

ANTI-PANEGIRICO DELL'INTERVENTO LEGISLATIVO SULLE IMPUGNAZIONI

di *Adolfo Scalfati*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Emendamenti all'appello: rilievi minimi. – 3. (*Segue*): *Déjà vu*. – 4. (*Segue*): L'inedito: rinnovazione *ope judicis*. – 5. (*Segue*). ... e contenimento dei poteri d'accusa. – 6. Modifiche al ricorso in cassazione. – 7. Arretramenti difensivi. – 8. Egemonia della Corte.

1. Premessa

La scienza della legislazione – per usare qui “impropriamente” le parole di Gaetano Filangieri – ha subito una radicale metamorfosi; iniziato in sordina e poi divenuto plateale, il cambiamento poggia sull'idea di ritenere obsoleta la revisione strutturale di un codice o di una sua parte. Il legislatore, nonostante sia affetto da compulsione riformatrice, procede oramai con strategie micro-selettive su singoli settori della disciplina, talvolta stratificando interventi nella stessa materia capaci di generare imbarazzanti incertezze o, nella migliore delle ipotesi, crisi mnemoniche all'interprete; prenderne atto richiede di consegnare alla storia modelli e sistemi entro i quali collocare un'intera impalcatura normativa, anche quando si tratta di articolati che mettono in gioco la libertà personale.

Ai tempi della postmodernità, la dissoluzione di idee ben radicate e di schemi etici duraturi si riflette anche sulla natura e sulla tecnica della legislazione; campeggiano contingenza delle soluzioni e frammentarietà degli interventi, profili che, oramai, rappresentano costanti linee-guida.

Le conseguenze sono perlomeno due. Innanzitutto, ingiallisce l'esegesi sistematica, *illo tempore* sperimentata sugli impianti normativi saldi e “circolari” (i codici), con netto recupero di interesse verso l'indagine sintattico-grammaticale delle singole disposizioni, così, interpretate come monadi; la qual co-

sa, sul versante del significato da attribuire alla legge, presenta il rischio di clamorosi disorientamenti, stante anche l'imperfetta fattura linguistica di cui è spesso composta la disciplina. In secondo luogo, le riforme, anche se incidono su aree normative ben delimitabili, osservano un metodo atomistico, dove prevale la logica estemporanea dei "rattoppi funzionalistici", di difficile cucitura nel tessuto pre-esistente.

Per non dire, sul piano più generale, delle esigenze di bassa cucina alle quali è piegata l'opera legislativa, dove conta poco la riflessione sui contenuti della disciplina e vale molto la ricaduta in termini di popolarità dei sostenitori, impegnati nella diffusione di etichette elogiative già sul prodotto in corso d'opera.

Non sfuggono a tale prospettiva le scelte concernenti le impugnazioni penali¹, dove gli scopi di riordino ed efficienza enunciati nei proclami ufficiali appaiono conseguiti in maniera sfumata, non senza una globale incuria verso il diritto di difesa e qualche tentativo di perseguire striscianti finalità di verticismo giudiziario.

Del resto, la trascuratezza dell'intervento riformatore, al di là della componente linguistica delle norme, emerge a prima lettura: si pensi, solo per fare un esempio, come alla contrazione dei poteri di impugnativa del pubblico ministero, in nome di una maggiore flessibilità nelle procedure di controllo, non corrispondano limiti nei confronti della parte civile, la quale non subisce pregiudizi.

L'analisi a seguire, che corre sulla linea di una prospettiva critica, riguarda sia le innovazioni introdotte con l. n. 103/2017, sia quelle inserite con d.lgs. n. 11/2018.

2. Emendamenti all'appello: rilievi minimi

Rispetto al processo di secondo grado è difficile individuare un reale mutamento dell'assetto, per quanto non manchino profili inediti².

Si potrebbe sostenere lo snaturarsi della sua sagoma originaria quale mezzo di controllo e il progressivo scivolamento verso la struttura di "nuovo" giudizio, a causa della statuizione che obbliga a rinnovare l'istruttoria quando il pubblico ministero censura l'esame della prova dichiarativa effettuato dalla

¹ Si legga, prima del varo della riforma, le pertinenti riflessioni di M. BARGIS, *Primi rilievi sulle proposte di modifica in materia di impugnazioni nel recente D.D.L. governativo*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, n. 1, p. 5 ss. e, volendo, la sintesi di A. SCALFATI, *Processo penale, ragionevole durata e recenti proposte*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1312 ss.

² Cfr. i rilievi critici di E. LORENZETTO, *L'appello nell'età della restaurazione*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2291 ss.

sentenza di proscioglimento emessa in primo grado (art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p.)³. Ma sarebbe ingenuo tentare una scelta categoriale in certo senso desueta e, per altro verso, nemmeno compatibile con la residua disciplina del gravame. Proprio a tal riguardo non va dimenticata la riforma delle regole relative all'atto d'impugnazione, che richiede alla parte di delimitare con precisione richieste e *devolutum* (art. 581 c.p.p.), con intuibili ricadute principalmente sul profilo del giudizio di appello, sospinto nell'orizzonte dei mezzi di controllo a critica vincolata⁴; d'altro canto, come si è detto, le aspettative del legislatore erano meno nobili rispetto a quella di risistemare il processo di secondo grado.

E così, persevera l'ambiguità finalistica di questo strumento di gravame – reminiscenza di prospettive dirette a “verticalizzare” la decisione giudiziaria – dove gli ampi poteri di appello del pubblico ministero accrescono simmetricamente l'esigenza di oralità dell'imputato; sotto tale profilo, anzi c'è da chiedersi quanto sia equo che l'imputato possa subire, rispetto alla condanna in primo grado, un notevole aggravarsi delle sanzioni in appello sulla base del solo giudizio *ex actis*.

3. (Segue): *Déjà vu*

Quanto ai contenuti della riforma, si distinguono aspetti già noti da quelli inediti.

Cominciando dai primi, spicca la riscoperta del concordato sui motivi d'appello, le cui alterne vicende sono frutto di una navigazione legislativa senza bussola.

Figura originariamente codificata, di seguito espunta dalla Corte costituzionale per eccesso di delega con sentenza n. 435/1990⁵, poi reintrodotta dalla l. 19 gennaio 1999, n. 14 per essere di nuovo abrogata dal legislatore dal d.l. 23 maggio 2008 (convertito con modifiche dalla l. 24 luglio 2008, n. 125) e ora nuovamente ripristinata con correttivi sul terreno delle condizioni (art. 599-*bis* c.p.p.). Il concordato non si può praticare nei procedimenti relativi ad alcuni reati gravi (art. 599-*bis*, comma 2, c.p.p.) e a taluni imputati qualificati (delinquenti abituali, professionali e per tendenza); al riguardo, si registra una coincidenza totale con i limiti alla richiesta di patteggiamento allargato (art. 444,

³ È un'ipotesi accennata da M. BONTEMPELLI (*I delicati equilibri dell'appello penale dopo la "Riforma Orlando"*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2017, numero speciale, p. 35).

⁴ G. SPANGHER sostiene (*Il "nuovo" giudizio di appello*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1329) che il complesso delle novità tende ad accentuare, per l'appello, la logica del controllo.

⁵ Pubblicata anche su *Giur. cost.*, 1990, p. 2593.

comma 1-*bis*, c.p.p.) ad esclusione dei recidivi (art. 99, comma 4, c.p.) per i quali il concordato sui motivi è, invece, ammesso: scelta che, nella futile simmetria delineata dal legislatore, è talmente priva di coerenza da far pensare alla trascuratezza del *lapsus calami*.

In ogni caso, la coincidenza tra i requisiti negativi di accesso alle due forme di accordo sulla pena non trova alcuna rispondenza con le sagome dei rispettivi istituti, ben differenziate sia sul terreno della struttura, sia sul piano degli effetti derivanti dalle decisioni⁶. Inoltre, tale (ingiustificata) simmetria – volendo limitarsi ad una valutazione di semplice coerenza legislativa – è incompleta laddove la disciplina dell'appello non subordina l'ammissibilità del concordato alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato nei procedimenti per taluni reati contro la pubblica amministrazione come invece prescrive, in vista del patteggiamento (anche) allargato, l'art. 444, comma 1-*ter*, c.p.p.

In linea di fondo, la preclusione legislativa significa che, in presenza dei requisiti negativi, non si può concordare la pena in appello; ma niente vieta alle parti di rinunciare reciprocamente a uno o più motivi (favorendo un più mite trattamento sanzionatorio sotteso ad un accordo informale), com'è stato sin ora pur in assenza della disciplina: esulerebbe dalla prescrizione normativa impedire al pubblico ministero o all'imputato la semplice rinuncia ad uno o più motivi sol perché essi riguardano reati per i quali l'art. 599-*bis* c.p.p. esclude il concordato.

Piuttosto, è del tutto prevedibile – stante la precedente vita del concordato – che risorgano contenuti giurisprudenziali già consolidati sotto il regime precedente, tesi ad approfondire il solco della contrazione procedurale.

Passando ad altro, emerge la reintroduzione dell'appello della sentenza di non luogo a procedere: anche qui il legislatore “pensa” e “ripensa”: originariamente appellabile, poi appellabile solo in parte dal pubblico ministero, in seguito solo ricorribile, ora ridiventa pienamente oggetto di appello. La ragione di fondo – come, del resto, per altri ritocchi effettuati dalla riforma in tema d'impugnative – sta nella tendenza ad alleggerire il carico della Corte di cassazione⁷; sono in linea le modifiche in tema di ricorso contro la decisione dei magistrati d'appello, contraddistinto da limiti oggettivi all'impugnativa (si esclude il controllo sulla motivazione e sulla mancata acquisizione della prova decisiva) e da una procedura sorretta dal solo contraddittorio cartolare (art. 428,

⁶L. SURACI, (*Il concordato sui motivi d'appello*, in A. MARANDOLA-T. BENE (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Milano, 2017, p. 240 s.) ipotizza sospetti di legittimità costituzionale quanto alla scelta legislativa in ordine alle condizioni che ostacolano la praticabilità dell'istituto.

⁷Cfr. G. SPANGHER, *La riforma delle impugnazioni: le linee guida*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1325 e, sulla scia, A. MARANDOLA, *La riforma Orlando. I profili processuali: prime considerazioni*, in *Studium juris*, 2017, p. 1111.

commi 3-*bis* e 3-*ter*, c.p.p.). Ma il reinserimento dell'appellabilità, in luogo del solo ricorso, appare un'esile misura deflativa: conta sui casi in cui la Corte d'appello pronunci il decreto di giudizio o sul fatto che la sentenza di secondo grado non sia impugnata in cassazione.

Peraltro, bisogna considerare che la pronuncia di non luogo a procedere, non provocandogli sostanziali pregiudizi, determinerà un ridotto uso dell'appello da parte dell'imputato; mentre il maggiore interessato ad una rivisitazione del merito è il pubblico ministero, così, istituendo un doppio controllo sulla sostenibilità dell'accusa malgrado il perdurante potere di chiedere la revoca della sentenza⁸: qui la legittimazione al gravame del magistrato d'accusa avrebbe potuto essere eliminata senza intaccare una (pretesa) *par condicio*. Piuttosto, non fosse altro che per ragioni di equità, è condivisibile la scomparsa del diritto di impugnativa della persona offesa costituita parte civile, la quale non potrà nemmeno proporre ricorso (la persona offesa, invece, può introdurre l'appello solo per far valere la violazione dei suoi diritti partecipativi).

Ancora, il legislatore reintroduce l'inappellabilità delle sentenze con formula piena (fatto non sussiste, mancata commissione) da parte dell'imputato; una precisazione didascalica inutile: anche quando non prevista espressamente, la disciplina era di regola surrogata da una preclusione per mancanza d'interesse, pur quando si trattasse di proscioglimento dovuto alla regola sancita dall'art. 530, comma 2, c.p.p. stante la valenza favorevole della formula conclusiva anche nel giudicato extrapenale.

Infine, è stato riesumato l'antico limite all'appello delle sentenze di condanna alla sola ammenda e delle pronunce di proscioglimento per contravvenzioni punite con pene alternative (art. 593, comma 3, c.p.p.); un intervento ripristinatorio che conferisce certezza ad un dato equivoco insorto a seguito delle modifiche – e successive interpolazioni – della l. 20 febbraio 2006, n. 46, per quanto risulti, nell'economia complessiva, di scarso impatto deflativo.

4. (*Segue*): L'inedito: rinnovazione *ope iudicis*

A parte il trasferimento alla Corte di merito della procedura di rescissione del giudicato, scelta che dipende ancora una volta dalla necessità di sottrarre carico alla Corte regolatrice e che, tuttavia, attribuisce ai magistrati di secondo grado un ruolo rescindente più consono ad una "giurisdizione di annullamento", i nuovi ricami sul tessuto normativo riguardano la legittimazione del pubblico ministero e il dovere di rinnovamento istruttorio.

⁸ In linea, G. GARUTI, I "pentimenti" del legislatore: la sentenza di non luogo a procedere ritorna appellabile, in A. MARANDOLA-T. BENE (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, cit., p. 162.

Cominciando da quest'ultimo, esso vige nelle ipotesi di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa⁹; è una scelta indotta dalla giurisprudenza Cedu, già accolta prima della modifica da autorevole intervento della magistratura italiana¹⁰. In effetti il legislatore si spinge più avanti della Corte di Strasburgo: la rinnovazione non è subordinata alla "decisività" della prova dichiarativa oggetto di censura ed è protetta da un dovere d'ufficio (non si chiede che l'imputato o il pubblico ministero ne facciano richiesta)¹¹.

Dominata dalla prospettiva di oralità in appello nell'ipotesi in cui la condanna potrebbe essere pronunciata per la prima volta in tale sede, l'innovazione mira ad evitare che la regola dell'oltre il ragionevole dubbio sia sminuita dal solo giudizio *ex actis*. Non cogliendo esattamente la *ratio* dell'intervento, qualcuno aveva già postulato che occorresse rinnovare la prova anche quando è l'imputato ad appellare la condanna in vista del proscioglimento¹², in nome di una pretesa *par condicio* rispetto all'interesse del pubblico ministero; fortunatamente, la smentita è arrivata ancor prima che l'idea si consolidasse¹³.

Naturalmente, restano aperti molti interrogativi sul campo di applicazione della disciplina¹⁴ che, in questa sede, sono solo enunciati a titolo d'esempio: mentre non si dubita sulla necessità della rinnovazione quando l'appello verte su una sentenza di proscioglimento emessa nel giudizio abbreviato anche non condizionato¹⁵, potrebbero emergere incertezze nei casi in cui il pubblico ministero impugnò nella prospettiva di ottenere una formula proscioglitiva più sfavorevole o laddove l'elemento probatorio censurato non assuma carattere pregnante per la decisione o nelle ipotesi in cui l'appello riguardi il riesame di

⁹In chiave critica, M. CERESA CASTALDO, *La riforma dell'appello tra malinteso garantismo e spinte deflative. A proposito dell'imminente varo del d.d.l. C 4368 (e dei recenti interventi delle Sezioni Unite)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2017, p. 2.

¹⁰Cass., S.U., 28 aprile 2016, n. 27620, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3203.

¹¹A. CAPONE (*Prova in appello: un difficile bilanciamento*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 6, p. 57) sostiene che la rinnovazione prevista solo nell'ipotesi di gravame del pubblico ministero contro la sentenza di proscioglimento crei disparità di trattamento rispetto all'imputato che appella la condanna e intenda ottenere il proscioglimento censurando l'attitudine probatoria delle fonti dichiarative.

¹²In tema, N. ROMBI, *La riforma di una sentenza di condanna esige la rinnovazione della prova dichiarativa in appello?*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 106 ss.

¹³Cass., S.U., 4 aprile 2018, n. 14800, in *Guida dir.*, 2018, n. 18, p. 33.

¹⁴In tema, A. MARANDOLA, *Prime riflessioni sul "nuovo" giudizio d'appello*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, (2), p. 169 ss.

¹⁵Perlomeno sulla scia di Cass., S.U., 14 aprile 2017 n. 18620, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2666; ricostruisce il dibattito N. ROMBI, *Le Sezioni unite e le condanne cartolari nel giudizio abbreviato d'appello*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, p. 806.

un contributo tecnico (dove non manca la componente dichiarativa)¹⁶ o, ancora, allorché si tratti di un giudizio di rinvio dopo l'annullamento della sentenza di proscioglimento a seguito di ricorso del pubblico ministero che ha lamentato il difetto di motivazione sui contenuti dichiarativi¹⁷.

5. (*Segue*): ... e contenimento dei poteri d'accusa

Limitare l'appello del magistrato d'accusa è terreno scivoloso; un tentativo di 12 anni fa¹⁸ è stato demolito in breve tempo dalla Corte costituzionale¹⁹, supponendo che un regime restrittivo adottato solo nei confronti del pubblico ministero violasse la parità delle parti; come se le forze dell'imputato e quelle giudiziarie fossero davvero uguali durante il processo di primo grado, al punto da richiedere tale "simmetria" anche nel regime dell'appello.

Ora, il legislatore sembra discostarsi da una presa di posizione radicale; tuttavia, l'introduzione dei limiti si rivela assai poco coraggiosa e produrrà un effetto modesto.

L'appellabilità delle condanne da parte del magistrato d'accusa è oggi ridotta ai casi in cui il giudice di primo grado abbia mutato il *nomen juris* (in termini migliorativi per l'imputato) ovvero abbia escluso una circostanza aggravante a effetto speciale (aumento superiore al terzo) o una circostanza aggravante che stabilisce la pena in specie diversa da quella prevista per l'ipotesi illecita di base; la qual cosa esige che la legittimazione è preclusa per lamentare la semplice dosimetria della pena o l'erroneo giudizio di bilanciamento anche quando coinvolge le aggravanti appena menzionate. Resta fermo (anche per l'esplicita clausola di salvezza richiamata dall'*incipit* dell'art. 593, comma 1, c.p.p.) che le sentenze di condanna emesse a seguito del giudizio abbreviato subiscono le restrizioni contemplate dalla opportuna *sedes materiae* e che il pubblico ministero può proporre gravame nei casi di sentenza (dibattimentale) di patteggiamento emessa malgrado il suo dissenso. Qualche dubbio permane sulla possibilità di appello, da parte del magistrato d'accusa, delle statuzioni relative alle misure di sicurezza che non derivino dalla modifica del titolo del reato o dall'esclusione delle circostanze aggravanti indicate dall'art. 593,

¹⁶ La soluzione negativa è espressa da Cass., sez. V, 13 gennaio 2017, n. 1691, in *Proc. pen. giust.*, 2017, p. 669, con nota di R. RIZZUTO, *Riforma in pejus della sentenza di proscioglimento e rinnovazione in appello della prova tecnico-scientifica di tipo dichiarativo* (p. 676).

¹⁷ Si legga, F. GIUNCHEDI, *Giudizio di rinvio e rinnovazione dell'istruzione dibattimentale*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 811 ss.

¹⁸ Art. 1, l. 20 febbraio 2006 n. 46.

¹⁹ Corte. cost., 6 febbraio 2007, n. 26, in *Guida dir.*, 2007, n. 8, p. 69.

comma 1, c.p.p.; stando al regime di tassatività che governa le impugnative, la statuizione ora richiamata dovrebbe precludere una tale possibilità.

In linea di fondo, l'effetto deflativo appare ridotto: da un lato, non è frequente che il pubblico ministero appelli le sentenze di condanna sulla semplice dosimetria della pena; dall'altro, resta salva la possibilità che egli, se la condanna si presenta per lui inappellabile, proponga ricorso in cassazione il quale, a seguito del gravame proposto dall'imputato contro la condanna – ipotesi ad elevatissima frequenza – si converte in appello (art. 580 c.p.p.).

Indubbiamente, la previsione appena esaminata, considerato il suo tenore letterale, tende a connotare il ruolo del pubblico ministero in chiave antagonista in relazione al giudizio di secondo grado, soprattutto se la si riannoda al disposto dell'art. 568, comma 4-*bis*, c.p.p. laddove prescrive che egli può proporre impugnazione diretta a conseguire effetti favorevoli all'imputato solo con ricorso per cassazione. Ne consegue, però, un ridisegno a geometria variabile della figura del magistrato d'accusa, il quale sembra che muti interesse in rapporto alle fasi del procedimento; del resto, manca il coraggio di incidere sull'art. 73, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 laddove sostiene che il pubblico ministero «veglia sulla osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia ...», previsione oggi antistorica, nella misura in cui continua ad alimentare l'opinione che il magistrato d'accusa sia una figura neutrale, soluzione per nulla compatibile con un processo di parti.

Le scelte legislative orientate a ridurre il potere del pubblico ministero di introdurre l'impugnazione, trovano una parziale conferma nei limiti al ricorso nell'ipotesi di “doppia conforme” di proscioglimento: malgrado perduri l'interesse a “vegliare” sull'osservanza della legge, al magistrato d'accusa è precluso un controllo *de legitimitate* sul difetto di motivazione e sulla mancata acquisizione della prova decisiva (art. 608, comma 1-*bis*, c.p.p.) quando l'imputato è stato prosciolto in primo e secondo grado²⁰; una previsione che, volta a frenare la condotta persecutoria quando egli è stato due volte “soccombente” nel giudizio di merito, sottende con molta cautela l'idea secondo cui l'iniziativa d'accusa non è illimitata, né dev'essere simmetrica al diritto d'impugnare dell'imputato contro le decisioni di condanna.

Nella medesima prospettiva, pur giustificata dall'esigenza di stabilire con chiarezza i parametri del potere del pubblico ministero, si colloca la manipolazione dell'art. 595 c.p.p. che ha eliminato la sua potestà di proporre appello incidentale; l'esigenza sta nell'evitare che il magistrato compia scelte dipen-

²⁰ Per un interessante contributo in tema di limiti all'applicazione della disciplina ai giudizi in corso al momento di entrata in vigore, G. PECORELLA, *La successione di leggi che regolano in ricorso in cassazione del p.m in caso di doppia conforme assolutoria*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1330 ss.

denti semplicemente dalle condotte della difesa invece che da valutazioni oggettive sulla necessità di dolersi (in via principale) della sentenza di primo grado. Anche in tal caso, la “disparità” con l'imputato, lungi dall'essere irragionevole, si giustifica, da un lato, a causa del bisogno di stabilire condizioni non arbitrarie in vista delle scelte affidate al ruolo pubblicistico e, per altro, in ragione delle più affilate potenzialità del magistrato d'accusa che non possono seriamente confrontarsi con quelle del suo antagonista.

Sospinta, invece, da un tentativo di razionalizzare l'esercizio dell'impugnazione tra le figure di pubblico ministero di primo e secondo grado, il nuovo art. 593-*bis*, comma 2, c.p.p. attribuisce al Procuratore generale presso la Corte territoriale il potere di proporre appello solo se ha disposto avocazione o se il Procuratore della Repubblica abbia prestato acquiescenza; l'art. 166-*bis* disp. att., anch'esso di nuovo conio, mira a realizzare un'azione di coordinamento nell'ambito del distretto di Corte d'appello, diretta a chiarire quando la condotta del pubblico ministero di primo grado circa la proposizione dell'appello deve considerarsi inerte²¹; anche se una comunicazione scritta sarebbe stata la scelta meno ambigua.

È difficile dire se la soluzione produrrà qualche effetto deflativo. Attualmente niente esclude, nelle ipotesi in cui è stata disposta l'avocazione, che l'appello sia proposto da entrambe le figure; allo stesso modo, esse potranno formulare ricorso contro decisioni inappellabili. Più dubbio è se il Procuratore generale sia legittimato a presentare appello quando il Procuratore della Repubblica promuove ricorso *per saltum*, soluzione che potrebbe essere positiva stando al tenore letterale dell'art. 593-*bis*, comma 2, c.p.p. Resta ferma la legittimazione a proporre ricorso da parte del Procuratore generale quando gli è precluso l'appello, con le ovvie ricadute derivanti dalla conversione contemplata dall'art. 580 c.p.p.

Complessivamente è una scelta legislativa debole che genera dinamiche macchinose; alcuna irragionevolezza avrebbe impedito di eliminare il potere di impugnare del Procuratore generale contro le sentenze di primo grado.

6. Modifiche al ricorso in cassazione

I ritocchi, anch'essi frammentari, sul procedimento *de legitimitate* sono tesi – salvo per quanto si dirà più avanti – a ridurre il carico giudiziario della Corte o a snellire qualche sua articolazione procedurale, obbiettivo realizzato anche me-

²¹ Soluzione razionale già prospettata, interpretando la legge delega, da A. DE CARO, *La deflazione delle impugnative*, in A. SCALFATI (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Torino, 2017, p. 342.

dante il trasferimento di taluni controlli alla Corte d'appello (reinsediamento del gravame della sentenza di non luogo a procedere, rescissione del giudicato) o al tribunale monocratico (reclamo contro le pronunce di archiviazione)²². In ogni caso, l'intervento legislativo, toccando settori marginali della disciplina, sortisce solo un "effetto placebo" per la Corte di cassazione. D'altro canto, all'intervento legislativo atomistico, scevro da ogni riflessione sistemica, non interessa affatto il nodo cruciale relativo alla (non recente) diaspora sulla natura (e ampiezza) della giurisdizione regolatrice, tuttora sospesa tra la tutela dello *jus litigatoris* e l'astrattezza dello *jus constitutionis*.

Per converso, sono immaginabili le ricadute sui volumi di lavoro dei magistrati di merito, sui quali "ricascano" competenze sinora attribuite alla Corte in mancanza di adeguate contromisure compensative; senza trascurare che il nuovo obbligo di avocazione attribuito al Procuratore generale (artt. 407, comma 3-*bis*, e 412, comma 1, c.p.p.) – benché le prime linee guida diffuse presso gli uffici giudiziari tendano a sminuirne la doverosità – assorbirà energie sinora destinate alle competenze d'appello. Indubbiamente, la riscoperta del concordato sui motivi e i nuovi limiti all'impugnativa del pubblico ministero potrebbero ammorbidire il peso del carico trasferito sulla Corte di merito. Tuttavia, è difficile sostenere che la più ridotta legittimazione del magistrato d'accusa comporterà effetti deflattivi seri; negli stessi termini, s'intuisce che le preclusioni all'esperimento del concordato sui motivi ne limitano notevolmente la portata.

Passando, ora, ad alcuni punti della riforma (su altri si tornerà più avanti) oltre a quanto già ricordato sui limiti alla ricorribilità delle sentenze di non luogo a procedere emesse in appello e sulla contrazione dei poteri del pubblico ministero dinanzi alla doppia conforme di proscioglimento, la nuova disciplina riduce l'ambito del ricorso contro le sentenze d'appello o inappellabili che statuiscono sui reati di competenza del giudice di pace, limitandoli alla sola violazione di legge (art. 606, comma 1, lett. *a*), *b*) e *c*), c.p.p.) anche quando le pronunce sono emesse dal magistrato ordinario; considerato il calibro sanzionatorio scaturente dagli illeciti, la novità è condivisibile pur non suscitando una decongestione degna di nota.

Maggior interesse – non tanto per i potenziali apporti in chiave di funzionalità – riveste la contrazione del ricorso contro le sentenze di patteggiamento (art. 448, comma 2-*bis*, c.p.p.): le parti principali possono impugnare solo per motivi attinenti all'espressione della volontà dell'imputato, al difetto di correlazione tra richiesta e la decisione, alla erronea qualificazione giuridica del fatto e all'illegalità della pena. Una previsione che, da un canto, sembra riformulare gli orien-

²² Si esprime favorevolmente alla trasfusione delle competenze, A. DE CARO, *Il ricorso per cassazione*, in A. SCALFATI (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, cit., p. 233 s.

tamenti di *self-restraint* già adottati dalla giurisprudenza senza, dall'altro, tener conto di esigenze che straripano dal circuito dei previsti limiti oggettivi; un esempio è l'ipotesi del controllo sulle sanzioni amministrative irrogate dal giudice, non propriamente riconducibile alla verifica sulla "legalità della pena"²³, o sulla sospensione condizionale irrogata senza un preciso accordo sul punto. Inoltre, la preclusione a chiedere un controllo persino sulla "apparenza" della motivazione permette forme di giudizio concordato disancorate dai canoni minimi del giusto processo (art. 111, comma 7, Cost.)²⁴, promuovendo l'idea che i contenuti della giurisdizione siano pattuibili più liberamente e che l'imputato, espresso il consenso sulla pena, non meriti di chiedere una verifica effettiva sulla mancanza delle condizioni di proscioglimento immediato.

7. Arretramenti difensivi

Dominato – quantomeno nei proclami – dall'idea dell'efficienza, il legislatore è un po' disorientato sul terreno della difesa, considerando gli interventi a pioggia che toccano le potenzialità dell'imputato.

Innanzitutto, nel giudizio d'appello, è stato introdotto un inedito termine per presentare memorie e richieste entro quindici giorni dalla notifica dell'impugnazione; la qual cosa, evidentemente, vuol dire che l'ufficio di primo grado, prima di trasmettere gli atti al giudice dell'impugnazione, dovrà attendere il decorso del termine. La previsione è stata collocata nell'ambito della disciplina relativa all'appello incidentale (art. 595, comma 3, c.p.p.); dunque, sembra che essa intenda dire che quando l'imputato non propone appello incidentale può presentare memorie e richieste destinate al giudice dell'impugnazione. Ma il modulo letterale prescelto genera più di un dubbio: riferendosi genericamente alla «notificazione dell'impugnazione» quale presupposto per l'esercizio della facoltà, non esclude che la regola si applichi anche al procedimento *de legitimitate*.

Il punto critico, in ogni caso, sta nella fissazione del termine di quindici giorni per esercitare il diritto. Se, da un lato, manca una decadenza per mancato rispetto dei tempi, dall'altro, l'esplicita statuizione circa la facoltà di presentare memorie e richieste sembra inutile se contiene un termine puramente ordinatorio: l'art. 123 c.p.p. ammette già detta facoltà in ogni stato e grado del

²³ Peralto, è stata censurata in materia persino la mancanza del diritto di appello da parte dell'imputato: G. DELLA MONICA, *L'inappellabilità della sentenza di patteggiamento applicativa di sanzioni amministrative accessorie*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 183 ss.

²⁴ In termini critici sul punto, già con riferimento alla delega legislativa, A. SANNA, *L'eclissi della legalità nel rito negoziale: limiti al ricorso per cassazione nel disegno di riforma all'esame del Parlamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 928.

procedimento; e così, una lettura in chiave efficientista potrebbe risolversi nel senso che le richieste e le memorie depositate oltre i termini non saranno oggetto di esame da parte del giudice dell'impugnativa. Peraltro, l'art. 595, comma 3, c.p.p. nemmeno chiarisce se la facoltà in esame è alternativa rispetto alla proposizione dell'appello incidentale; dal tenore letterale non è escluso che, dopo aver attivato il gravame, l'imputato si serva anche del suo contributo scritto.

In secondo luogo, non è sfuggito il reinserimento del potere di appello del pubblico ministero contro la sentenza di non luogo a procedere; pur dinanzi alla revoca della pronuncia per elementi sopravvenuti, il magistrato d'accusa può ottenere un controllo di merito privo di limiti sulla dichiarata insostenibilità dell'azione. È sproporzionato che gli si permetta di proseguire nonostante abbia mancato l'obbiettivo avendo a disposizione l'intera armeria investigativa.

Inoltre, l'imputato non è più legittimato a proporre ricorso personalmente; si tratta di una novità dall'evidente intento deflativo²⁵. Vero è che – sebbene non costituisca la regola – la struttura del ricorso si presenta tecnicamente complessa e, pertanto, richiede un contributo che solo gli avvocati abilitati al patrocinio dinanzi alla Corte, numericamente minori, dovrebbero saper realizzare; nella prassi, in ogni caso, accade che l'atto introduttivo sia di fatto stilato da un professionista non abilitato e sottoscritto da quello abilitato, con ogni intuibile neutralizzazione dello scopo deflativo. Ma il nodo di fondo sta nell'assenza di un sistema di garanzia nella difesa d'ufficio che bilanci il venir meno del diritto dell'imputato di ricorrere personalmente, non essendo prescritto alcun obbligo di designare un difensore d'ufficio abilitato al patrocinio presso le magistrature superiori; cosicché, terminato il giudizio di merito, l'imputato potrebbe trovarsi privo di un professionista d'ufficio legittimato a proporre ricorso per cassazione. Peraltro, il problema diventa più acuto nell'ambito delle procedure cautelari o di sorveglianza, dove l'eventuale *status custodiae* e i tempi ridotti per presentare ricorso pregiudicano la reale possibilità di reperire un difensore idoneo.

Non va poi tralasciato il ridisegno dei requisiti di ammissibilità dell'impugnazione (art. 581 c.p.p.) che, sebbene riferito a tutti i rimedi esperibili, influenza principalmente l'appello e, in quanto compatibile, altre iniziative di merito a matrice straordinaria. A tal riguardo spiccano: il peculiare requisito della specificità – caposaldo dell'innovazione *in parte qua* – che attiene ad ogni profilo costitutivo dell'atto e non più solo ai “motivi” posti a base della richiesta²⁶; l'espli-

²⁵ Rilevi critici sulla soluzione, anche quanto all'effetto deflativo, sono stati già espressi altrove (A. SCALFATI, “Considerazioni inattuali” sulla suprema Corte, in *Proc. pen. giust.*, 2013, n. 1, p. 2).

²⁶ In argomento, E. FRAGRASSO, *Appunti sparsi sull'inammissibilità delle impugnazioni*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 1, p. 6 ss.

cita censura relativa all'esame delle prove effettuato dal giudice *a quo*; la puntuale richiesta di rinnovazione istruttoria. Sul piano sistemico, è indubbio che il nuovo art. 581 c.p.p. rappresenti il *pendant* dell'art. 546, comma 1, lett. e), c.p.p., laddove quest'ultimo riscrive la struttura formale della motivazione e spinge il giudice a produrre un contributo "per paragrafi" alludendo, con piglio didattico, alla illustrazione scandita dei singoli punti affrontati. Alla base serpeggia l'idea di scongiurare motivazioni contorte, logicamente discontinue e inutilmente prolisse. Pertanto, le due statuizioni (artt. 546, comma 1, lett. e), 581 c.p.p.) appaiono complementari in termini di rigore concettuale imposto a giudici e parti, nell'illusoria speranza che la gnosi processuale diventi meno disordinata.

Ma non è una disciplina priva di rischi per la difesa, soprattutto sul piano della scarsa determinatezza relativa alla nozione di specificità²⁷. Intanto, il risoluto intervento in tema di requisiti di ammissibilità, non solo si allinea ad un recente orientamento che aveva prescritto, pur dinanzi ad una lacuna normativa, l'esigenza di determinatezza delle censure rivolte ai contenuti della decisione²⁸ ma, nel contemplare la "specificità" anche delle richieste, tende a trasformare il gravame, tradizionalmente a devoluzione piena, in un mezzo a critica vincolata, con potenziali ricadute in termini di pretesa "autosufficienza" dell'atto introduttivo (soprattutto) quanto alla censura sul ragionamento probatorio; l'ipotetica lettura sulla metamorfosi del gravame è confermata dalla prescrizione di "specificità" allargata all'enunciazione delle prove di cui si deduce un difetto di valutazione, acquisizione e (persino) di esistenza.

Ancora, considerando che occorre formulare specifiche richieste istruttorie, ci si chiede quali conseguenze ricadranno sulla validità dell'appello se l'atto non le contempla. Sarebbe fuori luogo ritenere inammissibile il gravame²⁹, malgrado le richieste istruttorie siano enunciate tra i requisiti dell'art. 581 c.p.p.; non è detto, infatti, che le doglianze implicino una rinnovazione probatoria. Piuttosto, si potrebbe ritenere che il legislatore intendesse istituire una decadenza dal diritto di ottenere l'acquisizione probatoria in appello, nei limiti in cui è permessa; però, anche in tale prospettiva, la disciplina è scritta male: il regime di tassatività delle sanzioni porta ad escludere che, in assenza

²⁷ Cfr., i rilievi di A. MARANDOLA, *Il mutato (aggravato) contenuto dell'atto d'impugnazione e la sua inammissibilità*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2288.

²⁸ Cass., S.U., 22 febbraio 2017, n. 8825, in *Proc. pen. giust.*, 2017, p. 686, con nota di A. PULVIRENTI, *La specificità estrinseca dei motivi come requisito di ammissibilità dell'appello: la fine del favor impugnationis*.

²⁹ Peraltro, l'assenza di una procedura camerale che precede la pronuncia d'inammissibilità presta il fianco a serie critiche per l'assenza del *minimum* dialettico: G. PIERRO, *La specificità estrinseca dei motivi d'appello tra Sezioni Unite e riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 312.

di un'esplicita decadenza, all'appellante sia precluso formulare la richiesta *in limine litis*.

Non sfuggirà, in definitiva, che pure l'atto introduttivo dell'impugnazione di merito diventa tecnicamente complesso e, in linea di massima, poco compatibile con le risorse culturali di cui gode l'imputato; cosicché, l'autodifesa (diritto di presentare personalmente il gravame) diventa un appannaggio di pura teoria.

Proseguendo tra le criticità, qualche disorientamento suscita l'aggiunta di una nuova procedura camerale dinanzi alla Corte di cassazione la quale, a questo punto, ne vanta tre, a diverso tasso dialettico: la dinamica assistita dalle garanzie previste dall'art. 127 c.p.p.; il rito a contraddittorio cartolare fissato dall'art. 611 c.p.p.; le decisioni assunte – ed è qui la novità – «senza formalità di procedura» se occorre statuire sull'inammissibilità del ricorso nei casi di perenzione dei termini, difetto di legittimazione, mancato rispetto di regole relative a presentazione e spedizione dell'atto, nonché nei casi di ricorso contro le pronunce di patteggiamento e concordato sui motivi (art. 610, comma 5-*bis*, c.p.p.). Una lettura *tranchant* della disposizione potrebbe indurre a sostenere che non occorra nemmeno l'avviso alle parti circa il *quando* e il *quomodo* tramite i quali la Corte si appresti a dichiarare inammissibile il ricorso; ma si tratterebbe di orientamento che colloca la nuova disciplina fuori dai canoni della giurisdizione (art. 111, comma 2, Cost.).

Non sarebbe sufficiente a sanare la torsione interpretativa il bilanciamento offerto dal rimedio straordinario per errore di fatto, giacché esso riguarderebbe solo i casi di una svista percettiva della Corte, tenendo fuori le censure sull'interpretazione delle norme. Pertanto, la pronuncia “senza formalità di procedura”, se esime dal rispettare le cadenze temporali fissate dalla dinamica a contraddittorio cartolare (artt. 610, comma 1, e 611 c.p.p.), non può svolgersi senza che le parti, anche conoscendo le richieste reciproche, siano poste in condizioni di esprimersi sull'inammissibilità e senza che esse sappiano la data in cui la Corte decide considerati gli effetti sull'eventuale formazione del giudicato derivanti dalla pronuncia.

Infine, emerge una previsione “defilata” tra le norme attuative al codice: l'art. 165-*bis*, comma 2, disp. att. prevede che, in caso di ricorso per cassazione, a cura della cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato, sia trasmessa alla Corte copia degli atti indicati dal ricorrente in relazione alle doglianze proposte sulla base dell'art. 606, comma 1, lett. *e*), c.p.p. ovvero attestazione della loro mancanza. La Corte non disporrà dell'intero fascicolo ma unicamente di un fascicolo formato dal giudice *a quo*. Una regola apparentemente “amministrativa”. Tuttavia, il dubbio riguarda gli effetti generati dalla trasmissione di un fascicolo erroneamente monco, privo degli atti indicati a sostegno del ricorso, o munito di un attestato inesatto secondo cui la documentazione allegata dal ricorrente manca agli atti processuali. Scontata,

comunque, un'attenta verifica difensiva in materia, la prima ipotesi è facilmente risolvibile attraverso il confronto tra i contenuti del fascicolo e gli atti allegati al ricorso, aspetto in grado di supplire la carenza di trasmissione; la seconda possibilità (contenuti allegati al ricorso ed erroneamente dichiarati mancanti) determinerà un incidente preliminare che sembra rimettere al ricorrente l'onere di dimostrare che le allegazioni sono presenti negli atti giudiziari ancorché non ritenuti tali. Considerato il criterio di autosufficienza del ricorso quale condizione di ammissibilità, la disciplina, se non intesa *cum grano salis*, rischia di abbassare il livello di tutela del diritto ad ottenere il controllo.

8. Egemonia della Corte

Di primo acchito, alcuni interventi manipolativi sembrano diretti a restituire alla Corte un ruolo di marcata nomofilachia³⁰ (per esempio, la compressione dei ricorsi, in talune ipotesi, attraverso la deducibilità della sola violazione di legge); altri ritocchi alla disciplina appaiono volti a contenere il dispendio di energie giudiziarie, come l'innesto di procedure informali per determinati casi di inammissibilità o il trasferimento ai magistrati di merito di talune competenze.

Ma non è solo così.

La Corte di cassazione si rafforza sul terreno istituzionale, dentro e fuori l'apparato giudiziario: per un verso, emula il potere legislativo quando tende ad impedire il precedente difforme dalle scelte interpretative effettuate dalle Sezioni Unite, trasformando i suoi principi in formule inossidabili; per altro, può controllare più a fondo i giudizi di merito, con una nuova ipotesi di annullamento senza rinvio, soprattutto in tema di rimodulazione della pena.

Quanto al primo profilo, stando all'art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p., se la sezione singola non ritiene di condividere un principio di diritto già espresso dalle Sezioni Unite è tenuta a trasmettere gli atti a quest'ultima; e così, si alimenta una dimensione verticistica della giurisdizione, per favorire un'omologazione interpretativa a svantaggio dell'autonomia delle scelte pur sempre sancite dall'art. 101, comma 2, Cost.³¹ Questo tentativo di sottrarre materia al dibattito, all'opposto di una dimensione pluralistica, si è già rivelata con l'intervento numericamente massiccio delle Sezioni Unite, talvolta anche fuori dai casi di un effettivo contrasto interpretativo. L'effetto "naturale" starà nel *self restraint* che adotteranno i

³⁰ In tema, di recente, M. GIALUZ-J. DELLA TORRE, *Alla ricerca di soluzioni per una crisi cronica: sezioni unite e nomofilachia dopo la riforma "Orlando"*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 970 ss.

³¹ Si tratta di rilievi, peraltro già accennati altrove (*Tomografia di una riforma*, in A. SCALFATI (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, cit., p. 16), sviluppati da C. IASEVOLI, *Nuove prospettive della Cassazione penale: verso l'autonomia dalla Costituzione?*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2300.

presidenti delle sezioni semplici allorché si dovrà decidere se discostarsi dai principi espressi dal massimo consenso; sarà solo quest'ultimo a stabilire se e in che modo tracciare un'evoluzione ermeneutica rispetto a statuizioni già espresse.

La regola è destinata a generare un effetto di “secondo grado”, sulla magistratura di merito la quale, a sua volta, tenderà a non discostarsi dai perimetri tracciati dalle Sezioni Unite per evitare di subire censure anche dalle sezioni semplici.

La novità piace ai fautori della “prevedibilità” delle scelte giudiziarie, tendenzialmente conseguita dal circolo ermeneutico imposto dall'art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p., percepito quale componente attiva della certezza dei rapporti giuridici. Ma esiste un rischio simmetrico, accentuato da fenomeni legislativi frenetici e distratti: che, dinanzi a diffusi esperimenti giurisprudenziali *praeter legem*, si conegni in via definitiva al vertice del potere giudiziario il consolidarsi di formule sostitutive o anticipatorie delle fonti di produzione normativa.

Sul secondo versante, il nuovo art. 620, comma 1, lett. *l*), c.p.p. stabilisce che l'annullamento senza rinvio può essere pronunciato anche quando, «non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, [*è possibile*] rideterminare la pena sulla base delle statuizioni del giudice di merito o (...) adottare provvedimenti conseguenti».

Un recente quanto autorevole orientamento si affretta a interpretare i limiti del potere³², sostenendo che l'intangibilità delle statuizioni del giudice di merito e l'assenza di esigenze di ulteriore approfondimento fattuale rappresentino congiuntamente le condizioni per manipolare la sanzione senza annullare con rinvio la pronuncia impugnata; evidentemente, anche l'indeterminata potenzialità di adottare i «provvedimenti conseguenti» postula la mancata esigenza di effettuare «ulteriori accertamenti di fatto». Scontato che la Corte non può svolgere istruttoria o rivalutare le prove, il giudizio sulla pena richiede di comprendere i contenuti della sentenza impugnata, la qual cosa non si riduce ad un compito algebrico dove la soluzione è solo una; la Corte interpreta, attraverso il proprio *speculum*, la rappresentazione espressa dalla pronuncia di merito nell'ottica di individuare la cornice fattuale – che ingenuamente si presume intangibile – relativa alle statuizioni sanzionatorie. Così, niente esclude che filtrando i legami tra rappresentazioni di fatto e punti della decisione impugnata, non solo si corregga la pena illegale dovuta a errore di calcolo, ma si riequilibri la commisurazione sanzionatoria, inclusi l'esame di circostanze e giudizio di bilanciamento.

Una funzione di economia che, tuttavia, innalza la soglia del controllo di merito affidato all'organo di vertice, in netta discontinuità con le aspirazioni alla nomofilachia.

³² Cass., S.U., 24 gennaio 2018, n. 3464, in *Guida dir.*, 2018, n. 8, p. 28.