

QUESITI

AGOSTINO DE CARO

Riflessioni critiche sulle proposte della Commissione ministeriale in tema di riforma delle impugnazioni penali

Nel contributo vengono esaminate alcune disposizioni contenute nel testo del disegno di legge di riforma del codice di procedura penale emendate dalla Commissione Lattanzi. In particolare, l'analisi mette in evidenza le oggettive criticità delle proposte che riguardano la riforma delle impugnazioni e più nello specifico la scelta di rendere regola il regime del contraddittorio cartolare sperimentato durante l'emergenza sanitaria ai giudizi di appello e di legittimità e quella di restringere il perimetro dell'appello e di trasformarlo in un controllo a critica vincolata.

Critical reflections on the proposals of the Lattanzi Commission regarding the reform of criminal appeals

Some provisions of the bill for the reform of the criminal procedure code as amended by the Lattanzi Commission, are examined in the contribution. In particular, the analysis highlights the objective critical weaknesses of The Proposals about the reform of the appeals and more specifically the choice to turn into rule the regime of the contradictory paper experienced during the health emergency in the legal proceedings and, in addition, the choice to narrow the field of the appeal and turn it into a constrained critical control.

SOMMARIO: 1. Alcune discutibili scelte in tema di riforma delle impugnazioni - 2. Il contraddittorio cartolare oltre la pandemia: le ragioni della nuova regola di celebrazione dei giudizi di impugnazione - 3. Il processo a trattazione scritta e la logica emergenziale - 4. Il rito cartolare e i tre buchi neri: un deciso arretramento sul terreno delle garanzie di pubblicità, oralità e contraddittorio - 5. La radicale trasformazione dell'appello in impugnazione a critica vincolata.

1. *Alcune discutibili scelte in tema di riforma delle impugnazioni.* La riforma del processo penale, proposta dal Ministro Bonafede, ha ricevuto un'indubbia spinta propulsiva da parte del governo Draghi. La Commissione nominata dalla Ministra della Giustizia prof.ssa Cartabia ha lavorato sul disegno di legge precedente, emendandolo in modo cospicuo, cercando di superare alcune evidenti criticità¹.

Bisogna dare atto, in premessa, alla Commissione Lattanzi di essere stata costretta ad operare su una (pessima) base preconfezionata (il disegno Bonafede), di aver avuto un tempo davvero esiguo per ragionare sul testo e ciò nonostante di aver prodotto una piattaforma ragionevole, su cui è, però, ancora indispensabile un approfondimento da parte dell'accademia, dell'avvocatura e della magistratura oltre, ovviamente, ad un ampio dibattito parlamentare.

¹ Alcune delle quali già evidenziate: volendo cfr. DE CARO, *Le ambigue prospettive di riforma del processo penale contenute nel d.d.l. n. 2435/2020: il declino delle garanzie e il (vano) tentativo di accelerare la durata dei processi*, in *Dir. pen. e proc.*, 2021, 4,

Restano, però, significativi punti oscuri sui quali una riflessione approfondita è oltremodo necessaria per evitare di partorire modifiche con un impatto negativo sulle garanzie del giusto processo. In particolare, vale la pena di soffermarsi sul tema delle impugnazioni, cruciale per la vita e le dinamiche del rito penale, e ripensare alcune scelte della Commissione, francamente irricevibili. Insomma, pur nella convinzione di significativi passi avanti rispetto all'incomprensibile disegno Bonafede, restano profili assai ambigui, da rivedere radicalmente.

Due sono le criticità importanti sulle quali vorrei ragionare. Da un lato, la volontà di estendere a tutte le impugnazioni la regola emergenziale del c.d. contraddittorio cartolare, salva la richiesta di trattazione orale, e, da altro lato, la trasformazione delle ragioni dell'appello (i motivi) da critica libera a critica vincolata, senza, però, una chiara specificazione del perimetro né delle ragioni giustificative. Si deve aggiungere, per completezza, la scelta di eliminare il diritto all'appello del pubblico ministero, compensato da un ridimensionamento dell'appello della difesa. Tale ultima novità, pur avendo una specificità evidente e una ragionevolezza indiscutibile, entra, sia pure indirettamente, nel meccanismo finalizzato a restringere il controllo di merito.

Sembra abbastanza evidente come, ancora una volta, le proiezioni di riforma del processo penale passano per un attacco, ingiustificato e irrazionale, all'istituto dell'appello.

E nonostante l'ultimo convegno degli avvocati penalisti italiani abbia con vigore sottolineata la necessità di salvaguardare il controllo di merito², ricordando, in verità con qualche colpevole ritardo, la sua dimensione costituzionale³, il legislatore per l'ennesima volta ne vuole ridurre il perimetro. Come se i ritardi dipendessero da questa essenziale garanzia democratica.

Ma andiamo per ordine.

2. Il contraddittorio cartolare oltre la pandemia: le ragioni della nuova regola di celebrazione dei giudizi di impugnazione. Il primo profilo critico riguarda la proposta di rendere ordinaria la regola del processo cartolare. La commissione Lattanzi ha, infatti, proposto di estendere ai giudizi di appello e di cassazione la trattazione scritta, tranne se una delle parti ne faccia richiesta o lo

² Mi riferisco all'incontro su: *L'appello "irrinunciabile" in difesa del doppio grado di giurisdizione*, organizzato il 21 e 22 febbraio 2020 a Brescia dall'Unione delle Camere penali italiane contestualmente all'inaugurazione dell'anno giudiziario degli avvocati penalisti

³ Su questo essenziale aspetto cfr. DE CARO, *Riflessioni sulla legittimità costituzionale dell'appello alla vigilia del dibattito parlamentare sulla riforma di parte del processo penale*, in *questa Rivista*, 2020, 2, 1 ss.

stabilisca il giudice nel solo giudizio di legittimità⁴. In particolare, all'art. 7 si individuano due ambiti di intervento: da un lato, “prevedere la celebrazione del giudizio d'appello con rito camerale non partecipato, salva richiesta dell'imputato o del suo difensore” (lett. g) e, dall'altro, “prevedere che la trattazione dei ricorsi davanti alla Corte di cassazione avvenga con contraddittorio scritto senza l'intervento dei difensori, salva, nei casi non contemplati dall'articolo 611 del codice di procedura penale, la richiesta delle parti di discussione orale in pubblica udienza o in camera di consiglio partecipata; prevedere che, negli stessi casi, il giudice possa disporre, anche in assenza di una richiesta di parte, la trattazione con discussione orale in pubblica udienza o in camera di consiglio partecipata” (lett. h-sexies).

La proposta della Commissione Lattanzi pone a fondamento delle sue scelte una motivazione non del tutto condivisibile. Si sostiene, infatti, per quanto concerne l'appello: “Sul versante del procedimento d'appello, al fine di garantire uno svolgimento in tempi ragionevoli del controllo da parte del giudice di seconde cure, si è preferito affermare che il contraddittorio orale si attivi solo su richiesta dell'imputato o del difensore”⁵. Poche parole e un cenno alla durata ragionevole del processo, senza nessun confronto con i principi del giusto processo sacrificati, come vedremo più avanti.

Sul versante del giudizio di legittimità, invece, per garantire, si dice, “ i tempi e la qualità delle risposte della Corte suprema.....fondamentali per conseguire le finalità che la Carta costituzionale le assegna” si ritiene di estendere “la trattazione con contraddittorio scritto per tutti i procedimenti, anche qualora il provvedimento impugnato sia stato pronunciato in dibattimento: vista la natura tecnica del giudizio di cassazione, si ritiene che questa modalità possa assicurare una dialettica adeguata, non essendovi vincoli convenzionali o costituzionali rispetto alla trattazione orale; ciò nondimeno, considerata la portata degli interessi in gioco nel processo penale, si è prevista la facoltà per il ricorrente e per le parti di ottenere la trattazione orale a richiesta, nei soli casi che non ricadano nell'ambito di applicazione dell'art. 611 c.p.p.”⁶.

Nel giudizio di legittimità la trattazione orale può essere attivata anche su impulso della Corte, cosa non prevista, stranamente, per il giudizio di appello.

⁴ Novità, quest'ultima, di sicuro pregio rispetto alle regole procedurali dettate dall'emergenza sanitaria, purtroppo, però, non ribadita per l'appello. In realtà, si tratta, però, di una norma di stile difficilmente attuabile proprio perché l'utilità concreta del contraddittorio orale si verifica all'esito e non può essere prestabilita se non in ossequio al suo valore generale e potenzialmente amplissimo.

⁵ *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.D.L.C.C. 2435*, 38

⁶ *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.D.L.C.C. 2435*, 39

Accompagna questa motivazione un'ulteriore considerazione legata alla riduzione dell'oralità nel giudizio di legittimità: "Al fine di bilanciare la contrazione dell'oralità in Cassazione e, nello stesso tempo, valorizzare la procedura scritta, si suggerisce di operare un intervento sulle tariffe forensi, parificando il valore delle "memorie" alla partecipazione del difensore all'udienza di discussione in Cassazione"⁷. Insomma, monetizzando il silenzio del difensore si eviteranno richieste strumentali. Non mi pare una connessione accettabile al netto, da avvocato, della difesa di un evidente profilo deontologico.

La stringata motivazione non mi pare affatto convincente. Ed anche se ci si aspettava questa proiezione (le cattive abitudini sono dure a morire; anche quelle importate dall'emergenza sanitaria), essa si scontra irrimediabilmente con i valori della Costituzione e della Convenzione europea.

3. *Il processo a trattazione scritta e la logica emergenziale.* In un recente incontro⁸ sul processo cartolare in Cassazione, ho sottolineato come sarebbe più corretto declinare il tema come "giudizio di legittimità con un contraddittorio cartolare", per meglio individuare la criticità più evidente dell'istituto: il contraddittorio cartolare, appunto. Dal punto di vista teorico, infatti, la stessa idea di associare il termine contraddittorio all'aggettivazione cartolare introduce, se riferito al processo penale, un evidente ossimoro ontologico, una palese contrapposizione logica nella misura in cui il concetto di contraddittorio inserito nella fase del giudizio, in qualunque forma si proponga, è per definizione orale anche perché si realizza – o dovrebbe realizzarsi – attraverso un contatto diretto col giudice della decisione, mentre la trattazione cartolare è, all'opposto, affidata in via esclusiva allo scritto ed è mediata, non diretta.

La criticità coinvolge a maggior ragione l'appello dove i contraccolpi del contraddittorio scritto sono, se possibile, più marcati e meno comprensibili.

Se la grave emergenza sanitaria ha legittimato e sta ancora legittimando forme di trattazione "speciali" dei processi (con collegamenti on line e/o in modo cartolare) ciò non significa che il contraddittorio orale possa essere utilmente e legittimamente sostituito da forme diverse di confronto, ovvero surrogato con modalità che non hanno col primo nessuna parentela, né che l'unico modo per affrontare la ragionevole durata del processo sia quello di abdicare del tutto ai valori e ai principi essenziali scolpiti nell'art. 111 Cost.

⁷ *Relazione finale, cit.*, 39

⁸ *Il processo cartolare in cassazione*, Incontro della scuola di formazione decentrata della Magistratura, *Web conferencing*, Roma.

Siamo, cioè, al cospetto di un modo di celebrare il processo di appello e di legittimità molto diverso da quello previsto in via generale dalla Costituzione e disciplinato dal codice di rito. Non a caso, la attuale regolamentazione “eccezionale” vive all’interno di leggi emergenziali e al di fuori del codice di procedura penale. Basterebbe questo rilievo per denotarne la asimmetria rispetto al sistema costituzionale ed alla ortodossia processuale. Non pare una buona idea trascinarla all’interno del codice di rito: francamente sono oscure le ragioni logiche, procedurali e di tenuta delle garanzie.

E se la pandemia, nella quale siamo immersi da oltre un anno, può rappresentare la condizione per legittimare, in via eccezionale, forme peculiari di approccio all’attività giurisdizionale, non possiamo da essa ricavarne un metodo estendibile al futuro prossimo o ancor peggio pretendere di fare di questa esperienza sistema.

Anche l’emergenza spesso rappresenta solo una giustificazione, neppure completamente condivisibile dal momento che nulla o poco è stato fatto per mettere in sicurezza la celebrazione dei processi, evitando di rifugiarsi nell’abbandono progressivo di talune garanzie essenziali al funzionamento del giusto processo.

Da maggio 2020 in poi, in particolare, si poteva fare di più e meglio, diffidando da improvvisazione e impreparazione, giustificate solo nella primissima fase. A Costituzione e a sistema processuale penale invariati le torsioni operate sull’onda dell’emergenza sono certamente prive di giustificazioni e forse addirittura intollerabili sul piano dei principi.

Ma la deformazione del sistema non è riconducibile solo all’emergenza sanitaria. Da molto tempo, invero, si percepisce una linea legislativa e giurisprudenziale, che precede e prescinde dalla pandemia, diretta alla trasformazione (e probabilmente, per certi aspetti, alla deformazione) del processo penale costruito nel 1988/89 sulla scorta dei principi previsti dalla Costituzione e dalle Carte internazionali dei diritti.

Stiamo assistendo, per dirlo con maggiore chiarezza, ad un continuo, lento ma progressivo accerchiamento dell’impianto processuale originario e ad una sua sostanziale destrutturazione che, in alcune sue parti, inquieta non poco.

Una riflessione molto acuta merita, infatti, di essere ripresa e amplificata⁹. Più che il covid19 spaventa, in ambito processuale, il virus dell’emergenza, cronicamente presente nel sistema penale e spesso celato dietro il costume logoro

⁹ MAZZA, *Immediatezza e crisi sanitaria*, Relazione al XXXIV Convegno dell’Associazione tra gli studiosi del processo penale su L’immediatezza nel processo penale, web conferencing, 27-28 ottobre 2020 (i lavori del convegno sono rintracciabili sul sito www.associazionestudiosiprocessoopenale.it)

dell'efficienza e della ragionevole durata, Ma se la seconda garanzia, mortificata continuamente, non può mai essere utilizzata per demolire o contrastarne altre, la logica dell'efficienza sembra un concetto evanescente che, peraltro, evoca una relazione mai chiarita: efficienza rispetto a cosa? L'efficienza non può essere sbandierata per deformare la *ratio* del processo perché in tal modo contrasta con la finalità cognitiva dell'accertamento; va affermato, infatti, che la ragion d'essere del processo penale non è quella di punire a qualunque costo i colpevoli (onde ogni ostacolo a questo obiettivo deve essere rimosso) o di combattere i fenomeni criminali: il processo, in un sistema democratico, ha una funzione cognitiva, serve a superare la presunzione di non colpevolezza, ricostruendo i fatti nel rispetto rigoroso dei diritti individuali. E i diritti processuali sono l'unico strumento che l'imputato ha per difendersi dagli eccessi¹⁰. Limitarli equivale ad esporre il cittadino alla straripante forza del potere.

Purtroppo, nel nostro paese, ogni crisi, ogni emergenza criminale o sociale, ogni mutazione politica o di sensibilità si è riversata sul sistema processuale penale modificandone anche la struttura in modo significativo, come se il codice di procedura penale dovesse essere lo strumento per corrispondere alle crisi o alle emergenze e non un porto sicuro, un luogo fermo al quale ancorare le necessità cognitive dell'accertamento penale in un sistema democratico.

A mio parere, per essere chiaro, la legislazione processuale ai tempi della pandemia, depurata da qualche risposta effettivamente emergenziale (mi riferisco ai primi due/tre mesi del 2020) rientra a pieno titolo, forse addirittura in modo inconsapevole, quasi automatico, nel disegno – culturale e politico - di mutazione delle regole del processo penale ove l'emergenza sanitaria è solo una condizione occasionale per implementare la trasformazione proponendo un sistema antitetico a quello entrato in vigore nel 1989.

Si è, in pochi mesi, realizzata la trasformazione da un processo orale e pubblico ad uno scritto e segreto, recuperando una tradizione inquisitoria che sembrava abbandonata nel 1988/89 e completamente sconfessata con la modifica dell'art. 111 Cost. Ma i precedenti e le prospettive segnano, purtroppo, una linea di continuità.

È particolarmente arduo comprendere l'andamento ondivago della nostra legislazione, passata attraverso stagioni problematiche ed anche contraddittorie rispetto ai principi del giusto processo (le sentenze Costituzionali del 1992) ed oggi approdata, dopo moltissime modifiche al codice di rito penale, al pro-

¹⁰ Sul punto cfr. sempre la relazione di MAZZA, citata alla nota precedente.

cesso scritto (o al processo remotizzato), se non con l'esistenza di una persistente volontà di retrocedere rispetto al modello accusatorio scelto a fine anni 80.

E le criticità non sono solo ancorate al processo cartolare (a cui si affiancano le ulteriori novità emergenziali, tipo l'udienza virtuale da remoto), ma hanno significativi precedenti: per ricordare solo i più recenti possiamo considerare il tentativo di ridimensionare, in modo a mio giudizio illogico, le impugnazioni di merito e di legittimità (su queste ultime penso, ad esempio, all'ampliamento dei casi di ricorso alla procedura dell'art. 611 c.p.p. e delle inammissibilità ove spesso la soggettività sostituisce il rigore normativo), di eliminare l'immediatezza probatoria, passando per la riforma della prescrizione; la mancata attuazione dell'ultimo segmento della riforma penitenziaria, tanto atteso e frutto dell'impegno di studiosi, magistrati ed avvocati; alcune asprezze ingiustificate della legge c.s. spazzacorrotti.

Alle linee di tendenza e sistematiche dalle quali emerge una profonda contro-riforma del processo penale, bisogna opporsi con le migliori energie intellettuali del paese.

Va ovviamente riconosciuto alla Commissione Lattanzi il tentativo "cambiare decisamente rotta" e proiettare la riforma del sistema processuale penale all'attuazione dei principi costituzionali.

Alcune proposte vanno, però, in una direzione opposta a quella indicata e bisogna affermarlo con chiarezza. Ed è compito dell'Accademia, dell'Avvocatura e della Magistratura fare fronte comune per denunciare il rischio di un arretramento delle garanzie.

4. Il rito cartolare e i tre buchi neri: un deciso arretramento sul terreno delle garanzie di pubblicità, oralità e contraddittorio Analizzando in modo più dettagliato il tema specifico¹¹, bisogna sottolineare come il contraddittorio cartolare è stata una delle prime novità della normativa emergenziale, scelta immediatamente a ridosso dall'improvviso tusumani provocato dal covid19, ed ha toccato inizialmente solo il giudizio di legittimità per poi essere esteso al giudizio di appello, dando vita sul piano procedimentale ad un *tertium genus*¹², quello del rito camerale non partecipato, al di fuori del perimetro dell'art. 611

¹¹ Sui profili connessi all'emergenza pandemica cfr. il recente contributo di MANCIARACINA, *Impugnazione e pandemia: l'esilio dell'oralità e la "smaterializzazione" della camera di consiglio*, in *Dir. pen. e proc.*, 2021, 2, 177 ss.

¹² Così, MANCIARACINA, *Impugnazione e pandemia: l'esilio dell'oralità e la "smaterializzazione" della camera di consiglio*, cit., 178.

c.p.p., durante il quale “la *quaestio iuris* si inaridisce nella cartolarità delle argomentazioni”¹³.

L’aspetto di rilievo sta nell’applicazione, alle decisioni sugli appelli e sui ricorsi proposti per la trattazione a norma degli artt. 127 e 614 c.p.p., di un contraddittorio tutto cartolare, non partecipato, salvo che una delle parti private o il procuratore generale formulino richiesta di discussione orale. In tal modo, le parti diventano protagoniste del rito e il diritto all’ascolto davanti alla Corte di appello ed alla Corte di cassazione, per i procedimenti da trattarsi nella forma della camera di consiglio partecipata o dell’udienza pubblica, è subordinato all’assolvimento di un onere: la richiesta di discussione orale, che può provenire da un’ampia platea di soggetti, ancorché non coincidenti con i ricorrenti. In questo meccanismo, nessun ruolo è, nell’attuale contesto normativo emergenziale, riconosciuto al giudice, considerato alla stregua di uno “spettatore passivo” che subisce il contraddittorio cartolare, anche laddove, invece, sarebbe, almeno in una certa percentuale di casi, salutare il confronto orale. Ed in ogni caso, in assoluto dispregio di una connotazione tipica del contraddittorio: serve, cioè, al giudice, il quale senza un confronto dialettico approfondito, decide sicuramente peggio. Questa criticità viene emendata, nella prospettiva della Commissione, ma solo per i giudizi di legittimità.

Sono essenzialmente tre i buchi neri che questa disciplina disvela e che si oppongono ad una prosecuzione oltre la pandemia: la mancanza di pubblicità (e nelle aggiunte normative emergenziali anche la smaterializzazione della camera di consiglio e il complicato accesso del giudice agli atti quando si sceglie di effettuare la camera di consiglio da remoto); il sacrificio, a mio giudizio non tollerabile, del contraddittorio, dell’oralità e dell’immediatezza; la strutturazione alternativa alla sistematica del processo penale disegnato dal legislatore del 1989 e ai principi del giusto processo.

La soluzione adottata, come dicevo in premessa, non vale tanto per quello che esprime in un contesto emergenziale evidente, ma soprattutto per quel che rappresenta come espressione di una linea di tendenza controriformatrice del processo penale, di un ritorno al passato cupo e assolutamente antitetico rispetto ai valori democratici.

Ma partendo dal primo profilo, quello della pubblicità, valore naturale del giudizio finalizzato alla realizzazione del controllo sull’amministrazione della giustizia, essenziale in ogni democrazia, va detto con chiarezza che esso è stato completamente neutralizzato, superato a piè pari come se non esistesse.

¹³ SPANGHER, *Giustizia penale e ideologie emergenziali*, in www.giustiziainsieme.it.

Eppure, per un verso la natura tipica dell'udienza di trattazione dei giudizi di appello e dei ricorsi avverso le sentenze è quella di essere appunto pubblica; per altro verso, proprio la negazione della pubblicità in molte procedure camerali (misure di prevenzione, incidenti di esecuzione e ricorso in materia penitenziaria) è stata oggetto di severe critiche da parte della Corte EDU, risolte in modo davvero superficiale dal legislatore¹⁴.

Naturalmente, non possono essere tralasciate le esigenze emergenziali sanitarie che hanno suggerito il rito non pubblico. Su queste ultime, però, devo subito affrontare due profili: da un lato, va evidenziato come in tanti settori della vita produttiva - anche molto complessi - si è riusciti a tenere saldo il timone senza doversi inventare modalità eccentriche per l'espletamento delle attività; da altro lato, è indiscutibile che, con attenzione e preparazione, si possa celebrare un processo in presenza rispettando tutte le norme di distanziamento sociale in piena sicurezza. Basta pensare alle fasce orarie, se non all'orario puntuale di trattazione di ogni processo, che dovrebbero essere (e in alcuni uffici giudiziari sono) una costante a prescindere dall'emergenza sanitaria e che, in cassazione, sono del tutto desuete.

Non sono rintracciabili, invece, giustificazioni alla scelta di proiettare il meccanismo oltre la fine dell'emergenza. Qui davvero il corto circuito è totale. Per quale motivo si dovrebbe abdicare totalmente alla garanzia della pubblicità del giudizio resta un mistero inespresso. Eppure, sappiamo bene come una democrazia non possa fare a meno del controllo pubblico sull'amministrazione della giustizia.

Vale ancora, spero, il vecchio monito "pubblici siano i giudizi, e pubbliche le prove del reato, perché l'opinione, che forse è il solo cemento della società, imponga.....un limite a chi governa"¹⁵. Ogni democrazia letteralmente si "ciba" della pubblicità dei giudizi penali. Abbandonare questo crinale non mi pare una cosa saggia.

Il secondo profilo da valutare è ovviamente il contraddittorio. In tutte le fasi procedurali, invero, lo stile dialettico costituisce una modalità indefettibile,

¹⁴ Sui profili generali connessi alla pubblicità cfr., per tutti, CIAPPI, voce *Pubblicità (principio della)*, in *Dig. Pen.*, v. X, Torino, 1995, 453 ss; UBERTIS, voce *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. Pen.*, III, Torino, 1989, 456 ss.; volendo, con particolare riferimento alla CEDU, cfr. anche DE CARO, *Udienza pubblica e diritto alla partecipazione diretta al processo*, in *I principi europei del Processo Penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 433 e ss. Sullo stesso tema cfr. le acute osservazioni di GAITO, FURFARO, *Consensi e dissensi sul ruolo e sulla funzione della pubblicità delle udienze penali*, in *Giur. cost.*, 2010, 1070; FURFARO, *Il diritto alla pubblicità dell'udienza tra sistema interno e giusto processo europeo*, in *Giur. it.*, 2008, 1762

¹⁵ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, a cura di Pisapia, Milano, 1964, 27.

capace, però, di attivarsi in modo peculiare e multiforme. Sostanziale è, invece, la differenza tra il suo svilupparsi come diritto a partecipare e ad interloquire ovvero come diritto all'attiva formazione della prova. Si percepisce facilmente il differenziale qualitativo e quantitativo che rende il versante irriducibile ad unità. Nei giudizi di appello e di legittimità esso si atteggia essenzialmente dal primo punto di vista ove rappresenta il necessario confronto dei soggetti coinvolti, dal quale prende forma l'epilogo della vicenda. Ogni protagonista, cioè, contribuisce al controllo di merito e di legittimità e la dialetticità del metodo integra quel valore aggiunto che riconnette i segmenti nella corretta ottica finalistica. Nel giudizio di appello, poi, il contraddittorio può anche avere una proiezione probatoria.

Il contraddittorio rappresenta, come è noto, un confronto tra soggetti, dove il giudice è un attivo protagonista della relazione dialettica, la indirizza e la coniuga con le esigenze dell'accertamento.

Questa relazione tra parti e giudice costituisce l'essenza del principio, tanto da renderlo l'anima dialettica della giurisdizione (oltre che il metodo "eletto" di formazione della prova). La sua caratteristica è quella di non essere "un dialogo a due, ma piuttosto un confronto a tre: parti e giudice".

Il contraddittorio, pur non rappresentando una novità dell'impianto costituzionale, è stato veicolato in modo formale nella Carta fondamentale attraverso la modifica dell'art. 111 Cost.. La novità dirompente è quella di aver posizionato il diritto all'interno dei caratteri tipici della giurisdizione, facendolo, in tal modo, assurgere a principio politico ed a pilastro fondamentale del sistema.

Va anche sottolineato che il contraddittorio ha una necessaria connessione con i profili dell'oralità e dell'immediatezza (principi autonomi e ugualmente rilevanti), senza i quali perde la sua autenticità e le connotazioni prima evidenziate. I tre segmenti costituiscono "la monade caratterizzante il sistema processuale accusatorio".

L'oralità è richiamata espressamente dall'art. 2 punto 2 della legge delega del 1987 dove, tra i caratteri che avrebbe dovuto avere il codice di procedura penale, è indicata l'adozione del metodo orale.

Dal punto di vista generale, essa integra la modalità di sviluppo del dibattito funzionale alla sua "dialetticità" ed è, per sua vocazione, contrapposta alla scrittura. Se dal punto di vista letterale il metodo orale rappresenta la modalità di svolgimento del processo attraverso l'uso della "parola parlata", dal punto di vista funzionale esso assume almeno altri due significati correlati: costituisce la necessaria premessa per rendere effettiva e concreta la vocazio-

ne dialettica del dibattimento; rappresenta la modalità attraverso la quale si sviluppa il metodo dialogico di formazione della prova, soprattutto quella dichiarativa. Ma anche limitando alla sola prima proposizione la riflessione (posto che, ad esempio, in cassazione non si fa luogo a formazione della prova), senza l'oralità il contraddittorio non avrebbe alcun senso e sarebbe oggettivamente privo di autenticità.

Ed anche l'immediatezza, studiata soprattutto in relazione alla formazione della prova avanti al giudice che procede, rimarca l'esigenza di un confronto diretto e personale con il giudice che deve decidere, non mediato necessariamente dalla scrittura.

Nell'art. 111 comma 2 Cost è scolpita anche la regola secondo cui il contraddittorio argomentativo deve avvenire alla presenza fisica del giudice e nel modello accusatorio; la discussione finale ha una sua logica e partecipa alla dialetticità del processo (contraddittorio, immediatezza e oralità): il processo deve avere una unicità di tempo e di luogo.

Il contraddittorio (nelle sue due dimensioni probatoria e dialettica) è una garanzia imprescindibile che deve necessariamente passare per l'immediatezza e l'oralità e non può essere sacrificato dall'emergenza sanitaria.

D'altronde, ritengo che il valore del contraddittorio orale avanti al giudice della decisione sia talmente evidente che non debbano essere spese altre parole per sostenerne la necessità. Basta solo pensare alla salutare, e tante volte decisiva, utilizzazione della logica argomentativa orale, capace di scardinare convincimenti errati, di offrire ai giudici che non hanno alcuna conoscenza degli atti uno spunto per verificare aspetti non evidenziati o malamente evidenziati dal relatore, per solleticare la curiosità intellettuale e interpretativa su una questione giuridica o su un passaggio critico della vicenda. I giudici che compongono il collegio e che normalmente non conoscono dettagliatamente il singolo processo del quale non sono relatori hanno un'unica occasione per essere attratti da un profilo non valutato a sufficienza.

E non è un vecchio adagio, ma una realtà. Non mi convince affatto quello che negli ultimi tempi si va ripetendo e che, cioè, si fanno delle precamere di consiglio in modo che tutti i giudici conoscano tutti i processi. Mi riesce, infatti, difficile pensare che un giudice conosce bene i processi (alle volte anche 40/50 tra camere e pubbliche) trattati in un'udienza di legittimità. Certo, si può credere a tutto, volendo.

Nel giudizio di legittimità, bisogna anche riconoscere che molte volte l'avvocatura fa un cattivo uso dell'oralità: quando ripete le cose scritte nel ricorso o addirittura si riporta al ricorso. In questi casi, sarebbe molto più pro-

duttivo il contraddittorio cartolare. Vi sono, però, molte situazioni nelle quali l'approfondimento orale ha una ragion d'essere evidente. Il vero nodo da sciogliere è come riconoscere a priori le situazioni nelle quali serve effettivamente l'oralità? E quali sono i criteri secondo i quali il giudice diventa arbitrio di una tale scelta? È evidente che solo dopo l'esercizio della discussione orale si può verificare se è stata efficiente e se è servita. E', allora, un problema culturale, di deontologia, che non può essere risolto togliendo d'autorità ulteriori spazi alla dialettica.

Si sostiene, poi, che nel giudizio di legittimità è conosciuto il contraddittorio cartolare all'interno del perimetro dell'art. 611 c.p.p., giudizio camerale tipico in cassazione. Rito (anomalo) che è stato, negli ultimi anni, significativamente amplificato la cui legittimità è stata riconosciuta ripetutamente.

Considerazione giustissima che, al netto della personale avversione nei confronti del rito camerale non partecipato, ci interroga sulle ragioni che hanno, all'opposto, sempre consigliato di non escludere la discussione orale dall'udienza pubblica e dalla camera di consiglio partecipata (ex art. 127 c.p.p.). Ed è proprio l'equilibrio tra i due segmenti che ci offre la chiave di lettura dell'intero sistema. Ogni sbilanciamento deve essere attentamente ponderato.

Aggiungo poi che il contraddittorio, l'oralità e l'immediatezza, non sono prerogative esclusive delle parti, ma sono strumentali alla decisione: servono, cioè, al giudice e sono dirette a realizzare il miglior prodotto decisorio possibile. I giudici dovrebbero essere i primi a sollevarsi rispetto ad una modalità che li priva della ricchezza, della dialettica e dell'oralità. Nel sistema delle impugnazioni, peraltro, l'atto introduttivo (il ricorso) è già un atto scritto. La discussione delle parti è un elemento aggiuntivo, che realizza l'indispensabile contributo dialettico alla decisione, essenziale per il giudice e che non può essere surrogato con altri prodotti usurati.

Certo, fa perdere tempo ed è mal sopportato, spesso screditato dalla poca attenzione che gli viene qualche volta riservata: basta pensare alla discutibile prassi del "chi si riporta ha la precedenza" saltando anche la relazione. Si fa certamente prima ma non è detto che si faccia sempre bene.

Tutte queste criticità si amplificano nel giudizio di appello. Il controllo di merito è, infatti, ancor più refrattario al contraddittorio cartolare.

L'emergenza sanitaria (fattore, dicevo, occasionale perché la prospettiva di destrutturazione del sistema processuale viene da lontano e precede la crisi pandemica) ci ha regalato l'ossimoro dell'immediatezza mediata dallo schermo di un computer (visione distopica del processo), la remotizzazione del

processo di primo grado e la scomparsa dell'immediatezza e dell'oralità con la cartolarizzazione delle impugnazioni: essa ha fatto evaporare i principi cardine del processo penale, determinando una svolta autoritaria del processo: nell'emergenza, infatti, la ragion di stato e le esigenze del potere prevalgono sui diritti individuali che possono addirittura essere sospesi (si pensi alla sospensione della prescrizione e dei termini di custodia cautelare). Ma pensare di perpetuare all'infinito mi pare una scelta assai discutibile.

Il terzo profilo è la coerenza con l'assetto del codice, ove è chiaramente presente un'architettura opposta, antitetica, a quella espressa dal ricorso al contraddittorio cartolare. Basta guardare la struttura del giudizio per valutare l'eccentricità del ricorso alla scrittura come modalità tipica del confronto dialettico senza il quale i principi del giusto processo sono completamente sacrificati. Pensare che esso possa esaurirsi in un atto scritto ulteriore rispetto all'appello o al ricorso (già ovviamente esistente) equivale a vanificare la portata effettiva della discussione orale, presente nel codice di rito dalle origini e mai modificata.

Ma, come dicevo in premessa, se la normativa emergenziale sembra esprimere una continuità con la tendenza alla modifica strutturale del rito penale pensato nel 1988, le trame della paventata riforma del rito penale consolidano la preoccupazione.

Esiste e deve essere sottolineate, una differenza significativa tra la trattazione cartolare in cassazione e quella in appello, dove anche le giustificazioni (più apparenti che effettive) fondate sul tecnicismo delle questioni giuridiche, tipiche del ricorso di legittimità, non hanno alcuna cittadinanza.

Mi chiedo, ad emergenza conclusa, quale potrebbe essere il vantaggio di proseguire sulla strada del giudizio di appello e di legittimità cartolare e dell'abbandono sostanziale del contraddittorio orale avanti alla giudice di appello ed alla Corte di cassazione?

E quale, invece, il prezzo da pagare, sul piano della tenuta dei principi costituzionali ma anche su quello della cultura del processo accusatorio? Pensate solo per un istante alle conseguenze di sistema o, per meglio dire, di coerenza sistematica del codice di procedura penale che l'abbandono del contraddittorio orale avanti al giudice dell'impugnazione finirebbe per avere ed all'esempio negativo che da tale scelta potrebbe discendere.

Perché, in sintesi, in un sistema fondato sulla pubblicità del giudizio, sull'oralità, l'immediatezza e il contraddittorio, il giudizio in appello o in cassazione può fare a meno del contributo dialettico orale delle parti? Non mi pare che esista una risposta convincente. Cercare solo di far guadagnare tem-

po ai giudici non è una motivazione, ma equivale ad arrendersi ad una spinta corporativa.

5. La radicale trasformazione dell'appello in impugnazione a critica vincolata. L'ulteriore criticità riguarda la trasformazione dell'appello in "critica vincolata". Al punto h-bis) dell'art. 7 la Commissione Lattanzi ha inserito, nella prima parte: "strutturare l'appello quale impugnazione a critica vincolata, prevedendo i motivi per i quali, a pena di inammissibilità, può essere proposto" aggiungendo, nella seconda parte, "prevedere l'inammissibilità dell'appello per aspecificità dei motivi quando nell'atto manchi la puntuale ed esplicita enunciazione dei rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto e di diritto espresse nel provvedimento impugnato".

Nella relazione conclusiva, la scelta viene giustificata, in parte, dalla prospettiva di compensare l'opzione di eliminare il potere di appello del pubblico ministero ed in altra parte con la supposta esigenza di "razionalizzazione resosi necessario dalla crisi di rigetto determinata dalla estraneità della tradizionale disciplina delle impugnazioni nel corpo di un processo accusatorio. Si tratta di un percorso, già iniziato dalla giurisprudenza e consolidato da precedenti riforme, che concorre finalmente ad attribuire sistematicità a un istituto che era e continua a essere alla ricerca di identità nella cornice di un sistema processuale basato sulla centralità del contraddittorio"¹⁶.

Anche questa proposta non convince.

L'idea stessa di bilanciare una "limitazione" imposta ad una delle parti con altra, parallela, "restrizione", meno intensa ma comunque significativa, collegata ai diritti procedurali desta perplessità dal punto di vista logico e giuridico. Se, infatti, l'eliminazione del potere di appello del pubblico ministero ha un senso sistematico non deve certamente chiedere bilanciamenti che coinvolgano altre garanzie; e se li pretende vuol dire che non è una riforma utile al sistema penale, ma solo finalizzata alla contrazione dei tempi a discapito del controllo di merito.

Ridurre il perimetro dell'appellabilità dell'imputato si scontra, poi, con la dimensione costituzionale dell'appello di cui sono convinto sostenitore. L'idea è, peraltro, oggi sempre più condivisa dall'avvocatura penale italiana¹⁷.

¹⁶ *Relazione finale e proposte di emendamenti al D.D.L.C.C. 2435*, p. 37

¹⁷ Che non a caso ne ha fatto una bandiera durante il convegno su *L'appello "irrinunciabile" in difesa del doppio grado di giurisdizione*, organizzato il 21 e 22 febbraio 2020 a Brescia dall'Unione delle Camere penali italiane

E se è riconosciuto, nel contesto costituzionale e convenzionale, il diritto al controllo di merito della decisione, ogni sua limitazione suona come un'arbitraria mutilazione di una garanzia fondamentale.

Ho qualche perplessità anche sulla ritenuta estraneità del sistema delle impugnazioni alla tradizione accusatoria. Non ho mai creduto che l'ideologia accusatoria, per la sua stessa essenza, esista in natura quale elemento puro, possa, cioè, essere riconosciuta in termini puntuali in un dato sistema processuale; né che un istituto come le impugnazioni siano in sé estranee a quella logica. Esistono, peraltro, una pluralità di traduzioni dell'idea accusatoria e quella italiana ne rappresenta solo una, peraltro inserita in un sistema di valori e di tradizioni non comparabile a quelle di altri paesi. I tratti concreti del sistema accusatorio "italiano" non sono astratti, ma sanciti in modo puntuale nella Costituzione e nelle Carte dei diritti, alle quali non è affatto estranea l'idea del controllo di merito e di legittimità. Anzi, vi è una connaturale identificazione del giusto processo con le necessarie e puntuali verifiche, ampie e diversificate.

Fatta questa breve premessa (anche se la materia meriterebbe una più ampia analisi) non riesco, poi, a comprendere l'essenza della trasformazione dell'appello in impugnazione a critica vincolata, né, in verità, l'ulteriore postilla secondo la quale i motivi, oltre ad essere specifici (dato già presente nel sistema processuale), devono anche contenere necessariamente i rilievi critici alle ragioni di fatto e di diritto contenute nel provvedimento impugnato.

Il giudizio di appello è, per sua natura, un controllo aperto alla "diversa ricostruzione del fatto", anche radicale. Questa potenzialità non può essere (drasticamente) ridotta da un'elencazione di possibili vizi da far valere in secondo grado, mutilando in modo severo la prospettiva di una rilettura completa della vicenda. Immagino (e nella piena consapevolezza che a pensar male si fa peccato), infatti, la prima giurisprudenza che ci dirà, alla stregua di quel che continua ad affermare in relazione al giudizio di legittimità, non si può chiedere, questa volta alla Corte di appello, una lettura alternativa dei fatti. Sarebbe la fine dell'idea stessa di controllo del merito.

Ho, poi, una perplessità di fondo. Che significa e come si declina, sul piano astratto, la critica vincolata rispetto ad un controllo di merito che per sua natura deve essere ampio e svincolato da ogni limite topografico? Gli emendamenti e la relazione non offrono spunti per comprendere la *ratio* e lo spessore di una mutazione genetica così imponente dell'istituto. E in cosa si differenzierà il giudizio di appello da quello avanti alla Corte di cassazione e dallo specifico controllo di legittimità e della qualità della motivazione?

Da anni, la dottrina ha diviso le peculiarità dell'appello da quelle del ricorso per cassazione puntando, tra l'altro, sulla puntuale differenza tra critica libera e critica vincolata, oltre che sulla più sfuggente distinzione tra verifica di merito e di legittimità¹⁸ e in questa dicotomia il legislatore ha disegnato un sistema organico di controlli della decisione. Mutare rotta, all'improvviso, sulla scorta di una meglio definita volontà di adeguare le regole procedurali alla giurisprudenza e alle tendenze del modello accusatorio mi sembra un'operazione almeno poco motivata e ponderata, sulla quale urge un dibattito ampio e approfondito.

Non vorrei che, col passare del tempo, si facesse strada l'idea secondo la quale un'udienza preliminare dal filtro stretto e un giudizio di legittimità direzionato anche al controllo della motivazione sono sufficienti e a nulla serve l'appello (riformato) che di fatto assomiglia, vagamente, al controllo di legittimità tipico della Corte suprema. La progressiva erosione del controllo di merito sta lentamente scivolando su questo pericoloso pendio.

Ho sempre pensato, e continuo a pensare, che molti sostenitori della limitazione dell'appello, in realtà vorrebbero puntare alla sua sostanziale eliminazione. E poiché sono convinto che esso rappresenta, al contrario, una delle garanzie di maggior spessore del giusto processo, opporsi a questa prospettiva latente ma evidente è un'ineludibile esigenza.

Il transito dell'appello dai territori liberi della critica all'intera ricostruzione del fatto operata dal primo giudice, a quelli angusti del vincolo legale alla tipologia dei motivi andrebbe (almeno) argomentato in modo completo e non sposato come se fosse una ovvietà.

La volontà di inserire, infine, nuove ipotesi di inammissibilità per aspecificità dei motivi, affidando, ancora una volta, all'arbitrio più assoluto il filtro sull'ammissibilità dell'impugnazione, questa volta di merito, rappresenta l'ulteriore preciso segnale della direzione che si vuole seguire. L'istituto dell'inammissibilità collegato ai motivi, oggi disegnato soprattutto per il giudizio di legittimità, ad esempio per manifesta infondatezza o perché tratta questioni di merito nasconde il più assoluto arbitrio della decisione e sfugge ad ogni tentativo serio di definirne la latitudine. E solo un modo per disincenti-

¹⁸ Per una panoramica generale del sistema delle impugnazioni, cfr. DE CARO, *Il sistema delle impugnazioni penali: legittimazione forme e termini*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, v. IV, a cura di Kalb, Torino, 2015, 4 ss.; MARANDOLA, *Le disposizioni generali*, in *Trattato di procedura penale*, 5, Impugnazioni, a cura di Spangher, Torino, 2009, 2 ss.; sul giudizio di legittimità cfr., invece, FUMU, *Il ricorso per cassazione: procedimento e giudizio*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, cit., 222 ss.; IACOVIELLO, *Giudizio in Cassazione*, in *Trattato di procedura penale*, Impugnazioni, a cura di Spangher, cit., 628 ss.

vare, senza l'ancoraggio a regole normative puntuali, il ricorso alle impugnazioni.

Vale la pena allora, per concludere questa breve riflessione, rinviando ad altro contributo una più ampia disamina delle problematiche connesse alle proposte di riforma del codice di rito penale, di ricordare la dimensione costituzionale dell'appello, quale controllo ampio e incondizionato del merito, e la necessità che ogni mutazione passi per un confronto con essa.

Un'ultima (e ulteriore) chiosa sull'approccio complessivo al tema della riforma delle impugnazioni, riguarda l'intera impalcatura delle inammissibilità, ulteriormente implementata, soprattutto nel giudizio avanti alla Corte di cassazione, dagli emendamenti della Commissione Lattanzi. Essa prende il largo dall'approdo secondo il quale il fenomeno impugnazioni è spesso un fenomeno con finalità "dilatatorie": nulla di più sbagliato. Il sistema dei controlli - di merito e di legittimità - è uno dei pilastri del giusto processo ed è coesistente all'epilogo democratico del rito penale: la decisione giusta.