., 3 aprile 2018, n. 14800. Ne consegue, evidenza V. AIUTI, *Appello della condanna e rinnovazione istruttoria*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 5, 38, che anche che l'individuazione delle condizioni in presenza delle quali la rinnovazione è assolutamente necessaria viene nuovamente lasciata solo al prudente apprezzamento del giudice d'appello.

(81) G. LOZZI, *Reformatio in peius del giudice di appello e cognitio facti ex actis della Corte di cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 631, il quale si chiede se, *de iure condendo*, debba auspicarsi che il giudizio di appello operi soltanto come giudizio rescindente anche quando, su appello dell'imputato contro una sentenza di condanna, il giudice d'appello ritenga che l'imputato debba essere assolto sulla base di una diversa valutazione delle prove acquisite in primo grado. Prospetta una soluzione diversa, alla luce della collocazione del contraddittorio nella formazione della prova nell'ambito delle garanzie dell'imputato, T. PADOVANI, *Il doppio grado di*

merito di rideterminare la collocazione del vizio connesso all'inosservanza dell'obbligo di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale: trattandosi di violazione del principio del contraddittorio e, quindi, del diritto di difesa, sanzionata dalla nullità a regime intermedio *ex artt.* 178, lett. c) e 180 c.p.p., la sentenza deve essere censurata ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. c), c.p.p. <sup>(82)</sup>.

Operazione ricostruttiva, anche questa, poco accorta e ancora una volta di difficile decifrazione sul piano dogmatico: essa, infatti, non tiene in alcun conto il carattere dinamico ed integrato del processo penale e, quindi, la possibilità che i moduli formativi della prova nel grado precedente abbiano pienamente attuato il principio del contraddittorio, eventuali potenzialità inesprese del quale ben possono trovare sfogo nell'attivazione dei rimedi integrativi tradizionali.

Senza contare, poi, che i punti di riferimento della costruzione progressivamente realizzata dalla giurisprudenza sono stati individuati — con sfumature e accenti diversi — nella regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio e nel principio di immediatezza, quest'ultimo ritenuto — a torto o a ragione — strumento necessario per il conseguimento dello *standard valutativo* racchiuso nella prima.

## 8. Qualche notazione critica.

La disposizione che si esamina presenta più di un aspetto problematico, come già rilevato per lo più scaturente dalla scarsa attenzione che nel corso dell'itinerario parlamentare è stata prestata al percorso ricostruttivo intrapreso dalla giurisprudenza di legittimità.

Sul piano generale, deve essere messa nel giusto rilievo la

*giurisprudenza. Appello dell'imputato, appello del P.M., principio del contraddittorio, in Cass. pen., 2003, 4023.*

<sup>(82)</sup> Trattandosi di sentenze pronunciate in grado di appello sotto il regime della precedente normativa, invece, rimane ferma la pregressa impostazione, fondata sul motivo di cui all'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p. V., in questo termini, Cass. pen., Sez. Un., 28 gennaio 2019, Pavan.

scossa che l'innovazione produce sul versante della garanzia della neutralità metodologica del giudice, la quale «impone che egli, soggettivamente e oggettivamente imparziale, sia esente da ogni condizionamento pre-giudiziale che gli possa derivare [...] dall'aver assunto e personalmente coltivato, magari in via semplicemente provvisoria, una determinata ipotesi come linea di ricerca per la ricostruzione del fatto di cui è investito» (83).

La strutturazione della norma, difatti, espone il sistema al rischio che il giudice — il quale può procedere alla rinnovazione anche d'ufficio — si collochi su un versante di ricerca ed elaborazione secondo l'ottica fuorviante dello scopo di verifica di una ipotesi di lavoro predefinita, frutto di una valutazione che è, tutta, ispirata dal contenuto dei motivi d'appello del pubblico ministero.

L'ipotesi, è stato osservato, «contiene — inevitabilmente — l'anticipazione provvisoria — per comodità di ragionamento — di una soluzione del problema» (84) ed «è necessaria non solo per consentire all'imputato di difendersi, ma anche per preconstituire un parametro oggettivo necessario per verificare o misurare la rilevanza delle prove» (85).

L'ipotesi di lavoro, nel caso in esame, nasce da un'intuizione che dal pubblico ministero transita, attraverso i motivi di appello, alla sfera cognitiva di un giudice il quale, in maniera quasi intuitiva, finisce con l'essere trasformato in inquirente o, il che è peggio, in sostituto dell'inquirente.

E l'ipotesi, è stato rammentato con estrema efficacia, «talvolta si impadronisce dell'inquirente e lo incanala su binari che escludono ogni diverso o contrario orientamento. Tutto ciò che sembra convalidare la diagnosi preliminare, contenuta nell'accusa, tende a trasformarsi in una conclusione definitiva, e

(83) G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Milanofiori Assago, 2007, 118.

(84) G. DE LUCA, *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, a cura di M.C. BASSIUNI - A.R. LA TAGLIATA - A.M. STILE, II, Milano, 1991, 194.

(85) G. DE LUCA, *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, cit., 194.

quindi a pietrificarsi in convincimenti spesso indemolibili: umanamente l'inquisitore tende a sopravvalutare tutto ciò che conferma l'ipotesi iniziale e a svalutare tutto ciò che la contrasta. La presenza della dissonanza fa sorgere pressioni per ridurla o eliminarla. La dissonanza agisce allo stesso modo di un impulso o stato di tensione che spinge all'azione per ridurla. Essa determina un effetto congelante della ipotesi di lavoro, in cui è contenuto un giudizio di possibilità che tende a convertirsi in un giudizio di certezza: si mantengono saldi gli elementi cognitivi consonanti con il pregiudizio e si eliminano gli elementi dissonanti o se ne riduce l'effetto andando alla ricerca di altri elementi consonanti che possono neutralizzare i primi; oppure ci si astiene dall'indagare in quella direzione per evitare di esporsi a nuove informazioni che accrescono la dissonanza»<sup>(86)</sup>.

Se l'imparzialità del giudice è un valore da salvaguardare, è innegabile che il meccanismo legislativo renda di immediata percezione e di più che possibile verifica l'abuso che converte il giudice in investigatore, ossia l'uso del potere istruttorio in funzione della verifica di una (oramai divenuta propria, per effetto dell'ordinanza di rinnovazione) ipotesi ricostruttiva del fatto<sup>(87)</sup>.

Ecco materializzarsi, dunque, il paradosso del nuovo modello di rinnovazione, un meccanismo in forza del quale il principio cardine del processo penale accusatorio quale metodo privilegiato di formazione della prova — il contraddittorio, per intendersi — diviene la premessa di un processo dai tratti marcatamente inquisitori.

Tornando ai profili problematici ai quali si faceva cenno all'inizio, v'è da dire, innanzitutto, che l'art. 603, comma 3-bis, c.p.p. si disinteressa delle esigenze di garanzia dell'imputato investito da un giudizio di impugnazione introdotto dalla parte

<sup>(86)</sup> G. DE LUCA, *La cultura della prova e il nuovo processo penale*, cit., 194.

<sup>(87)</sup> P. FERRUA, *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1073.



civile, la quale anche dopo le modificazioni introdotte dall'art. 6, l. 20 febbraio 2006 n. 46 all'art. 576 c.p.p., ha conservato la facoltà di proporre appello, agli effetti della responsabilità civile, contro la sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio di primo grado<sup>(88)</sup>.

Il giudizio di appello introdotto da un siffatto mezzo di impugnazione, infatti, determina effetti abbastanza marcati su diversi versanti, per cogliere l'essenza pregiudizievole di alcuni dei quali basta pensare che il giudice dell'impugnazione ha, nei limiti del devoluto ed agli effetti della devoluzione, i poteri che avrebbe dovuto esercitare il giudice che ha prosciolto, di talché questi può affermare la responsabilità dell'imputato agli effetti civili e, conseguentemente, condannarlo al risarcimento o alle restituzioni, in quanto l'accertamento incidentale equivale, virtualmente, alla condanna di cui all'art. 538 c.p.p.<sup>(89)</sup>.

Si tratta di un profilo problematico trascurato ma che restringe l'ambito operativo della riforma rispetto, addirittura, a quanto statuito dalla Sezioni unite nelle sentenze sopra richiamate, generando una situazione normativa che continua ad essere regolata dal principio giurisprudenziale — del tutto diverso e meno caratterizzato sul piano della portata — secondo cui è illegittima la sentenza d'appello che, in riforma di quella assolutoria, affermi la responsabilità dell'imputato, sia pure ai soli fini civili, sulla base di una alternativa e non maggiormente persuasiva interpretazione del medesimo compendio probatorio utilizzato nel primo grado di giudizio<sup>(90)</sup>.

Il sistema normativo, dunque, finisce per collocare l'ipotesi nel contesto dei tradizionali casi di rinnovazione e, in assenza di giustificazioni eventualmente correlate all'ormai consolidato effetto penale del giudizio assolutorio, può ingenerare fondati dubbi di legittimità costituzionale.

<sup>(88)</sup> Cass. pen., Sez. Un., 29 marzo 2007, n. 27614. V., successivamente, Cass. pen., Sez. I, 19 dicembre 2007, n. 2133.

<sup>(89)</sup> Cass. pen., Sez. I, 26 aprile 2007, n. 17321.

<sup>(90)</sup> V., in questo senso e da ultimo, Cass. pen., Sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 1514. In precedenza v., del medesimo tenore, Cass. pen., Sez. II, 27 marzo 2012, n. 27018; Cass. pen., Sez. VI, 3 novembre 2011, n. 40129.

La nuova disposizione, poi, non contempla valvole di sicurezza rispetto alle situazioni, che pure le Sezioni unite avevano analizzato seguendo un approccio pragmatico, costituite dai casi in cui la fonte di prova dichiarativa non sia più esaminabile nel giudizio di appello — per morte, infermità o irreperibilità — oppure sia persona vulnerabile <sup>(91)</sup>.

In relazione alla prima ipotesi, secondo il *dictum* delle Sezioni unite, non vi sono ragioni per consentire un ribaltamento *ex actis* della sentenza assolutoria, fermo restando il dovere del giudice di accertare sia l'effettiva sussistenza della causa preclusiva della nuova audizione sia che la sottrazione all'esame non dipenda dalla volontà di favorire l'imputato o da condotte illecite poste in essere da terzi, essendo il giudice in tal caso legittimato a fondare il proprio convincimento sulle precedenti dichiarazioni <sup>(92)</sup>.

Rispetto alla seconda ipotesi, invece, non è consentito il suddetto ribaltamento, ma è rimessa al giudice di appello la valutazione circa l'indeffettibile necessità di sottoporre il soggetto debole, sia pure con le opportune cautele, ad un ulteriore *stress* al fine di saggiare la fondatezza dell'impugnazione proposta avverso la sentenza assolutoria <sup>(93)</sup>.

Ma la riforma si presta anche su altri versanti a produrre un effetto di eccessivo irrigidimento dello schema dinamico del

<sup>(91)</sup> Evidenzia la lacunosità della norma rispetto alle esigenze di protezione delle fonti vulnerabili, tra gli altri, F. FIANDANESE, *La rinnovazione del dibattimento in appello alla luce delle modifiche normative e dei principi di diritto affermati dalle Sezioni unite Dasgupta, Patalano, Troise*, cit., 17. Ma v., rispetto alla persona offesa vulnerabile, la enigmatica presa di posizione di Cass. pen., Sez. III, 10 ottobre 2018, n. 45556. Per un commento alla decisione della Corte v. AMOROSO, *L'utilizzabilità delle dichiarazioni del minore vittima di abusi sessuali rese in sede di incidente probatorio in caso di ribaltamento in appello della sentenza assolutoria di primo grado*, in *Cass. pen.*, 2019, 1179.

<sup>(92)</sup> Cass. pen., Sez. Un., 6 luglio 2016, n. 27620. «Affermazioni ambigue» - rileva F. FIANDANESE, *La rinnovazione del dibattimento in appello alla luce delle modifiche normative e dei principi di diritto affermati dalle Sezioni unite Dasgupta, Patalano, Troise*, cit., 18 — «[perché] sembrerebbero voler dire che se le cause impeditive sono reali ed effettive il giudice è legittimato a fondare il proprio convincimento sulle precedenti dichiarazioni».

<sup>(93)</sup> Cass. pen., Sez. Un., 6 luglio 2016, n. 27620.

giudizio di impugnazione, correlando l'obbligo di rinnovazione ad una mera verifica contenutistica di un atto di appello le cui prospettazioni critiche (dice la norma: «per motivi attinenti») rispetto alla prova dichiarativa assunta in primo grado pongono il giudice nella titolarità di una situazione giuridica di «dovere» a prescindere, quantomeno, da considerazioni circa la necessità della rinnovazione alla luce, per esempio, della rilevanza della prova <sup>(94)</sup>.

La questione non è di poco momento, poiché anche la giurisprudenza interna sinora richiamata sottolinea, nella strutturazione della fattispecie, l'esigenza che la prospettiva riformatrice coltivata dal pubblico ministero si fondi su una prova dichiarativa ritenuta decisiva (esclusivamente, si badi bene) dal giudice di primo grado <sup>(95)</sup>.

La costruzione ermeneutica, se guarda al contenuto dell'atto d'impugnazione con l'occhio velatamente rivolto all'accentuazione dei requisiti di specificità estrinseca dei motivi di appello, trascura del tutto il profilo, da sempre centrale nella dinamica dell'ammissione della prova, della valutazione del giudice dell'impugnazione, fermo restando che la fuoriuscita della prova dal circuito valutativo di quest'ultimo — nel senso che, mutando prospettiva, il giudice di appello rivaluta, escludendola, la decisività della prova — dovrebbe neutralizzare comunque l'obbligo di rinnovazione.

<sup>(94)</sup> Siffatto profilo, rispetto al requisito della decisività della prova, è evidenziato da M. GIALUZ - A. CABIALE - J. DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 188.

<sup>(95)</sup> Secondo Cass. pen., Sez. Un., 28 gennaio 2019, Pavan, ai fini della valutazione del giudice d'appello investito di una impugnazione del pubblico ministero avverso una sentenza di assoluzione, devono ritenersi prove dichiarative decisive quelle che, sulla base della sentenza di primo grado, hanno determinato o soltanto contribuito a determinare un esito liberatorio, e che, pur in presenza di altre fonti probatorie di diversa natura, se espunte dal complesso del materiale probatorio, si rivelano potenzialmente idonee a incidere sull'esito del giudizio di appello, nell'alternativa proscioglimento-condanna. Sono tali, inoltre, quelle che, ritenute di scarso o nullo valore probatorio dal primo giudice, siano, nella prospettiva dell'appellante, rilevanti ai fini della condanna.

Il linguaggio legislativo pone, dunque, non pochi dubbi — la correlazione generata tra motivi di appello e rinnovazione dell'istruzione dibattimentale potrebbe addirittura, in termini estremi, determinare un obbligo di riassunzione generalizzata delle prove, a prescindere da quelle specificamente criticate dal pubblico ministero <sup>(96)</sup> — e costituisce un punto di evidente distonia rispetto ai casi in cui il giudice ritenga superflua la rinnovazione istruttoria, avendo già maturato un convincimento fondato su un incedere argomentativo idoneo a sfociare in una successiva motivazione rafforzata, ovvero in relazione all'ipotesi in cui la necessità di addivenire ad una diversa valutazione della prova dichiarativa scaturisca *ictu oculi* da prove diverse e, magari, sopravvenute (per esempio, elementi di riscontro rilevanti ai sensi dell'art. 192, comma 3, c.p.p.).

Su questo punto, i recenti approdi della giurisprudenza sembrano ispirarsi ad una esigenza di contenimento della forza espansiva della disposizione, escludendo che possa ritenersi decisivo un apporto dichiarativo il cui valore probatorio, che in sé considerato non possa formare oggetto di diversificate valutazioni tra primo e secondo grado, si combini con fonti di prova di diversa natura non adeguatamente valorizzate o erroneamente considerate o addirittura pretermesse dal primo giudice, ricevendo soltanto da queste, nella valutazione del giudice di appello, un significato risolutivo ai fini dell'affermazione della responsabilità <sup>(97)</sup>.

<sup>(96)</sup> V., però, le precisazioni che sul punto fornisce Cass. pen., Sez. Un., 3 aprile 2018, n. 14800, secondo le quali l'espressione utilizzata dal legislatore nella nuova disposizione codicistica non equivale alla introduzione di un obbligo di rinnovazione integrale dell'attività istruttoria — che risulterebbe palesemente in contrasto con l'esigenza di evitare un'automatica ed irragionevole dilatazione dei tempi processuali — ma semplicemente alla previsione di una nuova, mirata, assunzione di prove dichiarative ritenute dal giudice d'appello «decisive» ai fini dell'accertamento della responsabilità.

<sup>(97)</sup> Cass. pen., Sez. Un., 28 gennaio 2019, Pavan. V., inoltre, Cass. pen., Sez. IV, 11 febbraio 2019, Viviani, per la quale, in sede di appello, non è sufficiente a fare sorgere l'obbligo di cui all'art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p. che il giudice di secondo grado ponga a fondamento della decisione di riforma prove dichiarative assunte in primo grado, essendo comunque necessaria una differente valutazione dell'attendi-

Soluzione, questa, contraddittoria e insoddisfacente, dal momento che, escludendo il caso di elemento sopravvenuto autonomamente decisivo — idoneo, dunque, a svuotare di qualsiasi rilevanza la prova dichiarativa — il dato proietta la propria luce sulla dichiarazione che, se posta alla base della decisione di condanna del giudice di appello, costituisce comunque un apporto ri-valutato.

Ancora, l'estensione della cognizione del giudice di appello ai punti della decisione a cui si riferiscono i motivi — svincolata come è, quindi, dai motivi proposti<sup>(98)</sup> — potrebbe determinare situazioni di modificazioni *in peius* sulla base di un riesame di punti che prescinde dalle doglianze concernenti la valutazione della prova dichiarativa formulate dal pubblico ministero.

Ed allora, al fine di prevenire inutili irrigidimenti del sistema diviene esigenza primaria individuare un percorso — teorico se si vuole, ma solo apparentemente — che recuperi un momento valutativo effettivo da collocare nell'area di pertinenza del giudice d'appello e, a tale scopo, assumono significativo rilievo gli oramai noti passaggi della complessa sequenza probatoria.

«Se la prova giuridica è, nella sua essenza distintiva, un atto di conoscenza, essa è al tempo stesso una operazione regolata da un certo metodo, storicamente mutevole, il quale, oltre che rispondere ad una esigenza di economia e di organizzazione, è l'espressione di certe scelte di valore per quel che concerne la tutela di interessi individuali e sociali»<sup>(99)</sup>.

Affermazione senza alcun dubbio condivisibile, la quale dirada i margini di astrattezza del fenomeno probatorio, dato della realtà che può essere compreso nella sua profonda com-

bilità del dichiarante e non essendo altrimenti sufficiente una diversa valutazione organica, globale e unitaria degli ulteriori elementi esterni alle dichiarazioni testimoniali.

<sup>(98)</sup> V., da ultimo, Cass. pen., Sez. Un., 22 febbraio 2017, n. 8825.

<sup>(99)</sup> M. NOBILI, *Lecture testimoniali consentite al dibattimento e libero convincimento del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 257.

plexità se lo si colloca nella serie in cui è articolata la c.d. sequenza probatoria, espressione con la quale, come è noto, si intende fare riferimento a «l'insieme delle componenti, analizzate nella prospettiva della «staticità», che, nella loro successione, intervengono a costituire il fenomeno probatorio»<sup>(100)</sup>.

Ragionando per sintesi, può dirsi che la conclusione probatoria è il prodotto valutativo di singoli risultati, i quali — così come gli elementi da cui essi scaturiscono — si relazionano alla conclusione secondo parametri la cui gestione non può che essere rimessa al titolare della fase di giudizio, l'unico in grado di esprimersi secondo criteri di rigida legittimazione.

Ciò non significa, ovviamene, privilegiare costruzioni «on-nivore» del libero convincimento, ma assicurare margini di valutazione che, altrimenti, priverebbero i percorsi valutativi di un effettivo contributo funzionale del giudice, improvvido ostaggio del contenuto dei motivi di appello del pubblico ministero.

Così ragionando è possibile ripristinare un margine di autonomia alla valutazione giudiziale in grado di appello, conservando al giudice uno spazio valutativo sugli elementi di prova che, mediando la formazione dei correlativi risultati, previene l'avvio di itinerari forzatamente ordinati all'ossequio formale rispetto a canoni che rischiano di non essere più — o di essere solamente in apparenza — al servizio di un giusto processo.

## **9. Il giudizio di appello cambia fisionomia?**

Si ritorna, così, al quesito di partenza e, rispetto ad esso, la conclusione appare in linea con la tradizione, che le riforme degli ultimi anni non sembrano scalfire, la quale colloca la fisionomia del giudizio di appello sul terreno degli strumenti di controllo.

Anzi, le modifiche apportate alla disciplina dei requisiti di forma dell'impugnazione e della conformazione dell'obbligo di

<sup>(100)</sup> G. UBERTIS, *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, XI, 307.

motivazione del giudice hanno determinato un'accentuazione severa della funzione di controllo del giudizio <sup>(101)</sup>, imponendo una penetrante attività di confronto e raccordo tra sentenza impugnata, motivi di appello <sup>(102)</sup> e determinazioni (e correlati obblighi motivazionali) del giudice di secondo grado.

Ne è uscito rafforzato il requisito della specificità estrinseca dell'appello, elemento che, aggrovigliando i fili che legano la valutazione del giudice all'atto introduttivo e quest'ultimo alla sentenza di primo grado, trascina il giudizio di gravame verso un'accentuazione senza precedenti della sua funzione di controllo.

Ma il ribaltamento della logica del processo di appello postulerebbe, poi, un modello di secondo grado la cui rinnovata fisionomia non potrebbe non fare i conti con la progressiva caduta di tutte le barriere erette a garanzia del funzionamento di un «giudizio» che si voglia definire *novum*.

Il giudizio di appello si presenta, infatti, come un meccanismo dinamico rispetto al quale è incoerente prospettare una strutturazione sovrapponibile a quella di primo grado per quel che riguarda le regole di formazione della prova.

Non solo, infatti, appare economicamente improponibile la strutturale vanificazione dell'efficacia probatoria delle risultanze acquisite nel grado precedente — premessa che, legata a quella della integrale riassunzione garantita da forme di protezione della neutralità metodologica, appare indispensabile per la configurazione di un meccanismo sganciato dalla logica

<sup>(101)</sup> La riforma del sistema delle impugnazioni realizzata con la l. 23 giugno 2017, n. 103 è intervenuta sull'art. 581 c.p.p. al fine di accentuare sotto i profili qualitativo (profondità) e quantitativo (estensione) gli *standards* dei requisiti contenutistici dell'atto propulsivo della fase d'impugnativa, accentuazione la quale si coordina soprattutto con la rinnovata strutturazione del dovere giudiziale di motivazione della sentenza penale *ex art.* 546 c.p.p. V., infatti, A. DE CARO, *Impugnazioni (dopo la riforma Orlando)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. X, 338.

<sup>(102)</sup> L'atto di appello è inammissibile per difetto di specificità dei motivi — precisa Cass. pen., Sez. Un., 22 febbraio 2017, n. 8825 — quando non risultano esplicitamente enunciati e argomentati i rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto o di diritto poste a fondamento della sentenza impugnata.

del controllo, se solo si vuole essere chiari rispetto al modello processuale che l'appello dovrebbe impersonare — e, ancora prima, la perimetrazione del quadro conoscitivo entro i confini segnati da un riedizione del sistema del doppio fascicolo.

Come evidenziato dalla dottrina, poche regole come quella del «doppio fascicolo» rendono fisicamente l'idea dell'opzione epistemologica su cui si fonda l'attuale sistema processuale <sup>(103)</sup>, istituto che codifica una regola di non conoscibilità di atti in assenza della quale ha pochissimo senso delineare meccanismi formativi della prova ispirati alle logiche tipiche del giudizio di primo grado.

Ma anche le ulteriori regole di tutela del metodo dibattimentale <sup>(104)</sup> — divieto di lettura e divieto di utilizzazione — si presentano come incompatibili con il giudizio di appello, costituendo l'opzione che ad essi dovesse prestare ossequio una inspiegabile quanto inattuabile trasfigurazione del processo, trattato alla stregua di un atto di cancellazione di una (dispendiosa e) oramai indelebile vicenda storica.

Tra l'altro, come è stato sottolineato dalla Corte costituzionale in relazione alla rinnovazione del dibattimento per effetto del mutamento della persona fisica del giudice, sul versante dinamico e dell'efficacia giuridica i verbali delle dichiarazioni rese nella precedente fase dibattimentale fanno già parte del contenuto del fascicolo per il dibattimento a disposizione del nuovo giudice, dal momento che tale contenuto non è cristallizzato in quello indicato nell'art. 431 c.p.p., ma è soggetto a notevoli variazioni, sia nella fase degli atti preliminari al dibattimento sia, soprattutto, nel corso del dibattimento medesimo, e certamente si arricchisce del verbale delle prove assunte nella pregressa fase dibattimentale, la quale, pur soggetta a rinnovazione a cagione di evenienze che modificano la

<sup>(103)</sup> P. BRONZO, *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*, Milanofiori Assago, 2017, 1.

<sup>(104)</sup> P. BRONZO, *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*, cit., 2.



composizione dell'organo giudicante, conserva comunque il carattere di attività legittimamente compiuta <sup>(105)</sup>.

Ed allora, prospettare soluzioni strutturali che vanificano l'efficacia di prove legittimamente acquisite in nome di un principio — il contraddittorio — già utilizzato e di un altro — l'immediatezza — già consumato e non più spendibile (pertanto inefficace quanto meno sul piano tendenziale), non appare fruttuoso.

L'immediatezza, come si sa, a differenza del principio del contraddittorio, costituisce un connotato tipico di un modello processuale di carattere accusatorio che nell'ambito del nostro sistema non soltanto non è dotato di una esplicita copertura costituzionale <sup>(106)</sup>, ma soffre di svariate deroghe a livello di disciplina processuale ordinaria già in riferimento al giudizio di primo grado.

Essa, come è noto, consente di valorizzare i «tratti prosodici del discorso», ossia di fare vivere al giudice atteggiamenti, gestualità, opinioni, silenzi, incertezze che connotarono la deposizione <sup>(107)</sup>, ma «[i]l contraddittorio nella formazione della prova» — si è fatto notare — «è meccanismo destinato a incepparsi se non si prevengono i danni che il passar del tempo infligge alla conoscenza, circoscritta e visiva, del testimone, basata su osservazioni personali e su di una serie di ricordi» <sup>(108)</sup>.

Dunque, l'allontanarsi del momento della narrazione da quello dell'osservazione — ciò che accade in coincidenza con la progressione del processo — pregiudica già *ex se* l'efficacia del

<sup>(105)</sup> C. cost., 24 gennaio 1994, n. 17.

<sup>(106)</sup> V., tra gli altri, Cesari, *Prova (acquisizione della)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. II, 721; S. BUZZELLI, *Giusto processo*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. II, 357.

<sup>(107)</sup> Sottolinea l'importanza dei «tratti prosodici del discorso» in funzione epistemica, tra gli altri, P. FERRUA, *La prova nel processo penale: profili generali*, in *La prova penale*, a cura di P. FERRUA - E. MARZADURI - G. SPANGHER, Torino, 2013, 35.

<sup>(108)</sup> S. BUZZELLI, *Giusto processo*, cit., 361. Si tratta di un profilo problematico il quale è stato richiamato, proprio di recente, da C. cost., 29 maggio 2019, n. 132. Esso è abbondantemente richiamato da Cass. pen., Sez. Un., 10 ottobre 2019, Bajrami.

contraddittorio e questo irrimediabilmente incide sulla funzionalità dell'immediatezza.

Ma i contegni soggettivi del dichiarante sono per loro natura irripetibili, fenomenicamente esaurendosi nel momento stesso in cui si manifestano ed essendo percepibili esclusivamente dalle persone presenti in quel dato momento storico e successivamente suscettibili solamente di rappresentazione.

Il compimento di un nuovo atto istruttorio — a prescindere dal destino che si vorrebbe riservare agli atti già acquisiti — consentirebbe al giudice di percepire il contegno soggettivo che accompagna la nuova assunzione — peraltro ormai compromesso nella sua spontaneità — ma non quello che ha accompagnato la precedente.

Non è un caso che la Corte di cassazione, messa alle strette dall'exasperante e vanificante dilungarsi dei tempi dei processi, ha maturato rispetto all'ipotesi della rinnovazione del dibattimento per mutamento della persona fisica del giudice conclusioni che guardano con estrema diffidenza all'immediatezza allorquando essa tende ad incidere irragionevolmente sulla durata complessiva del processo.

Il riferimento è al noto orientamento che, pur muovendosi nell'orbita del precedente oramai abbandonato delle sezioni unite <sup>(109)</sup>, ha riconosciuto la legittimità di tecniche di rinnovazione effettuate mediante la semplice richiesta alle fonti dichiarative precedentemente assunte delle conferma delle dichiarazioni già rese da parte del nuovo giudice <sup>(110)</sup>.

Non sembrano nemmeno adegaubili, a fronte di una prospettiva di radicale ristrutturazione del processo di appello, i meccanismi di salvaguardia (premesse, si potrebbe ben dire)

<sup>(109)</sup> Cass. pen., Sez. Un., 15 gennaio 1999, Iannasso. L'orientamento espresso dalla sentenza ha determinato i contenuti della giurisprudenza formatasi negli anni successivi. Esso è stato abbandonato da Cass. pen., Sez. Un., 10 ottobre 2019, Bajrami.

<sup>(110)</sup> V., in speciale modo, Cass. pen., Sez. I, 11 maggio 1992, Cannarozzo, nella quale si è precisato che una siffatta modalità di assunzione della prova potrebbe, al più, ritenersi irregolare.

del corretto esplicarsi delle funzioni cognitive dell'immediatezza e del contraddittorio.

Il legislatore, come è noto, nel dare vita ad un sistema processuale ispirato al principio della separazione tra fase investigativa e fase formativa della prova, si era posto il problema di predisporre meccanismi che, impedendo l'aggiramento sostanziale dei congegni finalizzati ad assicurare una rigida preclusione rispetto alla percezione dei dati conoscitivi di provenienza investigativa da parte del giudice chiamato a pronunciarsi sull'imputazione, assicurassero la corretta formazione del convincimento giudiziale, secondo una logica tesa a salvaguardarne la neutralità mediante l'allontanamento dalla previa conoscenza — suscettibile di realizzarsi per mezzo di una pluralità di canali — di atti non utilizzabili formalmente ai fini della decisione <sup>(111)</sup>.

Ma, ancora prima, il nuovo codice tendeva a realizzare una rigorosa limitazione del patrimonio conoscitivo in possesso del giudice nella fase immediatamente antecedente al dibattimento anche rispetto alla possibile conoscenza di elementi di carattere semplicemente argomentativo — magari, però, capaci di veicolare surrettiziamente dati contenutistici di atti preclusi — al fine di evitare che questi potesse arrivare alla fase di giudizio con un convincimento già formato — ossia, adeguato alle argomentazioni già esposte — e ricercare in sede processuale soltanto la conferma della sua plausibilità <sup>(112)</sup>.

Così, dunque, si è optato per la soluzione di dare veste formale di decreto al provvedimento che dispone il giudizio, atto asettico rispetto a qualsiasi dovere motivazionale che, veicolato necessariamente insieme al fascicolo per il dibattimento (art. 432 c.p.p.), non comporta la cognizione di precedenti valutazioni.

<sup>(111)</sup> G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., 118. Nonché, successivamente, *Id.*, *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 16.

<sup>(112)</sup> P. RIVELLO, *Il dibattimento nel processo penale*, cit., Torino, 1997, 42. V., inoltre, G. DALIA, *Processo penale e informazione giudiziaria*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. X, 576.

Infatti, proprio in ragione della caratteristica delineata dall'art. 125 c.p.p., il decreto esprime una decisione non motivata ad una precedente prospettazione e tale deve essere perché il legislatore vuole evitare il pregiudizio che deriverebbe all'imputato ove un giudice prima del dibattimento affermasse l'attendibilità degli elementi di prova a carico <sup>(113)</sup>.

Si tratta di un sistema di protezione molto complesso ed articolato che non può operare rispetto al giudizio di appello — esso ha, dietro di sé, un giudizio pubblico molte volte anche particolarmente indulgente sul versante mediatico e eccezionalmente assorbente delle relative contaminazioni — e tanto basta per fare uscire enormemente pregiudicata (ed a priori) la funzione di arricchimento cognitivo che si usa ricondurre al principio di immediatezza.

L'esigenza di garantire l'effettività del principio del libero convincimento ha ispirato, come è noto, l'introduzione del divieto — abbondantemente neutralizzato alle soglie del giudizio di appello — di pubblicazione degli atti d'indagine <sup>(114)</sup>.

Risalente al legislatore ottocentesco ed introdotto al fine di preservare i giurati da possibili condizionamenti operati dalla stampa, l'istituto venne mantenuto dal codice precedente come limite alla divulgazione di atti o notizie riguardanti fasi processuali segrete al fine di evitare compromissioni della serenità del giudice e tutelare la riservatezza delle persone coinvolte nella procedura.

«Abbandonato un modello processuale in cui il giudice andava in udienza avendo maturato un preconvincimento di massima sulla base di quella specie di brogliaccio del dibattimento che era costituito dal fascicolo istruttorio» — tuttavia — «si è profilata la necessità di un giudice libero dal condizionamento di conoscenze che non nascono nel corso del dibattimento» <sup>(115)</sup>.

<sup>(113)</sup> Lo ribadisce, con estrema efficacia, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2019, 655.

<sup>(114)</sup> Sul quale v., in generale, E. FARINELLI, *Art. 114 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. GAITO, I, Milanofiori Assago, 2012, 602.

<sup>(115)</sup> G. GIOSTRA, *Segreto processuale (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, XXVIII, 7.

Conformemente a quanto disposto dalla direttiva n. 71 della legge di delega, la disciplina compendiata nell'art. 114 c.p.p. si fa carico di contemperare la tutela di due beni giuridici contrapposti <sup>(116)</sup>.

Innanzitutto, la libera e serena formazione del convincimento giudiziale, ossia l'esigenza che gli atti delle indagini preliminari inseriti nel fascicolo del pubblico ministero siano conosciuti dal giudice del dibattimento solo attraverso i meccanismi tipizzati dal codice di rito poiché, qualora se ne fosse consentita la pubblicazione prima del momento della legittima apprensione, si sarebbe determinata una distorsione della regola processuale ed una anticipata e non corretta formazione del convincimento del giudice <sup>(117)</sup>.

In secondo luogo, i diritti conoscitivi dei privati interessati e della generalità dei consociati, questi ultimi meritevoli di tutela in un ordinamento nel quale la giustizia è amministrata in nome del popolo <sup>(118)</sup>.

La ricerca di un punto di equilibrio tra i su menzionati e contrapposti valori sorregge la disciplina contenuta nell'art. 114, commi 2 e 3, c.p.p., i quali, nella versione corretta da C. cost., 24 febbraio 1995, n. 59 <sup>(119)</sup> impongono il divieto di pubblicazione degli atti <sup>(120)</sup> — non del loro contenuto <sup>(121)</sup> —

<sup>(116)</sup> G. DEAN, *Gli atti*, in *Procedura penale*, Torino, 2010, 163.

<sup>(117)</sup> Aderendo alla chiara intenzione del legislatore, Cass. pen., Sez. I, 11 luglio 1994, Leonelli, ha individuato la *ratio* del divieto di pubblicazione nel fine di assicurare il corretto, equilibrato e sereno giudizio del giudice del dibattimento attuato anche attraverso le norme che gli consentono di venire legittimamente a conoscenza del testo degli atti d'indagine nei limiti e secondo le regole previsti in un processo tipicamente accusatorio. V., invece, in ambito dottrinale, L. CASTELLUCCI, *L'atto processuale penale: profili strutturali e modalità realizzative*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. SPANGHER, I, tomo 2, Torino, 2008, 24; G. DALIA, *Processo penale e informazione giudiziaria*, cit., 576.

<sup>(118)</sup> L. CASTELLUCCI, *L'atto processuale penale: profili strutturali e modalità realizzative*, cit., 24.

<sup>(119)</sup> La quale, come è noto, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 3 dell'articolo in questione limitatamente alle parole «del fascicolo per il dibattimento, se non dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, e di quelli».

<sup>(120)</sup> Divieto che G. SPANGHER, *La pratica del processo penale*, II, *Indagini preliminari e udienza preliminare. Il giudizio. Il procedimento dinanzi al tribunale in composizione monocratica*, Milanofiori Assago, 2012, 245, definisce «relativo», per

fino a quando non vengono realizzati determinati risultati nell'incedere del procedimento.

L'esigenza medesima — salvaguardare la corretta formazione del convincimento giudiziale rispetto alla possibile fonte di turbamento costituita dall'irrituale conoscenza del contenuto di atti investigativi — ha ispirato, altresì, la modifica dei meccanismi di formazione del fascicolo per il dibattimento.

Come è noto, la versione originaria dell'art. 431 c.p.p. prevedeva che alla formazione del fascicolo provvedesse la cancelleria del giudice che aveva celebrato l'udienza preliminare, secondo una procedura interna all'ufficio rispetto alla quale era estranea qualsiasi forma di contraddittorio.

A fronte di questa modalità di formazione del fascicolo, i rimedi ad eventuali errori commessi dalla cancelleria erano congegnati in modo tale da vanificare il fine sotteso dal principio di separazione delle fasi, dal momento che «non essendo stata prevista alcuna forma di contraddittorio anticipato, la verifica della regolare composizione del fascicolo poteva avvenire esclusivamente in sede di questioni preliminari al dibattimento (art. 491, comma 2, c.p.p.), e cioè nell'ambito di un procedimento incidentale affidato a quello stesso giudice che si sarebbe voluto mantenere all'oscuro del materiale probatorio di parte»<sup>(122)</sup>.

La previsione di uno spazio di contraddittorio preventivo, introdotta dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479, vale a sottolineare l'attenzione che il legislatore ha posto sul versante della pre-

distinguerlo da quello «assoluto», cioè esteso al contenuto dell'atto. Ma v., anche, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 525, il quale distingue un divieto di tipo «assoluto» da un divieto di tipo «attenuato».

<sup>(121)</sup> Ma v., per una deroga al principio generale stabilito dall'art. 114, comma 7, c.p.p., l'art. 329, comma 1, lett. b), c.p.p. Sul significato da attribuire all'espressione «contenuto degli atti» v., tra gli altri, G. SPANGHER, *La pratica del processo penale*, cit., 246.

<sup>(122)</sup> Così A. SCCELLA, *La formazione in contraddittorio del fascicolo per il dibattimento*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di F. PERONI, Padova, 2000, 421, il quale, correttamente, individua la *ratio* dell'innovazione legislativa nell'esigenza di «scongiurare il pericolo che la documentazione spuria possa comunque esercitare un'influenza di ordine psicologico sul convincimento giudiziale», frustrando «la *ratio* sottesa dall'intero sistema del doppio fascicolo».

disposizione di strumenti che, assicurando l'estraneità cognitiva del giudice rispetto al contenuto degli atti investigativi di parte, tutelino in maniera effettiva il principio del libero convincimento.

Se le norme sopra richiamate sono suscettibili di arginare il pericolo di attivazione di percorsi conoscitivi impropri e, quindi, turbativi del requisito essenziale di giudizio costituito dalla neutralità metodologica in vista dell'avvio di meccanismi formativi della prova qualitativamente caratterizzati, non v'è chi non veda come gli sbarramenti sono destinati (tutti) a crollare in vista della celebrazione del giudizio di appello, in cui il giudice conosce — *id est*: deve conoscere, non essendo pensabile né tollerabile che atti formati nel contesto processuale maggiormente in vista di tutto il modello siano posti nel nulla da astratte modellistiche a cui adeguare un giudizio del quale si postula un radicale cambiamento di fisionomia — gli atti della fase pregressa e, addirittura, la valutazione che di essi il giudice ha dato nella sentenza conclusiva del grado pregresso.

Si tratta di fattispecie base di un giudizio che, permanendo siffatte premesse, non può sfuggire alla rigida logica del controllo basato su prove già assunte e già valutate: un giudizio in cui, tra l'altro, al divieto di cui all'art. 493, comma 4, c.p.p. si sostituisce niente meno che la relazione della causa (art. 602 c.p.p.).

**ABSTRACT:** La rinnovazione del dibattimento in appello rappresenta il momento principale di intersezione tra un modello processuale di tipo cartolare e le regole di formazione della prova tipiche del sistema accusatorio, ispirate a principi taluni dei quali assumono rilievo costituzionale e protagoniste assolute del primo grado del giudizio. Quanto più si estende l'ambito di operatività dell'istituto — esso, secondo l'impostazione tradizionale, conserva una connotazione di eccezionalità correlata ad una presunzione di completezza dell'istruzione svolta nel grado precedente — tanto più il processo di appello tende ad assumere conformazioni inedite, progressivamente allontanandosi dagli schemi tipici degli strumenti di mero controllo. La sintesi che l'attuale giudizio di appello realizza tra precostituzione e formazione della prova raffigura un equilibrio sistematico che, sebbene innovativo, non sembra metterne in discussione la visione tradizionale.

**ABSTRACT:** *The renewal of the appeal hearing represents the main moment of intersection between a paper-based procedural model and the evidence-forming rules typical of the accusatory system, inspired by some principles of which assume constitutional importance and absolute protagonists of the first degree of the judgment. The more the scope of the institution extends — according to the traditional approach, it maintains a connotation of exceptionality related to a presumption of completeness of the education carried out in the previous grade — the more the appeal process tends to take on conformations unpublished, gradually moving away from the typical patterns of the instrument of mere control. The synthesis that the current appeal judgment creates between pre-constitution and evidence formation represents a systematic balance that, although innovative, does not seem to question its traditional vision.*