

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)

The Reform of Criminal Appeal, between Misunderstandings on Guarantees and Tendencies to Deflation

The Imminent Approval of Draft Law nr. C 4368 (and the Recent Judgments of the United Sections of the Court of Cassation)

MASSIMO CERESA-GASTALDO

Ordinario di Procedura penale presso l'Università L. Bocconi di Milano

PROCEDURA PENALE, APPELLO

CRIMINAL PROCEDURE LAW, CRIMINAL APPEAL

ABSTRACT

Pare proprio che, questa volta, dovremo dire addio all'appello così come configurato nel codice Vassalli. La riforma Orlando marcia ormai a tappe forzate verso l'approvazione e tra le (molte, eterogenee) novità che porta con sé ci sono anche disposizioni che muteranno in profondità i connotati del secondo grado di giudizio. Il disegno strategico è ambizioso: assicurare la piena "conformità convenzionale" del mezzo e, allo stesso tempo, decongestionare le Corti. Il risultato – che evidenzia un (non sorprendente, per la verità) continuum tra legislatore e cassazione – è però nel complesso assai deludente. Premesse errate, quanto a portata dei dicta di Strasburgo e a natura e funzione del mezzo, fondano soluzioni che ingigantiscono il giudizio senza migliorarne la qualità, e al contempo ne rendono più difficile l'accesso, irrigidendo le condizioni di ammissibilità.

Apparently, this time, we will have to say goodbye to the criminal appeal as configured in the Vassalli Code. The "Orlando Reform" is now moving rapidly to its approval, and among the (several, heterogeneous) innovations, there are also provisions that may seriously alter the features of the second-degree judgment. The strategic design pursues an ambitious aim: to obtain the full compliance with the ECHR and to decongest the Courts at the same time. The result – which highlights a (not surprising, actually) continuum between legislator and cassation – is, however, quite disappointing overall. The erroneous premises, regarding Strasbourg rulings and the nature and function of the appeal, lead to contestable solutions: on the one hand, the judgment is burdened without any improvement of its quality; on the other, the appeal accessibility becomes more difficult due to the stricter eligibility conditions.

* Il lavoro è stato ultimato e pubblicato in anteprima sulla versione quotidiana di *Diritto penale contemporaneo* quando ancora il d.d.l. relativo alla c.d. riforma Orlando ancora non era stato approvato. Le disposizioni qui citate e discusse sono rimaste, tuttavia, inalterate nella legge 23 giugno 2017, n. 103, così come successivamente pubblicata in G.U.

SOMMARIO

1. Luoghi comuni. – 2. Il disegno strategico, dalla Commissione Canzio al “maxi emendamento”. – 3. La “prova viva”, anche in secondo grado. – 3.1. Troppo ... – 3.2. ... e troppo poco. – 4. La selezione in entrata degli appelli: il filtro sui motivi. – 4.1. Bersaglio mancato (ma il filtro ormai resterà ...). – 5. Gli altri congegni deflativi. – 6. Elogio dell'appello, *sicut erat*.

1.

Luoghi comuni.

Di metter mano alla disciplina dell'appello, così come scritta nel 1988, si discute da tempo. Già all'indomani del varo del codice Vassalli si erano avanzati dubbi sulla opportunità della scelta operata dal legislatore di mantenere l'assetto del mezzo sostanzialmente invariato rispetto al precedente, sottolineandosi come, con il passaggio ad un sistema accusatorio che finalmente assicurava, nel giudizio di primo grado, le garanzie dell'oralità, dell'immediatezza e del contraddittorio nella formazione della prova, non solo avrebbe perso valore la logica del doppio grado di merito (tipica della “cattiva coscienza” del codificatore inquisitorio), ma avrebbe finito per risultare incoerente con il nuovo impianto la stessa strutturazione di un secondo grado come giudizio critico, fondato (tendenzialmente in via esclusiva) sulla verifica degli atti del primo.

Due censure, queste, che hanno oggi sempre più folte schiere di sostenitori, i quali, da un estremo all'altro (ma gli estremi talvolta si incontrano), o propugnano la devitalizzazione dell'istituto, reputato ormai anacronistico, o ne ipotizzano l'irrobustimento, per consentire la piena espansione in appello di principi e regole del giusto processo.

Né l'una né l'altra posizione, in realtà, convince.

Da un lato, è difficile negare che – al di là della disputa sul significato da attribuire al silenzio mantenuto dal nostro costituente sull'appello – la previsione di un riesame di merito della sentenza, potenzialmente errata per ragioni che sfuggono ad un controllo (per quanto esteso) di sola legittimità, resti la scelta più efficace, oltre che coerente con le previsioni pattizie internazionali, per garantire il raggiungimento di un obiettivo irrinunciabile della giurisdizione, vale a dire la *giustizia sostanziale del provvedimento*, ossia la riduzione al minimo livello possibile del tasso di errore giudiziario. La disponibilità, in primo grado, di affidabili strumenti gnoseologici non garantisce affatto, di per sé, la bontà del risultato, non foss'altro perché nessuno assicura che quei protocolli siano stato effettivamente seguiti nel caso concreto: occorre comunque una *verifica sulla corretta ricostruzione del fatto*.

Per contro, non è affatto scontato che un “giusto processo d'appello” debba essere necessariamente configurato quale ripetizione del primo grado, o comunque quale giudizio nel cui ambito debba trovare la massima possibile espansione il principio di immediatezza.

È un luogo comune, un'ipotesi retorica mai dimostrata, il preteso conflitto con i canoni del processo accusatorio della strutturazione dell'appello come giudizio critico, ossia come mezzo di *controllo ex actis della prima decisione*, nel quale la rinnovazione istruttoria viene ammessa solo in deroga alla generale regola della completezza dell'indagine istruttoria compiuta in primo grado.

Al contrario: è proprio per assicurare coerenza con i canoni accusatori del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza realizzati in primo grado, che il giudizio di appello non va dedicato alla replica delle attività di formazione della prova, ma alla critica della decisione impugnata, anche sotto il profilo del rigoroso rispetto delle regole dell'accertamento.

Guidato dai rilievi mossi dalla parte interessata, l'appello realizza una *funzione complementare e non concorrente* con la fase che lo precede.

In questo modo riesce, meglio di quanto potrebbe avvenire con la riedizione *ex novo* dell'esperimento probatorio, ad assicurare un'adeguata rivalutazione della *quaestio facti*, attraverso nuovi parametri di persuasione e confutazione, che consentono di verificare la correttezza dei giudizi di valore espressi dal primo giudice, eliminando o comunque riducendo la componente di soggettività, irrazionalità o incoerenza della decisione controllata.

Non va del resto dimenticato che ben difficilmente il secondo contatto con il testimone è degno di maggior fede del primo, non foss'altro che per il pesante condizionamento che la precedente operazione euristica inevitabilmente ed irrimediabilmente esercita sulla fonte, ol-

tre che per il tempo, spesso non breve, nel frattempo trascorso. Laddove, al contrario, il giudice del controllo – lo osservava già negli anni cinquanta del secolo scorso Enrico Tullio Liebman – si trova avvantaggiato «dal fatto stesso di dover pronunciare non più su un caso vergine, come esso si presentò al primo giudice, bensì su una controversia già precedentemente decisa ed ha perciò sotto gli occhi qualche cosa che non aveva il primo giudice, cioè proprio l'esperienza del primo giudizio, sulla quale egli è chiamato ad esercitare il suo spirito critico, stimolato anche dalle contraddittorie osservazioni delle parti».

2. Il disegno strategico, dalla Commissione Canzio al “maximendamento”.

Ad ogni modo, soprattutto negli ultimi anni, e specialmente con riguardo all'appello del pubblico ministero contro la sentenza di proscioglimento, si sono moltiplicate le proposte di intervento normativo, quasi sempre motivate dalla ritenuta ineludibile necessità di adeguare il nostro ordinamento all'incalzante giurisprudenza di Strasburgo.

Fallito (miseramente, bisogna dire) il tentativo di risolvere il problema della condanna in appello del prosciolto legando le mani al pubblico ministero – non c'è bisogno di ricordare quanto poco accorta fu la manovra novellatrice del 2006 – si è così giunti alla elaborazione di una più sofisticata strategia di intervento, che mira a realizzare *due obiettivi* all'apparenza inconciliabili: assicurare la piena “conformità convenzionale” del mezzo e, allo stesso tempo, decongestionare le Corti.

Il primo risultato si raggiungerebbe con la previsione della rinnovazione “automatica” dell'istruzione probatoria in caso di critica del pubblico ministero alla sentenza assolutoria.

Il secondo, attraverso una serie di operazioni mirate: l'innalzamento della soglia di ammissibilità dell'impugnazione; la riesumazione del “vecchio” congegno del concordato sui motivi; il contenimento dell'ambito oggettivo e soggettivo del mezzo.

Si tratta, insieme al ripristino dell'appello della sentenza di non luogo a procedere, delle proposte elaborate dall'apposita sottocommissione istituita in seno alla commissione ministeriale nominata con D.M. 10 giugno 2013 dall'allora Guardasigilli Annamaria Cancellieri e quindi confluite nel disegno di legge governativo presentato alla Camera nell'autunno del 2014 ed approvato dall'Assemblea l'anno seguente; proposte mantenute nel testo unificato proposto dalla Commissione Giustizia del Senato il 3 agosto 2016 ed infine trasposte nel “maximendamento” approvato con il voto di fiducia dal Senato il 15 marzo scorso e attualmente in corso di esame in Commissione Giustizia alla Camera, in attesa (l'*iter* sembrerebbe ormai deciso) del voto di fiducia anche dei deputati (d.d.l. C 4368).

Spiega al riguardo, nella sua relazione conclusiva, la Commissione Canzio: «le proposte di modifica, nell'ottica di razionalizzazione, deflazione ed efficacia delle procedure impugnatorie, investono», da un lato, «la costruzione di un modello legale della motivazione in fatto della decisione di merito, che si accorda con l'onere di specificità dei motivi dell'impugnazione», «la disciplina semplificata della dichiarazione di inammissibilità dell'impugnazione in casi determinati» e «il ripristino del concordato sulla pena in appello»; dall'altro, «la rinnovazione dell'istruzione probatoria in appello, in caso di gravame del pubblico ministero contro la sentenza assolutoria di primo grado, in adesione alle indicazioni della Corte edu».

3. La “prova viva”, anche in secondo grado.

Partiamo da quest'ultimo aspetto.

La modifica (art. 1, comma 58 d.d.l. C 4368) consiste nell'introduzione, all'art. 603 c.p.p., di un nuovo comma 3-*bis*: «Nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la *rinnovazione dell'istruzione dibattimentale*».

La richiesta di riforma della sentenza di proscioglimento avanzata dalla parte pubblica per ottenere la condanna fa così scattare la piena espansione in appello del principio di immediatezza: le prove dichiarative dovranno formarsi davanti alla Corte chiamata a valutarle. È, questa, una condizione irrinunciabile per legittimare il potere di riforma: solo la “prova viva”

giustifica nell'ottica legislativa l'eventuale *revirement*.

È quanto, del resto, le Sezioni unite della cassazione hanno affermato con le ben note sentenze Dasgupta (n. 27620 del 2016) e Patalano (n. 18620 del 2017), che da questo punto di vista rappresentano un (non sorprendente) *continuum* con l'azione riformatrice.

Peraltro, sembra evidente che la nuova ipotesi di rinnovazione dovrà riguardare *l'intera istruzione dibattimentale del primo grado, e non solo la singola prova "decisiva"* la cui valutazione non sia condivisa dall'appellante.

Il testo della norma non pare consentire alternative.

Del resto, l'impugnazione in punto di responsabilità apre alla possibile rivalutazione *in peius* da parte del giudice di qualsiasi prova assunta, non solo di quella che sorregge la decisione assolutoria (ossia, quella ritenuta "decisiva" dal giudice del provvedimento impugnato). Anzi, all'operazione demolitoria dell'elemento a discarico, si accompagna pressoché inevitabilmente la riconsiderazione dell'attendibilità, prima negata, della prova a carico.

Dunque, una volta assunto come *postulato* che un giudizio "sulle carte" non è idoneo a giustificare la riforma della sentenza, la superiore qualità del metodo di riconsiderazione *live* della prova dichiarativa dovrà essere assicurata ad ogni elemento su cui la nuova decisione poggerà le sue basi.

E non essendo evidentemente ipotizzabile una selezione nella fase prodromica del giudizio, la Corte non potrà che disporre l'integrale riedizione dell'istruttoria.

L'immediatezza, intesa quale contatto diretto tra il giudice della condanna e la fonte dichiarativa, è qui un principio inderogabile, cui va data piena applicazione ogni qualvolta l'appellante pubblico, dubitando della giustizia dell'esito proscioglimento, in ragione della non corretta valutazione della prova, chieda la condanna.

3.1.

Troppo ...

Non adeguatamente meditata, la soluzione rischia di risultare approssimata, allo stesso tempo, sia in eccesso che in difetto.

Nella sua assolutezza e meccanicità, la regola forgiata dal legislatore sembra innanzitutto andare ben oltre le ritenute premesse "convenzionali", la cui osservanza ha rappresentato la principale preoccupazione dei proponenti la riforma.

Forse condizionata da un certo disorientamento, percepibile anche nella nostra giurisprudenza, sulla portata e sulla forza vincolante delle sentenze della Corte europea (qui, la generalizzazione del principio di "anti-convenzionalità" del controllo cartolare del proscioglimento deriverebbe soprattutto dal ben noto caso Dan c. Moldavia, 5 luglio 2011, ric. 8999/07), la soluzione non tiene comunque conto del fatto che lo stesso Giudice di Strasburgo ammette deroghe al principio di immediatezza, non solo, come è ben noto, con riguardo al giudizio di prime cure, ma anche nel giudizio di appello.

Lo "statuto convenzionale" della rinnovazione istruttoria, infatti, non è rigido: la violazione dell'art. 6 C.e.d.u. non si consuma – come ha riconosciuto la Corte nel recente caso Kashlev v. Estonia (26 aprile 2016, ric. n. 22574/08) – quando la rinnovazione non si è tenuta ma l'ordinamento comunque assicura adeguate garanzie contro arbitrarie o irragionevoli valutazioni della prova o ricostruzioni dei fatti («the existence of... safeguards against arbitrary or unreasonable assessment of evidence or establishment of the facts»: § 50), come l'obbligo per il giudice di appello, in caso di riforma del proscioglimento, di esporre una motivazione particolarmente approfondita sulle ragioni del mutato apprezzamento delle risultanze processuali, con l'evidenza degli errori compiuti dal giudice di primo grado, e la previsione di un controllo sul rispetto di quell'obbligo («the fair trial guarantees enshrined in Article 6 §§ 1 and 3 (d) has not been put into question, that the applicant, who was assisted by a lawyer, did not request the examination of witnesses at the appellate court's hearing, that the Court of Appeal followed the requirement of domestic law to provide particularly thorough reasoning for departing from the assessment given to the evidence by the first-instance court, including the indication of mistakes made by it, and that an appeal against the Court of Appeal judgment to the country's highest court allowed the latter to verify whether the requirements of domestic law, including those of a fair trial, had been met»: § 51).

Che è, né più né meno, quanto nel nostro sistema vale, nell'ormai consolidata lettura giurisprudenziale (a partire dalle Sezioni Unite Andreotti, n. 45276 del 2003), per l'obbligo di "motivazione rafforzata" della condanna in appello: «in tema di motivazione della sentenza, il

giudice di appello che riformi totalmente la decisione di primo grado ha l'obbligo di delineare le linee portanti del proprio, alternativo, ragionamento probatorio e di confutare specificamente i più rilevanti argomenti della motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni della relativa incompletezza o incoerenza, tali da giustificare la riforma del provvedimento impugnato» (così la nota massima delle Sezioni Unite Mannino, n. 33748 del 2005).

Ma anche a voler giudicare questa tutela inadeguata a soddisfare lo *standard* garantistico convenzionale, sembra lecito domandarsi se davvero occorra un congegno di rinnovazione generale ed automatica, o non sia invece sufficiente lo strumento offerto dall'attuale istituto normato dall'art. 603 c.p.p., casomai adattato alla specifica esigenza.

La disposizione, interpretata alla luce dei (supposti più severi) principi convenzionali, consente già oggi di ritenere che – in presenza delle condizioni date: sentenza di proscioglimento appellata dal pubblico ministero; elemento di accusa che può essere provato da un testimone sentito in primo grado; necessità di capovolgere il giudizio di attendibilità del testimone – ricorra una situazione di “non decidibilità allo stato degli atti” o di “assoluta necessità” di rinnovazione, che impone il contatto diretto del giudice con la prova, anche in assenza di una espressa richiesta dell'appellante. Ed è esattamente ciò che, appunto, hanno statuito le Sezioni Unite Dasgupta con il primo ed il secondo principio di diritto.

Il problema, piuttosto, è quello della *sanzione per la violazione della norma*: qui non pare convincente la tesi della Cassazione sul vizio di motivazione «per mancato rispetto del canone di giudizio “al di là di ogni ragionevole dubbio” di cui all'art. 533, comma 1» c.p.p.: proprio perché esprime una regola di giudizio (o di decisione), e non una norma di carattere epistemico, il canone del “ragionevole dubbio” non sembra in questo caso venire in gioco.

La mancata riassunzione della prova decisiva, del resto, non comporta necessariamente il vizio di illogicità della motivazione: può accadere, quando il ribaltamento della decisione appellata si fondi su una irragionevole svalutazione del primo contributo conoscitivo, ma non è detto: di per sé, la sentenza d'appello può ben essere perfettamente logica senza che alcun supplemento istruttorio sia stato svolto, così come, peraltro, può essere illogica pur essendosi provveduto alla riassunzione delle prove decisive. Né pare più sicura l'ipotesi di un vizio *ex art.* 606 comma 1 lett. e) riferito al rapporto tra motivazione che nega la rinnovazione (in punto decisività della prova) e motivazione sulla responsabilità dell'imputato. E altrettanto dicasi per l'*error in iudicando*, pur sostenuto in dottrina, come per quello *in procedendo*: nessuna norma sostanziale, o processuale dettata a pena di nullità, inutilizzabilità, inammissibilità o decadenza, viene violata dal giudice che fonda la propria decisione sugli atti, che sono e restano validi, del primo grado.

L'ipotesi che forse, per assimilazione, più si avvicina è quella che la lett. d) dell'art. 606 c.p.p. dedica alla mancata assunzione di una prova decisiva: ma si tratta, all'evidenza, di una fattispecie inestensibile al caso in questione, visto il chiaro perimetro applicativo della disposizione, circoscritto alle sole ipotesi di controprova richiesta dalla parte, nei casi previsti dall'art. 495, comma 2 c.p.p. Probabilmente, è proprio qui che potrebbe utilmente intervenire il legislatore (che invece mantiene sul tema il più assoluto silenzio), interpolando la disposizione per renderla applicabile al caso della violazione dell'obbligo di rinnovazione istruttorio di matrice “convenzionale”.

3.2.

... e troppo poco.

Come si accennava, lo strumento forgiato dal legislatore con il nuovo comma 3-*bis* dell'art. 603 c.p.p. se per un verso appare sovradimensionato, per altro rischia di risultare inadeguato.

Il postulato dell'inaffidabilità del giudizio cartolare produce infatti conseguenze che vanno ben al di là dell'ipotesi considerata.

Solo la decisione di condanna che riforma quella assolutoria merita il più affidabile *standard* probatorio, o anche quella che, a valle della condanna in primo grado, ne conferma la statuizione di responsabilità?

Concettualmente, l'operazione è la stessa. Si può, allora, sensatamente sostenere che la *conferma della condanna*, a differenza della riforma del proscioglimento, possa rimanere un'*incombenza meramente cartolare*? Che, cioè, l'errore del proscioglimento esiga cautele maggiori dell'errore della condanna?

Detto altrimenti: l'imputato assolto in primo grado ha diritto ad un equo processo di

appello, mentre l'imputato condannato, che pure critichi la sentenza per motivi attinenti alla valutazione della prova, può accontentarsi di un secondo grado inquisitorio?

Il punto è rilevante. Per affermare che i due casi di condanna in appello (quella inedita e quella ribadita) possano fondarsi su livelli differenti di affidabilità del secondo giudizio, occorrerebbe dimostrare che il proscioglimento in primo grado rappresenti, di per sé, un precedente più solido rispetto all'esito opposto. Ma è un abbaglio: né l'una, né l'altra decisione sottoposta al controllo (il proscioglimento come la condanna) può presumersi immune da errori.

Allo stesso modo, è frutto di un'illusione ottica anche la lettura in chiave puramente difensiva del divieto di *reformatio in peius* cartolare.

Se il rispetto del principio di immediatezza vale a ridurre il tasso di errore della decisione controllata, del "vantaggio competitivo" offerto dalla nuova norma beneficia, non meno dell'imputato, il pubblico ministero, che riuscirà più agevolmente a far emergere l'errore del proscioglimento.

Fallito il primo tentativo, *l'accusa avrà a disposizione uno strumento efficace per ribaltare il risultato*; strumento che invece *l'imputato non potrà invocare* per rimuovere l'errore della condanna.

Difficile negare che, così, si trattino irragionevolmente in modo (assai) diverso ipotesi nella sostanza identiche.

4.

La selezione "in entrata" degli appelli: il filtro sui motivi.

Se questa è la linea di riforma mirata a recuperare "dignità accusatoria" all'appello, gli altri interventi, come si diceva, si muovono invece lungo la direttrice del recupero di efficienza del mezzo.

Il più rilevante – caduta, nell'*iter* parlamentare, la più radicale e impegnativa scelta a favore della trasformazione dell'appello da mezzo a critica libera, a mezzo critica vincolata, e abbandonata l'idea di assegnare al giudice *a quo*, anche d'ufficio e senza formalità, il vaglio di ammissibilità del mezzo di impugnazione – è quello volto ad innalzare la soglia di ammissibilità dell'impugnazione attraverso la modifica degli artt. 546 e 581 c.p.p.

Con il comma 52 del "maximendamento" si prevede di sostituire la lett. e) dell'art. 546, comma 1, c.p.p., prescrivendosi il *nuovo modello legale della motivazione della sentenza*; per contro, l'art. 581 c.p.p. viene sostituito (comma 55), per ridisegnare il *nuovo profilo formale della dichiarazione di impugnazione*.

Rispetto all'attuale formulazione delle due norme oggetto di modifica, le differenze sono significative.

Quanto alla motivazione della sentenza, si assiste ad un sostanziale "trapianto" nel testo dell'art. 546 c.p.p. di due disposizioni generali in tema di prova.

Per un verso, scompare il riferimento alla «indicazione delle prove poste a carico della decisione stessa», sostituito dalla trasposizione della prescrizione sulla valutazione della prova contenuta nell'art. 192, comma 1 c.p.p. («Il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati»), che si affianca all'originaria regola, mantenuta, che impone la «enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie».

Per altro verso, si specifica (con un lessico in verità alquanto impreciso, sotto più d'un profilo) che i motivi della decisione dovranno riguardare, oltre alla qualificazione giuridica (punto 1, seconda parte), i diversi fatti oggetto di prova *ex art.* 187 c.p.p., riferiti a imputazione, punibilità, pena, misura di sicurezza, responsabilità civile, vicende processuali.

La seconda modifica, idealmente raccordata con la prima, incide sulla forma della dichiarazione di impugnazione, prescrivendo espressamente che la stessa «si propone con atto scritto nel quale sono indicati il provvedimento impugnato, la data del medesimo e il giudice che lo ha emesso, con *l'enunciazione specifica, a pena di inammissibilità*: a) dei capi o dei punti della decisione ai quali si riferisce l'impugnazione; b) delle prove delle quali si deduce l'inesistenza, l'omessa assunzione o l'omessa o erronea valutazione; c) delle richieste, anche istruttorie; d) dei motivi, con l'indicazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta».

La novità, qui, consiste sia nell'ampliamento del catalogo che descrive gli elementi oggetto di enunciazione (oggi limitato a capi, punti, richieste e motivi), con l'inclusione delle pro-

ve e delle richieste istruttorie, sia, soprattutto, nella previsione dell'obbligo di «enunciazione specifica, a pena di inammissibilità» del mezzo di tutti gli elementi indicati (laddove, nella versione attuale, non si ritrova l'espressa indicazione della sanzione, e l'obbligo di «specificità» è limitato alla indicazione delle «ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta»).

L'effetto del combinato disposto delle due interpolazioni è, nell'intenzione del legislatore, quello di «consolidare» nel dato normativo il fronte interpretativo più avanzato in tema di inammissibilità dell'impugnazione «generica», che con riguardo all'appello è oggi presidiato dalla recentissima decisione delle Sezioni Unite Galtelli (n. 8825 del 2017), che parrebbe aver chiuso la vertenza tra le diverse posizioni che si contrappongono da anni in materia.

Abbandonata la linea «antiformalistica», si è preferito l'orientamento più rigoroso, secondo cui l'atto di appello, per soddisfare i requisiti formali di ammissibilità, deve far emergere una diretta *relatio* tra le critiche che sorreggono le richieste e l'apparato giustificativo del provvedimento impugnato; deve cioè «esplicitamente enuncia[re] e argomenta[re] i rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto o di diritto poste a fondamento della sentenza impugnata» (così il principio di diritto formulato nella sentenza Galtelli).

Per superare lo scoglio, l'appellante non può cioè limitarsi ad illustrare le ragioni per le quali ritiene errato *l'esito del giudizio* (responsabilità, circostanze, pena, benefici, ecc.), ma deve anche mettere in evidenza l'errore del ragionamento che quell'esito giustifica.

Non basta, dunque, la prospettazione argomentata della soluzione alternativa: occorre l'espressa, «puntuale confutazione» in fatto e in diritto (§ 8.3) delle ragioni espresse nella sentenza appellata, alle quali gli argomenti spesi in un appello ammissibile devono essere «strettamente collegati» (§ 8.2).

4.1. Bersaglio mancato (ma il filtro ormai resterà ...).

Condivisibile o meno che si ritenga l'obiettivo, l'operazione chirurgica sul corpo normativo non sembra riuscita.

L'innesto nel corpo dell'art. 581 c.p.p. della comminatoria della sanzione, già prevista dall'art. 591 c.p.p., serve (o dovrebbe servire) a trasformare *l'inammissibilità per mancanza di motivi in inammissibilità per carenza di specificità dei motivi*.

Il problema di fondo, però, resta.

Cosa si deve intendere per «specificità» dei motivi di appello?

È più che evidente che il contrasto interpretativo cui si faceva riferimento poc'anzi non è nato dal dubbio sull'esistenza nell'ordinamento della previsione di inammissibilità della dichiarazione per ragioni formali, quanto dalla difficoltà di cogliere l'effettiva portata semantica della locuzione «indicazione specifica», riferita alle ragioni di diritto e agli elementi di fatto a fondamento delle richieste rivolte al giudice del rimedio.

Si tratta infatti – lo segnalava già Carnelutti, nelle sue Lezioni sul processo penale – di un *concetto relativo*. Posto che le richieste variano tipologicamente (un conto è la richiesta di riforma, altro è quella di annullamento), così come variano i poteri cognitivi e decisorii del giudice adito, i motivi che le sorreggono hanno necessariamente caratteristiche differenti, così come la loro «specificazione» ha obiettivi e funzionalità differenti.

Con riguardo, in particolare, alla richiesta di riforma del provvedimento (assolutorio o di condanna) di primo grado, il termine «specifico» non assume altro significato che quello di *pertinenza della causa petendi al petitum*: l'indicazione delle ragioni *in iure* e degli elementi fattuali dovrà avere un legame, un nesso, una connessione diretta con l'epilogo processuale invocato; e questo, a sua volta, dovrà consentire l'individuazione del punto o dei punti della decisione criticati.

Nulla di più è richiesto all'appellante, si tratti dell'imputato che si duole della condanna o, a maggior ragione, del pubblico ministero che appelli l'assoluzione, il cui atto impugnatorio vale a rimettere in discussione davanti al nuovo giudice l'intera questione.

Ha diritto al riesame della decisione l'appellante che ne denuncia l'ingiustizia, anche senza specificamente argomentare sui difetti del ragionamento che la sorregge.

Altra cosa, beninteso, è la forza persuasiva della critica: più le ragioni di doglianza sono accurate, articolate, logiche, documentate, più elevata sarà la probabilità del loro accoglimento.

Ma un conto è il filtro all'appello inconsistente, azzardato, sostanzialmente immotivato

o giustificato dal solo intento dilatorio, e ben altro, evidentemente, è spacciare per requisiti formali minimi la qualità contenutistica dell'atto.

Nel caso della richiesta di annullamento, l'accesso al giudizio di controllo necessariamente si restringe: la "specifica indicazione" del motivo di critica assolve alla funzione di evidenziare la singola patologia denunciata; il vaglio di ammissibilità serve a sanzionare non solo la denuncia vuota di contenuti, ma anche quella che lamenta patologie non denunciabili (art. 606, comma 1 c.p.p.) o denunciabili ma palesemente inconsistenti (art. 606, comma 3 cp.p.), cosicché il requisito formale dell'atto inevitabilmente ne risente (ancorché neppure qui possa, a ben vedere, predicarsi in assoluto sempre necessario l'argomentare dell'impugnante sulle «ragioni di fatto o di diritto poste a fondamento della sentenza impugnata», come vorrebbero le Sezioni Unite Galtelli).

La nuova norma, come si è visto, lascia *immutata la sostanza del problema*: pur "inquinando" la disposizione generale con richiami palesemente riferibili soprattutto all'impugnazione di merito (come quello, nella lett. *b*, alle prove o l'altro, nella lett. *c*, alle richieste istruttorie), continua ad esigere che la "specifica enunciazione" dei motivi consista nella «indicazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta», senza dunque fare quel passo in avanti verso la critica specifica delle ragioni della decisione, indicato dall'ultimo, autorevole arresto della Suprema Corte.

Un passo in avanti mancato, che tuttavia è ragionevole prevedere non basterà a fermare il processo ormai avviato per via pretoria di (indebita) selezione degli appelli, trasformati, ai fini del vaglio di ammissibilità, in (atipici) ricorsi per vizio di motivazione.

L'idea che sembra dominare la logica dell'irrigidimento dei requisiti formali dell'atto è che valga in materia una *presunzione di strumentalità dell'iniziativa impugnatoria* della parte, rispetto alla quale il *favor impugnationis* non è altro che un segno della decadenza dei "costumi" processuali, un sintomo dell'atteggiamento colpevolmente lassista del giudice che ammette controlli non dovuti, ritardando l'esecuzione della sentenza.

Un'idea tanto discutibile sul versante esecutivo, quanto pericolosa nella prospettiva *de iure condendo*.

Il *favor impugnationis*, infatti, è innanzitutto, un ineludibile canone interpretativo delle norme che sacrificano l'interesse (non solo del singolo, ma prima di tutto) pubblico alla giustizia sostanziale della decisione penale a favore dell'esigenza di certezza del diritto, ossia di relativa economicità e tempestività dell'intervento giurisdizionale.

La necessità di trovare tra le due istanze un ragionevole punto di equilibrio, se per un verso giustifica le regole restrittive (dal numero limitato dei controlli al contingentamento dei tempi per attivarli, dalla disponibilità dei mezzi per i soli interessati, alla devoluzione oggettiva con le sue eccezioni, dalla imposizione di requisiti oggettivi, soggettivi, modali alla previsione, appunto, di caratteristiche formali), allo stesso tempo esige che quel bilanciamento sia da un lato, riservato alla sola previsione di legge, in nessun caso espansibile in via interpretativa e, dall'altro, appunto, ragionevole.

5. Gli altri congegni deflativi.

Sull'obiettivo di ridurre il peso gravante sulle Corti distrettuali convergono anche altre disposizioni della riforma.

Innanzitutto quelle (commi 56 e 57) che reintroducono il *concordato sui motivi di appello*, congegno concepito dal legislatore del 1988 in funzione autenticamente deflattiva, che aveva dato buona prova di sé nei vent'anni della sua applicazione, salvo poi cadere ingloriosamente sotto i colpi di un legislatore non proprio illuminato, attento più ai risvolti demagogici delle istanze securitarie che alle effettive esigenze di efficacia ed efficienza della giurisdizione (ed essere così costretto a sopravvivere, dopo l'ufficiale estinzione, nelle prassi sotterranee, attraverso il ricorso alle intese informali tra le parti).

Piuttosto, pare doveroso segnalare che quelle istanze continuano in qualche modo anche oggi a dominare la scena politica, visto che grazie al comma 2 del nuovo art. 599-*bis* c.p.p. – previsto nel d.d.l. originario, poi espunto dal testo approvato dalla Camera nel 2015, e quindi reintrodotta in quello proposto dalla Commissione Giustizia del Senato e mantenuto identico sino ad oggi – *si escludono dall'applicazione del concordato in camera di consiglio i procedimenti per taluni gravi delitti*, espressamente elencati, nonché quelli contro coloro che siano stati di-

chiarati *delinquenti abituali, professionali o per tendenza*.

Per il resto, l'istituto è quello di un tempo, salvo l'introduzione – proposta già dalla Commissione Canzio – di una prescrizione volta a determinare, da parte del procuratore generale presso la Corte di appello, le linee-guida per orientare i magistrati del pubblico ministero nella scelta: ferma l'autonomia dell'esercizio delle funzioni, dovranno seguire «*criteri idonei*», che terranno «conto della tipologia dei reati e della complessità dei procedimenti». Difficile cogliere, ad essere sinceri, la ragione e l'utilità di regole differenziate a livello distrettuale.

Decisamente problematico appare poi il previsto limite all'appello del pubblico ministero contro la sentenza di condanna, che dovrà essere oggetto di normazione delegata (comma 84, lett. h).

L'ipotesi è quella di *estendere al giudizio ordinario la previsione oggi dettata per il giudizio abbreviato*, peraltro parzialmente dilatandola, per rendere possibile l'appello non solo in caso di modifica del titolo del reato, ma anche quando la sentenza «abbia escluso la sussistenza di una circostanza aggravante ad effetto speciale o abbia stabilito una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato».

Al riguardo, come è noto, era intervenuta la Corte costituzionale (n. 363 del 1991), sollecitata a valutare la tenuta costituzionale dello *ius appellandi* del pubblico ministero, che aveva «salvato» la disciplina dell'art. 443, comma 3 c.p.p. ammettendo la legittimità di una regolamentazione asimmetrica dei poteri delle parti antagoniste, giustificata in questo caso non solo dalla circostanza che, con la sentenza di condanna, è comunque realizzata la pretesa punitiva fatta valere nel processo, ma dal fatto che il rito il cui epilogo si contesta perché non pienamente soddisfacente ha comunque visto «privilegiato» sul piano probatorio il pubblico ministero.

Un limite, insomma, compensato dal «vantaggio» di posizione di cui la parte gode nel giudizio speciale, che evidentemente non può trovare la stessa giustificazione nel rito ordinario, dove la regola oggi viene esportata.

Non è questa, peraltro, l'unica direttiva al Governo per la riforma dell'istituto a sollevare perplessità.

Di assai dubbia utilità pare, ad esempio, quella che prescrive al delegato di prevedere «*la legittimazione dell'imputato ad appellare avverso la sentenza di condanna, nonché avverso la sentenza di proscioglimento emessa al termine del dibattimento salvo che sia pronunciata con le formule "il fatto non sussiste" o "l'imputato non ha commesso il fatto"*» (comma 84, lett. i).

Neppure la previsione della *legittimazione ad appellare del procuratore generale* presso la Corte di appello nei soli casi di avocazione e di acquiescenza del pubblico ministero (comma 84 lett. g), sembra felice. A parte l'inapplicabilità pratica della seconda ipotesi della norma nella maggior parte dei casi (a meno di normare uno sfasamento del termine per i due uffici, o di ipotizzare un appello del P.G. destinato a divenire inammissibile se appella il p.m.), l'indebolimento del sistema di controllo sulla prosecuzione dell'azione non è immune da critiche. Si può essere convinti (come chi scrive), o meno (come la stessa Corte costituzionale ha più volte affermato, già dalla pronuncia n. 280 del 1995), della proiezione in fase di impugnazione dell'obbligo di agire *ex art. 112 Cost.*; in ogni caso, non si può negare che sia comunque opportuno mantenere un presidio (qual è, appunto, quello rappresentato dalla legittimazione concorrente dei due uffici) sull'attivazione del pubblico ministero in presenza dei presupposti legali per coltivare l'azione, posto che quell'attività è senz'altro riconducibile (se non al precetto costituzionale, quantomeno) alla sfera dei doveri funzionali dell'organo.

Ma anche la direttiva dedicata all'*appello incidentale*, che si vorrebbe consentire *al solo imputato* (comma 84, lett. m), suona piuttosto bizzarra. Dell'appello incidentale del p.m., con il connesso effetto di paralisi del divieto di *reformatio in peius* e la correlativa portata «ritorsiva» dell'espedito (censurata esemplarmente da Corte cost. n. 177 del 1971, poi superata, con argomenti tutt'altro che incontrovertibili, dalla ricordata decisione n. 280 del 1995), non si sentirà certo la mancanza. Ma cosa significa (ciò che si legge nella Relazione al d.d.l. 2798, p. 9) prescrivere «che l'appello incidentale sia rimesso soltanto all'imputato e quindi acquisti una spiccata funzione difensiva e sia *limitato* nella sua estensione, in particolare *ai casi in cui non abbia legittimazione all'appello principale*»? L'istituto, come è ben noto, non ha la funzione di espandere l'area della legittimazione, ma solo quella di consentire (al soggetto legittimato in via principale) una «reazione» all'azione dell'avversario, nei casi in cui avrebbe altrimenti dato acquiescenza al provvedimento. E comunque: quale effettiva espansione produrrebbe una norma del genere? Un caso significativo è senz'altro quello dell'appello contro il proscioglimento non pienamente liberatorio pronunciato in esito al giudizio abbreviato, che solo nell'ipotesi

del riconosciuto difetto di imputabilità per vizio totale di mente è oggi appellabile dall'imputato (a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 443 comma 1 c.p.p. riformato nel 2006: C. cost. n. 274 del 2009), e che, domani, l'interessato potrebbe invece impugnarne nel merito anche nelle altre ipotesi, a valle dell'appello del pubblico ministero. Ma è ragionevole affidare il raggiungimento di questo risultato al congegno dell'appello incidentale (subordinando così la *chance* dell'imputato all'iniziativa dell'avversario), anziché intervenire direttamente sull'art. 443 c.p.p., per sanare finalmente il guasto della norma?

6.

Elogio dell'appello penale, *sicut erat*.

Insomma, è difficile non ammettere che l'ormai imminente riforma – tanto urgente da giustificare addirittura il voto di fiducia al Governo – avrebbe tratto sicuro giovamento da una più approfondita riflessione.

Non manca, certo, qualche aspetto positivo, come il previsto ripristino dell'*appello contro la sentenza di non luogo a procedere* (commi 38, 39 e 40), inopportuno abolito nel 2006 (e, come spesso accade, "recuperato" nella prassi dalla deformazione del ricorso per cassazione *ex art.* 428 c.p.p., spesso piegato all'improprio compito di colmare quella lacuna). È ben vero che la Corte costituzionale (n. 242 del 2009) era intervenuta sulla previsione soppressiva, escludendo ogni profilo di contrasto con i precetti costituzionali della menomazione del potere di appello del pubblico ministero; non pare però che tutti i dubbi sollevati dalla norma siano stati definitivamente fugati dagli argomenti spesi in quell'occasione dal Giudice delle leggi. Specie quello secondo cui la sentenza *ex art.* 425 c.p.p. non rappresenterebbe una preclusione definitiva all'esercizio dell'azione, grazie alla possibilità offerta al pubblico ministero in ogni tempo di chiedere ed ottenere la revoca della sentenza, visto che in caso di errore di fatto del g.u.p. nella valutazione degli elementi raccolti non è affatto ammessa la revoca della decisione (possibile, a norma dell'art. 434 c.p.p., solo se sopravvivono o si scoprono nuove prove).

Anche qui, peraltro, come per il concordato sui motivi, si tratta di un intervento di "restauro" del *corpus* normativo, che riporta alla luce l'affresco originale. Per il resto, invece, il *quadro* offerto dalla manovra riformatrice, incalzata da una giurisprudenza non meno impaziente di abbandonare la strada vecchia per la nuova, appare davvero *deludente*.

Premesse discutibili sulla portata dei *dicta* di Strasburgo, così come sulla natura e sulla funzione del mezzo, finiscono per fondare una soluzione che produce un effetto anomalo: snatura e ingigantisce il giudizio, senza peraltro apportarne apprezzabili miglioramenti e, anzi, paradossalmente accentuando il *deficit* di tutela dell'imputato nel mutato contesto. Per contro, l'altrettanto malintesa (e malriposta) aspirazione verso l'innalzamento del livello tecnico qualitativo di sentenze e impugnazioni – che fa chiaramente trasparire la frustrazione per il mancato raggiungimento del più ambizioso obiettivo di omologare l'appello al ricorso per cassazione – avalla una lettura strabica delle condizioni di ammissibilità del mezzo, che punta incongruamente alla censura della motivazione della sentenza appellata, per troncare processi in ipotesi comunque meritevoli di riesame.

Si potrebbe obiettare che, anche senza la mano del legislatore, l'appello penale non è già più quello che era in principio, avendo subito l'opera rimodellatrice della Suprema Corte, che ne ha anticipato la metamorfosi.

L'obiezione è indubbiamente fondata, ma l'argomento prova troppo: proprio perché alterata dall'azione erosiva e inventiva di una giurisprudenza opinabile, la disciplina del mezzo avrebbe meritato una riscrittura diversa, che interrompesse quel disegno, anziché limitarsi ad assecondarlo.

Ma questa, probabilmente, è un'osservazione ingenua, frutto di una visione superata dei rapporti tra legislatore e giudice, tra creazione e applicazione del diritto. Oggi, la linea di confine tra le due funzioni (anche nel settore penale, dove è sempre stata più netta) è spesso difficile da scorgere, e non deve dunque stupire che il giudice crei la norma con la sentenza, nell'attesa che il legislatore la "applichi" scrivendola nel codice.