DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

IMPUGNAZIONI PENALI FRA RIFORME LEGISLATIVE E INTERPRETAZIONI GIURISPRUDENZIALI (*)

di Alberto Macchia

SOMMARIO: 1. *Heri dicebamus*. – 2. Il "sistema" delle impugnazioni dopo la riforma e i suoi riflessi sui soggetti. L'*égalité des armes*. – 3. L'imputato. – 4. Il pubblico ministero. – 5. Il giudice.

1. *Heri dicebamus*.

Nella *Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale*, si è "candidamente" riconosciuto – per dirla con Voltaire – che tanto le direttive della legge delega del 1987 che quelle della precedente delega del 1974, avevano lasciato «inalterata l'impostazione tradizionale del nostro sistema processuale mediante la previsione di tre gradi di giudizio ordinario, due di merito ed uno di legittimità, e della impugnazione straordinaria della revisione». Si osservava, infatti, come mancassero nella delega del 1987 «innovative e radicali enunciazioni di principio». E, con riguardo ai lavori preparatori, non si ravvisavano «tracce di un dibattito volto a chiarire la scelta politica tra le due possibili configurazioni, pure a volte presenti in talune legislazioni, della impugnazione come rimedio per riparare possibili errori della decisione impugnata o, invece, come mezzo di controllo dell'operato del giudice del precedente grado».

Il tutto, ovviamente, al netto del problema se dovesse ammettersi un doppio grado di giurisdizione di merito, alla luce della monolitica giurisprudenza costituzionale, costante nell'escludere la portata costituzionale di un siffatto principio, alla luce della sola previsione del ricorso per cassazione enunciato dall'art. 111 Cost.

Eppure, come la dottrina ha unanimemente stigmatizzato[1], era la stessa opzione per un modello accusatorio a spingere per una rimeditazione complessiva del sistema delle impugnazioni, apparendo quantomeno singolare mantenere il "vecchio" appello ed il giudizio di cassazione a fronte di un dibattimento di primo grado totalmente "rinnovato", nelle forme, nei contenuti e nella stessa regola di giudizio; in tal modo generando quella che la stessa Corte costituzionale – nella nota sentenza n. 27 del 2007

(*) Testo della relazione svolta all'incontro di studi organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura a Scandicci il 18-20 settembre 2019, avente ad oggetto "Le impugnazioni penali".

[1] V. per tutti, G. SPANGHER, *Impugnazioni penali*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, UTET, 1992, 217 ss.

(cc) BY-NC-ND 2010-2019 Diritto Penale Contemporaneo

sulla legge Pecorella – aveva definito come «tensioni interne al vigente ordinamento processuale, connesse al mantenimento di impugnazioni di tipo tradizionale nell'ambito di un processo a carattere tendenzialmente accusatorio».

Problemi, questi, di non poco conto se si riflette sul fatto che i "modelli" impugnatori, con i quali siamo abituati a misurarci nel giudizio ordinario, ammettono, poi, una molteplicità di varianti che finiscono per incrementarne le possibili aporie di sistema, oltre che lo stesso dato numerico di gravami e ricorsi. Basti pensare ai procedimenti incidentali ed alla importanza che sono venuti ad assumere nel tempo; ai nuovi rimedi straordinari, oltre alla revisione; ai procedimenti di sorveglianza; ai procedimenti di prevenzione; alle competenze enormemente accresciute in capo ai giudici della esecuzione ed al relativo contenzioso impugnatorio.

Gli innesti normativi che si sono succeduti nei trent'anni di vigenza del nuovo codice non si può proprio dire che siano stati ispirati dalla esigenza di una revisione *ab imis* del sistema delle impugnazioni; ma, semmai, da una ondivaga e rapsodica volontà di procedere a "ritocchi", orientati, non da una visione prospettica, ma piegati alla soluzione di singole contingenze. Non di rado dando vita ad altalenanti "miniriforme", intrise di aspetti profondamente contraddittori.

Un esempio per tutti. Il "patteggiamento" in appello.

Le sue vicissitudini, farebbero impallidire un esegeta "storico" dell'istituto. Presente, infatti, nell'originario testo del codice sotto la veste (art. 599, comma 4) di un concordato sui motivi di appello, al quale poteva conseguire un accordo sulla nuova misura della pena da "indicare" al giudice dell'appello, libero, però, di non aderire a tale "indicazione", l'istituto (un "incompreso", secondo alcuni[2]) venne inopinatamente fulminato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 435 del 1990 per eccesso di delega.

Il legislatore ci ripensò: e con l'art. 1 della legge 19 gennaio 1999, n. 14, la originaria previsione codicistica venne reintrodotta, stavolta con procedimento legislativo ordinario che non soffriva più i "condizionamenti" della legge delega. Il "ripensamento", però, non è durato molto: la possibilità di un concordato sui motivi con accordo sulla nuova misura della pena venne infatti abrogato del comma 1 dell'art. 2, del D.L. 23 maggio 2008, n. 92, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 luglio 2008, n. 125.

Cosa è successo nei fatti? A quanto sembra, poco o nulla, perché i giudici dell'appello hanno continuato a "recepire" gli accordi che, tramite le rinunce, le parti concordavano sulla nuova misura della pena.

Fin qui, sembrerebbe una vicenda, tutta italiana, di quelle che evocano lo shakespeariano "tanto rumor per nulla": ma le scelte normative sono tanto più imprevedibili quanto fantasiose nelle loro "costruzioni".

Dalla riforma Orlando, infatti, il concordato in appello è stato integralmente riformulato, sotto la forma del nuovo art. 599-*bis* cod. proc. pen., generando un ibrido, calibrato in termini in larga misura sovrapponibili al patteggiamento vero e proprio,

---

[2] G. LATTANZI, *Il patteggiamento in appello: un incompreso*, in *Cass. pen.*, 1990, 367.

con tanto di limiti soggettivi ed oggettivi, che nulla hanno a che vedere con l'originario archetipo, del quale è stata misconosciuta la vera funzione. Quella, cioè, di assecondare accordi tra le parti, volti a "scremare" la sovrabbondanza di motivi, per andare direttamente al cuore dei *petita* che si intendano davvero perseguire: e se da tutto ciò è possibile enucleare una nuova misura della pena, ben vengano indicazioni "concordate" che stimolino il pronto esaurimento del giudizio impugnatorio.

In tutto ciò, i limiti oggettivi e soggettivi al concordato sui motivi c'entrano poco o nulla; e ancor meno si giustifica la previsione di "linee guida" (art. 599-*bis* cod. proc. pen.) impartite dai procuratori generali, circa le valutazioni che i magistrati del pubblico ministero sono chiamati ad adottare, in merito agli accordi, nella udienza[3]. Una previsione, quella testè richiamata, che non compare neppure per il "patteggiamento" di cui agli artt. 444 e seguenti del codice di rito, e che, in qualche modo, getta una luce di "sfiducia" nei confronti dei magistrati del pubblico ministero presso le Corti di appello; una "sfiducia" che, verosimilmente, ha tratto origine proprio dalle "prassi" che vedevano il concordato in appello applicato con "abbondanza", anche dopo la soppressione dell'istituto.

I "ripensamenti" d'altra parte, non sono finiti, giacché, sempre con la riforma Orlando, ricompare l'appello contro le sentenze di non luogo a procedere. L'originario testo dell'art. 428 cod. proc. pen. prevedeva, infatti, che, salvo i casi di inappellabilità della sentenza di condanna previsti dall'art. 593, comma 3, la sentenza di non luogo a procedere potesse essere appellata dal procuratore della Repubblica e dal procuratore generale, nonché dall'imputato, a meno che con la sentenza fosse stato dichiarato che il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso.

Tale previsione, imposta al legislatore delegato da una apposita direttiva (n. 55) della legge-delega, fu soppressa ad opera dell'art. 4 della legge 20 febbraio 2006, n. 46, che mantenne – come mezzo di impugnazione – il solo ricorso per cassazione. Con la riforma Orlando l'appello avverso le sentenze di non luogo a procedere è stato reintrodotto, con una limitazione dei casi di ricorso per cassazione e secondo una logica dichiaramente deflattiva per il solo giudizio di legittimità.

Gli effetti, sul piano statistico, credo saranno, per la Corte di cassazione, poco più che insignificanti: ma la logica di un riesame del merito non è in sé distonica rispetto alla tradizione (basta rammentare l'appello alla sezione istruttoria delle sentenze di non doversi procedere del giudice istruttore) e, se si vuole, senz'altro più "utile" rispetto ad un incongruo, solitario rimedio di legittimità.

Un ritorno al passato, tuttavia, che, ancora una volta, non depone a favore di una visione di sistema da parte del legislatore, attento a cogliere le esigenze del momento piuttosto che a dar vita a riforme ben sedimentate e, dunque, sufficientemente durature.

---

[3] C'è da chiedersi se tutto ciò preconizzi un pubblico ministero "negoziatore" anche rispetto ad ambiti diversi da quelli propri del trattamento sanzionatorio, sia pure sotto le mentite spoglie di accordi sulle rinunce, in ipotesi anche reciproche, ai motivi di appello.

2. Il "sistema" delle impugnazioni dopo la riforma e i suoi riflessi sui soggetti. L'*égalité des armes*.

Più che ricercare una (forse inesistente) linea di coerente impostazione delle varie modifiche che ha subito il regime delle impugnazioni penali, a seguito della legge n. 103 del 2017 e del decreto legislativo n. 11 del 2018 che ne ha completato l'*iter*[4], mi sembra più utile tentare di "leggere" la riforma, non tanto sul versante della dinamica processuale, quanto su quello delle possibili "trasfigurazioni", o semplici "mutamenti", che, sotto taluni profili, hanno finito per subire i soggetti del processo: imputato, pubblico ministero e giudice.

Perché, a me sembra, in una prospettiva tanto enfatizzata di deflazione del carico giudiziario e di razionalizzazione dei modelli impugnatori, sul campo di battaglia della riforma sono rimaste alcune "membra", che cambiano, seppure in parte, i connotati dei protagonisti della "tenzone".

Un primo aspetto che, sotto questo profilo, mi sembra necessario verificare preliminarmente, è se, innanzitutto, sia rimasto inalterato l'equilibrio tra le parti. Il codice, infatti, nella sua originaria versione, non aveva prodotto innovazioni sostanziali sul versante dei poteri impugnatori e dei correlativi "poteri" di giudizio dell'organo chiamato a pronunciarsi sulla impugnazione. Con la legge Pecorella, come sappiamo, le cose sono invece cambiate, avendo il legislatore determinato un sensibile "arretramento" delle facoltà di appello del pubblico ministero ed un ampliamento dei casi di ricorso, *in favor*, essenzialmente, dell'imputato.

La Corte costituzionale, come sappiamo, non si è fatta attendere, finendo per sterilizzare la portata di quella riforma, secondo una prospettiva riequilibratrice fra le parti necessarie.

Le polemiche che ne sono conseguite hanno però lasciato il segno, dal momento che, tanto in seno alla dottrina, che in una parte della giurisprudenza, hanno continuato a levarsi voci discordi: le une, protese ad affermare la incompatibilità logica rispetto ad un sistema accusatorio, di far seguire una possibile condanna *ex actis*, dopo un dibattimento con esito di proscioglimento, ed alla luce di una regola di giudizio "forte", quale quella della responsabilità da affermare al di là di ogni ragionevole dubbio; le altre, invece, attente a rimarcare come, volgendosi il giudizio di impugnazione a rimuovere un "errore" del giudice, non avrebbe senso circoscrivere l'errore alla sola condanna, mantenendo incensurabile nel merito l'opposta soluzione.

Eppure, le indicazioni offerte dalla Corte costituzionale, ancorché anodine sul piano squisitamente "ideologico", erano state chiare nel tracciare alcuni confini entro i quali far risaltare il principio di uguaglianza tra le parti processuali; principio sancito paradigmaticamente per tutti i processi, dall'art. 111 Cost. e che aveva rappresentato il

---

[4] Sulle disposizioni generali, v., fra gli altri, L.SURACI, *Le disposizioni generali sulle impugnazioni*, in *La riforma Orlando* (a cura di G. Spangher), Pacini Giuridica, 2017, p. 221 ss.; *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative* (a cura di M.Bargis e H.Belluta), Giappichelli, 2018; M. GIALUZ, A. CABIALE, J. DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2017, p. 173 ss.

parametro di riferimento per la declaratoria di illegittimità costituzionale della legge n. 46 del 2006, nella parte in cui aveva eliminato la possibilità di appello per il pubblico ministero avverso le sentenze di proscioglimento.

Nella sentenza n. 26 del 2007, la Corte rammentò, infatti, come, anche prima della riforma dell'art. 111 Cost., la giurisprudenza costituzionale fosse consolidata nell'affermare che «nel processo penale, il principio di parità tra accusa e difesa non comporta necessariamente l'identità tra i poteri processuali del pubblico ministero e quelli dell'imputato: potendo una disparità di trattamento risultare giustificata, nei limiti della ragionevolezza, sia dalla peculiare posizione istituzionale del pubblico ministero, sia dalla funzione allo stesso affidata, sia da esigenze connesse alla corretta amministrazione della giustizia» .

Alla stregua di tale consolidato orientamento – soggiunse la Corte – «le fisiologiche differenze che connotano le posizioni delle due parti necessarie del processo penale, correlate alle diverse condizioni di operatività e ai differenti interessi dei quali, anche alla luce dei precetti costituzionali, le parti stesse sono portatrici – essendo l'una un organo pubblico che agisce nell'esercizio di un potere e a tutela di interessi collettivi; l'altra un soggetto privato che difende i propri diritti fondamentali (*in primis*, quello di libertà personale), sui quali inciderebbe una eventuale sentenza di condanna – impediscono di ritenere che il principio di parità debba (e possa) indefettibilmente tradursi, nella cornice di ogni singolo segmento dell'*iter* processuale, in un'assoluta simmetria di poteri e facoltà. Alterazioni di tale simmetria – tanto nell'una che nell'altra direzione (ossia tanto a vantaggio della parte pubblica che di quella privata) – sono invece compatibili con il principio di parità, ad una duplice condizione: e, cioè, che esse, per un verso, trovino un'adeguata *ratio* giustificatrice nel ruolo istituzionale del pubblico ministero, ovvero in esigenze di funzionale e corretta esplicazione della giustizia penale, anche in vista del completo sviluppo di finalità esse pure costituzionalmente rilevanti; e, per un altro verso, risultino comunque contenute – anche in un'ottica di complessivo riequilibrio dei poteri, avuto riguardo alle disparità di segno opposto riscontrabili in fasi del procedimento distinte da quelle in cui s'innesta la singola norma discriminatrice avuta di mira (si vedano le sentenze n. 115 del 2001 e n. 98 del 1994) – entro i limiti della ragionevolezza».

Dissimetrie sì, dunque, ma – manzonianamente – *con juicio*.

Ebbene, gli equilibri precedenti, "riassestati", come si è detto, dalla Corte costituzionale, sono stati ora nuovamente intaccati dalla riforma Orlando, con taluni "segni premonitori" promananti proprio dalla giurisprudenza di legittimità. Non mi sembra causale, infatti, che le stesse Sezioni unite, nella nota sentenza Dasgupta, anticipando la modifica poi apportata con il nuovo art. 603, comma 3-*bis*, cod. proc. pen., abbiano motivato la esigenza di rinnovazione del dibattimento nel giudizio di secondo grado in caso di appello del pubblico ministero contro il proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, proprio con una "inedita" esigenza di riequilibrio fra le parti processuali; quasi che al Collegio allargato competesse un potere delibativo surrogatorio delle scelte non ancora operate dal legislatore.

Nella sentenza si afferma, infatti, che, «D'altro canto, l'ampia facoltà di appello del pubblico ministero contro le sentenze di proscioglimento, ripristinata dalla Corte cost. con la sentenza n. 26 del 2007, che ha *in parte qua* espunto dall'art. 593 cod. proc. pen. le previsioni fortemente limitative introdotte dall'art. 1 legge n. 46 del 2006, implica di per sé *quale contrappeso*, proprio per la esigenza di coerenza con il modello accusatorio (e in attesa di una riforma generale del sistema delle impugnazioni, auspicata anche dalla Corte cost. nella sentenza sopra citata), che la difesa sia messa in grado di contrastare i rilievi critici dell'ufficio appellante sulla portata probatoria delle fonti dichiarative dimostrandone eventualmente la infondatezza proprio attraverso la viva voce dei soggetti le cui dichiarazioni, secondo l'assunto della parte pubblica, sarebbero state male interpretate o non ben valorizzate dai primo giudice[5]».

Al netto, però, dei problemi posti dalla sentenza Dasgupta e dalle successive sentenze Patalano e Troise, mi sembra difficilmente contestabile che la riforma Orlando abbia "riposizionato" i poteri di appello a tutto danno del pubblico ministero.

L'imputato, come rileveremo anche in seguito, perde la possibilità di proporre personalmente ricorso in cassazione, ma la ricorribilità oggettiva resta, nella sostanza, inalterata.

Il pubblico ministero, invece, al di là di una nuova "ridistribuzione" (secondo i dichiarati auspici del legislatore, "razionalizzatrice") delle facoltà di appello tra procuratore della Repubblica e procuratore generale, assiste ad una secca *deminutio* dei propri poteri di appello in caso di condanna, in quanto tale mezzo di impugnazione gli è ora consentito solo se la condanna ha modificato il titolo di reato[6] o escluso la

---

[5] Con la ulteriore aggravante che nel caso di riforma in appello del giudizio assolutorio di primo grado, fondata su una diversa valutazione della concludenza delle dichiarazioni ritenute decisive, l'impossibilità di procedere alla necessaria rinnovazione dibattimentale della prova dichiarativa – ad esempio per irreperibilità, infermità o decesso del soggetto da esaminare – preclude il ribaltamento del giudizio assolutorio "ex actis", fermo restando il dovere del giudice di accertare sia la effettiva sussistenza della causa preclusiva alla nuova audizione, sia che la sottrazione all'esame non dipenda nè dalla volontà di favorire l'imputato nè da condotte illecite di terzi, essendo in tali casi legittimo fondare il proprio convincimento sulle precedenti dichiarazioni assunte (Sez. U, n. 27620 del 28/04/2016 – dep. 06/07/2016, Dasgupta, Rv. 26749001). Dunque, al contraddittorio impossibile, segue la totale vanificazione del potere impugnatorio in appello del pubblico ministero. Una conseguenza, questa, che non pare in linea con i principi affermati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 26 del 2007, dianzi riportati.
Di recente, le Sezioni unite hanno puntualizzato che le dichiarazioni rese dal perito o dal consulente tecnico nel corso del dibattimento, in quanto veicolate nel processo a mezzo del linguaggio verbale, costituiscono prove dichiarative, sicché sussiste, per il giudice di appello che, sul diverso apprezzamento di esse, fondi, sempreché decisive, la riforma della sentenza di assoluzione, l'obbligo di procedere alla loro rinnovazione dibattimentale attraverso l'esame del perito o del consulente, mentre analogo obbligo non sussiste ove la relazione scritta del perito o del consulente tecnico sia stata acquisita mediante lettura, ivi difettando la natura dichiarativa della prova. (Sez. U, n. 14426 del 28/01/2019 – dep. 02/04/2019, Pavan Devis, Rv. 27511201)

[6] Si tratta, come è noto, dell'unica ipotesi in cui è ammesso l'appello contro le sentenze di condanna a seguito di giudizio abbreviato, secondo quanto previsto dall'art. 443, comma 3, richiamato dal comma 1 dell'art. 593, comma 1, cod. proc. pen. Ma va osservato che se quello è l'unico "caso" di appello della sentenza di condanna in abbreviato, i "motivi" di gravame poi possono essere diversi. La giurisprudenza è, infatti, ormai da tempo consolidata nell'affermare che In tema di giudizio abbreviato, l'appello

sussistenza di una circostanza aggravante ad affetto speciale o ha stabilito una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato.

Mi limito a registrare il dato[7], ponendolo a raffronto con il *pendant* per l'imputato: quest'ultimo, in caso di proscioglimento, vede precluso l'appello solo se la sentenza ha dichiarato che il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso; ipotesi, queste, per le quali difetterebbe comunque il requisito dell'interesse.

Lo sbilanciamento è palese e voluto. Uno sbilanciamento reso ancor più evidente dal fatto che la parte civile, eliminato ad opera della Legge Pecorella l'originario – e tradizionale – inciso che compariva nell'art. 576 cod. proc. pen., per il quale la parte civile proponeva impugnazione «con il mezzo previsto per il pubblico ministero», vede ora intatta la possibilità di appello avverso le sentenze, tanto di proscioglimento che di condanna, a tutela dei propri interessi civili[8].

Una sorta di "enantiosema" normativo ha poi finito per avviluppare quella sorta di "Carneade" del processo penale che è l'appello incidentale.

Sorto, infatti, nel Codice Rocco come "appello-spauracchio" affidato al pubblico ministero quale strumento teso a limitare gli appelli con scopo defatigatorio dell'imputato, e rimedio dichiaratamente teso a bilanciare il divieto di *reformatio in*

---

proponibile dal P.M. avverso la sentenza di condanna che abbia modificato il titolo del reato può avere ad oggetto qualsiasi statuizione adottata e non deve essere necessariamente limitato al ripristino dell'originaria, più grave, ipotesi contestata. (In motivazione, la Corte ha precisato che doveva ritenersi irrilevante il fatto che, nella specie, la modifica del titolo di reato era stata disposta su richiesta del pubblico ministero di udienza). (da ultimo, Sez. 4, n. 48825 del 25/10/2016 – dep. 17/11/2016, P.G. in proc. Dhif, Rv. 26821701). Dunque – e siamo davvero ai limiti del paradosso – la diversa qualificazione del reato (non è dato sapere se soltanto in *melius* oppure anche se *in peius*, "Drassich" permettendo) anche se estranea alle pretese impugnatorie, perché addirittura sollecitata dallo stesso pubblico ministero, apre le porte ad un appello "pieno", snaturando la stessa funzione del limite alla impugnabilità.

[7] Per un approfondimento critico, v., volendo, A. MACCHIA, *L'assetto del giudizio di appello alla luce delle recenti riforme*, in questa *Rivista*, fasc. 11/2018, p. 23 ss.

[8] Va rammentato, infatti, che le Sezioni unite affermarono che anche dopo le modificazioni introdotte dall'art. 6 della legge 20 febbraio 2006 n. 46 all'art. 576 cod. proc. pen., la parte civile ha facoltà di proporre appello, agli effetti della responsabilità civile, contro la sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio di primo grado. V. Corte cost., 6 febbraio 2007 n. 32. (Sez. U, n. 27614 del 29/03/2007 – dep. 12/07/2007, P.C. in proc. Lista, Rv. 23653901). Si è puntualizzato, al riguardo, che la parte civile, nonostante la modifica dell'art. 576 cod.proc.pen. ad opera della legge n. 46 del 2006, conserva il potere di impugnare le sentenze di proscioglimento ed il giudice dell'impugnazione ha, nei limiti del devoluto ed agli effetti della devoluzione, il potere di affermare la responsabilità dell'imputato agli effetti civili e di condannarlo al risarcimento o alle restituzioni. (Sez. 6, n. 41479 del 25/10/2011 – dep. 14/11/2011, V., Rv. 25106101). A proposito delle sentenze di condanna, si è affermato che quando è stata pronunciata in primo grado condanna generica al risarcimento del danno, non costituisce domanda nuova la richiesta di condanna al pagamento di una provvisionale effettuata per la prima volta in appello dalla parte civile, con la conseguenza che il giudice del gravame ha il dovere di pronunciarsi sulla domanda, utilizzando gli stessi criteri di giudizio previsti dall'art. 539, comma secondo, cod. proc. pen., per il giudice di prime cure. (Sez. 3, n. 42684 del 07/05/2015 – dep. 23/10/2015, Pizzo e altro, Rv. 26519801). Le Sezioni unite hanno pure puntualizzato che non viola il principio devolutivo né il divieto di *reformatio in peius* la sentenza di appello che accolga la richiesta di una provvisionale proposta per la prima volta in quel giudizio dalla parte civile non appellante. (Sez. U, n. 53153 del 27/10/2016 – dep. 15/12/2016, C, Rv. 26817901). Sul tema v. V. ROSSI, *I poteri di impugnazione della parte civile*, in *Arch. pen.*, 2 gennaio 2018.

peius, del quale Rocco avrebbe volentieri fatto a meno, l'appello incidentale del pubblico ministero venne dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 177 del 1971.

Reintrodotto dal nuovo codice, stavolta però come rimedio attribuito a tutte le parti processuali (e scrutinato in maniera assai efficace dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 280 del 1995), l'istituto diviene, adesso, l'esatto contrario di ciò che era in origine: vale a dire un mezzo di impugnazione riservato al solo imputato.

La logica della Legge Pecorella, vale a dire quella di "spuntare le unghie" del pubblico ministero ai fini della appellabilità delle sentenze, mi sembra aleggi in modo consistente, specie se si considera il valore tutto "emblematico" della novella, in considerazione del livello pressoché trascurabile di applicazione che l'istituto ha sin qui ricevuto[9]. Sembra però verosimile attendersi che – trattandosi di facoltà ormai riservata al solo imputato – la stessa non mancherà di essere attivata per contrastare qualsiasi avverso allargamento del devoluto, introducendo ulteriori temi di giudizio che corrono il rischio di degradare (ulteriormente) la sentenza di primo grado a mera "ipotesi di sentenza"[10].

3. L'imputato.

La novità più appariscente, che ovviamente contribuisce a modificare le "sembianze processuali" dell'imputato, è stata la tanto attesa e decantata eliminazione della possibilità, per l'imputato stesso, di proporre personalmente il ricorso per cassazione[11].

---

[9] Va notato che l'art. 1, comma 84, lettera *m*) della legge n. 103 del 2017, nel conferire delega legislativa per la riforma delle impugnazioni, aveva espressamente previsto, nella corrispondente direttiva, la necessità di «prevedere la titolarità dell'appello incidentale in capo all'imputato e *limiti di proponibilità*»: limiti che il legislatore delegato, nel d.lgs. n. 11 del 2018, ha omesso di individuare, con le ovvie conseguenze sul piano della conformità alla delega. V. al riguardo, volendo, A. MACCHIA, *L'assetto del giudizio di appello, cit.*

[10] Non sembra possa rappresentare efficace remora agli abusi la eventuale condanna alle spese, tenuto conto de relativo modesto rilievo in appello. La giurisprudenza al riguardo è consolidata nel senso che l'appellante in via incidentale è soggetto al pagamento delle spese del procedimento quando tale impugnazione è dichiarata inammissibile o è rigettata, poiché la parte che propone appello incidentale è appellante a tutti gli effetti e la regola secondo cui l'appello incidentale perde efficacia in caso di inammissibilità o di rinuncia a quello principale non determina una minore idoneità di esso a provocare eventuali modificazioni della decisione impugnata, anche per motivi diversi da quelli dell'appello principale. (Sez. 6, n. 39479 del 30/05/2017 – dep. 28/08/2017, P.G., P.C. in proc. Campellone, Rv. 27138601).

[11] Per una approfondita disamina di tale innovazione e con un ampio *excursus* del tema della autodifesa, v. R. GERMANO, *L'abolizione del ricorso personale dell'imputato e il problema dell'autodifesa nel giudizio di cassazione: una ricostruzione*, in *Leg. Pen.*, Approfondimenti, 27 giugno 2018, 1 ss. V. anche F. CAPRIOLI, *I nuovi presupposti di ammissibilità dei ricorsi per cassazione*, in *Leg. Pen.*, 2 gennaio 2018; B. NACAR, *La esclusione della legittimazione dell'imputato a ricorrere personalmente in cassazione è incostituzionale? (Legittimazione dell'imputato),* in *Dir. pen. proc.*, 2018, 550 ss.; G. ALTIERI, *Ricorso presentato personalmente dall'imputato: considerazioni sulla sentenza n. 42062/2017*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2018, 351 ss.

Non conosciamo, perché non disaggregati, i dati relativi alla incidenza di tale novità sui carichi di lavoro in cassazione: è certo, però, che i ricorsi sono diminuiti, dal 2017 al 2018, in termini assoluti, di circa 5.000 ricorsi, passando da 56.632 per il 2017, a 51.956 nel 2018. Una tendenza al "ribasso" che si registra anche nel primo semestre del 2019, in quanto, rispetto al primo semestre dello scorso anno, i ricorsi sono passati da 27.349 a 26.305[12].

È ovvio che su tali numeri hanno inciso vari fattori, in quanto il "fuoco" della riforma è rinvenibile proprio nella ricerca di correttivi rispetto al numero dei ricorsi (eliminazione del ricorso per l'archiviazione; reintroduzione dell'appello avverso le sentenze di non luogo a procedere; devoluzione all'appello della rescissione del giudicato; abbattimento della ricorribilità per i patteggiamenti; sensibile incremento della sanzione per i casi di inammissibilità dei ricorsi; e, sicuramente, anche la impossibilità di proporre ricorso personalmente).

Ad altri, il compito di scandagliare i non pochi aspetti problematici scaturiti dalla novella di cui qui trattiamo[13], specie sul versante della nomina del difensore cassazionista. Qui interessa svolgere alcune notazioni sul tema della autodifesa.

---

[12] Al riguardo v. F. ALONZI, A. MANNA (a cura di), *Considerazioni sui "numeri" della Cassazione*, in questa *Rivista*, 21 giugno 2019.

[13] Salutata con evidente favore dalle Sezioni unite, che si sono affrettate a puntualizzare che il ricorso per cassazione avverso qualsiasi tipo di provvedimento, compresi quelli in materia cautelare, non può essere proposto dalla parte personalmente, ma, a seguito della modifica apportata agli artt. 571 e 613 cod. proc. pen. dalla legge 23 giugno 2017, n. 103, deve essere sottoscritto, a pena di inammissibilità, da difensori iscritti nell'albo speciale della Corte di cassazione. (In motivazione, la Corte ha precisato che va tenuta distinta la legittimazione a proporre il ricorso dalle modalità di proposizione, attenendo la prima alla titolarità sostanziale del diritto all'impugnazione e la seconda al suo concreto esercizio, per il quale si richiede la necessaria rappresentanza tecnica del difensore). (Sez. U, n. 8914 del 21/12/2017 – dep. 23/02/2018, Aiello, Rv. 27201001). Significative le motivazioni che il Collegio allargato offre circa la *ratio* della innovazione. «L'attuale quadro normativo – osserva infatti la sentenza – trova una sua oggettiva giustificazione nell'esigenza, generalmente avvertita, di assicurare un alto livello di professionalità nell'impostazione e nella redazione di un atto di impugnazione, il ricorso per cassazione, introduttivo di un procedimento connotato da una particolare importanza e da un elevato tecnicismo, tipico del giudizio di legittimità, scoraggiando al contempo la diffusa prassi dei ricorsi redatti da difensori non iscritti nell'apposito albo speciale, ma formalmente sottoscritti dai propri assistiti per eludere il contenuto precettivo dell'art. 613, comma 1. Emerge nitidamente dalla lettura della relazione illustrativa al disegno di legge e dagli atti del dibattito parlamentare il duplice intento, da un lato, di evitare la proposizione di ricorsi in larga parte destinati alla declaratoria di inammissibilità per carenza dei necessari requisiti di forma e di contenuto, in ragione della obiettiva incapacità del ricorrente di individuare i vizi di legittimità del provvedimento impugnato; dall'altro lato, di garantire maggiore efficacia ed efficienza al controllo di legittimità ed alla funzione nomofilattica attribuita alla Corte di cassazione, riducendo il numero delle sopravvenienze destinate a, quasi certa, declaratoria di inammissibilità perché prive dei prescritti requisiti».
Spiegazione, a nostro avviso, concettualmente flebile ed opinabile nei contenuti, considerato che le impugnazioni di merito ben possono presentare un tasso di "tecnicismo" e di impegno defensionale per nulla inferiori al ricorso per cassazione, senza considerare che il non dedotto in appello è, di regola, non devolvibile in cassazione. La verità è, dunque, che la innovazione si giustifica solo in una prospettiva deflattiva, che, per di più, stando ai dati che si sono già evidenziati, non sembra neppure aver prodotto frutti particolarmente significativi.

A questo riguardo, la nostra giurisprudenza di legittimità è del tutto consolidata nell'escludere l'autodifesa dal processo penale. Si afferma, infatti, che l'autodifesa nel processo penale non è consentita nel nostro ordinamento, anche quando l'imputato sia un avvocato regolarmente iscritto nell'albo professionale, in difetto di una espressa previsione di legge che la legittimi, dovendo la difesa personale essere necessariamente affiancata dalla difesa tecnica terza (Sez. 2, n. 40715 del 16/07/2013, Stara, Rv. 257072; Sez. 5, n. 49551 del 03/10/2016, Mucci, Rv. 268744; Sez. VI, n. 46021 del 19/09/2018, Antonucci, RV 274281).

Alla difesa tecnica, contemplata dall'art. 24, secondo comma, Cost., si accompagna, infatti, la prospettiva – diversa da quella insita nella difesa personale o autodifesa – del corretto svolgimento del processo e del funzionamento della giustizia, destinata a fungere quale strumento di garanzia del contraddittorio da realizzarsi nella parità dialettica tra accusa e difesa.

D'altra parte, si è pure osservato, la finalità di garantire all'imputato il corretto svolgimento del processo per un interesse pubblico destinato, come tale, a superare l'interesse del singolo, rinviene espressione anche nel consolidato indirizzo della Corte costituzionale, la quale ha più volte avuto modo di riconoscere alla difesa tecnica il ruolo di imprescindibile garanzia del regolare esercizio del potere giurisdizionale (*ex plurimis*, Corte cost., ordinanza 421 del 1997, nonché sentenze n. 498 del 1989 e 125 del 1979).

Per altro verso, la stessa giurisprudenza di legittimità (Sez. 1, n. 7786 del 29/01/2008, Stara, Rv. 239237), ha escluso qualsiasi contrasto di tali principi con la Convenzione e.d.u. (art. 6 art. § 3, lett. c), ove si stabilisce che ogni imputato ha diritto di difendersi da se medesimo o mediante l'assistenza di un difensore, dal momento che la fonte convenzionale non impone all'imputato l'alternativa di scegliere tra autodifesa o difesa tecnica, ma si limita ad assicurare un sistema minimo di garanzie diretto a salvaguardare il diritto all'autodifesa in quegli ordinamenti che non assicurano il diritto alla difesa tecnica.

La mancata previsione nel sistema penale di una norma corrispondente all'art. 86 cod. proc. civ., che consente nel processo civile alla parte di stare in giudizio da sola se abbia le qualità per esercitare l'ufficio di difensore, impedisce, dunque – alla luce dei peculiari valori coinvolti nel processo penale – che l'imputato possa essere "assistito da se medesimo" anche sul pano tecnico, pure nel caso in cui abbia le qualità professionali per esercitare la difesa tecnica.

Tuttavia, nonostante il consolidato concorrere di opinioni contrarie, il tema della autodifesa e della relativa compatibilità, tanto costituzionale che convenzionale, ove la stessa risulti, in concreto, del tutto "sterilizzata", in quanto totalmente assorbita dalla difesa tecnica, potrebbe essere rivisitato, in presenza di una novella che – come hanno evidenziato le Sezioni unite Aiello – frappone, ormai, un sin qui inedito iato "assoluto" tra l'imputato, titolare del diritto di impugnazione, e il difensore cassazionista, unico soggetto cui spetta il concreto esercizio di tale diritto, attraverso la proposizione dell'atto di ricorso.

E tutto ciò, specie sul versante dei ricorsi in tema di misure cautelari personali – che coinvolgono valori costituzionali meritevoli di bilanciamento – e dei problemi

connessi alla nomina di un difensore di ufficio per la proposizione del ricorso, fa sorgere interrogativi che, forse, varrebbe la pena scandagliare, dal momento che vengono trattati allo stesso modo ricorsi "oggettivamente" e "strutturalmente" diversi (basti pensare alla varietà dei "motivi" e dei "casi" di ricorso e della altrettanto variegata categoria dei provvedimenti ricorribili) e assimilate situazioni di fatto fra loro diverse (imputato assistito da difensore di fiducia e non)[14].

Ma, la di là di questi profili, che pure pesantemente si riflettono sulle prerogative della figura soggettiva dell'imputato, sembra importante notare come la parte privata necessaria finisca per "scomparire" nel giudizio di legittimità (residua il potere di rinuncia), determinandosi, per questa via, una sorta di metamorfosi funzionale, che spezza l'ordine del processo in due tronconi: quello dei primi due gradi di giudizio (in cui l'imputato è assistito, ma non sostituito, dal difensore); ed il giudizio di legittimità, in cui la rappresentanza e sostituzione processuale è integrale.

Una novità assoluta del sistema penale che sembra, dunque, cambiare il "volto" dell'imputato, a seconda che rivesta un ruolo di "parte partecipe" del processo, o si trasformi (in cassazione) in parte che "assiste" al processo.

4. Il pubblico ministero.

Come esce la figura del pubblico ministero dalla riforma Orlando[15]? Mantiene ancora le paludate vesti di "Cerbero della legalità" o sta cominciando ad assumere quelle, più *adversary*, di "avvocato della accusa"?

Qualche dubbio può venire, perché il *vernissage* che ci offre la riforma pare avallare una diversa prospettiva di "interesse" della parte pubblica nel giudizio di impugnazione.

I consistenti limiti che sono stati imposti al rappresentante dell'ufficio del pubblico ministero nel proporre appello avverso le sentenze di condanna, equivalgono, infatti, a presupporre – come si sostiene anche nella relazione accompagnatoria del

---

[14] L'assunto secondo il quale la innovazione e la interpretazione "totalizzante" delle Sezioni unite risulterebbero giustificate dal carattere "tecnico" che connota il ricorso per cassazione, non ci sembra del tutto appagante, dal momento che il tecnicismo giustifica, di per sé, l'assistenza, non la "eliminazione" della parte, in un processo, come quello penale, che si proietta direttamente sui diritti di libertà della persona. Il tutto a voler sottacere della incongruenza di un siffatto assunto rispetto ai casi in cui pure alla Cassazione è riconosciuto uno spazio – neppure trascurabile – di esame del merito: ad es. in tema di vizi processuali, o di MAE, ove si è affermato che la previsione del ricorso per cassazione "anche per il merito" attribuisce alla Corte di cassazione la possibilità di verificare gli apprezzamenti di fatto operati dal giudice della consegna, ma non le conferisce poteri di tipo sostitutivo o integrativo, e tanto meno istruttorio, a fronte di carenze documentali ed informative su aspetti determinanti ai fini della consegna e della giurisdizione dello Stato italiano. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha annullato con rinvio la decisione impugnata, ritenendo necessaria un'attività di accertamento oggetto di una richiesta di informazione integrativa ai sensi dell'art. 16 legge n. 69 del 2005). (Sez. 6, n. 19597 del 22/05/2012 – dep. 23/05/2012, Kuka, Rv. 25251101)

[15] V. al riguardo L. SCOMPARIN, *La legittimazione e l'interesse ad impugnare del pubblico ministero e dell'imputato*, in *Le impugnazioni penali dopo la riforma* (a cura di A. Pulvirenti), Giappichelli, 2018, p. 61 ss.

d.lgs. n. 11 del 2018 – che la parte pubblica debba ritenersi "soddisfatta" dalla condanna, così come l'imputato dal proscioglimento.

Dimenticando, però, totalmente, le affermazioni della Corte costituzionale, che ha ribadito quanto è implicito nella stessa Carta fondamentale; e cioè che fra pubblico ministero e imputato passa una macroscopica differenza, pur nel quadro di un processo di parti, in quanto il primo è «organo pubblico che agisce nell'esercizio di un potere e a tutela di interessi collettivi; l'altr[o] un soggetto privato che difende i propri diritti fondamentali».

Parte "imparziale", come si diceva una volta, o parte "parziale", come, forse, lo vorrebbe disegnare nel sistema delle impugnazioni, la riforma? Se la logica è quella di un pubblico ministero che, comunque, "ha vinto la causa", e che, perciò stesso, deve di regola acquietarsi, siamo, a mio avviso, lontani dalla configurazione della parte pubblica in chiave di sicura compatibilità costituzionale con il modello presupposto dai costituenti, oltre che da quello contrassegnato dal – tutt'ora vigente – ordinamento giudiziario[16].

Il punto a mio avviso importante ai fini che qui interessano (e che prescinde completamente dai diversi e gravi profili critici che presenta il nuovo primo comma dell'art. 593 cod. proc. pen) riguarda proprio il "nucleo" della sentenza di condanna: vale a dire la determinazione del concreto trattamento sanzionatorio[17].

È noto, infatti, al riguardo, come la tematica del controllo sulla proporzionalità della pena abbia assunto un risalto del tutto nuovo, alla luce dei più recenti apporti della giurisprudenza costituzionale, convenzionale e della Corte di giustizia della Unione europea. È risaputo, infatti, come tanto la previsione astratta dell'editto sanzionatorio, quanto la sua determinazione in concreto da parte del giudice, secondo parametri di apprezzamento legalmente tipizzati, rappresenti l'incrocio di principi costituzionali, eurounitari e convenzionali, che compongono il quadro delle ineludibili garanzie poste a salvaguardia dell'"equilibrio" che la risposta sanzionatoria deve

---

[16] È, infatti, ancora vigente, sebbene un tantino *âgé* negli enunciati, l'art. 73 dell'ordinamento giudiziario approvato con r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, il quale recita: «*Attribuzioni generali del pubblico ministero.* Il pubblico ministero veglia alla osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti dello Stato, delle persone giuridiche e degli incapaci, richiedendo, nei casi di urgenza, i provvedimenti cautelari che ritiene necessari; promuove la repressione dei reati e l'applicazione delle misure di sicurezza; fa eseguire i giudicati ed ogni altro provvedimento del giudice, nei casi stabiliti dalla legge. Ha pure azione diretta per fare eseguire ed osservare le leggi d'ordine pubblico e che interessano i diritti dello Stato, e per la tutela dell'ordine corporativo, sempre che tale azione non sia dalla legge ad altri organi attribuita». Qualcosa, dunque, che ha a che vedere anche con il controllo di "legalità" delle sentenze: e non solo di quelle di proscioglimento.

[17] Va segnalato a questo riguardo che la Corte di appello di Messina, con ordinanza del 18 gennaio 2019, iscritta al numero 88 del registro ordinanze della Corte costituzionale del 2019, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 27, 97 e 111 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 593 Cost., censurando, fra l'altro, proprio l'assunto secondo il quale la norma, come novellata, darebbe «per scontata l'assenza di un interesse [del pubblico ministero] ad impugnare una sentenza di condanna e ciò a prescindere dal contenuto in concreto della decisione adottata». La relativa trattazione è fissata davanti alla Corte costituzionale per la camera di consiglio del 4 dicembre 2019.

presentare, a tutela di quello che potremmo definire come il "volto costituzionale della pena".

Una pregnanza di valori tanto significativa, da aver indotto la Corte costituzionale ad abbandonare la tradizionale "prudenza" circa il sindacato di proporzionalità della pena – in linea di principio, terreno di specifica riserva della discrezionalità legislativa – per affrontare *in medias res* il problema, anche senza bisogno della classica "stampella" offerta dai *tertia comparationis*, ma ricercando all'interno dello stesso ordinamento i parametri di individuazione della pena proporzionata[18].

---

[18] Già con la sentenza n. 236 del 2016, infatti, la Corte ha ricordato come fosse «costante, nella giurisprudenza costituzionale, la considerazione secondo cui l'art. 3 Cost. esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia nel contempo alla funzione di difesa sociale ed a quella di tutela delle posizioni individuali. E la tutela del principio di proporzionalità, nel campo del diritto penale, conduce a «negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni» (sentenze n. 341 del 1994 e n. 409 del 1989). Deve essere ricordato, in questa prospettiva, anche l'art. 49, numero 3), della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, e che ha ora lo stesso valore giuridico dei trattati, in forza dell'art. 6, comma 1, del Trattato sull'Unione europea (TUE), come modificato dal Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007, ratificato e reso esecutivo con legge 2 agosto 2008 n. 130, ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009 – a tenore del quale «le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato». In questo delicato settore dell'ordinamento, il principio di proporzionalità esige un'articolazione legale del sistema sanzionatorio che renda possibile l'adeguamento della pena alle effettive responsabilità personali, svolgendo una funzione di giustizia, e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale, in armonia con il "volto costituzionale" del sistema penale (sentenza n. 50 del 1980). A ciò si aggiunge – ha sottolineato la Corte – che, alla luce dell'art. 27 Cost., il principio della finalità rieducativa della pena costituisce «una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue» (sentenza n. 313 del 1990; si vedano anche le sentenze n. 183 del 2011 e n. 129 del 2008). Esso, pertanto, non vale per la sola fase esecutiva, ma obbliga tanto il legislatore quanto i giudici della cognizione (sentenza n. 313 del 1990). Anche la finalità rieducativa della pena, nell'illuminare l'astratta previsione normativa, richiede «un costante principio di proporzione tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra» (sentenza n. 251 del 2012 e, ancora, sentenza n. 341 del 1994), mentre la palese sproporzione del sacrificio della libertà personale produce «una vanificazione del fine rieducativo della pena prescritto dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione, che di quella libertà costituisce una garanzia istituzionale in relazione allo stato di detenzione» (sentenza n. 343 del 1993). Laddove la proporzione tra sanzione e offesa difetti manifestamente, perché alla carica offensiva insita nella condotta descritta dalla fattispecie normativa il legislatore abbia fatto corrispondere conseguenze punitive di entità spropositata, non ne potrà che discendere una compromissione *ab initio* del processo rieducativo, processo al quale il reo tenderà a non prestare adesione, già solo per la percezione di subire una condanna profondamente ingiusta (sentenze n. 251 e n. 68 del 2012), del tutto svincolata dalla gravità della propria condotta e dal disvalore da essa espressa. ». Il tutto, non senza trascurare come potrebbe venire in discorso anche l'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, sul presupposto che la previsione di una cornice edittale irragionevolmente elevata sarebbe in contrasto con la corretta proporzione che deve sussistere tra il livello e l'intensità dell'ingerenza dell'autorità pubblica nella vita privata e nei rapporti familiari di ciascun individuo – ingerenza costituita

Le cosiddette "rime obbligate" che tradizionalmente vincolavano il sindacato della Corte, paiono, ormai, definitivamente tramontate a favore di un scrutinio più "valutativo" del rapporto tra cornice edittale e disvalore della fattispecie incriminatrice, che pare quasi spingere ai "limiti estremi" la natura dello scrutinio di legittimità costituzionale.

In una prospettiva siffatta, è ovvio che il sindacato sulla pena, agli effetti del gravame di merito, si ammanti di una luce del tutto nuova, consentendo un "controllo" di proporzionalità tra fatto e pena che si caratterizza su un versante tipico di "legittimità-legalità".

È allora evidente che, "depotenziare" il potere di impugnazione del pubblico ministero proprio su questo specifico versante, equivale a trasformarlo in un soggetto chiamato ad esprimere un "interesse" circoscritto alla condanna, e non a tutti i profili di "legittimità-legalità-proporzionalità" della pena inflitta con la condanna stessa.

Una proporzionalità[19], va aggiunto, che di recente ha aperto inedite prospettive nello specifico settore del cosiddetto *bis in idem* sostanziale, il quale scaturisce in alcuni settori (in particolare tributario e dei reati di *market abuse*), nei quali è prevista la possibilità che, per lo stesso fatto, vengano applicate sanzioni penali e sanzioni

---

dalla norma incriminatrice censurata – e il legittimo obiettivo della protezione della veridicità dello stato civile del neonato, che la disposizione persegue. Tale sproporzione, in particolare, si manifesterebbe nel precludere al giudice la determinazione di una pena ragionevolmente correlata alla gravità del fatto ed ai motivi che spingono l'imputato ad agire in violazione della disposizione. A proposito di tale importante sentenza v. F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017, p. 61 ss.; R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via,* in questa *Rivista*, fasc. 2/2019, p. 139 ss.; E. COTTU, *Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 473; M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 17 novembre 2017; M. DI LELLO FINUOLI, *La pena dell'alterazione di stato mediante falsità e il principio di proporzione*, in *Giur. It.*, 2017, 1431; F. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1956; B. LIBERATI, *Le nuove dimensioni del volto costituzionale del sistema penale (sentenza n. 236 del 2016)*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, 381.

[19] A proposito della applicazione del principio di proporzionalità anche al tema delle sanzioni amministrative ed in particolare alla misura della confisca prevista come sanzione amministrativa proprio in tema di *market abuse*, v. la sentenza della Corte costituzionale n. 112 del 2019, ove si è affermato che «Il principio di "proporzionalità" della sanzione possiede, peraltro, potenzialità applicative che eccedono l'orizzonte degli automatismi legislativi, come dimostra proprio la giurisprudenza relativa alla materia penale appena rammentata, e i cui principali approdi sono estensibili anche alla materia delle sanzioni amministrative, rispetto alla quale – peraltro – il principio in parola non trae la propria base normativa dal combinato disposto degli artt. 3 e 27 Cost., bensì dall'art. 3 Cost. in combinato disposto con le norme costituzionali che tutelano i diritti di volta in volta incisi dalla sanzione. Non erra, pertanto – ha soggiunto la Corte costituzionale – il giudice rimettente nell'identificare nel combinato disposto degli artt. 3 e 42 Cost. il fondamento domestico del principio di "proporzionalità" di una sanzione che, come la confisca di cui è discorso, incide in senso limitativo sul diritto di proprietà dell'autore dell'illecito; né erra nell'identificare negli artt. 1 Prot. addiz. CEDU e nell'art. 17 CDFUE i fondamenti, rispettivamente, nel diritto della Convenzione e dell'Unione europea, del principio in questione, in quanto riferito a una sanzione patrimoniale. A tali basi normative – conclude poi la Corte – parrebbe altresì affiancarsi, nell'ambito del diritto dell'Unione europea, l'art. 49, paragrafo 3, CDFUE».

amministrative, ma considerate penali dalla giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di giustizia della Unione europea.

Alla luce, infatti, della nota sentenza A. e B. contro Norvegia della Grande Camera della Corte EDU del 16 novembre 2016[20], nonché delle tre sentenze del 20 marzo 2018 della Grande Sezione della Corte di giustizia della Unione europea, nelle cause C-524/15 Menci, C596/16 e C-597/16 Di Puma e Zecca, nonché C-537/16 Garlsson Real Estate[21], il principio del *ne bis in idem*, garantito tanto dall'art. 4 del Protocollo addizionale n. 7 alla Convenzione dei diritti dell'uomo, che dall'art. 50 della CDFUE, non si ritiene violato dal doppio meccanismo sanzionatorio, purché – accanto ad altri presupposti – sia comunque assicurata la proporzionalità del trattamento complessivo al disvalore del fatto, demandandosi, ovviamente, un simile apprezzamento alla valutazione dei giudici nazionali.

La giurisprudenza, come è noto, non si è fatta attendere, ed ha colto al volo l'*assist* offerto dai giudici sovranazionali proprio nel campo degli abusi di mercato.

Che gli epiloghi decisori sin qui offerti dalla giurisprudenza domestica si pongano, a mio avviso, ai confini estremi di compatibilità con il principio di legalità, che governa, come è noto, il tema dei reati e delle pene, è un fatto che al momento non interessa.

Quello che rileva è che la giurisprudenza[22] si stia orientando ad ammettere la sostanziale "manipolazione" tra condanna amministrativa e condanna penale, anche tra sanzioni "strutturalmente" eterogenee, al fine di individuare una "pena" che complessivamente assorba – ma non superi – l'intero disvalore del fatto[23].

Ma se tutto questo è vero, la preclusione circa l'appello del pubblico ministero in punto di pena, pare davvero un non senso sul piano del relativo ruolo istituzionale,

---

[20] In questa *Rivista*, 18 novembre 2016, con nota di F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su* ne bis in idem *e doppio binario sanzionatorio*.

[21] V. F. CONSULICH, *Il prisma del* ne bis in idem *nelle mani del giudice euro unitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 949; E. BASILE, *Il "doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato in Italia e la trasfigurazione del* ne bis in idem *europeo*, in *Giur. Comm.*, 2019, 129.

[22] V. al riguardo Cass., Sez. V, n. 45829 del 10 luglio 2018, Franconi, in questa *Rivista*, 17 ottobre 2018, con nota di F. MUCCIARELLI, *Illecito penale, illecito amministrativo e* ne bis in idem*: la Corte di Cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*; Cass., Sez. V, n. 49869 del 21 settembre 2018, Chiarion Casoni; Cass., Sez. V, n. 5679 del 9 novembre 2018. Quali pronunce di merito v. Corte di appello di Milano, 15 gennaio 2019, in questa *Rivista*, 20 giugno 2019, con nota di C. PAGELLA, *Riflessi applicativi del principio di proporzione del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato per fatti di* market abuse *e punibilità dell'"*insider *di sé stesso"*; Trib. Milano 15 novembre 2018, *ivi*, 15 marzo 2019, con nota di F. MUCCIARELLI, *"Doppio binario" sanzionatorio degli abusi di mercato e ne bis in idem: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica*.

[23] Una recente sentenza della Corte EDU sembra peraltro porre il nostro sistema di "doppio binario" sanzionatorio in tema di abusi di mercato in contrasto con i principi della CEDU. V. Corte EDU Sez. V, 6 giugno 2019, Nodet c. Francia, in questa *Rivista*, 17 giugno 2019, con nota di M. SCOLETTA, *Il* ne bis in idem *"preso sul serio"; La Corte EDU sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato (e i possibili riflessi nell'ordinamento italiano)*.

dal momento che è soltanto il giudice dell'appello che può rivedere apprezzamenti tanto "laschi"[24] operati dal giudice di primo grado.

E se manca il "contraddittore" al divieto di *reformatio in peius*, il mutamento di "veste" del pubblico ministero sembra evidente.

Altro spunto di riflessione, lo stimola il nuovo comma 4-*bis* dell'art. 568 cod. proc. pen., introdotto dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 11 del 2018, il quale stabilisce che «Il pubblico ministero propone impugnazione diretta a conseguire effetti favorevoli all'imputato solo con ricorso per cassazione».

La relazione illustrativa dello schema di decreto è scarsamente provvida di elementi chiarificatori circa le ragioni della "novella": in essa si legge, infatti, che «L'articolo 1 dello schema introduce il comma 4 *bis* all'articolo 568 del codice di procedura penale, stabilendo che il pubblico ministero propone impugnazione diretta a conseguire effetti favorevoli all'imputato solo con ricorso per cassazione, a completamento delle disposizioni che ne circoscrivono la legittimazione all'appello ai casi in cui esprime il ruolo di parte antagonista rispetto all'imputato».

Resta oscura la ragione per la quale una impugnazione *in favor* sia ammessa per dedurre un "vizio" di legittimità, e non per far valere un "vizio" di merito: sempre a voler ammettere che i due profili siano fra loro, sempre, e nettamente, concettualmente distinguibili. Ma, ancora una volta, non è la disposizione in sé, che qui interessa analizzare; quanto i riflessi che da essa scaturiscono sul versante della "figura" e del "ruolo" del pubblico ministero, perché, al di là (ancora una volta) degli effetti concreti che ne potranno scaturire – è da reputare, pressoché insignificanti – è la prima volta che nello scenario processuale compare una (parziale) "preclusione" impugnatoria che circoscrive normativamente l'"interesse ad impugnare" del pubblico ministero.

La veste di "parte imparziale" mi sembra cominci a scricchiolare parecchio, perché il "messaggio" del legislatore, proprio in considerazione delle scarse ricadute pratiche[25], pare essere tutto "politico" e indirizzato a ridisegnare un ruolo di parte "avversaria" e, dunque, orientata "contro" l'imputato, a prescindere dalle obiettive esigenze di giustizia sostanziale.

---

[24] In tema di abusi di mercato, infatti, l'art. 187-*terdecies*, del T.U.F., come novellato da ultimo ad opera dell'art. 4, comma 17, del d.lgs. n. 107 del 2018, si limita a prevedere che «l'autorità giudiziaria o la CONSOB tengano conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate» e che «l'esazione della pena pecuniaria, della sanzione pecuniaria dipendente da reato ovvero della sanzione pecuniaria amministrativa è limitata alla parte eccedente quella riscossa, rispettivamente, dall'autorità amministrativa ovvero da quella giudiziaria».

[25] Dalla Analisi di impatto regolativo che era allegata allo schema del decreto legislativo n. 11 del 2018, emergeva che, nel 2016, a fronte di un totale di 120.536 appelli, il procuratore della Repubblica ne aveva proposti 1.678 (pari all'1,4%) e il procuratore generale 3.494 (pari al 4,9%). Pensare a quanti di questi appelli fossero destinati a "favorire" l'imputato, equivale a marginalizzare ancor più numeri di per sé assai modesti. Quindi, tutto si può dire tranne che la riforma abbia intesto perseguire, *in parte qua*, scopi "deflattivi". I dati e la fonte sono tratti da M. BARGIS, *Riforma in due fasi per la disciplina dell'appello penale*, in questa *Rivista*, 13 giugno 2018.

Questi rilievi sembrano trovare un "occasionale" avallo da parte della stessa giurisprudenza della Corte EDU che, di recente, nel caso Brazzi contro Italia[26], ha condannato il nostro Paese in relazione ad un decreto di perquisizione domiciliare emesso dal pubblico ministero, al quale non era conseguito alcun sequestro; con la conseguenza che non vi era stato controllo giurisdizionale, né prima né dopo il compimento dell'atto invasivo del diritto alla *privacy* domiciliare.

La Corte ha infatti stabilito che, «in assenza di un controllo giurisdizionale preventivo o di un controllo effettivo *a posteriori* della misura adottata, le garanzie della legislazione italiana non sono state sufficienti per evitare abusi da parte delle autorità incaricate dell'indagine penale» (par. 50). Anche se la misura ha una base legale nelle norme del codice di procedura penale, «il diritto interno non ha offerto al ricorrente sufficienti garanzie contro gli abusi o l'arbitrarietà prima o dopo la perquisizione» (par. 51).

Da ciò, la Corte europea ha tratto spunto per concludere che il ricorrente non aveva beneficiato di un «controllo effettivo» come richiede «uno Stato di diritto in una società democratica». In questi termini, quindi, la Corte ha concluso che l'ingerenza nel diritto al rispetto del domicilio del ricorrente non è «prevista dalla legge» nel senso richiesto dall'articolo 8 § 2 della Convenzione (par. 51).

Affermazioni, queste, a fronte delle quali potrebbero spendersi numerosi rilievi critici, dal momento che – trascurando del tutto i profili ordinamentali e costituzionali che caratterizzano, come autorità giudiziaria, il pubblico ministero, nel nostro sistema – finiscono per assimilarlo, impropriamente, alla diversa figura del *magistrat du parquet* francese, che dipende dal ministro della giustizia, o dallo Statsanwalt tedesco, che può essere assoggettato ad istruzioni individuali da parte del Ministro della giustizia del Länder competente.

E proprio a quest'ultimo riguardo, appare, a mio avviso, interessante il percorso, stavolta assai articolato e attento alle normative ordinamentali ed alle prassi, che ha caratterizzato la sentenza adottata dalla Grande Sezione della Corte di giustizia della Unione europea il 27 maggio 2019, in tema di MAE, che, come è noto, è materia euro unitaria[27].

La Corte di giustizia, infatti, ha rilevato che l'ufficio di procura tedesco che aveva adottato il MAE era suscettibile di "assoggettamento" a possibili istruzioni individuali da parte del Ministro della giustizia del relativo Länder, e che, per tale

---

[26] Sentenza 27 settembre 2018, Brazzi contro Italia (ricorso 57278) in *Questione giustizia*, con approfondita nota di commento di D. CARDAMONE, *Sono arbitrarie le perquisizioni disposte dall'Autorità giudiziaria?*, 15 gennaio 2019

[27] La sentenza della Grande Sezione del 27 maggio 2018 (C-508/18 e C-82/19) ha concluso affermando che «La nozione di «autorità giudiziaria emittente», ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, dev'essere interpretata nel senso che essa non ricomprende le procure di uno Stato membro che siano esposte al rischio di essere soggette, direttamente o indirettamente, a ordini o a istruzioni individuali da parte del potere esecutivo, quale un Ministro della Giustizia, nell'ambito dell'adozione di una decisione relativa all'emissione di un mandato d'arresto europeo».

ragione, che ne minava la reale indipendenza, non poteva essere annoverato fra le "autorità giudiziarie" alle quali è consentito emettere – in base alla pertinente direttiva – il mandato di arresto europeo.

Verrebbe quasi da dire: due pesi e due misure.

Ma il tema è più ampio e delicato, perché ulteriormente segnala come sia chiaramente intravedibile una sottile "linea rossa", che tende sempre più marcatamente a "spingere" il pubblico ministero agli estremi margini della nozione stessa di "autorità giudiziaria"[28].

5. Il giudice.

La riforma Orlando, senza stravolgere la posizione del giudice in sede di impugnazione, svela alcune "filosofie" di fondo che – direttamente o indirettamente – mutano qualcosa anche nelle "caratteristiche" del giudice della impugnazione.

Anzitutto, lo si voglia qualificare o meno un rimedio impugnatorio, viene posto a carico del giudice monocratico del tribunale il compito di decidere, con provvedimento non impugnabile, sul "reclamo" avverso l'archiviazione nei casi di nullità previsti dall'art. 410-*bis* cod. proc. pen[29]. Scompaiono, dunque, i ricorsi per cassazione che denunciavano la violazione delle regole del contraddittorio in sede di opposizione alla richiesta di archiviazione, e che, non di rado, risultavano fondati. Il "nuovo" compito del giudice del tribunale lo trasforma in "scrutatore" della legittimità del provvedimento e del procedimento di archiviazione, ammantando la giurisdizione di merito di una funzione tipica della legittimità, con evidenti riverberi sul piano, non soltanto della organizzazione giudiziaria, quanto – e soprattutto – su quello della "cultura", considerata, fra l'altro, la non impugnabilità della decisione, salva l'ipotesi residuale della abnormità.

Sarà soltanto il futuro a poterci dire se il "risparmio" di ricorsi di cui godrà la Cassazione sia "compensato" dalle nuove attribuzioni per il tribunale.

Non mi sembra, invece, di notare particolari novità circa la figura del giudice dell'appello. Si è molto parlato della importanza – forse più che didascalica – dei nuovi "requisiti" che caratterizzano la sentenza di primo grado, e che appaiono legati a fil doppio ai corrispondenti "requisiti" che devono caratterizzare, in termini di specificità, l'atto di impugnazione (artt. 546 e 581 cod. proc. pen.)[30].

---

[28] Per uno sguardo d'assieme sul pubblico ministero e sul problema della sua indipendenza v., fra gli altri, C. MORSELLI, *Pubblico ministero*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, UTET, 1995, 476 ss. Per una equiparazione del pubblico ministero al giudice ai fini della integrazione della garanzia di "autorità giudiziaria" agli effetti di quanto previsto dall'art. 15 Cost., v. la nota sentenza della Corte costituzionale n. 81 del 1993, sulla acquisizione dei tabulati telefonici.

[29] Sull'argomento cfr., volendo, A. MACCHIA, *Il nuovo procedimento archiviativo*, in *Il libro dell'anno del diritto 2019, Treccani*, 539.

[30] V. al riguardo M. CERESA-GASTALDO, *Nuovi (discutibili) profili dell'inammissibilità delle impugnazioni*, in *La riforma delle impugnazioni*, cit., p. 3 ss.

Ciò dovrebbe, in teoria, equivalere ad un più puntuale onere "informativo" che deve soddisfare l'atto impugnato, ed al quale deve corrispondere un correlativo impegno di specificazione di *petita*, ragioni e questioni da devolvere al giudice del gravame, posto di fronte ad un atto di appello "preciso ed impegnativo".

Ma a tali nuovi "oneri"[31], per evitare che gli stessi si atteggino, in concreto, alla stregua di mero *flatus vocis*, avrebbe dovuto corrispondere un coraggioso innesto, fra le cause di inammissibilità dell'appello, anche di quello della manifesta infondatezza della impugnazione, sulla falsariga di criteri ormai generalmente accolti dalla stessa Corte EDU[32].

Una simile innovazione, a me sembra, avrebbe davvero contribuito ad assegnare al giudice dell'appello una attribuzione di controllo sulla "legittimità sostanziale" del reclamo, in funzione del "non abuso" del diritto e del processo, secondo quanto le stesse Sezioni unite[33] hanno avuto modo di puntualizzare.

Ma il "fuoco" della riforma, per ciò che riguarda la disciplina delle impugnazioni, risulta concentrato sulla dichiarata esigenza di "abbassare" la "febbre" della Cassazione, invasa, nel settore penale, da un numero di ricorsi ormai intollerabile: che l'operazione sia riuscita è fatto opinabile, dal momento che i numeri (diminuiti, come si è detto, ma non in termini particolarmente significativi) non evidenziano un *trend* di "inversione di tendenza".

Ma per ottenere questi (sin qui inadeguati) risultati la Cassazione è rimasta la stessa[34]?

Qualche dubbio è, forse legittimo. La Cassazione[35], innanzitutto, "dimagrisce"[36], per alcune "chiusure" in punto di ricorribilità. Il patteggiamento è il settore più inciso[37]

---

[31] V. H. BELLUTA, *La rinnovata disciplina della inammissibilità delle impugnazioni*, in *Leg. pen.*, 19 dicembre 2017.

[32] Basta al riguardo consultare la *Guida pratica sui criteri di ammissibilità*, pubblicata dalla Corte EDU il 30 aprile 2019, a proposito dei casi di inammissibilità del ricorso per manifesta infondatezza, p. 59 ss.

[33] L'abuso del processo – hanno affermato infatti le Sezioni unite – consiste in un vizio, per sviamento, della funzione, ovvero in una frode alla funzione, e si realizza allorché un diritto o una facoltà processuali sono esercitati per scopi diversi da quelli per i quali l'ordinamento processuale astrattamente li riconosce all'imputato, il quale non può in tale caso invocare la tutela di interessi che non sono stati lesi e che non erano in realtà effettivamente perseguiti. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha escluso nel caso di specie qualsiasi violazione del diritto alla difesa, ravvisando un concreto pregiudizio dell'interesse obiettivo dell'ordinamento, e di ciascuna delle parti, alla celebrazione di un giudizio equo in tempi ragionevoli, atteso che lo svolgimento e la definizione del processo di primo grado erano stati ostacolati da un numero esagerato di iniziative difensive – attraverso il reiterato avvicendamento di difensori in chiusura del dibattimento, la proposizione di eccezioni di nullità manifestamente infondate e di istanze di ricusazione inammissibili – con il solo obiettivo di ottenere una reiterazione tendenzialmente infinita delle attività processuali). (Sez. U, n. 155 del 29/09/2011 – dep. 10/01/2012, Rossi e altri, Rv. 25149601)

[34] V. fra glia altri, M.M. MONACO, *Riforma Orlando: come cambia il giudizio in cassazione*, in *La riforma Orlando*, cit., p. 279 ss.; L. MARAFIOTI, R. DEL COCO, *Le eterogenee incursioni nel ricorso per cassazione*, in *La riforma delle impugnazioni*, cit., p. 83 ss.; G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto, ivi*, p. 115 ss.; C. BRUSCO, *La Corte di cassazione e il sistema delle impugnazioni penali: prospettive di riforma*, in *Questione giustizia*, 3/2017, p. 44 ss.

[35] Sui nuovi presupposti di ammissibilità dei ricorsi v. F. CAPRIOLI, *I nuovi presupposti di ammissibilità dei ricorsi per cassazione*, in *Leg. Pen.*,.2 gennaio 2018.

; ma nuovi limiti sono previsti anche per i reati di competenza del giudice di pace, per le sentenze di non luogo a procedere in grado di appello e nel caso di "doppia conforme" di proscioglimento (art. 608, comma 1-*bis*): ipotesi, quest'ultima, che disallinea lo scrutinio di legittimità, proprio sul versante della mancata assunzione di una prova decisiva (art. 606, lettera *d*) e del vizio di motivazione, anche *sub specie* di travisamento della prova (art. 606, lettera *e*), che, pure, costituiscono nucleo essenziale di quello scrutinio.

Ancora una volta, sembra riecheggiare la non sopita logica che vuole la sentenza di proscioglimento "meno" attaccabile, anche in sede di legittimità, depauperando quel controllo (l'unico costituzionalmente imposto) in forza di paradigmi (in senso Kuniano) non del tutto percepibili.

Ma la Cassazione si "rafforza", e non poco, sul versante della autonomia decisoria: la regola, infatti, secondo la quale il giudizio di rinvio è adottato soltanto quanto è impossibile farvi a meno, si irrobustisce sensibilmente, alla luce della nuova formulazione della lettera *l*) dell'art. 620, per la quale l'annullamento è senza rinvio «se la corte ritiene di poter decidere, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, o di rideterminazione della pena sulla base delle statuizioni del giudice di merito o di adottare i provvedimenti necessari, e ogni altro caso in cui ritiene superfluo il rinvio».

Pur non potendo procedere ad "accertamenti di fatto", non è dunque precluso valutare "il fatto" ai fini delle determinazioni da assumere: dunque, un nuovo "abito mentale" che consente al giudice della nomofilachia di "sporcarsi le mani" col merito, quando è in grado di chiudere la partita con la semplice pronuncia rescindente.

E già si vedono i primi frutti della novella, proprio in ordine alla determinazione della pena. Non è un caso, infatti, che proprio in un caso in cui si doveva rideterminare il trattamento "proporzionato" in caso di doppio binario sanzionatorio, amministrativo e penale, relativo alla già segnalata problematica del *market abuse*, la Cassazione ha affermato che «in tema di abusi di mercato, come disciplinati dal TUF, la Corte di cassazione può valutare la proporzionalità del cumulo sanzionatorio in applicazione dell'art. 620, comma 1, lettera *l*), cod. proc. pen., qualora non sia necessario procedere ad ulteriori accertamenti di fatto e facendo riferimento ai criteri di cui all'art. 133 cod. pen.»[38].

Non poco, direi, per il giudice di legittimità.

La Cassazione perde anche alcuni "tasselli" di contraddittorio, aumentando le possibilità di adottare pronunce *de plano*. Viene "asciugata", infatti, la procedura di dichiarazione di inammissibilità del ricorso, in talune ipotesi "manifeste" delineate

---

[36] Va ovviamente considerata la nuova disciplina in tema di archiviazione e la devoluzione alla corte di appelli della rescissione del giudicato e il gravame avverso le sentenze di non luogo a procedere. Su tali profili v. E. LORENZETTO, *Soltanto in cassazione o anche in appello, questo è il problema*, in *Leg. pen.*, 7 dicembre 2017.

[37] Non risultano invece limitati i casi di ricorso nel caso di patteggiamento in appello ex art. 590-*bis*. Tele ipotesi è richiamata dall'art. 610, comma 5-*bis* fra i casi in cui la Cassazione dichiara *de plano* la inammissibilità del ricorso.

[38] Cass., Sez. V, n. 45829 del 16 luglio 2018, Franconi, cit., pag. 22.

dall'art. 610, comma 5-*bis*[39], per le quali – si afferma – si ammette il ricorso straordinario ex art. 625-*bis*[40] , quale "recupero postumo" proprio sul versante del contraddittorio.

Allo stesso modo, la procedura *de plano* viene adottata per l'errore materiale nel ricorso straordinario, alla luce delle modifiche apportate al comma 3 dell'art. 625-*bis*, non dimenticando come la giurisprudenza abbia sin qui fatto larga applicazione della stessa procedura nel caso di manifesta infondatezza del ricorso[41]. Se a tutto questo aggiungiamo alcune "prassi"[42] della udienza in cassazione, ove talvolta viene data la "precedenza" ai difensori che intendono semplicemente "riportarsi ai motivi", i segnali per la tendenziale trasfigurazione del giudizio di legittimità in giudizio cartolare, sembrano evidenti.

Altro aspetto che emerge dalla riforma è il significativo rafforzamento della funzione nomofilattica della Corte, attraverso le modifiche apportate all'art. 618, per il quale ove una sezione della Corte di cassazione ritenesse di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite, è sempre tenuta a rimettere al Collegio allargato la decisione del ricorso. Si tratta di una norma che omologa il sistema del processo penale a quanto già previsto dall'art. 374 cod. proc. civ. e che delinea una sorta di "assetto piramidale", che assegna al principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite margini di tendenziale vincolatività prima inediti.

---

[39] C'è da chiedersi, a questo riguardo, per quale ragione – considerato il nuovo modello procedurale – non si sia pensato a riattribuire allo stesso giudice *a quo*, come era previsto dall'art. 207 del codice di rito del 1930, il potere di dichiarare la inammissibilità della impugnazione per vizi "formali" e di carattere "percettivo", visto che è ammesso proprio il ricorso ex art. 625-*bis*. Ciò che avrebbe consentito, in una percentuale forse non trascurabile di casi, di risparmiare i tempi non brevi di trasmissione degli atti, di formazione del fascicolo in cassazione e degli adempimenti successivi.

[40] In giurisprudenza, si è dichiarata manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale per asserita violazione degli artt. 24 e 111 Cost., dell'art. 610, comma 5-*bis*, cod. proc. pen., nella parte in cui prevede che, in relazioni a palesi difformità del ricorso per cassazione dal modello legale o all'incidenza dello stesso su provvedimenti di derivazione negoziata, la Corte di cassazione possa dichiarare l'inammissibilità del ricorso stesso senza formalità di procedura, atteso che rientra nell'insindacabile discrezionalità del legislatore la scelta di graduare forme e livelli differenti di contraddittorio, purché il diritto di difesa resti sempre garantito. (In motivazione la Corte ha aggiunto che la norma consente il pieno recupero "a posteriori" delle garanzie della difesa e del contraddittorio attraverso il rimedio del ricorso straordinario ex art. 625-*bis* cod. proc. pen.). (Sez. 1, n. 32989 del 02/07/2018 – dep. 17/07/2018, Cena e altro, Rv. 27385601). V. al riguardo, A. PULVIRENTI, *Le restrizioni ai* casi *e ai* motivi *di ricorso in cassazione*, in *Le impugnazioni penali dopo la riforma*, (a cura di A Pulvirenti) Giappichelli, 2018, 209 ss.

[41] Si afferma, infatti, che deve essere dichiarato inammissibile "de plano", a seguito di delibazione preliminare e senza la necessità di fissazione dell'udienza camerale, ai sensi dell'art. 625-*bis*, comma quarto, cod. proc. pen., il ricorso straordinario che risulti manifestamente infondato in quanto proposto avverso una sentenza della Corte di cassazione priva di errore materiale. (Sez. 3, n. 51013 del 24/10/2013 - dep. 18/12/2013, Locatelli, Rv. 25792701). Analogamente, si è ritenuto che il sindacato di ammissibilità del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto può essere compiuto senza formalità di procedura e le garanzie del contraddittorio scritto e senza seguire il rito camerale disciplinato dall'art. 127 cod. proc. pen., atteso che l'art. 625-*bis* cod. proc. pen. prevede, al fine di evitare un'inutile attività giurisdizionale nei casi in cui l'inammissibilità sia evidente, un procedimento preliminare, a cognizione sommaria, per la delibazione delle istanze finalizzate a contrastare un accertamento giudiziale divenuto irrevocabile. (Sez. 3, n. 39179 del 08/05/2014 – dep. 24/09/2014, P.C. in proc. Annibali, Rv. 26054801).

[42] Per una "denuncia" di tale prassi v. F. ALONZI, A. MANNA, *Considerazioni sui "numeri", cit.*, p. 5

Non siamo, ovviamente, alla regola del precedente dei paesi di *common law*: ma è certo che il diritto giurisprudenziale ha ormai unanimemente assunto i connotati di "fonte", a prescindere dalle inesaurite (e forse inesauribili) problematiche che si pongono a margine del tema della "prevedibilità" delle decisioni, dei confini dell'opera interpretativa (essa stessa ormai riguardata come "fonte" novatrice) e delle varie letture "adeguatrici" – in chiave costituzionale, comunitaria e convenzionale – che si stanno sviluppando (talora sovrapponendosi o contrapponendosi, Taricco *docet*), secondo cadenze sempre più ravvicinate.

La logica del "dialogo", che in termini quasi parossistici, ci viene somministrata per smussare – ai vari livelli – le antinomie che sussistono tra sistemi "diversi" , non credo possa essere trascurato nella prospettiva della quotidiana applicazione del diritto nel quadro del sistema nazionale, dal momento che il "dinamismo" ermeneutico non può sconfinare, abusando del mito della autonomia decisoria, nell'arbitrio e nel non cale per i principi affermati – in sede normativamente qualificata, come le sezioni unite – dall'organo cui spetta, in base all'art. 65 dell'ordinamento giudiziario, il compito di curare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge» e «l'unità del diritto nazionale».

Che in capo alla Cassazione questo compito risulti ora "rafforzato", deve dunque essere visto, a mio avviso, come uno (dei pochi) aspetti senz'altro positivi della riforma, perché, al di là di tutto, chiama i giudici (tutti i giudici) per lo meno a "conoscere" i principi di diritto affermati dalla Cassazione in genere e dalle Sezioni unite in particolare.

Il che, in un quadro normativo a dir poco complesso, come quello attuale, non mi sembra affatto evenienza trascurabile.