

# SP

SISTEMA  
PENALE

FASCICOLO

6/2020

**COMITATO EDITORIALE** Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

**COMITATO SCIENTIFICO** Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

**REDAZIONE** Francesco Lazzeri (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

*Sistema penale* (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

**Peer review** I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

**Modalità di citazione** Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2020, p. 5 ss.

## IL PROCESSO A STATUTO PROBATORIO VARIABILE: LA RINNOVAZIONE IN APPELLO DELLA PROVA SCIENTIFICA

di Sandra Recchione

*In un tempo sospeso come quello della pandemia, dove l'eccezione prevale sulla regola, lo sguardo resta attratto (pervicacemente, forse per istinto di sopravvivenza) dalle norme ordinarie, che si osservano finalmente in prospettiva, approfittando della bolla anomala, che consente di seguire i flussi interpretativi, senza esserne investiti.*

*Guardando con visione "aerea" le regole del processo si osservano importanti mutazioni geniche: al potenziamento dei poteri "investigativi" del pubblico ministero, (si pensi alla disciplina delle intercettazioni) si associa il depotenziamento delle sue prerogative "processuali". Visibile dalla contrazione dei poteri di impugnazione, ma soprattutto dalla assegnazione di uno statuto probatorio deprivato al processo che si sviluppa attraverso un overturning assolutorio.*

*La legittimazione di obblighi di rinnovazione a geometria variabile che diversificano lo statuto probatorio, a seconda che in grado di appello si preveda un ribaltamento sfavorevole all'imputato, piuttosto che assolutorio, produce una disparità che potrebbe sconfinare nella irragionevolezza.*

*Analizzando il nuovo statuto della rinnovazione si colgono, inoltre, inedite sovrapposizioni tra prova scientifica e prova dichiarativa, che sono state assimilate sulla base della valorizzazione di una emergenza di imprevedibile rilevanza, ovvero il fatto che entrambe possono essere veicolate attraverso il "linguaggio verbale": l'approdo ermeneutico si traduce in una perimetrazione innovativa della prova dichiarativa, a tratti stridente con le ontologiche differenze tra testimonianza e perizia.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La rinnovazione dell'esame del perito. – 2.1. L'inedita definizione della prova dichiarativa come quella che "si raccoglie attraverso il linguaggio verbale". – 2.2. L'oggetto della prova: le "valutazioni" e le percezioni. – 2.3. Le modalità di acquisizione della prova scientifica e della testimonianza. – 2.4. La (differente) valutazione della prova dichiarativa e di quella scientifica. – 3. Le ragioni della rinnovazione in appello della prova dichiarativa decisiva. – 3.1. Le matrici sovralegislative dell'obbligo di rinnovazione. – 3.2. Il "contenimento" dell'obbligo di rinnovazione effettuato dalla Cassazione. – 3.3. La ratio dell'obbligo di rinnovazione dibattimentale della testimonianza. – 4. La perizia "prova neutra". – 5. Le sovrapposizioni "reali" tra prova dichiarativa e prova scientifica: le dichiarazioni sui dati acquisibili da chiunque e quelle sui dati scientifici incontestati. – 6. La prova scientifica cartolare: la rinuncia all'esame del perito e l'acquisizione consensuale dell'elaborato peritale. – 7. Lo stato dell'arte: il processo penale asimmetrico. – 7.1. Asimmetrie valutative e probatorie: il processo ad approfondimento istruttorio variabile. – 7.2. Le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza convenzionale. – 7.3. Statuto probatorio variabile e rinuncia al contraddittorio. – 7.4. Prospettive.

## 1. Premessa.

In un tempo sospeso, come quello della pandemia, quando l'eccezione prevale sulla regola, lo sguardo resta attratto (pervicacemente, forse per istinto di sopravvivenza) dalle norme ordinarie, che si osservano finalmente in prospettiva, approfittando della bolla anomala che consente di seguire i flussi interpretativi, senza esserne investiti.

Ci si accorge allora che il volto del processo penale presenta un profilo percettibilmente modificato rispetto all'originario progetto accusatorio.

Al potenziamento dei poteri "investigativi" del pubblico ministero, reso visibile dall'ampliamento della possibilità di utilizzare le intercettazioni, si associa il depotenziamento delle prerogative "processuali", reso evidente sia dalla contrazione dei poteri di impugnazione<sup>1</sup>, sia dalla legittimazione dell'appello a statuto probatorio variabile: ad alto approfondimento istruttorio, se si impugna una assoluzione, a base cartolare, se si impugna una condanna.

Il tutto (sembra) sostenuto da una innovativa confidenza nella legittimità della decisione di primo grado che, se assolutoria, inserisce il processo in un binario "speciale", assegnandogli uno statuto probatorio aggravato, caratterizzato dall'"obbligo" di rinnovare la prova dichiarativa.

Il nucleo della mutazione genica si trova oltre il primo grado di giudizio, ancora immune da asimmetrie e caratterizzato da un assetto pienamente paritario e si rinviene nel giudizio di appello; segnatamente, nelle regole che governano la rinnovazione obbligatoria della prova "dichiarativa".

Il secondo grado fisiologicamente "cartolare" si trasforma in un processo a prova "orale". Non sempre tuttavia, ma solo nel caso in cui sia impugnata una assoluzione.

Nasce così il processo a statuto probatorio variabile, giustificato dall'esigenza di proteggere l'imputato da condanne ingiuste attraverso un giudizio nutrito dalla linfa della percezione diretta della testimonianza che conduca ad una motivazione rafforzata non solo negli argomenti, ma anche nelle prove.

Tuttavia, il nesso tra il rafforzamento della base probatoria ed il superamento del dubbio non rassicura definitivamente sulla razionalità del doppio binario probatorio, che si profila di incerta compatibilità con il progetto costituzionale, costruito sull'asse logico del confronto delle parti sulle "stesse" prove.

Ancora: addentrandosi nello statuto della rinnovazione si colgono inedite sovrapposizioni tra prova scientifica e dichiarativa, che sono state assimilate sulla base della valorizzazione di una emergenza di imprevedibile rilevanza: il fatto che entrambe possono essere veicolate nel processo attraverso il "linguaggio verbale"<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Al pubblico ministero è impedito l'appello sul trattamento sanzionatorio definito dalle sentenze di condanna (art. 593 comma 1 c.p.p.), l'appello incidentale (art. 595 c.p.p.) e il ricorso per cassazione per vizio di motivazione nei confronti della doppia conforme assolutoria (art. 608, comma 1-bis c.p.p.).

<sup>2</sup> Sez. Un., n. 14426, 28/01/2019 – dep. 02/04/2019, Pavan Devis, Rv. 275112.

## 2. La rinnovazione dell'esame del perito.

Le Sezioni unite hanno affermato che le dichiarazioni rese dal perito o dal consulente tecnico nel corso del dibattimento, poiché veicolate a mezzo del “linguaggio verbale”, costituiscono “prove dichiarative”, sicché in appello sussiste l'obbligo di procedere alla rinnovazione dell'esame del perito o del consulente, ove decisivi; l'obbligo non c'è, invece, quando si acquisisce la relazione rinunciando all'esame poiché, in questo caso, difetterebbe la natura dichiarativa della prova, che nascendo su carta non è mai veicolata attraverso l'eloquio<sup>3</sup>.

Secondo l'interpretazione offerta dalle Sezioni Unite tutti coloro che veicolano informazioni attraverso il linguaggio verbale sarebbero “testimoni” indipendentemente dal fatto che introducano nel processo valutazioni tecnico-scientifiche o, piuttosto, riportino dati acquisiti attraverso la percezione sensoriale<sup>4</sup>.

Si tratta di un approdo ermeneutico innovativo che opera una classificazione semplificatoria della prova dichiarativa a tratti stridente con le ontologiche differenze tra testimonianza e prova scientifica<sup>5</sup>. Diversità stigmatizzate anche dalla Corte Edu che ha affermato che «*witnesses and experts play a different role in proceedings and have a different status. The latter cannot be fully associated with “witnesses”, at least not for all purposes (see Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia, nos. 11082/06 and 13772/05, § 711, 25 July 2013)*»<sup>6</sup>.

2.1. *L'inedita definizione della prova dichiarativa come quella che “si raccoglie attraverso il linguaggio verbale”.*

L'assimilazione dell'esame peritale alla testimonianza non tiene conto delle differenze di struttura e funzione tra prova scientifica e dichiarativa.

Diversa è la finalità: mentre la prova dichiarativa è diretta a riversare nel processo dati percepiti (di regola) in ambiente extraprocessuale, quella scientifica serve a veicolare elementi di conoscenza non “acquisibili” o “valutabili” con le sole competenze giuridiche.

<sup>3</sup> Sez. Un., n. 14426, 28/01/2019, cit.

<sup>4</sup> Secondo le Sezioni unite (§ 7) «il dato oggettivo che accomuna i due mezzi di prova è la circostanza che sia il testimone che il perito trasmettono le informazioni di cui sono a conoscenza nel corso del dibattimento davanti ad un giudice, nel contraddittorio delle parti avvalendosi del linguaggio verbale, ossia di quel mezzo di comunicazione che attua e garantisce i principi di oralità ed immediatezza che, come si è detto, sono alla base dell'introduzione del comma 3-bis dell'art. 603 c.p.p.»: Sez. Un., n. 14426 del 28/01/2019, cit.

<sup>5</sup> *Ex multis* sulla prova scientifica: O. DOMINIONI, voce *Prova scientifica (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, tomo I, Milano, 2008, p. 976 ss.; C. CONTI, *La prova scientifica*, in P. Ferrua – E. Marzaduri – G. Spangher (a cura di), *La prova penale*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 87 ss.; P.P. RIVELLO, *La prova scientifica*, Giuffrè, Milano, 2014, *passim*; nonché i contributi contenuti nei seguenti volumi collettanei, L. De Cataldo Neuburger (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Cedam, Padova, 2007; C. Conti (a cura di), *Scienza e processo. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, Giuffrè, Milano, 2011; M. Bertolino – G. Ubertis (a cura di), *Prova scientifica, ragionamento probatorio e decisione giudiziale*, Jovene, Napoli, 2015.

<sup>6</sup> Così Corte Edu, *Matytsina v. Russia*, 27 aprile 14, §168.

Diversa è la procedura: la prova dichiarativa si raccoglie attraverso interviste giudiziali (unilaterali o in contraddittorio), mentre quella scientifica si forma attraverso un articolato procedimento a più fasi: (a) conferimento dell'incarico, (b) operazioni peritali, (c) esame del perito e dei consulenti, (d) acquisizione della relazione.

2.2. *L'oggetto della prova: le "valutazioni" e le percezioni.*

Il testimone è esaminato su fatti determinati dei quali ha avuto conoscenza perché ha "visto" o "sentito" qualcosa di rilevante per il giudizio. Non può esprimere "apprezamenti personali" o "valutazioni" (art. 194 c.p.p.).

Il perito, al contrario, è chiamato nel processo proprio per esprimere valutazioni, o per raccogliere dati non acquisibili con le competenze comuni: a lui è assegnato il compito di estendere la conoscenza processuale oltre il limite raggiungibile con le ordinarie competenze cognitive.

2.3. *Le modalità di acquisizione della prova scientifica e della testimonianza.*

La prova dichiarativa e quella scientifica hanno diversi statuti processuali.

Il testimone ha l'obbligo di rispondere secondo verità ed è udito in dibattimento nel contraddittorio previa assunzione di responsabilità circa la veridicità dei dati riferiti, di regola acquisiti prima del processo ed attraverso competenze comuni<sup>7</sup>.

Il perito assume l'incarico senza alcun obbligo di verità. Il tecnico assume solo l'obbligo di mantenere il segreto sulle operazioni e di svolgerle nell'interesse esclusivo della giustizia (art. 226 c.p.p.)

Il "quesito" costituisce il canale attraverso il quale la scienza entra nel processo. Ed è il momento in cui è possibile (e doveroso) impedire il conferimento di incarichi stravaganti e l'ingresso della *junk science*: la scienza chiamata ad accrescere il patrimonio cognitivo processuale deve avere raggiunto un sufficiente livello di maturazione e condivisione nella comunità scientifica ed il quesito deve essere processabile<sup>8</sup> e funzionale all'accertamento in corso. Ancora: il quesito dovrebbe essere conferito previa identificazione del "metodo" che sarà utilizzato, dato che il mancato rispetto di

---

<sup>7</sup> La ampia categoria della prova dichiarativa ricomprende tuttavia anche le dichiarazioni di coloro che presentano un collegamento con il fatto da giudicare e rientrano, pertanto, nella categoria degli imputati di reato connesso o collegato; questi dichiaranti, a differenza dei testimoni puri che vantano un diritto al silenzio diversamente modulato in ragione della connessione (stretta o remota) con il fatto, ma al pari di ogni testimone, ed introducono nel giudizio dati "percepiti, e non valutazioni sicché sono anch'essi riconducibili all'area semantica della prova dichiarativa. Quello che identifica la prova dichiarativa non è, dunque, il fatto che la stessa viene veicolata nel processo attraverso il linguaggio verbale, ma il fatto che la stessa riversi nel processo dati percepiti dal dichiarante la cui acquisizione non richiede alcuna competenza tecnica, essendo percepibili da chiunque.

<sup>8</sup> Questione particolarmente sentita in materia di neuroscienze su cui C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Giappichelli, Torino, 2016.

protocolli scientifici condivisi rischia di condizionare la capacità dimostrativa della prova<sup>9</sup>.

Deve essere chiarito sin d'ora che in relazione ai dati di percezione comune il perito non si atteggia come soggetto "che valuta", ma come persona "che riferisce", al pari di ogni altro dichiarante non esperto. Su quei dati il tecnico ha l'obbligo di verità come il testimone<sup>10</sup>.

Assunto l'incarico il perito avvia la sua attività attraverso il confronto con i consulenti in ambiente extraprocessuale; confronto che dovrà essere rieditato nel contraddittorio processuale, che si svilupperà attraverso l'esame sequenziale del perito e dei tecnici di parte che abbiano fornito un contributo rilevante nel corso delle operazioni peritali<sup>11</sup>.

Il contraddittorio extraprocessuale è fondamentale non solo perché si riverbera su quello dibattimentale (solo i consulenti tecnici "attivi" hanno il diritto di essere esaminati), ma anche perché è fuori dalle aule che viene generato il nucleo della prova scientifica<sup>12</sup> che si perfeziona con l'esame dei tecnici e con l'acquisizione della relazione<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> È stato per esempio affermato che In tema di indagini genetiche, l'analisi comparativa del DNA svolta in violazione delle regole procedurali prescritte dai Protocolli scientifici internazionali in materia di repertazione e conservazione dei supporti da esaminare, nonché di ripetizione delle analisi, comporta che gli esiti di "compatibilità" del profilo genetico comparato non abbiano il carattere di certezza necessario per conferire loro una valenza indiziante, costituendo essi un mero dato processuale, privo di autonoma capacità dimostrativa e suscettibile di apprezzamento solo in chiave di eventuale conferma di altri elementi probatori (Sez. V, n. 36080 del 27/03/2015, dep. 07/09/2015, Knox e altri, Rv. 264863).

<sup>10</sup> Si pensi alle dichiarazioni del medico legale sul luogo del corpo in cui è posizionato il foro di entrata di un proiettile o a quelle dello psicologo incaricato di verificare la capacità a testimoniare di un minore sul fatto che il piccolo periziando piangeva quando era stato accompagnato in studio dal genitore.

<sup>11</sup> La Cassazione ha affermato che in tema di perizia, il giudice, dopo l'esame del perito, è tenuto ad integrare il contraddittorio con l'esame del consulente tecnico dell'imputato qualora questi abbia assunto iniziative di sollecitazione e di contestazione rispetto all'attività peritale ed ai relativi esiti. (Fattispecie in cui la Corte ha annullato con rinvio la sentenza d'appello, confermativa di quella del giudice dell'udienza preliminare che, dopo aver accolto la richiesta di rito abbreviato condizionato all'acquisizione di una relazione di consulenza tecnica sulla capacità di intendere e di volere dell'imputato, aveva disposto integrazione probatoria mediante perizia psichiatrica, all'esito della quale non aveva consentito l'esame del consulente, nonostante che il medesimo avesse mosso obiezioni alla metodologia peritale ed alle conclusioni del perito: Sez. I, n. 54492 del 05/04/2017, dep. 04/12/2017, P.G. in proc. Perillo, Rv. 271899; Sez. VI, n. 27928 del 01/04/2014, dep. 26/06/2014, Cappelli, Rv. 261641; Sez. VI, n. 12610 del 14/01/2010, dep. 31/03/2010, Costi, Rv. 246725).

<sup>12</sup> Le richieste e gli interventi dei tecnici di parte devono essere annotati nel verbale delle operazioni peritali (che il perito dovrebbe stilare) e devono confluire nella relazione peritale come previsto dall'art. 230 comma 2 c.p.p. Eventuali controversie tra i tecnici durante lo svolgimento delle operazioni peritali dovranno essere portate a conoscenza del giudice che adotterà i provvedimenti conseguenti ai sensi dell'art. 224 c.p.p.

<sup>13</sup> L'acquisizione nel giudizio dibattimentale della relazione peritale, da effettuarsi mediante lettura ovvero specifica indicazione di utilizzabilità, deve essere preceduta, a mente dell'art. 511, comma terzo, c.p.p., dall'esame del perito; tuttavia, l'inosservanza della citata disposizione, incidendo sull'esercizio del diritto di difesa, integra una nullità di ordine generale a regime intermedio, ex art. 178, comma primo, lett. c), c.p.p., soggetta ai limiti di deducibilità di cui all'art. 182 e alla sanatoria di cui all'art. 183, comma primo, lett. a), stesso codice (Sez. III, n. 35497 del 10/05/2016, dep. 26/08/2016, L M, Rv. 267637; Sez. VI, n. 25807 del 14/03/2014, dep. 16/06/2014, Rizzo e altro, Rv. 259200; Sez. V, n. 32902 del 24/06/2011, dep. 26/08/2011, P.G. in proc. Cifelli, Rv. 250940).



Diverse sono le regole che governano l'esame del perito e del testimone: solo il perito può essere autorizzato ad assistere all'esame delle parti ed all'assunzione delle prove (art. 149 disp. att. c.p.p.)<sup>14</sup>. L'accertamento tecnico delegato deve essere effettuato (anche) attraverso il doveroso confronto con le altre prove dato che, non incombe sul tecnico, a differenza che sul testimone, alcun pericolo di inquinamento da contagio dichiarativo. Il perito inoltre ha diritto a consultare note, scritti e pubblicazioni che lo aiutino nella esposizione del suo parere senza necessità di alcuna autorizzazione (art. 501 comma 2 c.p.p.). Solo all'esito di tale percorso viene acquisita la relazione (art. 511 comma 3 c.p.p.)<sup>15</sup>.

#### 2.4. La (differente) valutazione della prova dichiarativa e di quella scientifica.

Diverse sono anche le regole di valutazione<sup>16</sup>.

L'esame della testimonianza, in genere, e quella proveniente da persona coinvolta nel fatto, in specie, si perfeziona attraverso i seguenti passaggi: (a) valutazione della attendibilità "intrinseca" del dichiarante<sup>17</sup>; (b) valutazione della attendibilità "estrinseca" del dichiarato, cioè della compatibilità del narrato con i dati di contesto; (c); valutazione della "credibilità" o veridicità processuale dei contenuti testimoniali, da effettuare attraverso l'esame della loro compatibilità le altre prove raccolte e della loro resistenza agli argomenti antagonisti introdotti dalla difesa.

---

<sup>14</sup> La Cassazione ha affermato che dà luogo ad una nullità di ordine generale, da ritenersi sanata se non dedotta immediatamente dopo la pronuncia della relativa ordinanza, il diniego di autorizzazione alla parte di farsi assistere dal consulente nel corso dell'esame testimoniale in dibattimento (Sez. III, n. 24979 del 22/12/2017, dep. 05/06/2018, P.G., P.C. in proc. F e altri, Rv. 273528; Sez. III, n. 35702 del 09/06/2009, dep. 16/09/2009, Raso e altri, Rv. 244423). *Contra* per la piena assimilazione al testimone: Sez. I, n. 40705 del 10/01/2018, dep. 13/09/2018, Capitanio, Rv. 274337).

<sup>15</sup> Anche la perizia disposta in incidente probatorio deve "completarsi" attraverso l'esame in contraddittorio incidentale del perito e dei consulenti di parte: si è tuttavia affermato che qualora il giudice dell'incidente probatorio abbia irrualmente differito la fase orale alla sede dibattimentale (pur non essendo stato tale differimento concordemente convenuto dalle parti), si verifica una irregolarità improduttiva di conseguenze dato che si è solo in presenza di una prova incompleta, che può e deve essere perfezionata in dibattimento attraverso il contraddittorio orale tra le parti, senza che da tale irrualità possa farsi discendere una nullità per violazione del diritto di assistenza delle parti di cui agli articoli 178, lettera c), e 180 c.p.p.: Sez. IV, n. 36613 del 03/10/2006, dep. 04/11/2006, De Rossi, Rv. 235374.

<sup>16</sup> G. CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, 2003; P. TONINI, *Prova scientifica e contraddittorio*, 2003; C. BRUSCO, *Il vizio di motivazione nella valutazione della prova scientifica*, 2004; G. CANZIO, *Prova scientifica, ricerca della "verità" e decisione giudiziaria nel processo penale*, in AA.VV., *Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Riv. trim. dir. proc. civ., Quaderno n. 8, 2005, e in C. De Maglie – S. Seminara (a cura di), *Scienza e causalità*, Padova, 2006; F. CAPRIOLI, *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3520; S. LORUSSO, *Investigazioni scientifiche, verità processuale ed etica degli esperti*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1345.

<sup>17</sup> Quando il dichiarante è una persona "coinvolta nel fatto" la valutazione della attendibilità estrinseca deve essere effettuata attraverso la identificazione di elementi di riscontro che confermino la specifica attribuzione della condotta penalmente rilevante all'accusato (art. 192 comma 3 c.p.p.)



Diverso è il metodo di valutazione della prova scientifica: secondo il “test Cozzini” «per valutare l’attendibilità di una teoria occorre esaminare gli studi che la sorreggono. Le basi fattuali sui quali essi sono condotti. L’ampiezza, la rigosità, l’oggettività della ricerca. Il grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi. La discussione critica che ha accompagnato l’elaborazione dello studio, focalizzata sia sui fatti che mettono in discussione l’ipotesi sia sulle diverse opinioni che nel corso della discussione si sono formate. L’attitudine esplicativa dell’elaborazione teorica. Ancora, rileva il grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica. Infine, dal punto di vista del giudice, che risolve casi ed esamina conflitti aspri, è di preminente rilievo l’identità, l’autorità indiscussa, l’indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca, le finalità per le quali si muove. [...] dopo aver valutato l’affidabilità metodologica e l’integrità delle intenzioni, occorre infine tirare le fila e valutare se esista una teoria sufficientemente affidabile ed in grado di fornire concrete, significative ed attendibili informazioni idonee a sorreggere l’argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato. In breve, una teoria sulla quale si registra un preponderante, condiviso consenso. Naturalmente, il giudice di merito non dispone delle conoscenze e delle competenze per esperire un’indagine siffatta: le informazioni di cui si parla relative alle differenti teorie, alle diverse scuole di pensiero, dovranno essere veicolate nel processo dagli esperti. Costoro, per le ragioni che si sono ormai ripetutamente dette, non dovranno essere chiamati ad esprimere (solo) il loro personale seppur qualificato giudizio, quanto piuttosto a delineare lo scenario degli studi ed a fornire gli elementi di giudizio che consentano al giudice di comprendere se, ponderate le diverse rappresentazioni scientifiche del problema, possa pervenirsi ad una “metateoria” in grado di guidare affidabilmente l’indagine. Di tale complessa indagine il giudice è infine chiamato a dar conto in motivazione, esplicitando le informazioni scientifiche disponibili e fornendo razionale spiegazione, in modo completo e comprensibile a tutti, dell’apprezzamento compiuto»<sup>18</sup>.

Testimone e tecnico sono sottoposti a due esami “preliminari” radicalmente differenti: il testimone è sottoposto al vaglio di attendibilità intrinseca, mentre l’esperto è valutato per l’autorevolezza acquisita nel settore scientifico di riferimento.

La valutazione della “attendibilità intrinseca” è un apprezzamento che concerne l’area cognitivo-relazionale del dichiarante e che si risolve nella verifica della capacità di rispondere alle domande senza inquinamenti generati da deficienze cognitive o determinati da relazioni (sentimentali, parentali od economiche) con l’accusato, o da altri interessi.

Di contro il vaglio preliminare che interessa il perito richiede la verifica del percorso di studi e dell’autorevolezza acquisita nella comunità scientifica di riferimento; solo in seguito si analizza il grado di condivisione delle tesi proposte e del metodo utilizzato, nonché la compatibilità logico-razionale della risposta peritale con gli altri elementi di prova.

---

<sup>18</sup> Sez. IV, n. 43786 del 17/09/2010, dep. 13/12/2010, Cozzini e altri, Rv. 248943, §15.

### 3. Le ragioni della rinnovazione in appello della prova dichiarativa decisiva.

#### 3.1. Le matrici sovralegislative dell'obbligo di rinnovazione.

Tratteggiate le differenze ontologiche che intercorrono tra le due prove, vale la pena di cercare di individuare la *ratio* dell'obbligo di rinnovazione della prova "dichiarativa", *rectius* della "testimonianza"<sup>19</sup>.

L'art. 603 comma 3-*bis* c.p.p. prevede la rinnovazione obbligatoria della testimonianza nei soli casi in cui sia impugnata dal pubblico ministero una sentenza di proscioglimento per motivi "attinenti" alla sua valutazione.

La norma è stata introdotta dalla Legge n. 103 del 2007 e recepisce l'articolato percorso giurisprudenziale tracciato dalle Sezioni unite con le sentenze Dasgupta<sup>20</sup>, Patalano<sup>21</sup> e Troise<sup>22</sup>: queste pronunce hanno identificato il centro logico dell'interpretazione dell'art. 603 c.p.p. all'epoca vigente (che non prevedeva alcun "obbligo" di rinnovazione) nella necessità di rispettare la regola de "l'al di là di ogni ragionevole dubbio" prevista dall'art. 533 c.p.p. in caso di condanna<sup>23</sup>. Si è ritenuto che il dubbio sia implicito nella inconciliabilità tra gli esiti del primo e del secondo grado di giudizio e, che in caso di condanna lo stesso possa essere superato solo con una motivazione che sia (non solo) "rafforzata", ovvero caratterizzata da un serrato confronto con gli argomenti della sentenza assolutoria, ma (anche) "nutrita"

<sup>19</sup> Molti i contributi sul tema; tra gli altri: H. BELLUTA – L. LUPÀRIA, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale fra leggi e giurisprudenza: punti fermi...e non*, in G. Canzio – R. Bricchetti, *Le impugnazioni penali*, Giuffrè, 2019; H. BELLUTA – L. LUPÀRIA, [La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi "formante" delle Sezioni Unite](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 3/2017; M. BARGIS, *Le impugnazioni*, in G. Conso – V. Grevi – M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Cedam, 2018. Una lettura in senso critico della novella legislativa è offerta da A. CAPONE, *Appello del pubblico ministero e rinnovazione istruttoria*, in M. Bargis – H. Belluta (a cura di), *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, Giappichelli, 2018; V. AIUTI, *Obbligo di rinnovazione e prova dichiarativa*, in A. Marandola – T. Bene, *La riforma della giustizia penale*, Giuffrè, 2017, p. 243 ss.

<sup>20</sup> Sez. Un., n. 27620 del 28/04/2016, dep. 06/07/2016, Dasgupta, Rv. 267486.

<sup>21</sup> Sez. Un., n. 18620 del 19/01/2017, dep. 14/04/2017, Patalano, Rv. 269786.

<sup>22</sup> Sez. Un., n. 14800 del 21/12/2017, dep. 03/04/2018, P.G. in proc. Troise, Rv. 272430.

<sup>23</sup> Sulla evoluzione giurisprudenziale in materia di rinnovazione: H. BELLUTA – L. LUPÀRIA, [La parabola ascendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi "formante" delle Sezioni Unite](#), cit., p. 151 ss. Il richiamo riguarda, in particolare, un *obiter dictum* contenuto in Cass., Sez. Un., 28-4-16, Dasgupta, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2016, con nota di E. LORENZETTO, [Reformatio in peius in appello e equo processo \(art. 6 Cedu\): fisiologia e patologia secondo le Sezioni unite](#). Cfr. anche V. AIUTI, *Poteri d'ufficio della Cassazione e diritto all'equo processo*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3214; S. TESORIERO, *Luci e ombre della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello per il presunto innocente*, in *Giust. pen.*, 2017, III, p. 79 ss.; ID., [La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della Cedu](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2014, p. 239 ss.; nonché, più in generale, Cass., Sez. Un., 19-1-17, Patalano, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2672 ss., con nota di R. APRATI, *Overturning sfavorevole in appello e mancanza del riesame*. Sulla pronuncia, volendo, H. BELLUTA – L. LUPÀRIA, [Ragionevole dubbio e prima condanna in appello: solo la rinnovazione ci salverà?](#), in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2017.

dall'apprezzamento diretto della testimonianza, e sorretta da una rinnovata valutazione della attendibilità.

La matrice costituzionale della regola prevista dall'art. 533 c.p.p. è stata identificata nella presunzione di innocenza garantita dall'art. 27 della Carta fondamentale: il che ha, di fatto, marginalizzato il ruolo conformatore della giurisprudenza convenzionale<sup>24</sup> che in più occasioni ha rilevato l'iniquità dell'*overturning* della sentenza assolutoria fondato su rivalutazione cartolare dell'attendibilità del testimone<sup>25</sup>.

Invero la Corte europea non ha rilevato la violazione dell'art. 6 della Convenzione<sup>26</sup> per il mancato rispetto dei principi di oralità ed immediatezza, ma ha piuttosto rilevato la iniquità di una condanna fondata sulla rivalutazione di una testimonianza "ridotta" alla dimensione cartolare, ovvero deprivata dei contenuti comunicativi extraverbali a disposizione del primo giudice<sup>27</sup>. Sebbene non faccia esplicito riferimento al profilo intrinseco dell'attendibilità, la *ratio* della giurisprudenza sovranazionale sembra essere proprio quella di ritenere iniqua la (ri)valutazione dell'attendibilità del testimone già udito su base solo cartolare, senza l'apprezzamento del contegno tenuto durante la deposizione, invero decisivo per l'apprezzamento dell'attendibilità intrinseca<sup>28</sup>. La Corte Edu, confermando la sua vocazione casistica, anche nel caso di *overtuning* sfavorevoli non ha espresso tuttavia principi rigidi, ed in alcuni casi ha ritenuto complessivamente equo il procedimento centrato sulla rivalutazione cartolare della testimonianza<sup>29</sup>.

L'obbligo di rinnovazione non è stato, invece, espressamente esteso dalla Corte di Strasburgo alla prova scientifica, nonostante alla stessa siano state ritenute applicabili le garanzie dell'art. 6 § 1 della Convenzione, e principalmente, il diritto alla parità delle armi e al contraddittorio. Garanzia che tuttavia, nella lettura offerta dalla Corte europea, non si esprime (solo) nella *cross examination* del perito<sup>30</sup>, ma (soprattutto) nel diritto di

<sup>24</sup> Su cui v. S. BUZZELLI – R. CASIRAGHI – F. CASSIBBA – P. CONCOLINO – L. PRESSACO, sub art. 6, in G. Ubertis – F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, 2016, p. 128 e ss.

<sup>25</sup> Tra le altre si segnalano: Dan c. Moldavia, 05 marzo 2013; Manolachi c. Romania, 4 giugno 2013; Hanu c. Romania, 4 giugno 2013; Flueraș c. Romania, 9 aprile 2013; Hogeș c. Romania, 29 ottobre 2013; Lorefice c. Italia, 29 giugno 2017; Lazu c. Moldavia, 5 luglio 2016.

<sup>26</sup> Del resto, la Corte europea ad alcune condizioni ritiene eque le condanne fondate su dichiarazioni non assunte in contraddittorio se la dichiarazione non sottoposta al vaglio del contraddittorio sia compensata da adeguati bilanciamenti procedurali Corte Edu, Tahery Al Kawaja, 15 dicembre 2011 (Grande Camera); Corte Edu, Schatschaschwili v. Germania, 15 dicembre 2015 (Grande Camera).

<sup>27</sup> La Corte Edu, nella sentenza Manolachi c. Romania, 5 marzo 2013, afferma esplicitamente che «le osservazioni del giudice per quanto riguarda il comportamento e l'attendibilità di un testimone possono avere delle ripercussioni per l'imputato (si vedano P.K. c. Finlandia, 9 luglio 2002, e *mutatis mutandis*, Pitkänen c. Finlandia, 9 marzo 2004, nonché Milan c. Italia, 4 dicembre 2003)». La Corte Edu nella sentenza sezione III, 14 giugno – 5 luglio 2011 – Dan c/Repubblica di Moldavia ha affermato che «la valutazione dell'attendibilità di un testimone è un compito complesso che di solito non può essere soddisfatto da una semplice lettura delle sue dichiarazioni» (§ 33).

<sup>28</sup> G. Ubertis – F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 128 e ss.

<sup>29</sup> Vedi i casi, decisi dalla Corte Edu, Kashlev c. Estonia (26 aprile 2016); Chiper c. Romania (27 giugno 2017).

<sup>30</sup> La Corte Edu nel caso Constantinides v. Grecia (6 ottobre 2016) ha effettuato il controllo di legalità convenzionale dell'omesso esame del tecnico con specifico riguardo parametro previsto dall'art. 6 § 3 lett.

presentare fonti tecniche alternative e di partecipare alle operazioni peritali. La violazione della parità delle armi è stata così ritenuta in tutti i casi in cui all'imputato non è stata offerta una concreta possibilità di falsificare le tesi proposte: non (solo) con l'esame del tecnico ma (anche) con l'ammissione di prove scientifiche alternative<sup>31</sup>.

d) della Carta di Roma, ritenuto una declinazione delle più generali garanzie previste dall'art. 6 § 1 ed ha affermato che « if a court decides that an expert assessment is needed, the defence should have the opportunity to put questions to the experts, to challenge their findings and to examine them directly at the trial (see *Mirilashvili v. Russia*, no. 6293/04, § 190, 11 December 2008)».

<sup>31</sup> Nel caso *Matytsina v. Russia* (27 aprile 14), la Corte Edu ha affermato che «*witnesses and experts play a different role in proceedings and have a different status. The latter cannot be fully associated with "witnesses", at least not for all purposes (see Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia, nos. 11082/06 and 13772/05, § 711, 25 July 2013)*» (§ 168) distinguendo nettamente la prova scientifica dalla testimonianza ed identificando la lesione del contraddittorio nella mancata acquisizione delle prove tecniche di parte e, segnatamente nella mancata escussione degli esperti dell'accusa dei quali era stata acquisita la relazione. Nel caso *Poletan e Azirovik v. Macedonia* (12 maggio 2016), la Corte non ha rilevato la violazione dell'art. 6 § 1 non ritenendo in contrasto con le garanzie convenzionali il fatto che i tecnici che avevano esaminato la qualità della sostanza in sequestro fossero della Polizia e che non vi erano ragioni per ritenere violato il contraddittorio in relazione al rifiuto di ripetizione della perizia. Nel caso *Sara Lind v. Islanda* (5 luglio 2007) la Corte ha invece rilevato la violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione ritenendo che la nomina di una commissione peritale medica, composta da professionisti che lavoravano nello stesso ospedale dove prestavano servizio gli imputati, non garantisse la neutralità dell'organo cui era affidata la valutazione tecnica e, ledesse il principio della parità delle armi deprivando le prerogative difensive della ricorrente. Nel caso *Stoimenov c. Macedonia* (5 aprile 2007) la Corte Edu ha rilevato la violazione del principio della parità delle armi in quanto nel corso del processo non era stata disposta una "ulteriore" perizia sul corpo del reato come richiesto dal ricorrente che aveva evidenziato che l'analisi tecnica posta alla base della condanna era stata compiuta prima dell'avvio del procedimento allo specifico fine di proporre la denuncia. Nel caso *G. B. v. Francia* (2 ottobre 2001) la Corte ha rilevato la violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione perché in seguito ad un repentino mutamento di opinione dell'esperto in ordine alla pericolosità del ricorrente verificatosi in udienza dopo l'esame di nuove allegazioni del pubblico ministero non era stata concessa la possibilità di effettuare una nuova analisi tecnica. Nel caso *Mantovanelli v. Francia* (18 marzo 1997) la Corte europea ha rilevato l'iniquinà del processo e la violazione dell'art. 6 § 1 perché ai ricorrenti non era stato consentito di partecipare alle operazioni peritali, extraprocessuali, sviluppatasi attraverso l'audizione di persone in possesso di informazioni decisive. Nel caso *Doorson v. Paesi Bassi* (26 marzo 96) (pronuncia nota per la questione dei testimoni anonimi), la Corte ha ritenuto che il principio della parità delle armi non fosse stato leso dalla mancata audizione dell'esperto, tenuto conto che è di competenza delle giurisdizioni nazionali stabilire quali sono i testimoni utili per l'accertamento della responsabilità. Nel caso *Brandstetter v. Austria* (28 agosto 1991) la Corte Edu analizza il ricorso sotto il profilo della violazione dell'art. 6 § 1 precisando «*the Court considers it appropriate to examine the applicant's complaint under the general rule of paragraph 1 of Article 6 (art. 6-1) of the Convention, whilst having due regard to the guarantees of paragraph 3 (art. 6-3) (see, inter alia, the Bönisch judgment of 6 May 1985, Series A no. 92, pp. 14-15, para. 29). The Court notes that, read literally, subparagraph (d) of paragraph 3 (art. 6-3-d) relates to witnesses and not experts. It points out that in any event the guarantees contained in paragraph 3 (art. 6-3) are constituent elements, amongst others, of the concept of a fair trial set forth in paragraph 1 (art. 6-1) (ibid.)*» (§ 42). Nel caso in esame la Corte non ha ritenuto la violazione delle garanzie convenzionali in relazione alla mancata assunzione degli esperti proposti dalla difesa del ricorrente. Nel caso *Bonisch v. Austria* (6 maggio 85) la Corte europea rileva la complessiva iniquinà della procedura per violazione del principio della parità delle armi, tenuto conto che il consulente di parte era stato inquadrato come testimone e aveva partecipato solo all'udienza nel corso della quale era stato udito, mentre il perito nominato dal giudice aveva potuto partecipare a tutto il dibattimento. La Corte ha ribadito che in materia di perizia viene in considerazione il § 1 dell'art. 6 della Convenzione dato che il § 3 lett. d) è riservato ai testimoni, di nuovo distinguendo lo statuto della testimonianza da quello della perizia. Si legge nella pronuncia «*the Court would recall that the guarantees contained in paragraph 3 (art. 6-3) are constituent*

Si tratta di interpretazioni coerenti con la diversa configurazione che assume il diritto contraddittorio con riferimento alla prova scientifica. Diversa e più complessa di quella assunta con riferimento alla prova testimoniale: il contraddittorio non è infatti limitato all'esame incrociato nel corso dell'audizione del perito, ma si esprime anche nel confronto tra tecnici sia durante le operazioni peritali, che in dibattimento.

Insomma: l'esame del solo perito non è che una "frazione" della prova scientifica e la sua replica non garantisce la "rinnovazione della prova" che, per essere realmente ripetuta in secondo grado, dovrebbe passare attraverso la riedizione di tutte le fasi che la strutturano (quesito, operazioni peritali, esame).

### 3.2. Il "contenimento" dell'obbligo di rinnovazione effettuato dalla Cassazione.

La Cassazione ha prontamente ridimensionato la portata dell'obbligo di rinnovazione, da un lato, correlandolo alla specificità dell'atto di appello ed alla decisività della prova e, dall'altro, limitandolo ai casi in cui sia necessario rivalutare contenuti contestati e connessi alla valutazione del profilo intrinseco dell'attendibilità<sup>32</sup>.

Si è così affermato che non sussiste l'obbligo di rinnovazione quando l'attendibilità e la veridicità dei contenuti testimoniali siano incontestate e sia oggetto di rivalutazione solo la convergenza del compendio probatorio o la diversa interpretazione della fattispecie incriminatrice<sup>33</sup>.

In seguito a questo intervento di rifinitura interpretativa l'obbligo di rinnovazione risulta limitato ai casi in cui sia contestata l'"attendibilità" del testimone che rende dichiarazioni "decisive". L'obbligo non si estende, invece, alle testimonianze

---

*elements, amongst others, of the concept of a fair trial set forth in paragraph 1 (art. 6-1) (see, inter alia, the Artico judgment of 13 May 1980, Series A no. 37, p. 15, para. 32, the Goddi judgment of 9 April 1984, Series A no. 76, p. 11, para. 28, and the Colozza judgment of 12 February 1985, Series A no. 89, p. 14, para. 26)» (§ 29).*

<sup>32</sup> È stato affermato che «l'espressione utilizzata dal legislatore nella nuova disposizione di cui al comma 3-bis, secondo cui il giudice deve procedere, nell'ipotesi considerata, alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, non equivale infatti alla introduzione di un obbligo di rinnovazione integrale dell'attività istruttoria – che risulterebbe palesemente in contrasto con l'esigenza di evitare un'automatica ed irragionevole dilatazione dei tempi processuali –, ma semplicemente alla previsione di una nuova, mirata, assunzione di prove dichiarative ritenute dal giudice d'appello "decisive" ai fini dell'accertamento della responsabilità, secondo i presupposti già indicati da questa Corte nella sentenza Dasgupta. Coordinando la locuzione impiegata dal legislatore nel comma 3-bis («il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale») con quelle – del tutto identiche sul piano lessicale – già utilizzate nei primi tre commi della medesima disposizione normativa, deve pertanto ritenersi che il giudice d'appello sia obbligato ad assumere nuovamente non tutte le prove dichiarative, ma solo quelle che – secondo le ragioni puntualmente e specificamente prospettate nell'atto di impugnazione del pubblico ministero – siano state oggetto di erronea valutazione da parte del giudice di primo grado e vengano considerate decisive ai fini dello scioglimento dell'alternativa "proscioglimento-condanna"» Sez. Un., n. 14800 del 21/12/2017, dep. 03/04/2018, P.G. in proc. Troise, Rv. 272431, § 7.2.

<sup>33</sup> Sez. V, n. 33272 del 28/03/2017, dep. 07/07/2017, Carosella, Rv. 270471; Sez. V, n. 47833 del 21/06/2017, dep. 17/10/2017, Terry e altro, Rv. 273553; Sez. VI, n. 49067 del 21/09/2017, dep. 25/10/2017, Bertolini, Rv. 271503.



dai contenuti incontestati, quando l'appellante profili una valutazione antagonista della capacità dimostrativa delle prove <sup>34</sup>.

### 3.3. *La ratio dell'obbligo di rinnovazione dibattimentale della testimonianza.*

Quello che emerge dalla giurisprudenza sia nazionale (*ante* "Pavan"), che europea è, la tensione verso la salvaguardia della affidabilità della valutazione dell'attendibilità con specifico riguardo al profilo intrinseco, ovvero allo scrutinio delle capacità cognitive-reattive del dichiarante e alla rilevazione di tensioni emotive idonee ad inquinare i contenuti testimoniali.

L'obbligo di rinnovazione è giustificato dalla necessità che tale valutazione non sia effettuata su base cartolare, ma si fondi anche sugli elementi di conoscenza trasmissibili (solo) attraverso il contatto diretto con il dichiarante.

Tuttavia, questo vaglio della "persona che dichiara" pertiene esclusivamente alla testimonianza ed è estraneo alla prova scientifica: del perito non viene valutata l'attendibilità intrinseca, ma solo l'autorevolezza scientifica.

---

<sup>34</sup> Si è affermato che il giudice di appello che intenda riformare in "peius" la pronuncia assolutoria di primo grado ha l'obbligo – in conformità all'art. 6 CEDU, come interpretato dalla Corte EDU nel caso Dan c. Moldavia – di disporre la rinnovazione dell'esame dei chiamanti in reità o in correità quando la diversa valutazione delle dichiarazioni attenga alla credibilità del proponente e/o al profilo dell'attendibilità intrinseca e non anche nel caso in cui ad essere rivalutata sia l'attendibilità estrinseca, cioè la ravvisabilità, nel compendio probatorio, di riscontri individualizzanti ovvero la loro idoneità a fungere da elemento esterno di conferma. (Fattispecie di giudizio di appello svoltosi anteriormente all'introduzione dell'art. 603, comma 3-bis, c.p.p.). (Sez. III, n. 42524 del 19/06/2019, dep. 16/10/2019, B, Rv. 277274). Ancora: si è deciso che non sussiste l'obbligo di procedere alla rinnovazione della prova testimoniale decisiva per la riforma in appello dell'assoluzione, quando l'attendibilità della deposizione è valutata in maniera del tutto identica dal giudice di appello, il quale si limita a procedere ad un diverso apprezzamento del complessivo compendio probatorio ovvero ad una diversa interpretazione della fattispecie incriminatrice. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto immune da vizi la decisione con cui la Corte di appello aveva riconosciuto la penale responsabilità del ricorrente per il delitto di lesioni, esclusa dal giudice di primo grado sulla base del contrasto tra le deposizioni dei testi a carico e quelle dei testi a discarico, valorizzando il contenuto del referto medico di pronto soccorso la cui valenza dimostrativa non era stata considerata nella pronuncia assolutoria). (Sez. V, n. 33272 del 28/03/2017, dep. 07/07/2017, Carosella, Rv. 270471). In senso parzialmente difforme è stato invece affermato che Ai fini della rinnovazione dell'istruttoria in appello *ex* art. 603, comma 3-bis cod. proc. pen., per "motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa" devono intendersi non solo quelli concernenti la questione dell'attendibilità dei dichiaranti, ma tutti quelli che implicano una "diversa interpretazione" delle risultanze delle prove dichiarative, posto che un "fatto" non sempre presenta una consistenza oggettiva di natura astratta e asettica, ma è talvolta mediato attraverso l'interpretazione che ne dà il dichiarante, con la conseguenza che la risultanza probatoria risente di tale mediazione che incide sull'approccio valutativo del giudice, anch'esso pertanto mediato. (Fattispecie relativa al ribaltamento in appello della sentenza assolutoria di primo grado, disposto, senza rinnovazione istruttoria, sulla base della diversa valutazione dell'idoneità delle risultanze della prova testimoniale, indiscussa quanto ad attendibilità, a rappresentare gli elementi costitutivi del delitto di atti persecutori aggravati). (Sez. V, n. 27751 del 24/05/2019, dep. 21/06/2019, O, Rv. 276987).

L'applicazione all'esame del perito dello statuto della testimonianza trova il limite della compatibilità tra le prove (art. 501 c.p.p.) e non può condurre ad una completa assimilazione, che semplifica e snatura il genoma della prova scientifica.

#### 4. La perizia "prova neutra".

Con chiarezza inedita la Cassazione ha affermato che le tesi scientifiche non sono neutre in quanto si atteggiavano sempre come favorevoli o contrarie all'interesse delle parti, che conservano il diritto a validare o falsificare la tesi peritale nel corso di tutta la fase di merito<sup>35</sup>.

Si è affermato che se è vero «che nessun metodo scientifico – per la sua intrinseca fallibilità – può dimostrare la verità di una legge scientifica, ne consegue, inevitabilmente, che anche la perizia non può essere considerata portatrice di una verità assoluta (e, quindi, "neutra") tanto più in quei casi in cui il perito – del tutto legittimamente – sia fautore di una tesi scientifica piuttosto che di un'altra. Ed è proprio in questo cruciale snodo processuale che si evidenzia il ruolo decisivo, che, nell'ambito della dialettica processuale, assume il contraddittorio orale attraverso il quale si verifica, nel dibattito, l'attendibilità del perito, l'affidabilità del metodo scientifico utilizzato e la sua corretta applicazione alla concreta fattispecie processuale»<sup>36</sup>.

Benché sia indiscutibile che l'esito peritale non sia affatto neutro rispetto all'interesse delle parti, nessuna correlazione si rinviene tra il fisiologico difetto di neutralità della prova e la obbligatorietà della rinnovazione dell'esame dell'esperto.

Come già osservato, ove volesse disporsi una rinnovazione reale, questa dovrebbe investire tutto il procedimento di formazione della perizia, che si diparte dal quesito, si sviluppa attraverso le operazioni extraprocessuali e si conclude con l'esame dibattimentale del perito (e dei consulenti), cui segue l'acquisizione dell'elaborato peritale.

A ciò si aggiunge, come già rilevato, che il perito non subisce alcun controllo in ordine alle capacità cognitivo-reattive, dato che lo stesso viene valutato solo per la sua autorevolezza scientifica e per la congruenza della risposta tecnica con i dati di contesto e lo stato della scienza di settore. Tutti apprezzamenti che possono essere ripetuti senza la rinnovazione dell'esame, dato che prescindono dall'esame della comunicazione extraverbale.

Diverso è il caso in cui l'esame del tecnico risulti omesso, o sia stato svolto in modo incompleto. O quello in cui risulti necessario estendere l'approfondimento a questioni non scrutinate. Si tratta di evenienze (frequenti) che sono affrontabili con la ordinaria rinnovazione facoltativa.

Nulla si frapponeva, anche prima della sentenza "Pavan", alla rinnovazione "facoltativa" dell'esame del tecnico, ove fosse stato ritenuto carente quello già svolto.

---

<sup>35</sup> P. FERRUA, *Metodo scientifico e processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 16 ss.

<sup>36</sup> Sez. Un., n. 14426 del 28/01/2019, cit.



## 5. Le sovrapposizioni “reali” tra prova dichiarativa e prova scientifica: le dichiarazioni sui dati acquisibili da chiunque e quelle sui dati scientifici incontestati.

Prova scientifica e la prova dichiarativa hanno delle aree di sovrapposizione reale: la prima è “naturalistica” e riguarda le dichiarazioni su dati di percezione comune<sup>37</sup>; la seconda è stata identificata dalla giurisprudenza e concerne le dichiarazioni su acquisizioni scientifiche incontestate<sup>38</sup>.

La distinzione tra attività percettiva comune ed attività tecnico scientifica è essenziale per inquadrare i contenuti veicolati dal perito entro lo statuto della prova dichiarativa, piuttosto che in quello della prova scientifica.

Solo sui primi il perito è sottoposto alla scansione valutativa tipica della testimonianza che prevede il vaglio della attendibilità intrinseca: si pensi al perito incaricato della valutazione della capacità a testimoniare di un minore che “vede” che il piccolo periziando giunge in lacrime accompagnato da un parente; o al tecnico incaricato di rilevare le impronte digitali su un coltello che “vede” che il reperto è stato conservato in una scatola di cartone; o al medico legale che indica la parte del corpo trafitta da un proiettile.

Rispetto ai dati che possono essere percepiti “da chiunque” il perito è completamente equiparabile al testimone ed ha un obbligo di verità.

Diverso è il caso in cui al perito viene affidato il compito di “acquisire” dati attraverso attività che impongono il ricorso a competenze tecniche, come ad esempio la estrazione del D.n.a. (che, in alcuni casi, è addirittura una attività irripetibile): si tratta di attività che richiedono competenze non comuni, sicché le stesso sono pacificamente riconducibili all’area peritale e non possono inquadrarsi in quella sensoriale- percettiva che costituisce l’antefatto della testimonianza<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Si tratta di una situazione registrata anche dalla sentenza Pavan nella quale si legge che in merito alla “neutralità” della perizia «va, innanzitutto, osservato che la suddetta affermazione diventa problematica nei casi in cui al perito sia conferito l’incarico di “svolgere indagini o acquisire dati” e cioè quando deve compiere un’attività avente natura percettiva sulla quale, poi, ben può essere esaminato nel corso del dibattimento [...].Ma, anche ove al perito sia conferito l’incarico di effettuare solo “valutazioni”, sarebbe pur sempre arduo fissare una rigida linea di demarcazione fra il momento valutativo (che sarebbe caratteristica esclusiva della prova cd. critico-indiziaria) e quello rappresentativo (tipico della prova dichiarativa testimoniale), proprio perché la “valutazione” viene pur sempre richiesta su fatti che, spesso, il perito ha percepito nell’ambito dell’incarico affidatogli» Sez. Un., n. 14426 del 28/01/2019, dep. 02/04/2019, Pavan Devis, Rv. 275112, § 5.1.

<sup>38</sup> Sez. Un., n. 51824 del 25/09/2014, dep. 12/12/2014, Guidi e altro, Rv. 261187.

<sup>39</sup> La distinzione tra prelievo ed accertamento tecnico non è sempre semplice: si è ad esempio affermato che non costituisce attività di accertamento tecnico, e pertanto non comporta la necessità di intervento della difesa, il prelievo, pur irripetibile, di frammenti di polvere da sparo, prodromico all’effettuazione di accertamenti tecnici, mentre il successivo esame spettroscopico sulle particelle estratte e fissate dal processo di metallizzazione (cosiddetto “*stub*”) è suscettibile di ripetizione senza pregiudizio per la sua attendibilità (Sez. I, n. 15679 del 14/03/2008, dep. 16/04/2008, Innocenti e altro, Rv. 239616); e che le operazioni di evidenziazione e fissazione dell’impronta papillare, rinvenuta su un oggetto presumibilmente utilizzato dagli autori del reato, rientrano nell’ambito delle attività di assicurazione delle fonti di prova, e in particolare tra quelle volte alla ricerca e alla conservazione delle tracce pertinenti al reato (art. 348, comma secondo, lett.

Ciò non toglie che esiste un nesso (ineliminabile) tra l'acquisizione di dati di percezione comune e la loro valutazione: tuttavia tale correlazione non può giustificare l'attrazione della prova scientifica entro lo statuto della testimonianza.

La stessa suggerisce piuttosto la rimodulazione dei metodi di raccolta della prova tecnica: ad esempio all'atto del conferimento dell'incarico potrebbe essere imposto al perito l'obbligo di indicare espressamente nella relazione i dati di percezione comune così da distinguerli da quelli che, per essere acquisiti e valutati, necessitano di competenze tecniche; inoltre prima dell'esame il perito dovrebbe essere invitato a pronunciare la formula prevista dall'art. 497 c.p.p. con riguardo alle sole dichiarazioni testimoniali.

Non semplice è, invece, la identificazione delle "acquisizioni scientifiche incontestate", anch'esse attratte nell'area della testimonianza.

È stato affermato che «quando intervengano in contesti che implicano l'accettazione di parametri di valutazione normativamente determinati o tecnicamente indiscussi, gli enunciati valutativi assolvono certamente una funzione informativa e possono dirsi veri o falsi»<sup>40</sup>; e che «quando fa riferimento a criteri predeterminati, la valutazione è un modo di rappresentare la realtà analogo alla descrizione o alla constatazione, sebbene l'ambito di una sua possibile qualificazione in termini di verità o di falsità sia variabile e risulti, di regola, meno ampio, dipendendo dal grado di specificità e di elasticità dei criteri di riferimento» sicché «può dirsi falso l'enunciato valutativo che contraddica criteri di valutazione indiscussi e indiscutibili ovvero che sia posto a conclusione di un ragionamento fondato su premesse contenenti false attestazioni»<sup>41</sup>.

L'identificazione delle acquisizioni incontestate è oggettivamente difficoltosa per chi non possiede i rudimenti della scienza "esterna" al processo: anche in questo caso la difficoltà potrebbe essere aggirata onerando il perito della indicazione dei dati tecnici incontestati, distinguendoli da quelli in relazione ai quali esercita pienamente i suoi poteri valutativi.

---

a) cod. proc. pen.), che la polizia giudiziaria deve continuare a compiere di propria iniziativa anche dopo la comunicazione della notizia di reato al P.M. e anche dopo l'intervento di quest'ultimo. (Sez. I, n. 25520 del 24/06/2005, dep. 13/07/2005, Spinato, Rv. 232099).

<sup>40</sup> Così Sez. V, n. 3552 del 09/02/1999, Andronico, Rv. 213366; per l'affermazione dello stesso principio, cfr in special modo: Sez. VI, n. 8588 del 06/12/2000, dep. 2001, Ciarletta, Rv. 219039; Sez. V, n. 15773 del 24/01/2007, Marigliano, Rv. 236550; Sez. I, n. 45373 del 10/06/2013, Capogrosso, Rv. 257895.

<sup>41</sup> Sez. Un., n. 51824 del 25/09/2014, dep. 12/12/2014, Guidi e altro, Rv. 261187: si tratta di affermazioni che hanno una portata generale ed estendono alle acquisizioni scientifiche incontestate l'obbligo di verità del tecnico, sicché può ritenersi acquisita la circoscrizione del perimetro dell'attività tecnico-scientifica alle sole attività acquisitive e cognitive che richiedono specifiche competenze tecniche con l'esclusione della attività di trasmissione di dati di percezione comune o di acquisizioni scientifiche consolidate.

## 6. La prova scientifica cartolare: la rinuncia all'esame del perito e l'acquisizione consensuale dell'elaborato peritale.

Secondo le Sezioni Unite la rinnovazione dell'esame del tecnico non è necessaria quando le parti nel corso del primo grado abbiano rinunciato alla audizione ed acconsentito alla acquisizione della relazione; si afferma che in tal caso «deve ritenersi non applicabile la regola della rinnovazione obbligatoria del dibattimento di cui all'art. 603, comma 3-bis, c.p.p., in quanto – costituendo un'eccezione alla regola stabilita nel precedente comma 3 – è riservata, in modo tassativo, alle sole prove dichiarative ossia a quelle prove in cui l'informazione è veicolata nel processo attraverso il linguaggio verbale [...] In quest'ultima ipotesi, invero, non si tratterebbe più di rinnovare il medesimo atto istruttorio svolto nel giudizio di primo grado, ma di compiere, *novus*, un diverso atto istruttorio (esame del perito) al quale le parti avevano rinunciato»<sup>42</sup>. Si afferma inoltre che la soluzione non è in contrasto con il precedente delle Sezioni Unite, secondo cui l'appello di una assoluzione decisa all'esito della celebrazione del rito abbreviato, caratterizzato da un compendio probatorio “di carta”, richiede comunque la rinnovazione della prova dichiarativa<sup>43</sup>.

Si tratta di una soluzione che presta il fianco a diverse critiche.

Anzitutto si fonda su una premessa qui, sommessamente, non condivisa, ovvero la identificazione della prova dichiarativa con quella “trasmessa attraverso il linguaggio verbale”: si tratta di un presupposto che vizia tutto il ragionamento e che non tiene conto né dei dati normativi, né delle interpretazioni giurisprudenziali che identificano l'oggetto della testimonianza nella trasmissione veritiera di dati percepiti<sup>44</sup> laddove la prova scientifica ha il suo nucleo proprio nella “valutazione”, che è per sua natura opinabile e falsificabile.

A ciò si aggiunge che ritenere che la rinuncia all'esame osti alla sua rinnovazione sconfessa il (criticato, ma ormai ineludibile) approdo giurisprudenziale secondo cui la cartolarizzazione volontaria della testimonianza, conseguente all'accesso al rito abbreviato, non esclude l'obbligo di ripetere la testimonianza<sup>45</sup>.

Inibire la edizione dell'esame rinunciato, ovvero dell'epifenomeno conclusivo del procedimento di formazione della prova scientifica, solo perché il tecnico non ha (mai) usato il linguaggio verbale, ma (solo) quello scritto, introduce un argomento non solo distonico rispetto alla grammatica della prova dichiarativa, ma anche intrinsecamente illogico rispetto alla scelta di ritenere obbligatorio il riesame del perito (solo se) già udito.

Con tale scelta interpretativa, si contrae l'approfondimento istruttorio proprio nei casi in cui questo potrebbe essere funzionale alla verifica della validità della prova su cui si fonda l'*overturning*: la perizia priva dell'esame orale è, invero, “monca”, in quanto il suo fisiologico percorso di formazione è incompleto. In tal caso l'obbligo di

<sup>42</sup> Sez. Un., n. 14426 del 28/01/2019, cit, § 8.

<sup>43</sup> Sez. Un., n. 18620 del 19/01/2017, cit.

<sup>44</sup> Sez. Un., n. 51824 del 25/09/2014, cit.

<sup>45</sup> Sez. Un., n. 18620 del 19/01/2017, cit.

rinnovazione si sarebbe atteggiato come dovere di “completamento” della prova tecnica ed avrebbe potuto concorrere a soddisfare le esigenze di superamento del dubbio identificate dalle precedenti pronunce delle Sezioni unite come fondanti l’obbligo di riedizione della testimonianza.

Invece la ripetizione dell’esame di un soggetto processuale che non deve essere valutato per il suo contegno, ma per la sua autorevolezza scientifica, rischia di essere inutile e ripetitivo, se non è diretto all’esame di temi pretermessi o non approfonditi nel corso della prima audizione.

## 7. Lo stato dell’arte: il processo penale asimmetrico.

### 7.1. *Asimmetrie valutative e probatorie: il processo ad approfondimento istruttorio variabile.*

Ad oggi la rinnovazione dibattimentale della prova dichiarativa è obbligatoria solo se l’appello è proposto nei confronti di una sentenza di assoluzione e non quando sia impugnata una sentenza di condanna<sup>46</sup>.

Si tratta di una scelta, prima giurisprudenziale e poi normativa, che legittima l’asimmetria “probatoria” tra processi a progressione non conforme: nei casi di *overturning* è obbligatorio assumere “più” prove solo per condannare e non per assolvere.

Le Sezioni unite hanno rinvenuto la ragione legittimante del processo a statuto probatorio variabile nella diversità delle regole di valutazione che presidiano i giudizi di condanna rispetto a quelli di assoluzione.

È stato affermato che «presunzione di innocenza e ragionevole dubbio impongono soglie probatorie asimmetriche in relazione alla diversa tipologia dell’epilogo decisorio: la certezza della colpevolezza per la condanna, il dubbio processualmente plausibile per l’assoluzione»<sup>47</sup>.

La diversità delle regole di valutazione ha non solo (prevedibili) conseguenze sugli oneri di motivazione, ma anche (invero imprevedibili) effetti sulla tessitura probatoria del processo. Questa deve essere infittita solo se si impugna una assoluzione: si è affermato che il canone del ragionevole dubbio «per la sua immediata derivazione dal principio della presunzione di innocenza, esplica i suoi effetti conformativi non solo sull’applicazione delle regole di giudizio e sulle diverse basi argomentative della sentenza di appello che operi un’integrale riforma di quella di primo grado, ma anche, e più in generale, sui metodi di accertamento del fatto, imponendo protocolli logici del tutto diversi in tema di valutazione delle prove e delle contrapposte ipotesi ricostruttive in ordine alla fondatezza del tema d’accusa: la certezza della colpevolezza per la

---

<sup>46</sup> Sul tema F. FIANDANESE, [La rinnovazione del dibattimento in appello alla luce delle modifiche normative e dei principi di diritto affermati dalle Sezioni unite Dasgupta, Patalano, Troise](#), in *Dir. pen. cont.*, 18 luglio 2018.

<sup>47</sup> Sez. Un., n. 14800 del 21/12/2017, dep. 03/04/2018, P.G. in proc. Troise, Rv. 272431, § 6.

pronuncia di condanna, il dubbio originato dalla mera plausibilità processuale di una ricostruzione alternativa del fatto per l'assoluzione»<sup>48</sup>.

La matrice costituzionale della diversificazione dello statuto probatorio del giudizio di appello è stata rinvenuta nella presunzione di innocenza e nella necessità di proteggere l'imputato da condanne ingiuste.

Probabili nei casi di *overturning* sommari. E da scongiurare attraverso l'imposizione dell'obbligo (non solo) della motivazione rafforzata, (ma anche) dell'integrazione del compendio probatorio attraverso la riassunzione delle testimonianze decisive. In modo da fugare ogni dubbio sulla responsabilità.

Benissimo.

*Nulla quaestio* sui diversi protocolli logici di valutazione delle prove nei casi di condanna piuttosto che di assoluzione. Ma perché il diverso metodo di accertamento del fatto deve tradursi nella creazione di un processo a geometria probatoria variabile?

L'obbligo di accrescere le prove (solo) nel caso in cui si impugna una assoluzione è sicuramente generata dalla condivisibile tensione verso l'evitamento di condanne ingiuste, ma ha prodotto, come effetto indiretto, il depauperamento *lege* del processo che si sviluppa attraverso l'impugnazione di una decisione di condanna. Il che si traduce nell'incrinamento dell'assetto paritario che costituisce la dorsale del progetto costituzionale accusatorio. E fa sorgere qualche dubbio sulla costituzionalità del sistema.

La Corte costituzionale valutando la diversità dei poteri di impugnazioni concessi alle parti ha definito "fisiologiche" alcune differenze ed ha affermato che non può ritenersi «che il principio di parità debba (e possa) indefettibilmente tradursi, nella cornice di ogni singolo segmento dell'*iter* processuale, in un'assoluta simmetria di poteri e facoltà». Costante è inoltre la giurisprudenza costituzionale secondo cui «il potere di impugnazione nel merito della sentenza di primo grado da parte del pubblico ministero presenti margini di "cedevolezza" più ampi, a fronte di esigenze contrapposte, rispetto a quelli che connotano il simmetrico potere dell'imputato», dato che il potere di impugnazione della parte pubblica trova «copertura costituzionale unicamente entro i limiti di operatività del principio di parità delle parti [...] non potendo essere configurato come proiezione necessaria del principio di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale, di cui all'art. 112 Cost.<sup>49</sup>; mentre il potere di impugnazione dell'imputato viene a correlarsi anche al fondamentale valore espresso dal diritto di difesa (art. 24 Cost.), che ne accresce la forza di resistenza di fronte a sollecitazioni di segno inverso (sentenza n. 98 del 1994)»<sup>50</sup>.

Il limite alla legittimità delle asimmetrie è stato, comunque, individuato nella sua "ragionevolezza"<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> Sez. Un., n. 14800 del 21/12/2017, dep. 03/04/2018, P.G. in proc. Troise, Rv. 272431, § 6.

<sup>49</sup> Corte cost. sentenza n. 280 del 1995; ordinanze n. 165 del 2003, n. 347 del 2002, n. 421 del 2001 e n. 426 del 1998.

<sup>50</sup> Corte cost. sentenza n. 98 del 1994.

<sup>51</sup> Corte cost. ordinanze n. 46 del 2004, n. 165 del 2003, n. 347 del 2002 e n. 421 del 2001. La Corte costituzionale ha chiarito che alterazioni della simmetria tanto nell'una che nell'altra direzione (ossia tanto a vantaggio della parte pubblica che di quella privata) «sono compatibili con il principio di parità, ad una duplice condizione: e, cioè, che esse, per un verso, trovino un'adeguata *ratio* giustificatrice nel ruolo istituzionale del

C'è da chiedersi, allora, se tra le disparità “ragionevoli” possa essere inclusa quella che prevede statuti probatori differenziati tra il processo che volge contro l'interesse dell'imputato e quello che, in astratto, si orienta contro l'interesse collettivo rappresentato dal pubblico ministero.

Invero, un conto sono le asimmetrie che investono lo statuto valutativo ed altro quelle che investono lo statuto probatorio attraverso la legittimazione di processi ad “alto”, piuttosto che “basso”, approfondimento istruttorio.

È incontestabile che le gravi conseguenze correlate ad una condanna debbano discendere da una valutazione delle prove che tenda verso la certezza (processuale), che può essere sfiorata solo se il giudizio sulla responsabilità resiste al confronto con le tesi antagoniste, sì da fugare ogni dubbio sulla responsabilità. Come altrettanto condivisibile ed incontestato è che ogni incrinamento di tale certezza debba condurre alla assoluzione.

Tuttavia, tale differente statuto valutativo dovrebbe innestarsi sulla medesima tessitura probatoria: legittimare obblighi di rinnovazione a geometria variabile, che mutano a seconda che sia impugnata una assoluzione, piuttosto che una condanna, produce una differenziazione *lege* della consistenza dei compendi probatori che potrebbe portare il segno della irragionevolezza.

#### 7.2. *Le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza convenzionale.*

La rilevata asimmetria risolvendosi nella legittimazione di un processo a statuto probatorio contratto nei casi in cui sia impugnata la condanna, ovvero quando sia messa in discussione una decisione che soddisfa l'interesse superindividuale rappresentato dalla parte pubblica non sembra del tutto in linea neanche con le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Questa è costantemente orientata verso la rilevazione in capo agli Stati di obblighi positivi di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo: obblighi che hanno un preciso precipitato “procedurale” che investe la diligenza nella persecuzione dei reati, non solo durante la fase delle indagini (sono tristemente note le violazioni rilevate nel

---

pubblico ministero, ovvero in esigenze di funzionale e corretta esplicazione della giustizia penale, anche in vista del completo sviluppo di finalità esse pure costituzionalmente rilevanti; e, per un altro verso, risultino comunque contenute – anche in un'ottica di complessivo riequilibrio dei poteri, avuto riguardo alle disparità di segno opposto riscontrabili in fasi del procedimento distinte da quelle in cui s'innesta la singola norma discriminatrice avuta di mira (si vedano le sentenze n. 115 del 2001 e n. 98 del 1994) – entro i limiti della ragionevolezza»; si chiarisce che resta pienamente valida l'affermazione secondo la quale, «nel processo penale, il principio di parità tra accusa e difesa non comporta necessariamente l'identità tra i poteri processuali del pubblico ministero e quelli dell'imputato: potendo una disparità di trattamento “risultare giustificata, nei limiti della ragionevolezza, sia dalla peculiare posizione istituzionale del pubblico ministero, sia dalla funzione allo stesso affidata, sia da esigenze connesse alla corretta amministrazione della giustizia”.



mancato intervento “cautelare” nei casi di violenza familiare<sup>52</sup>), ma anche in quella del giudizio<sup>53</sup>.

L'intervento della Stato *post delictum* attraverso l'identificazione e punizione dei responsabili viene considerato, non solo necessario per offrire una riparazione morale alle vittime, ma anche espressione indefettibile dell'adempimento degli obblighi positivi che incombono sullo Stato per tutelare i diritti fondamentali, tenuto conto del fatto che la persecuzione dei reati ha un effetto general preventivo dissuasivo e, inoltre, preserva la fiducia dell'opinione pubblica nel rispetto della legalità concorrendo a rinsaldare il tessuto connettivo dei consorzi statuali<sup>54</sup>.

La rilevazione degli obblighi positivi di tutela incombenti sugli Stati è emersa nei casi in cui era in predicato una lesione del diritto alla vita tutelato dall'art. 2 della Convenzione<sup>55</sup>. Tuttavia, è innegabile che una diligente attività processuale è il presupposto della tutela di tutti i diritti fondamentali di segno individuale garantiti dalla Carta.

Un diritto “individuale” è garantito solo se gli si assicura una adeguata tutela pubblica. Anche processuale.

La Corte europea non perde di vista la dimensione pubblica dei diritti e sanziona inerzie, carenze ed arretramenti nella gestione di indagini e processi e sembra immune da quei fenomeni di “cecità attentiva” che nel nostro ordinamento sono stati generati dalla (pur condivisibile) tensione verso la tutela delle garanzie dell'imputato, ma che hanno condotto alla destrutturazione dell'assetto paritario del processo ed al sostanziale tradimento del progetto accusatorio contenuto nell'art. 111 della Costituzione.

A ciò si aggiunge che il processo a statuto probatorio variabile è di incerta compatibilità con le garanzie previste dall'art. 6 § 1 della Carta di Roma, che il riconoscimento sia del diritto al contraddittorio che quello alla “parità delle armi”<sup>56</sup>

Ci si chiede insomma se la deprivazione *lege* del compendio probatorio quando sia in predicato l'interesse (pubblico) alla condanna piuttosto che quello (individuale) alla assoluzione sia coerente con gli obblighi positivi di tutela dei diritti fondamentali che incombono sugli Stati e che richiedono la predisposizione di norme procedurali

<sup>52</sup> Caso Corte Edu, Opuz v. Turchia, 9 giugno 2009; Corte Edu, Talpis v. Italia, 2 marzo 2017.

<sup>53</sup> Come nel caso Oneryldiz. V. Turchia, 30 novembre 2004 (Grande Camera), §95; ad esempio la Corte europea ha censurato la interruzione delle attività di raccolta della prova in un caso di omicidio giustificate da testimonianze e relazioni mediche poco attendibili (Corte Edu, Anguelova v., Bulgaria, 13 giugno 2002).

<sup>54</sup> G. Ubertis – F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 39 e ss; sub art. 2, in S. Bartole – P. De Sena – V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam.

<sup>55</sup> La Corte Edu di recente ha rilevato la violazione dell'art. 2 della Convenzione e dell'obbligo “positivo” di protezione del diritto alla vita in quanto non erano state attivate indagini diligenti e tempestive, e le stesse erano state affidate ad organi investigativi indipendenti; ha precisato che l'obbligazione di mezzi (e non di risultato) che impone l'attivazione degli Stati nell'accertamento dei comportamenti lesivi del diritto alla vita si estende anche alla fase processuale che deve prevedere la partecipazione delle vittime (Corte Edu, Kukhalashvili e altri v. Georgia, 2 aprile 2020).

<sup>56</sup> S. BUZZELLI – R. CASIRAGHI – F. CASSIBBA – P. CONCOLINO – L. PRESSACO, sub art. 6, in G. Ubertis – F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, § 22.



idonee a garantire processi efficaci e rispettose del principio della “parità delle armi” previsto dall’art. 6 § 1 della Convenzione, come interpretato dalla Corte di Strasburgo.

### 7.3. *Statuto probatorio variabile e rinuncia al contraddittorio.*

Infine: la legittimazione dell’asimmetria probatoria non sembra giustificabile nemmeno con l’inquadramento del diritto al contraddittorio come presidio funzionale a tutelare “in via prevalente” l’imputato.

Le Sezioni Unite hanno affermato che «il contraddittorio non rappresenta una "risorsa" dispensata alle parti allo stesso modo e con la stessa intensità, come dimostra la formulazione del comma 5 dell'art. 111 Cost., che prevede il consenso dell'imputato, e non di altri, per la "perdita" di contraddittorio nei casi consentiti dalla legge, con ciò lasciando intendere che la garanzia del contraddittorio nasce e si sviluppa come garanzia in favore dell'imputato»<sup>57</sup>.

L’accesso potestativo ai riti a prova contratta non si pone tuttavia in relazione logica con la legittimazione del processo a “prove diseguali” dato che, quando l’accusato rinuncia al contraddittorio, il pubblico ministero può contare sulle “stesse” prove delle quali quale dispone l’imputato. Almeno in primo grado.

A ciò si aggiunge che la prova a rinnovazione obbligatoria comporrà il patrimonio probatorio e sarà valutata con le regole che disciplinano la discrezionalità; diverse – si è detto – per i giudizi di condanna rispetto a quelli di assoluzione. Insomma, anche tale prova sarà assunta “in contraddittorio”.

Quello che è violato non è il diritto al contraddittorio, ma semmai quello alla parità delle armi. Ovvero a fare affidamento su compendi probatori omogenei, indifferenti alle previsioni circa l’esito dell’impugnazione: che, a ben guardare, è un diritto “neutro” non riconducibile all’interesse di una parte, piuttosto che dell’altra.

In conclusione, non convince la scelta di creare binari processuali ad approfondimento variabile: un processo con prove orali, se è in predicato una condanna, un processo cartolare, al confronto “sommario”, se è in predicato una assoluzione. E ci si chiede se la (sacrosanta) tensione verso la tutela del diritto di difesa debba esprimersi necessariamente con la creazione di asimmetrie probatorie e risolversi nella deprivazione *lege* del processo che volge verso l’assoluzione. Così, indirettamente, mortificando l’interesse superindividuale rappresentato dalla parte pubblica, che ha il compito costituzionale di perseguire i comportamenti che ledono diritti fondamentali (vita, incolumità fisica, patrimonio, riservatezza etc.).

### 7.4. *Prospettive.*

Ci si chiede come se ci siano delle possibilità di riequilibrio: poche.

---

<sup>57</sup> Cass. Sez. Un., n. 14800 del 21/12/2017, cit., § 6.

La critica alla asimmetria probatoria dovrebbe passare attraverso la attivazione di un incidente di costituzionalità diretto a sollevare dubbi sulla compatibilità dell'603 comma 3-*bis* c.p.p. con l'art. 111 Cost.

Quasi certamente l'operazione avrebbe esito infausto: il Giudice delle leggi ha già esaminato il nuovo statuto della rinnovazione valutando la legittimità costituzionale dell'obbligo di riedizione della testimonianza assunta in incidente probatorio (nell'ambito di un giudizio abbreviato), ed ha pienamente condiviso gli approdi ermeneutici della Cassazione legittimando la asimmetria che qui si critica<sup>58</sup>.

Cercando spazi, si potrebbe puntare sul fatto che la Corte costituzionale ha deciso in materia di prova dichiarativa, sicché (forse) residuano delle possibilità di contestare la legittimità della rinnovazione obbligatoria dell'esame del perito; una volta chiarito che lo stesso non è un testimone e che il suo esame è solo un segmento del complesso processo di formazione della prova scientifica.

Altra strada da percorrere, sempre con riguardo alla rinnovazione dell'esame del perito, potrebbe essere quella di una ulteriore rimessione della questione alle Sezioni Unite: una eventuale interpretazione dissenziente rispetto all'approdo ermeneutico espresso dalla sentenza "Pavan" dovrebbe infatti confrontarsi con il parziale vincolo di conformità al precedente previsto dal nuovo testo dell'art. 618 c.p.p. secondo cui le sezioni semplici devono rimettere il ricorso al Collegio allargato in tutti i casi in cui non condividano un principio di diritto da questo già espresso: si tratta di una prescrizione senza sanzione che, tuttavia, indirizza con chiarezza verso l'abbattimento di (confusivi) contrasti interni alla Corte di legittimità.

L'irrigidimento non rappresenta un limite all'interpretazione difforme, che può essere proposta con l'ordinanza di rimessione, cui è affidata l'attivazione di un virtuoso (ma composto) meccanismo di critica, che potrebbe condurre al superamento delle precedenti interpretazioni<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Secondo la Corte costituzionale la disposizione ora censurata non introduce alcuno squilibrio tra i poteri processuali delle parti, dal momento che configura un adempimento doveroso a carico del giudice, sottratto al potere dispositivo delle parti, e da realizzare anche in assenza di richiesta delle parti medesime. Né la disposizione pone l'imputato in alcuna arbitraria posizione di vantaggio rispetto al pubblico ministero, tale da turbare la simmetria delle relative posizioni. Così come nel giudizio di primo grado celebrato con rito abbreviato le parti possono confrontarsi in condizioni di parità sul significato e sull'attendibilità delle prove raccolte durante le indagini preliminari, nel successivo giudizio di appello le parti saranno nuovamente in condizioni di completa parità in sede di audizione dei testimoni decisivi ai fini della conferma o della riforma della sentenza assolutoria pronunciata in primo grado. La disposizione censurata crea, semmai, un'asimmetria non già tra i poteri processuali delle parti (alle quali sole, peraltro, si riferisce il parametro costituzionale invocato), ma tra gli statuti probatori vigenti in caso di appello del pubblico ministero contro la sentenza di assoluzione, e quelli che si applicano al caso, opposto, di appello dell'imputato contro la sentenza di condanna. E però, tale asimmetria, come hanno rilevato recentemente le Sezioni unite, deriva dalla stessa struttura del processo penale italiano, che «non presenta affatto un'architettura simmetrica», alla luce del principio posto dall'art. 27, secondo comma, Cost. (Corte cost n. 124 del 2019 § 4.3).

<sup>59</sup> G. FIDELBO, [Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto](#), in *Dir. pen. cont.*, 29 gennaio 2018.