

LABORATORIO DI SCRITTURA

LUCA DE FEO

Il dente del giudizio (abbreviato) il primo quarto di secolo di un rito contratto

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Definizioni non definitive - 3 Da Torquemada a Perry Mason, e ritorno - 4. Giudice. Istruttore, all'occorrenza. - 5. L'appello scorsoio - 6. Nodi - 7. Conclusioni.

1. Introduzione

«Se la pena avesse veramente una funzione rieducativa e dovesse veramente essere, dal giudice, misurata al fine di ottenere la rieducazione del reo, si potrebbe dire che nel giudizio abbreviato il legislatore rinuncia alla rieducazione del reo (dato che dare a un malato - nel caso a un malato di antisocialità - solo i due terzi della medicina necessaria per guarirlo significa ... rinunciare a guarirlo) per ottenere una riduzione del carico lavorativo dei suoi giudici»¹. Così un avvocato nel 2013, confermando una pronuncia che nel '90 riconosceva «comprensibile che una novità di tale portata susciti perplessità nei giudici, ed anche riserve in una parte della dottrina»². Eppure il rito abbreviato è divenuto prassi, adottato nel 52% dei procedimenti presso la Procura di Milano, nel 2011. All'interno di una riforma che la relazione al progetto preliminare invitava a giudicare in base ai riti speciali in quanto «ad essi è affidata in gran parte la possibilità del funzionamento del processo ordinario».

Non ci resta, allora, che compiere due esercizi: il primo di umiltà, il secondo di orientamento. Cogliere dove l'evoluzione ha collocato il giudizio abbreviato lungo l'asse ai cui estremi immaginiamo sistema accusatorio e inquisitorio. Per indici adotteremo il ricorso in appello e i poteri istruttori del giudice: entrambi, a modo loro, clausole di salvataggio del rito. Le pagine che seguono, nell'auspicio che se ne possa azzardare qualche deduzione sull'intero sistema, si pongono quindi come la metonimia di una metonimia. Farà il paio, *si parva licet*, con tanta letteratura sulle idealità del nuovo codice. Incapace, ci pare, di confutare che l'accusatorio anglosassone, con il suo repertorio di riti, esprima la sovrastruttura di un sistema che negli anni '80 si faceva compiutamente capitalistico, «espressione della "giustizia" come la può vedere, con le lenti deformate dall'utilitarismo, una società ispirata a ideali mercantili»³.

¹ SANGUINETI, *La procedura penale dialogata, Enciclopedia del pratico e del praticante*, Roma, 2012, 209.

² Corte cost., n. 284 del 1990.

³ SANGUINETI, *La procedura penale dialogata*, cit., 216.

2. Definizioni non definitive

A tentare di definire sistema accusatorio e inquisitorio si corrono due rischi: di riecheggiare i manuali o di avvitarsi in dibattiti dottrinari. Col primo ci si riduce a sciorinare le caratteristiche dei rispettivi sistemi e a ridurre il sistema inquisitorio, ad esempio, nel principio di autorità, nella segretezza del procedimento, nella scrittura, nell'assenza di limiti all'acquisizione probatoria, nella presunzione di reità. Col secondo si rischia di giungere, tra i tanti possibili, agli approdi di Mirjam Damaska⁴, per ritrovarsi quindi con categorie che surrogano le originali, se il diritto sostanziale richiama i mezzi, quali che siano, per raggiungerlo, e la soluzione dei conflitti la negozialità.

Un'occhiata al nostro e altrui sistema dimostra che comunque lì si voglia definire, accusatorio e inquisitorio sono archetipi. E siccome la mente funziona piuttosto per stereotipi, da un parte ricorda l'inquisizione che si definiva santa, dall'altra gli inquirenti di prodotti televisivi altrettanto apologetici. Di conseguenza quando legge la definizione di Foucault secondo cui il sistema inquisitorio sarebbe una macchina che può produrre verità in assenza dell'imputato, teme che l'imputato da quella macchina finisca per essere travolto. Quella mente torna allora a Girolimoni, accusato negli anni '20 di infanticidio, che nei primi giorni di reclusione il suo capo d'imputazione, mentre veniva tenuto a digiuno, dovette immaginarselo. Mancò, in altre parole, l'informazione sull'accusa, uno dei cardini del sistema accusatorio. Le cronache inducono ad escludere che fossero state cercate le prove a disculpa. Sembra un caso paradigmatico della giustizia nel sistema inquisitorio. Salvo scoprire che il codice vigente era quello del 1913, sottoscritto da Finocchiaro Aprile, considerato accusatorio. Forse non a torto: quanto alla ragionevole durata del processo, per decidere sul delitto Matteotti alla Corte d'Assise di Chieti⁵ bastarono otto udienze.

Nella prassi, insomma, inquisitorio e accusatorio si differenziano meno che nella teoria. Neanche il rispetto delle garanzie aiuta: il processo del secolo, quello di Norimberga, vide processati, con rito accusatorio, gerarchi per reati che, a dispetto del principio *Nullum crimen nulla poena sine previa lege poenali* invocata dai loro difensori, quando li commisero tali non erano. D'altra parte il fatto che, anni prima, l'aula in cui stava per essere processato Pertini fosse sgomberata in ossequio alle norme che lo prescrivevano in caso di "morbosa curiosità" non avvicina il codice Rocco al concetto di accusatorio.

Questo peraltro a dispetto del vanto del ministro che gli diede il nome, per

⁴ DAMSKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1991.

⁵ MAYDA, *Il pugnale di Mussolini*, Bologna, 2004.

aver “disseccato”⁶ alcuni formalismi.

Vacilla perciò un presupposto: quello da cui parte Giulio Illuminati⁷, per il quale sistemi accusatori e inquisitori sarebbe confacenti, rispettivamente, ai sistemi dittatoriali e ai democratici. Col rischio, ci pare, di essere smentiti dai fatti: in vigenza del Codice Rocco i difensori di Tortora solleccarono «...la celebrazione immediata del processo, affinché gli elementi inconsistenti di accusa siano vagliati in contraddittorio con la difesa»⁸. Dopotutto Rocco affermò di non voler rinunciare «all’indiscusso principio che l’imputato non può essere ritenuto colpevole prima della sentenza irrevocabile di condanna»⁹. Nella relazione che accompagnò il codice che sottoscrisse si legge che uno degli obiettivi era «Ottenere la massima speditezza nei procedimenti, compatibilmente con le esigenze della giustizia»¹⁰.

Parole che ricordano la pronuncia n. 363 del 1991 della Consulta: «le stesse caratteristiche del giudizio abbreviato, spiegano, dunque, come (...) l’effettiva irrogazione della pena sia stata dal legislatore privilegiata rispetto alla sua piena aderenza alla natura del reato contestato: e questo attraverso una scelta del legislatore che, (...) appare incensurabile sul piano della ragionevolezza in quanto proporzionata al fine preminente della speditezza del processo».

Ieri si cercava «la massima speditezza», oggi, in nome della speditezza si giustifica il giudizio abbreviato. Eppure sarebbe arduo affermare la natura democratica del regime fascista. Quanto ad altri regimi le cui aule si ispirano all’accusatorio, invece, il dubbio sorge. Lo sciolgono le parole di Renzo Orlando: «il trionfo del modello accusatorio (non solo in Italia) dovrebbe essere messo in rapporto, forse non solo congiunturale, con il diffondersi delle strategie securitarie; e il risultato complessivo sarebbe allora non già la garanzia della libertà di tutti, ma il trattamento differenziato dei soggetti in ragione della loro posizione socialmente centrale o marginale»¹¹.

Tornando alla speditezza, peraltro, la terza Sezione della Corte di cassazione, nel 1957¹² affermò, in merito alla mancanza del deposito dell’interrogatorio dell’imputato e del relativo avviso al difensore, che l’esigenza di speditezza non era sovrana, e che, nella fattispecie, era da ritenersi subordinata all’interesse “vitale” della difesa a controllare l’efficacia probatoria degli atti compiuti

⁶ ROCCO, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, VIII, Roma, 1929, 8.

⁷ ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale*, in *Giur. it.*, 2008, 521-528.

⁸ In *ricerca.repubblica.it*.

⁹ GARLATI, *L’inconscio inquisitorio*, Milano, 2010.

¹⁰ ROCCO, *Prefazione*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di Manzini, Torino, 1950, IX e X.

¹¹ In *www.centropgm.unifi.it*.

¹² STORTI, *Magistratura e il diritto di difesa nell’istruzione penale: il dibattito sui periodici giuridici (1955-1965)*, cit., 185.

dal Pubblico Ministero.

È vero, - era il 1949 - Guarneri annunciava che «L'avvenire del processo italiano quale voluto dalla nostra Costituzione, appartiene ad una sempre più intensa e piena attuazione del principio accusatorio»¹³ ed è ormai una vulgata il fatto che il sistema accusatorio sia l'attuazione, nelle aule di giustizia, della carta fondamentale. Ma se si trascende il recente art. 111 e si torna all'ethos che ispirò i costituenti emerge forse il contrario. Renzo Orlandi¹⁴ sottolinea che il cittadino che concepivano figure come Calamandrei o La Pira non ha a che spartire con l'individuo che il sistema accusatorio oggi sottende. Da una parte c'è un cittadino che vede nello Stato lo strumento per un progresso collettivo, dall'altro l'individuo spenceriano, competitivo, di una società di mercato. In entrambi i casi lo Stato si preoccupa di far rispettare le regole, ma nel secondo, per favorire gli "spiriti animali".

Chi paventa i pericoli per la democrazia di un sistema inquisitorio alla ricerca di una verità assoluta, non può dimenticare che sacrificare il principio cognitivo in nome del dispositivo, battersi in una tenzone in cui mezzo e fine coincidono nel fair play, non corrisponde forse agli auspici di chi, come molti dei costituenti, in nome della democrazia aveva combattuto.

Nobili, tra l'altro, pone in dubbio che studiosi come Vassalli intendessero per "accusatorio" lo stesso rito pseudomanageriale di oggi. Nessuno sottoscriverebbe, a mezzo secolo di distanza, il giudizio di Carnelutti in merito al rito accusatorio: la «collaborazione di ambo le parti all'istruzione implica in ciascuna di esse una devozione al pubblico interesse, che non si può ritenere ancora matura nella presente fase della cultura giuridica italiana». Per misurare la distanza dalle atmosfere e concezioni di allora, dello stesso Carnelutti basterebbe ricordare le parole: «se vi fosse un mezzo di coercizione, il quale fornisca garanzia di verità senza cagionare notevoli danni al corpo dell'inquisito, non vi sarebbe alcuna ragione perché non fosse adottato»¹⁵. Negli anni '70 Luigi Lombardini, capo dell'ufficio Istruzione del tribunale di Cagliari, soleva svolgere gli interrogatori poggiando una pistola sul tavolo. I testimoni che fornivano tesi non in linea con i suoi teoremi venivano minacciati di essere accusati di correttezza. Gli si attribuì il merito di aver sconfitto l'Anonima Sarda ma viene da chiedersi se Carnelutti non avrebbe approvato quei metodi. "Accusatorio", insomma, nel 1953, quando Pio XII fa appello alle «garanzie giuridiche»¹⁶, non significava esattamente ciò che intendiamo oggi.

¹³ GUARNERI, *Le parti nel processo penale*, Milano, 1949.

¹⁴ ORLANDI, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, a cura di Negri, Pifferi, Orlandi, Milano, 2001.

¹⁵ CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, II, Roma, 1948, 168.

¹⁶ PIO XII, *All. ad RR Praelatos*, 6 ottobre 1946, 397.

Dezza precisa che se in Italia nell'89 vi è una ricezione del modello accusatorio del Common law, di tale modello viene adottato la versione *adversary* nordamericana, condosolidatasi nella rivoluzione del *due process* susseguente alle sentenze della Corte Suprema statunitense rese durante la presidenza del Chief Justice Warren (1953 -1969). Contestualizzazioni che chiariscono i termini della questione: negli Stati Uniti vige il sistema accusatorio; il più noto lascito giuridico di quella cultura nell'ultimo secolo va sotto il nome, indifferente, di maccartismo o caccia alle streghe. Oltre a condanne a morte eseguite in osservanza di regole applicate con lentezza non sufficiente ad evitare che le prove di innocenza siano esaminate a futura memoria.

Per qualcuno, varata la riforma Vassalli, la traduzione nelle aule di giustizia italiane è ciò che Illuminati rievoca ai tempi di “Mani pulite”: «...il pubblico ministero si avvaleva dei suoi poteri per raccogliere unilateralmente informazioni, destinate a trasformarsi direttamente in prova nel dibattimento; la prova ricercata, poi, era essenzialmente la confessione, e soprattutto la chiamata in correità, sulla base della quale era possibile pronunciare una condanna. Ma la confessione, va detto anche a costo di sembrare polemico, veniva ottenuta, in pratica — ed è questa la seconda forzatura — mediante l'uso abnorme della custodia cautelare in carcere. Si utilizzava cioè la privazione della libertà, o spesso la sua sola minaccia, come strumento di pressione per indurre l'imputato a collaborare. (...) È vero che il pubblico ministero doveva comunque passare attraverso il controllo del giudice per le indagini preliminari: ma il giudice — qualcuno lo ha anche ammesso, in seguito — non aveva nemmeno il tempo di leggere il fascicolo delle indagini, e il più delle volte si appiattiva acriticamente sulla richiesta del pubblico ministero. L'imputato che confessava, ma soprattutto quello che chiamava altri in correità, usufruiva inoltre di una corsia preferenziale, perché gli venivano concessi gli arresti domiciliari o gli veniva revocata la custodia cautelare, e successivamente era indirizzato sul patteggiamento e usciva dal processo. Con la conseguenza che, per effetto della sentenza della Corte costituzionale del 1992 — questa è la cosa più importante — le sue dichiarazioni accusatorie, rese al pubblico ministero nella fase delle indagini, venivano lette nel dibattimento ed utilizzate contro gli altri imputati senza nemmeno bisogno che il dichiarante si presentasse in giudizio per essere sottoposto ad esame»¹⁷.

Nel 1991, in un convegno, Falcone interrogava: «mi domando, allora, se sia *conforme allo stato di diritto continuare a discutere del nuovo processo penale come se fosse ancora allo stadio di progetto e non invece una legge dello Stato da osservare e da fare osservare. E mi domando ancora se questo singo-*

¹⁷ILLUMINATI, *I riflessi della stagione di “mani pulite” sulla procedura penale degli anni Novanta*, 279.

lare atteggiamento non sia alla base del fatto che tuttora nemmeno in sede legislativa i principi ispiratori del nuovo codice vengono tenuti presenti fino in fondo»¹⁸.

Cogliere in cosa l'attuale sistema differisca nella pratica da ciò che l'ha preceduto, pur dopo le riforme del '55, diventa a volte questione di dettagli, che ritornano nel "garantismo inquisitorio" che ha descritto Amodio: «L'apparato delle garanzie nella fase istruttoria finiva per alimentare l'illusione di una giustizia garantista senza peraltro modificare il peso delle risultanze istruttorie ai fini della decisione dibattimentale, ed anzi accreditandone ancor più il valore»¹⁹. Se il sistema attuale è accusatorio, quindi, ne è una versione spuria, tale per prassi ma anche per scelta programmatica. Mario Chiavario, che prese parte ai lavori della commissione che condusse alla redazione dell'attuale codice ricorda «che ad ammonire (talora con rammarico) contro la tendenza a mettere troppo l'accento sull'"accusatorietà" come caratteristica inderogabile del nuovo processo era lo stesso presidente Pisapia, il quale non mancava di sottolineare che il "preambolo" della legge-delega imponeva sì di «attuare ... i caratteri del sistema accusatorio», ma «secondo i principi e i criteri che seguono», ed era ancora il presidente della Commissione ad osservare che nel complesso delle direttive di delega non mancavano, sotto questo profilo, i chiaroscuri»²⁰.

Per Antonio Palazzo²¹ con i riti alternativi i diritti non limitano l'accertamento ma ne sono strumentali e anzi, lo travalicano: in essi l'individualismo estremo del calcolo del proprio vantaggio si sposerebbe all'utilità sociale di alleggerire il congestionamento giudiziario. Un rito sarebbe accusatorio, allora, quando non solo punta ad essere snello - conclusione che come visto assimilerebbe quello del codice Rocco a un processo all'americana - ma coniuga tale obiettivo ad un calcolo del proprio vantaggio. Resta da accertare da cos'altro fossero mosse le parti prima dell'89.

Nel frattempo, un criterio distintivo restiamo in attesa di trovarlo. Registriamo i ricordi di chi il codice Rocco lo ha visto all'opera, come Lorenzo Zilletti: «Per un anno ho 'convissuto' col cosiddetto vecchio rito. Da praticante, frequentai aule ove si celebravano simulacri di dibattimento, consistenti in sfilate di testimoni dal narrato monosillabico: "confermo, confermo, confermo". Di rado, il mantra si interrompeva, ma erano subito guai: il presidente, prima

¹⁸ In www.antimafiaduemila.com.

¹⁹ AMODIO, *Forme di ibridazione processuale nell'esperienza storica: il «garantismo inquisitorio» in Italia tra il 1955 e il 1988*, in *Criminalia*, 2010, 18.

²⁰ CHIAVARIO, *Procedura penale, un codice tra storia e cronaca*, Torino, 1996, 35.

²¹ PALAZZO, *La nuova fisionomia dei riti alternativi premiali*, in *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo. Atti del Convegno. Urbino, 23-24 settembre 2005*, Milano, 2007.

ammoniva severamente l'ardimentoso; poi, in caso di persistente smentita, lo inviava a riflettere sul proprio destino nella cameretta di sicurezza adiacente l'aula. L'assaggio di carcere solitamente sortiva l'effetto desiderato: la conferma era il *commodus discessus*, rispetto all'arresto in flagranza e alla direttissima per falsa testimonianza.

Ad interrogare era sempre il giudice, sì che le domande suggerite dalle parti venivano reinterprete e modulate secondo il suo orientamento (*rectius*: pregiudizio), con ulteriore svilimento di ogni possibile contributo dialettico. Fino alle arringhe conclusive, lo spettatore nulla comprendeva di un processo inesistente. Meglio: che si era svolto prima e altrove e che si materializzava in un corposo volume di carte, ora finalmente suscettibili di critica da parte dei contraddittori»²².

3. Da Torquemada a Perry Mason, e ritorno

La Raccomandazione n. 87 del 1987 del Consiglio d'Europa riguardava la semplificazione della giustizia penale. L'anno successivo l'Italia adottò il giudizio abbreviato. Cordero registra che il modello ricalca il plea bargain statunitense. Il Black's Law Dictionary lo definisce come «...an agreement set up between the plaintiff and the defendant to come to a resolution about a case, without taking to trial»²³. La *Criminal Procedure* ne fissa le regole di funzionamento. La *rule 11* stabilisce che ogni accusato può dichiararsi colpevole (*guilty*), non colpevole (*not guilty*) o, con il consenso della Corte, non contestare l'accusa (nolo contendere). Nel primo caso rinuncia ai diritti legati al contraddittorio di uno *jury trial*. Al giudice spetta di accertare che la dichiarazione non sia frutto di costrizione, minaccia o promesse e che sussista una *factual basis*.

Le *Federal Rules* stabiliscono anche che le contrattazioni devono avere luogo fra l'*attorney* e il difensore dell'imputato, senza la partecipazione della Corte; l'accordo che ne deriva deve specificare che il *prosecutor* non contesterà altri capi di imputazione. I benefici riguardano un trattamento più mite di quello che si avrebbe col *jury trial* e assumono forme come la raccomandazione di una certa sentenza, la persecuzione per un reato minore e la rinuncia a chiedere la condanna per alcune delle imputazioni originarie. Il giudice può accettare l'accordo, rigettarlo, oppure riservarsi di esaminare gli atti, in particolare il *presentence report*.

Sebbene le parti non godano di una totale libertà contrattuale e l'accordo debba essere ratificato dal giudice alcuni paragonano il *plea bargain* ad un

²²ZILLETTI, Il mondo nuovo e gli errori del 1988, cit. 148.

²³In www.thelawdictionary.org.

contratto in cui la rinuncia di alcune garanzie procura uno sconto di pena. Altri, come Lagbein, l'hanno invece accostato alla tortura: «facciamo pagare terribilmente caro a un imputato il suo diritto *al jury trial*, che è costituzionalmente garantito...C'è una differenza tra l'aver le membra schiacciate in caso di rifiuto di confessione e lo scontare qualche anno di più di carcere nello stesso caso, ma è solo di grado, non di genere. Il *plea bargaining*, come la tortura, è coercitivo»²⁴.

Kipnis definisce il sistema legale statunitense come calcolato precisamente al fine di distribuire ingiustizie e scorrettezze²⁵.

Ci pare vero il contrario: la giustizia, lo dice Trassimaco è «...l'utile del più forte»²⁶, risultato che il *plea bargain*, e il sistema statunitense in generale, garantisce. Che sia paragonabile ad una tortura, poi, non sapremmo, che di estorsione si tratti lo confermò il giudice Brennan nella sua *dissenting opinion* sul caso di un imputato che sotto la minaccia della pena di morte aveva accettato di dichiararsi colpevole di omicidio di secondo grado pur professandosi innocente. Fuori luogo, invece, ci sembra George Fischer, il quale, riferendosi alle deroghe che il rito abbreviato comporta al *Bill of rights*, parla di «barbaro invasore»²⁷, laddove, invece, nella versione d'oltreoceano del common law, un rito come il *plea bargain* dimostra di avere piena cittadinanza. Non coglie nel segno, ci pare, nemmeno Vigoriti che avverte della difficoltà, per giuristi formati nel *civil law*, di comprendere il *plea bargain*. Spicca, al contrario, come esso s'incardina in una gestione della giustizia come strumento dell'interesse privato. Negli U.S.A. la funzione di *prosecutor*, ossia di pubblico accusatore, può procurare una carriera politica. L'incarico comporta una dotazione annua, la cui gestione è valutata sul numero di condanne ottenute. La conseguenza è che un *prosecutor* favorirà il *plea bargain*: economico e foriero di condanne. D'altro canto il difensore che conduce la trattativa avrà modo di strumentalizzarla in vista dei suoi personali rapporti con chi vesta i panni della controparte.

È solo un esempio degli interessi privati nella gestione della giustizia degli Stati Uniti, la cui popolazione, nel 1990, era sorvegliata da un milione e mezzo di guardie giurate, oltre che da associazioni di cittadini dette *citizen's patrol*. Ai privati la Costituzione attribuisce una posizione di primo piano prevedendo il *petit jury* come giudice dibattimentale e il *grand jury* come organo istruttorio competente per il rinvio a giudizio. Sono privati, ancora, coloro che speculano sulla costruzione degli istituti di pena offerti a titolo di *leasing* allo

²⁴ LANGBEIN, *Torture and plea bargain*, Faculty scholarship series (1978) cit.

²⁵ KIPNIS, *Criminal Justice and the negotiated plea in Controversies in criminal law*, Oxford, 1992, 1 ss.

²⁶ PLATONE, *La Repubblica*, Milano, 1995, 59.

²⁷ FISCHER, *Yale Law Journal*, in www.nuvole.it.

Stato, e privati coloro che spesso li gestiscono, quando non si limitano a predisporre i servizi. Chi redige i *presentence report*, sempre più rilevanti per la *determinate sentencing* sono non di rado, su incarico del giudice, agenzie private. Quasi fisiologico, quindi, che, in talune circostanze, i giudici siano estromessi e la giustizia venga appaltata a circuiti alternativi, come la *mediation*, forma di mediazione tra offensore e vittima. Questo, quindi, il quadro in cui il *plea bargain* viene definito dalla corte suprema un male necessario²⁸ e in cui gli *econometricians* della scuola di Chicago ravvisano nel sistema giuridico un *market system*. Quel sistema mercantile che prima baratta la presunzione di non colpevolezza quindi chiude il procedimento con la fase del *sentencing*, la quale prevede la *restitution*: pena che confonde sanzione penale e sommaria procedura di risarcimento danni.

«*Es incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva*»²⁹ scrive Marien Aguilera Morales.

Ciò che in Italia vale per l'art. 111 Costituzione, in Spagna si trova nell'art. 24 della omologa norma fondamentale. Se nel 1999 l'Italia adottava in Costituzione il giusto processo, in Spagna nel 2002 una legge evidenziava la necessità di superare la *ley de Enjuiciamiento Criminal*. Quando fu approvata, nel 1882, era considerata una delle più avanzate d'Europa. Prevedeva un processo diviso in due fasi - istruttoria e dibattimento - gestite da organi giurisdizionali distinti. Sancì l'istituzione dell'accusa popolare e privata per prevenire i rischi di burocratizzazione del Pubblico Ministero, rafforzò il diritto di difesa tra l'altro permettendo all'avvocato di comunicare con il detenuto. Fu questa legge a stabilire il diritto ad un processo orale e pubblico attraverso l'interrogatorio incrociato.

Molti di questi aspetti durante il franchismo furono inapplicati: la polizia non rispettava il limite delle 24 ore del fermo; l'istruttoria divenne, nei fatti, segreta. I tribunali pronunciavano le sentenze basandosi sulle confessioni rese alla polizia o su un'istruttoria sommaria. “*Summarissimo*” fu il processo emblematico del regime, tenuto nel 1970 a Burgos, contro appartenenti all'organizzazione indipendentista basca ETA. Gli imputati, reclusi da un anno, seppero solo nell'imminenza del processo il crimine di cui erano accusati. Il processo, se non fosse stato per l'opposizione di due sacerdoti che erano tra i sedici imputati, si sarebbe tenuto a porte chiuse. Invece il dibattimento, pubblico, ebbe luogo tra il 3 e il 9 dicembre davanti a un tribunale militare. Il rito appli-

²⁸ Secondo la Corte Suprema «rappresenta uno strumento essenziale ad una corretta amministrazione della giustizia; poiché se ogni accusa dovesse essere decisa in giudizio, il governo federale dovrebbe aumentare in misura considerevole il numero dei giudici e le risorse destinate alle Corti» (Santobello v. New York, 4040 U. S. 257, 261 (1971)).

²⁹ AGUILERA, *El principio del consenso*, Barcelona, 1998, 8.

cato, varato da una legge del 1945, era l'emanazione del "bando de guerra" del 1936, che risaliva alla Guerra Civile. Prevedeva un giudice istruttore e un'istruttoria segreta nella quale tra le prove documentali c'erano le risultanze che emergevano dalle opinioni che dell'imputato davano il sindaco, il parroco, la *Falange* e la *Guardia civil*³⁰.

Terminata la dittatura, la polizia ha assunto un ruolo diverso, sebbene non completamente: *Ladrón de Guevara*, ricercatore presso l'università di Siviglia, nota che ai sensi dell'art. 326 del codice di Procedura Penale italiano, la polizia ha una posizione ancillare verso il Pubblico Ministero. Gli atti d'indagine hanno la funzione di mettergli a disposizione le fonti di prova su cui basare l'accusa. In altri termini le indagini determinano se sussistono elementi sufficienti perché il cittadino sia sottoposto ad un processo. Anche in Spagna la polizia esegue atti di indagine che costituiscono una realtà anteriore al processo e che assicurano le fonti di prova. Tuttavia, mentre in Italia la polizia giudiziaria dipende dal Pubblico Ministero, in Spagna l'art. 126 Costituzione stabilisce che «la polizia giudiziaria dipende dai giudici, dai tribunali e dal pubblico ministero nelle sue funzioni di accertamento del delitto e scoperta e assicurazione del delinquente nei termini previsti dalla legge». Detto altrimenti, gli atti d'indagine, prevenzione e assicurazione di persone e degli elementi di prova o la redazione di un verbale sono di esclusiva competenza delle forze dell'ordine. Ciò, conclude il ricercatore, «*es incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva*»³¹.

È in questo contesto che il Titolo II del libro IV della *Ley de Enjuiciamiento Criminal* tra gli articoli 757 e 793 regola in Spagna il giudizio abbreviato. Nella fase delle *diligencias previas*, assimilabile alle indagini preliminari, si determinano la natura e le circostanze del fatto, le persone che vi hanno preso parte e l'organo cui spetta giudicarlo. Punta a ottenere più informazioni possibili per formulare un'accusa e termina quando il *Juzgado de Instrucción*, il giudice istruttore, lo ritiene. In questa fase si può ordinare la detenzione dei presunti colpevoli e la custodia delle prove se necessario. Da parte sua, il giudice deve determinare chi è il presunto autore del fatto delittuoso e citarlo affinché compaia in giudizio. Al termine delle indagini il giudice può evitare l'udienza preliminare andando direttamente al dibattimento in presenza delle seguenti circostanze: il fatto costituisce un delitto la cui trattazione spetta al *Juzgado en lo Penal* in quanto punito con pena detentiva inferiore a 5 anni o alla multa; la pubblica accusa e l'imputato chiedono al giudice istruttore il

³⁰ Guillaume Durand aveva sostenuto il principio secondo cui l'inquisizione differisce dagli altri giudizi in quanto in essa la fama assume la funzione dell'accusatore («*inquisitio differt ab aliis iudiciis quia in ea fama habetur loco accusatoris*»).

³¹ DE GUEVARA, *Modelo y propuestas para el proceso penal español*, Sevilla, 2012.

giudizio immediato.

Il dibattimento si svolge davanti al giudice istruttore. Le parti presentano le prove che hanno menzionato nei rispettivi atti di accusa e difesa. La sentenza non può comportare una pena maggiore di quella chiesta dall'accusa né punire un delitto diverso da quello oggetto di giudizio. Ancora più sbrigativo è il "procedimento abbreviato accelerato": privo della fase dell'istruzione, si passa direttamente all'esame dei fatti. Concesso dal giudice istruttore su richiesta dall'accusa, ne sono presupposti che lo chieda l'accusa sulla base dell'evidenza dei fatti costituenti delitto, l'allarme sociale che hanno prodotto, lo stato di detenzione dell'accusato.

Questo modo di stabilire giustizia non ha raccolto un'approvazione unanime. Nel 1998 Aguilera esordiva così: «*Este es un libro sobre un tema de moda*».³² Vi si denunciava la distanza tra aspirazioni garantiste e realtà negoziale. Per una volta, continuava l'autore nel prologo, ciò che è importante non è difficile: affermare che lo svolgimento di un buon numero di processi penali non rispetta il principio di legalità. «*Creemos que nadie quiere una justicia a la americana*»³³ sottoscrive García un anno dopo. Oggi il Paese già culla dell'inquisizione si è convertita ad un sistema che non pare antitetico. Lì il giudice raccoglieva le accuse e fungeva da accusa, nell'accusatorio di stampo statunitense l'accusa funge sempre più scopertamente da giudice.

Studiosi calcolano che i tribunali diretti da Torquemada gestissero una media di diciotto processi al giorno (furono circa 100.000 in quindici anni). Quando l'ennesima versione accelerata di un sistema abbreviato avrà raggiunto questi ritmi la nemesi sarà completa.

5. Giudice. Istruttore, all'occorrenza

«Questa legge Carotti ha, in realtà, introdotto un nuovo sistema processuale»³⁴. Così Taormina nel 2000. Da un decennio il giudice si era liberato dell'«obbligo di compiere tutti e soltanto gli atti necessari all'accertamento della verità» che lo rendeva «padrone della scacchiera»³⁵ per Cordero, e «signore del processo e delle prove» per Tonini³⁶: fine del processo era, in fondo, il suo "libero convincimento".

Tutto questo, però, non aveva già più la valenza originaria. L'art. 111 Cost., approvato quasi contemporaneamente alla legge Carotti, oltre a riecheggiare l'art. 6 CEDU., esplicita principi che in buona parte la Carta già conteneva:

³² AGUILERA, *El principio del consenso*, cit., 1.

³³ GARCIA, *La justicia penal negociada*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, 298.

³⁴ In *criminologia.advcom.it*.

³⁵ CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2000, 21.

³⁶ TONINI, *La prova penale*, Padova, 2000.

da un quarantennio l'art. 2 concepiva lo Stato a tutela dei singoli, il 3 li dichiarava eguali di fronte alla legge, il 13 sanciva il principio della libertà personale, il 24 il diritto di azione e di difesa, e il 27 la presunzione di non colpevolezza. Già nel 1996, con la sentenza n. 155, la Consulta aveva specificato che: «tra i principi del giusto processo, posto centrale occupa l'imparzialità del giudice, in carenza della quale le regole e le garanzie processuali si svuoterebbero di significato. L'imparzialità è perciò connotata all'essenza della giurisdizione e richiede che la funzione del giudicare sia assegnata ad un soggetto "terzo", non solo scevro da interessi propri che possa far velo alla rigorosa applicazione del diritto, ma anche sgombro di convinzioni precostituite in ordine alla materia da decidere». Una settimana prima la stessa Corte aveva stabilito che il "giusto processo" ruota intorno all'«esigenza d'imparzialità del giudice: imparzialità che non è che un aspetto di quel carattere di "terzietà" che connota nell'essenziale tanto la funzione giurisdizionale quanto la posizione del giudice»³⁷. Nella Costituzione mancava quindi, semmai, del giusto processo, un riferimento ai principi, tra i quali la pubblicità e il contraddittorio. Il giudizio abbreviato deroga al primo, e del secondo, all'attività che ne è oggetto. Senza che per questo il "giusto processo", venga violato, essendone fulcro proprio il contraddittorio, condensato nel brocardo "*audiatur et altera pars*", riconosciuto come «metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio»³⁸, per eccellenza: il «miglior metodo di ricostruzione dei fatti, pur nella fallibilità di ogni criterio»³⁹. È, in fondo, la sua paventata violazione che allarma Carlo Taormina: «Ricordate il Codice Rocco: ci lamentavamo che il giudice istruttore aveva tutti i poteri d'ufficio di acquisizione delle prove. Non solo siamo tornati ad un giudice che acquisisce le prove che vuole, ma siamo arrivati ad un giudice che condanna e che assolve dopo aver scelto le prove che deve assumere per raggiungere questo risultato»⁴⁰.

Eppure, che scarto ci sia dal sistema previgente lo provano due dati: la norma che ha subito più sentenze additive nel nostro ordinamento è l'art. 34 c.p.p., rubricato "Incompatibilità determinata da atti compiuti nel procedimento" in origine calco del 61 del codice precedente. Quest'ultimo, in un quattro decenni di "convivenza" con la Costituzione, di censure del giudice delle leggi non ne è mai stata oggetto. Nell'1989 Ernesto Lupo⁴¹ annuncia che evidenzia-

³⁷ Corte cost., sent. n. 131 del 1996.

³⁸ Corte Cost., sent. n. 32 del 2002.

³⁹ FERRUA, *La regola d'oro del processo accusatorio: l'irrelevanza probatoria della contestazioni*, in *Il giusto processo*, a cura di Kistoris, Torino, 2002, 73.

⁴⁰ In www.criminologia.advcom.it.

⁴¹ LUPO, *I giudizi semplificati*, in *Questioni nuove di procedura penale, Antologia*, a cura di A. Gaito, Paolozzi, Voena, Padova, 1989.

re la terzietà del giudice è uno degli obiettivi del nuovo codice. Prima, le figure dell'accusa e del giudice, entrambi «investigatori»⁴², erano omogenee e il processo si risolveva in un continuum degli atti di polizia giudiziaria. Ora, prosegue Lupo, nel dibattimento i poteri del giudice si riducono alla gestione formale dell'istruzione dibattimentale e ai poteri integrativi di quelli probatori delle parti. Si trattava, oltre ai poteri del giudice dell'Udienza Preliminare e a quelli del G.i.p., di quelli istruttori del giudice, residuali sulla carta ma, all'epoca, ancora tutti da verificare nella pratica. Ernesto Lupo⁴³ trae comunque conforto nell'art. 666 c.p.p. che indica tra i motivi di ricorso in Cassazione la mancata assunzione di una prova richiesta dalle parti.

In quest'ambito s'inserisce il «diritto alla prova» rubrica dell'art. 190 c.p.p., che al secondo co. prevede un autonomo e residuale potere probatorio del giudice e al primo il diritto delle parti all'ammissione delle prove richieste. Giustifica gli strali di Taormina l'istituto che permette all'imputato di rinunciare: il giudizio abbreviato.

Originariamente l'art. 440 c.p.p. indicava quella che, insieme all'approvazione del p.m., era la condizione per potervi accedere, vale a dire una valutazione positiva del giudice circa la definibilità del processo allo stato degli atti. In caso contrario, come spiega Cordero, «Ove le premesse storiche risultassero incomplete occorre il dibattimento»⁴⁴. Ciò a parere della Consulta, permetteva al p.m., «...allegando lacune probatorie da lui stesso discrezionalmente determinate»⁴⁵ di precostituire una situazione ostativa al rito. Speculare, come fa notare Nicola Canestrini, era la posizione dell'imputato «il quale, una volta ammesso il giudizio abbreviato, a seguito della declaratoria di d'inutilizzabilità o di nullità assoluta avrebbe potuto estromettere definitivamente dallo «stato degli atti» alcune prove, ritenute magari decisive dal Giudice ai sensi del vecchio testo dell'art. 440 c.p.p. proprio ai fini dell'ammissibilità del rito, comportando così necessariamente una pronuncia del Giudice a norma dell'art. 530, co. 2, c.p.p.»⁴⁶

Lo stravolgimento della posizione del p.m. comportò anche quella dell'imputato. L'erosione della prima cominciò con la sentenza n. 81 del 1991 della Corte costituzionale che dichiarò, dopo che la n. 66 del 1990 l'aveva fatto per la disciplina transitoria, l'illegittimità del combinato disposto degli artt. 438, 439, 440 e 442 c.p.p. «nella parte in cui non prevede che il p.m., in caso di dissenso, sia tenuto ad enunciarne le ragioni e nella parte in

⁴²In www.csm.it.

⁴³LUPO, *I giudizi semplificati*, cit.

⁴⁴CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1051.

⁴⁵Corte cost., n. 92 del 1992.

⁴⁶In www.canestrinilex.com.

cui non prevede che il giudice, quando, a dibattimento concluso, ritiene ingiustificato il dissenso del pubblico ministero, possa applicare all'imputato la riduzione di pena contemplata dall'art. 442, co. 2». La stessa disposizione fu dichiarata incostituzionale dalla sentenza n. 23 del 1992 ove non prevedeva un controllo sull'ordinanza di rigetto della richiesta di giudizio abbreviato da parte del giudice per le indagini preliminari. Ne derivò che se il giudice, all'esito del dibattimento, avesse ritenuto che il processo avrebbe potuto essere definito allo stato degli atti dal g.i.p., avrebbe applicato la riduzione di pena prevista dall'art. 442, co. 2. Accanto al giudizio abbreviato c.d. "tipico", ne vigeva uno "atipico" privo del presupposto della definibilità allo stato degli atti. L'art. 452 disponeva che, se l'imputato lo richiedeva e il p.m. acconsentiva, il giudice, prima dell'apertura del dibattimento del giudizio direttissimo, doveva disporre la trasformazione in abbreviato. Consideratane la, solitamente, esigua attività d'indagine, poteva indicare alle parti temi nuovi o incompleti di prova sui quali si sarebbe poi dovuta svolgere integrazione probatoria secondo le modalità dell'art. 422 c.p.p. Proprio l'espressione "nelle forme dell'art. 422" contenuta nell'art. 452, era dibattuta. Nel 1996 la quinta Sezione della Corte di cassazione adottò un orientamento che consentiva «al giudice di espletare una sommaria attività di indagine, negli stretti limiti necessari a colmare la lacuna della assenza della fase delle indagini preliminari». Ciò peraltro in linea con la Relazione Ministeriale al progetto del codice. Era forse un'avvisaglia di quanto avrebbe apportato la legge n. 479 del 1999, c.d. Carotti, sollecitata dalle esortazioni della Corte costituzionale a ricondurre l'istituto «a piena coerenza con i principi costituzionali». ⁴⁷ Abrogò gli articoli 439 ⁴⁸ e 440 ⁴⁹ c.p.p., modificò il 438 e introdusse, nel co. 5 del nuovo art. 441, la possibilità per il giudice di assumere elementi necessari ai fini della decisione, anche d'ufficio, nel caso ritenesse di non poter decidere allo stato degli atti. Caprioli vi individuò una «volontà di rilancio dell'istituto» ⁵⁰, Cordero parlò di «autentica mutazione genetica» ⁵¹, Maffeo di «recupero della filosofia deflattiva del rito» ⁵². Caddero i presupposti del consenso del p.m. e la definibilità del

⁴⁷ Corte cost., n. 92 del 1992.

⁴⁸ Il cui testo era «la richiesta è depositata in cancelleria unitamente all'atto di consenso del pubblico ministero almeno cinque giorni prima della data fissata per l'udienza».

⁴⁹ Il cui testo era: «sulla richiesta il giudice provvede con ordinanza, con la quale dispone il giudizio abbreviato se ritiene che il processo possa essere definito allo stato degli atti. L'ordinanza di accoglimento o di rigetto è depositata in cancelleria almeno tre giorni prima della data dell'udienza. (...) In caso di rigetto, la richiesta può essere riproposta fino al termine previsto dall'art. 439, co. 2».

⁵⁰ CAPRIOLI, Il processo penale dopo la legge Carotti; commento agli artt. 27-31 legge n. 479 del 1999, 296.

⁵¹ CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1051.

⁵² MAFFEO, *Il giudizio abbreviato. Studi di procedura penale*, Napoli, 2004, 133.

processo allo stato degli atti. L'abbreviato cessò di essere un giudizio "a prova bloccata", e contemplò attività di integrazione probatoria, in cui acquisire, anche *ex officio*, prove e supplementi istruttori per sopperire a incompletezze delle indagini preliminari. Secondo la dottrina maggioritaria essa valeva anche per il rito condizionato, introdotto dalla stessa legge n. 479 del 1999, in base al quale l'imputato può subordinare la richiesta ad una integrazione probatoria. L'art 438 c.p.p stabilisce i parametri con cui viene vagliata: la necessità ai fini della decisione e la sua compatibilità con l'economia processuale. L'accoglimento procura al p.m. l'ammissione delle prove contrarie. Per entrambi i riti, semplice e condizionato, si parla di «giudizio aperto a nuove acquisizioni probatorie».⁵³ La ratio è la medesima: fornire al giudice uno strumento «a tutela dei valori costituzionali di legalità che presidiano l'esercizio dell'azione penale e della giurisdizione, in modo analogo a quanto previsto per il dibattimento dall'art. 507 c.p.p.»⁵⁴. Amodio esclude invece che tali poteri istruttori del giudice valgano per il giudizio condizionato: «sarebbe assurdo - scrive - ammettere che l'imputato, dopo aver rinunciato al dibattimento a condizione di una integrazione probatoria specifica e mirata, si vedesse scalvato dal giudice mediante l'esercizio di un potere d'ufficio che esprima una linea di accertamento diversa o contraria»⁵⁵.

Per la tesi maggioritaria, tuttavia, i poteri istruttori officiosi, essendo richiamati dal primo comma dell'art. 438, trovano applicazione anche nel rito condizionato. Siracusano ne deduce che il giudice «non registra un risultato probatorio per poi decidere, ma estende l'attività di accertamento fino a quel punto che gli permetta di decidere»⁵⁶. Cananzi in tali poteri ravvisa una ricompensa per l'eliminazione del vaglio giurisdizionale circa la sussistenza del requisito di decidibilità allo stato degli atti. Uno scambio forse non alla pari se più di qualcuno vi scorge una tendenza verso il sistema inquisitorio. Catalano scrive che «l'espansione dei poteri istruttori del giudice rivela l'impronta tendenzialmente inquisitoria attribuita dal legislatore al rito abbreviato»⁵⁷. Cipolla lo conferma: «la riforma ha introdotto così ampi margini per il supplemento istruttorio, d'ufficio o su richiesta delle parti, da attribuire al giudice una ampia *cognitio*, in astratto di estensione pari a quella riconosciuta al giudice

⁵³ MANGIARACINA, *I limiti al potere di integrazione probatoria del giudice in sede di giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2005, 703.

⁵⁴ ZACCHE', *Nuovi poteri probatori nel rito abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2001, 2623.

⁵⁵ AMODIO, *Lineamenti della riforma*, in *Giudice unico e garanzie difensive. La procedura penale riformata*, a cura di Amadio, Galatini, Milano, 2000, 36.

⁵⁶ SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, cit., 50.

⁵⁷ CATALANO, *Il giudizio abbreviato*, in *Giudice unico e garanzie difensive. La procedura penale riformata*, cit., 130.

istruttore e addirittura più incisiva»⁵⁸, Mangiaracina osserva che «l'aver attribuito la potestà istruttoria allo stesso soggetto che dovrà pronunciarsi sul merito della *regiudicanda*, determina inevitabilmente uno scostamento dell'asse processuale verso sistemi di impronta spiccatamente inquisitoria»⁵⁹, Nappi riconosce nell'abbreviato «il giudizio ordinario dell'alternativa inquisitoria»⁶⁰, Negri argomenta che «la legge n. 479 del 1999 consegna all'interprete un rito abbreviato che ricalca le linee del processo inquisitorio sotto un duplice aspetto: sia perché ai fini della decisione sono valutati come prova gli atti delle indagini preliminari, sia perché il ruolo del giudice presenta qualche analogia con quello del vecchio giudice istruttore» e che «La previsione ha subito evocato lo spettro del vecchio giudice istruttore»⁶¹.

Il fatto che l'attività d'integrazione probatoria prevista dall'art. 441, co. 5, c.p.p. possa essere disposta dal giudice «anche d'ufficio» sottintende, per parte della dottrina, che le prove necessarie ai fini della decisione possono essere introdotte sia d'ufficio sia su sollecitazione delle parti le quali, benché avendo già esercitato il diritto alla prova, sono titolari di «una ben diversa facoltà di supplica»⁶². La Corte di cassazione ha però dichiarato «in nessun modo sindacabile»⁶³ il mancato accoglimento di una richiesta istruttoria rivolta al giudice, con l'eccezione dell'imputato che voglia farsi interrogare o rendere dichiarazioni spontanee. È invece impugnabile l'ordinanza con cui il giudice, nel corso del giudizio abbreviato, dispone anche d'ufficio un supplemento istruttorio per ovviare a una situazione d'indecidibilità e di stallo decisorio. Del potere istruttorio, insomma, è impugnabile l'esercizio, non l'omissione.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 115 del 2001, ne ha fugato i dubbi sulla legittimità costituzionale. Le censure avanzate dal giudice remittente denunciavano come la disciplina avesse delineato «una nuova figura di giudice che inevitabilmente rimanda a quella del giudice istruttore»⁶⁴ la quale contrastava col principio del contraddittorio sancito dall'articolo 111 Cost. Lo stesso giudice lamentava la violazione del diritto di difesa, l'integrazione probatoria disposta *ex officio* avrebbe lasciato l'imputato «esposto ad un mutamento del

⁵⁸ CIPOLLA, *La potestà istruttoria ex officio judicis nel rito abbreviato*, in *Giur. merito*, 2009, 139.

⁵⁹ MANGIARACINA, *I limiti al potere di integrazione probatoria del giudice in sede di giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2005, 712.

⁶⁰ NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2007, 485.

⁶¹ NEGRI, *Il "nuovo" giudizio abbreviato: un diritto dell'imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economia processuale*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di Peroni, Padova, 2000, 471.

⁶² MAFFEO, *Il giudizio abbreviato*, cit., 27.

⁶³ Cass., Sez. III, 4 giugno 2009, Fidanza, in *Mass. Uff.*, n. 244332.

⁶⁴ Corte cost., n. 115 del 2001.

quadro probatorio (...) senza alcuna possibilità di ripensamento»⁶⁵. La Corte costituzionale, dichiarando, con la sentenza n. 115 del 2001, inammissibile la questione di legittimità costituzionale relativa al conferimento al giudice, nell'ambito del giudizio abbreviato, di poteri istruttori e decisorii, ne ha riconosciuto la legittimità. Siamo tuttavia lontani dall'art. 299 codice Rocco che imponeva al giudice di condurre prontamente «tutti e soltanto quegli atti che in base agli elementi raccolti appaiono necessari per l'accertamento della verità». In caso contrario, ad essere inquisitorio sarebbe anche il giudizio ordinario, perché il profilo di giudice che tratteggia Carotti collima con quello che emerge da numerose altre norme del codice (l'art. 507, gli artt. 508, co. 1, 511 e 511-*bis*, e 603 c.p.p.) La stessa legge delega del 1987 nella direttiva n. 73, non esclude, anzi piuttosto suggerisce, un suo potere istruttorio e la n. 94 prevede che in appello sia possibile la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale anche d'ufficio qualora il giudice non sia in grado di decidere allo stato degli atti. Non per questo classificheremmo l'intero sistema come inquisitorio: la Consulta ha stabilito che il principio di obbligatorietà dell'azione penale esige che nulla venga sottratto al controllo di legalità effettuato dal giudice e ha precisato che l'obbligo di ricorrere al potere *ex art. 507 c.p.p.* scatta nell'impossibilità di decidere. I poteri istruttori del giudice sono l'*extrema ratio*. Vale per il giudizio ordinario come per il giudizio abbreviato: l'"assolutamente necessario" dell'art. 507 c.p.p., pare estendibile al 441. Oltre che suppletiva, l'iniziativa del giudice è limitata: «deve solo colmare la piattaforma probatoria nel senso prospettato dalle parti, con preclusione verso nuovi temi di prova, che possono essere determinati esclusivamente dalle parti senza possibilità alcuna per solipsistiche iniziative, dovendosi e potendosi attivare solo a fronte di uno stallo probatorio»⁶⁶. Il concetto è stato circostanziato dalla terza sezione della Cassazione la quale ha chiarito che «...in tema di giudizio abbreviato, è precluso al giudice assumere d'ufficio le prove concernenti la ricostruzione storica del fatto e la sua attribuibilità all'imputato».⁶⁷ Per il Tribunale supremo non potrebbe essere altrimenti: «la scelta processuale della difesa di essere giudicata sulla scorta degli elementi raccolti dal pubblico ministero verrebbe vanificata e snaturata se il potere del giudice di integrare la prova fosse illimitato ed arrivasse al punto di poter sostituire l'organo giudicante a quello inquirente nella ricerca di elementi idonei a verificare (e non invece a confermare) se il soggetto tratto a giudizio sia effettivamente autore di un reato e se il fatto contestato integri gli estremi di un reato

⁶⁵ *Ivi*.

⁶⁶ GIUNCHEDI, *I poteri istruttori del giudice*, in *questa Rivista* online.

⁶⁷ Cass., Sez. III, 16 giugno 2010, Dongiovanni, in *Mass. Uff.*, n. 33939.

perseguibile»⁶⁸. Menna rovescia la prospettiva: «a prescindere dalla suddivisione dei ruoli tra giudice e parti, la formazione della decisione, per non essere farsesca, presuppone il potere per chi giudica di non farsi precludere l'osservazione della realtà»⁶⁹.

Due premesse che porterebbero alla conclusione che farsesca è, dunque, la formazione della decisione nel giudizio abbreviato. Definizione aliena dal novero binario - accusatorio o inquisitorio - che ci siamo scelti e che in fondo dipende dalla quota di terzietà che il giudice devolve nell'attivare i suoi poteri istruttori e dalla frequenza con cui lo fa: quanto più *extrema* sarà la ratio tanto meno saremo prossimi a un sistema inquisitorio. A poco serve pure ricordare che nel 1989 Gian Franco Anedda osservava che «questo codice molto bello, molto difficile, ha anche la caratteristica di porre eccezioni per ognuna delle figure principali»⁷⁰ perchè oggi, «colpito dalle sentenze della Corte costituzionale e dai decreti legge, il modello accusatorio del codice vigente (...) si è convertito in qualcosa che non si sa più come chiamare».⁷¹

5. L'appello scorsoio

Un ergastolano con elementi per ricorrere in appello che si deve rassegnare alla pena perpetua: lo paventa Lattanzi, in base all'art. 2 legge n. 81 del 1987 che al punto 53 imponeva al legislatore delegato di prevedere specifici «limiti all'applicabilità» della sentenza emessa all'esito del procedimento abbreviato. Eppure - o infatti - questa è l'impostazione dei modelli processuali di matrice c.d. *adversary*: «Un sistema che voglia ispirarsi al modello accusatorio dovrebbe connotarsi per un - almeno tendenziale - contenimento della proliferazione dei mezzi di impugnazione, realizzata principalmente attraverso la compressione dell'appello»⁷² conferma Pansini. Del resto il progetto preliminare del Codice prevedeva un'inappellabilità assoluta delle sentenze di condanna da parte dell'organo dell'accusa. Se in commissione parlamentare gli si concesse l'eccezione del titolo di reato fu perché non negasse il consenso al rito.

L'evoluzione dell'appello a seguito di giudizio abbreviato inizia, insomma, dalla sua gestazione. Alla previsione di un giudizio camerale, per esempio, sono seguite una sentenza, la n. 230 del 1991, per la quale la pubblicità dei processi è «principio essenziale dell'ordinamento democratico» eppure non inderogabile, quindi una legge, la n. 479 del 1999, che permetteva l'udienza

⁶⁸ Cass., Sez. III, 15 maggio 2014, C.M., in *Mass. Uff.*, n. 20237.

⁶⁹ MENNA, *Il giudizio d'appello*, Napoli, 1995, 324.

⁷⁰ In *www.csm.it*.

⁷¹ SIRACUSANO, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2004, 40.

⁷² PANSINI, *L'appello nel giudizio abbreviato*, Padova, 2013, 26.

pubblica nel primo grado, una prassi che l'udienza pubblica la prevede per l'appello quando abbia da oggetto la sentenza dibattimentale con cui sia stata applicata la diminuzione di pena di cui all'art. 442 c.p.p., e infine una giurisprudenza per cui, non essendovi sanzioni, l'erronea celebrazione dell'appello in udienza pubblica non invalida il giudizio. È solo una sintesi, e su un singolo aspetto, delle trasformazioni che hanno investito l'appello a seguito di giudizio abbreviato.

Anche a limitarci, come faremo, alla sua accessibilità, la fisarmonica delle possibilità di ricorrere si è alternativamente ampliata e ristretta. Come in un tiro alla fune, si sono compiuti passi verso maggiori aperture e, d'altra parte, limitazioni, tipiche del sistema accusatorio. Queste ultime, peraltro, spesso fondate sull'inammissibilità che un rito allo stato degli atti ne replicasse un altro. Per Pansini, il codice del 1988 ha «sostanzialmente mutuato la fase del giudizio di seconde cure dal codice previgente, a sfondo prevalentemente inquisitorio: un giudizio essenzialmente cartolare»⁷³. Le preclusioni all'appello suscitarono dibattiti. Non le sopì rifarsi a quella che la Relazione al progetto preliminare del codice di rito chiama l'«accelerazione»⁷⁴; ignorando che l'assetto del giudizio abbreviato non poggiava sulla fretta quanto, è la Relazione a spiegarlo, sulla «commistione tra decisioni processuali e trattamento sanzionatorio dell'imputato responsabile». La verità che essa produce è peculiare: «legislativa», la definisce Giostra. Ce ne sarebbe abbastanza per una giurisprudenza pirandelliana se quella verità non fosse inconciliabile con un'altra, tutt'altro che peculiare, «costituzionale».

La Consulta l'ha ribadito e, riconducendo il giudizio abbreviato nei confini della Carta, ha avvicinato la disciplina dell'appello a quella per il rito l'ordinario. Una prima revisione fu apportata nel 1991 con la sentenza n. 363 che dichiarò illegittimo il co. 2 dell'art. 443 c.p.p. nella parte in cui vietava l'appello della sentenza con cui l'imputato fosse stato condannato ad una pena che comunque non doveva essere eseguita. Era un passo oltre i confini in cui era relegato il controllo di merito avverso le sentenze emesse a seguito di giudizio abbreviato; un passo, semplificando, nella direzione del sistema inquisitorio. Se nella disciplina dell'appello il p.m. acquistava spazi, li perdeva nel primo grado. Nel 1990 la Corte costituzionale con la sentenza n. 66 evidenziò che l'organo requirente non poteva «sacrificare, oltre al rito, anche l'effetto di sconto sulla pena senza dover almeno indicare le ragioni del proprio dissenso» e che questo doveva essere parametrato sulla definibilità del

⁷³ *Ivi.*

⁷⁴ *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, *Il progetto preliminare del 1988*, a cura di Conso, Grevi, Neppi, Modona, Padova, 1999, 1023.

processo «allo stato degli atti».

Il p.m., tuttavia, continuava ad avere le chiavi delle porte del rito abbreviato: per chiuderle gli bastava compiere indagini scientemente incomplete. Un potere di veto che con la sentenza n. 92 del 1992 la Consulta invita a superare attraverso un meccanismo d'integrazione probatoria e, due anni dopo, a limitare con la sentenza n. 442 che suggerisce di eliminare il requisito del consenso dell'organo requirente. Quando, nel 1999, il legislatore accoglie tali sollecitazioni, delinea due vie di accesso al rito a seconda che l'imputato formuli una richiesta semplice oppure condizionata ad un'integrazione probatoria. Per Gaeta l'appello si riduce così ad una «variabile indipendente»⁷⁵, e il giudizio abbreviato ad un «negozio unilaterale»⁷⁶, «tendenzialmente omologato verso le forme di appellabilità ordinaria, ma con seri problemi di giustificazione teorica»⁷⁷ secondo Spangher. Ne è consapevole anche la stessa Consulta che, sui limiti imposti all'accusa a ricorrere scrive che possono giustificarsi finché «collegati al presupposto di un consenso dato dalla parte pubblica a un rito che, tra l'altro, incide marcatamente sulla sua facoltà di impugnazione»⁷⁸. Il legislatore interviene con la legge n. 479 del 1999 (c.d. Carotti) sul primo comma dell'art. 443 c.p.p. cancellando il divieto per entrambe le parti di appellare le sentenze di condanna che applicano sanzioni sostitutive. Tale divieto era stato «salvato» dal giudice delle leggi con la sentenza n. 288 del 1997 in quanto il sacrificio dell'appello controbilanciato dalla «premieria del rito» rientrava negli «spazi di discrezionalità legittimamente utilizzati dal legislatore per conseguire l'obiettivo della rapida definizione del giudizio abbreviato». Ma già Paolozzi e Conso avevano evidenziato che sacrificare l'appello sull'altare della rapidità in nome di uno sconto di pena fosse irragionevole.

Si trattava di un allargamento delle possibilità di appello e, come visto, l'appello è sintomatico di un sistema inquisitorio. Assimilare un ampliamento delle possibilità di ricorso concesse all'imputato con tale sistema può sembrare incongruo. D'altra parte se, diffidando di altri parametri, abbiamo scelto di misurare quanto un sistema sia inquisitorio sulla base dell'accessibilità all'appello di un rito speciale, coerenza impone che essa valga per tutte le parti in causa; che cioè l'assumiamo non calcolandola algebricamente come se le parti avessero segni opposti ma, per così dire, a valore assoluto.

Sulla base di questa nota di metodo e della metafora del tiro alla fune, la legge n. 479 del 1999 comportò due passi in direzioni opposte. Da una parte, con l'art. 31, lett. a), eliminò l'inciso del co. 1 dell'art. 443 «quando l'appello ten-

⁷⁵ GAETA, MACCHIA, *L'appello*, in *Trattato di Procedura penale*, a cura di Spangher, Torino, 2009, 417.

⁷⁶ *Ibidem*, 419.

⁷⁷ SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, V, *Impugnazioni*, a cura di Spangher, Torino, 2009, 421.

⁷⁸ Corte cost., n. 442 del 1994.

de ad ottenere una diversa formula” rendendo regola ciò che era un’eccezione, visto che il testo residuo recitava: «l’imputato e il pubblico ministero non possono proporre appello contro le sentenze di proscioglimento». Gli spazi per il ricorso, quindi, si riducevano. Dall’altra si ampliavano invece con l’abrogazione del co. 2 dell’art. 443 c.p.p., che precludeva all’imputato di appellare le sentenze di condanna ad una pena che non doveva essere eseguita oppure alla sola pena pecuniaria. Ma il limite all’appello a sentenze applicative di pene di fatto ineseguibili era già stato espunto dalla sentenza n. 363 del 1991. Quello del legislatore era un coordinamento con la previsione generale. Lo stesso valeva per l’esclusione dell’appellabilità della sentenza applicativa di una pena pecuniaria: la legge n. 479 del 1999, novellando l’art. 593 co. 3 c.p.p., aveva reso inappellabili, per tutte le parti, «le sentenze di condanna relative a reati per i quali è stata applicata la sola pena pecuniaria».

Abrogare la preclusione analoga per le sentenze a seguito di rito abbreviato significava estendere la normativa prevista per il rito ordinario. Quest’abrogazione può apparire perciò irrilevante: l’appellabilità alle pene pecuniarie restava, come già stabilito dalla Consulta con la sentenza n. 363 del 1991, e in linea col rito ordinario. Ma proprio per questo, ci pare, merita attenzione: segnala l’affievolirsi, in parallelo col primo grado, del carattere speciale del rito abbreviato.

Restava per entrambe le parti il limite dell’appellabilità delle sentenze di proscioglimento quando il gravame mirasse ad una formula diversa; e per l’accusa la preclusione ad appellare la condanna salvo che con essa il giudice avesse modificato il titolo di reato. Tale ultima preclusione, in origine giustificabile con l’essere, il consenso del p.m., un presupposto dell’ammissibilità del rito (l’accusa pagava, per così dire, con le limitazioni ad accedere al secondo piano il privilegio di avere le chiavi dell’edificio del giudizio abbreviato) era annoverata tra gli «effetti premiali della scelta del rito alternativo da parte dell’imputato».⁷⁹

Tutto questo però non corrispondeva ancora agli stimoli della sentenza n. 33 del 1998 della Corte costituzionale riassumibili nel giudizio di Caprioli: «l’appello è rimasto tale e quale a prima e la sua disciplina, oggi più che mai, suona come una vera e propria nota stonata».⁸⁰ Restavano inappellabili le sentenze di proscioglimento quando le parti avessero voluto ottenere una diversa formula terminativa mentre il solo p.m. continuava a non poter appellare le

⁷⁹ CANZIO, voce *Giudizio abbreviato*, in *Enc. Dir.*, IV Agg., 2000, 628.

⁸⁰ CAPRIOLI, Sub artt. 27-31, in *Il processo penale dopo la Legge Carotti (II)*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 296.

sentenze di condanna, tranne le modificative del titolo di reato e le applicative di sanzioni sostitutive. Una svolta nella direzione dell'accusatorio arrivò con la legge n. 46 del 2006 (c.d. Legge Pecorella) il cui art. 2 cancellò dall'art. 443, co. 1, c.p.p. l'inciso «quando l'appello tende ad ottenere una diversa formula», precludendo così l'appello avverso il proscioglimento. Ciò rispondeva per parte della dottrina a una «incompatibilità assiologica del potere del p.m.»⁸¹ di sovvertire la sentenza di proscioglimento di primo grado «con la rivisitazione cartolare del pregresso giudizio, in palese contrasto con le linee fondamentali del modello processuale tendenti a garantire che la condanna dell'imputato sia l'esito di una sequenza procedimentale cadenzata dalla formazione della prova in contraddittorio»⁸².

Marandola ne ricavava che dallo schema concettuale del codice Rocco il legislatore non si era ancora affrancato. In sintesi se il primo grado portava ad un proscioglimento, l'appello era possibile ove fossero emerse prove nuove e decisive. Ciò però solo per il giudizio ordinario; per l'abbreviato, eliminando l'inciso «dirette ad ottenere una diversa formula» dall'art. 443, co. 1, c.p.p., l'appellabilità delle sentenze di proscioglimento svaniva del tutto. La dottrina obiettò che si disconosceva all'imputato l'interesse ad evitare il pregiudizio derivante da una formula diversa da quella pronunciata «perché il fatto non sussiste» o «per non aver commesso il fatto».

La legge Pecorella suscitava perplessità anche circa la posizione del p.m. Gli argomenti a supporto della non appellabilità a seguito di giudizio ordinario erano che l'appello avrebbe contrastato con i principi del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza della formazione della prova: un proscioglimento ottenuto a seguito di un processo celebrato con contraddittorio sarebbe stato ribaltato sulla base di una mera rivalutazione cartolare. Percorsi argomentativi che, però, con il giudizio abbreviato, non «reggevano»: con la legge Pecorella in quel rito l'accusa prima subiva la scelta della controparte che le impediva il contraddittorio sulla prova, poi non aveva spazio di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale. In effetti, con la sentenza n. 320 del 2007 la Consulta dichiarò illegittimo l'art. 1 legge n. 46 del 2006 per violazione del principio di parità delle parti (art. 111 Cost.).

Spangher definisce la sentenza «...figlia di una visione datata del processo penale il cui caposaldo sta nel concetto delle impugnazioni come prosecuzione dell'esercizio dell'azione penale»⁸³. Dissentì pure Natalini⁸⁴, ravvisando nella

⁸¹ BARGI, *I nuovi ambiti oggettivi delle impugnazioni*, in *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la legge Pecorella*, a cura di A. Gaito, Torino, 2006, 160.

⁸² *Ivi*.

⁸³ SPANGHER, *L'appellabilità delle sentenze di proscioglimento*, in *Criminalia*, 2007, 211.

preclusione all'appello da parte dell'accusa un premio all'imputato che scegliendo l'abbreviato affretta la definizione del processo.

Questo della rapidità è un argomento di cui tuttavia nella legge Pecorella non c'è traccia. La Corte costituzionale lo evidenzia nella sentenza n. 320 del 2007: «secondo quanto può desumersi dai lavori parlamentari, il coinvolgimento in tale disegno del giudizio abbreviato non risponde - negli intenti del legislatore - a finalità "proprie" distinte da quelle addotte a sostegno dell'intervento nella sua globalità: quali, in ipotesi, quella di incrementare la componente "premiata" del rito alternativo, o la sua attitudine "acceleratoria" della definizione dei processi». La medesima sentenza n. 320 del 2007 dopo aver puntualizzato che la specificità del rito non era tale da "sacrificare" l'art. 443, co. 1, rilevava comunque che l'accelerazione processuale di cui si voleva rendere grazie all'imputato, non è sempre certa perché «la natura, di regola solo rescindente, del giudizio di cassazione» eventualmente adito dalla parte, potrebbe determinare «nel caso di impugnazione di una sentenza di proscioglimento viziata - un incremento dei gradi di giudizio occorrente per pervenire alla sentenza definitiva».

La conclusione era che impedire all'organo d'accusa l'appello avverso le sentenze di proscioglimento al termine dell'abbreviato contrastava con l'art. 111, co. 2, Cost. Ciò specialmente con riguardo a un rito contratto in cui - tranne che per l'eventuale diritto alla prova contraria rispetto alle integrazioni probatorie richieste dall'imputato - l'apporto del p.m. era relegato "al semplice contributo dialettico in sede di discussione" tanto che, stante le integrazioni probatorie dell'imputato e i suoi apporti investigativi, la decisione poteva "approdare a ricostruzioni del fatto anche totalmente alternative" rispetto a quelle desumibili dalle investigazioni dell'organo requirente.

Nuove pronunce allargarono i confini entro i quali la legge Pecorella aveva costretto l'appello. Nel 2008 la n. 85 ne dichiarò illegittimo l'art. 1 nella parte in cui escludeva che l'imputato potesse appellare contro le sentenze di proscioglimento relative a reati diversi dalle contravvenzioni punite con la sola pena dell'ammenda o con pena alternativa, tranne che per le eccezioni dell'art. 603, co. 2, c.p.p. L'art. 2 è stato invece dichiarato illegittimo dalla sentenza n. 274 del 2009 nella parte in cui escludeva che l'imputato potesse appellare contro le sentenze di assoluzione per difetto di imputabilità, derivante da vizio totale di mente *ex art. 88 c.p.p.*

Come si vede, all'iniziale preclusione pressoché totale all'appello sono seguite aperture che hanno quasi neutralizzato la legge Pecorella. L'attuale disciplina

⁸⁴ NATALINI, *L'imputato che rinuncia al contraddittorio deve avere condizioni di impugnabilità diverse*, in *Guida dir.*, 2007, n. 27, 72.

estende al giudizio abbreviato quanto previsto nell'art. 593, co. 3, c.p.p., ossia una preclusione oggettiva assoluta per la proposizione del gravame avverso le sentenze di condanna con cui è stata comminata la sola pena dell'ammenda. L'attuale art. 443 c.p.p. raggruppa le sentenze in due categorie: quelle proscioglitive, quasi sempre appellabili, e quelle di condanna, quasi sempre inappellabili dal pubblico ministero. A questo riguardo resta l'appellabilità delle sentenze di condanna che abbiano modificato il titolo di reato. Del p.m., insomma, viene valorizzata la pretesa punitiva, non la commisurazione della sanzione. Ciò sebbene il co. 3 dell'art. 443 c.p.p. è stato concepito quando il giudizio abbreviato aveva natura consensuale: il pubblico ministero accettando il rito rinunciava a gran parte della possibilità di ricorrere. Oggi, invece, prima subisce il rito e poi la limitazione all'appello. Lo giustifica l'ordinanza n. 347 del 2002 con cui la Corte Costituzionale ha rilevato che "la parte che subisce la limitazione", è comunque quella sul cui materiale probatorio, prevalentemente, si fonda la decisione. Più o meno quello che afferma Spangher: il consenso del p.m. al rito deve presumersi vista la presunta completezza delle indagini che egli stesso ha ritenuto idonee a sostenere l'accusa in giudizio.

Lo squilibrio, indicato da parte della dottrina, quindi, non ci sarebbe. Altri invece di squilibri ne vedono due, a compensazione: la sentenza n. 184 del 2009 della Corte costituzionale, ad esempio, ha stabilito che, pur con gli interventi operati dalla legge n. 397 del 2000 in tema di investigazioni difensive, i poteri e i mezzi a disposizione della parte pubblica sovrastano quelli della difesa. Altri ancora hanno sottolineato che se il diritto di impugnare è estrinsecazione del diritto di difesa allora sottrarlo al pubblico ministero non confligge con le garanzie costituzionali, tanto più che l'art. 2 Protocollo n. 7 della CEDU e l'art. 14 n. 5 del Patto internazionale sui diritti civili e politici tutelano solo il condannato. La Corte costituzionale con la pronuncia n. 363 del 1991, del resto, aveva puntualizzato che dopo la sentenza di primo grado il pubblico ministero perdeva la sua qualità di parte per conservare quella di "funzionario obiettivo della legge". Resta il paradosso di un p.m. che in base dell'art. 443 c.p.p., può appellare sentenze di condanna a pene anche maggiori di quelle da lui richieste ma non inferiori, in ragione del cambio del titolo di reato. Per Caprioli la Corte costituzionale ha «restituito all'organo dell'accusa addirittura più di quanto il legislatore avesse tolto».⁸⁵

L'osservazione necessita di un riepilogo delle puntate precedenti.

Nella versione originaria dell'art. 443 c.p.p. accusa e difesa partono sostan-

⁸⁵ CAPRIOLI, *Limiti all'appello del pubblico ministero e parità delle parti nel giudizio abbreviato*, in *Giur. cost.*, 2007, 3096.

zialmente alla pari: né l'una né l'altra poteva ricorrere contro le sentenze di proscioglimento «quando l'appello tende ad ottenere una diversa formula». Quindi, a parte il caso in cui, per esempio, l'imputato, prosciolto per prescrizione del reato, chiedeva l'assoluzione per insussistenza del fatto, l'ufficio del p.m. era messo in condizione di proporre appello; come l'imputato, che di solito non ne aveva interesse. La situazione cambia con la legge n. 479 del 1999 che dall'art. 443 elimina la postilla succitata e con essa la possibilità di appellare una sentenza di proscioglimento. Questo regime di inappellabilità fu esteso ai giudizi ordinari dalla legge Pecorella con una modifica apportata all'art. 593, la quale però fu dichiarata illegittima dalla sentenza n. 27 del 2007 della Consulta, che denunciava un'asimmetria di poteri tra parte pubblica e privata affermando che «l'esito dello scrutinio di costituzionalità non può essere diverso in rapporto all'omologa previsione ablativa concernente il giudizio abbreviato». Con la successiva sentenza n. 320 dello stesso anno la Corte dichiarò quindi l'illegittimità della legge Pecorella nella parte in vietava l'appello al p.m.

A seguito di questo intervento, in presenza di una sentenza di assoluzione emessa con rito abbreviato, l'imputato non può appellare, mentre l'appello è ammesso per il p.m. che, questo il senso dell'osservazione di Caprioli, oggi può appellare non solo per chiedere una condanna ma anche un proscioglimento con formula diversa, opportunità che nella versione originaria dell'art. 433 c.p.p. gli era preclusa. Forse meno ampia è la possibilità di appellare da parte dell'imputato. Così come per il pubblico ministero può appellare contro le sentenze di condanna escluse quelle per cui venga irrorata la sola pena dell'ammenda. In merito invece alle sentenze di proscioglimento, la legge Pecorella troncando il primo comma dell'art. 443 aveva stabilito una preclusione totale. Ad aprirvi una breccia è stata la citata sentenza n. 274 del 2009 della Consulta che dichiarò incostituzionale l'art. 443 nella parte in cui impediva all'imputato di proporre appello contro le sentenze di assoluzione per difetto di imputabilità derivante da vizio totale di mente.

Per riprendere il consuntivo di Caprioli, dalle varie riforme il condannato esce con meno possibilità di quelle previste in origine: dopo la Legge Pecorella, a differenza di quanto avvenuto per il p.m., il ripristino dell'appellabilità delle sentenze di proscioglimento dibattimentale relative a reati diversi dalle contravvenzioni punite con la sola ammenda o con pena alternativa non è stato esteso al giudizio abbreviato. Anzi, la sentenza n. 274 del 2009 della Consulta stabilì la non costituzionalizzazione del secondo grado di merito e giustificò le limitazioni all'appello a seguito del giudizio abbreviato con i «benefici premiali derivanti all'imputato dalla scelta di tale rito». Ne deriva che non potendo proporre appello incidentale avverso una sentenza di proscio-

glimento che sia appellata dall'accusa, il condannato rischia di subire passivamente una *reformatio in peius*.

Nel computo delle possibilità di ricorrere in appello dopo le varie modifiche alla disciplina, le altre parti private restano, per così dire, in pareggio. Prima della Legge Pecorella, la parte civile che aveva accettato il rito abbreviato poteva appellare, con medesimi mezzi e limiti dell'organo dell'accusa, i capi penali della sentenza di condanna relativi agli interessi civili e le sentenze di proscioglimento, ai soli effetti della responsabilità civile. La parte civile poteva, inoltre, presentare richiesta motivata al p.m. di proporre impugnazione a ogni effetto penale. Una sentenza della terza sezione della Corte di cassazione (Sez. III, 11 maggio 2006) e una della Cassazione a Sezioni unite (Cass., Sez. un., n. 27614 del 2007) hanno riaffermato la legittimazione della parte civile ad impugnare le sentenze di proscioglimento. Ad avvalorarlo, tra le due sentenze della Cassazione ne era intervenuta una della Consulta, la n. 26 del 2007, che ripristinando l'appellabilità per il p.m. aveva superato le rationes della riforma⁸⁶. A questa sentenza della Consulta seguì, nello stesso anno, la n. 320, che cancellò la preclusione all'appellabilità da parte del p.m. alle sentenze di proscioglimento emesse con giudizio abbreviato e ripristinò il parallelo tra la facoltà di impugnare le sentenza di primo grado emesse al termine del giudizio ordinario e del giudizio abbreviato. Sempre con riguardo al p.m., la disciplina è omogenea anche per le sentenze di proscioglimento a seguito di giudizio abbreviato.

6. Nodi

Eugenio Florian definisce accusatorio e inquisitorio⁸⁷ in base ai poteri istruttori del giudice. Nel giudizio ordinario ce ne sono che rompono la terzietà del giudice, come nell'art. 506 c.p.p., o coi quali quest'ultimo supplisce al p.m., come nel 507. A quale somiglia il 441 c.p.p.? E in quale dei due il tasso di accusatorietà è maggiore?

A proposito di somiglianze: l'art 443 richiama il 599. La Cassazione, con sentenza n. 430 del 2012 ha stabilito che «la richiesta di rinnovazione del dibattimento

⁸⁶ L'impossibilità di considerare colpevole "al di là di ogni ragionevole dubbio" l'imputato prosciolto in primo grado; l'esigenza di attuare le previsioni di alcuni atti internazionali; l'opportunità di evitare che la sentenza di proscioglimento, emessa da un giudice che, come quello di primo grado, ha assistito alla formazione della prova nel contraddittorio fra le parti, venga ribaltata da uno che, come quello di appello, basa la sua decisione su una prova prevalentemente scritta.

⁸⁷ «Si todo el material probatorio que debe servir al juez para forma su convicción y dictar sentencia procede de las partes, tenemos el principio acusatorio, según el cual el juez no puede proceder sino a consecuencia de una acusación presentada por otro órgano público o privado; si, en cambio, el juez goza de poderes para iniciar el proceso, instruirlo y ejecutar la prueba, tenemos el principio inquisitorio». FLORIAN, *Elementos de derecho procesal*, Barcelona, 1934, 101.

timento in fase di appello non è in astratto inconciliabile con il rito abbreviato». Dopo undici sentenze che li attribuiscono alle parti e quattordici al monopolio del giudice, restano da attribuire i poteri di rinnovazione.

Il “patteggiamento in appello”, ex art. 599 c.p.p., è stato abrogato dalla legge n. 125 del 2008. Prevedeva che imputato e p.m. si accordassero su un unico motivo di impugnazione. Se lo riteneva, la Corte d'appello decideva in conformità. Non era ammesso il ricorso per cassazione. La sua abrogazione ha fatto parlare Pisapia di «schizofrenia legislativa»⁸⁸. Nella preclusione di un ricorso dovremmo rinvenire un elemento accusatorio, ma che dire se, ad essere precluso, è un appello negoziale?

E come interpretare una sentenza⁸⁹ a seguito di giudizio abbreviato condizionato che accoglie i principi di un ordinario come quella a carico di Mario Drassich, in cui i giudici di legittimità mutano la qualificazione dei fatti oggetto di imputazione? Uno stemperamento delle differenze dal rito ordinario riguardo le decisioni adottabili in via camerale è un passo verso l'accusatorio in quanto spinge verso la pubblicità o verso l'inquisitorio in quanto riafferma le possibilità di ricorrere anche per i riti speciali?

La fune che avevamo visto tirare dai due capi, rischia di ingarbugliarsi.

7. Conclusioni

Un'auto spacciata per ecologica che per ogni quattro chilometri a propulsione elettrica ne debba percorrere sei a carbone. Questo ci ricorda un sistema accusatorio che ricorre, sistematicamente, al giudizio abbreviato.

Sappiamo tuttavia, che, per dirla con Pansini, del giudizio ordinario ne “costituisce sempre meno un'alternativa e sempre più una mera modalità semplificata di svolgimento”⁹⁰. Che, insomma, a costo di essere iconoclasti, la cesura A.C./D.C. è quella epocale della legge Carotti, una norma che ha avvicinato il giudizio abbreviato all'ordinario e, di riflesso, ha allargato le maglie per l'accesso all'appello da parte dell'accusa. Ci ha rimesso, invece, l'imputato, mentre lo spazio delle parti private è invariato. Il tiro alla fune tra accusatorio e inquisitorio con cui avevamo raffigurato l'evoluzione in materia di appello a sentenze seguite a giudizio abbreviato finisce in uno stallo.

È un conteggio a spanne che tradisce la parzialità degli indici adottati. Troppo vasto il tema per sondarne le oscillazioni con la “metonimia di una metonimia”, come ci eravamo proposti. Del resto che il nostro fosse un obiettivo temerario lo avevamo preventivato. Se tuttavia la riforma tradita è il titolo di

⁸⁸ NORDIO, PISAPIA, *In attesa di giustizia*, Milano, 2010, 97.

⁸⁹ Cass. Sez. II, 14 gennaio 2013, M.A., in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1625.

⁹⁰ PANSINI, *L'appello nel giudizio abbreviato*, cit., 62.

un testo del 1989⁹¹ e Il codice tradito⁹² quello di un convegno organizzato qualche settimana fa dalle camere penali di Trieste, il sospetto è che lo stallo non sia solo nostro.

Eravamo partiti avvertendo dei pericoli per chi volesse definire accusatorio e inquisitorio e che forse prendere l'immagine del testimone vincolato a confermare quanto dichiarato in un ufficio di polizia poteva evitarci di esserne vittime. Tutto ciò, però, con un avvertenza: che quell'immagine è in bianco e nero, appartiene al passato. Oggi la prova orale – dichiarativa è sovente sostituita dagli strumenti tecnologici e scientifici. Quando il contraddittorio li ha ad oggetto riguarda spesso i profili tecnici, verifica la genuinità più del contenitore che del contenuto. Il diffondersi della prova digitale rispetto alla testimoniale moltiplica i verbali a scapito di quel “contraddittorio nella formazione della prova”, emblema dell'art. 111 Cost., e già anacronistico. Forse davvero, come scriveva Cordero nel 1991, «siamo già in epoca post accusatoria»⁹².

Potrebbe essere il titolo di uno di quei film ambientati in un lontano futuro. Ma è un futuro che somiglia al passato remoto, alle procedure di Torquemada. Michele Sapignoli e Giuseppe Di Federico⁹³ hanno condotto una ricerca sondando, dal 1992 ad intervalli regolari, 1.265 avvocati distinti per età, provenienza geografica, genere, dimensione del foro. Ne viene fuori un quadro, questo sì, senza appello. È circa un terzo il numero degli avvocati che afferma che le parti sanno gestire l'esame incrociato dei testimoni e delle parti. Altrettanti sono quelli che dichiarano che il giudice pone spesso o sempre domande suggestive ai testimoni. Il ricorso all'art. 507 c.p.p. da parte del giudice per colmare le lacune avviene nell'80% dei casi a soccorso dell'accusa, nell'1,8% della difesa. Nel 90% circa dei casi il giudice del dibattimento chiede il consenso delle parti all'acquisizione dei verbali di dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari. A quarantasette avvocati su cento è capitato che abbia fatto capire che negarlo avrebbe potuto influire sul trattamento sanzionatorio. Tre avvocati su dieci rilevano che, nei processi rilevanti, i giudici del dibattimento sono generalmente più sensibili alle sollecitazioni del p.m. rispetto a quelle della difesa; ma nei processi ordinari la quota sale a quattro su dieci. Il principio di terzietà è sempre soddisfatto, secondo il 50% degli avvocati in primo e secondo grado, secondo il 60% in cassazione (era il 70% nel 2000). Contatti informali fra p.m. e g.i.p. o g.u.p. a conclusione delle indagini preliminari con indicazione delle

⁹¹ VIVIANI, *Il nuovo codice di procedura penale: una riforma tradita*, Milano, 1989.

⁹² CORDERO, “Premessa all'edizione”, in *Procedura penale*, Milano, 1992.

⁹³ DI FEDERICO, SAPIGNOLI, *I diritti della difesa nel processo penale e la riforma della giustizia*, Padova, 2014.

reciproche aspettative sono ordinaria amministrazione per l'11% degli avvocati al Nord, per il 19% al Sud. È invece uniforme la quota di avvocati che affermano che i p.m. ricercano prove a discarico: circa il 3%. Si potrebbe continuare con la percentuale di avvocati che affermano che i giudici rispettano i termini previsti per le indagini preliminari (2,5) e con quella che afferma che le proroghe non vengono mai adeguatamente motivate (91,1%). O ancora coi casi di ritardo dell'iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro (frequenti per il 42% al Sud, per il 46% nei grandi fori). E, a proposito di registri, un avvocato su tre afferma che frequentemente si verificano casi di iscrizione in quelli degli ignoti o in quelli degli "atti non costituenti reato" successivamente iscritti nel registro "noti", al fine di dilatare i termini che ripartono ad ogni iscrizione. Oppure, da ultimo, riportare quanti avvocati dichiarano che i p.m. influenzano il teste prospettando le conseguenze di una mancata collaborazione: per il 49% accade di frequente, per il 46% poco di frequente. Invece preferiamo ricordare un caso. L'11 giugno del 1997 presso la Procura della Repubblica una testimone fu interrogata⁹¹. Per una dimenticanza dei p.m., quell'interrogatorio fu videoregistrato. Nel settembre del 1998 fu trasmesso in televisione. Mostrava la testimone piangere e ripetere che non sapeva chi fossero gli autori di un delitto e il p.m. ripeterle "la condanneranno certamente per omicidio". Tre giorni dopo la teste ricordò di aver visto l'assassino sparare. La trasmissione generò sconcerto. Giudizi di condanna furono espressi da tutte le forze parlamentari. La testimone divenne uno dei principali teste dell'accusa. La difesa tentò di invalidarne la credibilità chiedendo che la videoregistrazione fosse acquisita agli atti, ma il collegio giudicante rigettò la richiesta, ritenne valida la testimonianza e condannò gli imputati. La videoregistrazione fu acquisita dal Consiglio Superiore della Magistratura; il comportamento di quel p.m. non fu sanzionato. Qualunque cosa s'intenda per accusatorio ed inquisitorio, è qui, in questo preciso punto, che si colloca il sistema penale italiano.

⁹¹ Per la trascrizione integrale della videoregistrazione, BERETTA ANGISSOLA, FIGÀ TALAMANCA, *La prenderemo per omicida*, Roma, 2001, 75-219.