

SISTEMA DELLE IMPUGNAZIONI E PROFILI DI GARANZIA. IL PASSATO E IL PRESENTE

di Barbara Lavarini

(Professore associato di Diritto processuale penale,
Università degli Studi di Torino)

SOMMARIO: 1. Premessa: da “*Processo e garanzie*” un’importante anticipazione metodologica – 2. L’applicazione di quel metodo nelle recenti “vicende” della rinnovazione istruttoria in appello. – 3. Conclusioni.

1. Non posso non rilevare a mia volta come *Processo e garanzie* di Mario Chiavario sia un testo tutt’altro che obsoleto. Si tratta, al contrario, di un libro precursore rispetto a molti dei problemi che oggi ci toccano da vicino, e, soprattutto, precursore di un *metodo* – quello dell’interazione fra i diversi piani, costituzionale e convenzionale su tutti, in cui trovano riconoscimento le garanzie – che oggi è divenuto fisiologico, e rispetto al quale gli spunti allora forniti restano utili e attuali. Questo vale anche per il tema di cui mi devo più strettamente occupare: la disciplina delle impugnazioni, con particolare riguardo alla tematica della rinnovazione istruttoria a fronte dell’appello del pubblico ministero contro la sentenza di proscioglimento.

Nel capitolo che Mario Chiavario dedica alle impugnazioni, mi ha colpito la premessa, ove si sottolinea la “doppia anima” di queste ultime: strumento di garanzia, indubbiamente, per chi si dolga della pregressa decisione, ma esattamente l’opposto nella prospettiva di chi, al contrario, di quella decisione – assunta all’esito di un processo «debitamente ‘garantito’» – sia pienamente soddisfatto. Di qui l’esigenza di costruire il sistema delle impugnazioni attraverso un attento bilanciamento fra gli interessi in conflitto, contemperando le «impugnazioni come garanzie» con adeguate «garanzie contro le impugnazioni»¹. Mentre nel processo civile – osserva l’Autore – il bilanciamento è facilitato dalla piena simmetria fra gli interessi delle parti², nel processo penale tale operazione è più complessa, dato che il diritto ad un giusto processo – di cui il diritto ad impugnare è strumento, nella prospettiva delle carte internazionali – è un diritto del solo accusato³, sebbene ciò non significhi

¹ Cfr. M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, vol. II, Milano 1984, 221.

² Sulla cui base si può indifferentemente decidere di dare prevalenza, per tutte le parti, alla salvaguardia degli esiti decisori conseguiti in primo grado, oppure al diritto – sempre per tutte le parti – al relativo riesame: cfr. M. Chiavario, *Processo e garanzie*, cit., 222.

³ Il riferimento era, in origine, all’art. 14 n. 5 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. In tempi successivi,

necessariamente proscrivere l'impugnazione del pubblico ministero in danno di costui – tanto più che non vige nel nostro sistema, e non è del resto imposto dalle Carte dei diritti, il divieto di *double jeopardy*⁴ –, ma, piuttosto, trovare un ragionevole equilibrio all'insegna della “parità delle armi”⁵.

2. Passando al più specifico tema dell'*overtuning*, mi pare si tratti di un'ottima “palestra” per verificare come il metodo – a suo tempo suggerito da Mario Chiavario – dell'interazione tra garanzie di fonte diversa, appaia oggi pienamente apprezzabile tanto in se stesso, quanto per i risultati a cui ha condotto, anche e soprattutto in quella prospettiva di bilanciamento – fra l'impugnazione come garanzia dell'accusato e l'esigenza di garantire l'accusato contro le impugnazioni del pubblico ministero – che ho appena ricordato.

Invero, il modo in cui la giurisprudenza nazionale ha tratto spunto da quella convenzionale – secondo cui viola l'art. 6 §§ 1 e 3 lett. d) Cedu la condanna pronunciata per la prima volta in appello in base ad una mera rivalutazione “cartolare” di prove dichiarative assunte in primo grado⁶ – per ridefinire, anche alla luce del quadro costituzionale interno, l'ambito applicativo della rinnovazione istruttoria, ha dato ottimi risultati (fra l'altro meritoriamente “propulsivi” dell'introduzione dell'art. 603 co. 3-bis Cpp ad opera della l. 23.6.2017, n. 103): questo in ragione del fatto che le Sezioni Unite, nelle plurime sentenze sul tema⁷, hanno evitato tanto di “arroccarsi” sulle posizioni precedenti la “scoperta” del *case law* di Strasburgo⁸ – incentrate, come è noto, sulla sufficienza, ai fini della condanna in appello del prosciolto in primo grado,

come è noto, il diritto dell'accusato ad impugnare «la dichiarazione di colpevolezza o la condanna» è stato espressamente sancito anche nel sistema convenzionale, giusta l'art. 2 Prot. 7 Cedu.

⁴ Tale canone, proprio dei paesi anglosassoni e volto a difendere il già prosciolto una volta «da un'alea giudiziaria ripetuta», non corrisponde, infatti, al nostro *ne bis in idem*, né alla “versione” di quest'ultima garanzia accolta dall'art. 14 n. 6 del Patto internazionale e dall'art. 4 Prot. 7 Cedu: cfr. M. Chiavario, *Processo e garanzie*, cit., 237 e 248 ss.

⁵ Cfr. M. Chiavario, *Processo e garanzie*, cit., 223. Molti anni dopo la pubblicazione di “*Processo e garanzie*”, l'esigenza di ragionevole equilibrio fra le posizioni, in materia di appello, dell'imputato e del pubblico ministero, ha rappresentato il fondamento della dichiarazione di incostituzionalità dei rigorosi limiti all'appello delle sentenze di proscioglimento introdotti per l'organo d'accusa dalla l. 20.2.2006, n. 46: è emblematica, in particolare, C. cost., 6.2.2007, n. 26.

⁶ Fra le altre, C.eur., 5.10.2011, *Dan c. Moldavia*; C. eur., 4.6.2013, *Hanu c. Romania*; C. eur., 29.6.2017, *Lorefice c. Italia*. Per il giudice di Strasburgo, in particolare, «quando un giudice di appello è chiamato a esaminare una causa in fatto e in diritto e a studiare nel complesso la questione della colpevolezza o dell'innocenza, non può, per motivi di equità del processo, decidere di tali questioni senza una diretta valutazione dei mezzi di prova».

⁷ Cass. S.U. 28.4.2016, *Dasgupta*, in www.penalecontemporaneo.it, 11.7.2016; Cass. S.U. 28.10.2016, *Patalano*, *ivi*, 9.1.2017; Cass. S.U. 21.12.2017, *Troise*, *ivi*, 17.4.2018.

⁸ Per quanto la questione che ci occupa sia “deflagrata” in Italia a seguito della sentenza *Dan c. Moldavia* del 2011, già da tempo la Corte di Strasburgo aveva espresso analogo orientamento: cfr., ad esempio, C. eur., 27.11.2007, *Popovici c. Moldavia*.

di una “motivazione rafforzata”⁹ –, quanto di recepire la giurisprudenza europea in modo acritico, scegliendo invece – come già rilevato dal Dr. Manzione – di darne una lettura autonoma, che meglio si adattasse alle nostre categorie processuali.

Il ragionamento della Cassazione va in particolare apprezzato, a mio parere, laddove fonda il percorso di “adeguamento convenzionale” sul vizio di motivazione, per violazione della regola *BARD*, che colpirebbe la sentenza d’appello se questa condannasse il già prosciolto sulla base di una rivalutazione “cartolare” di prove dichiarative: ciò sul presupposto che il proscioglimento in primo grado debba indurre nel secondo giudice un “ragionevole dubbio”, a superare il quale non possa prescindersi dalla rinnovazione istruttoria nel rispetto dei principi di oralità, immediatezza e contraddittorio¹⁰. Per le Sezioni Unite, in definitiva, a fronte dell’appello del pubblico ministero contro una sentenza di assoluzione fondata su prove dichiarative, la nuova assunzione di queste ultime «si profila come assolutamente necessaria, ex art. 603 co. 3 Cpp¹¹, per l’esigenza che il convincimento del giudice d’appello, nei casi in cui sia in questione il principio del “ragionevole dubbio”, replichi l’andamento del giudizio di primo grado...»¹².

Nel richiamare la regola di giudizio ex art. 533 co. 1 Cpp, e per suo tramite la presunzione costituzionale di non colpevolezza che ne rappresenta il fondamento, la Cassazione è andata ben oltre la Corte di Strasburgo, nella cui giurisprudenza sull’imprescindibilità del rinnovo, agli effetti dell’*overtuning*, della prova dichiarativa diversamente valutata in primo grado, non mancano sbavature – si pensi alle sentenze *Kashev c. Estonia* e *Chiper c. Romania*¹³ –, né eccezioni – a fronte, ad esempio,

⁹ Cfr., in particolare, Cass. S.U. 12.7.2005, Mannino, in *Leggi d’Italia*, secondo cui «il giudice di appello che riformi totalmente la sentenza di primo grado, sostituendo all’assoluzione l’affermazione di colpevolezza dell’imputato, ha l’obbligo di dimostrarne con rigorosa analisi critica l’incompletezza o l’incoerenza, non essendo altrimenti razionalmente giustificato il rovesciamento della statuizione assolutoria in quella di condanna». In termini più incisivi, dopo che la l. n. 46/2006 ha “positivizzato” nell’art. 533 co. 1 Cpp il canone *BARD*, Cass. 10.7.2012, n. 46847, in *CEDCass*, m. 253718, secondo cui «nel giudizio di appello, per la riforma della sentenza assolutoria non basta, in mancanza di elementi sopravvenuti, una mera e diversa valutazione del materiale probatorio già acquisito in primo grado ed ivi ritenuto inidoneo a giustificare una pronuncia di colpevolezza, che sia caratterizzata da pari o addirittura minore plausibilità rispetto a quella operata dal primo giudice, occorrendo, invece, una forza persuasiva superiore, tale da far venir meno ogni ragionevole dubbio».

¹⁰ Deve darsi conto del fatto che questo percorso interpretativo è invece contestato da una parte della dottrina: fra gli altri, M. Ceresa Gastaldo, *La riforma dell’appello tra malinteso garantismo e spinte deflative*, in *DPenCont* 2017, 167; S. Tesoriero, *Una falsa garanzia: l’obbligatoria attuazione del contraddittorio nel giudizio abbreviato d’appello*, in *CP* 2017, 3675 s.

¹¹ Come noto, è a questa disposizione che faceva riferimento la giurisprudenza di legittimità, prima dell’introduzione dell’art. 603 co. 3-bis Cpp.

¹² Testualmente, Cass. S.U. 28.4.2016, Dasgupta, cit.

¹³ C. eur., 24.4.2016, *Kashev c. Estonia*, ha escluso la violazione dell’art. 6 Cedu in un caso di condanna per la prima volta in appello senza rinnovazione istruttoria, sul presupposto che il ricorrente non ne avesse avanzato richiesta, e d’altra parte il giudice d’appello avesse motivato in termini particolarmente attenti in ordine alla

dell'impossibilità di nuova escussione per ragioni di tutela del diritto al silenzio o per la "vulnerabilità" del dichiarante –, che le Sezioni Unite hanno invece coraggiosamente respinto: è particolarmente chiara, su questo punto, la sentenza Dasgupta, secondo cui, anche nel caso in cui la rinnovazione in appello della prova dichiarativa si riveli impossibile, o inesigibile a tutela del dichiarante vulnerabile, «non sussistono valide ragioni per ritenere inapplicabile la preclusione di un ribaltamento *ex actis* del giudizio assolutorio»¹⁴.

È altresì molto "forte" la logica garantistica espressa dalla sentenza Patalano – di fatto "confermata", dopo l'introduzione dell'art. 603 comma 3-bis c.p.p., dalla Corte costituzionale¹⁵ – secondo cui è ancora il canone del ragionevole dubbio, nel suo rapporto con l'art. 27 co. 2 Cost., ad esigere la nuova assunzione della prova dichiarativa anche nel giudizio abbreviato di appello, e ciò nonostante quella prova – per la peculiarità del rito – avesse, in primo grado, veste soltanto "cartolare". Per le Sezioni Unite, infatti, la pregressa assoluzione elide la simmetria, quanto alle modalità di formazione probatoria, fra le posizioni del giudice di prime e di seconde cure, imponendo – al fine di superare il ragionevole dubbio insito nel proscioglimento – «il ricorso al metodo di assunzione della prova epistemologicamente più affidabile», sebbene l'imputato vi avesse rinunciato attraverso l'opzione per il giudizio speciale. In questo caso, l'interazione fra il piano interno e quello convenzionale delle garanzie spinge la Cassazione oltre il "livello minimo" richiesto per l'adeguamento alla giurisprudenza di Strasburgo, che – come è stato osservato – sembra accontentarsi del fatto che il giudice d'appello, chiamato a decidere se convertire il proscioglimento in condanna, abbia a disposizione un compendio probatorio "non depotenziato" rispetto a quello fondante la decisione assolutoria¹⁶.

Ed è sempre la valorizzazione del canone *BARD* a giustificare, come chiarito dalla sentenza Troise, la limitazione dell'obbligo di rinnovazione istruttoria all'appello del pubblico ministero contro il proscioglimento¹⁷, escludendo che debba procedersi al nuovo esame del dichiarante quando sia invece l'imputato ad appellare la condanna,

diversa valutazione della prova rispetto al giudice di prime cure; in termini analoghi, cfr. C. eur. 27.6.2017, *Chiper c. Romania*.

¹⁴ Testualmente, Cass. S.U. 28.4.2016, Dasgupta, cit., § 8.6 del *Considerato in diritto*.

¹⁵ Il riferimento è a C. cost., 20.3.2019 n. 124, che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale – per violazione degli artt. 111 co. 2 e 5, e 117 Cost. (quest'ultimo in relazione alla direttiva 2012/29/UE) – dell'art. 603 co. 3-bis Cpp nella parte in cui tale disposizione, «così come interpretata dal diritto vivente, nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, obbliga il giudice a disporre la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale anche in caso di giudizio di primo grado celebrato nelle forme del rito abbreviato, e pertanto definito in quella sede "allo stato degli atti" ai sensi degli artt. 438 e seguenti Cpp».

¹⁶ S. Recchione, *Diritto al controllo e canoni per la riforma della sentenza di assoluzione*, in A. Gaito (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma 2016, 570 s.

¹⁷ Limitazione nel frattempo "positivizzata" dall'art. 603 co. 3-bis Cpp

lamentando l'erronea valutazione di dichiarazioni assunte in primo grado (ferma restando, naturalmente, la possibilità del giudice di disporre la riassunzione, se, nell'esercizio della propria discrezionalità, la ritenga assolutamente necessaria): secondo la Corte, infatti, mentre «il ribaltamento in senso assolutorio del giudizio di condanna, operato dal giudice di appello pur senza procedere alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, è perfettamente in linea con la presunzione di innocenza, presidiata dai criteri di giudizio di cui all'art. 533 Cpp, diversamente è da dire nell'ipotesi inversa», rispetto alla quale «è lo stretto collegamento fra la regola del ragionevole dubbio e il principio costituzionale della presunzione di innocenza» ad imporre al giudice di secondo grado «un più elevato *standard* argomentativo per la riforma di una sentenza assolutoria»¹⁸. Ancora una volta la Corte, pur non dimenticando gli spunti forniti dalla giurisprudenza convenzionale – peraltro ambigua, su questo specifico profilo¹⁹ –, si è impegnata nella ricerca di una soluzione propria, improntata non tanto ad una logica di “garanzia a tutti i costi”, quanto al bilanciamento fra i valori in gioco²⁰.

L'apprezzamento per la recente giurisprudenza di legittimità – perfetta interprete, in materia di *overtuning*, del metodo fondato sull'interazione delle garanzie – si affievolisce, tuttavia, ove si guardi all'ultima pronuncia delle Sezioni Unite (sentenza Pavan)²¹. Al di là della condivisibile qualificazione della perizia come prova dichiarativa – con conseguente estensione anche a quest'ultima della nuova disciplina della rinnovazione istruttoria in appello – sono due i profili che non convincono. In

¹⁸ Cass. S.U. 21.12.2017, Troise, cit. In dottrina, sottolinea la «sensibile differenza tra l'appello dell'imputato e quello del pubblico ministero» P. Ferrua, *La prova nel processo penale*², Torino 2017, 283: «mentre la conversione di una condanna in assoluzione può realizzarsi con un'attività essenzialmente demolitiva, la conversione di un'assoluzione in condanna implica un'attività costruttiva per la quale è più che mai importante il rapporto diretto con le fonti di prova».

¹⁹ È la stessa Cassazione a sottolineare come la giurisprudenza di Strasburgo faccia leva sull'esigenza di riassumere la prova orale nel caso in cui al giudice del gravame si chieda di rivalutare le questioni relative alla colpevolezza o all'innocenza dell'imputato – ciò che di per sé accade anche a fronte dell'appello di quest'ultimo contro una sentenza di condanna –, ma come, tuttavia, la gran parte della casistica europea verta sulla «prospettiva del ribaltamento dell'esito assolutorio in condanna». Non manca, peraltro, un pur remoto precedente in cui l'art. 6 Cedu è stato ritenuto violato a fronte della mancata riassunzione di prove testimoniali a seguito dell'appello dell'imputato contro una sentenza di condanna: cfr. C. eur. 26.5.1988, *Ekbatani c. Svezia*. Sul tema, ampiamente, V. Aiuti, *Appello della condanna e rinnovazione istruttoria*, in www.penalecontemporaneo.it, 4.5.2018, 42 ss.

²⁰ Come rilevavano H. Belluta - L. Luparia, *Ragionevole dubbio ed etica del sistema: quando l'immediatezza non serve?*, in www.penalecontemporaneo.it, 18.12.2017, 92 – anticipando un argomento poi speso dalle Sezioni Unite – «se la rinnovazione istruttoria diventasse la regola, anche per prosciogliere», pur restaurandosi il «formale equilibrio...rispetto alla previsione dell'art. 603 comma 3-bis», l'appello finirebbe per trasformarsi «in un secondo-primo giudizio, con buona pace non solo degli intenti efficientistici generalmente sottesi alle macchine processuali, ma anche della sua stessa vocazione funzionale, stravolta dall'ansia di una innaturale riedizione del primo grado».

²¹ Cass. S.U. 28.1.2019, Pavan, in www.cortedicassazione.it.

primo luogo la Cassazione, allontanandosi dalla pregressa valorizzazione della regola *BARD*, afferma che, dopo l'introduzione dell'art. 603 co. 3-bis c.p.p., la sentenza di appello, che condanni il già prosciolto senza rinnovazione istruttoria, non è più affetta da un vizio di motivazione fondato sull'inosservanza di detta regola, bensì da una violazione di legge fonte di nullità intermedia ex artt. 178 lett. c) e 180 Cpp, «conseguendone che il ricorrente dovrà impugnare la sentenza ai sensi dell'art. 606 lett. c)». Questo inquadramento – sia pure giustificato, alla luce del nuovo dato testuale – rischia però di essere riduttivo. *Quid*, infatti, se quella nullità – peraltro suscettibile delle ordinarie sanatorie – non fosse tempestivamente dedotta col ricorso per cassazione, pure esperito ammissibilmente per vizi motivazionali? La Corte di legittimità si vedrebbe forse precluso l'annullamento, nonostante il proscioglimento in primo grado – come affermato dalla precedente giurisprudenza – induca un ragionevole dubbio, insuperabile senza rinnovazione istruttoria? Una siffatta lettura non convince, e finirebbe paradossalmente per depotenziare il significato garantistico della specifica disposizione di recente introdotta, rispetto a quel diritto vivente che ne ha rappresentato il fattore propulsivo²².

Una seconda riserva nasce dall'esclusione dell'obbligo di rinnovazione dell'esame peritale quando questo non abbia avuto luogo nel giudizio di primo grado, perché le parti si sono accordate sull'acquisizione della sola relazione scritta. Sebbene la Corte lo neghi espressamente, infatti, il ragionamento non pare coerente con quello seguito, dalle stesse Sezioni Unite, in tema di giudizio abbreviato²³.

3. In conclusione, e pur prendendo atto di qualche chiaroscuro, mi pare possa affermarsi che la nostra giurisprudenza, consapevole della necessaria interazione tra

²² Sia pure in una diversa prospettiva, la riduzione della portata garantistica della rinnovazione istruttoria, a seguito della positivizzazione del relativo obbligo alle condizioni e nei limiti di cui all'art. 603 co. 3-bis Cpp, è sottolineata da A. Capone, *La riassunzione delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello*, in www.penalecontemporaneo.it, 9.10.2018, 8 s.

²³ Le Sezioni Unite negano il contrasto col principio di diritto affermato nella sentenza Patalano sul presupposto che, nella situazione oggetto di tale sentenza, la rinnovazione abbia ad oggetto «la verbalizzazione di dichiarazioni rese da persone informate sui fatti nel corso delle indagini preliminari e, quindi, sostanzialmente, di informazioni veicolate nel processo pur sempre a mezzo del linguaggio verbale e che, al momento della decisione, vengono valutate dal giudice di primo grado in senso assolutorio e, dal giudice di appello, in senso accusatorio». Sarebbe invece diversa la situazione in cui, a seguito della concorde rinuncia delle parti all'esame del perito, non vi sia alcuna 'dichiarazione' del medesimo, «ma solo una relazione da questi scritta sui quesiti assegnatigli e sulla quale il contraddittorio si attiva solo cartolarmente attraverso il deposito di eventuali memorie tecniche di parte». Per la Corte, in tale situazione «il giudice di appello non può che decidere basandosi su quella prova *ab origine* cartolare, acquisita come tale nel processo per volontà delle stesse parti e sulla quale il contraddittorio si è svolto solo cartolarmente...»: la distinzione appare invero artificiosa, tenuto conto che, nell'uno e nell'altro caso, una prova di natura dichiarativa è stata immessa nel processo – e valutata dal giudice di prime cure – in forma “cartolare” per effetto del consenso delle parti.

le garanzie di fonte interna e quelle di matrice convenzionale, ma giustamente attenta a trovare canali “autonomi” di recepimento delle seconde – in piena sintonia, del resto, con la dottrina del “margine di apprezzamento” –, abbia raggiunto, sul tema qui di interesse, ottimi risultati. Fra l’altro, la necessaria rinnovazione della prova dichiarativa, quando la diversa valutazione di quest’ultima rispetto al giudizio di primo grado sia alla base dell’appello del pubblico ministero contro la sentenza di proscioglimento, sembra potersi valorizzare anche su un piano più generale: in tale previsione si può infatti ravvisare una sorta di “condizione di equilibrio” fra la scelta di lasciare al pubblico ministero la legittimazione ad appellare la sentenza di proscioglimento – da tempo e da più parti messa in discussione – e il diritto dell’imputato a non incorrere nel ribaltamento della decisione assolutoria, assunta nel pieno rispetto di tutti i canoni del *fair trial*, all’esito di un processo meno garantito²⁴. Ciò ad evitare – come rilevava Mario Chiavario molti anni fa – che attraverso il meccanismo dell’impugnazione «possa ribaltarsi in modo scorretto un risultato processuale ottenuto attraverso un corretto processo di primo grado»²⁵.

²⁴ Cfr., apertamente in questi termini, Cass. S.U. 28.4.2016, Dasgupta, cit., secondo cui «l’ampia facoltà di appello del pubblico ministero contro le sentenze di proscioglimento, ripristinata dalla Corte cost. con la sentenza n. 26 del 2007...implica di per sé quale contrappeso, proprio per le esigenze di coerenza con il modello accusatorio...che la difesa sia messa in grado di contrastare i rilievi critici dell’ufficio appellante sulla portata probatoria delle fonti dichiarative dimostrandone eventualmente la infondatezza proprio attraverso la viva voce dei soggetti le cui dichiarazioni, secondo l’assunto della parte pubblica, sarebbero state male interpretate o non ben valorizzate dal primo giudice».

²⁵ M. Chiavario, *Processo e garanzie*, cit., 234.