

ARCHIVIO PENALE

RIVISTA QUADRIMESTRALE
DI DIRITTO, PROCEDURA E LEGISLAZIONE PENALE SPECIALE, EUROPEA E COMPARATA



NUOVA SERIE

A CURA DI
ALFREDO GAITO

DAVID BRUNELLI – GIOVANNI DEAN – GIULIO GARUTI – ADELMO MANNA –
OLIVIERO MAZZA – TULLIO PADOVANI – MAURO RONCO – GIORGIO SPANGHER

MAGGIO–AGOSTO 2012 FASCICOLO 2
ANNO LXIV

ARACNE

ARCHIVIO PENALE

RIVISTA QUADRIMESTRALE

DI DIRITTO, PROCEDURA E LEGISLAZIONE PENALE SPECIALE, EUROPEA E COMPARATA

Direzione

Studio Gaito
viale Giulio Cesare, 6
00192 Roma
direzione@archiviopenale.it

Redazione

Studio Pannain
via Achille Papa, 21
00195 Roma
redazione@archiviopenale.it

Condizioni di acquisto

Italia

Abbonamento annuale euro 80,00
Fascicolo euro 30,00

Esteri

Abbonamento annuale euro 80,00
Fascicolo euro 30,00

Per ordini

telefax: 06 93781065
e-mail: info@aracneeditrice.it
online: www.aracneeditrice.it
Skype: aracneeditrice

Modalità di pagamento

1. Bonifico bancario intestato ad:
Aracne editrice S.r.l.

IBAN: IT 23 N 05308 38860 00000020121
Causale: *Abbonamento Archivio Penale*

2. Contrassegno postale
3. Carta di credito (acquisto *online*)

Autorizzazione n. 114 del 7 settembre 1984
Tribunale di Urbino

Editore

Aracne editrice S.r.l.
via Raffaele Garofalo, 133/A-B
00173 Roma
(06) 93781065
www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXI Aracne editrice

ISBN 978-88-548-4648-7

ISSN 0004-0304-12002

I edizione: agosto 2012

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4, della legge 22 aprile 1941, n. 633, ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni a uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO – via delle Erbe, 2 – 20121 Milano – telefax 02 809506 – e-mail aidro@iol.it.

La rivista «Archivio Penale» è documentata nell'Archivio DoGi dell'Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica (ITTIG) del Consiglio Nazionale delle Ricerche, consultabile all'indirizzo www.ittig.cnr.it/dogi.

La versione *online* è consultabile sul sito web www.archiviopenale.it

Indice

Editoriale

- 451 Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo
Alfredo Gaito

Confronto di idee su:

« Gli strumenti di contrasto ai fatti di mafia trent'anni dopo »

- 467 Concorso esterno (e partecipazione) in associazione mafiosa: cronaca di una “nemesi” annunciata
Adelmo Manna
- 487 Note sul c.d. concorso esterno
Tullio Padovani
- 499 Il concorso esterno come persistente istituto “polemogeno”
Giovanni Fiandaca, Costantino Visconti
- 515 Concorso esterno e strumenti patrimoniali di contrasto della criminalità organizzata
Alfredo Bargi
- 529 Approccio riduttivo e carattere aporètico delle Sezioni Unite della Corte di cassazione sul concorso esterno nel reato associativo. Caso dell’Utri *docet*
Gabriele Lino Verrina

L’opinione

- 565 Una tempesta perfetta: la discrezionalità del *prosecutor* negli Stati Uniti d’America
William T. Pizzi

Cultura penale e spirito europeo

- 583 Ingiusta detenzione: diritto alla pubblicità dell'udienza
Mario Antinucci
- 597 Sulla prova "unica o determinante". Il caso Al Khawaja e Thaery
c. Regno Unito
Mara Auriemma

Orientamenti

- 605 Le valutazioni estimative in materia penal-tributaria e la scrimi-
nante dell'esercizio del diritto
Ivo Caraccioli
- 613 A proposito del principio di inviolabilità della libertà personale
Massimo Luigi Ferrante

Quesiti

- 633 Il d.lgs. n. 159 del 2011 e il divieto di propaganda elettorale
Francesco Siracusano
- 651 Le immunità reali degli immobili della Santa Sede in Italia
Sergio Colaiocco
- 661 È davvero irrisolvibile il "mistero" del dolo eventuale?
Adelmo Manna

Ordinamento giudiziario

- 679 I ritardi nel deposito dei provvedimenti: evoluzione giurispruden-
ziale dell'illecito disciplinare
Patrizia Foiera

Questioni aperte

- 693 Confisca per equivalente e disponibilità dei beni in capo all'autore
del reato
Andrea Perini
- 703 *Memento* sulla tipicità penale dell'"atto di disposizione del patrimo-
nio"
Daniela Falcinelli

- 723 Interpretazione conforme e nuove dimensioni garantistiche in tema di retroattività della norma penale favorevole
Antonio Balsamo, Siro De Flammineis
- 735 Giudizio abbreviato e successione di leggi nel tempo verso nuovi equilibri *in executivis*
Eleonora Fonseca
- 741 Lo scomputo delle restrizioni patite all'estero nelle procedure con mandato d'arresto europeo
Marina Tiberi
- 747 In tema di patteggiamento parziale
Daniele Livreri
- 755 In dubbio il diritto della difesa all'ultima parola nel rito camerale
Silvia Astarita
- 765 Riciclaggio: dalla tutela penale del patrimonio individuale a quella dell'economia
Pasquale D'Anello

Le idee degli altri

- 773 Recensione a *L'atto abnorme nel processo penale* di Alessio Bellocchi (Utet, Torino, 2012, pp. 264)
Nicoletta Mani

EDITORIALE

Alfredo Gaito

L'abstract (in italiano e in inglese) di ogni contributo può essere consultato liberamente sul sito web www.archiviopenale.it

Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo

Alfredo Gaito

SOMMARIO: I. Premessa, 451 – 2. Il sistema delle impugnazioni fra tradizione e spinte evolutive, 453 – 3. Il diritto alla prova nel giudizio d'appello in ipotesi di riforma della sentenza di proscioglimento, 455 – 4. Il ricorso in cassazione, 457 – 5. Ipotesi di razionalizzazione, 459 – 6. I modi del contraddittorio nel giudizio di legittimità, 460 – 7. Il controllo sul procedimento probatorio e sulla fedeltà agli atti del processo, 462 – 8. Prospettive concrete, 464.

I. Premessa

Sotto l'ambiziosa intitolazione « La Carta di Napoli », subito dopo lo svolgimento di un Convegno sui guasti attuali della cassazione penale, la presidenza dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale ha diffuso una sorta di manifesto recante spunti per una serie di interventi ritenuti indilazionabili.

Premessa « l'urgenza di una riforma idonea a sottrarre la Corte di cassazione alla morsa del superlavoro che ostacola attualmente il pieno esercizio delle funzioni previste dalle norme processuali e dall'art. 65 ord. giud. », si denuncia che « la massa dei ricorsi, la conseguente ipertrofia dell'organico dei magistrati e l'inevitabile contrazione dei tempi dedicati alla trattazione e alla decisione delle singole impugnazioni nonché alla stesura delle sentenze danno vita ad un circolo vizioso che rischia di incidere sulla autorevolezza e sul prestigio della Corte e rende necessario un intervento legislativo urgente volto anzitutto a ridurre il numero dei ricorsi », e si propugna, in chiave di metodo, che « la riforma deve anzitutto trovare un punto di equilibrio tra le diverse funzioni di nomofilachia e di garanzia dell'imputato al controllo di legalità, intervenendo sui tre distinti piani concernenti la legittimazione a proporre ricorso, la ricorribilità oggettiva e il metodo di lavoro della Corte con riguardo soprattutto all'accesso agli atti del giudizio di merito ».

In particolare, questi gli aspetti caratterizzanti del manifesto:

- a) modificazione dell'art. III, co. 7, Cost. in modo da restringere l'area dei provvedimenti ricorribili alle sentenze di condanna a pene detentive ed ai provvedimenti che impongono restrizioni della libertà personale;
- b) esclusione del ricorso contro le sentenze di condanna per reati per i quali è stata applicata la sola pena pecuniaria e contro le sentenze di pro-

scioglimento relative a reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena alternativa, salvo che sia dedotta una questione giuridica di particolare importanza, così da far prevalere lo *ius constitutionis*;

c) contenimento dei controlli *de libertate*, circoscritti al riesame dinanzi alla Corte d'appello (sarebbero disattivati i Tribunali della Libertà) e correlativo ricorso in cassazione per i soli provvedimenti applicativi delle misure coercitive (con abolizione del controllo di legittimità per le misure interdittive e per tutti i provvedimenti emessi in sede di richiesta di revoca, proroga ed estinzione delle misure cautelari personali e di sequestro);

d) esclusione dell'appello cautelare del p.m., legittimato tuttavia al ricorso per cassazione avverso i provvedimenti liberatori deliberati in sede di riesame ed esclusione della possibilità per l'imputato di sottoscrivere l'atto di ricorso personalmente;

e) ripensamento delle attuali modalità di controllo del vizio di motivazione, oscillandosi tra la soppressione di ogni spazio di controllo della motivazione in cassazione, con restituzione all'appello di spazi più ampi e più articolati dal punto di vista istruttorio e il ritorno a un controllo limitato alla mancanza e illogicità manifesta risultanti dal testo del provvedimento impugnato.

Va subito detto che l'aver posto l'accento su questi temi costituisce atto di estremo realismo. I problemi ci sono, sono concreti e stanno sotto gli occhi di tutti. Si tratta di realtà oggettiva su cui difficilmente si potrebbe dissentire. Discorso differente è a farsi non appena dal quadro di rilevazione degli aspetti disfunzionali si passa alle ipotesi diagnostiche, laddove cioè ciascuno di noi sconta un diverso *background* politico, ideologico, economico.

Personalmente, ho l'impressione che le linee di riforma tracciate nella « Carta di Napoli » sottendano un atteggiamento anacronistico rispetto alle conquiste dello Stato democratico e insensibile alla cultura del giusto processo.

Sia consentito in questa sede ad un avvocato militante, forse l'ultimo dei romantici ma sempre inguaribile ottimista, di delineare una ipotesi di lavoro alternativa, quasi un « Libro dei sogni », in linea con il minimo etico della cultura processuale penale e con lo spirito europeo.

E allora procediamo con ordine, pur se rapidamente.

2. Il sistema delle impugnazioni fra tradizione e spinte evolutive

Il sistema dei controlli¹ in genere e delle impugnazioni² in particolare rappresenta uno degli aspetti di più forte criticità del nostro sistema.

Bene o male, la riforma del 1988 aveva introdotto vasti coefficienti di accusatorietà nell'impalcatura del giudizio di primo grado, con previsione di meccanismi deflattivi a carattere premiale³. All'esito della decisione di primo grado, al contrario, il codice vigente ha preteso di mantenere anacronisticamente forme di rimedio che in nulla divergono da quelle già sperimentate nell'esperienza inquisitoria, con refrattarietà tendenziale all'adeguamento delle garanzie concernenti il diritto alla prova, l'oralità ed il contraddittorio come espressione del "giusto processo"⁴, con abdicazione progressiva e totale alla pratica di meccanismi incentivanti i singoli interessati a non impugnare ovvero a rinunciare alla impugnazione affrettatamente proposta.

In definitiva, da oltre vent'anni la giustizia penale convive con due anime contrastanti: quella emblematica del rito accusatorio, con l'esclusione del materiale investigativo, la formazione della prova nel dibattimento di primo grado e la pluralità di tipologie procedurali di accertamento della responsabilità dell'individuo, da un lato, e quella peculiare del rito inquisitorio, bensì con la praticabilità di controlli verticali successivi (giudizio d'appello e ricorso in cassazione) ma su base pressoché esclusivamente cartolare, ove l'incremento del materiale decisorio rimane ancora e sempre ipotesi marginale e di eccezione⁵.

In tale contesto, gli scrupoli affiorati nel legislatore sul finire degli anni '90 per l'affermazione dell'effettività dei controlli sulla correttezza del metodo probatorio (patteggiamento sui motivi d'appello, limitata appellabilità delle sentenze di proscioglimento, ampliamento dei poteri di controllo della cassazione sulla prova decisiva mancata e sulla contraddittorietà della motivazione per infedeltà rispetto agli atti del processo⁶), una volta soccombenti

1. Cfr. CARINI, voce *Errore e rimedi*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV Agg., I, 2008, 258; SANTORIELLO, voce *Motivazione (Controlli sulla)*, *ibidem*, I, 695.

2. Cfr. DELL'ANNO, *Impugnazioni (nei procedimenti cautelari)*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV Agg., I, 2008, 465; RANALDI, voce *Impugnazioni (in generale)*, *ibidem*, I, 444; SANTORIELLO, *La conversione dei mezzi di impugnazione*, in *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la « legge Pecorella*, a cura di Gaito, Torino, 2006, 181; SOTTANI, *Un sistema in trasformazione*, in *Le impugnazioni penali*, Trattato a cura di Gaito, I, Torino, 1998, 27; TRANCHINA, voce « *Impugnazione (dir. proc. pen.)* », in *Enc. dir., Agg.*, II, Milano, 1998, 413.

3. Da ultimo v. GAITO, GIUNCHEDI, SANTORIELLO, SPANGHER, *Scopi della giustizia penale e politica processuale differenziata*, in *I procedimenti speciali*, coord. da Giunchedi e Santoriello, I, Torino, 2010, XXI.

4. Cfr. GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 5; ID., *Gli scrupoli del legislatore per l'effettività dei controlli sulla correttezza del metodo probatorio*, in *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la « legge Pecorella »*, cit., 265.

5. Cfr. FIORIO, *La prova nuova nel processo penale*, Padova, 2008; e già esaurientemente MAZZARRA, *La rinnovazione del dibattimento in appello* (a cura di FIORIO), Padova, 1995.

6. V. BARGI, *Il ricorso per cassazione*, in *Le impugnazioni penali*, cit., II, 449; SANTORIELLO, *Il vizio di motivazione tra esame di legittimità e giurisdizione*, Torino, 2008; ID., voce *Giudizio di fatto e di diritto*, in

a fronte del *fin de non recevoir* opposto dalla giurisprudenza costituzionale⁷ e da quella ordinaria⁸, sembrano oramai recessivi nonostante la crescente attenzione rivolta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ai sistemi nazionali dei controlli⁹.

Negli ultimi tempi, proprio sotto la spinta proveniente dall'Europa, qualcosa hanno fatto da un lato la Corte costituzionale (pubblicità dell'appello in tema di misure di prevenzione¹⁰; la nuova ipotesi di revisione¹¹) e dall'altro lato la Corte di cassazione (si pensi alla dilatazione degli ambiti operativi del ricorso straordinario¹², agli innovati profili del contraddittorio nel giudizio di revisione¹³), ma restano ancora intatti i più accentuati profili di criticità della disciplina codicistica del giudizio d'appello, unico gravame di merito attraverso il quale dovrebbe trovare attuazione nel nostro ordinamento il diritto al doppio grado di giurisdizione (irrilevante e stantio il quesito se tale diritto abbia o meno copertura costituzionale: si tratta di diritto scandito a livello sovranazionale, e tanto basta¹⁴), così come è sotto gli occhi di tutti il

Dig. Disc. Pen., IV Agg., I, 418; C. VALENTINI, voce *Ricorso per cassazione (pen.)*, *ivi*, VI Agg., 2011, II, 526.

7. Corte cost., sent. n. 26 del 2007 ha eliminato l'art. 1 legge n. 46 del 2006 nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 c.p.p., escludeva l'appellabilità per il pubblico ministero delle sentenze di proscioglimento, fatta eccezione per le ipotesi di nuova prova decisiva; la successiva sent. n. 32 del 2007, ha espunto l'art. 2 legge n. 46 del 2006 nella parte in cui, modificando l'art. 443, co. 1, c.p.p., escludeva, sempre per il pubblico ministero, l'appellabilità delle sentenze di proscioglimento emesse a seguito del giudizio abbreviato; la sent. n. 85 del 2008 ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 1 legge n. 46 del 2006, nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 c.p.p., escludeva in danno dell'imputato l'appellabilità delle sentenze di proscioglimento relative ai reati diversi dalle contravvenzioni punite con la sola pena dell'ammenda o con pena alternativa, fatta eccezione per le ipotesi previste dall'art. 603 c.p.p., in presenza di una prova decisiva.

8. Cfr. MONTAGNA, *L'applicazione delle nuove regole nei procedimenti in corso*, in *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, cit., 203 e segg.; per considerazioni critiche v. anche GAITO, *Il ruolo e la funzione del giudizio di legittimità (tra essere e dover essere)*, in *Ind. pen.*, 2010, 459 e segg.

9. Cfr. Corte EDU, 10 aprile 2012, Lorenzetti c. Italia; Id., 14 giugno 2011, Dan c. Moldavia.

10. V. Corte cost., 12 marzo 2010, n. 93, in *Giur. cost.*, 2010, 89, con osservazioni di GAITO, FURFARO, *Consensi e dissensi sul ruolo e sulla funzione della pubblicità delle udienze penali*.

11. Ci si riferisce a Corte cost., sent. n. 113 del 2011.

12. V. Cass., Sez. Un., 14 luglio 2011, Corsini, in *Giur. it.*, 2012, 917.

13. Nel giudizio di revisione, qualora la Corte d'appello proceda, seppur irritualmente, all'acquisizione del parere del P.G., dello stesso parere deve essere data comunque comunicazione alla parte richiedente, in modo da consentire di contraddire sul punto. Così esemplarmente Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2012, Dander, in *archiviopenale.it*, argomentando come e perché « In particolare, la sentenza della Corte EDU del 23 ottobre 2006, Fodale c. Italia, impone un rito il quale consenta, concretamente, ad ogni parte una ragionevole possibilità di interlocuzione processuale e non soltanto la mera facoltà di replica alle osservazioni avanzate da una parte [...] Soltanto così può concretarsi l'effettiva garanzia al contraddittorio che, ancorché regola non esplicitata positivamente, è indubbiamente sottesa alla previsione dell'art. 6, co. 1, CEDU, e soltanto mediante detta informazione indirizzata alla parte privata si permetta la salvaguardia del suo diritto "a farsi risentire", e cioè a potere non soltanto esporre le ragioni proprie, ma, soprattutto, controbattere quelle avversarie ».

14. Cfr. DE CARO, *Filosofia della riforma e doppio grado di giurisdizione di merito*, in *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la «legge Pecorella»*, cit., I e segg. L'art. 14 Patto internazionale sui diritti civili e politici, al § 5 stabilisce che « Ogni individuo condannato per un reato ha diritto a che l'accertamento

malessere correlato al crescente carico di lavoro innescato dall'incontrollato accesso al giudizio di cassazione.

3. Il diritto alla prova nel giudizio d'appello in ipotesi di riforma della sentenza di proscioglimento

L'art. 598 c.p.p. prevede l'estensione delle norme sul giudizio di primo grado al giudizio d'appello, pur recando una clausola di salvezza circa il contenuto delle norme successive. L'art. 111 Cost. non autorizza distinzione di sorta fra gradi di giudizio, donde l'estensione a tutto campo del diritto dell'imputato ad ottenere ogni "mezzo di prova" a suo favore. La sentenza della Corte EDU « Dan vs Moldova » ha esplicitato la irrinunciabilità della riassunzione orale della prova a carico ogni qualvolta l'appello sia stato provocato dal p.m. impugnante contro una sentenza di proscioglimento¹⁵. Per l'effetto, anche il processo d'appello deve essere "giusto", con tutto quanto ne consegue in termini di prova, oralità e contraddittorio.

Al contrario, tutto sembra rimasto fisso e immobile come prima, anzi immutabile. Eppure, l'inadeguatezza del giudizio d'appello appare in tutta la sua evidenza in quanto nella realtà operativa delle aule di giustizia quella della integrazione probatoria è solo una parentesi eventuale ai margini di una mera eccezionalità. Mentre è chiaro che se la oralità della riassunzione probatoria in appello dovrà essere effettiva e non ingannevole, le ricadute concrete dovrebbero essere in termini di non ulteriore praticabilità sulla prassi oramai invalsa di celebrare le udienze d'appello in maniera esclusivamente cartolare.

Sappiamo delle obiezioni, ancora e sempre arroccate attorno al diritto scritto in punto dei limiti di ammissibilità, legati, di volta in volta, ad una delibazione di legalità, pertinenza e rilevanza (art. 190 c.p.p.), necessarietà (art. 438, co. 5, c.p.p.), novità ed ancora necessarietà (rispettivamente co. 2 e 3 dell'art. 603 c.p.p.), decisività ai fini dell'annullamento della decisione impugnata in sede di legittimità (art. 606, co. 1, lett. d, c.p.p.): si tratta di ostinate posizioni di retroguardia destinate a soccombere non essendo consentito a

della sua colpevolezza e la condanna siano riesaminati da un tribunale di seconda istanza»; dello stesso tenore è l'art. 2 Protocollo aggiuntivo 7 alla C.e.d.u. (« Ogni persona dichiarata colpevole da un tribunale ha il diritto di far esaminare la dichiarazione di colpevolezza o la condanna da una giurisdizione superiore »); e non può esservi dubbio che nell'accezione di « condanna » e di « pena » debbano essere intese, non soltanto tutte indiscriminatamente le sentenze del giudice di cognizione che abbiano ad oggetto comunque una pena (oggi: anche la confisca), ma anche quelle decisioni (tipicamente: il « decreto » di condanna) in ordine alle quali l'esplicazione del potere decisorio da porre del giudice si pone in termini di riconsiderazione del fatto e, quindi, di applicazione di una « pena ».

15. Cfr. GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello. L'Europa impone la riassunzione delle prove dichiarative quando il p.m. impugna l'assoluzione*, in *Arch. Pen.*, 2012, 349.

chicchezza svuotare di contenuti il nuovo (art. III Cost. e giurisprudenza europea) sull'altare delle vecchie disposizioni di legge ordinaria.

Breve. Se prima della costituzionalizzazione del giusto processo il giudizio di secondo grado poteva definirsi in modo ortodosso *revisio prioris instantiae*, secondo quella necessità del giudice di appello di ripercorrere i sentieri gnoseologici battuti dal primo giudice e di rivalutarli alla luce delle indicazioni scaturite dall'esercizio del potere di critica delle parti¹⁶, oggi l'esaltazione del diritto alla prova contraria previsto dal co. 3 dell'art. III Cost. induce a pretendere un *novum iudicium* vero e proprio; nel senso di fase di giudizio che non sia circoscritta ad assicurare, per finalità di critica settoriale avverso la prima decisione, una integrazione probatoria limitata da considerare non più che in termini di "eccezionalità" rispetto ad un primo grado di giudizio connotato dalla presunzione di regolare esaustività dell'accertamento (bisognerà affermare, prima o poi, che ogni presunzione di regolarità va bandita dal processo penale, ove il giudizio può essere ritenuto completo solo in via di astrattezza teorica, fino a quando si disveli in concreto l'esistenza di elementi conoscitivi non considerati), bensì quale momento istituzionalmente deputato all'esercizio (o al recupero) del diritto alla prova, dove il mito (tipico dei regimi autoritari) della infallibilità del giudice e delle istituzioni cede il passo all'esigenza di porre rimedio ad ogni possibile errore giudiziario in qualunque momento della progressione processuale penale¹⁷.

Purtroppo, invece, nella prassi quotidiana, viene sistematicamente respinta qualsiasi possibilità di nuovi apporti gnoseologici, sicché l'appello si risolve soltanto in un giudizio di critica, in fatto ed in diritto, dei percorsi motivazionali del giudice di primo grado, in considerazione della fisionomia stessa del modello ereditato dalle esperienze del passato: dal principio devolutivo nella formulazione dell'impugnazione mediante la predisposizione dei motivi, alla relazione della causa che va rivisitata in rapporto alle censure dell'appellante. D'obbligo l'adeguamento, per via di interpretazione conforme¹⁸. O di rettifica per opera della Corte costituzionale. Fermo restando che per l'introduzione di meccanismi davvero nuovi rimane necessario l'intervento legislativo.

16. Cfr. DE CARO, MAFFEO, voce « Appello », in *Dig. Disc. Pen.*, V Agg., 2010, I, 44.

17. Cfr. GAITO, *Impugnazioni e altri controlli: verso una decisione giusta*, in *Le impugnazioni penali*, cit., I, 15.

18. BUZZELLI, *Procedimenti paralleli, spazio di giustizia, U.E. Contesto normativo e aspetti problematici*, in *Arch. Pen.*, 2012, 113; GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U. La ricombinazione genica del processo penale*, *ibidem*, 73; MAZZA, *Giustizia penale in trasformazione: profili d'indagine*, *ibidem*, 17; MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, *ibidem*, 29; MONTAGNA, *Processo contumaciale e pubblicità dell'udienza nella prospettiva di un dialogo tra Corti*, *ibidem*, 127; UBERTIS, *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, *ibidem*, 21.

4. Il ricorso in cassazione

Alla dilatazione dei diritti dei singoli necessariamente corrisponde l'espansione delle sacrosante aspettative in termini di risposte adeguate che l'ordinamento è obbligato a fornire, in correlazione dei rinnovati diritti riconosciuti come meritevoli di tutela.

Tutto ciò dovrebbe innescare approfondite considerazioni sull'opportunità di rivedere il principio — oramai anacronistico — della tassatività delle impugnazioni¹⁹: una volta entrati nell'era del giusto processo, non può più essere consentito alcuno iato fra tutela *formale* e diritti *sostanziali*. Questa consapevolezza, però, tarda ad affermarsi nella materia delle impugnazioni, e in riferimento al ricorso per cassazione in particolare, dove la stagnazione delle idee pare addirittura più marcata rispetto ad ogni altro settore del processo penale. È anche per questo che la novità più importante degli ultimi anni va colta nella riforma dell'art. 606, co. 1, lett. e, c.p.p. che contempla il controllo giudiziale effettivo sulla correttezza del metodo decisorio sulle sentenze.

Il timore di una inflazione di ricorsi per cassazione aveva subito provocato, in alcuni rappresentanti della Procura Generale, qualche presa di posizione tendente ad interpretare restrittivamente la nuova formulazione della lett. e dell'art. 606, co. 1, c.p.p., tanto aumentando gli oneri gravanti sul ricorrente (si pensi alla pretesa di estendere al settore penale l'esperienza civile della c.d. "autosufficienza del ricorso" e di rafforzare il controllo preventivo su tale vizio, considerato decisivo), quanto accentuando il ruolo preclusivo del c.d. "precedente". La riflessione che si impone ora sul punto è duplice: per un verso, valutare se il ricorso per cassazione in materia penale debba consentire il controllo sul ragionamento probatorio; per altro verso, in prospettiva pragmatica, individuare le garanzie irrinunciabili per conseguire un livello di controllo tale sul ragionamento probatorio da poter essere considerato adeguato in riferimento agli *standards* ricostruttivi e argomentativi imposti ai giudici di merito (dalla legge interna e dalle regole di giudizio enucleate nell'elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU) per ogni decisione.

I nuovi fattori condizionanti — che ridisegnano non solo la fisionomia degli istituti in discorso ma, modificando anche il rapporto tra appello e ricorso di legittimità, incidono sul regime complessivo delle impugnazioni — sollecitano una messa a punto del sistema integrato dei controlli sulle decisioni penali.

L'esigenza di garantire un'efficiente e rapida gestione del procedimento

19. In correlazione con una rimediazione del principio di tassatività delle nullità: già in tal senso GAITO, in DOMINIONI, CORSO, GAITO, SPANGHER, DEAN, GARUTI, MAZZA, *Procedura penale*, Torino, 2010, 783 e segg.; per utili spunti cfr. BELLOCCHI, *L'atto anormale nel processo penale*, Torino, 2011.

penale, rispettosa dei diritti fondamentali del singolo, è reale e sempre più urgente. Oltretutto, si tratta di settore ove lo spazio operativo a disposizione dell'interprete è piuttosto risicato, mentre il legislatore avrebbe la possibilità di introdurre meccanismi inediti, al medesimo tempo deflattivi e rispettosi del minimo etico del giusto processo.

In una prospettiva innovativa, rispettosa dei diritti sostanziali dei singoli e del nuovo ruolo della difesa, non più statica ma chiamata ad attivarsi nella ricerca della prova a confutazione, deve finalmente guardarsi all'appello non quale strumento dilatorio sistematicamente proposto per differire l'esecutività della sentenza (in virtù dell'effetto sospensivo), bensì quale strumento da utilizzare in via esclusiva per la correzione degli errori del primo giudice, avendo la cautela di contrastare le finalità dilatorie con l'introduzione di nuovi adeguati strumenti davvero in grado di alleggerire il carico delle udienze d'appello. E il pensiero va naturalmente ad interventi dislocati sul piano del diritto penitenziario, ad esempio con la previsione di margini fissi più ampi e vantaggiosi al non appellante in tema di liberazione anticipata e di esclusione dei divieti all'accesso ai benefici.

Considerazioni analoghe valgono per il giudizio di cassazione, nel rispetto dell'equiparazione tendenziale scaturente dalla lettera dell'art. 614, co. 1, c.p.p. Giova ricordare in proposito che l'appello è il mezzo d'impugnazione mediante il quale la parte chiede ad un giudice c.d. "superiore una nuova" decisione sostitutiva in tutto o in parte di quella impugnata e che, secondo l'impostazione classica, l'appello è un mezzo normalmente devolutivo e sospensivo dell'esecuzione della sentenza di condanna appellata. Il ricorso per cassazione presenta una struttura diversa dall'appello, nel senso che è strumento di controllo predisposto con il limite qualitativo segnato dai "casi" di cui all'art. 606 c.p.p., non già a sostituire una decisione (nuova) ad un'altra, ma a decidere della legittimità (o legalità) della decisione al vaglio di legittimità, restando irrilevante la valutazione dei fatti e delle circostanze compiuta dal giudice precedente, salvo i casi di manifesta illogicità o contraddittorietà della motivazione.

Anche in tali casi, però, la decisione della cassazione (decisione di legittimità o, come anche si dice: di puro diritto, e non di merito) non sostituisce alcunché, limitandosi a rilevare l'errore motivazionale e basta.

Può dirsi, insomma, che nel caso in cui il giudizio cada su un elemento essenziale ai fini della valutazione dei fatti la decisione di cassazione dovrà limitarsi a rilevare, eventualmente, gli errori logici del percorso che ha condotto alla decisione cassata. Perché tutto si risolve in termini di legittimità del provvedimento e non già di verifica della "ingiustizia" della decisione impugnata, non essendo previsto, al dunque, un riesame sostitutivo delle conclusioni adottate a prescindere dalla legittimità del procedere anche in ordine alla completezza e persuasività della decisione.

5. Ipotesi di razionalizzazione

Nel momento in cui si lamenta la realtà effettuale di una « valanga di ricorsi » destinata a paralizzare la Corte di cassazione, servono scelte coraggiose che guardino in avanti, senza la tentazione di cedere alle solite spinte reazionarie conservatrici²⁰ incarnate e incancrenite negli ambulacri dei palazzi (anzi, troppo e sempre più spesso: teatri²¹) di giustizia.

Nel contesto culturale dell'adeguamento agli *standards* europei, il primo passo da compiere è quello della valorizzazione dell'appello che da stanca procedura cartolare deve irrinunciabilmente diventare un secondo grado di giudizio celebrato in pienezza di contraddittorio ed oralità, con la riasunzione del materiale decisorio disponibile. Nonché con l'introduzione di meccanismi alternativi a carattere premiale (opportuna la reintroduzione del patteggiamento sui motivi d'appello, con l'accortezza di non consentire a chi abbia già usufruito del trattamento di favore derivante dal giudizio abbreviato di usufruire di una seconda diminuente endoprocedurale).

I segnalati profili differenziali tra appello e ricorso per cassazione, inoltre, potrebbero legittimare una ipotesi di approccio differenziato in punto di effetto sospensivo dell'impugnazione, con ripercussioni dirette in termini di azzeramento radicale dei ricorsi per cassazione proposti unicamente con l'intento dilatorio di differire l'esecuzione della pena oltre la cortina del tempo. Invero, quale contrappeso alla accresciuta completezza del nuovo giudizio di secondo grado, in ogni ipotesi di doppia conforme (di condanna come di assoluzione) dovrebbe conseguire la immediata esecutività della sentenza (da escludere, invece, l'esecutività della sentenza ogni qualvolta l'imputato sia stato condannato per la prima volta in appello)²².

È opportuno, altresì, che le norme in materia di prove e le disposizioni in tema di garanzie a presidio della terzietà ed imparzialità del giudice siano combinate in maniera consona a dotare l'impugnante di strumenti realmente efficienti per rivedere la pregressa decisione. Ecco perché il sistema delle impugnazioni deve rispondere a determinate caratteristiche di funzionalità, miranti ad offrire "qualità" ai singoli modelli.

20. Cfr. GAITO, *Cultura del nuovo processo penale e sindrome della riforma*, in *il giusto processo*, 1989; ID., *Statistiche giudiziarie e cultura processuale penale*, in DI FEDERICO, GAITO, MARGARITELLI, SECHI, SEGHEZZI, *Il monitoraggio del processo penale*, Bologna, 1995.

21. Cfr. GAROFALO, *Teatro di giustizia*, Napoli, 1996.

22. Dove, quando dico immediata, intendo che per davvero l'esecutività consegua senza soluzione di continuità alla pronuncia della seconda sentenza d'appello conforme ed, ovviamente, alla rinuncia all'impugnazione, che dovrebbe essere ratificata con ordinanza senza particolari formalità ed annotata senza ritardo ai fini del passaggio subitaneo all'eventuale esecuzione della pena.

6. I modi del contraddittorio nel giudizio di legittimità

Se uno dei requisiti minimi del giusto processo è un'udienza equa e pubblica (quanto meno con la partecipazione attiva di accusa e difesa), occorre prendere le mosse dalla constatazione che in cassazione di udienze aperte al pubblico e di udienza camerale c.d. partecipate (cioè alla presenza di accusa e difesa) se ne fanno ma sono forse percentualmente preponderanti le decisioni in camera di consiglio *inaudita altera parte*, quelle cioè con requisitoria scritta e senza che alle parti sia consentito di partecipare di presenza ed oralmente. È l'effetto, tra l'altro, dell'istituzione di quella famosa Settima Sezione — a competenza funzionale esclusiva — proprio per sfrondare il carico di lavoro delle sei Sezioni penali ordinarie dai ricorsi manifestamente inammissibili.

In un ragionato equilibrio tra impegno e risultato, purché la possibilità di un contraddittorio effettivo sia comunque garantita, il minimo correttivo a pretendersi è quello della convertibilità della procedura camerale semplificata in un giudizio pieno con o senza pubblico su domanda dell'interessato. Perché il problema non è tanto quello esteriore della partecipazione popolare, bensì quello della pienezza del contraddittorio nelle decisioni camerale: se e quando la dialettica critica sul provvedimento impugnato è relegata esclusivamente allo scambio cartolare, è arduo affermare che il contraddittorio ha davvero pienezza ed effettività.

Vero è che, operando solo in tal modo, i tempi di smaltimento dei ricorsi potrebbero allungarsi. Anzi, il rischio c'è ed è concreto. D'altra parte, le medesime esigenze di sfortimento che si registrano per l'appello valgono, e forse più, per la cassazione: pare opportuno introdurre anche in questa sede un qualche spazio di maggior favore nel momento dell'esecuzione penitenziaria all'imputato non ricorrente ovvero al ricorrente "virtuoso" rinunciante, in misura ovviamente ridotta rispetto agli omologhi vantaggi penitenziari da riconoscere al non appellante.

Parallelamente, si potranno forse recuperare spazi ulteriori in altro modo; ad esempio, con l'attribuzione di maggiore efficacia alle decisioni della Corte di legittimità ed al riassetto operativo e funzionale della cassa delle ammende, non già solo aumentando le sanzioni in funzione dissuasiva bensì anticipandone l'osservanza in modo automatico, quale condizione per la presentazione di ulteriori impugnazioni *de eadem re*.

Pur senza incidere sul tradizionale regime di tassatività delle impugnazioni, e senza intaccare la copertura dell'art. III Cost., già modesti correttivi del genere, coniugati con il formale riconoscimento dell'autorità vincolante del *decisum* della Corte di cassazione per il giudice di merito *rebus sic stantibus*, sarebbe idoneo ad attenuare il fenomeno delle impugnazioni ripetitive pretestuose. Ciò non significherebbe moltiplicare il lavoro di cassazione, bensì razionalizzarlo, ottimizzando al contempo il lavoro delle cancellerie

dei giudici di merito, ai quali bisognerà restituire un controllo iniziale degli ambiti delle impugnazioni proposte, al fine di individuare immediatamente i capi della sentenza impugnati da quelli rimasti non impugnati, destinati all'immediata esecuzione.

Quanto alle impugnazioni *de libertate*, il rimedio alla crescita esponenziale delle impugnazioni passa inevitabilmente attraverso il recupero della previsione, aggiornata, della Legge Pecorella circa gli effetti preclusivi della riforma o annullamento della misura in sede di impugnazione conseguente al giudizio di impugnazione cautelare o di merito che escluda *ab origine* la sussistenza delle esigenze cautelari o del quadro indiziario a carico dell'indagato e/o dell'imputato. Necessario, altresì, un meccanismo tempestivo e trasparente idoneo a conseguire, in ipotesi di abuso, l'effettiva responsabilità per l'emissione della misura (a prescindere dalla possibilità postuma della riparazione per ingiusta detenzione).

Un ripensamento complessivo, poi, non potrebbe non tenere conto dei più recenti orientamenti della Corte europea e della Corte costituzionale che quanto meno mettono in discussione i parametri cui fare riferimento per la definizione delle concrete esigenze cautelari, circoscrivendo progressivamente gli spazi per troppo tempo lasciati a quegli automatismi cautelari²³ anacronisticamente riproductivi del mandato di cattura obbligatorio²⁴ (alle sentenze n. 265 del 2010, n. 164 del 2011 e n. 331 del 2011 si è aggiunta da ultimo la sentenza n. 110 del 2012).

Non so anteverne se l'attribuzione della competenza funzionale sui controlli *de libertate* alla Corte d'appello, con soppressione dei Tribunali della Libertà sia suscettiva di arrecare i vantaggi auspicati nella Carta di Napoli; certo è, invece, che sarebbe anticostituzionale sopprimere i controlli sui provvedimenti di sequestro e sulle misure interdittive: pur senza ribadire che se la confisca è pena²⁵, allora il sequestro corrisponde a custodia preventiva (con ovvie conseguenze a trarsene), non può essere trascurato che l'evoluzione scientifica da tempo ha consentito alla dottrina costituzionalistica più accreditata di pervenire alla dimostrazione che qualsiasi forma di soggezione giuridica incidente sui diritti fondamentali si risolve oramai in una compressione delle garanzie in tema di libertà personale²⁶.

23. Recentemente ARESU, *Misure cautelari personali e principio dell'assorbimento*, in *archiviopenale.it*, 2012.

24. Cfr. GAITO, *Onere della prova e processo penale. Prospettive d'indagine*, in *Giust. pen.*, 1975, III, 517.

25. Corte EDU, Sez. II, 20 gennaio 2009, Sud Fondi c. Italia.

26. PACE, voce *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974; COLLIARD, STREET e SCHNEIDER, in *La libertà personale*, a cura di Elia e Chiavario, Torino, 1977.

7. Il controllo sul procedimento probatorio e sulla fedeltà agli atti del processo

Per il combinato dell'ampiezza devolutiva dell'atto di ricorso, dell'obbligo di motivare adeguatamente (valido certamente anche per le sentenze di cassazione, anche nella prospettiva del ricorso straordinario per errore di fatto) e dei vincoli metodologici imposti al Giudice di legittimità (accertamento *in iure*), è certo preclusa una rivalutazione di merito delle risultanze processuali; mentre non solo non è inibita, anzi è imposta, la giusta applicazione delle regole di valutazione probatoria. Rischierebbe altrimenti di essere dissolta l'estrema garanzia offerta dalla motivazione della pronuncia nella quale l'intimo convincimento del giudice appare verificabile *ab externo*.

La legale valutazione della prova è imposta dallo schema normativamente stabilito di una motivazione che per darsi *giusta* va plasmata alla luce dei criteri di completezza e specificità di cui agli artt. 192, co. 1, e 546, co. 1, lett. e, c.p.p. a mente dei quali il Giudice deve dar conto, con argomentazioni che allo stesso tempo risultino convincenti e convincenti, degli elementi acquisiti e dei criteri adottati, valutando altresì con il medesimo rigore tanto gli elementi a sostegno dell'ipotesi accusatoria che quelli di favore offerti dalla difesa²⁷. Se così è, e non può dubitarsene, in tanto il sindacato di legittimità sulla correttezza del procedimento probatorio si risolve in uno strumento utile alla bisogna in quanto (pur non potendo consistere nella rivalutazione della gravità, della precisione e concordanza degli indizi) si concreti nel controllo logico e giuridico della struttura della motivazione.

Inoltre, non sembra potersi trascurare che — per effetto della riforma dell'art. III Cost., che considera il principio del contraddittorio non solo come *metodo di elaborazione della prova*, ma anche come *canone fondamentale per la valutazione della prova* — la decisione deve scaturire dalla valutazione di quegli elementi alla formazione dei quali tutte le parti processuali abbiano effettivamente partecipato; correlativamente, al fine di verificare se e in che misura un certo procedimento sia stato giusto, oppure no, i giudici di cassazione non possono sottrarsi al compito di verificare se nella prospettazione delle ragioni poste a fondamento della decisione vi siano o meno elementi che non erano scaturiti dallo scontro dialettico tra le parti e se i contributi effettivamente apportati dagli interessati abbiano ricevuto considerazione concreta.

In questa prospettiva merita attenzione anche il tema cruciale dell'inserimento di meccanismi correttivi appropriati in mancanza dei quali non sarebbe più possibile il mantenimento del giudizio contumaciale.

I principi della giurisdizione e del giusto processo impongono il rispetto della garanzia del contraddittorio e quindi anche del diritto alla prova e del

27. Diffusamente BARGI, *I requisiti normativi della decisione giusta (tra fedeltà agli atti del processo e motivazione apparente)*, in *Giur. it.*, 2009, 2285.

diritto di sottoporre ad un giudice superiore ogni decisione di merito sulla prova.

Una volta stabilito (nel rispetto di ineludibili regole di civiltà giuridica) che la decisione terminativa non può scaturire che da un giusto processo, allora la possibilità che il giudice dell'impugnazione rivaluti integralmente il rispetto del metodo del contraddittorio e l'osservanza delle regole sulla formazione e sulla valutazione della prova da parte del giudice inferiore appare come lo strumento più appropriato per il conseguimento di una verità giudiziale che valga a scongiurare l'errore giudiziario: la decisione (anche formalmente) equa presuppone che alle parti sia stato consentito di illustrare — in reciproca contrapposizione — le rispettive argomentazioni. Correlativamente, si tratta di consentire anche in cassazione (ove e quando reso necessario dalla natura del vizio censurato) una verifica sull'ortodossia della celebrazione del processo di merito per stabilire se sia stato assicurato l'utile contributo argomentativo di ogni parte al fine di non sottovalutare alcuna ipotesi alternativa configurabile sul tema di fatto (e sui profili di diritto) dell'imputazione.

Insomma: i principi di effettività e di non contraddizione impongono l'apprestamento di un meccanismo di controlli ove trovino adeguato riconoscimento i diritti attribuiti alle parti nei gradi pregressi del giudizio e, al contempo, trovi spazio la verifica sul rispetto da parte del giudice inferiore delle regole di procedura.

Ed ecco il punto; il convincimento del giudice del merito non può e non deve rimanere avulso dalla conoscenza di tutti quei fatti che possano risultare comunque significativi nella ricostruzione della vicenda dedotta in giudizio, sicché la decisione non può non poggiare sull'apprezzamento comparato e contestuale delle opposte argomentazioni; per l'effetto, non sarebbe effettivo, ma soltanto apparente ed illusorio, un giudizio d'impugnazione che in via istituzionale precludesse alla Corte di cassazione di verificare come il giudice del merito abbia compiuto la ricostruzione del fatto; in pratica, se il provvedimento portato al vaglio di legittimità si sia colpevolmente discostato dalle enunciazioni della difesa nella loro dimensione rivelatrice delle eventuali incongruenze affioranti nella tesi sostenuta dall'accusa.

L'equità del giudizio non può non misurarsi in proporzione allo spazio concesso alle parti non solo per la ricerca, l'introduzione e l'assunzione del materiale probatorio ma anche e soprattutto per la verifica sull'ortodossia della decisione del giudice, in quanto opzione sintomatica di un'adeguata metodologia di accertamento della verità. Dove il punto cruciale è quello degli strumenti più idonei a verificare, in sede di impugnazione, la correttezza nelle operazioni di selezione ed acquisizione della prova; e soprattutto la correttezza della valutazione della prova compiuta dal giudice la cui decisione è stata impugnata.

Se è condivisibile l'idea della riconducibilità del processo penale nell'alveo fisiologico di strumento d'accertamento secondo regole egualmente vincolanti per tutti i soggetti, il giudizio di cassazione non può essere connotato dalla marcata tensione verso un risultato ad ogni costo in tempi rapidi e dalla ripulsa di ogni ansia giudiziale per la verità reale; al contrario, il moltiplicarsi dei diritti fondamentali e l'introduzione di sempre nuove regole di giudizio e/o di esclusione probatoria implicano l'adozione, in funzione di verifica e di recupero, di sempre più sofisticati strumenti.

8. Prospettive concrete

Da più parti si osserva come, nei vari sistemi giudiziari, ad un processo "robustamente garantito" in primo grado può corrispondere addirittura una forte limitazione del grado d'appello, aggiungendo opportunamente come non paia proprio che si possa dire che il processo di primo grado in Italia sia "robustamente garantito"²⁸. La constatazione è da condividere e il pensiero non si ferma ai casi in cui il giudizio è affidato ad un giudice monocratico, ma pure ai processi unilateralmente e incontrollabilmente avviati dal p.m. sui binari del giudizio immediato, ai processi per fatti di competenza della Corte d'assise celebrati nelle forme del rito abbreviato da un giudice monocratico, alla contrazione del contraddittorio prevista dall'art. 190-bis c.p.p.

Nel momento in cui fosse conseguito il duplice obiettivo consistente (il primo) nella deflazione delle fasi di impugnazione quale effetto degli incentivi usufruibili *post rem iudicatam* dai non appellanti e dai non ricorrenti (o rinuncianti: ciascuna categoria in misura diversa), e (il secondo) nella celebrazione di un secondo grado di giudizio di merito (appello, cioè) "robustamente garantito", allora sì che il controllo della Corte di cassazione (finalmente liberata dalle impugnazioni poco utilmente dilatorie e sollevata dalle questioni ripetitive oggi di *routine*) potrà essere riportato nell'alveo originario e fisiologico della pura legittimità, con recupero di efficienza e soprattutto di qualità delle decisioni, non senza (auspicabilmente) i connotati di opportuna uniformità e necessaria prevedibilità.

28. FURFARO, *Impugnazioni interne e sistemi sovranazionali: resistenze culturali e necessità di armonizzazione*, in *La sentenza della Corte costituzionale 6 febbraio 2007 n. 25: un energico richiamo al metodo della giurisdizione*, Atti del Convegno, Trani 2-3 febbraio 2007, in *Unità del sapere giuridico*, n. 6, Milano, 2007, 53; e già R. MIRAGLIA, *Diritto penale minimo e giusto processo*, Relazione al Convegno su *Democrazia, diritti e giustizia al tempo dell'Unione*, 20 ottobre 2006, in *giuristidemocratici.it*.