LA RINNOVAZIONE DELL'ISTRUTTORIA DIBATTIMENTALE FRA LEGGE E GIURISPRUDENZA: PUNTI FERMI… E NON [*]

di Hervé Belluta e Luca Lupária

SOMMARIO: 1. Qualche considerazione introduttiva (e ricostruttiva). – 2. La progressiva mutazione della rinnovazione istruttoria: gli impulsi provenienti da Strasburgo. – 3. L'attuazione interna dei *dicta* europei ad opera della Corte di cassazione. – 4. L'intervento del legislatore: il nuovo comma 3 *bis* dell'art. 603 c.p.p. – 5. La successiva reazione (conforme) giurisprudenziale. – 6. Riflessioni a margine: punti fermi…e non.

1. Qualche considerazione introduttiva (e ricostruttiva).

Tradizionalmente percepita come istituto di natura del tutto eccezionale, la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello ha nel tempo mutato la propria fisionomia funzionale, sino a divenire il perno di una nuova lettura – strutturale non meno che sistematica – del secondo grado di giudizio.

Per cogliere appieno questa sorta di rapida mutazione genetica della rinnovazione occorre tentare, per sommi capi, di ripercorrere le principali vicende che hanno interessato – sotto la vigenza dell'attuale codice di rito penale – l'appello. È ben noto, infatti, come il sistema delle impugnazioni non sia stato oggetto di profondi ripensamenti all'atto del conio del nuovo codice di procedura penale: più concentrati sulla ricostruzione del primo grado di giudizio come momento di contraddittorio vero e pieno, i *conditores* hanno preferito mantenere la struttura delle impugnazioni – e dell'appello in particolare – quale essa si presentava sostanzialmente sotto la vigenza dell'abrogato codice Rocco. Del resto, non v'era chi non vedesse come una distribuzione anche "verticale" delle garanzie processuali – di cui l'appello per consuetudine interpretativa è portatore – non potesse essere d'ostacolo ad una riforma comunque ampia e profonda del genoma del nuovo processo penale.

Seguendo una tal logica, allora, l'appello ha conservato quella natura anfibia che da tempo immemore lo connota: talora esame critico della prima sentenza, secondo il modello della *revisio prioris instantiae*, altrove momento di riedizione di dinamiche probatorie e cognitive tipiche del primo grado, nel solco della struttura del nuovo giudizio.

---

[*] Il contributo è pubblicato in Canzio-Bricchetti (a cura di), *Le impugnazioni penali*, coord. da Marandola, Giuffrè, 2019, pp. 345-371. Sebbene lo scritto sia frutto delle riflessioni comuni dei due Autori, ad Hervé Belluta vanno attribuiti i §§ 2-3-4-5 e a Luca Lupária i §§ 1-6.

Editore Associazione "Progetto giustizia penale" | via Festa del Perdono 7, 20122 Milano
c/o Università degli Studi di Milano, Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria"
redazione@sistemapenale.it

Difficile non riconoscere come la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale si collochi, almeno in chiave sistemica interna al secondo grado di giudizio, sul crinale della configurazione dell'appello come nuovo giudizio, ove l'impegno decisorio del giudice viene preceduto da un'adeguata attività probatoria. Altrettanto indiscutibile, tuttavia, si rivela la generica configurazione dell'appello più come mezzo di controllo della decisione assunta in prime cure, che come *novum iudicium*: per rendersene conto, ove fosse ancora necessario, sarebbe sufficiente annoverare il criterio della devoluzione parziale (art. 597 c.p.p.), la relazione della causa (art. 602 c.p.p.), il principio di completezza dell'attività di primo grado[1], le tipologie di sentenze che concludono il secondo grado (artt. 604 e 605 c.p.p.). Per tale ragione, l'attività istruttoria in appello ha da sempre offerto all'interprete il proprio volto di istituto eccezionale[2], residuale, preferibilmente teso alla novazione della prova più che alla rinnovazione di essa[3]. La differenza, di non poco momento, si lascia apprezzare appena si verifichino le regole di ammissione della prova elencate nei diversi commi dell'art. 603 c.p.p.: non decidibilità allo stato degli atti per la rinnovazione (intesa in senso tecnico come secondo episodio di assunzione istruttoria della medesima fonte di prova) ai sensi del comma 1, legittimità, non superfluità e rilevanza qualora le prove richieste siano sopravvenute o scoperte dopo il primo giudizio. Infine, assoluta necessità per l'intervento d'ufficio del giudice, sulla scia di quanto prevede l'art. 507 c.p.p. per il primo grado.

Sebbene la percezione della rinnovazione come di una «evenienza rarissima» sia stata alimentata da una esegesi dei dati codicistici «che ha circoscritto al giudizio di primo grado la formazione della prova orale», in modo da concentrare sul giudizio di appello la costruzione definitiva della motivazione di merito»[4], la tesi dell'eccezionalità della rinnovazione è stata ampiamente posta in dubbio.

---

[1] Arduo, del resto, non riscontrare una sorta di «osmosi cognitiva che si realizza nel passaggio tra giudizi successivi» (BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie* ex officio, Giappichelli, 2006, p. 210). Benché il quadro normativo sia non di poco mutato, e con esso pure la lettura che la giurisprudenza dominante offre della rinnovazione, un'autorevole e recente pronuncia della Corte di cassazione a Sezioni unite ha confermato come la rinnovazione mantenga i tratti di un istituto di carattere eccezionale: un'affermazione resa possibile proprio dal canone della completezza dell'attività istruttoria di prime cure (Cass. pen., Sez. Un., 17-12-15, Ricci, 266820).

[2] Hanno correttamente fotografato questa realtà normativa CERESA-GASTALDO, voce *Appello, dir. proc. pen.*, in *Enc. dir., Ann.*, III, 2010, p. 30; GAETA – MACCHIA, *L'appello*, in SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, vol. V, *Le impugnazioni*, Utet, 2009, p. 519 s. (ove gli A. si riferiscono alla rinnovazione istruttoria come ad una «anomalia statistica», che assume le sembianze di rimedio contro lo stallo decisorio); PERONI, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, Cedam, 1995, p. 258; TRANCHINA – DI CHIARA, voce *Appello (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir., Agg.*, vol. III, 1999, p. 214. Per una lettura critica di tale assetto cfr. CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo*, II ed., Giappichelli, 2009, p. 102 s.

[3] In questo specifico senso si è anche diretto il progetto di riforma del secondo grado di giudizio propugnato da BARGIS – BELLUTA, *Linee guida per una riforma dell'appello*, in Bargis – Belluta (a cura di), *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, Giappichelli, 2013, p. 283 s., ove si è proposto (direttiva n. 15) di prevedere l'istruzione dibattimentale in appello, su richiesta di parte, «nei casi di omessa assunzione di prove decisive e per l'assunzione di prove sopravvenute o scoperte dopo la chiusura della discussione finale in primo grado», e d'ufficio, «se il giudice la ritiene necessaria ai fini della decisione» (*ivi*, p. 301).

[4] Così, testualmente, BALSAMO, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale*, in Pulvirenti (a cura di), *Le impugnazioni penali dopo la riforma*, Giappichelli, 2018, p. 168.

La prima "spallata" è giunta dalla modifica costituzionale apportata con la legge sul giusto processo: se è vero, si è affermato, che l'art. 111 co. 3º Cost. garantisce all'imputato il diritto di acquisire «ogni altro mezzo di prova a suo favore», allora si dovrebbe fare luogo a rinnovazione ogni qual volta si prospetti anche solo una ricostruzione alternativa a quella confluita nel primo giudizio[5]. In termini ancora più ampi, taluno ha sostenuto che la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale dovrebbe assurgere a momento «istituzionalmente deputato all'esercizio (o al recupero) del diritto alla prova»[6]. Certamente ha colto nel segno chi ha preconizzato come – una volta aggiornato l'orizzonte costituzionale del processo penale – la questione centrale sarebbe dovuta diventare non «tanto quella di stabilire quale spazio riconoscere al contraddittorio nell'appello, bensì quale spazio attribuire all'appello nell'innovata architettura del contraddittorio»[7]; tuttavia, invece di ragionare in senso sistematico, cercando di raccordare la fisionomia del secondo grado di giudizio e quella del primo, ci si è concentrati a ridefinire gli spazi concessi al contraddittorio e all'immediatezza nell'ambito del giudizio di seconde cure[8], progressivamente erodendo le strettoie in cui la rinnovazione era costretta dalla *littera legis*.

Sebbene non abbia avuto un'incidenza diretta in materia di rinnovazione istruttoria, non si deve sottovalutare, in secondo luogo, l'impatto che ha riversato sulla fisionomia del secondo grado di giudizio la riforma del 2006, portata a compimento con la c.d. "Legge Pecorella" e pressoché immediatamente vanificata dai noti interventi della Corte costituzionale[9]. Pur senza addentrarci a scandagliare analiticamente le ragioni che hanno costituito il cemento di quella novella legislativa, pare sufficiente rammentare che la *vulgata* proclamava la difficoltà di preservare e difendere un sistema processuale nel quale un imputato, già prosciolto in prime cure, potesse vedere ribaltato il giudizio sulla propria responsabilità, risultando condannato per la prima volta in appello, sulla scorta di un patrimonio istruttorio immutato e, soprattutto, non percepito in via immediata e orale dal giudice d'appello. Giudice, quest'ultimo, che, radicando il proprio convincimento sull'attività probatoria consegnatagli dal primo grado, avrebbe potuto avere "l'ultima parola" sul merito dell'imputazione senza il supporto del principale metodo di formazione della prova, il contraddittorio. Una situazione, quella appena echeggiata, sulla quale gravava (e grava) poi il concreto pericolo, per la persona imputata, di non poter sottoporre al vaglio di un nuovo e diverso organo giudicante la

---

[5] Questa l'opinione, ad esempio, di F.R. DINACCI, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio di rinvio*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3500 s.

[6] In tal senso, FIORIO, *La prova nuova nel processo penale*, Cedam, 2008, p. 58.

[7] PERONI, *Giusto processo e doppio grado di giurisdizione nel merito*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 722.

[8] Lo chiarisce bene CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, in Bargis – Belluta (a cura di), *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, Giappichelli, 2018, p. 55 s.

[9] A commento v., tra molti, i contributi raccolti in Bargis – Caprioli (a cura di), *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, Giappichelli, 2007. Per una sintetica ricostruzione delle vicende giurisprudenziali che hanno interessato l'art. 593 c.p.p. riformato dalla l. 20 febbraio 2006, n. 46, cfr. BELLUTA, *Commento all'art. 593*, in Conso – Illuminati (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, II ed., Cedam, 2015, p. 2634 s.

prima condanna, proprio perché maturata in appello, cioè l'ultimo grado di giudizio capace di scendere appieno *in merita causae*.

L'opera "restauratrice" della Corte costituzionale non solo ha restituito all'appello le proprie (proteiformi) funzioni, riallocando su pubblico ministero e imputato i rispettivi ambiti di appellabilità soggettiva, ma ha anche riproposto, immutato, agli interpreti il problema di fondo che con la novella si intendeva in certa misura prevenire: la possibilità della prima condanna in appello, a fronte della quale l'imputato si sarebbe trovato (e si trova ancor oggi) nella delicata condizione di dover far convergere ogni doglianza nella stretta cruna del ricorso per cassazione, ove fatalmente si finisce per forzare – estendendolo – il vizio di motivazione sino al punto di farvi confluire qualche riflesso della vicenda in fatto.

Il dibattito seguente, pur non perdendo di vista l'obiettivo principale, rappresentato dal tentativo di contenere il rischio (appena illustrato) della prima condanna in appello, non si è quasi mai spinto sino al punto di proporre un radicale cambiamento di fisionomia funzionale per l'appello. Questa strada, quanto mai impervia, non si può però dire ignota alla dottrina, se è vero che talune proposte in tal senso sono anche state avanzate[10]: riflettendo sull'esigenza di contenere i tempi processuali, dei mezzi di gravame e dell'appello in particolare, si è avanzata l'idea, niente affatto peregrina, di assimilare via via la «disciplina dell'istituto allo schema della critica della decisione», attraverso l'inserimento di motivi tassativi, ove ogni «adempimento istruttorio» si sarebbe potuto focalizzare «sulla fondatezza del vizio denunciato con l'impugnazione», onde far convergere la cognizione del secondo giudice sull'operato del primo. Un mezzo vicino allo «schema della fase tendenzialmente rescindente», ove al momento rescissorio sarebbe nuovamente chiamato il giudice di prime cure[11].

Piuttosto, permanendo la percezione di una improcrastinabilità della riforma delle impugnazioni – all'insegna dell'ambizioso traguardo rappresentato dalla convergenza tra garanzie e risparmio di tempi – il confronto si è concentrato sulla praticabilità di circoscritti interventi di modifica, atti a colmare questa o quella lacuna presenti nella disciplina positiva.

In conformità ad un approccio assai realistico, dunque, con una strategia da *petits pas*, si è giunti nuovamente a porre l'accento sulla necessità di arricchire il patrimonio garantistico di cui l'appello è portatore. Pur senza trascurare del tutto l'incidenza che le impugnazioni hanno sul decorso del tempo del processo, oggi non pare questa la priorità, forti di una duplice consapevolezza: per un verso, le statistiche giudiziarie offrono contezza di un rito penale in cui il numero più consistente di prescrizioni si consuma in fase investigativa; per l'altro, sebbene posticipata nella sua entrata in vigore, giace la riforma della prescrizione, che congela il decorso del tempo – gettando il

---

[10] Per una ricostruzione sintetica in materia, v. BELLUTA, *Prospettive di riforma dell'appello penale: tra modifiche strutturali e microchirurgia normativa*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1059 s. (e ora anche in BARGIS – BELLUTA, *Impugnazioni penali*, cit., p. 235 s.).

[11] Tutte le citazioni testuali sono di PERONI, *Giusto processo e doppio grado*, cit., p. 728, 729, 730.

processo penale e i suoi attori in una dimensione "parallela" a quella reale – dall'emissione della prima pronuncia sino al passaggio in giudicato della sentenza[12].

La sussidiarietà del "problema-tempo" rispetto al tema delle garanzie processuali – che già per natura dei valori coinvolti vede prevalere le seconde sul primo – ha dunque concentrato le riflessioni contemporanee in materia di appello sugli spazi da concedere al contraddittorio, inteso classicamente come insieme di oralità e immediatezza. Questa dinamica, risultante soprattutto da una forte valorizzazione della presa di posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo, traspare anche dalle proposte avanzate dalla c.d. Commissione Canzio[13], le quali, come vedremo, hanno avuto grande risonanza, essendo dapprima veicolate attraverso la giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione, poi fatte proprie dal legislatore, che alla materia in esame ha dedicato l'intervento riformatore culminato nella l. 23 giugno 2017, n. 103.

2. La progressiva mutazione della rinnovazione istruttoria: gli impulsi provenienti da Strasburgo.

Su questo genere di terreno culturale e normativo ha germogliato nel nostro ordinamento interno, con estrema rapidità, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di applicazione dei principi del giusto processo al giudizio di seconde cure.

L'elaborazione pretoria dei giudici dei diritti umani ha indotto ad una riflessione ampia sui margini di formazione della prova in appello, inducendo, in sostanza, ad un totale ripensamento dei primigeni equilibri del secondo grado di giudizio.

Riassumendo una corposa opera esegetica, e con buona dose di approssimazione, potremmo affermare che, nonostante non compaia nel testo della Convenzione europea dei diritti umani un richiamo espresso al principio di immediatezza, ogni qual volta un giudice sia chiamato a pronunciarsi sul merito delle accuse rivolte ad un imputato sarebbe preferibile, in base ai canoni fondamentali del giusto processo, che la prova si formasse in modo orale (e immediato). In realtà, tale linea esegetica della Corte europea conosce varie forme di attenuazione e persino di eccezione, se è vero che talora si è ritenuto sufficiente – rispetto a quanto dispone l'art. 6 § 3 lett. *d* C.e.d.u. – che la persona

---

[12] Il riferimento riguarda la nota l. 9 gennaio 2019, n. 3, il cui art. 1, lett. d), e), f), contenente la disciplina della prescrizione, entrerà in vigore a partire dal 1 gennaio 2020. In particolare, il nuovo art. 159 c. 2 c.p. statuisce che il «corso della prescrizione rimane altresì sospeso dalla pronunzia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o dell'irrevocabilità del decreto di condanna». Per un commento, v. GATTA, *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 21 gennaio 2019.

[13] Ove si proponeva l'introduzione di un c. 4-*bis* nell'art. 603 c.p.p., dal seguente tenore: «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» (l'articolato e la relativa relazione di accompagnamento, con il titolo *Verso una mini-riforma del processo penale: le proposte della Commissione Canzio*, si possono leggere in *Dir. pen. cont.*, 27 ottobre 2014).

accusata abbia avuto un'occasione adeguata e sufficiente per confrontarsi con il proprio accusatore[14].

Declinando questi traguardi interpretativi rispetto al giudizio di secondo grado, è facile avvedersi subito di come la Corte europea sia andata oltre l'idea dell'oralità quale voce del diritto soggettivo dell'imputato a confrontarsi con le fonti d'accusa, svelando un volto in certa misura "oggettivo" della garanzia: il *fair trial* richiederebbe, in altre parole, che ogni *fresh determination of the merits of the charge* fosse supportata da adeguati momenti di formazione della prova, così da permettere al giudice di saggiare senza mediazioni la credibilità delle fonti di prova. Insomma, i giudici di Strasburgo chiariscono che per comprendere come l'art. 6 Cedu operi nei giudizi di impugnazione occorre esaminare la tipologia di processo nel quale l'appello si colloca, rilevando, da un lato, la struttura dell'intera procedura, e, dall'altro, dovendosi comprendere bene quale sia il compito del giudice del gravame. Allorché, dunque, il secondo organo giudicante sia chiamato a riesaminare il caso in fatto e in diritto, avendo il potere di decidere in merito all'innocenza o alla responsabilità penale dell'imputato, non è possibile «*properly determine those issues without a direct assessment of the evidence*»[15].

Se si scende ancora più nel dettaglio, ipotizzando la situazione nella quale al giudice di seconde cure si profili la possibilità di ribaltare il giudizio assolutorio confluito nella prima pronuncia, si attinge al nucleo centrale del ragionamento della Corte di Strasburgo: l'*overturning* da proscioglimento a condanna rischia di configurare una «situazione patologica che incide negativamente sul diritto a un equo processo»[16], se non accompagnato da un'attività istruttoria adeguata[17]. Parimenti, la Corte europea, pur riconoscendovi un valore aggiunto, non considera sufficiente a colmare l'assenza di un nuovo episodio istruttorio, in appello, la presenza di una motivazione rafforzata, spesa dal secondo giudice per giustificare il ribaltamento decisorio, da proscioglimento a condanna[18].

In particolare, poi, ove si tratti di saggiare la credibilità delle fonti orali di prova, già escusse oralmente in primo grado, spetta al giudice di appello rinnovare l'istruzione probatoria, poiché la decisione – soprattutto in casi del genere – è attività troppo delicata

---

[14] In particolare, nel noto caso 15-12-11, Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, la Corte europea ha considerato adeguata la possibilità fornita all'accusato di confrontarsi in sede preliminare e di fronte ad un giudice diverso da quello del merito. Analogamente, in precedenza, v. Corte edu. 20-11-89, Kostovski c. Paesi Bassi.

[15] In questa direzione sono orientate, tra altre, Corte edu, 9-4-2013, Flueras c. Romania; Corte edu, 21-9-2010, Marcos Barrios c. Spagna; Corte edu, 6-7-2004, Dondarini c. San Marino.

[16] Così CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, cit., p. 56.

[17] Così già Corte edu. 18-5-04, Destrehem c. Francia. Da complementare angolo visivo, Corte edu. 24-7-12, D.M.T. e D.K.I. c. Bulgaria, ha considerato violato l'art. 6 § 1 della Convenzione europea, ritenendo però assorbita la mancata assunzione orale dei testimoni in secondo grado nella violazione dell'art. 6 § 3 lett. *a* e *b* Cedu, ove si statuisce il diritto di ogni persona accusata di un reato di disporre del tempo e delle condizioni necessarie a preparare la difesa.

[18] In ogni caso, merita segnalare – sebbene si tratti di un indirizzo ad oggi minoritario – come talora agli occhi della Corte europea sia parsa sufficiente, allo scopo di evitare una violazione dei canoni convenzionali del *fair trial*, una motivazione particolarmente accurata, cioè "rinforzata", in uno con adeguati «*safeguards against arbitrary or unreasonable assessment of evidence or establishment of the facts*» (Corte edu. 24-4-16, Kashlev c. Estonia; Corte edu., 27 giugno 2017, Chiper c. Romania).

e complessa per essere lasciata alla rilettura delle carte: pertanto, affinché la valutazione sull'attendibilità delle dichiarazioni d'accusa – che appaiano decisive – sia davvero affidabile, occorre che il giudice, anche d'ufficio, proceda ad assumere in forma orale i dichiaranti, così da averne una percezione diretta ed immediata[19].

Oralità e immediatezza assurgono, allora, a strumenti dell'attività di giudizio: per giungere ad un *overturning* che condanni l'imputato già assolto, quindi, si impone di provare la sua responsabilità al di là di ogni ragionevole dubbio, rispettando la dinamica di un giudizio che ospiti il contraddittorio nella formazione di ogni prova d'accusa[20].

In conclusione, stante la forza dell'indirizzo consolidatosi in sede europea, era più che plausibile che il nostro ordinamento si sarebbe ben presto messo in moto, così da cercare la soluzione per rendersi in certa misura permeabile a quelle indicazioni (che pure, per molto tempo, hanno riguardato Paesi diversi dall'Italia). Non poteva sfuggire, infatti, come la disciplina della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello potesse prestare il fianco a letture restrittive, sino ad allora legittime, ma via via sempre meno *compliant* con la progressiva colonizzazione della prova in appello auspicata dai giudici della Corte di Strasburgo.

3. L'attuazione interna dei dicta europei ad opera della Corte di cassazione.

Così, cercando di prevenire condanne in sede europea, è stata la Corte di cassazione a farsi primo attore nell'opera di importazione della richiamata giurisprudenza europea.

Riprendendo il punto centrale del ragionamento sopra richiamato, dunque, i giudici di legittimità hanno cominciato a sostenere che, per riformare *in pejus* una sentenza assolutoria, il giudice d'appello deve procedere alla rinnovazione

---

[19] In tal senso, tra altre, Corte edu., 5-3-13, Manolachi c. Romania; Corte edu., 9-4-13, Flueras c. Romania; Corte edu., 4-6-13, Hanu c. Romania (a commento, v. RECCHIONE, *La prova dichiarativa cartolare al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. cont.*, 7 maggio 2013; cfr. altresì EAD., *La rivalutazione in appello della testimonianza "cartolare": la posizione della Corte di Strasburgo e quella della Cassazione a confronto*, *ivi*, 17 giugno 2013); Corte edu., 5-7-2016, Lazu c. Romania.

[20] In questo modo, si compie il passo fondamentale che – agli occhi della Corte edu – lega in maniera pressoché indissolubile la decisone in riforma *in pejus* con i canoni di oralità/immediatezza: Corte edu, 14-6-11, Dan c. Moldavia, in *Arch. pen.*, 2012, p. 349 s. A commento cfr. AIUTI, *L'art. 603 c.p.p. dopo Dan contro Moldavia: un* casebook, in *Giur. it.*, 2016, p. 1002 s.; CAPONE, *Prova in appello: un difficile bilanciamento*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 6, p. 52 s.; ID., *Dopo Dan c. Moldavia. Per un processo di parti nell'appello penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1007 ss.; TESORIERO, *Luci ed ombre della rinnovazione dell'istruttoria in appello per il presunto innocente*, in *Giust. pen.*, 2017, III, p. 79 s.; ID., *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della Cedu*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, n. 3-4, p. 239 s. Da ultimo, in ordine di tempo, la Corte edu ha riaffermato il proprio filone esegetico, condannando quei sistemi nei quali i giudici di appello possano ribaltare *in pejus* la decisione di proscioglimento, rivalutando elementi determinanti per il giudizio senza una nuova escussione delle fonti di prova: in tal senso, cfr. Corte edu, 29-6-17, Lorefice c. Italia (a commento, PRESSACCO, *Una censura ampiamente annunciata: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per il ribaltamento in appello dell'assoluzione senza rinnovazione dell'istruzione dibattimentale*, in *Dir. pen. cont.*, 12 luglio 2017); Corte edu, 28-2-17, Manoli c. Moldavia (con commento di BELLUTA, Overturnig the acquittal *in appello e giusto processo: la Corte europea esige la rinnovazione della prova*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, p. 886 s.).

dell'istruzione dibattimentale, in particolare qualora intenda operare una nuova e diversa valutazione sull'attendibilità di una fonte orale di prova, già giudicata in prime cure non attendibile[21], non rivelandosi sufficiente la pratica della c.d. motivazione rafforzata[22].

Al fine di assumere una chiara posizione a favore dell'orientamento espresso in sede europea, sono – come noto – intervenute le Sezioni unite della Corte di cassazione[23] le quali, travalicando il quesito di diritto che era stato loro sottoposto[24], hanno certificato la presenza di un obbligo, per il giudice di appello, di rinnovare l'istruzione dibattimentale, al fine di riascoltare le fonti di prova decisive per prosciogliere[25], ogni

---

[21] In tal senso, v. già Cass. pen., Sez. IV, 26-2-13, Carboni e a., in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 191 s.; più di recente, v. Cass. pen., 19-11-2015, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1636, con nota di STELLIN, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello: nuove conferme, vecchie ambiguità*. In simili ipotesi, poi, grava sul giudice di secondo grado un rafforzato onere motivazionale: al proposito, v. le riflessioni di DELLA TORRE, *Il lungo cammino della giurisprudenza italiana sull'"oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Dir. pen. cont.*, 20 giugno 2014. Ha comunque espresso critiche a tale indirizzo giurisprudenziale, tra altri, RUBIOLA, *Rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in grado di appello: prove assunte su richiesta di parte o di ufficio dal giudice*, in Bargis (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Giuffrè, 2013, p. 239 s., rilevando come limitare la riassunzione al caso in cui emergano questioni legate all'attendibilità intrinseca della fonte sarebbe eccessivamente restrittivo, dal momento che la formazione della prova dichiarativa nel contraddittorio tra le parti davanti al giudice chiamato a decidere dovrebbe potersi eseguire ogni qual volta si tratti di saggiare «la correttezza della valutazione delle dichiarazioni dei testimoni» (p. 246).

[22] Anche se, come detto (*supra*, nota 19), in seno alla giurisprudenza europea talora affiora questo orientamento, teso a considerare sufficiente, alla luce delle circostanze del processo concreto, che il giudice di appello proceda ad un *overturning* del proscioglimento senza una nuova assunzione di prove, fornendo però una motivazione particolarmente rafforzata del proprio convincimento che richiami gli errori in cui sarebbe incorso il primo giudice, sempre che poi la decisione possa essere ulteriormente controllata al fine di verificare il rispetto di simile obbligo. Così Corte edu, 27-6-17, Chiper c. Romania, cit.; Corte edu, 26-4-16, Kashlev c. Estonia, cit.

[23] Il richiamo è a Cass., Sez. Un., 28-4-16, Dasgupta, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2016, con nota di LORENZETTO, Reformatio in peius *in appello e equo processo (art. 6 Cedu): fisiologia e patologia secondo le Sezioni unite*. Cfr. altresì AIUTI, *Poteri d'ufficio della Cassazione e diritto all'equo processo*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3214; TESORIERO, *Luci e ombre della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello*, cit., c. 79.

[24] Difatti, a fronte del quesito se «sia rilevabile d'ufficio la questione relativa alla violazione dell'art. 6 Cedu per avere il giudice d'appello riformato la sentenza di primo grado sulla base di una diversa valutazione di attendibilità di testimoni di cui non si procede a nuova escussione», le Sezioni unite hanno dato risposta alla differente questione se «nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa ritenuta decisiva, il giudice di appello debba disporre la rinnovazione della istruzione dibattimentale». Come nota correttamente LORENZETTO, Reformatio in peius *in appello*, cit., p. 2, «affiora la sensazione di trovarsi al cospetto di un *decisum* per certi versi *ultra petita*».

[25] In tal modo superando anche il contrasto giurisprudenziale che divideva due posizioni antagoniste della giurisprudenza di legittimità: l'una favorevole alla rinnovazione solo in caso di necessità della verifica sull'attendibilità intrinseca della fonte testimoniale di prova (Cass. pen, Sez. VI, 6-10-2015, Arcone, Rv. 265879; Cass. pen., 26-2-2013, C.M. e M.G., in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 191, con nota di COMI; Cass. pen., 10-10-2012, Andrini, Rv. 254024. In argomento, in chiave critica, v. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello*, cit., p. 249 s.). L'altra, invece, incline a ritenere non necessaria la rinnovazione – al cospetto dei risultati raggiunti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo – in caso di rivalutazione di una testimonianza alla luce degli altri elementi di prova assunti in primo grado (Cass. pen., Sez. V, 16-10-2013, Caracciolo e a., 258945; Cass. pen., Sez. V, 11-1-2013, Cava e a., Rv. 255223; Cass. pen., Sez. IV, 6-12-2012, Bifulco, Rv. 254950). Su questa seconda scia si colloca anche quella giurisprudenza che ritiene

qual volta si profili la possibilità di un ribaltamento del precedente giudizio assolutorio[26].

Per rendere tale obbligo effettivo, sempre le Sezioni unite Dasgupta hanno statuito che la mancata rinnovazione della prova decisiva, a fronte dell'*overturning* da proscioglimento a condanna, costituisce motivo di ricorso per cassazione: nello specifico, si è stabilito che l'imputato potrà ricorrere ai sensi dell'art. 606 co. 1° lett. *e* c.p.p., stante il vizio di motivazione che affiora laddove il giudice d'appello abbia ribaltato l'esito decisorio di primo grado senza riassumere le prove da porre a fondamento della propria decisione.

Le Sezioni unite non hanno dipanato il proprio argomentare ricalcando le battute proposte dalla Corte europea: in estrema sintesi, la focale è stata spostata dal principio di oralità e immediatezza al canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio, quale fondamentale «soglia sopra la quale il giudice può condannare, e sotto la quale deve prosciogliere»[27]. Pertanto, muovendo dal presupposto che l'imputato sia già stato prosciolto in prime cure, occorre fare i conti con tale precedente, rispetto al quale il nuovo giudice – per raggiungere la certezza di poter condannare – deve ordinare la rinnovazione istruttoria. Il perno di tale sistema, allora, deve essere individuato nel criterio decisorio che governa la sentenza di condanna (art. 533 c.p.p.), e non nel metodo (l'oralità) istruttorio: semmai, quest'ultimo assume funzione servente nei riguardi della corretta decisione, la quale si misura proprio con l'orizzonte del dubbio ragionevole.

A tal punto l'ottica delle Sezioni unite ha acquisito una propria originalità, rispetto a quanto affermato dalla Corte europea di Strasburgo, che nel successivo

---

rispettato il principio del dubbio ragionevole qualora il secondo giudice, senza riassumere le fonti orali, condanni attraverso una diversa valutazione di merito sul medesimo compendio probatorio, sottolineando travisamenti in cui sarebbe incorso il primo giudice nel prosciogliere, o dando peso ad elementi in quella sede trascurati (Cass. pen., 9-4-2015, Maricosu, Rv. 263763).

[26] Pare non disutile soffermarsi anche sul concetto di prova decisiva, per quanto sia dato desumere da Cass. pen., Sez. Un., Dasgupta, cit., ove si è affermato come tali siano le prove che «hanno determinato o anche solo contribuito a determinare un esito liberatorio» e che, «se espunte dal complesso del materiale» a disposizione del secondo giudice, «si rivelano potenzialmente idonee a incidere sull'esito del giudizio di appello», nonché quelle «che, ritenute di scarso o nullo valore probatorio dal primo giudice, siano, nella prospettiva dell'appellante, rilevanti, da sole o insieme ad altri elementi di prova, ai fini dell'esito di condanna». In tal modo, a ben guardare, le Sezioni unite mostrano di estendere il concetto di decisività sino a lambire quello di rilevanza, sostanzialmente aprendo le maglie della rinnovazione in appello; del resto, pare difficile negare che «la prova decisiva fonda il convincimento, ma le altre prove sorreggono la convinzione di aver vinto ogni dubbio ragionevole. Solo in questo modo si riduce la possibilità dell'errore – per molti versi fatale – sulla prima condanna in seconde cure» (BELLUTA – LUPÁRIA, *Alla ricerca del vero volto della sentenza Dasgupta*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2017, p. 10). In senso non distante, cfr. quanto sostenuto da DANIELE, *Norme procedurali convenzionali e margine di apprezzamento nazionale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1702. Parimenti, nel senso di una lettura ampia del concetto di prova da riassumere si orienta anche la recente giurisprudenza della Corte edu, ove si richiamano semplicemente, come oggetto del dovere di rinnovazione, le prove di cui occorra verificare l'attendibilità. Nell'ottica dell'*overturning*, allora, la Corte edu sembra estendere il concetto di decisività, per fare proprio il criterio della rilevanza, funzionale a saggiare la *trustworthiness* delle fonti, siano esse persone imputate, vittime o testimoni (Corte edu, 28-2-2017, Manoli c. Moldavia, cit.).

[27] BELLUTA – LUPÁRIA, *La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi "formante" delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3, 2017, p. 156.

intervento in materia si è ribadito che la rinnovazione rappresenta un incombente necessario anche laddove la prima pronuncia di proscioglimento provenga da un rito alternativo nel quale la prova non si forma – di regola – nel rispetto dei canoni dell'oralità, cioè il giudizio abbreviato[28]. Reciso ogni parallelismo tra il metodo istruttorio seguito in prime cure e quello da adottare in appello[29], le Sezioni unite Patalano – dopo aver ricordato come il canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio rappresenti il «criterio "generalissimo" ispiratore della decisione del giudice penale» – hanno confermato che la condizione essenziale per poter procedere al ribaltamento della decisione assolutoria resta la rinnovazione delle prove considerate decisive. Del resto, qualora il ragionamento si fosse fatto gravitare intorno alla necessità di riassumere oralmente una prova in appello sol perché assunta in forma orale in prime cure, si sarebbe dovuto ammettere che la rinnovazione sarebbe risultata un fuor d'opera ogni qual volta in primo grado non si fosse assistito ad episodi di istruzione probatoria orale: circostanza che si verifica proprio nei riti alternativi c.d. "a prova contratta", ma anche – sembra bene ricordarlo – in dibattimento, ad esempio quando le parti concordino l'acquisizione al fascicolo del dibattimento degli atti contenuti nel fascicolo delle indagini preliminari (artt. 431 c. 2, 493 c.3, 500 c. 7, 555 c. 4 c.p.p.)[30].

4. L'intervento del legislatore: il nuovo comma 3 bis dell'art. 603 c.p.p.

La forza delle pronunce della Corte edu, la spinta propulsiva assunta dagli interventi repentini delle Sezioni unite della Corte di cassazione e, forse non ultimo, l'intenso dibattito scientifico sorto intorno al tema della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello hanno favorito una altrettanto rapida presa di posizione del legislatore nazionale.

Chiamato a rimaneggiare, in modo assai ampio, il giudizio di appello, con la l. 23 giugno 2017, n. 103, si è optato per una precisa configurazione del secondo grado di merito: recependo le pressanti sollecitazioni giurisprudenziali, la rinnovazione istruttoria assume sostanzialmente i caratteri della doverosità ogni qual volta l'accusa proponga appello avverso una sentenza di proscioglimento, per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa. Insomma, tra le possibili varianti fisiognomiche dell'appello[31], il legislatore ha optato per quella più estensiva, abbracciando, al

---

[28] Così Cass., Sez. Un., 19-1-17, Patalano, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2672 s., con nota di APRATI, Overturning *sfavorevole in appello e mancanza del riesame*; cfr., volendo, BELLUTA – LUPÁRIA, *Ragionevole dubbio e prima condanna in appello: solo la rinnovazione ci salverà?*, in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2017. Sull'ordinanza di rimessione della questione alle Sezioni unite – e sulle ragioni dei c.d. "resistenti" all'indirizzo espresso dalle Sezioni unite Dasgupta – si rinvia a BELLUTA – LUPÁRIA, *Alla ricerca del vero volto della sentenza Dasgupta*, cit., p. 5 s.

[29] Approccio esegetico fatto proprio, invece, da Cass. pen., Sez. II, 28-10-2016, n. 47015.

[30] Sull'istituto della prova concordata v., volendo, BELLUTA, *Contraddittorio e consenso: metodi alternativi per la formazione della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 126 s.

[31] Per un quadro riassuntivo delle opzioni possibili cfr. BELLUTA, *Prospettive di riforma dell'appello penale*, cit., p. 1059 s.; CANESCHI, *La rinnovazione istruttoria in appello dopo la riforma Orlando: una non soluzione ad un*

presentarsi dei casi appena indicati, l'idea di un secondo giudizio nel quale si ricalchino le battute probatorie tipiche del primo. In altre parole, l'odierno giudizio di secondo grado avverso una pronuncia di proscioglimento si presta molto facilmente a trasformarsi in un "secondo-primo giudizio"[32], parimenti allontanandosi dal modello della *revisio prioris instantiae*.

Non si fatica ad intravvedere, nel nuovo caso di rinnovazione, un'ipotesi obbligatoria[33], che poco margine lascia al giudice in ordine all'eventualità di rinnovare la prova, o no. Difatti, il lessico legislativo impiega il verbo «dispone» all'indicativo; inoltre, collocandosi la nuova previsione dopo il comma 3, dedicato alla rinnovazione d'ufficio, parrebbe indicare al giudice di intervenire, aprendo una parentesi istruttoria, anche in assenza di espressa richiesta di parte. Infine, nella formulazione del testo normativo non compare alcun richiamo ai caratteri che deve presentare la prova da assumersi in appello, la quale pertanto non dovrà necessariamente manifestare i tratti della decisività[34]. Al ricorrere del presupposto codificato – ovvero l'appello promosso dall'accusa avverso il proscioglimento per ragioni attinenti alla valutazione che il primo organo giudicante ha reso della prova a natura dichiarativa – spetterà al giudice disporre la rinnovazione, anche di propria iniziativa[35]. Del resto, pare questo il presupposto "oggettivo" al quale meglio si attaglia il dovere di disporre la rinnovazione; altrimenti ragionando, si finirebbe per consegnare al giudice una discrezionalità che potrebbe ritorcersi contro la sua stessa imparzialità, lasciando presagire la propria intenzione di condannare il prosciolto ogni qual volta si determini per la rinnovazione della prova dichiarativa[36].

Verosimilmente, il pubblico ministero che interponga appello avverso una pronuncia di proscioglimento criticando la valutazione che è stata resa della richiamata tipologia di prove, sarà tanto accorto da accludere all'atto di appello la richiesta di assunzione di quelle prove che intende riascoltare al fine di convincere il secondo giudice della fondatezza delle critiche mosse alla pronuncia appellata, sottolineando come esse incidano sul ragionamento giudiziale criticato. In ogni caso, però, nonostante i nuovi parametri di ammissibilità dell'atto di impugnazione codificati nell'art. 581 c.p.p.[37], tale richiesta non pare indispensabile: «basta che le censure riguardino la

---

problema apparente, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, p. 822 s.; CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, cit., p. 58.

[32] Come efficacemente affermato da DUCOLI, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello dopo la Riforma Orlando: verso un "secondo-primo" giudizio di merito?*, in *Leg. pen.*, 12 dicembre 2017.

[33] Così DE CARO, *L'appello*, in Scalfati (a cura di), *Manuale di procedura penale*, III ed., Giappichelli, 2018, p. 788.

[34] Anche secondo BARGIS, *Le impugnazioni*, in Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, IX ed., Cedam, 2018, p. 933, il nuovo co. 3 *bis* dell'art. 603 c.p.p. «non si riferisce alla prova dichiarativa ritenuta decisiva dal giudice di primo grado, bensì a qualunque prova dichiarativa».

[35] Parla di una rinnovazione *ope judicis* SCALFATI, *Anti-panegirico dell'intervento normativo sulle impugnazioni*, in Pulvirenti (a cura di), *Le impugnazioni penali dopo la riforma*, Giappichelli, 2018, p. 5 s.

[36] Tale pericolo non è sfuggito alle riflessioni di BRONZO, *La nuova ipotesi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello*, in Baccari – Bonzano – La Regina – Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Cedam, 2017, p. 415; CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, cit., p. 64, e di DUCOLI, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello dopo la Riforma Orlando*, cit., p. 9.

[37] In ordine ai quali cfr. BELLUTA, *La rinnovata disciplina della inammissibilità delle impugnazioni*, in *Leg. pen.*, 19

valutazione della prova dichiarativa ed il giudice è tenuto alla riassunzione» trasformando, per un singolare paradosso, una garanzia dell'imputato in un «diritto potestativo del pubblico ministero»[38].

Piuttosto, dovrebbe preoccupare la prospettiva di una costante rinnovazione completa dell'istruzione probatoria di prime cure[39]: difatti, sebbene l'organo d'accusa appelli lamentando solo taluni vizi di motivazione attinenti alle prove dichiarative, la sin troppo generica formulazione legislativa si limita a collegare il dovere di rinnovazione, imposto al giudice, all'appello del pubblico ministero per le ragioni indicate. Per quanto il requisito della decisività della prova da riassumere si prestasse a critiche, avrebbe avuto il merito di circoscrivere assai chiaramente il perimetro della rinnovazione di nuovo conio; allo stato, pare comunque ragionevole concludere che l'obbligo di rinnovazione investa solo quelle prove dichiarative «la cui valutazione da parte del giudice di prime cure viene attaccata» dall'accusa[40].

Da ultimo, pare da condividersi la posizione di chi ha sollevato un dubbio di irragionevolezza della nuova disciplina, la quale – stante l'assenza di un vaglio di ammissibilità *ah hoc* – potrebbe essere considerata obbligatoria pure nell'eventualità in cui il giudice di appello si orienti verso la conferma del proscioglimento: in tal caso, il dispendio di tempo sarebbe secondo soltanto all'assenza di qualsivoglia «esigenza di immediatezza da tutelare»[41].

5. La successiva reazione (conforme) giurisprudenziale.

Alcune delle questioni lasciate fatalmente aperte dall'approvazione dell'innesto legislativo nel corpo dell'art. 603 c.p.p. sembrano trovare composizione nelle prime pronunce, a Sezioni unite, della Corte di cassazione successive alla riforma culminata nel c.d. "primo tempo"[42] della legge Orlando.

In un fluire logico senza sostanziale soluzione di continuità, le Sezioni unite sono state nuovamente investite di una prima questione attinente alla portata operativa della

---

dicembre 2017; CERESA-GASTALDO, *Nuovi (discutibili) profili dell'inammissibilità delle impugnazioni*, in BARGIS – Belluta (a cura di), *La riforma delle impugnazioni*, cit., p. 3 s.; MAGGIO, *Termini, forma e ammissibilità dell'impugnazione. I riflessi strutturali sull'appello*, in Pulvirenti (a cura di), *Le impugnazioni penali dopo la riforma*, cit., p. 75 s.

[38] Testualmente, CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, cit., p. 68. In senso non dissimile v. già BARGIS, *I ritocchi alle modifiche in tema di impugnazioni nel testo del d.d.l. n. 2798 approvato dalla Camera dei deputati*, in *Dir. pen. cont.*, 19 ottobre 2015, p. 6. Anche secondo CANESCHI, *La rinnovazione istruttoria in appello dopo la riforma Orlando*, cit., p. 841, si tratterebbe di un «meccanismo di rinnovazione automatico».

[39] Orientati in tal senso paiono CANESCHI, *La rinnovazione istruttoria in appello dopo la riforma Orlando*, cit., p. 841, e MACCHIA, *Le novità dell'appello: rinnovazione dell'appello, concordato sui motivi*, in *Dir. pen. cont.*, 9 novembre 2017.

[40] Così, in modo del tutto condivisibile, BARGIS, *Le impugnazioni*, cit., p. 934.

[41] Ancora CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, cit., p. 78.

[42] La definizione intende richiamare la l. 103 del 2017, prima, e il d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11, poi, ed è ripresa, *a contrario*, da FONTI, *Interventi e ripercussioni sul ricorso per cassazione nel "secondo tempo" della riforma delle impugnazioni*, in Bargis – Belluta, *La riforma delle impugnazioni*, cit., p. 253 s.

nuova ipotesi di rinnovazione: il dubbio riguardava, nel caso di specie, l'esistenza, o no, del dovere di procedere alla rinnovazione istruttoria in appello quando ad essere impugnata fosse una sentenza di condanna, nella prospettiva di legittimare il proscioglimento in riforma.

Nel rispondere al quesito se «il giudice di appello, investito della impugnazione dell'imputato avverso la sentenza di condanna con cui si deduce la erronea valutazione della prova dichiarativa, possa pervenire alla riforma della decisione impugnata, nel senso della assoluzione, senza procedere alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale mediante l'esame dei soggetti che hanno reso dichiarazioni ritenute decisive ai fini della condanna di primo grado», le Sezioni unite[43] hanno riavvolto il filo delle argomentazioni inaugurate con la sentenza Dasgupta, e poi proseguite con la pronuncia Patalano.

In breve, ribadendo come il cuore del ragionamento intorno all'ipotesi di rinnovazione *de qua* debba rimanere il principio del dubbio ragionevole – il quale, coniugato con la portata garantistica della presunzione di innocenza, impone che il giudice di seconde cure si adegui al «rispetto di un più elevato *standard* argomentativo per la riforma di una sentenza assolutoria» – hanno fatto proprio quell'indirizzo delle Sezioni semplici che, al netto di un dovere di motivazione rafforzata, ha escluso la doverosità della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale al fine di procedere ad una riforma in senso assolutorio della precedente sentenza di condanna[44].

Allo stesso tempo, le Sezioni unite Troise hanno disatteso le argomentazioni spese dall'opposto indirizzo giurisprudenziale[45], secondo il quale sarebbe stato non ragionevole considerare l'obbligo di rinnovazione "a senso unico", dovendosi al contrario far luogo a rinnovazione istruttoria anche nell'inversa ipotesi di riforma *in melius* della prima condanna. Il punto di rottura della coerenza del sistema si sarebbe dovuto ritrovare – secondo questo indirizzo – nel carattere *unfair* di quel processo nel quale il ribaltamento decisorio in appello fosse avvenuto nonostante la mancanza di un'assunzione orale e immediata delle fonti dichiarative di prova. Alla differente conclusione, la Seconda Sezione è potuta giungere impiegando argomenti simili a quelli spesi dalle Sezioni unite Dasgupta e Patalano, ma con differente dosimetria, e soprattutto mettendo al centro del proprio ragionamento, al posto del canone dell'oltre

---

[43] Il richiamo riguarda Cass., Sez. Un., 21-12-17, p.m. in c. Troise (in *Dir. pen. cont.*, 4 maggio 2018, con nota di AIUTI, *Appello della condanna e rinnovazione istruttoria*; cfr. BARGIS, *Riforma in due fasi per la disciplina dell'appello penale*, in *Dir. pen. cont.*, 13 giugno 2018; GALANTINI, *La riassunzione della prova dichiarativa in appello: note a margine di Sezioni unite Troise*, *ivi*, 17 aprile 2018).

[44] Così, tra altre, Cass. pen., 6-4-17, p.m. in c. Lento, Rv. 270721; Cass. pen., 17-2-17, M., Rv. 271110; Cass. pen., 7-6-16, G., Rv. 267931; Cass. pen., 18-11-14, Fu, Rv. 261327; Cass. pen., 24-4-14, Pipino, in *Giur. it.*, 2014, p. 2590, con nota di SPANGHER, *Riforma in appello (proscioglimento vs. condanna) e principio di immediatezza*; cfr. PARLATO, *Ribaltamento della sentenza in appello: occorre rinnovare la prova anche per la riforma di una condanna?*, in *www.archiviopenale.it*, 2015, n. 1, p. 7 s.

[45] Plasticamente rappresentato da Cass. pen., Sez. II, 20-6-17, p.m. in c. Marchetta, in *Dir. pen. cont.*, 19 ottobre 2017, con nota critica di BELLUTA, *Oltre Dasgupta o contro Dasgupta? Alle Sezioni unite decidere se la rinnovazione è obbligatoria anche in caso di* overturning *da condanna a proscioglimento*. In merito, cfr. quanto sostenuto da 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.

ogni ragionevole dubbio, il principio di immediatezza. Così opinando, diveniva prevedibile l'epilogo decisorio: ovvero, «adottare uno statuto probatorio del tutto privo di base logico-sistematica», se si afferma che «il giudice di appello, riformando la decisone di primo grado, può assolvere *ex actis*, ma non può condannare *ex actis*».

In conclusione, nella lettura accolta dalle Sezioni unite Troise, «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 processualmente plausibile per l'assoluzione». Allora, il valore dell'immediatezza si attenua laddove il ragionevole dubbio, come nel caso di appello avverso la prima condanna, non sia posto in discussione, rivelandosi recessivo. Di conseguenza, la «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 dubbio – operante solo *pro reo* e non per le altre parti del processo – sulla valenza delle prove dichiarative»[46].

Al di là del prevedibile esito decisorio[47], la pronuncia si rivela alquanto utile dal momento che circoscrive, offrendone una lettura ragionevole e argomentata, alcuni dei problemi interpretativi ingenerati dal non felicissimo lessico legislativo tradotto nel c. 3 *bis* dell'art. 603 c.p.p.

In particolare, consapevoli dei dubbi gravitanti intorno alle dimensioni reali dell'episodio istruttorio legittimato dal sintagma «dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale», le Sezioni unite Troise hanno chiarito come la nuova disposizione non imponga «affatto di ritenere che il giudice di appello sia obbligato a disporre una rinnovazione generale ed incondizionata dell'attività istruttoria svolta in primo grado». Anzi, l'attività probatoria va «concentrata solo sulla fonte la cui dichiarazione sia oggetto di una specifica censura da parte del pubblico ministero attraverso la richiesta di una nuova valutazione da parte del giudice di appello»; qualora, poi, «a seguito di tale rinnovazione dovesse apparire "assolutamente necessario" lo svolgimento di ulteriore attività istruttoria», il giudice potrà fare ricorso alla «disciplina ordinaria prevista dall'art. 603, comma 3» c.p.p.[48].

---

[46] Tale esito decisorio, comunque, riafferma anche come sul giudice di seconde cure che ribalti una sentenza di condanna in proscioglimento gravi l'onere di «offrire una motivazione puntuale e adeguata della sentenza assolutoria, dando una razionale giustificazione della difforme conclusione adottata rispetto a quella del giudice di primo grado» (§ 8).

[47] Al riguardo, ci eravamo permessi di preconizzare l'epilogo decisionale in LUPÁRIA – BELLUTA, *Ragionevole dubbio ed etica del sistema: quando l'immediatezza non serve?*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 12, p. 92, ritenendo in conclusione che «sebbene l'oralità sia il metodo migliore nella formazione della prova, nessuno nega che essa sia funzionalmente votata al convincimento del giudice: poiché tale convincimento ha come orizzonte il dubbio ragionevole, appare condivisibile l'idea per cui l'oralità in appello si imponga qualora si tratti di superare l'asta rappresentata dal dubbio ragionevole, ma non quando si tratti di starne al di sotto. Sotto il dubbio ragionevole alberga la presunzione d'innocenza, che spetta al giudice di seconde cure riconoscere, non appena maturi un'incertezza sull'esito decisorio di condanna in primo grado».

[48] Identico l'esito interpretativo quando il primo giudizio abbia assunto le forme del rito abbreviato: affermano infatti le Sezioni unite Troise che la «rinuncia al contraddittorio (…) non può riflettersi negativamente sulla giustezza della decisione, né può incidere sulla prioritaria funzione cognitiva del

Nel solco tracciato in prima battuta dalle Sezioni unite Dasgupta, poi, il Supremo Collegio ha tentato di circoscrivere ulteriormente il perimetro di una tale ipotesi di rinnovazione, affermando, in sostanza, come essa si traduca nella «previsione di una nuova, mirata, assunzione di prove dichiarative ritenute dal giudice d'appello "decisive" ai fini dell'accertamento della responsabilità». Del resto, diversamente opinando si finirebbe con l'esporre il giudizio d'appello, e, con esso, l'intero *iter* procedimentale, al rischio di una deriva rispetto al meta-criterio del tempo ragionevole, pur sempre riconosciuto e garantito a livello costituzionale.

Al riguardo, non possiamo esimerci dal rimarcare come tale pregevole tentativo di circoscrivere la capacità espansiva della previsione legislativa potrà incontrare qualche resistenza in giurisprudenza, la quale, di fronte alle richieste dell'accusa, potrebbe concedere ampi margini di rinnovazione, guidata dall'assenza di un chiaro ed espresso limite al numero e alla tipologia di prove da riassumere. Tale conclusione, per quanto non auspicata, sembra altresì favorita dalla circostanza per cui, laddove il legislatore abbia inteso circoscrivere l'attività giurisdizionale entro i confini della decisività della prova, lo ha espressamente detto: paradigmatico il caso dell'art. 606 c. 1 lett. *d* c.p.p., ove la decisività della prova contraria non assunta rappresenta plasticamente l'intento legislativo di costringere la praticabilità di tale caso di ricorso di legittimità entro margini quanto mai angusti.

Uno spunto di riflessione dotato di maggior spessore potrebbe rinvenirsi, semmai, nell'art. 581 c.p.p., a sua volta novellato dalla l. 103 del 2017[49]. Questa previsione, ampiamente rimaneggiata allo scopo (neanche troppo mascherato) di imprimere efficienza alle impugnazioni attraverso un irrigidimento dei varchi di accesso, *id est* una selezione "a monte" delle doglianze, risulta tessera di un mosaico normativo che alle Sezioni unite in parola appare ben chiaro: selezionare con cura (in particolare) gli appelli, affinchè una ragionata deflazione delle impugnative consenta, ove necessario, di compiere tutte quelle attività che il *due process* impone, quale, in primo luogo, una rinnovazione istruttoria funzionale alla giusta decisione. Ad ogni modo, preme sottolineare che i nuovi parametri di ammissibilità – legati al criterio-guida della specificità – dovrebbero riuscire nell'intento di imporre rigore tanto nell'indicazione dei capi e dei punti della sentenza impugnata, quanto, e soprattutto, nella critica delle

processo, il cui eventuale esito di condanna esige, sia nel giudizio ordinario che in quello abbreviato, la prova della responsabilità oltre ogni ragionevole dubbio, poiché oggetto del consenso dell'imputato ai sensi dell'art. 111, quinto comma, Cost. è la rinuncia ad un metodo di accertamento, il contraddittorio nella formazione della prova, non all'accertamento della responsabilità nel rispetto del canone epistemologico attraverso cui si invera il principio stabilito dall'art. 27, secondo comma, Cost.». Un esito esegetico, questo, da ultimo confermato, quanto a conformità rispetto al quadro costituzionale, da Corte cost., n. 124 del 2019, cit., ove tutti i dubbi di legittimità sollevati dalla Corte di appello di Trento, con riguardo all'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p., sono stati ritenuti non fondati: così con riguardo al canone del tempo ragionevole, come rispetto alla previsione delle possibili eccezioni al contraddittorio (art. 111 comma 5 Cost.), in relazione al principio di parità delle parti (art. 111 comma 2 Cost.), nonché, infine, in rapporto all'art. 117 comma 1 Cost. e all'art. 20 della direttiva 2012/29/UE (a commento, volendo, BELLUTA, *Tra legge e giudice: la Corte costituzionale "approva" la nuova fisionomia della rinnovazione probatoria in appello, come interpretata dalle Sezioni unite*, in *Dir. pen. cont.*, 17 giugno 2019).

[49] Per i necessari richiami di dottrina sul tema v., *supra*, nota 38.

risultanze probatorie di prime cure (art. 581 c. 1 lett. *b* c.p.p.), rispetto alla quale si portano al secondo giudice le «richieste, anche istruttorie» (lett. *c*). Certo, come noto il *devolutum* in appello non riguarda le richieste né i motivi che le sostengono, quanto piuttosto «la cognizione del procedimento limitatamente ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti» (art. 597 c. 1 c.p.p.): pertanto, rispettati i parametri di specificità da tradurre nell'atto di appello, qualora il pubblico ministero richiedesse una rinnovazione totale dell'istruzione probatoria svoltasi in prime cure, al giudice potrebbe persino apparire conveniente disporla, così da accrescere le proprie cognizioni sul merito ed evitare parentesi istruttorie d'ufficio. Con buona pace le migliori intenzioni deflative che sempre animano i dibattiti e muovono la mano del legislatore quando si tratti di lavorare sulle impugnazioni.

Da ultimo, il richiamo alla decisività della prova da riassumere va parametrato con quanto hanno chiarito le Sezioni unite Dasgupta al riguardo: tali sarebbero, infatti, le prove che «hanno determinato o anche solo contribuito a determinare un esito liberatorio» e che, «se espunte dal complesso del materiale» a disposizione del secondo giudice, «si rivelano potenzialmente idonee a incidere sull'esito del giudizio di appello», nonché quelle «che, ritenute di scarso o nullo valore probatorio dal primo giudice, siano, nella prospettiva dell'appellante, rilevanti, da sole o insieme ad altri elementi di prova, ai fini dell'esito di condanna»[50]. Insomma, se la posta in gioco è la prima condanna in appello, meglio non dimostrarsi eccessivamente selettivi, a tutto vantaggio del contraddittorio, dell'oralità, dell'immediatezza e, con essi, del superamento di ogni ragionevole dubbio.

Da ultimo, un contributo atto a chiarire la reale portata della novità legislativa giunge dalle Sezioni unite Pavan[51], alle quali è stato chiesto se «la dichiarazione resa dal perito o dal consulente tecnico costituisca o meno prova dichiarativa assimilabile a quella del testimone, rispetto alla quale, se decisiva, il giudice di appello avrebbe l'obbligo di procedere alla rinnovazione dibattimentale, nel caso di riforma della sentenza di assoluzione sulla base di un diverso apprezzamento di essa».

Muovendo da un condivisibile inquadramento processuale delle modalità di formazione della c.d. prova tecnico-scientifica, le quali si incanalano sui binari della perizia (e della consulenza tecnica), e considerato che tali mezzi di prova contemplano, quale momento fondamentale, l'assunzione delle dichiarazioni dell'*expert witness*, le Sezioni unite, riscontrata la «centralità che spesso la perizia assume ai fini della decisione», deducono come sia «la garanzia del contraddittorio che, così come per l'esame del teste (artt. 498-500-514), costituisce l'elemento che caratterizza, dal punto di vista processuale, l'istituto della perizia e che depotenzia l'affermazione secondo la quale il perito – poiché esprime valutazioni "neutre" – non potrebbe essere assimilato al testimone».

---

[50] Al riguardo, v., *supra*, nota 27.

[51] Cass., Sez. Un., 28-1-19, n. 14426, Pavan, in *www.cortedicassazione.it*. Per un commento all'ordinanza di rimessione v. DUCOLI, *Dichiarazioni dell'*expert witness*, overturning e rinnovazione probatoria in appello all'esame delle Sezioni unite*, in *Dir. pen. cont.*, 20 novembre 2018.

Anche in questo caso, l'esito decisorio non stupisce: le stesse Sezioni unite Dasgupta, difatti, avevano affermato che l'obbligo, per il giudice di appello, di procedere alla rinnovazione «non consente distinzioni a seconda della qualità soggettiva del dichiarante», sia esso un testimone (art. 197 c.p.p.), un teste assistito (art. 197 *bis* c.p.p.), un coimputato in procedimento connesso (art. 210 c.p.p.) o nello stesso procedimento (art. 503 c.p.p.), o ancora un soggetto vulnerabile o l'imputato che abbia reso dichiarazioni *de se*[52].

Forse, il maggior pregio di quest'ultima pronuncia a Sezioni unite consiste nell'aver composto, attraverso argomenti ragionevoli e concreti, il contrasto insorto tra le Sezioni semplici – e non ignoto alla dottrina[53] – non tanto sulla natura della perizia quanto sulla sua vocazione funzionale: l'ascrizione della perizia alle prove dichiarative non avviene guardando alla struttura del mezzo di prova, né al contenuto delle dichiarazioni rese, ma alle modalità acquisitive e agli effetti che queste ultime sono in grado di riversare sul convincimento del giudice e, quindi, sulla sentenza. Allora, se per «prova dichiarativa deve intendersi quell'atto comunicativo con il quale un emittente trasmette, attraverso il linguaggio verbale, fatti percettivi o valutazioni di cui sia a conoscenza e che siano rilevanti ai fini della decisione», non rileva il fatto che le dichiarazioni possiedano natura meramente percettiva (come avviene in forza della semplice testimonianza), o valutativa (è il caso del contributo del teste esperto). Dal momento che «l'attenzione va focalizzata non tanto sul contenuto, quanto sull'effetto che le dichiarazioni del perito hanno sulla decisione», risulta esiziale che abbiano assunto il ruolo di dichiarazioni decisive per sciogliere l'alternativa tra proscioglimento e condanna dell'imputato: in tale evenienza, simili prove devono essere riassunte in appello – nel caso di riforma della sentenza di assoluzione in forza di un diverso apprezzamento di esse – per evitare che la decisione conclusiva del secondo grado di giudizio si presti alla critica in sede di legittimità.

Nel contesto di un argomentare condivisibile, tuttavia, qualche margine di critica si profila con riguardo al parallelo ragionamento delle Sezioni unite Pavan, ove affermano che se, «nel giudizio di primo grado, della relazione peritale sia stata data la sola lettura senza esame del perito, il giudice di appello che, su impugnazione del p.m., condanni l'imputato assolto nel giudizio di primo grado, non ha l'obbligo di rinnovare l'istruzione dibattimentale attraverso l'esame del perito».

Riaffiora, qui, quel concetto di parallelismo tra metodi probatori adottati in prime cure e da seguire in appello che è stato oggetto di demolizione, e quindi disconosciuto,

---

[52] Cass., Sez. un., Dasgupta, cit., § 8.3 del considerato in diritto. Per la verità, non appare dissimile nemmeno la giurisprudenza della Corte edu, la quale non stenta a ricomprendere le garanzie tipiche delle prove peritali nella sfera operativa dei principi tipici del giusto processo: cfr. Corte edu, 12-5-16, Poletan e Azirovik c. Macedonia; Corte edu, 27-3-14, Matytsina c. Russia; Corte edu, 5-7-07, Sara Lind c. Islanda).

[53] In merito, cfr., con varietà di accenti, ADORNO, *Perizia (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, III, 2010, p. 885 s.; PAZIENZA, *Prova scientifica e sistema delle impugnazioni*, in Canzio – Lupária (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Cedam, 2017, p. 529 s.; RIVELLO, *Perizia e consulenza tecnica*, *ivi*, p. 294 s.; ID., *La perizia*, in Ferrua – Marzaduri – Spangher (a cura di), *La prova penale*, Giappichelli, 2013, p. 405; VARRASO, *La prova tecnica*, in Spangher (dir. da), *Trattato di procedura penale*, vol. II, tomo 1, UTET, 2009, p. 280.

dalle Sezioni unite Patalano[54], così da fare spazio alla rinnovazione funzionale al ribaltamento decisorio *in pejus* anche laddove il giudizio di prime cure non abbia beneficiato di prove formatesi in modo orale.

Aggiungendo un gradino logico (di troppo?), le attuali Sezioni unite intendono la prova dichiarativa non tanto, o non solo, come il mezzo a contenuto dichiarativo, ma anche e soprattutto quella che tale contenuto abbia effettivamente veicolato nel processo attraverso un esame orale della fonte di prova. Tuttavia, il ragionamento desta riserve nel momento in cui le Sezioni unite prima sostengono che il punto dirimente consiste nell'effetto che la prova dichiarativa riversa sulla decisione, ma poi rettificano, richiedendo uno specifico modo (l'esame orale) attraverso cui tale effetto deve essersi prodotto. Non pare disutile chiosare che forse proprio là dove il contraddittorio sia mancato in prime cure, potrebbe rivelarsi essenziale un episodio di confronto orale in appello.

Sotto altra visuale, merito delle Sezioni unite in esame è stato l'aver fatto un po' di chiarezza in ordine al regime di giustiziabilità del vizio discendente dall'ipotesi di *overturning* del proscioglimento in condanna senza la dovuta parentesi di rinnovazione istruttoria. Come noto, infatti, per volere delle Sezioni unite Dasgupta, la mancata rinnovazione istruttoria ingenera, una volta che l'imputato sia stato condannato *ex actis*, dopo essere stato prosciolto in primo grado, un vizio di motivazione della sentenza d'appello, censurabile in cassazione ai sensi dell'art. 606 lett. *e*) c.p.p.[55], stante la violazione del canone di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

Sul punto, avevamo espresso le nostre perplessità: pur rendendoci conto che la via della motivazione fosse l'unico "contenitore" tanto elastico da rivelarsi adeguato a veicolare alla Corte di cassazione la nuova fattispecie di vizio, e si configurasse come stimolo pretorio reale per i giudici d'appello ad aprirsi alla rinnovazione, non abbiamo potuto non notare come esso si sarebbe meglio configurato quale difetto di contraddittorio, cioè di metodo, prima che di risultato. Infatti, «non è sempre detto che l'*overturning* in appello si presti alla critica in punto motivazione: il costrutto logico-motivazionale della condanna potrebbe non rivelare mancanze, contraddittorietà o illogicità. Semmai, la mancanza riguarda il momento di riassunzione delle prove: sarebbe più una carenza di contraddittorio che un difetto di motivazione»[56].

---

[54] Basti ricordare come l'ordinanza di rimessione della relativa questione alle Sezioni unite (Cass., Sez. II, 28-10-16, n. 47015, cit.) muovesse proprio da tale presupposto: facendo perno sul parallelismo tra primo e secondo grado di giudizio, in chiave di presenza/assenza dell'oralità/immediatezza nella formazione della prova, concludeva come non potesse darsi prova orale in seconde cure che non vi fosse già in primo grado. In quell'ottica sarebbe stato «di troppo, in sostanza, esigere un episodio istruttorio orale in appello quando il giudizio abbreviato abbia prosciolto l'imputato *ex actis*» (BELLUTA-LUPÁRIA, *Alla ricerca del vero volto della sentenza Dasgupta*, cit., p. 6).

[55] Sul punto, in termini critici si è espresso, tra altri, AIUTI, *Poteri d'ufficio della Cassazione e diritto all'equo processo*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3214 s. Ad ogni modo, Cass., Sez. Un., 28.4.2016, Dasgupta, cit., § 11.1 del Considerato in diritto, ha scartato la possibilità di dolersi, di fronte al giudice di legittimità, della sentenza di condanna in riforma, ai sensi dell'art. 606 lett. *c*) c.p.p.

[56] BELLUTA – LUPÁRIA, *La parabola ascendente dell'istruttoria in appello*, cit., p. 160. Analogamente, cfr. BALSAMO, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale*, cit., p. 174; CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, cit., p. 75; CERESA-GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative*, in *Dir.*

Con un distinguo assai articolato, le Sezioni Unite Pavan hanno mantenuto il "vecchio regime" inaugurato dalla pronuncia Dasgupta con riguardo alle sentenze emesse prima della modifica legislativa dell'art. 603 c.p.p.; al contrario, per le sentenze emesse dopo tale intervento, dal momento che è «la legge che stabilisce l'obbligo, per il giudice di appello, di rinnovare l'istruttoria dibattimentale», il mancato rispetto determina «una violazione sostanziale del diritto al contraddittorio e, quindi, del diritto di difesa, sanzionata dalla nullità di ordine generale non assoluta, prevista dal combinato disposto degli artt. 178 lett. c) e 180». In sostanza, si ricalibra la fattispecie, convergendo, non senza ragioni, sul vizio processuale, legittimandosi il ricorso ai sensi dell'art. 606 co. 1° lett. *c* c.p.p.[57].

6. Riflessioni a margine: punti fermi…e non.

Concludendo, appare quanto mai evidente che l'istituto della rinnovazione istruttoria in appello finisce per collocarsi al crocevia di differenti modi di intendere il secondo grado di giudizio e, più in generale, la funzione delle impugnazioni. Si tratta, dunque, di un tema di ampio respiro sistematico, intorno al quale rimane lo spazio per qualche riflessione sulla sostenibilità dell'assetto del secondo grado quale appare oggi.

Sebbene sia chiaro come la giurisprudenza abbia intrapreso un percorso di *self restraint* in ordine alla praticabilità della rinnovazione, pur considerandola sostanzialmente obbligatoria, testimoniato soprattutto dal richiamo costante al dovere di riassumere le fonti di prova ritenute "decisive", la *littera legis* si rivela quanto mai permissiva. Non è facile, allora, sottoscrivere l'opinione di chi, molto autorevolmente, ha affermato come tale nuova ipotesi rinnovatoria non comporti comunque una reale modifica della «funzione dell'appello come mezzo di controllo», proprio perché limitata alla sola prova dichiarativa «la cui valutazione da parte del giudice di prime cure viene attaccata dal pubblico ministero»[58].

Nel recepire, in modo alquanto acritico, i traguardi della giurisprudenza europea (e della Corte di cassazione), il legislatore ha lasciato aperta la porta della rinnovazione

---

pen. cont., 2017, n. 3, p. 167.

[57] In questi termini, Cass., Sez. un., Pavan, cit., § 11 del Considerato in diritto, ove peraltro il supremo Consesso prosegue profilando un'ulteriore distinzione, non poco problematica, quando afferma che qualora «la sentenza di condanna pronunciata in sede di appello, in riforma della sentenza assolutoria di primo grado, sia stata decisa sulla base della sola relazione peritale, acquisita agli atti, senza il previo esame del perito, il ricorso per cassazione – sia che si debba applicare la vecchia che la nuova normativa – può essere proposto solo ai sensi dell'art. 606 lett. *e*) c.p.p., ossia per vizio di motivazione sotto il profilo della mancanza o manifesta illogicità della motivazione come risultante dal testo del provvedimento impugnato e sempre che la prova negata (esame del perito), confrontata con le ragioni addotte a sostegno della decisione, sia di natura tale da poter determinare una diversa conclusione del processo».

[58] BARGIS, *Impugnazioni*, cit., p. 934. L'A., peraltro, prosegue ricordando come «l'eventuale mutamento del panorama probatorio determinato dalla riassunzione della prova dichiarativa potrebbe poi condurre a un ulteriore ampliamento della rinnovazione istruttoria».

in appello senza troppo preoccuparsi dei possibili effetti indesiderati di tale innesto chirurgico.

Ad esempio, appare evidente il pericolo di una forte unidirezionalità della rinnovazione, da disporsi allo scopo di riascoltare le fonti di prova indicate dal pubblico ministero che in prime cure non abbia vista soddisfatta la pretesa accusatoria, ma non nell'ipotesi uguale e contraria, nella quale sia l'imputato condannato a chiedere un nuovo episodio istruttorio orale in appello nel tentativo di convincere il giudice a pronunciare una sentenza di proscioglimento[59]. In tale evenienza, resta inalterato il perimetro della preesistente rinnovazione, con le note difficoltà legate ai diversi criteri di ammissibilità della prova che l'art. 603 c.p.p. elenca ai c. 1, 2 e 3.

L'unico modo per contenere l'espandersi, sino alla irragionevolezza costituzionalmente rilevante, di tale "effetto paradosso"[60] potrebbe essere una complessa opera di valorizzazione della differente attività alla quale è chiamato il giudice dell'appello: «cognitivo-confutatoria nell'impugnazione della condanna, ricostruttiva nell'impugnazione dell'assoluzione»[61].

Da ultimo, ci pare che rimanga aperta la questione relativa al contemperamento tra esigenze di rinnovazione in prospettiva dell'*overturnig* da proscioglimento a condanna, da un lato, e vulnerabilità della fonte di prova, o impossibilità (a causa di morte, infermità o irreperibilità) di riassunzione del dichiarante, dall'altro.

Muovendo da quest'ultimo caso, occorre risalire ancora una volta sino alle Sezioni unite Dasgupta per trovare una prima risposta: vi si affermava che in casi del genere non vi fossero «ragioni per ritenere consentito un ribaltamento del giudizio assolutorio *ex actis*»; immediatamente dopo, però, affidavano al giudice d'appello il compito di verificare la reale consistenza dei presupposti indicati, finendo per ammettere che se le cause impeditive appaiono reali ed effettive, «il giudice (è) legittimato a fondare il proprio convincimento sulle precedenti dichiarazioni»[62]. Non può, difatti, non considerarsi che «se in appello vale il principio del contraddittorio nella formazione della prova (soprattutto quando il proscioglimento rischia di trasformarsi in condanna), trovano applicazione anche le relative eccezioni, elencate all'art. 111 comma 5 Cost.»[63].

Allo stesso modo, nel caso in cui la fonte di prova si riveli particolarmente vulnerabile, tanto da dover essere protetta contro la forza dei metodi istruttori

---

[59] Tale difetto strutturale è stato indicato anche da CANESCHI, *La rinnovazione istruttoria in appello dopo la riforma Orlando*, cit., p. 842.

[60] LUPÁRIA – BELLUTA, *Ragionevole dubbio ed etica del sistema*, cit., p. 92.

[61] Così, testualmente, TESORIERO, *Luci ed ombre della rinnovazione dell'istruttoria in appello*, cit., p. 90; in senso analogo, cfr. BRONZO, *La nuova ipotesi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello*, cit., p. 417.

[62] Cass., Sez. un., 28-4-16, Dasgupta, cit., § 8.6 del considerato in diritto.

[63] BELLUTA – LUPÁRIA, *La parabola ascendente dell'istruttoria in appello*, cit., p. 161.

processuali[64], l'*overturning* dovrebbe risultare impossibile, sempre salva la discrezionalità del giudice di procedere alla rinnovazione con adeguate cautele[65].

Ad ogni modo, benché la costruzione di una simile preclusione appaia ispirata «a un lodevole garantismo», che imporrebbe di considerare preclusa «la rivalutazione *in peius* della prova dichiarativa»[66] non riassunta, il dato testuale offerto dal c. 3 *bis* dell'art. 603 c.p.p. non pare poter impedire un eventuale ribaltamento in assenza di rinnovazione, almeno nel caso in cui essa si riveli impossibile. Del resto, analoga conclusione vale in prime cure ed è recuperabile a norma dell'art. 598 c.p.p., ove si statuisce l'estensione delle norme sul giudizio di primo grado all'appello.

Inoltre, le stesse Sezioni unite Dasgupta, pur fissando «la preclusione di un ribaltamento *ex actis* del giudizio assolutorio», hanno posto nelle mani del giudice «la valutazione circa l'indefettibile necessità di sottoporre il soggetto debole, sia pure con le opportune cautele, a un ulteriore stress al fine di saggiare la fondatezza dell'impugnazione proposta avverso la sentenza assolutoria»[67].

Di fronte al nuovo quadro normativo-giurisprudenziale che riguarda l'appello e, al suo interno, la rinnovazione istruttoria, il giudice pare chiamato ad una *mise en balance* di interessi contrapposti; in assenza di strumenti precisi con cui operare, dovrà contemperare la possibile non decidibilità allo stato degli atti (che lo sospinge verso la riassunzione di fonti di prova già sentite), e il rischio di vedere censurata la propria decisione qualora non riassuma o non motivi adeguatamente il rifiuto di riassumere.

Nei gangli di tale difficoltà operativa, ci pare di dover ribadire quanto già sostenuto: la via più corretta da seguire potrebbe essere quella di «ripetere in appello le regole stabilite per il primo grado: a partire, naturalmente, dall'impiego delle varie modalità protette di audizione disponibili, per arrivare (quando il testimone sia vittima del reato) all'art. 190-*bis* comma 1-*bis* c.p.p., che ha esteso le limitazioni all'ammissione della prova, di cui al comma 1, a tutte le ipotesi nelle quali l'esame testimoniale richiesto riguarda una persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità»[68]. In sostanza, «tra decidibilità allo stato degli atti, limiti alla riedizione di contributi già assunti da fonti deboli e obblighi di rinnovazione in caso di *overturning*, il giudice d'appello dovrà trovare la strada giusta; favorito, almeno in tali ultimi casi, dallo strumento

---

[64] Sull'argomento, in un'ampia letteratura, cfr., volendo, BELLUTA, *Il processo penale di fronte alla vittima particolarmente vulnerabile: aspirazioni (comunitarie) e aporie nazionali*, in *Leg. pen.*, 4 luglio 2016; ILLUMINATI, *La vittima come testimone*, in Lupária (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Cedam 2015, p. 63 s.; PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Torri del vento, 2012, p. 427 s.; PRESUTTI, *Le audizioni protette*, in Bargis – Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Giappichelli, 2017; SCOLETTA – OROMÍ I VALL – LLOVERA, *Il diritto delle vittime alla protezione*, in Armenta Deu – Lupária (a cura di), *Linee guida per la tutela processuale delle vittime vulnerabili*, Giuffrè, 2011, p. 65 s.; SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale*, Cedam, 2014, *passim*.

[65] Così ancora si esprime Cass., Sez. un., 28-4-16, Dasgupta, cit., § 8.6 del considerato in diritto. Occorre, però, segnalare Cass., Sez. II, 26-9-17, P., Rv. 271552, che ha escluso l'obbligo di procedere alla rinnovazione del teste, oggetto di subornazione, le cui dichiarazioni già sono state acquisite a norma dell'art. 500 c. 4 c.p.p., in prime cure.

[66] In questi termini, CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, cit., p. 71.

[67] Cass., Sez. un., 28-4-16, Dasgupta, cit., § 8.6 del considerato in diritto.

[68] BELLUTA – LUPÁRIA, *La parabola ascendente dell'istruttoria in appello*, cit., p. 161.

dell'interpretazione conforme alla direttiva 2012/29/UE, che indica chiaramente come priorità la protezione delle vittime dal processo, inteso sia come apparato giudiziario, sia come sede del confronto con la persona accusata»[69].

Ma questo potrebbe essere l'ennesimo, forse l'ultimo, capitolo della "saga-Dasgupta", che verosimilmente si arricchirà presto di un nuovo intervento a Sezioni unite.

[69] BELLUTA – LUPÁRIA, *La parabola ascendente dell'istruttoria in appello*, cit., p. 161. Ad ogni modo, Corte cost., n. 124 del 2019, cit., ha dichiarato «non (...) fondata la censura formulata con riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 20 della direttiva 2012/29/UE, che prescrive che il numero delle audizioni della vittima sia limitato al minimo» (§ 4.4. del considerato in diritto), ritenendo prevalente il diritto dell'imputato al contraddittorio nella formazione della prova, anche in sede di giudizio di seconde cure.