

Impugnazioni

La Corte di cassazione tra aspirazioni garantiste e perduranti insensibilità verso il giusto processo

d'appello

Daniela Chinnici, Daniele Livreri *

La decisione

Associazione per delinquere – Delitti fine – *Affectio societatis* – Necessità (C.p., art. 416; d.P.R. 309 del 1990 art. 74).

Memorie difensive – Omessa valutazione – Nullità esclusa (C.p.p., art. 178).

Giudizio di legittimità – Memorie – Deposito tardivo – Obbligo di valutazione escluso (C.p.p., artt. 121, 523, 611).

Contestazione acquisitiva – Dichiarazioni non contestate – Divieto di utilizzabilità (C.p.p., art. 503).

Giudizio di appello – Riforma in ordine all'utilizzabilità di atti – Violazione del diritto difesa – Esclusione (Cost., art. 111; C.e.d.u., art. 6; C.p.p., art. 597).

La ricorrenza di plurimi delitti commessi congiuntamente da più persone non è elemento sufficiente a dimostrare la sussistenza di un'associazione per delinquere, occorrendo comunque la dimostrazione di elementi probatori da cui ricavare una comune affectio societatis ed una consapevolezza da parte degli imputati di perseguire, con carattere di stabilità, uno scopo comune.

L'omessa valutazione degli scritti difensivi non è prevista quale causa di nullità, potendo piuttosto apprezzarsi eventualmente sul piano della congruità della motivazione.

Anche nel giudizio di legittimità in pubblica udienza si applica il termine per il deposito di scritti difensivi di cui all'art. 611, in omaggio alla pienezza e all'effettività del contraddittorio cui si ispira il vigente codice di rito.

In caso di contestazione acquisitiva di dichiarazioni dell'imputato possono utilizzarsi a fini probatori soltanto i brani oggetto di specifica contestazione.

A seguito di gravame, il giudice d'appello è abilitato a rivalutare in toto la re-giudicanda, senza alcun condizionamento derivante dalle valutazioni del giudice di primo grado sia sull'apprezzamento degli elementi di prova sia su profili di invalidità o inutilizzabilità di atti da quello eventualmente ravvisati.

CASSAZIONE PENALE, SESTA SEZIONE, 28 febbraio 2012 (dep. 15 maggio 2012) – AGRÒ, *Presidente* – CONTI, *Relatore* – D'ANGELO, P.M. (*diff.*)-C.A. e altri ricorrenti.

Il testo della decisione in commento è consultabile sul sito *web archiviopenale.it*.

*La nota è frutto di riflessione ed elaborazione congiunta; i paragrafi 1, 2 e 3 sono stati materialmente redatti dal dott. D. Livreri; i paragrafi 4 e 5 dalla prof.ssa D. Chinnici.

Il commento

1. Incertezze applicative in ordine ai requisiti dei delitti associativi.

La sentenza in commento offre una pluralità di spunti, tanto con riferimento al diritto penale quanto rispetto a temi processualpenalistici, che proprio a causa della loro molteplicità potranno essere analizzati soltanto in maniera parziale.

Con specifico riguardo al profilo sostanziale, la pronuncia in rassegna si segnala per l'implicito rifiuto di consolidati schemi induttivi in ordine all'esistenza del reato associativo (di tipo semplice).

Al fine di una migliore intelligenza di quanto si dirà al riguardo, appare però opportuno dar conto, sebbene per cenni, del fervido dibattito intorno ai requisiti del reato di associazione per delinquere.

A tal proposito la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto come le fattispecie associative di cui al codice penale e al Testo unico delle leggi sugli stupefacenti non rechino nozioni definitorie del delitto che intendono reprimere, rimandando l'interprete a concetti socialmente diffusi. E ciò tanto al fine di cogliere l'essenza dell'associazione, quanto per definirne i confini con la contigua fattispecie di concorso di persone nel reato continuato¹.

Ancora più radicalmente, la dottrina ha ritenuto che il legislatore abbia di fatto abdicato al suo ruolo *in subiecta materia*, rimettendo all'arbitrio dell'interprete l'individuazione delle caratteristiche del sodalizio penalmente rilevante².

Altri hanno sottolineato come le condotte incriminate siano descritte mediante un termine normativo – “si associano”- di incoercibile vaghezza, cui si affianca un bene giuridico protetto, l'ordine pubblico, per lo più inteso quale dato ineffabile che sfugge ad ogni tentativo di percezione empirica³.

¹ Cass, Sez. VI, 25 settembre 1998, Villani, in *Cass. Pen.*, 1999, pag. 3111.

² FAVA, *Giurisprudenza penale*, Santarcangelo di Romagna, 2008, 301.

³ IACOVIELLO, *L'organizzazione criminogena prevista dall'art. 416 c.p.*, in *Cass. Pen.*, 1994, 574, che suggerisce di concretizzare la nozione di ordine pubblico intendendola quale assetto sociale *hic et nunc*, caratterizzato da determinati tassi di criminalità, potenziati dalla capacità criminogena dell'associazione

Sinteticamente si è osservato che la formula incriminatrice di cui all'art. 416 c.p. è affetta da un grave deficit di tipicità⁴; peraltro la sostanziale indeterminazione della norma risponderebbe all'intento del legislatore del 1930 di introdurre uno strumento repressivo idoneo a fronteggiare le più svariate forme di manifestazione della criminalità organizzata⁵.

Date queste premesse, risultano pressoché inevitabili divergenze giurisprudenziali in ordine a quali siano i requisiti per configurarsi il delitto associativo. Secondo un primo orientamento, per la sussistenza del predetto reato "è sufficiente che alcuni soggetti in numero superiore a tre⁶ si accordino tra loro allo scopo di commettere più delitti, mediante un patto stabile e permanente diretto al perseguimento di fini illeciti comuni a tutti gli associati"⁷, con la

per delinquere. Altri hanno tuttavia sottolineato che qualsiasi sforzo interpretativo dovrà comunque confrontarsi con i contorni sfuggenti del bene giuridico "ordine pubblico" (FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, Pts I, Bologna, 1988, 347). Del resto la problematicità del concetto è da lungo tempo evidenziata dalla dottrina di lingua tedesca che ha qualificato l'ordine pubblico quale "Ruppelkammer von Begriffen", ossia ripostiglio di concetti (BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig 2. ed. 1890-1919, I, p. 351).

⁴ INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, Padova, 1983. Con particolare riguardo alla fattispecie prevista dall'art. 416 bis c.p., già in epoca immediatamente successiva all'introduzione della stessa, la dottrina ha avanzato dubbi avuto riguardo alle garanzie di certezza offerte dalla norma (ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Ius*, 1985, 428).

⁵ FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, cit., 354. In tal senso gli Autori respingono la tesi di quanti ritengono che la norma di cui all'art. 416 del Codice Rocco non abbia strumenti diretti a combattere forme moderne di criminalità organizzata (tesi già in passato sostenuta da NEPPI MODONA, *L'associazione di tipo mafioso*, in *Dem. e dir.*, 1983, 61 e ss.). Vale la pena al riguardo rammentare però come nei lavori parlamentari propedeutici alla introduzione dell'art. 416 bis si sottolineasse come la nuova ipotesi associativa servisse a "colmare una lacuna ... non essendo sufficiente la previsione dell'art. 416 c.p. ... a comprendere tutte le realtà associative di mafia che talvolta prescindono da un programma criminoso ..." (proposta di legge n. 1581/1980).

⁶ La Corte regolatrice da tempo riconosce che in tema di associazione per delinquere il numero minimo di persone - almeno tre - può raggiungersi anche per successiva adesione di altri ad un vincolo originario tra due sole persone (Cass., Sez. I, 10 agosto 1987, Lombardi, in *Mass. Uff.* n. 176523; Id., Sez. I, 1 luglio 1971, Amoroso, in *Mass. Uff.* n. 1339). Recentemente i Giudici di legittimità hanno riconosciuto la possibilità di formare una *societas sceleris* attraverso un accordo plurilaterale aperto all'adesione sul progetto comune, sottolineando come sia una peculiarità dell'accordo associativo quello di essere tendenzialmente aperto all'adesione da parte di terzi, carattere questo che costituisce anche un sintomo della stabilità della stessa organizzazione che presuppone necessariamente possibili variazioni degli associati, senza che per questo l'associazione muti (Cass., Sez. VI, 15 marzo 2012, Rubino, cit.).

⁷ Cass., Sez. I, 25 marzo 2003, Faci e altro, in *Mass. Uff.*, n. 224808. In dottrina sembra aderire alla soluzione adottata da queste sentenze VALIANTE, *L'associazione criminosa*, Milano, 1997, p.48, che non richiama l'organizzazione quale elemento tipico della fattispecie nonché BONGIORNO, *La lotta alle ecomafie tra tutela dell'ambiente e dell'ordine pubblico: un equilibrio precario attraverso l'abuso di concetti elastici* in www.dirittopenalecontemporaneo.it, secondo cui infatti, nell'associazione a delinquere ex art. 416 c.p. l'ordine pubblico risulta minacciato dall'accordo di tre persone finalizzato a commettere dei delitti.

permanente consapevolezza in capo a ciascuno di far parte del sodalizio e di contribuire alla realizzazione di un duraturo programma criminale⁸. La permanenza del vincolo costituirebbe di per sé un grave pericolo per l'ordine pubblico, di talché il legislatore l'ha promossa a reato⁹.

Incentrata la ricostruzione del delitto associativo sul *pactum sceleris*, la giurisprudenza testé richiamata ha affrontato la questione relativa all'elemento distintivo rispetto al concorso di persone (soprattutto in caso di reato continuato). A tal fine, si è per lo più argomentato che la differenza risiederebbe nell'oggetto dell'accordo criminoso. Infatti nell'ipotesi concorsuale "*il fine è costituito da un individuato reato o da un certo numero di reati, predeterminati sin dall'inizio della collaborazione e strumentali ad un unico disegno criminoso storicamente precisabile, mentre nell'associazione lo scopo comune, oggetto dell'incontro di volontà, consiste nel programma di commettere, cogliendo le opportunità che via via si presentano una pluralità indefinita di reati*"¹⁰.

Nondimeno in tale prospettiva, restano da chiarire le ragioni della deroga alla regola generale di cui all'art. 115, co. 1, c.p., secondo la quale qualora due o più persone si accordino allo scopo di commettere un reato nessuna di esse è punibile per il solo fatto dell'accordo, salvo che la legge disponga altrimenti¹¹. Al riguardo non pare del tutto convincente la tesi secondo cui sarebbe la genericità del programma criminoso a fondare la deroga al principio generale¹². Infatti potrebbe ben osservarsi che un accordo criminoso volto a compiere plurimi e determinati reati in un lungo periodo potrebbe risultare assai più

⁸ Cass., Sez. VI, 25 settembre 1998, Villani, cit.; Id., Sez. I, 22 febbraio 1979, Pino ed altri, in *Giust. pen.* 80, II, 162.

⁹ Cass., Sez. VI, 25 settembre 1998, Villani, cit.. Si noti che, con riguardo al delitto associativo finalizzato al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope, è stato individuato quale bene giuridico protetto la salute individuale e collettiva, minacciata dalla diffusione dello spaccio di sostanze stupefacenti (Cass., Sez. II, 16 marzo 2005, L.D.N., in *Mass. Uff.*, n. 231972) con conseguente possibilità di concorso tra questo delitto ed altre fattispecie associative (Id., Sez. I, 21 gennaio 2010, D. e altro, *ivi*, n. 247058).

¹⁰ Cass., Sez. VI, 25 settembre 1998, Villani, cit.. In dottrina si è evidenziato che la giurisprudenza, pur invocando quale elemento distintivo tra il concorso eventuale nel reato e il delitto associativo, il carattere indeterminato del programma criminoso non chiarisce adeguatamente le condizioni ed i limiti in cui tale genericità assuma la natura di *discrimen* tra i due istituti (DE FRANCESCO, voce *Associazione per delinquere e Associazione di tipo mafioso*, in *Digesto. Disc. pen.*, I, 293).

¹¹ In dottrina si è diviso che l'art. 416 costituisca una deroga al principio di cui all'art. 115 in ragione del particolare interesse tutelato (MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2001, 538). Altri autori, pur menzionando delle eccezioni alla disposizione di parte generale sulla scorta dell'interesse tutelato, non vi includono l'art. 416 (ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale*, Milano, 2000, 561).

¹² Taluni autori hanno sottolineato la portata innovativa della disciplina di cui all'art. 115 rispetto alla legislazione previgente, nonché ad altre legislazioni (ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale*, cit., 560).

pericoloso per l'ordine pubblico del patto avente ad oggetto un programma delittuoso indeterminato da realizzarsi, tuttavia, in un breve arco temporale¹³.

A fronte del superiore indirizzo, altre pronunce hanno ritenuto, seppure a fini e con contenuti assai diversi, che in tema di delitti associativi occorra la ricorrenza di un elemento strutturale.

Peraltro, alcune sentenze hanno ritenuto che tale elemento non serva ad affermare la sussistenza dell'associazione per delinquere ma a dimostrarne l'offensività¹⁴.

Diversamente è stato rilevato che l'elemento organizzativo è un requisito del reato¹⁵.

Quest'ultimo approccio pare meglio conformarsi alla lettera dell'art. 416 c.p. Infatti, è agevole constatare, attraverso il raffronto tra le norme codicistiche di cui agli artt. 304 ("Cospirazione politica mediante *accordo*") e 305 ("Cospirazione politica mediante *associazione*"), come per il legislatore del 1930 il ter-

¹³ E' stato notato che la permanenza, tipica dell'associazione a delinquere, non deve confondersi con la stabilità che è semplicemente durata e può essere più lunga nel concorso eventuale che nel reato associativo (IACOVELLO, *L'organizzazione criminogena prevista dall'art. 416 c.p.*, cit.). La Corte di cassazione si è già pronunciata per l'ammissibilità di un'associazione per delinquere congegnata in vista di un arco temporale predeterminato (Cass., Sez. I, 18 febbraio 2008, Re, in *Mass. Uff.*, n. 239371; Id., Sez. V, 5 maggio 2009, Occioni, *ivi*, n. 244486).

¹⁴ Cass., Sez. IV, 21 aprile 2006, in *Mass. Uff.*, n. 234576; Id., Sez. VI, 25 settembre 1998, Villani, cit.. Tuttavia non può sottacersi come per la dottrina penalistica non vi sia reato *sine iniuria*, giacché è penalmente rilevante soltanto "il fatto che non solo è previsto dalla legge come tale, ma che è costruito dalla medesima in modo da essere necessariamente offensivo dell'interesse specifico tutelato dalla norma" (MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 193 e ss. nonché FIANDACA - MUSCO, *Diritto penale*, cit. Ptg. 141). In altri termini l'offesa è elemento costitutivo del reato accanto agli altri elementi strutturali della fattispecie.

¹⁵ Tra le tante si richiamano Cass., Sez. VI, 7 novembre 2011, Papa ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 251562; Id., Sez. II, 23 aprile 2010, *ivi*, n. 247105; Id., Sez. VI, 12 maggio 1995, Mauriello, *ivi*, n. 202037; Id., Sez., VI, 14 giugno 1995, Montani ed altri, *ivi*, n. 203643. In alcune pronunce si è affermato che la struttura impiegata per finalità criminali potrebbe essere una originaria struttura lecita e non necessariamente una creata a tale scopo (Cass., Sez. VI, 15 marzo 2012, Rubino, cit.; Id., Sez. I, 3 ottobre 1989, Pintacuda, in *Mass. Uff.*, n. 183001. In materia di rapporti tra associazioni religiose e *societas sceleris* si segnala in particolare Cass., Sez. II, 22 maggio 1995, P.M. ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 201516). Si noti che l'indirizzo prevalente in dottrina sostiene che la sussistenza di una struttura organizzativa stabile e permanente, in relazione alle finalità di volta in volta perseguite dall'associazione, sia requisito imprescindibile, la cui carenza non permetterebbe di affermare l'autonomia concettuale del delitto in esame rispetto al concorso di persone nel reato continuato: tale tesi si rinviene tra gli altri in BOSCARIELLO, *Associazione per delinquere*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, p. 858; INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, Milano, 1983, p. 194; DE FRANCESCO, *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987 p. 292; INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, Milano, 1993, pag. 13).

mine 'associarsi' non si riduca ad un mero accordo¹⁶.

Tale esegesi peraltro eliderebbe alla radice ogni questione in ordine alle inferenze tra l'art. 115 e le fattispecie associative¹⁷: giacché verrebbe meno la necessità di individuare la specifica *ratio* per la quale nel caso previsto dall'art. 416 verrebbe punito un mero accordo, irrilevante ex art. 115.

Tuttavia, è tutt'altro che pacifico quale sia il grado organizzativo richiesto per l'integrazione della fattispecie associativa.

Se, infatti, plurime pronunce di legittimità hanno fatto riferimento a strutture rudimentali o minime¹⁸, prive di una qualche organizzazione gerarchica e con mezzi anche occasionalmente apprestati dagli associati¹⁹, altre hanno sottolineato la necessità che ricorrano mezzi idonei ed adeguati a realizzare con successo l'attività programmata²⁰.

In dottrina si è rilevato che per integrarsi il delitto associativo la struttura volta alla realizzazione del programma criminoso deve possedere i requisiti di idoneità e non equivocità di cui all'art. 56 c.p., avuto riguardo allo specifico disegno criminoso prediletto dall'organizzazione criminale²¹.

Altri hanno rilevato che la tipicità dell'associazione per delinquere risieda nel tipo di ruoli in essa rinvenibile. In tale ottica, invero, una struttura organizzativa è sovente presente anche nel concorso di persone nel reato (arg. ex art. 112 n. 2, c.p.) e, tuttavia, esaurendosi nella mera commissione di più delitti programmati, essa è caratterizzata soltanto da ruoli funzionali alla commissione dei delitti fine. Diversamente, l'organizzazione tipica delle associazioni per delinquere affianca a talune strutture esecutive altre prettamente di autoconservazione, strumentali alla sopravvivenza dell'associazione²².

Così brevemente, e senza alcuna pretesa di esaustività, ricostruito il dibattito

¹⁶ Per una panoramica sui reati in questione si rimanda a CODAGNONE, *Cospirazione politica mediante accordo o associazione*, in *Enciclopedia Forense*, II, 1958, 787.

¹⁷ Cass., Sez. VI, 12 maggio 1995, Mauriello, cit.; Id., Sez. I, 24 gennaio 1991, Arturi e altro, in *Riv. pen.* 1991, 697.

¹⁸ Cass., Sez. I, 22 dicembre 2009, G., in *Cass. pen.*, 2010, 11, 3980; Id., Sez. VI, 12 maggio 1995, Mauriello, cit..

¹⁹ Cass., Sez. VI, 13 febbraio 2009, Mammoliti, in *Mass. Uff.*, n. 244520.

²⁰ Cass., Sez. VI, 14 giugno 1995, Montani, cit..

²¹ ANTONINI, *Le associazioni per delinquere nella legge penale italiana*, in *Giust. pen.*, 1985, II, 286 e ss. Analogamente IACOVIELLO, *L'organizzazione* cit., ha ravvisato che l'idoneità offensiva dell'associazione non può che parametrarsi rispetto ad un programma caratterizzato da specifiche tipologie di delitti, di talché ad esempio in un'associazione preordinata all'emissione di fatture per operazioni inesistenti la compagine criminale dovrà agire sotto un nome, con una partita Iva, dovrà munirsi di un'articolazione con ruoli individuali ritagliati sulla peculiarità del delitto preso di mira *et similia*.

²² IACOVIELLO, *L'organizzazione* cit., pag. 580.

intorno agli elementi strutturali del delitto associativo, giova ora rilevare come la sentenza annotata si segnali per avere all'evidenza respinto ogni approccio probatorio che induca l'esistenza del reato associativo dalla commissione di una pluralità di reati²³. Infatti, pur essendo conclamata la responsabilità di tutti gli imputati per numerosi delitti in materia di stupefacenti, compiuti congiuntamente da più ricorrenti, i Giudici di legittimità, discostandosi da quelli del merito, hanno ritenuto che non fosse offerta nel caso di specie alcuna precisa indicazione degli elementi probatori da cui ricavare una comune *affectio societatis* ed una consapevolezza da parte degli imputati di perseguire con carattere di stabilità uno scopo comune²⁴.

Diversamente, in precedenza, la giurisprudenza di legittimità aveva più volte rimarcato il valore dimostrativo della consumazione dei reati fine per provare l'esistenza di un'associazione per delinquere²⁵, rilevando in particolare che essi costituiscono *facta concludentia* di particolare pregnanza al fine di cui prima²⁶.

Tuttavia, per quanto assai diffuso in giurisprudenza, l'indirizzo da ultimo citato pare affetto da un errore prospettico, perché presuppone ciò che dovrebbe provare: infatti esso ricava dalla commissione di plurimi delitti la prova dell'associazione e ciò sulla scorta della conformità dell'attività delittuosa al programma criminoso²⁷. Ma è evidente che lì dove fosse nota la ricorrenza di un programma criminoso e la sua indeterminatezza, non vi sarebbe alcuna necessità di far ricorso alla circostanza che siano stati commessi più delitti quale prova indiretta del reato associativo²⁸.

²³ Ovviamente per quanti tacciano le norme che puniscono i delitti associativi di essere state congegnate in modo inafferrabile, l'impiego dei delitti scopo per dimostrare quello strumentale è il chiaro precipitato della imperfetta tecnica legislativa (IACOVIELLO, *L'organizzazione* cit., pag. 574).

²⁴ Dalla lettura della pronuncia sembra che la sentenza in rassegna ritenga necessario per aversi associazione per delinquere anche un elemento organizzativo, tuttavia, verosimilmente avendo preliminarmente rilevato l'assenza di prova in ordine al pactum sceleris, la pronuncia non ha compiutamente affrontato il tema.

²⁵ Tra le tante si citano Cass., Sez. VI, 15 marzo 2012, Rubino, n. 10094, inedita; Id., Sez. II, 14 giugno 2011, M.V., in *Mass. Uff.*, n. 28872; Id., Sez. Un., 28 marzo 2001, Cinalli, *ivi*, n. 218376; Id., Sez. VI, 11 gennaio 2000, Ferone, *ivi*, n. 216634; Id., Sez. VI, 22 febbraio 1996, Marciano, *ivi*, n. 205670; Id., Sez. I, 21 marzo 1989, Agostani, *ivi*, n. 181637.

²⁶ Cass., Sez. II, 14 giugno 2011, M.V., cit.

²⁷ Tale corto circuito pare rinvenirsi anche in Cass., Sez. Un., 28 marzo 2001, Cinalli, in *Mass. Uff.*, n. 218376, secondo cui "è consentito al giudice, pur nell'indipendenza del reato mezzo, ricavare la prova dell'esistenza del sodalizio criminoso e della sua connotazione ai sensi dell'art. 416 bis c.p.p. dalla commissione dei delitti rientranti nel programma comune".

²⁸ Nondimeno in materia di associazioni di tipo mafioso il rilievo dei reati "comuni" potrebbe diversamente valutarsi, posto che il delitto associativo in parola è caratterizzato dalle modalità attraverso cui

Peraltro la sentenza che si annota, coerentemente alle predette premesse, ha ritenuto il limitato arco temporale in cui avrebbe agito il presunto sodalizio criminale quale ulteriore aspetto di debolezza della pronuncia dei Giudici distrettuali. Se infatti la commissione di una pluralità di reati è un dato neutro rispetto alla ricorrenza del delitto associativo (piuttosto che del reato continuato), la circostanza che più persone abbiano commesso plurimi illeciti in un periodo limitato sembra escludere la fattispecie *de qua*, avuto riguardo al carattere di stabilità che la sentenza ritiene debba contrassegnare il delitto di cui all'art. 416 c.p.

2. La mancata valutazione degli scritti difensivi: una questione insoluta nella giurisprudenza di cassazione.

La pronuncia involve plurimi profili di rilievo processuale.

Tra questi, la Corte ha affrontata la questione delle conseguenze della omessa valutazione delle memorie difensive: questione reiteratamente affrontata anche in tempi assai recenti dai Giudici di legittimità, i quali hanno ritenuto che il mancato scrutinio di uno scritto difensivo comporti una nullità di ordine generale, ex art. 178 co. primo lett. c²⁹, atteso che l'omesso ed ingiustificato esame delle deduzioni allegate dalla difesa impedisce al prevenuto di intervenire concretamente nel processo ricostruttivo e valutativo effettuato dal giudice, risolvendosi nella violazione del diritto di difendersi provando³⁰. Peraltro, l'indirizzo giurisprudenziale *de quo* ha riconosciuto che il mancato scrutinio dello scritto difensivo possa tradursi anche in una carenza della motivazione posta a supporto della decisione giudiziale, giacché la stessa potrebbe non illustrare i temi dedotti in memoria³¹.

La sentenza in rassegna si è discostata dal suddetto pregresso orientamento.

I Giudici di legittimità, infatti, pur dando atto del differente indirizzo, con succinta motivazione, hanno escluso che dalla omessa valutazione di una memoria difensiva possa conseguire alcuna nullità, poiché non si tratta di ipo-

l'associazione concretamente si manifesta, modalità che si esprimono nel concetto di metodo mafioso (Cass., Sez. I, 10 luglio 2007, Brusca ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 237619).

²⁹ Cass., Sez. V, 1 dicembre 2010-21 gennaio 2011, Norelli, n.11810 in www.archiviopenale.it; Id., Sez. I, 7 ottobre 2010, P., in *Mass. Uff.*, n. 248551; Id., Sez. Fer. 9-22 settembre 2010, Lombardi, *ivi* 248216; Id., Sez. I, 07 luglio 2009, Pascali, *ivi*, n. 244321; Id., Sez. V, 03 giugno 2009, Papa, *ivi*, n. 38530; Id., Sez. I, 14 ottobre 2005, Runfola, *ivi*, n. 232702; Id., Sez. I, 06 maggio 2005, Maronese, *ivi*, n. 232518.

³⁰ Cass., Sez. Fer., 9-22 settembre 2010, Lombardi, cit.

³¹ Cass., Sez. Fer., 9-22 settembre 2010, Lombardi, cit.; Id., Sez. V, 1 dicembre 2010, Norelli, cit.

tesi prevista dalla legge³². Piuttosto, la predetta omissione potrebbe refluire sulla congruità e correttezza logico-giuridica della motivazione.

La tesi sostenuta dalla Corte regolatrice non pare invero particolarmente persuasiva: in effetti, la norma da cui ricavarsi la dedotta nullità sembra rinvenirsi proprio nell'art. 178 lett. c), più volte richiamato dalla differente esegesi giurisprudenziale.

Del resto, la nozione di intervento dell'imputato deve essere interpretata non come mera presenza fisica, ma come partecipazione attiva e cosciente del protagonista della vicenda processuale, al quale deve garantirsi l'effettivo esercizio dei diritti e delle facoltà di cui è titolare³³.

Ed è evidente che il diritto delle parti di prospettare le loro argomentazioni attraverso memorie non può non avere come *pendant* un obbligo del giudice di scrutinarle, pena la risoluzione della superiore facoltà a mero simulacro di partecipazione al processo.

3. Un lodevole e problematico caso di giurisprudenza creativa: introdotto un termine per il deposito di memorie innanzi alla Corte regolatrice, anche per la pubblica udienza.

Sempre in tema di memorie, la Corte ha poi affrontato la questione dei termini per il deposito delle stesse innanzi a sé.

Al riguardo, è agevole rilevare come un termine specifico sia previsto soltanto per le udienze camerali regolate ex art. 611 c.p.p., ma non per l'udienza pubblica.³⁴

Tuttavia i Supremi Giudici con la sentenza in rassegna hanno aderito all'indirizzo secondo cui la disposizione dettata per il rito camerale "*si applica anche per il procedimento in pubblica udienza, ove si consideri la regola della piechezza e dell'effettività del contraddittorio cui si ispira il vigente codice di rito*"³⁵, comportandone l'inosservanza l'esenzione dall'obbligo di prendere in

³² Vigente il codice di rito del 1930 i Giudici di legittimità, sulla scorta dell'art. 536 cpv., avevano ritenuto che la Corte di cassazione fosse esente dall'obbligo di scrutinare le memorie del non ricorrente (Cass., Sez. V, 14 dicembre 1988, Bradaschia, in *Riv. Pen.*, 1990, 1061).

³³ Cass., Sez. I, 18 luglio 1997, Masone, in *Mass. Uff.*, n. 208597. In dottrina per analoga interpretazione della norma in questione DOMINIONI, sub art. 178 c.p.p., in *Comm. Amodio-Dominioni*, II, 263.

³⁴ Ovviamente in caso di udienza camerale regolata ex art. 127 varrà il diverso termine ivi previsto.

³⁵ Cass., Sez. V, 1 dicembre 1992, Boero, in *Mass. Uff.*, n. 194321; Id., Sez. I, 06 maggio 2009, V.S., *ivi*, n. 243799; Id., Sez. I, 11 marzo 2004, M., *ivi*, n. 228646; Id., Sez. I, 27 novembre 1995, Coppolaro, in *Cass. Pen.*, 1997, 427. La necessità di un'effettiva conoscenza degli scritti altrui per esercitare una compiuta interlocuzione processuale è stata affermata anche riguardo al caso in cui la Corte di appello, sebbene irrualmente, acquisisca nel giudizio di revisione un parere del P.G., dovendosi dare comunica-

esame gli scritti difensivi³⁶. Peraltro in maniera non del tutto coerente con il principio di diritto reso in materia di omesso scrutinio delle memorie, i Giudici di legittimità hanno affermato che il deposito degli scritti difensivi almeno 15 giorni prima dell'udienza consentirebbe al Giudice “*di conoscere tempestivamente le varie questioni prospettate*”.

La soluzione offerta, pur nel lodevole intento di prevenire censure in ordine alla violazione del principio del contraddittorio a seguito del deposito degli scritti in prossimità dell'udienza o addirittura al termine della stessa, sembra però prestarsi a taluni inconvenienti.

Anzitutto l'art. 611 c.p.p. pone una norma speciale (anche)³⁷ in tema di scritti difensivi rispetto al disposto di cui all'art. 121 c.p.p., perché nel rito camerale,

zione di ciò al condannato, a pena di nullità (Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2012, Dander, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2012, 4, 375).

In termini generali è d'uopo rilevare che la disciplina delle memorie poste dall'art. 121 c.p.p. può suscitare dubbi in tema di rispetto del principio del contraddittorio e ciò con precipuo riguardo alla possibilità di depositare le stesse fuori udienza e senza alcun onere informativo nei confronti delle altre parti processuali. A tal proposito si richiamano alcuni precedenti della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo cui viola l'art. 6 della convenzione la presentazione al Giudice di memorie senza avviso alla controparte (Corte eur. dir. uomo, 22 febbraio 1996, Bulut vs. Austria; Id., 28 agosto 1991, Brandstetter vs. Austria; Id., 26 luglio 2002, Meftah vs. Francia). Né convince l'argomentazione dispiegata nella Relazione al testo definitivo del codice ove si afferma che non si è ritenuto opportuno introdurre obblighi di comunicazione, giacché essi dovrebbero ritenersi impliciti in un sistema informato dal principio del contraddittorio (per un compiuto resoconto delle evoluzioni patite in sede di lavori preparatori dal testo dell'art. 121 c.p.p. si rimanda a CONSO, GREVI, MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale: dalle leggi delega ai decreti delegati*, V, Padova, 1990). Si rileva inoltre che in un'isolata pronuncia è stata affermata la inammissibilità di una memoria difensiva non comunicata al Procuratore generale (Cass., Sez. IV, 15 ottobre 1992, Mittiga, in *Giur. It.*, 1993, II, 425). Tale affermazione, seppur conforme all'art. 536, co. 3, del codice previgente, è stata oggetto di critica sia per la mancanza di una qualche norma che preveda l'obbligo di comunicazione in parola nell'attuale codice, sia perché le sanzioni processuali rappresentano un *numerus clausus* non applicabili al di fuori delle ipotesi tassativamente previste (DEAN, *In tema di memorie difensive nel giudizio di cassazione*, in *Giur. it.*, 1993-II-425 e ss.. Analogamente UBERTIS, sub art. 121 in *Comm. Amodio, Dominioni*, II, MI, 1989, 60). Rispetto ai procedimenti camerali regolati ex art. 127 c.p.p. la dottrina ha ritenuto vi sia un onere per le cancellerie di dichiarare irricevibile lo scritto difensivo prodotto oltre il termine previsto dalla norma (DI CHIARA, *Il Contraddittorio nei riti camerali*, Milano, 1994, pag. 173 e ss.).

Tuttavia per il riconoscimento della piena conformità della disciplina delle memorie all'assetto costituzionale si veda Cass., Sez. I, 6 maggio 2005, Musiu, cit..

³⁶ Cass., Sez. I, 11 marzo 2004, M., cit. La violazione del termine non è però ritenuta causa di sanzione processuale, da quanti sottolineano che, ex art. 173 c.p.p., in mancanza di un'esplicita previsione in tal senso non può predicarsi alcuna decadenza “arguita da cabale ermeneutiche” (CORDERO, sub art. 173 c.p.p., in *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1989). Per un'ampia ricostruzione dei riti camerali tanto nel previgente codice che nell'attuale si rimanda in ogni caso a DI CHIARA, *Il Contraddittorio nei riti camerali*, cit..

³⁷ Sulla natura di norma speciale della disposizione di cui all'art. 611 rispetto al 127 si rimanda a DI CHIARA, *Il Contraddittorio nei riti camerali*, cit..

cui la disposizione inerisce, è soppresso ogni intervento orale dei difensori: senza un previo deposito in cancelleria delle memorie, nessuna parte potrebbe apprendere le conclusioni altrui e ribattervi con gli scritti di replica, pur essi disciplinati dall'art. 611: di talché difficilmente può farsi di tale disposizione un impiego analogico.

Pur a tacere di tale profilo, il principio di diritto affermato dalla Corte regolatrice dovrebbe applicarsi ad ogni grado di giudizio. Infatti non si coglie come la pretesa violazione del principio del contraddittorio, inverata dal deposito delle memorie in udienza o a ridosso della stessa, ricorra per il solo giudizio di cassazione. Tuttavia l'estensione del suddetto principio non potrebbe che avvenire attraverso una riscrittura dell'art. 121 c.p.p.³⁸.

Né i problemi sembrano limitarsi a ciò.

Infatti, se il deposito di qualsivoglia memoria, decorso il termine di 15 giorni prima della udienza, viola il diritto al contraddittorio, vi è da chiedersi se non si ravvisi ben più ampia violazione nel caso disciplinato dall'art. 523 cpv.³⁹, secondo cui la parte civile conclude attraverso la produzione in udienza della comparsa conclusionale.

Vi è invero che il tema affrontato dalla Corte sembra richiedere una rivisitazione di tipo sistematico, probabilmente previa rimeditazione delle modalità attraverso cui il principio dell'oralità è compatibile con estrinsecazioni cartolari, talora irrinunciabili, delle tesi di ciascuna parte.

4. Un sussulto garantista: utilizzabili soltanto le dichiarazioni dell'imputato oggetto di specifica contestazione.

La sentenza in rassegna ha poi scrutinato il tema dell'utilizzabilità di dichiarazioni precedentemente rese dall'imputato ed utilizzate per le contestazioni dibattimentali.

In modo assolutamente conforme al principio del contraddittorio, la Corte ha statuito che possano essere utilizzate ai fini della prova esclusivamente quelle parti dei verbali di precedenti dichiarazioni oggetto di specifica contestazione. Il principio espresso si segnala per il sostanziale *revirement* rispetto a taluni precedenti della corte regolatrice, secondo cui le dichiarazioni contenute nel

³⁸ E' stato invero sottolineato come , anche a voler tener presenti i lavori preparatori, risulti arduo interpretare l'art. 121 c.p.p. nel senso che esso imponga alle parti obblighi di notifica o di "tempestivo" deposito (DI CHIARA, *Il Contraddittorio nei riti camerali*, cit.).

³⁹ Invero, utili spunti al riguardo sembrano potersi trarre da Cass., Sez. I, 6 maggio 2009, V.S., cit., secondo cui sembrerebbero inammissibili eventuali osservazioni contenute nella comparsa conclusionale.

fascicolo del P.M. ed utilizzate per le contestazioni possono essere acquisite nel fascicolo del dibattimento nella loro interezza e non limitatamente alla parte oggetto della contestazione. Una tale asserzione è stata argomentata osservando che l'integrale acquisizione risponderebbe all'esigenza di una corretta interpretazione e valutazione del contenuto del precedente divergente⁴⁰.

Tuttavia, in un sistema ispirato al principio delle inutilizzabilità delle dichiarazioni rese al di fuori del dibattimento⁴¹, la limitata finalità che giustificerebbe l'acquisizione dell'intero verbale non pare rassicurante, e ciò non soltanto rispetto alla prassi – ove si registrano manifeste violazioni di quel limite⁴² – ma anche sul piano teorico. Invero, consentendo di interpretare le dichiarazioni divergenti alla luce di un complesso compendio di elementi formati *aliunde* rispetto al dibattimento, si finisce per far assurgere quest'ultimi a parametro della stessa prova dibattimentale.

In ogni caso, già da lungo tempo è stato segnalato, quale precipitato del cenato indirizzo, il rischio di “acquisizioni incontrollate di interi verbali” delle dichiarazioni predibattimentali⁴³, la cui conoscenza potrebbe inquinare il libero convincimento del giudice⁴⁴.

⁴⁰ Cass., Sez. I, 1 febbraio 1996-29 febbraio 1996, Buzzone, in *Mass. Uff.*, n. 203898. L'acquisizione integrale è stata affermata, seppur con accenti diversi, anche da Cass., Sez. I, 23 giugno 1993, Medori, in *Mass. Uff.*, n. 195163, secondo cui “*i verbali degli interrogatori resi dall'imputato al p.m. ed al g.i.p. possono essere acquisiti integralmente al fascicolo processuale ex art. 503 qualora, per l'elevato numero di contestazioni mosse all'imputato nel corso dell'esame dibattimentale sia impossibile l'individuazione delle frasi non oggetto delle contestazioni stesse*”. Tra i precedenti dell'indirizzo *de quo* è talora anche annoverata Cass., Sez. VI, 3 marzo 1998, Masone, in *Mass. Uff.*, n. 210216. Tuttavia la lettura della pronuncia nella sua interezza fa ritenere che il principio della integrale acquisizione sia stato adottato nel diverso caso di reticenza di un teste. Vi è invero che nella fattispecie scrutinata dalla Corte regolatrice il teste aveva manifestato la propria volontà di sottrarsi all'esame, dichiarando non soltanto di non sapere nulla della vicenda ma addirittura di non ricordare neppure di essere già stato ascoltato rispetto alla stessa.

⁴¹ Tale principio si ritiene chiaramente rinvenibile nell'art. 514 c.p.p., la cui rilevanza quale “fondamentale norma di chiusura” è predicata da NOBILI, sub art. 515 c.p.p. in *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, V, 1991,441.

⁴² La sentenza in rassegna ha annullato la pronuncia di condanna di uno dei ricorrenti proprio per l'uso a fini probatori di brani non oggetto di contestazione.

⁴³ CONTI, *Principio del contraddittorio e utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni*, in *Dir. pen. proc.* n. 5, 2001, 603. Si noti che l'Autrice, pur riconoscendo che la dichiarazione dibattimentale e quella precedente, oggetto di contestazione, formino una prova complessa conforme al principio del contraddittorio, richiama la necessità di una osservanza rigorosa della lettera dell'art. 503, co. 5, c.p.p..

⁴⁴ Le possibili refluente delle contestazioni sul libero convincimento del Giudice sono state segnalate da ZAPPALÀ, *Prime note sugli atti utilizzabili per il giudizio nella legge delega del 1987 per il nuovo codice di procedura penale*, in *Legislazione penale* 1988, 98.

5. La cognizione del giudice di seconda istanza tra consolidati schemi giurisprudenziali e *fair trail*.

La Corte ha infine affrontato il tema della cognizione devoluta, con l'impugnazione, al giudice di seconda istanza.

Prima però di esporre le considerazioni espresse dai giudici, appare opportuno ripercorrere la vicenda che ha dato luogo alla pronuncia in rassegna.

Il Tribunale, con apposita ordinanza, aveva affermato l'inutilizzabilità delle dichiarazioni di alcuni ufficiali di polizia giudiziaria in ordine alla identificazione operata dagli stessi delle voci di alcuni soggetti captati.

Il pubblico ministero, in uno alla sentenza di assoluzione, aveva gravato anche la prefata ordinanza.

I giudici distrettuali, richiamando diversi precedenti⁴⁵, osservavano che era del tutto legittimo l'uso ai fini della decisione dei riconoscimenti degli ufficiali di polizia giudiziaria, riformando così il giudizio assolutorio in parte *de qua* e comminando pene notevoli.

La decisione della Corte di appello veniva gravata, per ciò che qui rileva, lamentando la violazione del diritto di difesa, giacché gli imputati, preso atto dell'ordinanza con cui il Tribunale aveva ritenuto l'inutilizzabilità delle predette dichiarazioni, non avevano chiesto alcuna perizia al riguardo, né ai primi giudici, né alla Corte distrettuale.

La pronuncia che si annota ha disatteso la censura dei prevenuti.

Dopo aver sottolineato come il nostro sistema delle impugnazioni assicuri alla difesa, attraverso un grado di appello potenzialmente totalmente devolutivo, livelli di garanzie difficilmente rinvenibili nel resto del mondo, i giudici di legittimità hanno affermato che una volta evocato, il giudice di seconda istanza assume la piena cognizione della causa e, salvi i limiti espressamente previsti dalla legge (in particolare, il divieto di *reformatio in peius*) “è abilitato a rivalutare in toto la reg Giudicanda, senza alcun condizionamento derivante dalle valutazioni del giudice di primo grado sia sull'apprezzamento degli elementi di prova sia su profili di invalidità o inutilizzabilità di atti da quello eventualmente ravvisati”.

La tesi dispiegata in sentenza pare conforme alla pregressa e risalente giurisprudenza della medesima Corte⁴⁶ in tema di effetto devolutivo.

⁴⁵ Cass., Sez. VI, 8 gennaio 2008, Gionta, in *Mass. Uff.*, n. 239724; Id., Sez. IV, 22 febbraio 2008, Masalmeh, *ivi*, n. 239523; Id., Sez. V, 27 ottobre 2004, Arcolite, *ivi*, n. 231872; Id., Sez. I, 20 settembre 2007, Anastasi, *ivi*, 238042; Id., Sez. VI, 6 maggio 2005, Musiu, *ivi*, n. 231856.

⁴⁶ In generale i Supremi Giudici hanno affermato che in forza del principio devolutivo la sentenza di

Vi è però da chiedersi se proprio l'ampiezza della devoluzione disegnata dai supremi giudici non renda più acuto il problema, già indicato in dottrina, della conformità dell'istituto dell'appello al modello del giusto processo⁴⁷, in particolare nel caso di riforma della pronuncia assolutoria⁴⁸.

In altri termini è confacente al disposto dell'art. 111 Cost. un giudizio di condanna reso “*senza la necessaria oralità-immediatezza, che garantisce il rapporto diretto tra il giudice che deve esprimere il giudizio e le fonti di prova poste a base del giudizio medesimo*”⁴⁹?

primo grado può essere confermata anche sulla scorta di iter argomentativi financo in contrasto con quelli eletti dal Primo Giudice, giacché non si forma giudicato sugli elementi logico argomentativi fondati sulla valutazione o sulla interpretazione delle circostanze di fatto acquisite al processo (Cass., Sez. Un., 27 settembre 1995, Timpanaro, in *Mass. Uff.*, n. 203904; Id., Sez. IV, 15 dicembre 1999, Corcione, *ivi*, n. 215678; Id., Sez. IV, 18 dicembre 1992, Cornici, *ivi*, n. 193066; Id., Sez. III, 10 dicembre 2008, Pizzi, *ivi*, n. 242995). Assolutamente conforme alle tesi dispiagate nella sentenza in rassegna pare altra pronuncia della Corte regolatrice con cui si è rigettato un ricorso avverso una sentenza di conferma di precedente condanna non soltanto sulla scorta di argomenti differenti rispetto a quelli addotti dai primi giudici, ma anche valutando diversamente l'utilizzabilità del materiale probatorio in atti (Cass., Sez. VI, 08 ottobre 2009, B., in *Mass. Uff.*, n. 245288). In dottrina si è rilevato come il Giudice di appello “*non è vincolato da quanto prospettato dall'appellante ma, relativamente ai punti della decisione cui i motivi di gravame si riferiscono, può affrontare tutte le questioni enunciate all'interno dei medesimi punti, ivi comprese quelle non sollevate nel giudizio di primo grado ma ritualmente proposte con i motivi di appello, accogliendo o rigettando il gravame in base ad argomentazioni proprie o diverse da quelle dell'appellante*” (PARDO, *Il processo penale di appello*, Milano, 2012, pag. 227).

⁴⁷ Sia consentito rinviare a CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza*, Torino, II ed., 2009; ID., *Verso il “giusto processo” d'appello: se non ora quando?* in *Archivio penale*, 2012 n.3. Più in generale si è rilevato come “*il sistema dei controlli in genere e delle impugnazioni in particolare rappresenta uno degli aspetti di più forte criticità del nostro sistema*” (GAITO, *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo*, in *Archivio penale* 2012 n.2).

⁴⁸ Al riguardo si era già rilevato da parte di chi scrive la necessità di un intervento legislativo per “*eliminare la contraddizione inaccettabile, idonea a vanificare tutto l'impianto assestato con il giusto processo, di consentire un giudizio di colpevolezza emesso per la prima volta in appello, ... senza il contraddittorio orale di fronte al giudice chiamato a decidere, con la chiara violazione del diritto di difesa*” (CHINNICI, *Verso il “giusto processo” d'appello*, cit., p. 15). Anche nella vigenza del Codice Rocco, si era ravvisato un “*funzionamento distorto*” del sistema lì dove era possibile pervenire ad un ribaltamento del precedente esito giudiziale “*sulla base di un mero esame di carte, là dove invece lo si potrebbe ammettere come il risultato di un autentico nuovo giudizio con tutte le garanzie del primo*” (CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, vol. I, Milano, 1976, 104 s.). E' stato peraltro osservato come “*il codice vigente ha preteso di mantenere anacronisticamente forme di rimedi che in nulla divergono da quelle già sperimentate nell'esperienza inquisitoria, con refrattarietà tendenziale all'adeguamento delle garanzie concernenti il diritto alla prova, l'oralità ed il contraddittorio come espressione del giusto processo*” (GAITO, *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo*, cit.; ID. *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 5).

⁴⁹ CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza*, pag. 48, cit.. La contraddittorietà dell'attuale istituto dell'appello “*basato sugli atti del processo, e quindi su prove già formate, ragion per cui la decisione può essere riformata da un giudice davanti al quale non è stata assunta alcuna prova*” ed il giudizio accusatorio è stata bene sottolineata da LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, VII, Torino, 2009, p. 667.

Invero, la regola costituzionale prevede un unico modello di giusto processo⁵⁰, cioè quello regolato dal principio del contraddittorio *nella* formazione della prova, davanti ad un giudice terzo ed imparziale⁵¹. Di talché, con specifico riferimento al giudizio di appello, è stato sostenuto che se prima della costituzionalizzazione del giusto processo il giudizio di secondo grado poteva definirsi in modo ortodosso *revisio prioris instantiae*, con la possibilità per il secondo giudice di limitarsi a ripercorrere i sentieri gnoseologici già battuti dal primo, rivalutandoli sulla scorta dei motivi di gravame⁵², oggi l'esaltazione del diritto alla prova contraria previsto dall'art. 111 cost. "*induce a pretendere un novum iudicium vero e proprio*"⁵³, inteso quale "*momento istituzionalmente deputato all'esercizio del diritto alla prova*"⁵⁴.

Recentemente il dibattito si è arricchito di un nuovo spunto proveniente dalla giurisprudenza sovranazionale⁵⁵ che "*ha esplicitato la irrinunciabilità della riassunzione orale della prova a carico ogni qualvolta l'appello sia stato provocato dal p.m. impugnante contro una sentenza di proscioglimento*"⁵⁶.

I Giudici della Convenzione europea hanno osservato come la Corte di se-

Altri hanno ritenuto che lì dove la dialettica critica sul provvedimento impugnato è relegata esclusivamente al controllo cartolare è arduo affermare che il contraddittorio abbia pienezza ed effettività (GAITO, *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo*, cit., pag. 460). Poco sposta nell'ottica che ivi si rappresenta che sussista un penetrante obbligo motivazionale in caso di riforma in appello di una pronuncia di assoluzione in primo grado (tra le altre Cass., Sez. Un., 12 luglio 05, Mannino, in *Mass. Uff.*, n. 231675; Id., Sez. IV, 09 giugno 2005, Baia, in *Mass. Uff.*, n. 232441), poiché quell'obbligo motivazionale presuppone pur sempre una riforma *ex actis*.

⁵⁰ Si è osservato che l'*incipit* dell'art. 111 Cost. – secondo cui la giurisdizione si attua mediante il giusto processo – non consente deroga alcuna (GAITO, *Il ruolo e la funzione del giudizio di legittimità (tra essere e dover essere)*, in *Indice penale*, 2, 2010, 467; ID., *Gli scrupoli del legislatore per l'effettività dei controlli sulla correttezza del metodo probatorio in La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la «Legge Pecorella»*, Torino, 2006, 265).

⁵¹ CHINNICI, *Giudizio penale di seconda istanza*, pag. 72, cit.. Analogamente GAITO, *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo*, pag. 455, cit.; ID., *Verso una crisi evolutiva per il giudizio di appello*, in *Archivio penale*, 2012, 2. Per una posizione radicalmente difforme, sebbene adottata ante riforma dell'art. 111 Cost., sulla compatibilità tra i principi che governano il primo grado di giudizio e l'appello, si rinvia a MASSA, *Contributo allo studio dell'appello nel processo penale*, Milano, 1969. Tuttavia si è già dato conto di osservazioni di segno contrario anche nella vigenza del Codice Rocco (cfr. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, cit.). Peraltro con riferimento all'attuale codice le posizioni che ritengono sussistere una radicale difformità tra i due gradi di giudizio sembrano smentite dall'art. 598 che estende al giudizio di appello le norme del primo grado di giudizio, in quanto applicabili.

⁵² Cfr. De CARO, MAFFEO, voce "Appello", in *Dig. disc. pen.*, V Agg., 2010, I, 44.

⁵³ GAITO, *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo*, pag. 456, cit.

⁵⁴ GAITO, *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo*, pag. 456, cit.

⁵⁵ Ci riferisce in particolare alla decisione della CEDU adottata nel caso Dan v. Moldova il 05.07.2011.

⁵⁶ GAITO, *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo*, pag. 455, cit.

conda istanza non possa, secondo i valori del giusto processo (*“as a matter of fair trial”*), adeguatamente scrutinare l’innocenza o la colpevolezza dell’imputato senza una valutazione diretta della prova (*“without a direct assessment of the evidence”*), cioè senza procedere alla diretta escussione della fonte orale⁵⁷. Peraltro, con un forte richiamo al principio dell’oralità, i Giudici sovranazionali hanno diviso che la valutazione in ordine alla credibilità di un teste è un compito complesso (*“a complex task”*) che di solito non si può svolgere attraverso la semplice considerazione (*“by a mere reading”*) delle sue parole registrate⁵⁸.

Sulla scorta di tali premesse i Giudici hanno dichiarato iniqua ex art. 6 della Convenzione la condanna pronunciata per la prima volta dalla Corte di appello della Moldova, senza una diretta audizione dei testi a carico dell’imputato e sebbene la pronuncia di assoluzione si fondasse su un giudizio di non credibilità degli stessi espresso da un Giudice dinanzi al quale i testimoni erano stati escussi.

Ciò posto ci si deve interrogare quali possano essere le ricadute sul sistema italiano⁵⁹, ed in particolare se dal coacervo delle norme che regolano il giudizio di secondo grado possa ricavarsi un’interpretazione conforme alla nozione di giusto processo adottata dalla Corte europea⁶⁰ oppure se non resti soltanto

⁵⁷ “The Court considers that those who have the responsibility for deciding the guilt or innocence of an accused ought, in principle, to be able to hear witnesses in person and assess their trustworthiness”.

⁵⁸ “The assessment of the trustworthiness of a witness is a complex task which usually cannot be achieved by a mere reading of his or her recorded words”.

⁵⁹ Sebbene in dottrina ci si sia interrogati “se e fino a che punto l’interpretazione di una disposizione della CEDU fornita dalla Corte europea nell’ambito di una decisione resa nei confronti di altri Stati, possa assumere carattere vincolante per il nostro legislatore”, posto che “un conto è una pronuncia resa in un giudizio di cui l’Italia è stata parte, e nell’ambito del quale è stato possibile evidenziare le peculiarità del nostro ordinamento giuridico e i principi del nostro sistema costituzionale. Completamente diverso è invece lo scenario relativo ad un procedimento nei confronti di un altro Stato, magari caratterizzato da un sistema giuridico assai diverso dal nostro” (DONATI, *La Cedu nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in www.osservatoriosullefonti.it) deve ritenersi che il principio di diritto affermato dai Giudici di Strasburgo difficilmente muterebbe in cause con l’Italia quale parte.

⁶⁰ In generale è stato osservato che la “capacità conformatoria” delle disposizioni nazionali consentirebbe la possibilità di trovare una soluzione sul piano ermeneutico capace di armonizzare il diritto interno con l’ordinamento scaturente dalla C.e.d.u. (GAITO, *Il ruolo e la funzione del giudizio di legittimità*, cit.) “evitando il sorgere di un’antinomia normativa ed escludendo quindi la necessità di sollevare questione di legittimità dinanzi alla Corte costituzionale” (PISTORIO, *L’interpretazione convenzionalmente orientata del diritto nazionale: la strada maestra per garantire effettività alle norme CEDU*, in www.foroeuropa.it, 2009, n.3). Si rammenta che secondo il Giudice delle leggi, posta la natura di parametro interposto delle norme CEDU, “al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme.

la strada dell'incidente di legittimità costituzionale dell'art. 603 c.p.p..

A tal fine, attraverso una forzatura interpretativa in via estensiva, il canone dell' "assoluta necessità" di cui alla citata norma⁶¹ - che è uno dei punti di crisi della disciplina del secondo giudizio rispetto al modello giudiziale di accertamento orale - dovrebbe essere inteso in senso minimo: in altri termini la necessità dell'acquisizione delle conoscenze nel contraddittorio per la prova, in caso di appello del pubblico ministero avverso una sentenza liberatoria, dovrebbe ritenersi *in re ipsa*, con una sorta di presunzione di necessità, *iuris et de iure*, pena la violazione dell'art. 111, co. 4, Cost..

Ove non si ritenesse praticabile tale soluzione⁶², le pronunce di condanna delle Corti distrettuali, adottate in riforma di quelle di proscioglimento di primo grado e in assenza di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, rischierebbero di essere oggetto di revisione, a seguito di declaratoria di iniquità della CEDU.

Peraltro, onde evitare lo spettro di prescrizioni a catena, il recupero dell'attività cognitiva dialogica dovrebbe andare di pari passo con un intervento legislativo diretto ad allungare i tempi di prescrizione, o, a sospendere i

Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubbi della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale 'interposta', egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma" (Corte cost. sent. n. 349/2007 par. 6.2; Id. sent. n. 348/2007 par. 5). Tale affermazione è stata ribadita dalla Corte costituzionale anche successivamente all'adesione della Unione europea alla Convenzione dei diritti dell'uomo con il Trattato di Lisbona (cfr. Corte cost. 22 luglio 2011 n. 236) e ciò sebbene talune pronunce di merito avessero ritenuto che tale adesione comportasse un potere di disapplicazione della norma interna contrastante con quella pattizia, al pari di quanto avviene per le norme dell'Unione europea (cfr. Tar Lazio 11984/2010 nonché C.D.S. 1220/2010). Invero i Giudici del merito avevano ritenuto possibile la disapplicazione anche antecedentemente il Trattato di Lisbona. Sulla tendenza dei giudici comuni a "disapplicare" le leggi in contrasto con la Convenzione cfr., fra gli altri, MONTANARI, *Giudici comuni e Corti sovranazionali: rapporti tra sistemi*, Torino, 2002, 130 ss.; RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in Alzea - Spadaro- Ventura, (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, cit., 252 ss.; GUAZZAROTTI, *I giudici comuni e la Convenzione alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1, 2003, 25 ss.; ID., *La Convenzione e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quad. cost.*, 2006, 498 ss., nonché GUAZZAROTTI, COSSIRI, *L'efficacia in Italia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la prassi più recente*, in www.forumcostituzionale.it.

⁶¹ Per una compiuta disamina dell'incremento del materiale probatorio in appello si rinvia a FIORIO, *La prova nuova nel processo penale*, Padova, 2008.

⁶² Al riguardo non ci si può esimere dal rilevare che la reiterata presa di posizione giurisprudenziale secondo cui l'integrazione probatoria in appello è eventualità del tutto eccezionale non lascia ben sperare (cfr. tra le altre Cass., Sez. I, 29 gennaio 2009, Castellana, in Osservatorio del processo penale IV, n.1). Per osservazioni critiche a tale arresto giurisprudenziale si rimanda a GAITO, *Il ruolo e la funzione del giudizio di legittimità*, cit., pag. 468 e ss., ove peraltro si rimarca la compatibilità della rinnovazione dell'istruttoria in appello, anche con il giudizio abbreviato.

termini della stessa in pendenza del secondo grado di giudizio⁶³.

⁶³ Altri hanno suggerito, per contrastare finalità dilatorie delle impugnazioni, interventi dislocati sul piano del diritto penitenziario, assicurando, ad esempio, margini più ampi al non appellante in tema di liberazione anticipata o di esclusione dei divieti all'accesso ai benefici previsti da quell'ordinamento (GAITO, *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo*, pag. 458, cit.).