

Continuiamo ad appellare le condanne penali o condanniamo penalmente l'appello?

di Carlo Alberto Zaina

Il timbro di voce tonante e potente del patrono di parte civile, che risuonava solenne, pareva, nell'appassionato impeto della arringa finale, poter fare crollare gli eleganti stucchi di quella maestosa aula di Corte d'Appello, posta al primo piano del Palazzo di Giustizia.

Tutto il numeroso uditorio raccolto per l'occasione era assorto e rapito nell'ascoltare le dotte ed appassionanti argomentazioni così svolte con sapienza e pathos.

Ero un giovanissimo procuratore legale, che in qualche maniera tentava, dalla parte della disperata difesa dell'imputato di fronteggiare il valore, l'istrionismo e l'esperienza di un principe del foro quale l'Avv. Luigi Benzi (non solo amico di Fellini, ma valente maestro di tutti noi penalisti riminesi).

Eppure, nonostante l'esposizione dell'avv. Benzi fosse, come al solito, avvincente e brillante sia nella forma, che nella sostanza, non potei esimermi dal notare, come certamente lo notò il mio illustre avversario, che uno dei giudici che componevano il Collegio, era distratto, anzi – in realtà – dormiva proprio.

Dopo l'intervento della accusa privata e prima di quello del PG (all'epoca questo era l'ordine degli interventi) fu fatta una pausa.

All'Avv. Benzi che, inviperito e giustamente irritato (si era, infatti, accorto dell'inusuale forma di disinteresse del giudice), lamentava l'accaduto, sottolineando l'inaccettabilità del fatto che uno dei Consiglieri avesse dormito per tutta la sua arringa, seraficamente fu testualmente risposto dal Presidente; "Avvocato non si preoccupi, la par condicio non è affatto in pericolo, tanto il Consigliere dormirà anche durante l'intervento delle altre parti....".

Ho citato questo esempio perché un po' di tempo fa, in una di quelle discussioni metagiuridiche che insorgono tra i giureconsulti moderni, ogni qualvolta avviene un fatto di cronaca che induce a ritenere

che il nostro ordinamento giudiziario sia improntato al principio del "diritto penale mite" e come tale inadeguato a fronteggiare le nuove sfide che quotidianamente la criminalità lancia allo Stato, emerse l'idea di abrogare il giudizio di appello in sede penale.

Si trattò di una proposta certamente provocatoria che provenne da una precisa e ben nota area di pensiero giuridico e politico simbioticamente ispirata a quell'impostazione giustizialista, la quale vede nel processo penale una forma di eminente retribuzione e riparazione della lesione sociale che il reato in genere provoca.

Il processo d'appello, soprattutto quello attuale, viene, da costoro, considerato e percepito, infatti, come un'inutile propaggine del processo di primo grado, una effettiva perdita di tempo, una fase, in sintesi, assolutamente superflua, in attesa dell'ordalia che trova nel rito di legittimità la propria massima espressione.

Ergo, quasi per una strana forma di approssimazioni successive, mi è tornato alla mente quell'aneddoto di inizio carriera, che, seppur attinente ad un comportamento non certo frequente da parte dei magistrati, appariva (e tuttora appare) significativo e sintomatico del valore che talora si attribuisce all'impugnazione di merito ed alla sua discussione.

Il ricordo di quell'episodio è stato, per me, quasi naturale (per non dire automatico) anche perché devo confessare che in qualche altra occasione (ed anche recentemente e pure in casi di non indifferente gravità) mi è capitato di constatare la verifica di sonnolente forme di disaffezione e di disinteresse, analoga a quella descritta, da parte di altri giudici durante la discussione dei difensori.

Probabilmente, anzi sicuramente, la colpa degli attacchi di sonno è ascrivibile all'oratore di turno (quindi talvolta anche mia); egli va, dunque, condannato senza attenuanti.

Credo, però, che al di là dell'aspetto di costume rilevato si imponga una sommaria, per quanto seria riflessione su ciò che è divenuto il processo penale in grado di appello.

Prevale, dunque e, purtroppo, quella visione che si rifà ormai irreversibilmente a quell'indirizzo dottrinale – come detto di estrazione giustizialista – che esclude implicitamente che il procedimento, prima, ed il processo, dopo, integrino e configurino precipuamente un momento di indefettibile ricostruzione storico-logico-critica dei fatti concretanti reato, nonché dell'attribuibilità dei medesimi alle persone (od alla persona) che si reputa sottoporre ad indagine, ma ritiene che lo Stato (e per esso il potere giudiziario dei magistrati) debba incentrare la propria attenzione sulla effettiva punizione dei comportamenti contestati.

In questo senso, come confermate di tale monocola e criticabile visione della giurisdizione, si pongono le plurime osservazioni e contestazioni di grande parte della magistratura alla L. 241/06 in materia di indulto.

Nell'occasione, infatti, autorevoli capi di prestigiosi uffici giudiziari, nonché famosi ex-magistrati, sono giunti a sostenere addirittura l'inutilità della celebrazione della gran parte dei processi concernenti reati commessi prima del 2 Maggio 2006, perché le relative pene sarebbero state coperte

dall'indulto, quindi, ineseguite.

E' evidente che simile orientamento configura una critica capziosa ed infondata, che appare del tutto inadeguata e sorprendente rispetto al valore ed alla preparazione giuridica di chi l'ha avanzata, perché essa manifesta un proprio carattere di assoluta e totale superficialità, nonché di strumentalità rispetto al tema dell'indulto.

Appare, infatti, agevolissimo neutralizzare tale demagogica osservazione.

Se, infatti, il presunto problema che si definirà per comodità come della "*cd. convenienza della giurisdizione penale*", cioè dell'utilità o meno della celebrazione di un processo penale (ammesso che esso si possa correttamente in qualche maniera proporre all'interno del nostro ordinamento che non prevede una discrezionalità dell'azione penale) si dovesse misurare esclusivamente in relazione alla eseguibilità della sanzione irrogata a seguito del giudizio, consequenzialmente, risulterebbero del tutto inutili anche quei processi che si concludano con l'inflizione di una pena condizionalmente sospesa, oppure con una pronuncia di prescrizione del reato, o con l'applicazione dell'amnistia, o successivamente con qualsiasi ulteriore causa di estinzione del reato o della pena.

La digressione sin qui svolta, e che viene immediatamente chiusa, per non introdurre argomenti ultronei al tema in questione, è, comunque, per dirla con termini processuali, elemento di decisivo contrasto rispetto alla espressa convinzione di larghi strati della magistratura e della politica, i quali vedono il processo penale nel suo complesso esclusivamente in funzione della punizione del soggetto (o dei soggetti) inquisito, superando lo step principale concernente l'effettiva esistenza del fatto o l'ascrivibilità dell'accusa mossa all'indagato.

Si valorizza, con un atteggiamento di rispetto ultraortodosso, la presunzione, *iuris et de iure*, secondo la quale se una persona è inquisita, certamente l'accusa si fonda su di un titolo di responsabilità ammissibile giuridicamente (in parole povere "qualcosa avrà pur fatto").

Non intendo affatto sostenere che questo principio sia la regola unica ed unanime; è certo, però, che la comune e quotidiana esperienza processuale e forense induce a percepire e notare distintamente un approccio spesso e sempre più marcatamente aprioristico in senso colpevolistico, rispetto al tema dell'accusa e del processo penale.

Si percepisce, infatti, nell'ambito dei procedimenti penali, prendendo in esame il testo di sentenze od il corpo di provvedimenti cautelari, una sempre più diffusa adesione all'architettura accusatoria delle indagini proposta dal P.M., che proviene, spesso acriticamente, proprio da parte di quelle figure e parti istituzionali giudicanti, che, invece, dovrebbero garantire una simmetrica equidistanza rispetto alla ipotesi avanzate dai contraddittori della controversia.

In questa ottica di portata generale, seppure di prospettiva limitata, si pone, dunque, la verifica dell'approccio rispetto al secondo grado di giurisdizione di merito, cioè all'appello, inteso come giudizio di controllo e verifica rispetto al dibattimento od al giudizio abbreviato di prime cure, (sia in sede sul piano sostanziale, che su quello squisitamente processuale).

Or bene, l'involuzione che questa fase procedimentale sta, ineluttabilmente, subendo e patendo, con un progressivo svuotamento della pregnanza ed importanza del rito stesso, mi induce, purtroppo, a pensare che, seppure per motivi del tutto differenti, coloro, che dall'alto delle loro visioni esclusivamente punitiva e retributiva invocano l'abrogazione di un grado di giurisdizione, finiscano per avere perfettamente ragione.

Plurime sono le cause che mi inducono a ritenere, allo stato dei fatti, di minima utilità nella più complessiva dinamica tecnico-giuridica della scansione del processo penale, il giudizio di appello.

A) In primo luogo la siderale distanza temporale che intercorre fra i due gradi di merito

Eccezion fatta per processi con imputati detenuti o sottoposti a misura cautelare detentiva gradata – quale è l'arresto domiciliare –, situazioni nelle quali pende la spada di Damocle del disposto dell'art. 303 c.p.p. in materia di termini massimi di custodia cautelare, il lasso di tempo che intercorre fra il giudizio di primo grado e quello di appello non è mai inferiore, nei casi più solleciti, a due anni.

Chi scrive potrebbe segnalare, per esperienza professionale anche processi che attualmente non sono stati celebrati dopo che sono trascorsi periodi che superano abbondantemente il lustro.

Eppure uno dei timori non a torto più esacerbati dei magistrati consiste nella possibilità che intervenga la prescrizione del reato e venga così vanificata ogni attività sino ad allora svolta!

Ciò non di meno, gli assurdi tempi della burocrazia, (consistente nel passaggio da un Autorità all'altra dei fascicoli processuali), i sistemi di smistamento ed assegnazione dei processi in presenza di più sezioni (talora svincolati da principi razionali), la stessa struttura dell'istituto dell'appello (che favorisce appelli assolutamente dilatori) e, non ultima, una sorta di mentalità levantina che spesso permea le scelte di noi difensori, concorrono ad ampliare la frattura epocale fra le due fasi.

Avendo operato anche sotto l'imperio del tanto (superficialmente) vituperato codice Rocco, quindi, in un rito inquisitorio, biasimato solo sull'abbrivio di un'astratta voglia di cambiamento, cui è seguito un rito che ha disatteso e deluso le grandi aspettative createsi, penso che il sistema delle impugnazioni e, soprattutto dell'appello, vigente anteriormente al 1988, potesse sostanzialmente reggere l'impatto

delle nuove esigenze processuali, con pochissimi ritocchi.

Sarebbe, infatti, stato sufficiente – mantenendo le due fasi, quella della proposizione, a pena di inammissibilità, della dichiarazione di appello entro tre giorni dalla pronuncia del dispositivo della sentenza e quella della redazione dei motivi successivamente al deposito della motivazione della sentenza – stabilire, innanzi tutto, una procedura snella e lineare.

In sostituzione del termine di venti giorni, che il codice abrogato sanciva (e che decorreva dal deposito della sentenza), sarebbe stato sufficiente un termine unico di quaranta giorni, che avrebbe così evitato, tra l'altro, le sempre cervelotiche elucubrazioni matematiche che si ricollegano ai termini di deposito sanciti dall'art. 544 c.p.p..

B) In secondo luogo va rilevata la sempre più evidente sommarietà del rito (conseguenza anche della frattura temporale di cui al capo I), che si riduce esclusivamente ad una verifica della logicità e plausibilità del giudizio di primo grado

Siccome correlata alla tematica affrontata al punto A) non si può trascurare la considerazione che il processo di appello, ormai non si muove su binari autonomi di eventuale ricerca della verità rispetto al primo grado, ma, spesso, si limita ad una rivisitazione non particolarmente critica dello stesso.

Vale a dire che, pur nella precisa delimitazione del petitum del giudizio di secondo grado, che deriva ex lege dalla tipologia dei motivi di gravame che le parti presentano, è indubbio che le Corti di appello spesso autolimitano il loro raggio di intervento, assumendo (o dando l'impressione di assumere) una posizione quasi "notarile", nel senso di incardinare il proprio giudizio semiautomaticamente sui binari già tracciati dal processo di primo grado.

Non dovrebbe – e non deve – essere così!

Il processo di appello – sia che si dibatta di una mancata assoluzione, sia che si invochi un temperamento della pena o la concessione di un'attenuante – deve costituire un osservatorio autonomo, distaccato e privilegiato per tutte le parti.

Esso deve configurare, quindi, preliminarmente un momento di rivisitazione critica di quanto accaduto, posizione che deve essere assunta indiscriminatamente e senza riserve mentali da tutte le parti protagoniste.

L'accusa pubblica o privata, la difesa, ma, soprattutto, il collegio giudicante devono, prioritariamente a qualsiasi altra ulteriore considerazione di rito e/o di merito, ripercorrere le configgenti ragioni vantate sino ad allora, perché non esistono verità preconfezionate ed intangibili, qualunque sia stato l'esito del giudizio di primo grado, che non è, né può essere, un rito ordalico.

Questo approccio mentale deve investire, soprattutto, il Collegio che potrà, così, sperimentare il principio per il quale la conoscenza degli atti processuali delle fasi procedurali precedenti non deve risolversi in un apprendimento di nozioni di fatto o di diritto destinate, per definizione, unicamente a segnare in modo ineluttabile la sorte del processo di appello, nel segno della conferma della sentenza gravata.

Deve, invece, venire sollecitata la curiosità del giudice della impugnazione di merito, affinché egli verifichi, in maniera indipendente dalle nozioni apprese, se il primo momento della giurisdizione abbia partorito un frutto corretto e se siffatto risultato resista a valutazioni o prospettazioni differenti.

In quest'ottica, come si vedrà in prosieguo, si deve superare quell'orientamento giurisprudenziale che si è andato consolidando nel tempo e che reputa che la motivazione della sentenza di merito di secondo grado possa derivare per fusione delle singole due motivazioni.

Si tratta di un principio che ingiustamente ed erroneamente omologa due fasi processuali, postulando che l'una si risolva nella logica continuazione della prima e viceversa, mentre la decisione (e la motivazione) di secondo grado, invece, deve assolvere a quella funzione di verifica e controllo che ne costituisce la ragion d'essere.

Si tratta, come si vedrà infra di un principio adottato anche e soprattutto nella fase cautelare e che ha suscitato certo – ed uso un eufemismo - perplessità nell'avvocatura.

C) In terzo luogo emerge il carattere sempre più spiccatamente scritto dell'appello, connotato che confligge con l'oralità del processo

E' invalsa, ormai l'opinione che, nei processi che presenti profili di responsabilità particolarmente complessi, oppure in relazione a questioni di diritto che appaiano contraddistinte da rilevanti problemi si debba scrivere molto.

Lo scopo di chi aderisce a questo corrente di pensiero, sempre più ampia, è oltremodo realistico.

Esso deriva dalla considerazione, frutto dell'esperienza, che appare necessario, quantomeno, da parte di colui (o coloro) che propone appello avverso una sentenza, potere suscitare interesse ed, al contempo, intercettare l'attenzione del consigliere relatore; è, infatti, utopistico e sciaguratamente presuntuoso pensare di potere discutere compiutamente ed articolatamente un processo in appello, quando ad ogni udienza sono posti a ruolo almeno una decina di processi concernenti i più disparati reati.

La necessità, però, nella fattispecie non si evolve affatto in virtù, atteso che viene tradito quel

principio di oralità che dovrebbe informare in maniera assolutamente inderogabile il processo penale, rendendolo più agile, più comprensibile, più immediato, più veloce.

Se, dunque, si deve osservare che il carattere dell'oralità si trova, per le ragioni dianzi indicate, attualmente in uno stato preagonico, a cascata, consegue l'evaporazione dell'agilità, della comprensibilità, dell'immediatezza e della velocità.

Siamo dinanzi ad un processo penale inteso nel senso più generale, ed in particolare di fronte al giudizio di appello, che abbandona sempre più il carattere del confronto e del contraddittorio diretto e personale fra le parti, che perde, via via, quel pathos proprio dell'evoluzione dei fatti nel corso dell'udienza, che, inoltre, viene orbatò del connotato della imprevedibilità delle decisioni dei protagonisti ex parte, per attraccare ad un approdo quasi notarile.

Il processo penale eminentemente scritto diviene, dunque, una parodia del processo civile, non lascia spazio alla capacità oratoria dell'avvocato, mortifica le doti di improvvisazione mnemonica, perché pare un compito preparato aliunde.

Gli stessi magistrati che ricevono i nostri corposi ed articolati atti di appello (anche chi scrive ahimè ricorre a siffatto truce espediente) hanno, dunque, un motivo in più per pretendere che il difensore si azzittisca o, comunque, sia conciso, perché dopo aver molto scritto, è inopportuno molto parlare per triturare concetti già esplicitati.

D) In quarto luogo non può passare sotto silenzio che la stessa struttura del rito, che prevede come elemento preliminare pseudo cognitivo la relazione di un membro del Collegio, non appare immune da critiche

Non è revocabile in dubbio il condizionamento evidente che deriva, in una simile situazione, dalla circostanza che sia prevista la figura di un relatore, il quale, seppur sommariamente, deve conoscere in modo approfondito l'insieme dei dati salienti relativi alle fasi processuali anteriori (o comunque ciò che al medesimo appare rilevante), deve riferirli preliminarmente ad ogni altro tipo di intervento delle parti – fatto salvo un eventuale concordato ex art. 599/4° c.p.p. - e sia prevista la partecipazione al giudizio di due membri del Collegio che, invece, conoscono molto relativamente il processo.

Fuori dai denti e senza ipocrisia, reputa chi scrive che spesso con la relazione introduttiva si celebra un vacuo e annoiante rito di maniera.

Sovente le relazioni introduttive configurano nient'altro che un lunga ed incomprensibile litania di fatti e situazioni di diritto, che viene letta e snocciolata in forma neutra, atona, talora incomprensibile, quasi una preghiera a bassa voce, di cui nessuno dei presenti osa confessare non avere capito passaggi essenziali.

Non che il problema riposi nella capacità dei singoli di esprimersi con toni squillanti di voce, giacché sarebbe sufficiente potenziare i sistemi di amplificazione dei Tribunali.

Il modo con cui la relazione viene troppo spesso svolta è, invece, paradigma sintomatico e significativo della progressiva ed irreversibile perdita di importanza che tale atto, inteso come sunto di quanto avvenuto a far data dalla commissione del reato, ha accusato in progresso di tempo.

Atteso l'approccio che spesso si rinviene in relazione a questo cruciale momento processuale, credo che la fase della relazione, così come svolta attualmente, dovrebbe essere abrogata.

Ritengo che più costruttivo potrebbe essere, infatti, che le parti fossero essere direttamente ammesse ad illustrare le proprie doglianze, tramite i motivi di appello, allo stesso modo che si segue negli USA, di fronte alle Corti Supreme dei singoli Stati.

I componenti la Corte dovrebbero, dunque, giungere tutti a conoscere il caso che si tratta, in relazione alla tipologia delle ragioni di appello, (di rito o di merito) sicché è di tutta evidenza che ben differente potrebbe essere l'approccio ermeneutico a seconda di quale sia la doglianza proposta.

Penso, inoltre, che una spinta ausiliaria a potere adottare una simile impostazione potrebbe giungere attraverso una regolamentazione dei casi in cui l'appello sia ammesso ed attraverso una delimitazione dei motivi che possano ritualmente permettere il secondo grado di merito, così come già sancito per il ricorso in cassazione dall'art. 606 c.p.p., ma adottando parametri espressi di minori equivocità.

E) In quinto grado, va rilevata l'eccezionalità dei casi in cui avviene la rinnovazione del dibattimento di primo grado

Il tema che si solleva in questo paragrafo si riconnette intimamente con l'affermazione, testè svolta, secondo la quale appare indifferibile e necessario pervenire ad un individuazione precisa dei casi in cui è ammesso l'appello, nonché alla circoscrizione delle ragioni in base alla quale si possa chiedere un secondo processo di merito.

Va, infatti, rilevato che, nonostante esista una previsione espressa data dall'art. 603 c.p.p., che regola la "rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale", vuoi per difetti genetici delle richieste che si avanzano, (quali la superfluità, o la ripetitività o, addirittura la inutilità delle prove che si richiedono da parte delle difese), vuoi per un atteggiamento mentale e psicologico di resistenza alla richiesta di approfondimenti tematici specifici, da parte dei magistrati, in presenza di un quadro probatorio di primo grado, che presenti il requisito minimo di una sufficienza border line, è raro che si addivenga

ad una novazione dell'impianto indiziario già apprezzato dal primo giudice.

Tale atteggiamento la scia perplessi, in quanto si deve osservare, infatti, che il raggiungimento del livello minimale di valenza probatoria, non significa automaticamente e necessariamente che ci si trovi dinanzi ad un quadro rassicurante al di là di ogni ragionevole dubbio, ben potendo – spesso – apparire non solo auspicabile, ma, addirittura necessario, un approfondimento di elementi valutativi che permangono in una zona di ombra.

E dire, poi, che la norma al comma 1° dell'art. 603 c.p.p., lascia una vera e propria prateria di discrezionalità al giudice, attraverso l'inciso “*se ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti*”!

Nonostante, quindi, la presenza di strumenti normativi precisi ed azionabili, con una certa facilità, si deve concludere che le Corti di Appello non peccano certo di eccessiva curiosità e che si presume che le prove assunte in primo grado siano, per lo più esaustive e sufficienti al giudizio,

F) In sesto luogo si appalesa la carenza di motivazione delle sentenze di secondo grado che, talora, motivano per relationem rispetto alla sentenza di primo grado

In pratica si è verificata in svariate occasioni una situazione in base alla quale, in presenza di una sentenza di primo grado molto apprezzata dai giudici dell'appello, la parte motiva del provvedimento da questi emesso si è limitata a richiamare per relationem il precedente.

In buona sostanza, si è invertito quel processo che, usualmente, la giurisprudenza ha individuato come sintomatico dell'effetto devolutivo dell'appello e che ha sempre giustificato la possibilità che il giudice di grado secondo potesse intervenire ad adiuvandum in presenza di una motivazione di primo grado insufficiente.

Si tratta di un orientamento che, da tempo, ha manifestato i propri effetti, posto che già la Suprema

corte di Cassazione Sez. III, fin dal 14 Febbraio 1994 ebbe a sostenere che “*..in tema di sentenza penale di appello, non sussiste mancanza o vizio della motivazione allorquando i giudici di secondo grado, in conseguenza della completezza e della correttezza dell'indagine svolta in primo grado, nonché della corrispondente motivazione, seguano le grandi linee del discorso del primo giudice. Ed invero, le motivazioni della sentenza di primo grado e di appello, fondendosi, si integrano a vicenda, confluendo in un risultato organico ed inscindibile al quale occorre in ogni caso fare riferimento per giudicare della congruità della motivazione*”.

Ci si augurava che siffatto discutibile arresto interpretativo rimanesse isolato, posto che esso configurava una situazione processuale di assoluta omologazione e fusione del giudizio di appello con quello, ontologicamente e giuridicamente differente, di primo grado e, di conseguenza, l'abolizione di quei caratteri di indipendenza ideativa che, invece, avrebbero dovuto, comunque, permanere indiscussi.

In pratica, vi è da domandarsi, alla luce di quanto precede, se sia possibile affermare l'esistenza della sentenza giuridicamente e fattualmente perfetta e, inoltre, se tale tipo di provvedimento possa essere emesso dal giudice di primo grado, sì da vanificare ogni pretesa di riesame e di verifica in sede di appello di merito.

Al di là delle amare quanto facili ironie (tant'è che, però, stando al tenore letterale della massima riportata la sentenza perfetta esiste) è sempre più evidente un approccio ermeneutico al gravame ed all'oggetto del gravame, che tende a ridurre l'impatto ed il dovere motivo correlato alla scelta operata. Soprattutto, è insorta una visione che privilegia la conservazione del provvedimento di primo grado anche, laddove lo stesso presenti profili che lo rendano gravissimamente lacunoso.

Questo tipo di orientamento non ha trovato ostacoli di sorta, posto che si può affermare che, allo stato attuale, esso permane senza dubbio alcuno ed influenza in maniera rilevante la vita dei processi penali.

Una espressione sintomatica della maggiore e sempre più diffusa applicazione del descritto principio, che definiremo per provocatoria comodità della reductio ad unicum dei due gradi di giurisdizione, si rinviene, usualmente nell'ambito del giudizio cautelare.

In questo caso, si verifica il fenomeno esattamente opposto a quello riportato nella massima cui si è fatto in precedenza cenno.

A fronte di un provvedimento che possa manifestare di essere affetto da un vizio motivo, non solo formale (quale la contraddittorietà o l'insufficienza), ma addirittura sostanziale (quale la totale mancanza), al giudice di secondo grado (sia esso del riesame ex art. 309 c.p.p, sia esso dell'appello ex art. 310 c.p.p.) si afferma conferito il potere di supplire a tali mancanze.

Ha, infatti, precisato, recentemente la Sez. II della Cassazione, in data 4 Dicembre 2006, n. 1102 (rv. 235622) : “*Atteso l'effetto interamente devolutivo che caratterizza il riesame delle ordinanze applicative di misure cautelari, deve ritenersi che il tribunale del riesame possa sopperire, con la propria motivazione, non solo all'insufficienza o contraddittorietà della motivazione del provvedimento genetico della misura, ma anche alla sua totale mancanza o mera apparenza, esplicitando, per la prima volta, le ragioni giustificative della misura cautelare adottata*”.

Visione che ribadisce una sorprendente precedente decisione della Sez. VI, 16 Gennaio 2006, n.

8590³ A.P. (rv. 233499) secondo la quale “*Atteso l'effetto interamente devolutivo che caratterizza il riesame delle ordinanze applicative di misure cautelari, deve ritenersi che il tribunale del riesame, cui è conferito il potere di annullare, riformare o confermare il provvedimento impugnato anche per ragioni diverse da quelle in esso indicate, possa sanare, con la propria motivazione, le carenze argomentative di detto provvedimento, pur quando esse siano tali da dar luogo alle nullità, rilevabili d'ufficio, previste dall'art. 292, comma secondo, lett. c) e c bis), cod. proc. Pen.*”.

Senza insterilirsi in inutili e vacue polemiche, non si può tacere la grande sorpresa data dalla posizione di errato ecumenismo, assunta dalla Corte di legittimità, la quale, operando un improprio richiamo al principio devolutivo, ha tratto ossigeno da questo specifico spiraglio, per conferire al Tribunale del Riesame un potere negativo che funga da fattore riequilibrante quel potere positivo che lo stesso organo possiede e che consiste nell'annullare eventualmente per qualsiasi motivo (anche differente dal dedotto) un'ordinanza cautelare.

Detto potere negativo altro non sarebbe che quello dell'attitudine a colmare radicali vizi dell'atto, quale, ad esempio, quello dell'inesistenza della motivazione, sì che il Collegio assumerebbe una funzione di supplenza rispetto alle carenze del giudice della cautela, il quale si vede, così, potenzialmente sempre graziato, anche in occasione di errori particolarmente importanti.

Senza indugiare ulteriormente su questo profilo che merita, senza dubbio, più tempo e più spazio argomentativo, l'approdo giurisprudenziale descritto è, comunque e purtroppo, significativo di una tendenza allarmante, orientata nel senso di chiudere qualsiasi spazio di rivisitazione critica dei provvedimenti giurisdizionali, creando – così – una sorta di intangibilità e conservazione degli stessi, attraverso la possibilità di successivi interventi correttivi, se non, addirittura di veri e propri trapianti di motivazioni.

In buona sostanza si è dinanzi ad una situazione che può essere parafrasata con un esempio, quale è quello per cui l'esaminatore chiamato a verificare la correttezza del compito dell'esaminato, una volta verificata la erroneità e l'insufficienza dell'elaborato, non solo non lo censura e non lo biasima, ma anzi lo riscrive in forza dei propri convincimenti ed il risultato di questo intervento viene assunto come un compito valido!

G) In settimo e finalmente ultimo luogo non può essere dimenticata la responsabilità culturale delle parti del processo che spesso impugnano per motivi palesemente infondati od addirittura inammissibili

Si è detto in precedenza che si avverte sempre più prepotente la necessità di un'effettiva e rigorosa regolamentazione dei casi in cui la sentenza penale possa venire appellata.

E' evidente che si deve pervenire all'applicazione di un principio di tassatività, cioè si deve sancire in quali occasioni e per quali motivi si possa rimettere in discussione la sentenza emessa in primo grado.

Si tratta di una rivoluzione copernicana, perché investe il modo di pensare e di agire processualmente di tutti le parti processuali e più complessivamente degli operatori del diritto.

Troppo spesso, infatti, (bisogna ammetterlo senza reticenze corporative) i difensori propongono gravami dilatori, generici, palesemente infondati, che mirano solamente a lucrare vantaggi di natura temporale.

I più anziani ricorderanno che, non a caso, nel compianto codice di rito esisteva un istituto che conferiva il potere al giudice a quo di verificare la fondatezza e l'ammissibilità del gravame di merito.

Si trattava, ovviamente di una facoltà caduta pregressivamente in desuetudine, giacché non vi è memoria di interventi di giudici di primo grado che si siano frapposti al corso naturale e fisiologico dell'impugnazione.

Certo è, che questa forma di controllo preventivo era prevista ex lege (e simile scelta dimostrava l'avvedutezza e la lungimiranza di un legislatore cd. di regime, dote di cui il legislatore cd. democratico non pare, invece, possedere) ed è progressivamente stata disapplicata solo per una scelta di prassi procedimentale, per poi non venire nemmeno riproposta nel codice del 1988.

Si è trattato di un indirizzo e di un'opzione profondamente errata, perché il codice del 1988 ed i suoi artefici non paiono, in alcun modo, aver fatto tesoro di esperienze pregresse. Se, in precedenza, era stato previsto normativamente un sistema di verifica preventiva dell'ammissibilità e fondatezza dell'impugnazione di merito, è evidente che ci si era posto il problema del proliferare di appelli immeritevoli di essere portati all'attenzione dei giudici di secondo grado.

Si era, così, creato, un meccanismo di deflazione, in teoria assai efficace, che poteva operare attraverso una sorta di filtro, che, però, per imperscrutabili ragioni è abortito.

Probabilmente si è temuto che il giudice la cui sentenza veniva impugnata potesse, per qualche motivo, operare – dichiarando inammissibile l'appello - in una situazione per così dire, usando una formula assai in voga, di “conflitto di interessi”. Si è dimenticato che contro tali provvedimenti era ammesso il ricorso per cassazione.

Volendo prescindere da qualsivoglia querelle sul trascorso codice, vi è, però, da rilevare che un simile

strumento di verifica pregiudiziale potrebbe essere recuperato, perché ben si potrebbe armonizzare con un regime di impugnazioni di merito ispirato a principi di stretta tassatività e legalità, consistente cioè di una previsione esplicita e chiara – lo si ribadisce per l'ennesima volta – delle ipotesi in cui l'appello sia ammissibile.

Si è detto che è necessario, per potere superare l'impasse dell'esponenziale aumento degli appelli, che tutti i protagonisti del processo penale e gli avvocati penalisti, che sempre si sono mostrati responsabili e preoccupati per la sopravvivenza di un giusto giudizio, devono distinguersi in modo particolare, abbandonando posizioni che possano apparire legate ad interessi para-corporative.

Conclusioni

Il giudizio di appello deve, dunque, assumere una veste qualificata, superando miserevoli banalizzazioni, che sviscerano il nostro dovere quotidiano di difensori, pena davvero la sua abrogazione.

Probabilmente queste brevi note, risentono anche, dell'amarezza e del disincanto di una mia recente e pesante esperienza professionale.

Posso dire che questa vicenda è, però, stato solo il detonatore di un sentimento di malinconica rabbia professionale che covo da tempo.

Constato, quotidianamente che a fronte di una sofferta partecipazione alla sorte dell'assistito, a fronte di sacrifici personali necessari per essere sempre aggiornati e giuridicamente all'altezza delle situazioni che si paventano, a fronte della volontà di essere sempre pronti ad affrontare gli imprevisti insiti nelle pieghe del processo, a fronte dell'orgoglio di non trovarsi mai impreparati (perché raramente i magistrati perdono l'occasione per mettere impietosamente a nudo il tuo difetto contingente o strutturale), ci si imbatte sempre più in un crescente disinteresse per le tesi propugnate, in una malcelata sopportazione dell'attività del difensore, per non dire talora aperta in una avversione. E allora, se questa è la situazione che – senza drammatizzazioni melò o inusuali forzature – si prospetta, ben venga l'abrogazione dell'appello, scelta che come dicevo, all'inizio è tanto accarezzata da precisi ambienti giudiziari.

D'altronde, forse, non vale la pena di prendersela più di tanto perché anche in passato succedevano episodi sui quali si sorrideva per non arrabbiarsi.

Non a caso ho, infatti, ricordato in premessa l'aneddoto che mi ha visto partecipe ai prodromi della professione.

Da tale epoca molta acqua è passata sotto i ponti, ma constato che ben poco è mutato. E allora ? Forse parliamo di nulla. Scusate il disturbo.

1 Corrente di ispirazione cattolica che si rifa a Don Andrea La Regina , responsabile solidarietà sociale della Caritas italiana. il quale ha recentemente affermato “...*Invece a questa ondata giustizialista e a questa ondata emotiva bisogna contrapporre l'idea di un diritto penale mite. Pene certe ma brevi. Non possiamo eludere i diritti dei detenuti, della persona detenuta, nè il senso di giustizia delle vittime e la sicurezza dei cittadini. Ma questo non vuol dire accanirsi contro chi ha commesso reato. Noi dobbiamo lavorare sull'opinione pubblica per spiegare che pene lunghe non equivalgono a maggiore sicurezza.*”

2 Scauri, Cass. Pen., 1995, 2921, Mass. Pen. Cass., 1994, fasc. 7, 125.

3 CED Cassazione, 2006, Arch. Nuova Proc. Pen., 2007, 2, 253, Riv. Pen., 2007, 1, 108.