

IPSOA

Diritto penale e processo

Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina

ISSN 1591-5611 - ANNO XXIII - Direzione e redazione Via dei Missaglia, n. 97 - 20142 Milano

10/2017

► edicolaprofessionale.com/DPP

Soggezione del giudice alla legge: il corto circuito della riforma Orlando

I nuovi artt. 338 e 339 *bis* c.p.

Colpa penale del sanitario dopo la legge "Gelli-Bianco"

RIFORMA

LEGGE ORLANDO

- Condotte riparatorie ed estinzione del reato
- Inasprimenti sanzionatori per i furti
- Prescrizione dei reati
- Indagini
- Archiviazione
- Procedimenti speciali
- Impugnazioni: linee guida e appello
- Dibattimento a distanza

DIREZIONE SCIENTIFICA

Giorgio Spangher
Paolo Pisa (condirettore)

COMITATO SCIENTIFICO

Roberto Bartoli
Paolo Ferrua
Luigi Kalb
Antonella Marandola
Francesco Palazzo
Marco Pelissero
Sergio Seminara
Paolo Tonini



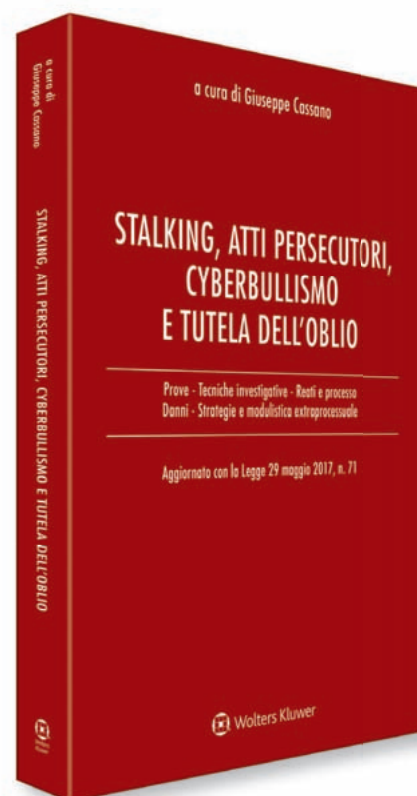
STALKING, ATTI PERSECUTORI, CYBERBULLISMO E TUTELA DELL'OBLIO

A CURA DI GIUSEPPE CASSANO

€ 65

Cod. 00228811

L'obiettivo del volume è fornire all'operatore giuridico tutti gli strumenti su come difendersi dagli attacchi sempre più invasivi alla persona, con particolare riferimento a Internet. Si affrontano compiutamente tutte le problematiche connesse allo **stalking**, agli **atti persecutori**, alla nuova **legge sul cyberbullismo** e, più in generale, alla **tutela della persona in Internet**, con particolare riferimento al **diritto all'oblio**. Le problematiche vengono sviscerate sia dal punto di vista scientifico che dal punto di vista pratico-operativo e si offrono quindi all'operatore tutte le risposte che nascono dal dover adattare le norme al complesso mondo del digitale. Sono infine approfonditi i problemi connessi alle prove, alle tecniche investigative, ai profili processuali, alla richiesta dei danni, alle problematiche extraprocessuali. Completano il testo una serie di schemi, tabelle e moduli di pratico utilizzo.





EDITORIALE

Riforma della giustizia

SOGGEZIONE DEL GIUDICE ALLA SOLA LEGGE E DISFUNZIONI DEL LEGISLATORE: IL CORTO CIRCUITO DELLA RIFORMA ORLANDO
di *Paolo Ferrua*

1265

SPECIALE - RIFORMA ORLANDO (I)

Diritto penale

CONDOTTE RIPARATORIE ED ESTINZIONE DEL REATO *EX ART. 162 TER C.P.*: DEFLAZIONE SENZA *RESTORATIVE JUSTICE*
di *Chiara Perini*

1274

RIFORMA ORLANDO ED INASPRIMENTI SANZIONATORI: LUCI ED OMBRE DI UN INTERVENTO INEVITABILMENTE SETTORIALE
di *Paolo Pisa*

1283

LA NUOVA DISCIPLINA DELLA PRESCRIZIONE DEL REATO: LA MONTAGNA PARTORÌ UN TOPOLINO?
di *Francesco Viganò*

1289

Processo penale

LE NUOVE INDAGINI PRELIMINARI: RINFORZO DI GARANZIE ED ACCELERAZIONI FUNZIONALI
di *Angelo Giarda*

1302

LA RIFORMA IN MATERIA DI ARCHIVIAZIONE: NULLITÀ DEL PROVVEDIMENTO E CONTROLLO GIURISDIZIONALE MEDIANTE RECLAMO
di *Luigi Kalb*

1307

MODIFICHE AI RITI SPECIALI
di *Antonella Marandola*

1317

LA RIFORMA DELLE IMPUGNAZIONI: LE LINEE GUIDA
di *Giorgio Spangher*

1325

IL "NUOVO" GIUDIZIO DI APPELLO
di *Giorgio Spangher*

1327

LA SUCCESSIONE DI LEGGI CHE REGOLANO IL RICORSO IN CASSAZIONE DEL P.M. IN CASO DI DOPPIA CONFORME ASSOLUTORIA
di *Gaetano Pecorella*

1330

LA PARTECIPAZIONE AL DIBATTIMENTO A DISTANZA
di *Agostino De Caro*

1333

LEGISLAZIONE

Delitti contro la PA

L. 3 luglio 2017, n. 105

1343

I NUOVI ARTT. 338 E 339 *BIS* C.P.
di *Sergio Seminara*

1344

GIURISPRUDENZA

Osservatori

OSSERVATORIO CORTE COSTITUZIONALE
a cura di *Giuseppe di Chiara*

1350

OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - DIRITTO PENALE
a cura di *Stefano Corbetta*

1353

OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - PROCESSO PENALE
a cura di *Antonella Marandola*

1359

Diritto penale e processo

Sommario

OSSERVATORIO CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI

a cura di *Irene Scordamaglia*

1365

Giurisprudenza commentata

Colpa medica

Cassazione Penale, Sez. IV, 7 giugno 2017 (ud. 20 aprile 2017), n. 28187

LA CASSAZIONE E IL GRADO DELLA COLPA PENALE DEL SANITARIO DOPO LA RIFORMA "GELLI-BIANCO"

di *Gian Marco Caletti e Matteo Leonida Mattheudakis*

1369

Misure cautelari reali

Cassazione Penale, Sez. III, 22 dicembre 2016 (ud. 20 ottobre 2016), n. 54531

1380

LEGITTIMO IL SEQUESTRO PREVENTIVO DI ANIMALI DOMESTICI: PER LA CASSAZIONE SONO *RES*di *Samuele Michelagnoli*

1381

GIUSTIZIA SOVRANAZIONALE

OSSERVATORIO CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

a cura di *Carlotta Conti*

1389

OSSERVATORIO CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

a cura di *Silvio Riondato*

1393

INDICI

INDICE AUTORI, CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI, ANALITICO

1396

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

Diritto penale: A. Bernardi; M. Bertolino; S. Canestrari; A. Ceretti; G. De Francesco; M. V. Del Tufo; E. Dolcini; M. Donini; G. Fian-daca; A. Fiorella; G. Flora; G. Fornasari; G. Forti; A. Gargani; G. Grasso; R. Guerrini; G. Insolera; S. Larizza; C. de Maglie; V. Maiello; G. Mannozi; F. Mantovani; A. M. Maugeri; E. Mezzetti; V. Militello; A. Pagliaro; C. E. Paliero; M. Papa; L. Picotti; L. Riscato; M. Ro-mano; A. Vallini; F. Vigano.

Processo penale: A. Bargi, G. Bellantoni, A. Bernasconi, P. Corso, A. De Caro, P. Dell'Anno, V. Fanchiotti, L. Filippi, C. Fiorio, A. Gai-to, A. Giarda, P. Gualtieri, S. Lorusso, M.R. Marchetti, E. Marzaduri, M. Menna, A. Molari, P. Moscarini, G. Pansini, V. Patanè, A. Pennisi, G. Pierro, A. Presutti, S. Sau, A. Scaglione, M. Scaparone, A. Scella.

Giurisprudenza italiana n. 7/2017

Diritto penale:

- A. Rossi, *La sentenza dichiarativa di fallimento quale condizione obiettiva di punibilità nelle bancherotte prefallimentari: "pace fatta" tra giurisprudenza e dottrina?* (Cassazione penale, Sez. V, 22 marzo 2017 (ud. 8 febbraio 2017), n. 13910); 1679.
- A. Della Bella, *Per la Cassazione i detenuti in "41 bis" non possono scambiarsi generi alimentari: qualche riflessione a margine di un divieto dal sapore vessatorio* (Cassazione penale, Sez. I, 8 febbraio 2017 (ud. 31 luglio 2016), n. 5977); 1689.

Diritto processuale penale:

- G. Spangher, *Nullità della sentenza predibattimentale d'appello: escluso l'annullamento con rinvio* (Cassazione penale, Sez. un., 9 giugno 2017 (ud. 27 aprile 2017), n. 28954); 1695.
- E. Turco, *"Tenuità del fatto" e restituzione degli atti nel rito monitorio: regressione "abnorme"?* (Cassazione penale, Sez. I, 28 mar-zo 2017 (ud. 21 dicembre 2016), n. 15272); 1699.

Riforma della giustizia

Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando

di Paolo Ferrua

Interpretazioni "creative" e disfunzioni del linguaggio legislativo si alimentano vicendevolmente in un circolo vizioso, come bene esemplifica la riforma "Orlando". Ne deriva una profonda crisi del principio di soggezione del giudice alla sola legge, già notevolmente indebolito dalle sentenze costituzionali sul carattere vincolante delle interpretazioni della Corte di Strasburgo. L'asse della legalità si sposta sempre più dalla legge verso la giurisprudenza, mentre si manifesta la tendenza ad attribuire alla Cassazione e, in particolare, alle Sezioni unite poteri di interpretazione vincolante. Non è una buona soluzione. Nell'assetto di una magistratura reclutata per concorso e politicamente irresponsabile la tutela della legalità deve restare affidata *in primis* al carattere precettivo della legge. L'impegno alla chiarezza e alla coerenza del linguaggio legislativo è un compito difficile, ma irrinunciabile e perfettamente ragionevole.

Premessa

Nella serie delle leggi che hanno variamente inciso sul vigente codice di procedura penale la "riforma Orlando" segna un punto di grave decadenza, sotto il profilo sia della tecnica legislativa sia dei contenuti. Considerato lo stato di dissesto del codice di rito, ormai disarticolato e reso pressoché illeggibile dai continui ritocchi del legislatore e della Corte costituzionale, ciò di cui più si avvertiva la necessità era una moratoria delle innovazioni, accompagnata da una semplice quanto preziosa opera di riscrittura, volta a mettere ordine nel caos delle sue disposizioni; a chiarirne il significato spesso oscuro, a risolvere le numerose contraddizioni, a eliminare le inutili ridondanze. Un intervento, insomma, da svolgersi più nella logica del togliere che dell'aggiungere. Questa riforma, invece - che, lungi dall'esserlo, si presenta come ambiziosamente organica - accresce ulteriormente la frammentazione e il disordine del sistema, sollevando diversi interrogativi sia sul senso delle disposizioni sia sulla loro legittimità costituzionale. Il che, naturalmente, non esclude la presenza, fra le tante, di qualche innovazione condivisibile.

Ad esempio, quella che limita il ricorso per cassazione contro la sentenza di patteggiamento "solo per motivi attinenti all'espressione della volontà dell'imputato, al difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza, all'erronea qualificazione giuridica del fatto e all'illegalità della pena o della misura di sicurezza" (art. 448, comma 2 *bis*, c.p.p.); limite coerente con il carattere schiettamente negoziale del patteggiamento dove manca un positivo accertamento sul tema storico e appare, quindi, inammissibile una censura della decisione sotto il profilo della ricostruzione del fatto. Altrettanto dicasi per il ricorso del pubblico ministero avverso la sentenza d'appello che confermi il proscioglimento, esperibile solo per i motivi di cui alle lett. a), b), c) dell'art. 606 c.p.p. (art. 608, comma 1 *bis*, c.p.p.). Condivisibile, infine, per il vantaggio che può recare alla speditezza processuale il ripristino del concordato sui motivi di appello, sebbene susciti qualche perplessità, anche sotto il profilo della legittimità costituzionale, l'esclusione di una serie di delitti dalla procedura del concordato (art. 599 *bis* c.p.p.).

Disfunzioni della riforma "Orlando"

Nel complesso, tuttavia, prevalgono le note negative. Vediamo le principali:

A) La partecipazione al dibattimento a distanza viene resa obbligatoria per l'imputato detenuto per uno dei reati indicati nell'art. 51, comma 3 *bis* e nell'art. 407, comma 2, lett. a), n. 4, c.p.p., anche nei processi relativi a reati per i quali sia in libertà (art. 146 *bis*, comma 1, c.p.p.). Scelta eccepibile per il suo automatismo, slegato da qualsiasi verifica sulle gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico che ipoteticamente potrebbero entrare in bilanciamento con l'inviolabile diritto di difesa, nel quale è incluso anche il diritto dell'imputato a presenziare fisicamente all'udienza. La nuova disciplina muove evidentemente dal presupposto, di dubbia legittimità costituzionale, che, a comprimere quel diritto, sia sufficiente anche il semplice risparmio dei costi connessi alla traduzione da una sede all'altra (il c.d. turismo giudiziario).

Va ancora peggio con un successivo comma: "Fuori dei casi previsti dai commi 1 e 1 *bis*, il giudice può disporre con decreto motivato la partecipazione a distanza anche quando sussistano ragioni di sicurezza, qualora il dibattimento sia di particolare complessità e sia necessario evitare ritardi nel suo svolgimento, ovvero quando si deve assumere la testimonianza di persona a qualunque titolo in stato di detenzione presso un istituto penitenziario" (art. 146 *bis*, comma 1 *quater*, c.p.p.). Dunque, sulla base di parametri vaghi e sfuggenti, come le ragioni di sicurezza e le esigenze di celerità processuale, la partecipazione a distanza potrà essere disposta per qualsiasi reato anche quando l'imputato sia a piede libero.

Si stenta a credere che ad un imputato con piena libertà di circolazione possa essere vietato l'ingresso nell'aula dove si svolge il suo processo; che gli sia consentito di recarsi ovunque, ma non nel luogo dove si discute della sua colpevolezza e della pena che può essere inflitta. Cosa rispondere al grido di protesta di chi, davanti ad un simile interdetto, invoca le regole del giusto processo? Gli si dirà che queste sono rispettate perché può seguire il dibattimento ad una "giusta" distanza, collegandosi in via telematica? Il conflitto con le garanzie costituzionali non potrebbe essere più evidente.

B) Nel palese intento di assecondare una tesi largamente diffusa in giurisprudenza, il nuovo comma 6-*bis* dell'art. 438 c.p.p. dispone che "la richiesta di giudizio abbreviato proposta nell'udienza preliminare determina la sanatoria delle nullità, sempre che non siano assolute, e la non rilevanza delle inuti-

lizzabilità salvo quelle derivanti dalla violazione di un divieto probatorio. Essa preclude altresì ogni questione sulla competenza". Benché la "sanatoria" e la "non rilevanza" ivi previste siano direttamente collegate alla richiesta di giudizio abbreviato, è evidente che l'effetto si realizza solo in quanto la richiesta sia accolta, ossia disposto l'abbreviato.

Ciò premesso, la clausola relativa alle "inutilizzabilità" apre un netto divario tra ciò che presumibilmente si intendeva dire e ciò che in realtà si è detto. Gli artefici della disposizione intendevano, con ogni probabilità, riproporre la nota distinzione tra inutilizzabilità "fisiologiche", ossia connesse all'irrelevanza probatoria degli atti compiuti nell'indagine preliminare in assenza di contraddittorio, e le inutilizzabilità patologiche, derivanti dalla violazione delle regole previste per la valida assunzione delle prove. Le prime non rilevabili, avendo l'imputato stesso con la richiesta di abbreviato rinunciato al contraddittorio nella formazione della prova. Le seconde, invece, rilevabili in ogni stato e grado del processo, in coerenza con l'esclusione della sanatoria per le nullità assolute.

Sennonché la nuova legge parla di inutilizzabilità "derivanti dalla violazione di un divieto probatorio", e la relativa categoria è ben più ristretta rispetto a quella della inutilizzabilità "patologica". Infatti, mentre quest'ultima, purché espressamente prevista, deriva da qualsiasi violazione delle regole probatorie, i divieti probatori, correttamente intesi, riguardano solo le regole di esclusione, ossia le regole che negano l'ingresso nel processo a prove ritenute inammissibili; prove che il giudice non ha il potere di assumere e, come tali, destinate a restare giuridicamente irrilevanti, *tamquam non essent*.

In presenza di divieti probatori l'inutilizzabilità è *in re ipsa*, nel senso che quand'anche non fosse espressamente comminata, sarebbe comunque conseguente all'acquisizione della prova inammissibile, essendo il giudice privo del potere di assumerla (l'assenza del potere determina l'inesistenza giuridica dell'atto eventualmente compiuto).

Diverso è il caso delle regole che disciplinano le modalità di assunzione della prova. Queste non costituiscono divieti probatori in senso proprio, neppure quando la loro violazione sia espressamente sanzionata da inutilizzabilità o da nullità (in assenza delle quali tali regole sarebbero *leges minus quam perfectae*, la cui violazione è fonte di semplice irregolarità, restando tuttavia l'atto pienamente valido). Né si potrebbe replicare che il divieto probatorio sia deducibile, per così dire *a contrario*, dalla regola che positivamente prescrive certi adempimenti; se così fosse, ogni regola in materia probato-

ria, anche la più insignificante, sarebbe convertibile in divieto probatorio, tramite la sua formulazione negativa, con la conseguenza di rendere superflua ogni previsione di nullità o inutilizzabilità.

Ora, essendo dalla nuova legge dichiarate non rilevabili le inutilizzabilità, salvo quelle derivanti da divieto probatorio, in base al dato testuale la richiesta di giudizio abbreviato sortisce l'effetto di sanare tutte le inutilizzabilità relative alle modalità di assunzione di prove, in sé ammissibili perché non oggetto di un divieto probatorio. Ad esempio, in materia di intercettazioni, sarebbe sempre rilevabile l'inutilizzabilità di un'intercettazione disposta per reati che non la consentono e, come tale, inammissibile ai sensi dell'art. 266 c.p.p. (Limiti di ammissibilità); non sarebbe, invece, rilevabile l'inutilizzabilità derivante dalla violazione delle regole contemplate negli artt. 267 (Presupposti e forme del provvedimento) e 268, commi 1 e 3, c.p.p. (Esecuzione delle operazioni). Esito palesemente irrazionale rispetto all'esplicita esclusione di qualsiasi sanatoria per le nullità assolute.

Può darsi - ed è in qualche modo auspicabile - che la giurisprudenza, sulla base di un argomento *a fortiori*, rimedi alla contraddizione, estendendo il concetto di divieto probatorio sino ad includervi ogni violazione di regola sanzionata da inutilizzabilità, portandolo così a coincidere con l'intera inutilizzabilità patologica; soluzione alternativa a quella più complessa e laboriosa della questione di legittimità costituzionale per palese contrasto con il principio di ragionevolezza. Resta, tuttavia, deplorabile la grave disfunzione di linguaggio del legislatore, incapace di esprimere correttamente le sue scelte, anche quando queste risultano, almeno nelle intenzioni, condivisibili.

C) Come noto, con sent. 27 ottobre 2016, n. 8825 le Sezioni Unite hanno affermato che "l'appello al pari del ricorso per cassazione è inammissibile per difetto di specificità dei motivi quando non risultano esplicitamente enunciati e argomentati i rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto o di diritto poste a fondamento della sentenza impugnata". Una decisione per certi versi "creativa" nella parte in cui vincola la parte ad indicare nei motivi di appello, a pena di inammissibilità, "le proposizioni argomentative sottoposte a censura", enucleandole dalla sentenza impugnata: alla diade contemplata dal codice vigente (motivi specifici, indicazione dei punti della sentenza impugnata: art. 581 c.p.p.), subentra in via giurisprudenziale una triade, perché si aggiunge l'obbligo di individuare le singole argomentazioni da sottoporre a critica.

La riforma Orlando si propone di ratificare quest'indirizzo, agendo su due fronti: i requisiti della sentenza

e la forma dell'impugnazione. Il contenuto della sentenza viene più analiticamente articolato dalla lettera e) dell'art. 546 c.p.p. con l'esplicita imposizione di obblighi motivazionali in rapporto: (a) all'accertamento dei fatti e delle circostanze che si riferiscono all'imputazione e alla loro qualificazione giuridica, (b) alla punibilità e alla determinazione della pena ... e della misura di sicurezza, (c) alla responsabilità civile derivante da reato, (d) all'accertamento dei fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali. Apparentemente la ridefinizione adempie ad una funzione garantistica ma, considerato che nella sostanza la struttura della motivazione non muta, si comprende come la più dettagliata descrizione sia, almeno nelle intenzioni, funzionale ad accrescere gli oneri dell'impugnante sotto il profilo della specificità dei motivi. A quest'ultimo riguardo, infatti, l'art. 581 c.p.p. subisce una quadruplica modifica con la quale: (a) si introduce superflualmente una sanzione di inammissibilità già prevista dall'art. 591 c.p.p.; (b) si precisa che l'enunciazione del contenuto dell'impugnazione deve essere "specifico"; (c) si aggiunge l'obbligo di indicare le "prove delle quali si deduce l'inesistenza, l'omessa assunzione o l'omessa o erronea valutazione"; (d) si precisa che l'enunciazione delle richieste si estende anche a quelle "istruttorie".

Ebbene, nonostante il palese fine di ratificare fedelmente l'indirizzo già espresso delle Sezioni unite, non si può dire che il legislatore sia riuscito nel suo intento. Infatti la riforma, a dispetto delle molteplici clausole volte ad appesantire l'onere dell'impugnante, tace sull'unica condizione che occorreva esplicitare per recepire quella giurisprudenza: ossia l'obbligo dell'impugnante di enucleare dal contenuto della sentenza le singole argomentazioni da sottoporre a critica. Nessun dubbio che la giurisprudenza consoliderà il proprio orientamento nel senso indicato dalle Sezioni unite; ma, ancora una volta, il linguaggio legislativo rivela tutta la sua inefficienza.

D) Anche il nuovo comma 3 *bis* dell'art. 603 c.p.p. è volto a recepire la giurisprudenza, questa volta della Corte europea dei diritti dell'uomo. Con una serie di pronunce la Corte di Strasburgo ha censurato alcune condanne disposte in grado di appello a seguito di una diversa valutazione sull'attendibilità della prova dichiarativa, affermando la necessità in simili casi di una rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, ai sensi dell'art. 6 par. 1 CEDU; e, come sempre ha formulato le sue conclusioni, tenendo conto dell'intero svolgimento del processo e del pregiudizio in concreto subito dall'imputato, con la conseguenza che riev-

sce difficile estrarre da queste decisioni massime generali, incondizionatamente valide.

Per garantire la conformità della disciplina codicistica alla giurisprudenza europea la riforma Orlando interviene sull'art. 603 c.p.p., aggiungendo il nuovo comma 3-bis: "Nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale". L'intervento del legislatore era probabilmente opportuno, sebbene in via interpretativa la Cassazione avesse ritenuto il testo dell'art. 603 c.p.p. conciliabile con i principi della giurisprudenza europea: nulla vietava, infatti, di ricomprendere nella già prevista rinnovazione per impossibilità di decidere allo stato degli atti o per assoluta necessità anche l'ipotesi di una diversa valutazione della prova dichiarativa (art. 603, commi 1 e 3, c.p.p.).

La nuova disciplina, tuttavia, lascia aperti alcuni interrogativi. *Primo*. L'art. 603 c.p.p. parla genericamente di rinnovazione del dibattimento, senza precisare se questa debba essere totale o parziale: ma, stando alla giurisprudenza europea, parrebbe ragionevole limitarla all'assunzione della prova diversamente valutata. *Secondo*. Se il pubblico ministero nei motivi di appello non ha presentato la richiesta di rinnovazione della prova dichiarativa, l'appello dovrà ritenersi inammissibile ai sensi del nuovo testo dell'art. 581, lett. c), c.p.p. che, a pena di inammissibilità, esige l'enunciazione specifica delle "richieste anche istruttorie"? A stretto rigore sì, ma la circostanza che il giudice sia autorizzato a disporre d'ufficio la rinnovazione può favorire la risposta negativa.

Terzo. Cosa si intende per "motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa"? Sicuramente la rinnovazione si impone sia che la diversa valutazione riguardi l'attendibilità del testimone, sia che attenga all'interpretazione, al significato delle sue parole, ossia a ciò che ha inteso dire, sia ancora che concerna altri elementi di contorno, ritenuti dai diversi giudici ora in sintonia ora in opposizione con la testimonianza.

Diverso è il caso in cui il giudice d'appello, pur concordando con quello di primo grado sull'attendibilità e sul significato da attribuire alle parole del testimone, diverga sulle inferenze che dalla deposizione si possono trarre rispetto ad altri fatti (sia sul fatto principale sia su fatti secondari). Qui la diversa valutazione non riguarda la prova dichiarativa, ma l'inferenza di tipo critico indiziario che collega la prova dichiarativa, ormai valutata e assunta come provata, con altri fatti da provare: la rinnovazione non parrebbe, dunque, imposta dall'art. 603 c.p.p.; né si vede quale

vantaggio ne potrebbe derivare, data l'assenza di divergenze tra i due giudici sull'attendibilità e sull'interpretazione delle parole del testimone. Ovviamente resta aperta la possibilità di rinnovazione, ai sensi dell'art. 603, commi 1 e 3, c.p.p., per impossibilità di decidere allo stato degli atti o per assoluta necessità.

Quarto. Un interrogativo di carattere più generale riguarda la possibile alternativa a questa riforma. Considerate le perplessità che suscita la condanna disposta per la prima volta in sede d'appello, a fronte della quale non resta che il ricorso in cassazione, i numerosi problemi applicativi che nascono dalla rinnovazione del dibattimento e, infine, la difficoltà di trarre precise indicazioni al riguardo dalla giurisprudenza della Corte europea, come sempre piuttosto ondivaga, è naturale chiedersi se non sarebbe assai più razionale prevedere l'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento. Una scelta che si porrebbe in piena sintonia con l'art. 14, par. 5 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, dove si garantisce all'imputato il diritto al riesame della colpevolezza contro ogni condanna; e, al tempo stesso, non lascerebbe indifeso il pubblico ministero di fronte ad eventuali gravi ingiustizie, a rimediare alle quali può in gran parte giovare il ricorso per cassazione, ormai esperibile anche per il contrasto della sentenza impugnata con gli atti del processo.

Si obietterà che la Corte cost. con sent. n. 26 del 2007 ha dichiarato illegittima l'inappellabilità del proscioglimento già disposta dalla legge Pecorella. Ma, in realtà, la decisione fu fortemente influenzata da alcune scelte poco coerenti di quella legge e dal contesto, anche politico, in cui essa si collocava; una più organica riforma potrebbe oggi superare il vaglio di legittimità costituzionale.

E) Poco razionali, infine, sono le modifiche introdotte agli artt. 407 e 412 c.p.p. in tema di durata massima delle indagini preliminari e di avocazione da parte della Procura generale presso la Corte d'Appello. Come noto, sin dall'entrata in vigore del codice 1988 Franco Cordero ha sostenuto che l'intera disciplina dei termini per le indagini preliminari sarebbe del tutto estranea alla logica di un processo accusatorio, riflettendo, invece, un garantismo formalistico, tipico del sistema inquisitorio; tesi senza dubbio coerente con un ideale processo accusatorio, caratterizzato da indagini prive di rilevanza probatoria e da un rapido passaggio al dibattimento. Tuttavia, considerato che nel sistema vigente l'indagine, appesantita da notevoli formalismi, può spesso protrarsi a lungo e ad assumere valore probatorio a vari effetti (procedimenti speciali, misure cautelari e, entro certi limiti, dibattimen-

to), la scelta di fissare dei termini di durata massima appare in qualche modo giustificata.

La logica, tuttavia, vorrebbe che entro quei termini non solo le indagini fossero concluse, ma altresì assunte le determinazioni del pubblico ministero in ordine all'esercizio dell'azione penale o alla richiesta di archiviazione. Viceversa, nella nuova disciplina, dalla scadenza del termine di durata massima delle indagini e, comunque, dalla scadenza dei termini di cui all'art. 415 bis c.p.p. decorrono nuovi termini per le scelte del pubblico ministero; il mancato esercizio di quelle scelte determina l'avocazione delle indagini da parte del Procuratore generale presso la Corte d'Appello, a seguito della quale, a loro volta, decorrono altri termini per le richieste.

Il comma 3 bis dell'art. 407 c.p.p. stabilisce, infatti, che "il pubblico ministero è tenuto a esercitare l'azione penale o a richiedere l'archiviazione entro il termine di tre mesi dalla scadenza del termine massimo di durata delle indagini e comunque dalla scadenza dei termini di cui all'art. 415-bis"; termine che su richiesta del pubblico ministero procedente può essere prorogato per non più di tre mesi dal procuratore generale presso la corte di appello nel caso di notizie di reato che rendano particolarmente complesse le investigazioni. Per i delitti di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), n. 1), 3) e 4) il termine sale a dodici mesi, mentre nulla è detto in ordine alla possibilità di una sua proroga. Ove il pubblico ministero non eserciti l'azione penale o non richieda l'archiviazione entro i termini previsti, il procuratore generale presso la Corte d'Appello "dispone con decreto motivato l'avocazione delle indagini preliminari"; a seguito della quale "svolge le indagini preliminari indispensabili e formula le sue richieste entro trenta giorni dal decreto di avocazione".

Ora che, ad indagini ormai concluse, debbano esser concessi termini così ampi al solo fine di meditare sull'alternativa tra esercizio dell'azione penale o richiesta di archiviazione appare davvero incongruo e poco compatibile con l'obbligo della legge di assicurare la durata ragionevole del processo. L'esperienza insegna che i termini massimi concessi per svolgere determinati adempimenti finiscono quasi sempre per divenire anche i termini minimi, essendo naturale la tendenza a sfruttarli per intero, sino all'ultimo momento utile.

Non è chiaro, inoltre, se nel loro decorso sia o no concesso al pubblico ministero di svolgere ancora indagini. Stando al dato testuale si direbbe di no,

essendo ormai esauriti i relativi termini; e, nondimeno, appare singolare che il pubblico ministero debba restare inerte a fronte di qualsiasi esigenza investigativa, influente sulle scelte per l'esercizio o no dell'azione penale (dal sequestro di cose pertinenti al reato all'ascolto di persone informate dei fatti).

Resta da stabilire se questa sequenza di termini, la cui scadenza genera nuovi termini con un meccanismo di ritorno quasi ossessivo, riesca davvero ad adempiere una funzione acceleratoria della fase delle indagini preliminari; o se, per la menzionata tendenza dei tempi massimi a stabilizzarsi come minimi, non finisca addirittura per decelerare quello che sarebbe il normale decorso del procedimento in assenza di ogni termine.

Un principio in declino: la soggezione del giudice alla sola legge

Non v'è dubbio che le prime vittime delle disfunzioni del linguaggio legislativo siano la prevedibilità delle decisioni giudiziarie e il fondamentale principio di soggezione del giudice alla sola legge (dove con legge, nel senso ampio della parola, intendiamo anche la Costituzione e le fonti sovranazionali) (1). Se la legge è contraddittoria, incoerente, oscura o confusa, la sua interpretazione diventa arbitraria e necessariamente creativa, in quanto priva di solide basi testuali. A sua volta il diffondersi di interpretazioni creative scoraggia l'impegno del legislatore alla chiarezza dei suoi testi, sul presupposto che sarà comunque la giurisprudenza a determinarne, più o meno arbitrariamente, il significato; e in questo dissennato intreccio tra disfunzioni del legislatore e interpretazioni creative è difficile stabilire se all'origine vi siano le prime o le seconde.

Spinte contestatrici verso la soggezione del giudice alla sola legge e interpretazioni creative si sono periodicamente presentate nella storia. Ma, mentre in passato si manifestavano essenzialmente come reazione a supposte inadeguatezze o ingiustizie della legge, oggi si direbbero piuttosto animate dalla diretta e autonoma rivendicazione di una funzione nomopoietica per l'interprete: il che rende il fenomeno assai più complesso e meno dominabile.

Il dato certo sta nella profonda alterazione del fisiologico rapporto tra il diritto "vigente", rappresentato dalla legislazione, e il diritto "vivente", espresso dalla giurisprudenza. Il diritto vivente che, in regime di soggezione del giudice alla legge, dovrebbe riflettere

(1) Sul declino del principio di soggezione del giudice alla sola legge, v. di recente F. Caprioli, *Il giudice e la legge processuale: il paradigma rovesciato* (in corso di pubblicazione in *Indice penale*).

il diritto vigente e tradurne il significato nella singola controversia, si è da esso progressivamente emancipato, per diventarne il tiranno, anzi il sicario. Al punto che, per riprendere forza ed effettività, il diritto vigente è ormai spesso costretto ad allinearsi alla giurisprudenza, a inseguire e ratificare il diritto vivente, a volte maldestramente come accade con la riforma Orlando. *Cedant leges togae*: in queste parole si potrebbe riassumere il capovolgimento di rapporti tra legislazione e giurisdizione.

Non c'è allora da stupirsi se lo sguardo degli operatori si allontana dal testo della legge per concentrarsi unicamente sulla giurisprudenza, come se fosse ormai questa la fonte primaria del diritto. Oggetto di studio non è più il testo della legge, ma il testo della giurisprudenza: con la differenza che, mentre il primo, per quanto oscuro, è per lo meno bene identificabile nel suo contenuto, il secondo è assai più sfuggente e manipolabile, dovendo essere estratto, e convertito in formule generali, dalla motivazione delle sentenze, le cui argomentazioni sono sempre funzionali alla decisione del caso concreto. La legge perde così di fatto il suo carattere vincolante per ridursi ad una funzione meramente programmatica.

Limiti al pluralismo interpretativo

Naturalmente oggi nessuno pensa che la soggezione alla legge equivalga ad una sua meccanica applicazione, secondo l'ingenua versione del giudice-bocca della legge o codice animato; alla quale probabilmente, sia detto per inciso, non credevano per intero forse neppure coloro che a parole la sostenevano, trattandosi di un'estremizzazione teorizzata come antidoto ai soprusi ed arbitrii che nell'*Ancien Régime* caratterizzavano l'esercizio della giustizia da parte del sovrano e dei giudici a ciò delegati. Tutti sono consapevoli che, data l'inevitabile vaghezza e imprecisione semantica della lingua, ogni disposizione è suscettibile di una serie di possibili, concorrenti interpretazioni; e che la lettera della legge, il dato testuale, è sì il fondamentale punto di partenza, come vuole l'art. 12 delle preleggi, ma non esaurisce il compito dell'interprete che deve selezionare i possibili significati in base al contesto in cui si colloca la disposizione e alla loro conformità alle fonti sovraordinate (la Costituzione, le Convenzioni, i Trattati).

Il pluralismo interpretativo, tuttavia, non legittima la conclusione che qualsiasi interpretazione sia sostenibile. Esiste un limite - la cd cornice, di cui parlava Hans Kelsen, dai margini anch'essi inevitabilmente vaghi - oltre il quale l'interpretazione cessa di essere "ricognitiva" di un plausibile significato

del testo di riferimento e diventa "creativa", ossia da esso non derivabile razionalmente; con il risultato che il giudice si trasforma di fatto in legislatore, perdendo quella legittimazione su cui poggia l'esercizio del suo potere decisorio.

Naturalmente questa "eversione" non sarà mai ammessa espressamente dalla giurisprudenza. Ma proprio per questo è importante insistere sul rispetto del limite interpretativo, che segna per così dire il "punto di rottura" della disposizione da applicare; perché il suo superamento non si realizza mai nella forma esplicita ed aperta della ribellione alla legge, che riuscirebbe facilmente sanzionabile, ma si nasconde sempre sotto la maschera dell'interpretazione, dell'adeguamento a determinati valori di cui il giudice di fatto si rende arbitro, manipolando il testo sino a piegarlo ai propri fini. È vero che ciò spesso avviene all'insegna di valori a rilevanza costituzionale, ma, quando il significato compatibile con la Costituzione non sia ragionevolmente enucleabile dalla legge ordinaria è obbligo del giudice deferirne l'esame alla Corte costituzionale; anche ad evitare che, persistendo la legge, altri giudici possano applicarla nel significato costituzionalmente eccepibile.

L'aporia di Kelsen - efficacemente denunciata, tra gli altri, da Luigi Ferrajoli - sta nel ritenere che la scelta, nell'ambito della cornice, fra i possibili significati di una disposizione sia un atto puramente volitivo, di mero decisionismo del giudice, privo di giustificazione razionale. Bisogna, invece, convenire che, pur dotata di una componente volitiva per la stessa presenza di più significati associabili all'enunciato normativo, la decisione del giudice sia anche un atto cognitivo o, se si preferisce, ri-cognitivo, espressione di una scelta razionale e motivata. Il giudice individua, argomentando con un discorso razionale, quale tra i diversi significati del testo normativo appaia più plausibile, più corretto in riferimento alla soluzione del caso che gli è sottoposto.

La circostanza che *quel* significato non possa essere documentato come l'unico accettabile non esclude il carattere cognitivo dell'interpretazione. "Cognitivo" deve ritenersi tutto ciò che può essere argomentato sulla base di buone, di solide ragioni. Se fosse tale solo quel che è inconfutabilmente "dimostrato", in modo da costringere all'assenso ogni interlocutore, neppure il giudizio "storico" avrebbe natura cognitiva: il "fatto" da ri-costruire nel processo appartiene al passato e la colpevolezza, seppur provata oltre ogni ragionevole dubbio, non è mai dimostrata in modo assolutamente oggettivo e irrefutabile, ma è sempre sotto-determinata dall'evidenza probatoria, ossia astrattamente compatibile