CONDANNA IN APPELLO E RINNOVAZIONE IMPOSSIBILE [*]

Rosa Anna Ruggiero [**]

Cassazione penale

in disCrimen dal 21.4.2022

SOMMARIO 1. Antefatto. — 2. *Tempus regit actum*. — 3. Impossibilità della rinnovazione. — 4. Nel caso concreto. — 5. Conclusioni.

1. Antefatto

Prosegue, da parte della giurisprudenza di legittimità, l'elaborazione di uno statuto conforme alla Convenzione europea, e sistematicamente accettabile, della rinnovazione del dibattimento in appello nel caso di impugnazione di una sentenza di assoluzione da parte del pubblico ministero. In seguito agli interventi della Corte europea che, com'è noto, hanno propiziato la successiva modifica testuale dell'art. 603 c.p.p. nel 2017, la Cassazione si è ripetutamente pronunciata sul tema: è questa la sesta volta, a partire dalla fondamentale sentenza Dasgupta del 2016[1], che si è reso necessario l'intervento delle Sezioni unite.

Non serve qui ripercorrere gli svolgimenti della giurisprudenza di Strasburgo e

[*] Contributo in corso di pubblicazione su *Cassazione penale*, 2022, fasc. 6

[**] Professore associato di diritto processuale penale nell'Università degli Studi della Tuscia

[1] Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, in *questa rivista*, 2016, p. 3203, con nota di V. AIUTI, *Poteri d'ufficio della Cassazione e diritto all'equo processo*. Successivamente sono intervenute: Sez. un., 19 gennaio 2017, Patalano (obbligo di rinnovazione della prova per la condanna in appello da giudizio abbreviato), in *questa rivista*, 2017, p. 1437, con nota di R. APRATI, *"Overturning" sfavorevole in appello e mancanza del riesame*; Id., 21 dicembre 2017, Troise (non necessità di rinnovazione in caso di riforma in senso assolutorio), in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, p. 274, con nota di A. CAPONE, *Appello dell'imputato contro la condanna. Le Sezioni Unite negano l'obbligo di rinnovazione istruttoria*; Id., 28 gennaio 2019, Pavan (obbligo di rinnovazione dell'esame del perito o del consulente sentito in primo grado), in *Giur. it.*, 2019, p. 1443, con nota di L. ALGERI, *Per la* reformatio in peius *è obbligatoria la rinnovazione dell'esame dell'esperto*; Id., 28 gennaio 2021, Cremonini (individuazione del giudice di rinvio dopo l'annullamento agli effetti civili per mancata rinnovazione della prova), in *questa rivista*, 2021, p. 2694, con nota di F.M. DAMOSSO, *Rinnovazione e rinvio ai soli effetti civili. Tra soluzioni necessitate e incongruenze processuali.*

la sua evoluzione[2]. In estrema sintesi, si può ricordare che è stata considerata in contrasto con l'art. 6 n.1 e n. 3 lett. *d* Cedu, per violazione del principio di immediatezza[3], la condanna in appello che ribalti una precedente assoluzione in seguito ad una diversa valutazione delle testimonianze assunte in primo grado senza che sia ripetuta, anche se la parte non lo chiede, l'escussione diretta dei testimoni decisivi. L'omissione non è invece considerata rilevante quando la prova non abbia influito sulla decisione (perché basata in maniera determinante su altri e diversi elementi), oppure quando sia stato impossibile ascoltare il testimone. Più di recente, tuttavia, la Corte europea ha occasionalmente ammesso la compatibilità con la Convenzione di una condanna basata sulla semplice rivalutazione del compendio probatorio, qualora il giudice ne abbia dato una giustificazione ritenuta adeguata e non arbitraria, con una motivazione rafforzata, sottoposta inoltre al giudizio di una corte suprema inteso a verificare la sua accuratezza e il rispetto dei principi generali del processo[4].

Con la citata sentenza Dasgupta, le Sezioni unite della Corte di cassazione, nell'escludere l'esistenza di un contrasto con la giurisprudenza consolidata della Corte europea, avevano indicato la via dell'interpretazione conforme e avevano ribadito, da un lato, l'indirizzo preesistente[5] secondo cui, in caso di condanna in appello che riformi un'assoluzione, la motivazione della sentenza debba essere rafforzata con la

[2] Viene di solito ritenuto il *leading case* C. edu, 14 giugno 2011, Dan c. Moldavia (ma non mancano decisioni precedenti che affermano gli stessi principi); successivamente, fra le altre, Id., 26 giugno 2012, Gaitanaru c. Romania; Id., 4 giugno 2013, Hanu c. Romania; e in particolare, nei confronti dell'Italia, Id., 29 giugno 2017, Lorefice c. Italia; Id., 22 ottobre 2020, Tondo c. Italia; Id., 8 luglio 2021, Maestri c. Italia. Sul caso Maestri e i suoi precedenti v. M. CAIANIELLO – S. TESORIERO, *Diritto di difesa e appello penale: vecchie e nuove coordinate dalla giurisprudenza della Corte edu (a proposito di Maestri e altri contro Italia*). Il caso Dan, in seguito alla riapertura del processo penale dopo la condanna della Moldavia, è tornato alla Corte europea, che ha riscontrato una nuova violazione dell'art. 6 n. 1 Cedu, spingendosi ad esaminare analiticamente gli elementi valutati dal giudice nazionale e la motivazione della sentenza: C. edu, 10 novembre 2020, Dan c. Moldavia (n. 2). Su quest'ultima sentenza v., fra gli altri, M. BRANCACCIO, *Il principio di immediatezza tra utopia e realtà*, in *questa rivista*, 2021, p. 186 s; F. CASSIBBA, *Prima condanna in appello e garanzie effettive,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2021, p. 315 s.; A. MANGIARACINA, *Dan v. Moldavia 2: la rinnovazione in appello tra itinerari sperimentati e cedimenti silenziosi*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 3, p.1 s.

[3] L'immediatezza, anche se considerata strettamente connessa col principio del contraddittorio, non è tuttavia sempre riconosciuta dalla Corte europea come indefettibile, ma solo come rilevante nel giudizio complessivo di equità del processo: v. ad esempio, per il caso di mutamento del collegio giudicante, C. edu, 10 febbraio 2005, Graviano c. Italia.

[4] C. edu, 24 aprile 2016, Kashlev c. Estonia; in termini parzialmente analoghi Id., 27 giugno 2017, Cipher c. Romania, ove si afferma che l'audizione diretta delle prove non è una regola automatica affinché il processo sia equo.

[5] A partire da Sez. un. 30 ottobre 2003, Andreotti, in *CED Cass.*, 226093, nonché Id., 12 luglio 2005, Mannino, *ivi*, 231679.

confutazione specifica degli argomenti del giudice di primo grado; dall'altro avevano affermato che sia sempre necessaria, ove il dissenso verta sulla valutazione delle prove dichiarative, la rinnovazione, anche d'ufficio, dell'istruzione dibattimentale. Tuttavia, più che sul principio di immediatezza l'interpretazione delle Sezioni unite faceva perno sulla presunzione d'innocenza e in particolare sull'esigenza che la colpevolezza sia completamente provata oltre il ragionevole dubbio[6], che deve sempre rappresentare lo standard per la condanna, intervenuta in primo grado o per la prima volta in appello: laddove per l'assoluzione in appello, in riforma di una condanna, è sufficiente svalutare anche un solo elemento fra quelli posti alla base della decisione di primo grado per attestare il dubbio sulla colpevolezza.

Muovendo da questa impostazione, secondo la sentenza Dasgupta – ribadita sotto questo profilo dalle Sezioni unite nella decisione in esame – l'inosservanza della regola così enunciata sarebbe attratta nel vizio di motivazione, e quindi causa di ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 606 comma 1 lett. *e* c.p.p.[7]. L'assunto sembra però almeno in parte discutibile, perché proprio il richiamo alla presunzione d'innocenza potrebbe già far pensare (anche) ad una lesione del diritto al contraddittorio, da includere perciò fra le violazioni della legge processuale previste dall'art. 606 comma 1 lett.

[6] È suggestivo, ma a nostro avviso fallace, l'argomento secondo cui il solo fatto che il giudice di primo grado si sia pronunciato per l'assoluzione dimostrerebbe di per sé almeno l'esistenza di un ragionevole dubbio, a prescindere dall'esito del giudizio di impugnazione. Infatti, anche senza considerare la possibilità di una palese ingiustizia della prima decisione (in questo senso P. FERRUA, *La riforma dell'appello*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 1160, nt. 3), l'oggetto dell'impugnazione potrebbe essere precisamente la valutazione circa l'effettiva ragionevolezza del dubbio: il concetto di "oltre il ragionevole dubbio" è ben diverso da "oltre il minimo dubbio" (cfr. G. ILLUMINATI, *Giudizio,* in AA. VV., *Compendio di procedura penale,* a cura di M. BARGIS, 10ª ed., Cedam, 2020, p. 716), per cui non sarebbe sufficiente ad integrarlo la mera esistenza di una possibile ricostruzione alternativa dei fatti. Nella sentenza Troise, cit., le Sezioni unite avevano tuttavia affermato – peraltro in un *obiter dictum* – che la decisione assolutoria del primo giudice è sempre tale da ingenerare la presenza di un dubbio sul reale fondamento dell'accusa, per cui la sua riforma in appello richiederebbe una «forza persuasiva superiore» della relativa motivazione: ma va detto che si tratta di requisito necessario in qualunque caso, se il giudice d'appello intende contraddire la decisione di primo grado. La sentenza qui in esame, invece, fa riferimento al «rafforzamento della presunzione d'innocenza» determinato dalla decisione assolutoria in primo grado che si fonda sul ragionevole dubbio dell'innocenza dell'imputato.

[7] La violazione sarebbe rilevabile d'ufficio solo che il ricorrente «attacchi il punto della sentenza contenente l'affermazione della responsabilità penale e si dolga di una errata valutazione delle risultanze probatorie», trattandosi appunto di un vizio «che si riverbera sulla motivazione della sentenza» (Sez. un. Dasgupta, cit.). Come è stato osservato, si tratta però di una forzatura, poiché il giudice di legittimità decide sui motivi proposti e non sui punti della decisione (S. TESORIERO, *Luci e ombre della rinnovazione dell'istruttoria in appello per il presunto innocente*, in *Giust. pen.*, 2017, III, c.113).

c[8]*.* La differenza, ove si aderisse a questa conclusione, non sarebbe irrilevante, poiché in tale ipotesi si dovrebbe ritenere che nell'eventuale giudizio di rinvio dopo l'annullamento il giudice possa pronunciarsi solamente a condizione di avere effettivamente rinnovato la prova omessa, e non possa in nessun caso limitarsi a riformulare una motivazione che sia stata ritenuta inadeguata, cadendo così nuovamente nella violazione del diritto di difesa.

Con l'introduzione del comma 3-*bis* nell'art. 603 c.p.p.[9], peraltro, il principio della necessaria rinnovazione del dibattimento è ora codificato, anche se con una formulazione rigida che non risolve tutti i problemi, anzi ne fa sorgere di nuovi[10]. Senza entrare nel merito delle critiche, si può notare, per quel che qui interessa, che non rinnovare la prova dichiarativa nei casi prescritti viene in tal modo a rappresentare l'inosservanza di una precisa disposizione di legge, da ascrivere senza dubbio alle nullità di ordine generale di cui all'art. 178 lett. *c* c.p.p. Anche la Cassazione sembrava ultimamente orientata in questo senso, ciò che porterebbe a concludere che la sentenza di condanna pronunciata in appello dopo l'assoluzione in primo grado possa essere impugnata anche invocando la lettera *c* dell'art. 606 c.p.p.[11]. Tuttavia questa possibile alternativa, sebbene non apertamente sconfessata, nel caso in esame non è stata presa in considerazione.

[8] Considerazioni analoghe in H. BELLUTA-L. LUPARIA, *La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi "formante" delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, fasc. 3, p. 160.

[9] L. 3 giugno 2017, n.103.

[10] Sugli aspetti critici della nuova disciplina introdotta dall'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p. v. M. BARGIS, *Impugnazioni*, in AA. VV., *Compendio di procedura penale*, cit., p. 823 s.; v. anche, fra gli altri, ID., *Riforma in due fasi per la disciplina dell'appello penale*, in *Dir. pen. cont.*, 13 giugno 2018; H. BELLUTA, *sub Art. 603*, in AA.VV. *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. ILLUMINATI E L. GIULIANI, 3ª ed., Cedam 2020, p. 2951 s.; P. BRONZO, *La nuova ipotesi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello,* in AA.VV., *Le recenti riforme in materia penale,* a cura di G.M. BACCARI - C. BONZANO - K. LA REGINA - E.M. MANCUSO, Cedam, 2017, p. 409 s.; A. CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, in AA.VV., *La riforma delle impugnazioni tra incertezze sistematiche e incertezze applicative*, a cura di M. BARGIS - H. BELLUTA, Giappichelli, 2018, p. 53 s.; M. CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative,* in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.,* 2017, n. 3, p. 165 s.; A.A. MARANDOLA, *Prime riflessioni sul "nuovo" giudizio d'appello*, *ivi*, 2018, n. 2, p. 169 s. Prospetta una possibile illegittimità costituzionale, nella parte in cui la norma non riconosce al giudice d'appello il potere di rinnovare d'ufficio l'audizione dell'imputato, F. ZACCHÈ, *Esame dell'imputato condannato per la prima volta in appello*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2021, p. 1619 s.

[11] Sez. un. Pavan, cit.

2. *Tempus regit actum*

Nel principio di diritto formulato dalle Sezioni unite in commento si afferma che la riforma della sentenza di assoluzione non è preclusa nel caso in cui la rinnovazione della prova dichiarativa decisiva sia divenuta impossibile per decesso del dichiarante.

L'ordinanza di rimessione[12] aveva evidenziato un dissenso con il principio di diritto enunciato nella sentenza Dasgupta, secondo il quale, in particolare, anche in caso di impossibilità di rinnovare la prova dichiarativa in appello per irreperibilità, infermità o decesso del soggetto da esaminare, non sarebbe consentito il ribaltamento della sentenza di assoluzione sulla sola base degli atti del giudizio di primo grado. A voler essere precisi, questa affermazione non compare tra i principi di diritto espressamente enunciati nella sentenza Dasgupta: si dovrebbe pertanto concludere che si tratti di un *obiter dictum*, che come tale non andrebbe considerato precedente vincolante[13]. Nell'ordinanza tuttavia non si fa riferimento alla rimessione obbligatoria alle Sezioni unite *ex* art. 618 comma 1-*bis* c.p.p., ma comunque il caso potrebbe rientrare nella rimessione facoltativa (o meglio, discrezionale) prevista dal comma primo.

Riprendendo l'argomento utilizzato nella sentenza d'appello impugnata, la sezione rimettente faceva riferimento al comma 3-*bis* dell'art. 603 c.p.p. come *ius superveniens* che giustificherebbe la soluzione opposta a quella enunciata in Dasgupta. Poiché la nuova norma «non esclude espressamente» l'applicabilità al giudizio d'appello degli artt. 512 e 513 c.p.p., la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale potrebbe concretizzarsi nella semplice lettura degli atti per sopravvenuta impossibilità di ripetizione.

Come rilevano però, giustamente, le Sezioni unite, non è pertinente il richiamo all'art. 512 c.p.p., probabilmente indotto dalla impostazione del ricorso, che si basava sulla prevedibilità – al momento del giudizio d'appello – della mancata partecipazione della dichiarante nel successivo giudizio di rinvio. Il motivo è stato ritenuto manifestamente infondato, considerato che l'imprevedibilità dell'evento richiede un giudizio di "prognosi postuma" che, com'è noto, va riferito al tempo delle indagini.

In ogni caso, si può aggiungere, le norme citate riguardano una situazione completamente diversa e non comparabile, vale a dire l'utilizzazione a fini probatori nel

[12] L'ordinanza di rimessione (Sez. V, 4 giugno 2021, n. 25283) si può leggere in *Sist. pen.*, 4 ottobre 2021.

[13] In argomento v. F.M. DAMOSSO, *Riflessioni organiche sul precedente anglo-americano*, in *Leg. pen.*, 2020, p. 23.

giudizio di primo grado, tramite lettura in dibattimento, degli atti assunti nel corso delle indagini preliminari o dell'udienza preliminare: atti che – fisiologicamente – sarebbero destinati a servire solo per le contestazioni. È vero che l'art. 602 comma 3 c.p.p. prevede anche la lettura, nel dibattimento d'appello, oltre agli atti del giudizio di primo grado, di atti compiuti nelle fasi antecedenti (entro i limiti previsti dagli artt. 511 e seguenti): ma in questa seconda categoria vanno inclusi solo gli atti già inseriti nel fascicolo per il dibattimento, che siano stati acquisiti mediante lettura, e gli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero che, nei casi consentiti dalla legge, siano stati letti per poi confluire nel fascicolo per il dibattimento[14].

Anche ad ammettere, dunque, che in determinate condizioni si possa rivalutare la prova senza ripeterla, il verbale da prendere in considerazione sarebbe esclusivamente quello delle dichiarazioni rese nel dibattimento di primo grado (oltre naturalmente agli ulteriori elementi di riscontro che consentano di apprezzarne l'attendibilità). Nemmeno in sede di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello l'impossibilità sopravvenuta di assumere nuovamente le dichiarazioni potrebbe consentire il recupero dell'atto a suo tempo unilateralmente compiuto nel corso delle indagini, in sostituzione della prova che sia stata formata regolarmente nel contraddittorio delle parti: a meno di non rovesciare il rapporto stabilito dalla legge tra le due fasi, cancellandone la separazione. In altre parole, come dicono le Sezioni unite, le dichiarazioni predibattimentali erano già state "ripetute" nel contraddittorio dibattimentale, mentre alla lettura si può procedere, nei casi previsti dagli artt. 512 e 513 c.p.p., solo quando un esame dibattimentale sia venuto a mancare.

Ciò posto, non sembra comunque si possa dubitare dell'immediata applicabilità al giudizio d'appello dell'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p. in base al principio *tempus regit actum*, che le Sezioni unite trattano diffusamente, passando in rassegna i precedenti in materia, con argomenti senz'altro convincenti.

Non si direbbe tuttavia che la nuova formulazione possa essere, da sola, una ragione sufficiente per privare di fondamento, nella parte che qui interessa, l'interpretazione prospettata dalla sentenza Dasgupta, dal momento che la disposizione si è limitata a codificare (in termini anche troppo generali) proprio l'orientamento inaugurato da questa decisione. Anzi, l'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p. – stando alla lettera – ne ha se mai

[14] Così M. BARGIS, *Impugnazioni*, cit., p. 821.

irrigidito la portata, prescrivendo, almeno apparentemente[15], la rinnovazione obbligatoria e integrale tutte le volte in cui l'appello del pubblico ministero contro un proscioglimento sia fondato su motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa.

Un'interpretazione così ampia, che – come viene osservato nella sentenza in esame – trasformerebbe l'appello, da mezzo di controllo del giudizio di primo grado, in un secondo e diverso accertamento del fatto, è stata opportunamente scartata, anche tenendo conto del progressivo affermarsi, nei precedenti, di letture parzialmente restrittive dell'originario orientamento[16]. Questo assestamento dell'interpretazione fa parte della fisiologica evoluzione della giurisprudenza, ma sicuramente i suddetti svolgimenti del principio, quando non anteriori, risultano indipendenti dall'avvenuta modifica legislativa e non appaiono in alcun modo determinati dalla formulazione letterale del nuovo comma 3-*bis.*

Le Sezioni unite si limitano a constatare che l'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p. «non esclude» il ribaltamento della decisione assolutoria di primo grado nel caso in cui la rinnovazione si riveli impossibile. L'argomento, prospettato come si è detto dall'ordinanza di rimessione e confermato in questi termini, non pare risolutivo. Il silenzio della legge sul punto, anche se può essere sempre colmato in via interpretativa, non è di per sé un motivo sufficiente per consentire qualsiasi deroga alla norma in questione – questa sì testualmente espressa – che impone la rinnovazione.

Ad avviso delle Sezioni unite, negare la possibilità di un ribaltamento della sentenza assolutoria in caso di impossibilità di rinnovazione della prova dichiarativa in appello finirebbe col configurare una vera e propria regola di esclusione probatoria, come tale non applicabile, dal momento che non ce ne sarebbe traccia nel codice. A ben vedere, però, saremmo semmai in presenza di una regola di valutazione della prova, che non impedisce affatto l'utilizzazione nel giudizio d'appello delle dichiarazioni rese in primo grado (come di qualunque altro elemento di prova), ma richiede soltanto che, affinché si possa sconfessare il giudice di primo grado per giungere ad una condanna, tali dichiarazioni siano valutate insieme all'audizione diretta del dichiarante (ciò che fa pensare piuttosto ad un'analogia con l'art. 192 comma 3 c.p.p.).

[15] V. sul punto, anche per ulteriori riferimenti, le osservazioni di F. SANVITALE, *L'art. 603, comma 3*-bis *c.p.p.: la previa intenzione di riformare* in pejus *la sentenza di assoluzione come garanzia dell'imputato*, in *questa rivista*, 2020, p. 2620 s.

[16] In particolare, la sentenza fa affidamento su Sez. unite, 21 dicembre 2017, Troise, cit., intervenuta dopo l'introduzione dell'art. 603 comma 3-*bis*. V. anche la rassegna di P. MESSINI D'AGOSTINI-F. SANVITALE, *Le sezioni unite oltre la Corte di Strasburgo in tema di rinnovazione istruttoria in appello*, in *questa rivista*, 2021, p. 3025 s.

3. Impossibilità della rinnovazione

Come si è accennato, stando alla giurisprudenza della Corte europea, qualora risulti impossibile rinnovare la prova, per esempio - appunto - per morte del testimone[17], è consentito derogare al principio secondo cui una diversa valutazione circa l'attendibilità della dichiarazione resa in primo grado presuppone l'escussione diretta della prova nel giudizio d'appello. In questa evenienza si è ritenuto peraltro necessario che l'accertamento della colpevolezza, in dissenso col giudice di primo grado, trovi una sufficiente giustificazione nella motivazione, e che nel sistema processuale di riferimento esistano idonee garanzie compensative dell'eventuale limitazione del diritto di difesa[18].

Occorre ricordare, come sottolineano anche le Sezioni unite, che il criterio delle garanzie compensative è stato impiegato frequentemente dalla Corte europea, e più in particolare ha fornito l'argomento per la progressiva attenuazione dell'inderogabilità del principio del contraddittorio, in casi nei quali l'accusato non aveva avuto un'occasione adeguata e sufficiente - richiesta dalla stessa Corte in linea di principio - per interrogare o far interrogare i testimoni a carico: è noto che in alcune occasioni si è ritenuta efficacemente controbilanciata, in seguito ad una valutazione di merito nel senso indicato, la supposta violazione dell'art. 6 n. 2 lett. *d* Cedu[19].

Sembra plausibile dunque sostenere che la sentenza di condanna in appello che riformi un proscioglimento sulla base della diversa valutazione di una prova dichiarativa assunta in primo grado e ritenuta decisiva non presupponga la necessaria rinnovazione della prova qualora l'esame non sia più oggettivamente ripetibile. La soluzione sarebbe in linea con gli orientamenti della Corte europea, che come si è detto ammette questa possibilità a condizione che la decisione sia adeguatamente argomentata e che il sistema garantisca in altro modo la tutela processuale del diritto di difesa. Su quest'ultimo requisito, in particolare, stando ai criteri prospettati in via esemplificativa

[17] C. edu, Dan c. Moldavia, cit.

[18] C. edu, Dan c. Moldavia (n. 2), cit.

[19] Il criterio è stato messo a punto dalla Gran Camera con l'adozione, per valutare l'equità complessiva del processo, del cosiddetto "*three steps test*": se l'assenza del testimone fosse giustificata; se la prova fosse unica o determinante per la condanna; se ci fossero sufficienti fattori di bilanciamento, tra cui forti garanzie processuali (C. edu, 15 dicembre 2011, Al Kawaja e Tahery c. Regno Unito; Id., 15 dicembre 2015 Schatschaschwili c. Germania). È stata segnalata la problematicità di tale parametro, verosimilmente troppo vago, che rimette alle giurisdizioni nazionali l'estensione dei. principi convenzionali affermati e riconosciuti. In argomento v., per tutti, M. CAIANIELLO, *You can't always counterbalance what you want*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 25, f. 4, 2017, p. 3 s.; R.E. KOSTORIS, *Per una "grammatica" minima del giudizio di equità processuale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, p. 1675 s.

dalla stessa Corte, il nostro sistema dovrebbe avere le carte in regola: infatti il dichiarante viene sentito oralmente in contraddittorio nel dibattimento di primo grado; nel giudizio d'appello la difesa ha la possibilità di far valere i propri argomenti; la decisione è assoggettabile al controllo di legittimità della Corte di cassazione, che si estende anche alla congruità della motivazione rafforzata.

Manca tuttavia nella normativa interna un riferimento testuale, mentre potrebbe sembrare necessario che le eccezioni siano espressamente previste, ora che il codice prescrive come regola la rinnovazione della prova in appello. Per evitare conseguenze poco ragionevoli, tuttavia, si deve riconoscere l'esistenza di un principio generale in base al quale, come si può dedurre dall'art. 111 comma 5 Cost.[20], l'impossibilità di natura oggettiva, se imprevedibile e – si deve in questo caso aggiungere – incolpevole[21], consenta di derogare all'assunzione diretta della prova, e dunque di pervenire ad una diversa valutazione in base al solo verbale delle dichiarazioni rese in primo grado: sempre che, come garanzia minima, una motivazione rafforzata metta in evidenza gli eventuali errori del primo giudice e sia idonea a confutarli punto per punto. Ed è proprio il richiamo all'art. 111 comma 5 Cost. uno degli argomenti alla base della decisione delle Sezioni unite in commento.

Un punto debole di questa prospettiva potrebbe, però, essere individuato nel fatto che viene elevato a principio generale normativo un criterio che lo stesso art. 111 Cost. configura come eccezionale, e come tale subordinato, stando alla formulazione stessa del comma quinto, ad una espressa previsione della legge ordinaria. Va tuttavia considerato che la norma si riferisce al principio del contraddittorio, mentre l'immediatezza, anche se ne costituisce complemento naturale, non gode in quanto tale di copertura costituzionale: tanto che viene meno legittimamente in tutti i casi in cui la formazione della prova in contraddittorio ha luogo davanti ad un giudice diverso da quello destinato a decidere.

Si può pertanto condividere - in astratto - il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite, secondo cui in caso di impossibilità di rinnovazione della prova per decesso del dichiarante non è preclusa la riforma in appello della sentenza di assoluzione. A condizione, si aggiunge opportunamente, che la motivazione sia rafforzata sulla base di elementi ulteriori che il giudice ha l'onere di ricercare ed eventualmente di acquisire d'ufficio.

[20] Un'indicazione in tal senso in H. BELLUTA-L. LUPARIA, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale fra legge e giurisprudenza: punti fermi… e non*, in *Sist. pen.*, 20 novembre 2019, p. 20.

[21] Cioè, come si dirà, non determinata da negligenza del giudice.

Resta però da stabilire quale sia la conseguenza dell'omissione del nuovo esame nel caso che lo stesso fosse possibile, quando la condanna nel giudizio d'appello sia stata determinata da una diversa valutazione della prova. Come si è avuto modo di anticipare, il più recente orientamento della giurisprudenza[22] sembra riconoscere l'esistenza di una nullità ai sensi dell'art. 178 lett. *c*, per violazione del nuovo comma 3-*bis* dell'art. 603 c.p.p. La Cassazione, in questa evenienza, dovrebbe dunque annullare la sentenza con rinvio al giudice d'appello affinché la prova sia rinnovata, non essendo sufficiente una motivazione rafforzata, dato che il vizio di motivazione sarebbe comunque superato dalla nullità della sentenza e dal conseguente dovere di rinnovare l'atto.

Se poi, come nel caso in oggetto, la rinnovazione della prova sia divenuta oggettivamente impossibile dopo il ribaltamento assolutorio in appello pronunciato senza riassumere la prova rivalutata, si dovrebbe concludere che il giudice di rinvio non possa più pronunciare sentenza di condanna. In caso contrario la violazione di legge dovuta ad una colpevole omissione, causa della nullità della sentenza d'appello impugnata, si ritorcerebbe in danno dell'imputato, privato del diritto alla rinnovazione quando questa era ancora fattibile, e di conseguenza condannato invalidamente – in spregio anche alla presunzione d'innocenza – dato che neppure la motivazione rafforzata sarebbe in questo caso da considerare garanzia sufficiente. Una nuova e più robusta motivazione della condanna in seguito al giudizio di rinvio, sulla base dei medesimi elementi già valutati, non sarebbe idonea a superare la nullità e finirebbe col rappresentare un vero e proprio aggiramento dei principi ripetutamente enunciati dalla giurisprudenza delle Sezioni unite e recepiti dal legislatore del 2017.

Diversa l'ipotesi in cui, come si è detto, l'impossibilità di assumere la prova sia sopravvenuta nel giudizio di appello, anziché nel giudizio di rinvio dopo l'annullamento: in questa situazione, a differenza dalla precedente, il giudice non sarebbe stato materialmente in grado di procedere alla rinnovazione e, senza violare la legge, avrebbe potuto soltanto rivalutare con particolare attenzione la prova assunta nel giudizio di primo grado, sempre nei limiti in cui fosse possibile esporre in motivazione argomenti decisivi per ribaltare la sentenza di assoluzione.

4. Nel caso concreto

La vicenda che ha dato luogo alla rimessione alle Sezioni unite e alla sentenza che

[22] *Supra,* nt. 9.

qui si commenta è in realtà più complicata, in considerazione dei tempi attraverso i quali le sue tappe si sono svolte. I fatti del processo sono del 2014, l'assoluzione da parte della corte d'assise è del 2016 e la sentenza di condanna della corte d'assise d'appello porta la data del 19 aprile 2017: data successiva, dunque, alla sentenza Dasgupta ma anteriore alla modifica dell'art. 603 c.p.p. La prima sezione della Cassazione (13 luglio 2017) aveva annullato con rinvio la sentenza di condanna a causa – insieme ad altri motivi – della rivalutazione meramente cartolare della dichiarazione (determinante) di una coimputata; e infine il giudice di rinvio, con sentenza del 20 marzo 2019, aveva confermato sostanzialmente la condanna, senza poter procedere all'esame della dichiarante, nel frattempo deceduta. Contro questa sentenza era stato proposto il ricorso poi rimesso alle Sezioni unite.

C'è poco da obiettare sull'immediata applicabilità dell'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p. nel giudizio di rinvio in questione, secondo la già menzionata regola del *tempus regit actum*. Come si è sostenuto in precedenza, però, sembra arbitrario dedurne direttamente che si possa estendere a tale giudizio l'intera disciplina codicistica della irripetibilità sopravvenuta (peraltro non innovando, sotto questo profilo, rispetto alla situazione preesistente). Ciò nondimeno, la modifica non resta priva di conseguenze, dal momento che formalizza in un precetto positivo quello che in precedenza era solo un criterio interpretativo giurisprudenziale, per quanto autorevolmente indicato (e, nei limiti dell'art 618 comma 1-*bis* c.p.p., anche vincolante).

Si è già osservato infatti che, a partire dalla introduzione per legge della rinnovazione obbligatoria dell'istruzione dibattimentale, non si può più mettere in dubbio che l'omissione dell'esame del dichiarante rappresenti la violazione di una norma processuale prevista a pena di nullità, e come tale debba essere trattata. Sennonché, al momento della pronuncia della prima sentenza di condanna in appello, la norma, in questi termini, non esisteva ancora, e il vizio, per giurisprudenza costante, veniva assorbito nel difetto di motivazione, non comportando perciò la nullità della sentenza. In seguito all'annullamento con rinvio, pertanto, il giudice, constatata l'impossibilità di rinnovazione, era chiamato a rivalutare l'intero compendio probatorio e poteva ritenersi legittimato a pronunciare anche una condanna in quanto la prova decisiva non era più ripetibile, purché la sentenza fosse sorretta da una motivazione rafforzata.

5. Conclusioni

Si possono pertanto condividere le conclusioni delle Sezioni unite seppur sulla base di argomenti diversi, legati alla successione di norme e agli effetti dell'omissione.

La circostanza che, nel caso di specie, al momento della celebrazione del giudizio di appello, l'art. 603 c.p.p. non fosse stato ancora modificato, incidendo sul tipo di vizio (di motivazione) prospettabile in Cassazione giustifica la decisione del giudice del rinvio che, constatata l'impossibilità di ripetizione della prova, ha potuto condannare nuovamente con una motivazione rafforzata.

Diversamente, invece, si deve concludere per i giudizi d'appello che fossero celebrati dopo l'introduzione del comma 3-*bis*. La condanna del giudice d'appello non preceduta dalla rinnovazione (possibile) determina – come detto in precedenza – un'ipotesi di nullità e perciò, una volta annullata dalla Cassazione, qualora nelle more la ripetizione fosse divenuta impossibile, non potrebbe essere pronunciata nuovamente nel giudizio di rinvio. L'impossibilità di porre rimedio al vizio (riassumendo la prova) dovrebbe orientare il giudice del rinvio per la conferma dell'assoluzione. Quello, insomma, che occorre ribadire con forza è la necessità che la violazione sia adeguatamente sanzionata nel caso in cui l'impossibilità non si sia verificata già nel giudizio d'appello, ma dipenda dal fatto che la prova, non essendo (illegittimamente) stata rinnovata quando ancora si poteva, sia venuta a mancare nel giudizio di rinvio. Sempre sul presupposto, naturalmente, che si tratti di una prova rilevante per la condanna, secondo una ragionevole interpretazione restrittiva dell'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p.

Resta un non detto, probabilmente scontato, ma per abito culturale dei giuristi assai spesso trascurato. È difficile credere che la valutazione di attendibilità delle prove dichiarative in sede di impugnazione possa essere considerata più affidabile imponendo il principio di oralità/immediatezza a cinque anni di distanza dai fatti (e nella fattispecie stiamo parlando di una durata del processo che legalmente può essere ancora considerata "ragionevole"). Anche se il dichiarante è in grado di sottoporsi ad esame, c'è da domandarsi se la prova sia, nella sostanza, davvero ripetibile[23]. Bisogna considerare che la dichiarazione è stata già resa oralmente nel giudizio di primo grado e, se qualcosa dei fatti percepiti è rimasto ancora vivo nella memoria, si tratterà piuttosto della ricostruzione effettuata mentalmente dal dichiarante in quella occasione, che anche se fallace verrà ricalcata e in perfetta buona fede presentata come veritiera[24]. E ancor meno, a distanza di tempo, sarà agevole smascherare chi ha mentito ed è stato

[23] Sul tema v, le considerazioni di G. GIOSTRA, *Occorre cambiare per non rinnegare la scelta di civiltà di trent'anni fa*, in *Pol. dir.*, 2021, f. 4, p. 614 s.

[24] Con la consueta efficacia G. GIOSTRA, *op. cit.*, p. 621: «le risposte date dal teste vanno a sedimentarsi 'silenziosamente' nella sua memoria: dopo la prima, ogni 'testimonianza' rischia di fondarsi sul ricordo non già dei fatti, ma della testimonianza precedente».; v. anche A. CAPONE, *L'appello e la logica del controllo*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 3409.

creduto, avendo superato senza danni l'impatto con l'esame incrociato nel dibattimento di primo grado.

Queste considerazioni non intendono mettere in discussione la necessità che il principio di immediatezza, una volta che sia stato affermato a tutela dei diritti dell'imputato, abbia un'applicazione rigorosa, poiché la sua doverosità va riconosciuta anche nei casi limite. Quello che si può discutere è la razionalità complessiva delle scelte di sistema e la loro efficacia.

Senza tornare sull'eterno problema della durata del processo (nel caso esaminato, come si è detto, tutt'altro che eclatante, ma che assai spesso ha un peso determinante), vale la pena di accennare al dilemma ricorrente ma ancora, come si è potuto constatare, non pienamente risolto, concernente la funzione del giudizio d'appello: se si debba trattare cioè di un mero strumento di controllo dell'operato del giudice di primo grado, o piuttosto di un nuovo giudizio sulla colpevolezza, destinato sì alla valutazione degli atti compiuti ma anche, quando occorre, alla ripetizione dei mezzi di prova. Questa secondo approccio è stato adottato dalla Corte europea, certamente tenendo conto del fatto che nella grande maggioranza degli ordinamenti giuridici degli stati del Consiglio d'Europa le impugnazioni sono così strutturate: rimane però un'ambiguità di fondo, messa in evidenza dalla alternativa prospettata tra riassunzione delle prove (ma solo quelle decisive, ammesso e non concesso che si possa distinguere all'interno di una valutazione globale), nella logica del nuovo giudizio, e motivazione rafforzata, nella logica del controllo.

Più coerente, ma non risolutivo, sarebbe forse configurare l'appello di una sentenza di proscioglimento come giudizio soltanto rescindente, con eventuale celebrazione di un nuovo processo nel merito davanti ad altro giudice. La maggiore controindicazione sarebbe l'appesantimento della procedura e di conseguenza la dilatazione dei tempi, che ci riporta ai dubbi sull'effettiva realizzabilità dell'immediatezza.

Una soluzione più radicale e sicuramente più semplice al problema della condanna in secondo grado sarebbe l'eliminazione dell'appello del pubblico ministero contro le sentenze di proscioglimento. Tale proposta era stata avanzata dalla Commissione Lattanzi, ma alla fine abbandonata nel testo definitivo della riforma Cartabia[25]. Posto che siano superabili gli eventuali dubbi di compatibilità con il noto precedente della Corte

[25] L. 27 settembre 2021, n. 134. La delega in essa contenuta (art. 1) prevede al comma 13 lett. *l* la modifica dell'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p. nel senso che «nel caso di appello contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale sia limitata ai soli casi di prove dichiarative assunte in udienza nel corso del giudizio di primo grado».

costituzionale[26], resterebbe da verificare, in prospettiva, l'opportunità di sottrarre al giudizio di merito i possibili errori nella valutazione delle prove che abbiano condotto a scagionare indebitamente l'imputato[27], limitando il controllo alla motivazione della sentenza di primo grado, con lo strumento del ricorso per cassazione.

[26] Corte cost., 6 febbraio 2007, n. 26. Sul punto, si vedano gli argomenti prospettati nella *Relazione finale* della Commissione Lattanzi, in *Sist. pen.*, 25 maggio 2021, p. 36 s. V. anche M. BARGIS, *Nuovi orizzonti per le impugnazioni penali nello schema di legge delega proposto dalla Commissione ministeriale,* in *Leg. pen.*, 31 maggio 2021, p. 7 s.; M. DANIELE, *La riforma della giustizia penale e il modello perduto,* in *questa rivista,* 2021, p. 3074; P. FERRUA, *La riforma dell'appello*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 1159 s.

[27] Si può peraltro osservare che è un tratto tipico degli ordinamenti degli Stati Uniti d'America l'inammissibilità dell'appello del pubblico ministero contro l'assoluzione, considerato in conflitto con il divieto di *bis in idem* (*double jeopardy*), previsto dalla Costituzione. Cfr. J.H. ISRAEL-W.R. LaFAVE, *Criminal procedure. Constitutional limitations*, 7ª ed., Thomson/West, 2006, p. 536 s.