

Il superamento dei termini di celebrazione dell'impugnazione (Alberto Macchia)

1.- Il tempo come fattore invalidante

Nella mitologia greca, Kronos rappresentava il tempo che tutto consuma e fagocita: la iconografia lo raffigurava come un essere mostruoso, quasi deforme, che per sfuggire al presagio secondo il quale uno dei figli lo avrebbe spodestato, finì, manco a dirlo, per “fagocitare” – non potendoli uccidere, perché immortali – i suoi stessi figli. Kairos, invece, rappresentava il tempo giusto, opportuno: l’attimo fuggente; quella occasione che si presenta una volta e mai più. Volete voi che il tempo arcigno, quello che dissolve tutto ciò che è trascorso, prevalga sul tempo “buono”, quello che offre l’occasione propizia per uscire dai tormenti? Il coro dei “no” è, evidentemente, assordante; se vogliamo utilizzare i fondi europei del PNRR i processi devono durare di meno.

Chiaro l’obiettivo: assai meno gli strumenti per conseguirlo. Ma, per stare al titolo di questo corso, il trascorrere del tempo può costituire un vizio degli atti del processo o dello stesso intero processo? La nostra Costituzione e le Carte sovranazionali suggeriscono una risposta affermativa, facendo leva su un concetto di “durata ragionevole”; concetto lasco, se si vuole, nella sua concreta definizione “cronologica”, ma chiaro nelle sue dimensioni funzionali: l’atto intempestivo è, dunque, un atto “fallato”: ormai inutile o addirittura dannoso.

D’altra parte, la decadenza e la inammissibilità per decorso dei termini¹ contaminano gli atti cui questi istituti “temporali” si riferiscono, mentre l’art. 606, comma 1, lett. c), cod. proc. pen., annovera i relativi “vizi” tra gli *errores in procedendo* devolvibili al giudizio della Corte di cassazione: il tempo, dunque, è fattore tutt’altro che neutro agli effetti della “legalità processuale”.

Ma è nel come e nel quanto declinarne le scadenze che risiede il problema che da sempre affanna i *conditores* del processo, secondo andamenti pendolari che rispondono alle ventate ideologiche del momento.

¹ Va rammentato che le Sezioni unite hanno avuto modo di puntualizzare che nel giudizio di cassazione, l’illegalità della pena non è rilevabile d’ufficio in presenza di un ricorso inammissibile perché presentato fuori termine. (Sez. U, Sentenza n. 47766 del 26/06/2015 Ud. (dep. 03/12/2015) Rv. 265106 – 01. Le Sezioni unite, infatti, hanno puntualizzato che nel caso del ricorso tardivo “Si è in questo caso in presenza di un simulacro di gravame che il provvedimento giudiziale di inammissibilità, per la sua natura dichiarativa, rimuove dalla realtà giuridica fin dal momento della sua origine. La declaratoria di inammissibilità si risolve quindi nella constatazione che si è ormai formato un giudicato in senso sostanziale fin dall’insorgenza della causa stessa di inammissibilità, concretizzatosi alla scadenza dei termini per proporre l’impugnazione. La pronuncia è quindi finalizzata ad impedire l’inutile prosecuzione di una attività comunque destinata a sfociare, a norma dell’art. 591, comma 4, cod. proc. pen., anche a posteriori, in un accertamento negativo di pendenza del processo”.

Giovanni Conso, approfondendo, fra l'altro, alcune intuizioni risalenti a James Goldschmidt², distingueva il fatto giuridico, in fatto giuridico processuale in senso lato, come "qualunque fatto giuridico rilevante ai fini di un processo penale (c.d. nozione effettuale)" e fatto giuridico processuale in senso stretto, inteso quale "fatto giuridico che non solo è rilevante ai fini suddetti ma che si realizza, per giunta, in sede processuale penale"³. Nessun dubbio, quindi, che la clessidra operi nel processo e per il processo, come "fatto condizionante", con effetti di vario genere e, dunque, anche di tipo preclusivo o invalidante.

2.- La "durata" degli atti e il problema dei giudizi di impugnazione

I nodi da sciogliere per "sincopare" i tempi del processo sono, però, tanti, e alcuni li potremmo definire di tipo gordiano. Le riforme che si sono succedute dalla entrata in vigore del codice del 1988 sono infatti assai numerose e di portata altrettanto variegata: dalle piccole, alle medie, a quelle definite epocali e così via; par quasi che ogni Governo che si alterna alla guida del Paese, voglia marcare il territorio, lasciando una propria impronta. E il terreno preferito, guarda caso, è sempre il diritto penale e il suo processo: quasi a rappresentare il "luogo" che, meglio di altri, è in grado di esprimere il diverso sentire politico; la propria Weltanschauung.

Non preconizziamo il futuro: ma per stare alle dichiarazioni di questi ultimi tempi, anche il Governo attualmente in carica fa mostra di intenzioni "muscolari", di riforma delle riforme appena accennate.

Negli ultimi cinque anni, d'altra parte, si sono succedute ben tre riforme, e l'ultima – la riforma cosiddetta Cartabia – ha trovato la propria "causa normativa" (il riferimento è all'omonimo concetto elaborato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 89 del 1996) nelle esigenze di accelerazione indicateci dall'Europa.

Cambiano gli scenari? Forse sì, ma forse anche in senso meno "rivoluzionario" di quanto ci si sarebbe potuto attendere se i tempi del processo devono fare i conti, non con la "sottrazione" di attività o segmenti dell'*iter* procedimentale, ma con nuove e più complesse "vicende" che, soprattutto in sede incidentale, complicano non poco la già articolata matassa che continua a caratterizzare il processo nostrano. Il tutto, ovviamente, al netto di qualsiasi venatura critica in chiave valoriale.

Un dato, comunque, è fin troppo ovvio. Il tema della durata del processo impatta, e deve necessariamente fare i conti, innanzitutto, con il sistema delle impugnazioni: se l'obiettivo è cercare di passare in tempi ragionevoli dalla regiudicanda alla regiudicata,

² J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozes als Rechtslage*, 1925, p. 253 a proposito del concetto di "situazione giuridica". V. ora J. GOLDSCHMIDT, *Il processo come situazione giuridica. Una critica del pensiero processuale*, trad. M- Marinelli, Giappichelli, 2019.

³ G. CONSO, *I fatti giuridici processuali*, Giuffrè, 1955, p. 41. Fatti giuridici processuali in senso stretto che, come è noto, l'art. 187, comma 2, cod. proc. pen. espressamente iscrive tra i fatti che formano oggetto di prova.

quanto più “asfittici” sono i polmoni che regolano la corsa delle impugnazioni, tanto più il treno processuale soffre decelerazioni o arresti preoccupanti.

Eppure, il problema era ed è sotto gli occhi di tutti, e da tempo notevole. Già ai tempi del codice Finocchiaro-Aprile del 1913, infatti, la Relazione illustrativa evidenziava come l’elevato numero di procedimenti penali richiedesse interventi “acceleratori” che modellassero riti alternativi: e da qui, trasse origine l’introduzione del procedimento per decreto e il “tentativo” – fatto palese nella Relazione al progetto del 1911 - di ispirarsi ai modelli di *common law*, che conoscevano prassi di *plea bargaining* fondati su accordi tra imputato e pubblico ministero, per assegnare benefici sanzionatori all’imputato che, dichiarandosi colpevole, rinunciava al dibattimento.

In disparte la ottimistica aspettativa del legislatore del codice del 1988 circa il successo dei riti alternativi, ricordiamo tutti come una delle principali censure che vennero mosse a quel modello di codice fosse incentrato proprio sulla mancata “revisione” del sistema delle impugnazioni. L’opzione accusatoria, infatti, avrebbe richiesto – come d’altra parte sperimentato nei Paesi che adottano quel sistema (ma non solo quelli) – una robusta “sforbiciata” al modello impugnatorio preesistente ed al corrispondente *favor impugnationis*, derivante dal postulato (tutto inquisitorio) che vede l’intervento plurimo di giudici di “grado superiore” un più plausibile avvicinamento a quel concetto di “verità” che nei vecchi codici (art. 299 del codice Rocco e art. 190 del codice del 1913) veniva declinato come un mantra del processo a sistema misto.

Il codice del 1988, invece, ha mantenuto inalterati gli antichi caratteri dell’appello, come rimedio cosiddetto a critica libera, a devoluzione potenzialmente “aperta”, ancora intriso di quelle venature anfibe, tra la *revisio prioris instantiae* ed il *novum iudicium*, col divieto di *reformatio in peius* ed una circoscritta possibilità di rinnovazione della istruzione dibattimentale. Così come sostanzialmente inalterata rimaneva la fisionomia del giudizio di cassazione, a critica circoscritta ai vizi di legittimità, e con il tentativo di limitare le “invasioni” nel merito attraverso il richiamo – stimolato dalle elaborazioni di Guido Calogero (il richiamo è al suo notissimo «La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione», Cedam, ristampa del 1964) – al vincolo della testualità del controllo, senza possibilità (prima della riforma Pecorella del 2006) di verifiche *ex actis*, a meno che non si trattasse di *errores in procedendo*.

Una linea, quella originaria del codice, a tinte marcate e a separazioni nitide tra le funzioni da assegnare ai gradi di giudizio ed alle posizioni fra le diverse parti processuali. Una realtà che par rievocare, sul piano pittorico, una *gouache*, in cui le opacità nascono più dalle distorsioni applicative che non dalla chiarezza del quadro normativo apprezzabile nel suo complesso.

A quella tecnica le riforme più recenti – in particolare, la riforma Orlando e quella Cartabia – paiono essersi ispirate secondo una logica di “innesti”, sostituendo ad una ipotetica riforma a pennellate e tinte “forti” (soprattutto, tendenzialmente

“indelebili”), una serie di innovazioni, valutabili – come immagine – solo ad una certa distanza e nel loro complessivo comporsi. In altra occasione, per restare alla metafora pittorica, mi è capitato di evocare la tecnica del *pointillisme*. Ed è ovvio che a “sistemi” di riforma tanto parcellizzati nel tempo finiscano poi per corrispondere altrettanti “abbandoni” delle originarie fisionomie e caratteristiche.

3.- *L'improcedibilità e il nuovo sistema “bifasico” del passare del tempo nel processo*

In un recente articolo, Paolo Ferrua⁴, esordisce denunciando «lo stupore di un osservatore cognitivamente lucido davanti alla scelta di prevedere nel processo di primo grado la prescrizione sostanziale, come causa estintiva del reato, e nelle fasi di impugnazione la prescrizione processuale o improcedibilità. Non vi è nulla, infatti, che nel passaggio dal giudizio di primo grado a quello di impugnazione possa all'apparenza giustificare un così netto mutamento di prospettiva. La spiegazione dell'inusitato combinarsi delle due prescrizioni all'interno del processo va cercata altrove, nelle trattative ministeriali che hanno preceduto l'approvazione della riforma Cartabia». Un connubio, quello denunciato, mal posto, perché presuppone una sorta di commistione tra prescrizione sostanziale, che determina la estinzione del reato, e durata ragionevole del processo, posta a fondamento della “prescrizione processuale”. Significativa la citazione, a mò di “dedica”, alle, come di consueto, icastiche affermazioni del compianto Franco Cordero, il quale osservava, a proposito del principio di ragionevole durata del processo, enunciata dal secondo comma del novellato art. 111 Cost., che «Sarebbe interessante sapere come: una mannaia pro reo, nel senso che a date scadenze debba essere assolto, manderebbe al diavolo vari articoli della Carta, dal 101 comma 2 al 112, convertendo gli affari penali in partite d'astuzia defatigatoria; sta bene scarcerarlo, ma assolverlo equivale a chiudere bottega; Dike vada altrove. La offendono anche i processi torbidi, eccome. Costituisce diritto elementare essere giudicati senza ingiustificato ritardo. L'unico rimedio pensabile qui sarebbe un risarcimento del danno da processo iniquamente lento [...]. Quando la durata del tal processo risulti irragionevole, sebbene nessuno vi abbia colpa, è pensabile che ne risponda lo Stato in quanto lo dica una norma»⁵.

D'altra parte, ci permettiamo di chiosare, se per dettato costituzionale è la legge che deve *assicurare* la durata ragionevole del processo, ne deriva che la legge non può dichiarare la “perenzione” del processo per la sua durata ipoteticamente irragionevole: le due “prospettive” sono letteralmente (oltre che, a nostro avviso, assiologicamente) in contrasto tra loro.

⁴ P. FERRUA, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo: uno stupefacente caso di evaporazione del processo*, in *Processo penale e Giustizia*, fasc. I, 2022

⁵ F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, 2012, p. 1295

Basta l'imposizione europea (obbligazione di risultati, ma non certo di mezzi) a giustificare il *cut off* del processo nei gradi di impugnazione, in virtù del "semplice" decorso di un certo termine? Per il legislatore della novella la risposta è affermativa: ma lo "strumento" è davvero problematico.

Non è certo il caso di prendere partito tra le numerose voci che hanno imbastito una sorta di guerra di religione tra detrattori e apologeti della soluzione adottata. Si conta – dichiaratamente - su una "inapplicazione" della norma per spegnere le "fiamme" accese dalla *vis polemica* che si è scatenata; ma, forse, una riflessione "minima" può essere di una qualche utilità per aiutarci a tentare di comprendere cosa sia – nel sistema – l'art. 344-*bis* del codice di rito.

L'enunciato normativo è "dogmaticamente" chiaro e, al tempo stesso, "impegnativo" (una scelta, ci sembra, opposta a quella operata da Rocco nel codice penale, nel quale, ad esempio, varie disposizioni che si limitano a sancire la "non punibilità" non sono state altrimenti "qualificate" – cause di giustificazione, scusanti, cause di immunità, ecc. – proprio per non "impegnare" il legislatore in classificazioni teoriche sulla relativa natura).

La norma, infatti, classifica la mancata definizione dei giudizi di appello e di cassazione entro un certo termine come "causa di improcedibilità dell'azione penale".

Enunciato "ardito" e che pare porsi in contraddizione con quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 280 del 1995. In tale circostanza, infatti, la Corte – estensore (ma non relatore, segno di una *dissenting opinion* del relatore, Mauro Ferri) Giuliano Vassalli, dunque il "padre" del codice di rito vigente – "tirò le orecchie", proprio sul piano dogmatico, a quanto "imprudentemente" affermato dalla stessa Corte nella precedente e sentenza n. 177 del 1971, che dichiarò la incostituzionalità dell'appello incidentale del pubblico ministero previsto dal codice del 1930, per violazione, anche, dell'art. 112 Cost. Ebbene, la Corte sottolineò come, quale che fosse l'interpretazione più corretta da darsi alla citata sentenza n. 177/1971, «deve ritenersi che il potere di appello del pubblico ministero non può riportarsi all'obbligo di esercitare l'azione penale come se di tale obbligo esso fosse - nel caso in cui la sentenza di primo grado abbia disatteso in tutto o in parte le ragioni dell'accusa - una proiezione necessaria ed ineludibile. Nei lavori preparatori della Costituzione (resoconti delle sedute della Commissione per la Costituzione, detta anche "Commissione dei settantacinque" e resoconti delle sedute dell'Assemblea Costituente), non è dato rinvenire la benché minima traccia di un collegamento tra obbligo di esercitare l'azione penale e potere di impugnazione - in particolare potere d'appello - del pubblico ministero quasi che quest'ultimo fosse un'estrinsecazione od una conseguenza necessaria, e pertanto configurante un nuovo dovere, del dovere di esercitare l'azione penale. Dall'esame degli atti suddetti risulta che la costituzionalizzazione dell'obbligo di esercitare l'azione penale fu trattata sotto i tre seguenti profili: rapporti del pubblico ministero con il potere esecutivo nel momento iniziale dell'azione penale; possibilità

di prevedere eccezioni a tale obbligo nel senso di possibili sospensioni o ritardi nel suo esercizio; controllo del giudice sui possibili casi di mancata attivazione del pubblico ministero nei confronti di una determinata *notitia criminis*. Tutti argomenti attinenti al momento iniziale dell'azione penale, senza il minimo, neanche implicito, riferimento ai momenti successivi, e tanto meno a giudizi d'impugnazione».

Dunque, una volta esercitata, l'azione penale, si “consuma”, e non può più tornare in discorso a “vivificare” il seguito del processo: e men che mai è evocabile un suo *continuum* nei gradi di impugnazione. Promosso il “processo” e raggiunto il grado di appello o, addirittura, il giudizio di cassazione, è il processo che può, in ipotesi, “arrestarsi” con una pronuncia (appunto) che dichiari il “non doversi procedere”: ma non certo – ci pare di ricavare dalla pronuncia della Corte – per qualche “vicenda” (per di più raccordata nella specie al semplice fluire del tempo dei giudizi di impugnazione) che coinvolga l'azione.

D'altra parte, sono state le stesse Sezioni unite della Corte di cassazione a chiarire come non possa essere nuovamente promossa l'azione penale per un fatto e contro una persona per i quali un processo già sia pendente (anche se in fase o grado diversi) nella stessa sede giudiziaria e su iniziativa del medesimo ufficio del pubblico ministero, di talché nel procedimento eventualmente duplicato dev'essere disposta l'archiviazione oppure, se l'azione sia stata esercitata, dev'essere rilevata con sentenza la relativa causa di improcedibilità. La non procedibilità – sottolinearono le Sezioni unite - consegue alla preclusione determinata dalla *consumazione del potere già esercitato dal pubblico ministero*, sia pure con esclusivo riguardo alle situazioni di litispendenza relative a procedimenti pendenti avanti a giudici egualmente competenti e non produttive di una stasi del rapporto processuale, come tali non regolate dalle disposizioni sui conflitti positivi di competenza, che restano invece applicabili alle ipotesi di duplicazione del processo innanzi a giudici di diverse sedi giudiziarie, uno dei quali è incompetente. (Cass., Sez. Un., n. 34655 del 28 giugno 2005, Donati).

Un ulteriore profilo a nostro avviso problematico è rappresentato dalla singolare interferenza che viene a stabilirsi tra “improcedibilità dell'azione penale” nei giudizi di impugnazione e la previsione della relativa inoperatività quando l'imputato “chiede la prosecuzione del processo”, a norma del comma 7 dell'art. 344-*bis* cod. proc. pen.

Sono evidenti, a questo riguardo, le “assonanze” che una tale disposizione presenta rispetto alla rinuncia alla prescrizione, come è noto introdotta nel sistema penale a seguito della sentenza 275 del 1990 della Corte costituzionale – che dichiarò, *in parte qua*, la illegittimità costituzionale dell'art. 157 cod. pen. - e poi “normativizzata” in sede di riscrittura dello stesso art. 157 cod. pen., ad opera della legge n. 251 del 2005.

Ma le due realtà normative poste a raffronto sono ben diverse, dal momento che altro è la prescrizione che determina la estinzione del reato, con tutto quel che ne deriva sul piano dell'art. 129 del codice di rito; altro è una dichiarazione di volontà

dell'imputato che, nella prospettiva del legislatore, farebbe “rivivere” una azione già esercitata, ma “perenta” nel giudizio di impugnazione per il decorso del termine. Azione obbligatoria, irretrattabile e irrinunciabile in capo al soggetto che ne è il “titolare” in base alla Costituzione, ma che diviene “procedibile” nei soli giudizi di impugnazione – altrimenti improcedibili per decorso dei termini – in virtù di una scelta unilaterale di chi è chiamato a subirne le conseguenze processuali.

Le “singularità” sono evidenti: una norma dichiaratamente posta a salvaguardia della durata ragionevole del processo in sede di impugnazione, e tesa a bilanciare la inoperatività della prescrizione con la sentenza di primo grado, cede se la irragionevolezza di tale durata consegue ad una scelta dell'imputato. Il principio costituzionale sancito dall'art. 111, secondo comma, Cost., diviene, in questa prospettiva, una sorta di principio disponibile *ad nutum*, anziché rappresentare un paradigma di “garanzia” *erga omnes* del processo, in sé e per sé considerato.

Tenuto conto, poi, della carenza di disciplina circa le forme e i tempi in cui la richiesta “di prosecuzione del processo” deve essere formulata, ci si può chiedere se – e in che limiti – sia rievocabile la giurisprudenza formatasi in tema di rinuncia alla prescrizione. Così, ad esempio, si afferma che la rinuncia alla prescrizione effettuata prima che la stessa sia maturata non è invalida, ma soltanto inefficace, in quanto produce i suoi effetti al verificarsi della causa estintiva del reato, sicché essa è revocabile fino a tale momento⁶. Viene peraltro puntualizzato che la dichiarazione di rinuncia alla prescrizione del reato diviene irrevocabile allorquando sia portata a conoscenza dell'autorità giudiziaria, in quanto, una volta scelta la via del giudizio sul merito a fronte della potenziale estinzione del reato, la rinuncia esplica i suoi effetti *hic et nunc*, dando immediatamente luogo all'espletamento dell'attività processuale volta ad accertare la consistenza del tema di accusa⁷. Si ritiene pure che deve essere qualificata come tardiva ed inefficace la dichiarazione di rinuncia alla prescrizione del reato formulata dopo che sia stata pronunciata sentenza nel grado di giudizio in cui è maturata. (Fattispecie in cui il ricorrente aveva rinunciato alla prescrizione, già dichiarata in appello, il giorno dell'udienza in Cassazione)⁸.

La dichiarazione dell'imputato (è da ritenere, da esercitarsi come diritto “personalissimo”) che richiede la prosecuzione del processo di impugnazione, malgrado la sussistenza dei presupposti per la declaratoria di improcedibilità, funge, quindi, da meccanismo “sanante”, secondo un modulo, peraltro, che appare non poco eccentrico: la celerità del giudizio di impugnazione, infatti, non ci sembra evocare – quantomeno in forma esclusiva – un diritto dell'imputato del quale questi possa liberamente disporre, come quello, ad esempio, al contraddittorio. Il che, a ben guardare, finisce per assegnare ai tempi della impugnazione una caratteristica di

⁶ Cass., Sez. III, n. 3758 del 20 ottobre 2021; Cass., Sez. IV, n. 48272 del 26 settembre 2017

⁷ Cass., Sez. VI, n. 17598 del 18 dicembre 2020

⁸ Cass., Sez. V, n. 11928 del 17 gennaio 2020; Cass., Sez. I, n. [32623](#) del 23 giugno 2009.

“parzialità” (nel senso di diritto riconosciuto soltanto all’imputato) che non gli è propria (altro è il diritto alla impugnazione, rinunciabile; altro sono i relativi tempi, che riguardano tutti i soggetti del relativo giudizio)⁹.

Come, però, la rinuncia alla prescrizione rappresenta davvero *rara avis* nel processo, è da prevedere – staremmo per dire *a fortiori*, stante la auspicata eccezionalità applicativa dell’istituto - che altrettanto avverrà a proposito della ipotetica rinuncia alla neonata declaratoria di improcedibilità nei gradi di impugnazione.

4.- *Alcuni epiloghi problematici: gli interessi civili.*

A proposito della disciplina che accompagna gli esiti della domanda civile esercitata nel processo penale in caso di declaratoria di improcedibilità in sede di appello o di giudizio di cassazione, la riforma offre un quadro d’insieme che sembra denotare una opzione di fondo: se il “cumulo” questioni civili - questioni penali si scinde, si scindono anche i riti, “ricacciando”, in sede di impugnazione, gli interessi civili fra le braccia del giudice “naturale”.

Il nuovo comma 1-*bis* dell’art. 573, come abbiamo già ricordato, stabilisce che se la impugnazione è proposta per i soli interessi civili e non è inammissibile (in altra sede ne abbiamo fatto cenno evidenziando come le cause di inammissibilità dell’appello non siano uguali nell’appello civile e in quello penale), il giudice di appello e la Corte di cassazione rinviano per la prosecuzione (rinvio, dunque, meramente “prosecutorio”, per stare alla tradizionale distinzione tra rinvio prosecutorio e restitutorio) al giudice o alla sezione civile competente, «che decide sulle questioni civili utilizzando le prove acquisite nel processo penale e quelle eventualmente acquisite nel giudizio civile». Miscellanea di prove, dunque, di atti impugnatori (la cassazione civile giudica su un ricorso formulato con le regole “penali” e lo stesso dicasi per la corte di appello civile), ma, soprattutto, di riti e regole di giudizio che possono risultare disallineate.

E’ ben vero che il sistema già conosceva una tale *variatio*, nel caso di annullamento con rinvio ai soli effetti civili ex art. 622; ma il rinvio, presupponeva e presuppone l’enunciazione di uno statuto decisorio che tracci il perimetro entro il quale il giudizio di rinvio è chiamato a dispiegarsi, oltre che un perdurante rilievo di regole e *standards* probatori tipici del processo penale, i cui esiti non vengono posti nel nulla. Si afferma, infatti, in giurisprudenza che in tema di giudizio di rinvio ex art. 622 cod.

⁹ La richiesta di prosecuzione del processo di impugnazione tempera, in qualche modo la mancata previsione, in capo al giudice della impugnazione che debba dichiarare la improcedibilità dell’azione penale di pronunciare, ove ne ricorrano i presupposti, sentenza di proscioglimento ex art. 129 cod. proc. pen.; il che non è questione da poco, specie nei casi in cui l’impugnazione sia stata proposta dal pubblico ministero avverso una sentenza di assoluzione, dal momento che la sentenza di improcedibilità si presenta obiettivamente come epilogo meno favorevole: al riguardo, P. FERRUA, *Brevi appunti in tema di udienza preliminare, appello e improcedibilità*, in *Discrimen*, 9 dicembre 2021, 8, il quale parla di “Stupefacente *reformatio in peius* per decorso del tempo!”.

proc. pen. dinnanzi al giudice civile la prova ritenuta inutilizzabile nel processo penale rimane tale anche in quello civile, diversamente realizzandosi una sostanziale elusione dell'accertamento compiuto dal giudice penale¹⁰.

Mentre, sul delicato tema del nesso causale – in sede civile, vale, infatti, il principio del “più probabile che non” o della “evidenza del probabile” anche se, nei tempi più recenti, in termini attenti ai risvolti non meramente statistici, e quindi più vicini alla nozione penalistica distillata dalla nota sentenza Franzese (V., ad es., Cass. civ., Sez. III, n. 21530 del 27 luglio 2021¹¹, nonché, in particolare, Cass., civ, Sez. I, n. 18584 del 30 giugno 2021¹²) – si afferma che in caso di annullamento della sentenza di appello con rinvio ai soli effetti civili per intervenuta prescrizione del reato, il giudice civile del rinvio è tenuto a valutare la sussistenza della responsabilità dell'imputato secondo i parametri del diritto penale e non facendo applicazione delle regole proprie del giudizio civile, essendo in questione, ai sensi dell'art. 185 cod. pen., il danno da reato e non mutando la natura risarcitoria della domanda proposta, ai sensi dell'art. 74 cod. proc. pen., innanzi al giudice penale¹³. In particolare, si è sottolineato che nel caso di accoglimento del ricorso per cassazione della parte civile avverso una sentenza di assoluzione in tema di responsabilità medica per reato omissivo improprio, nel conseguente giudizio civile l'accertamento del nesso causale tra la condotta omessa e l'evento verificatosi va svolto facendo applicazione della regola di giudizio propria del giudizio penale, vale a dire quella della ragionevole, umana certezza dell'esito

¹⁰ Cass., Sez. VI, n. 43896 dell'8 febbraio 2018

¹¹ Si è affermato che in materia di responsabilità per attività medico-chirurgica, l'accertamento del nesso causale in caso di diagnosi tardiva - da compiersi secondo la regola del "più probabile che non" ovvero della "evidenza del probabile", come pure delineata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza del 21 giugno 2017 in causa C-621/15 in tema di responsabilità da prodotto difettoso, in coerenza con il principio eurounitario della effettività della tutela giurisdizionale - si sostanzia nella verifica dell'eziologia dell'omissione, per cui occorre stabilire se il comportamento doveroso che l'agente avrebbe dovuto tenere sarebbe stato in grado di impedire o meno, l'evento lesivo, tenuto conto di tutte le risultanze del caso concreto nella loro irripetibile singolarità, giudizio da ancorarsi non esclusivamente alla determinazione quantitativo-statistica delle frequenze di classe di eventi (cd. probabilità quantitativa), ma anche all'ambito degli elementi di conferma disponibili nel caso concreto (cd. probabilità logica). (Nella specie, la S.C. ha ritenuto immune da vizi la decisione di merito che, facendo corretta applicazione dell'enunciato principio, aveva fondato la responsabilità di una struttura sanitaria, per colpa dei medici ivi operanti, in relazione al decesso di una paziente derivato dal ritardo di un solo giorno con cui le era stata diagnosticata la cd. "sindrome di Lyell", non soltanto sul dato statistico delle percentuali di sopravvivenza dei pazienti affetti da detta sindrome, oltre che sul giudizio controfattuale a fronte di una condotta omissiva, ma anche sulla scorta degli elementi concreti risultanti dalle espletate c.t.u. e dalle prove acquisite riguardo alla superficialità dell'anamnesi effettuata sin dal ricovero, da cui era derivata l'errata diagnosi e le conseguenti dimissioni della paziente, nonostante l'elevata temperatura corporea, per di più, previa somministrazione di un farmaco tale da abbatterne del 70% le probabilità di sopravvivenza). (Sez. 3 - , Sentenza n. 21530 del 27/07/2021, Rv. 662197 - 01)

¹² Ove si è ritenuto che in tema illecito aquiliano, applicati nella verifica del nesso causale tra la condotta illecita ed il danno i criteri posti dagli artt. 40 e 41 c.p., e fermo restando il diverso regime probatorio tra il processo penale, ove vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio", e quello civile, in cui opera la regola della preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che non", lo standard di cd. certezza probabilistica in materia civile non può essere legato esclusivamente alla probabilità quantitativa della frequenza di un determinato evento, che potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato, secondo la probabilità logica, nell'ambito degli elementi di conferma, e, nel contempo, nell'esclusione di quelli alternativi, disponibili in relazione al caso concreto. (Sez. 1 - , Ordinanza n. 18584 del 30/06/2021, Rv. 661816 - 01)

¹³ Cass., Sez. IV, n. 5898 del 17 gennaio 2019

salvifico delle condotte omesse, alla stregua delle informazioni in ordine all'ordinario andamento della patologia riscontrata e delle peculiarità del caso concreto, non mutando la natura risarcitoria della domanda proposta, ai sensi dell'art. 74 cod. proc. pen, innanzi al giudice penale¹⁴.

Per la verità, di recente, le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno avuto modo di sottolineare che «la definitività e l'intangibilità della decisione adottata in ordine alla responsabilità penale dell'imputato, determinate dalla pronuncia con cui la Corte di cassazione annulla le sole disposizioni o i soli capi che riguardano l'azione civile (promossa in seno al processo penale), ovvero accoglie il ricorso della parte civile avverso il proscioglimento dell'imputato, provoca il definitivo dissolvimento delle ragioni che avevano originariamente giustificato, a seguito della costituzione della parte civile nel procedimento penale, le deroghe alle modalità di istruzione e di giudizio dell'azione civile, imponendone i condizionamenti del processo penale, funzionali alle esigenze di speditezza del procedimento. Con l'esaurimento della fase penale, essendo ormai intervenuto un giudicato agli effetti penali ed essendo venuta meno la ragione stessa dell'attrazione dell'illecito civile nell'ambito della competenza del giudice penale, risulta coerente con l'assetto normativo interdisciplinare sopra descritto che la domanda risarcitoria venga esaminata secondo le regole dell'illecito aquiliano, dirette alla individuazione del soggetto responsabile ai fini civili su cui far gravare le conseguenze risarcitorie del danno verificatosi nella sfera della vittima».

Il che, consentirebbe di qualificare il giudizio di rinvio, dedicato ai soli interessi civili, come autonomo e non meramente prosecutorio rispetto alla vicenda propriamente penale, permettendo alle parti di introdurlo nelle forme previste dall'art. 392 cod. proc. civ., allegando fatti costitutivi del diritto risarcitorio anche diversi da quelli che integravano la fattispecie penale. In tale prospettiva, si legittimerebbe, secondo la Corte, non una *mutatio*, ma una *emendatio* della domanda, purché connessa ai fatti dedotti in sede penale. Da tutto ciò, l'enunciazione del principio secondo il quale il giudice di appello che riformi, ai soli fini civili, la sentenza assolutoria di primo grado sulla base di un diverso apprezzamento dell'attendibilità di una prova dichiarativa ritenuta decisiva, è tenuto, anche d'ufficio, a rinnovare l'istruzione dibattimentale anche successivamente all'introduzione del comma 3-*bis* dell'art. 603 cod. proc. pen., ad opera dalla legge 23 giugno 2017, n. 103, e che in caso di annullamento ai soli effetti civili, da parte della Corte di Cassazione, per la mancata rinnovazione in appello di prova dichiarativa ritenuta decisiva, della sentenza che in accoglimento dell'appello della parte civile avverso la sentenza di assoluzione di primo grado, abbia condannato l'imputato al risarcimento del danno, il rinvio per il nuovo giudizio va disposto dinanzi al giudice civile competente per valore in grado di appello¹⁵.

¹⁴ Cass., Sez. IV, n. 5901 del 18 gennaio 2019

¹⁵ Cass., Sez. Un., n. 22065 del 28 gennaio 2021, Cremonini.

Malgrado ciò, risulta comunque evidente la differenza che passa tra il giudizio di rinvio davanti al giudice civile per gli interessi civili a seguito di annullamento della Corte di cassazione – che presuppone non una semplice preclusione processuale, ma un vero giudicato ex art. 624, comma 1, cod. proc. pen. per la parte di sentenza annullata che non abbia connessione essenziale con quella annullata – e la “prosecuzione” della impugnazione per i soli interessi civili davanti al giudice civile competente (sulla autonomia di *ratio* dell’art. 622 cod. proc. pen. v. Corte costituzionale, sentenza n. 176 del 2019). Da qui le possibili “frizioni” di cui si è fatto cenno. Una differenza, d’altra parte, incisivamente rimarcata dalle più recenti Sezioni unite, le quali, a proposito del regime intertemporale, hanno affermato che – tenuto anche conto della significativa riformulazione della lettera *d*) dell’art. 78, comma 1, cod. proc. pen. – “l’art. 573, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., introdotto dall’art. 33 del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, si applica alle impugnazioni per i soli interessi civili proposte relativamente ai giudizi nei quali la costituzione di parte civile sia intervenuta in epoca successiva al 30 dicembre 2022, quale data di entrata in vigore della citata disposizione”¹⁶.

Permane invece inalterata la previsione del comma 1 dell’art. 578 del codice di rito, in base alla quale, quando nei confronti dell’imputato è stata pronunciata una condanna anche generica alle restituzioni o al risarcimento del danno in favore della parte civile, «il giudice di appello e la Corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per amnistia o per prescrizione, decidono sull’impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili».

Problematica perduranza in vita di una disciplina che, però, è venuta a perdere, in larga misura, la sua portata innovativa. Posto, infatti, che in base all’art. 161-*bis* cod. pen. il corso della prescrizione cessa definitivamente con la sentenza di primo grado (salvo il caso di epiloghi regressivi del processo), la possibilità di una dichiarazione di prescrizione nel giudizio di impugnazione resta confinata all’ipotesi, ci sembra, di prescrizione maturata in primo grado e non dichiarata. Ma in questo caso, si è affermato di recente, da parte delle Sezioni unite, che, in tema di decisione sugli effetti civili ex art. 578, comma 1, cod. proc. pen., il giudice di appello che, nel pronunciare declaratoria di estinzione del reato per prescrizione del reato, pervenga alla conclusione - sia sulla base della semplice "constatazione" di un errore nel quale il giudice di prime cure sia incorso, sia per effetto di "valutazioni" difformi - che la causa estintiva è maturata prima della sentenza di primo grado, deve revocare le statuizioni civili in essa contenute¹⁷.

Dunque, un “residuo” normativo, ormai quasi del tutto svuotato di contenuto.

¹⁶ Cass., Sez. Un. n. 38481 del 25 maggio 2023. V., al riguardo, F. CAGNOLA, G. PAPA, *I requisiti dell’atto di costituzione di parte civile a seguito della riforma Cartabia: L’atto di citazione fa il suo ingresso nel processo penale*, in *Sistema penale*, 31 ottobre 2023.

¹⁷ Cass., Sez. Un., n. 39614 del 28 aprile 2022, Di Paola, c. Fava

Ancora più articolato e complesso è il discorso relativo alla scelta di trasferire al giudice civile la decisione a seguito della pronuncia di improcedibilità della impugnazione ex art. 344 *bis* cod. proc. pen. La Relazione che ha accompagnato lo schema dei decreti delegati ha sottolineato come tale opzione si collocasse nell'alveo seguito dalla giurisprudenza costituzionale sviluppatasi a fronte dei sospetti di incostituzionalità, per violazione del principio di presunzione di non colpevolezza, che si erano addensati sull'art. 578, comma 1, e dissolti dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 182 del 2021. In quella circostanza, la Corte aveva puntualizzato che «la mancanza di un accertamento incidentale sulla responsabilità penale in ordine al reato estinto per prescrizione non preclude[ss]e] la possibilità per il danneggiato di ottenere l'accertamento giudiziale del suo diritto al risarcimento del danno, anche non patrimoniale, la cui tutela deve essere assicurata, nella valutazione sistemica e bilanciata dei valori di rilevanza costituzionale al pari di quella, per l'imputato, derivante dalla presunzione di innocenza».

Da ciò, la scelta di modificare il nuovo comma 1-*bis* dell'art. 578, introdotto dalla stessa legge n. 134 del 2021, che aveva coniato l'istituto della improcedibilità della impugnazione per decorso del termine, allargando lo spettro della relativa disciplina ad "ogni caso" di impugnazione della sentenza "anche" per gli interessi civili, e, dunque, anche nella ipotesi in cui manchi una pronuncia di condanna alle restituzioni o al risarcimento del danno.

Una "chiusura del cerchio", si potrebbe dire, che mira a devolvere al giudice "naturale" degli interessi civili, ogni sviluppo processuale che coinvolga soltanto quel profilo, secondo quanto già statuito nella ipotesi di trasferimento (rinvio per la "prosecuzione") della impugnazione per i soli interessi civili, di cui al già menzionato art. 573, comma 1-*bis* cod. proc. pen.

Sono evidenti i rischi di "confusione fra i linguaggi" tra giudice penale, che ha scandagliato la vicenda penale e sindacato la domanda civile come profilo "accessorio" del proprio scrutinio, e giudice civile investito della "prosecuzione" in sede di impugnazione, che segue il proprio rito e le proprie regole di giudizio. Resta però, a nostro avviso, un dubbio di fondo, che non pare allinearsi con le affermazioni della Relazione accompagnatoria dello schema dei decreti delegati, secondo le quali il "trasferimento" del giudizio per gli interessi civili a seguito della declaratoria di improcedibilità dell'appello o del giudizio di cassazione, si muoverebbe nel quadro di un disegno volto a conseguire «un ulteriore risparmio di risorse, nell'ottica di implementare l'efficienza giudiziaria nella fase delle impugnazioni». E' infatti discutibile che una corte di appello penale che abbia conosciuto di una vicenda processuale per oltre due anni o una sezione penale della Corte di cassazione che abbia conosciuto di un ricorso per oltre un anno (e ancor più nei casi di proroga), trasferendo il processo per la prosecuzione al giudice o alla sezione civile competenti nello stesso grado, facciano conseguire un qualche "risparmio" di risorse o attività: semmai, è

l'esatto contrario, con evidente pregiudizio per un solerte soddisfacimento degli interessi civili.

Del pari, non ci sembra del tutto appagante neppure la spiegazione "sistematica" che la Relazione ha posto a base di una siffatta opzione. Si afferma, infatti, che si realizzerebbe una «contraddizione sistematica» tra la previsione di una causa di improcedibilità per decorso dei termini per la definizione dei giudizi di impugnazione e una disciplina che consentisse la «prosecuzione del giudizio di impugnazione ai soli effetti civili, considerata la natura accessoria dell'azione civile nel processo penale».

Ma in realtà, la improcedibilità ex art. 344 *bis* cod. proc. pen. è dichiarata con esclusivo e testuale riferimento proprio alla azione penale, con la conseguenza di non coinvolgere affatto la domanda civile (accessoria nel processo, ma dotata di vita "autonoma") che ben potrebbe "proseguire" davanti a quello stesso giudice: e ciò proprio perché, a nostro avviso - e come già sottolineato - in sede di impugnazione, non può porsi un problema di azione penale, in quanto ormai già esercitata e "consumata".

5.- *Segue: la sentenza Cremonini e alcuni paradossi*

Alcuni spunti di riflessione sul tema degli esiti civili che residuano dopo la definizione dei profili penali ci sembrano opportuni alla luce dei *dicta* recentemente scaturiti dalla giurisprudenza di legittimità, in ragione, anche, del complessivo mutamento del quadro normativo di riferimento. La sentenza Cremonini delle Sezioni unite, della quale s'è fatto cenno, ha infatti avuto modo di affermare che, in caso di annullamento agli effetti civili della sentenza che, in accoglimento dell'appello della parte civile avverso la sentenza di assoluzione di primo grado, abbia condannato l'imputato al risarcimento dei danni senza procedere alla rinnovazione della prova dichiarativa ritenuta decisiva, il rinvio per il nuovo giudizio va disposto dinanzi al giudice civile competente per valore in grado di appello. (Cass., Sez. Un. n. 22065 del 28 gennaio 2021, Cremonini). Le Sezioni unite preliminarmente affermano che, anche nella ipotesi in cui la riforma della pronuncia di assoluzione di primo grado sia sollecitata nella prospettiva dei soli interessi civili, a seguito di impugnazione della parte civile, la rinnovazione della istruzione dibattimentale si profila come assolutamente necessaria ex art. 603, comma 3, cod. proc. pen. La garanzia del giusto processo - osservano le Sezioni unite - implica che «i meccanismi e le regole sulla formazione della prova non subiscano distinzioni a seconda degli interessi in gioco e operino anche nel caso in cui la riforma della pronuncia assolutoria di primo grado sia sollecitata nella prospettiva degli interessi civili, a seguito di impugnazione della sola parte civile (Sez. 6, n. 37592 del 11/06/2013, Monna, Rv. 256332). Di conseguenza, tale garanzia conduce a ritenere che il giudice d'appello che riformi, anche su impugnazione della sola parte civile ed esclusivamente agli effetti civili, la sentenza di

proscioglimento, sulla base di un diverso apprezzamento dell'attendibilità di una prova dichiarativa ritenuta decisiva, sia obbligato a rinnovare, anche d'ufficio, l'istruzione dibattimentale.».

Il punto a nostro avviso delicato sta però nell'accostamento di tale principio con quanto si ribadisce a proposito della eccezionalità della regola enunciata dall'art. 622, la cui *ratio* viene rinvenuta nella «autonomia e separatezza dell'azione civile», che si esprimerebbe proprio attraverso «la volontà di escludere la perdurante attrazione delle pretese civili nel processo penale una volta che siano definitive le statuizioni di carattere penale». Risulta dunque coerente con l'assetto normativo interdisciplinare sopra descritto – sottolineano, come s'è già fatto cenno, le Sezioni unite - «che la domanda risarcitoria venga esaminata secondo le regole dell'illecito aquiliano, dirette alla individuazione del soggetto responsabile ai fini civili su cui far gravare le conseguenze risarcitorie del danno verificatosi nella sfera della vittima». Dall'autonomia del giudizio civile – afferma la sentenza Cremonini – scaturiscono, accanto alla applicazione delle regole proprie della riassunzione del processo in sede propria, «le seguenti ulteriori conseguenze: la libera valutazione delle prove acquisite nella fase penale; l'adozione del canone probatorio del "più che probabile che non" e non quello dell'alto grado di probabilità logica e di credibilità razionale, in tema di nesso causale; la non applicazione dello statuto della prova penale, con conseguente impossibilità di fondare la ricostruzione del fatto dannoso sulla testimonianza della parte civile, preclusa in ambito civilistico dall'art. 246 cod. proc. civ.; l'impraticabilità in sede di rinvio della rinnovazione della prova dichiarativa ai sensi dell'art. 603, comma 3-bis, cod. proc. pen., connessa alla regola di giudizio - prerogativa qualificante del processo penale - della prova necessariamente certa, dimostrativa "al di là di ogni ragionevole dubbio" della colpevolezza dell'imputato».

Ed è proprio a questo punto che, a nostro avviso, si coglie una qualche torsione logica: se il giudizio di rinvio in sede civile è processo civile ad ogni effetto, se ne dovrebbe trarre, come logico corollario, che non può trovare applicazione in quella sede il principio di immediatezza, per come declinato dall'art. 525, comma 2, cod. proc. pen. Nel rito civile ordinario, infatti, la raccolta delle prove viene effettuata non dal collegio giudicante, ma dal giudice istruttore, il quale ultimo, per di più, a norma dell'art. 174, secondo comma, cod. proc. civ. può essere sostituito in caso di assoluto impedimento o di gravi esigenze di servizio. D'altra parte, in appello, a norma dell'art. 350 dello stesso codice, il presidente del collegio può delegare per l'assunzione di mezzi istruttori uno dei suoi componenti (dal 30 giugno 2023, opera l'art. 349-bis, in base al quale il presidente, se non ritiene di nominare il relatore e disporre la comparizione delle parti davanti al collegio per la discussione orale, designa un componente di questo per la trattazione e l'istruzione della causa).

“Salta”, dunque, se così si può dire, quella necessaria “medesimezza personale” tra il giudice che assume le prove ed il giudice che sulla base di esse è chiamato a

decidere, e che nel processo penale è presidiato dalla più grave delle sanzioni: la nullità assoluta.

A questo punto, si innesta tutta la storia che ha condotto alla formulazione della regola della rinnovazione sancita dall'art. 603, comma 3-*bis*, cod. proc. pen. Come è noto, infatti, l'*incipit* fu rappresentato dalla prevalente giurisprudenza della Corte EDU, la quale, in presenza di una pronuncia assolutoria in primo grado fondata sulla ritenuta inattendibilità di una fonte di prova, richiedeva, per un diverso scrutinio in sede di impugnazione, che il relativo giudice “riascoltasse” quella fonte di prova per poter ribaltare il giudizio di primo grado. A partire, infatti, dalla “storica” sentenza Dan contro Moldavia (del 5 luglio 2011, ric. 8999/07) la Corte EDU aveva affermato il principio secondo il quale “Se una Corte di appello è chiamata ad esaminare un caso in fatto e in diritto e a compiere una valutazione completa della questione della colpevolezza o dell'innocenza del ricorrente, essa non può, per una questione di equo processo, determinare correttamente tali questioni senza una valutazione diretta delle prove. La valutazione dell'attendibilità di un testimone – soggiunse la Corte - è un compito complesso che generalmente non può essere eseguito mediante una semplice lettura delle sue parole verbalizzate”.

Da qui, l'abbrivio per la sentenza Dasgupta, “anticipatrice” della novella legislativa (Sez. Un. n. 27620 del 28 aprile 2016), l'estensione al giudizio abbreviato effettuata dalla sentenza Patalano (Sez. Un. n. 18620 del 19 gennaio 2017); la sentenza Troise, che invece esclude la *renovatio* probatoria nel caso di riforma della sentenza di condanna (Sez. Un., n. 14800 del 3 aprile 2018); la sentenza Pavan Devis, che completa il “poker d'assi”, estendendo la regola della necessaria rinnovazione ai fini della riforma della sentenza di assoluzione, anche al caso in cui la rivalutazione della prova decisiva sia rappresentata dalla rivalutazione della relazione peritale acquisita in forma puramente cartolare (Sez. Un. n. 14426 del 28 gennaio 2019). Buon ultimo, ma non certo per ultima, la Corte costituzionale, che ha definitivamente avallato il costrutto normativo e giurisprudenziale di cui si è detto nella sentenza 124 del 2019.

L'immediatezza “radicale” perde però pezzi significativi in corso d'opera. Così, è la stessa Corte EDU a rivedere i propri precedenti *dicta*, ritenendo inapplicabile all'imputato che ha scelto il giudizio abbreviato l'obbligo di rinnovazione della istruzione dibattimentale, neppure nella ipotesi di ribaltamento della sentenza di assoluzione nel giudizio di secondo grado: ciò in quanto – ha rilevato la Corte - l'imputato ha rinunciato alla immediatezza in funzione della premialità del rito; “la rinuncia alle prove orali ha avuto come conseguenza che il loro processo fosse basato sulle prove documentali acquisite al fascicolo”. Situazione, dunque, ben diversa da quelle precedentemente scrutinate (Corte EDU 25 marzo 2021, n. 15931/15 e 16459/15, Di Martino e Molinari c. Italia).

Ma il “colpo” più significativo viene inferto dalla Corte costituzionale, la quale nella sentenza n. 132 del 2019, a proposito della necessaria rinnovazione della

istruzione probatoria in caso di mutamento della persona del giudice, lancia un “monito” al legislatore, circa la «possibilità di introdurre ragionevoli eccezioni al principio dell’identità tra giudice avanti al quale è assunta la prova e giudice che decide, in funzione dell’esigenza, costituzionalmente rilevante, di salvaguardare l’efficienza dell’amministrazione della giustizia penale, in presenza di meccanismi “compensativi” funzionali all’altrettanto essenziale obiettivo della correttezza della decisione – come ad esempio, la videoregistrazione delle prove dichiarative, quanto meno nei dibattimenti più articolati -, e ferma restando la possibilità [...] per il giudice di disporre, su istanza di parte o d’ufficio, la riconvocazione del testimone avanti a sé per la richiesta di ulteriori chiarimenti o l’indicazione di nuovi temi di prova, ai sensi dell’art. 506 cod. proc. pen.».

Un *assist*, quello offerto dalla Corte costituzionale, subito recepito dalle Sezioni unite, che ne hanno fatto applicazione nella sentenza Bajrami Klevis (Sez. Un. n. 41736 del 30 maggio 2019, ove si è affermato che l’intervenuto mutamento della composizione del giudice attribuisce alle parti il diritto di chiedere sia prove nuove sia, indicandone specificamente le ragioni, la rinnovazione di quelle già assunte dal giudice di originaria composizione, fermi restando i poteri di valutazione del giudice di cui agli artt. 190 e 495 cod. proc. pen. anche con riguardo alla non manifesta superfluità della rinnovazione stessa).

Un aggiramento della *littera legis* non poco ardimentoso.

Ma il “dogma” è ormai incrinato, e la riforma Cartabia ne prende atto, anche se l’art. 525 comma 2, continua a rimanere intonso nel sistema. Stabilisce, infatti, il nuovo comma 4-*ter* dell’art. 495 cod. proc. pen., introdotto dal d.lgs. n. 150 del 2022, che, nel caso di mutamento del giudice nel corso del dibattimento, la parte che vi ha interesse ha diritto di ottenere l’esame delle persone che hanno già reso dichiarazioni nel dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate, salvo che il precedente esame sia stato documentato integralmente mediante mezzi di riproduzione audiovisiva, stabilendosi altresì che, in ogni caso, la rinnovazione dell’esame può essere disposta quando il giudice la ritenga necessaria sulla base di specifiche esigenze. A sua volta, il comma 3-*bis* dell’art. 603, cod. proc. pen., viene modificato prevedendosi che «nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice, ferme le disposizioni di cui ai commi da 1 a 3, dispone la rinnovazione dell’istruzione dibattimentale nei soli casi di prove dichiarative assunte in udienza nel corso del giudizio dibattimentale di primo grado o all’esito di integrazione probatoria disposta nel giudizio abbreviato a norma degli articoli 438, comma 5, e 441, comma 5».

Una “mitigazione”, ci sembra di cogliere, rispetto alla previgente disposizione, aperta attraverso il richiamo ai principi che assegnano natura eccezionale all’istituto della rinnovazione della istruzione dibattimentale in appello, con il correlativo

superamento della precedente aporia che nel giudizio abbreviato consentiva in sede di appello la rinnovazione delle prove anche in ipotesi di giudizio di primo grado cartolare. Solo la prova orale assunta in primo grado può, quindi, essere rinnovata in base alla nuova disciplina, con esclusione di qualsiasi discrasia in punto di immediatezza tra primo e secondo grado.

In questo quadro di riferimento, che, come si è osservato, in qualche misura opacizza il principio di immediatezza, ci si può chiedere se la sentenza Cremonini mantenga una sua attualità, dal momento che, il rinvio al giudice civile presuppone, per quel che si è detto, una inconsistenza di quel principio e, dunque, la eccentricità di ritenere applicabile in quella sede la rinnovazione ex art. 603, comma 3-*bis* cod. proc. pen., che proprio sull'*intuitu personae* del giudice fonda la propria *ratio essendi*.

Ma se un qualche dubbio può porsi nel peculiare contesto del giudizio di rinvio ex art. 622 cod. proc. pen., qualunque perplessità ci sembrerebbe fuor di luogo nei casi di rinvio “prosecutorio” davanti al giudice civile, ora stabiliti dalla riforma Cartabia, tanto nel caso di impugnazione riguardante i soli interessi civili (in base al comma 1-*bis* dell’art. 573 cod. proc. pen.), che nella ipotesi di rinvio al giudice civile derivante dalla declaratoria di improcedibilità per decorrenza dei termini in appello o in cassazione ex art. 578, comma 1-*bis* del medesimo codice. Recuperata la sede propria, cade l’obbligo della immediatezza e, con esso, la logica che sta al fondo della rinnovazione ex art. 603-comma 3-*bis* cod. proc. pen.

6.- Altri esiti della improcedibilità: la confisca “senza condanna”.

Dopo annose vicissitudini e polemiche di vario genere, si pensava che il tema della “confisca senza condanna”, a cagione del sopravvenire della prescrizione, avesse trovato finalmente soluzione attraverso una disciplina “parallela” all’art. 578, poi tradotta nell’art. 578 *bis* del codice di rito. Ma l’irrompere sullo scenario del processo della nuova improcedibilità per decorso del tempo nel giudizio di appello o di cassazione ha “rimescolato le carte”, dando vita ad una ulteriore scelta di campo.

Un brevissimo riassunto può forse tornare di qualche utilità.

L’art. 578 *bis* c.p.p., ha trovato, come è noto, origine nell’evoluzione giurisprudenziale e normativa, che, a partire dalla pronuncia delle Sezioni unite della Corte di cassazione Lucci (n. 31617 del 26 giugno 2015), della sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015, e della sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. e altri c. Italia, avevano affermato l’applicabilità della confisca anche nel caso di estinzione del reato per prescrizione, in presenza di un accertamento della responsabilità penale: il principio della *non conviction based confiscation* trovava, dunque, la sua affermazione di compatibilità di sistema e rispetto ai valori costituzionali e convenzionali, quante volte lo scrutinio di responsabilità avesse comunque avuto modo di dispiegarsi secondo adeguate garanzie.

Su tale base la l. n. 161/2017, modificò l'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/1992, il quale all'epoca disciplinava la confisca allargata o estesa, inserendo un comma 4-*septies*, che devolveva del giudice dell'impugnazione attribuzioni che richiavano da vicino il regime previsto dall'art. 578 c.p.p., al punto che la nuova disposizione veniva inserita, col d.lgs. n. 21/2018, nell'art. 578-*bis* cod. proc. pen., in attuazione della riserva di codice della materia penale.

L'art. 578-*bis* c.p.p. è stato successivamente modificato dalla l. n. 3/2019 che ha esteso la sua portata applicativa anche alla «confisca prevista dall'articolo 322-*ter* del codice penale», con un rinvio alla confisca-misura di sicurezza, diretta e per equivalente, ivi prevista. Attraverso tale innesto, dunque, si è incrementata la sfera della previsione normativa, confermando il principio secondo il quale l'art. 578-*bis* c.p.p. può trovare applicazione rispetto ad ogni ipotesi di confisca quale misura di sicurezza obbligatoria ed anche alla confisca per equivalente menzionata dallo stesso art. 322-*ter* c.p.

La giurisprudenza ha poi definitivamente asseverato la tesi secondo la quale la disciplina dettata dall'art. 578-*bis* c.p.p. deve ritenersi applicabile rispetto ad ogni figura di confisca obbligatoria prevista da leggi speciali (Cass., Sez. un., n.13539 del 30 gennaio 2020, Perroni), ivi compresa la confisca per equivalente, della quale, pure, si continua ad affermare il carattere “punitivo”, da ultimo asseverato dalla sentenza delle Sezioni unite n. 4150 del 29 settembre 2022, Esposito. In essa si è infatti ribadito il principio secondo il quale «la disposizione dell'art. 578-*bis* cod. proc. pen. ha, con riguardo alla confisca per equivalente e alle forme di confisca che presentino comunque una componente sanzionatoria, natura anche sostanziale ed è, pertanto, inapplicabile in relazione ai fatti posti in essere anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 6, comma 4, d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, che ha introdotto la suddetta disposizione».

Anche in precedenza, d'altra parte, la giurisprudenza assolutamente prevalente era orientata nel senso che «la disposizione dell'art. 578-*bis* cod. proc. pen., che ha disciplinato la possibilità di mantenere la confisca con la sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione del reato nel caso in cui sia accertata la responsabilità dell'imputato, è applicabile anche alla confisca tributaria ex art. 12-*bis* d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, ma, ove questa sia stata disposta per equivalente, non può essere mantenuta in relazione a fatti anteriori all'entrata in vigore del citato art. 578-*bis* cod. proc. pen., atteso il suo carattere afflittivo.»¹⁸

Parrebbero, a tutta prima, epiloghi che, in forza di una espressa disposizione normativa, potrebbero ritenersi estensibili anche alla nuova ipotesi di improcedibilità, considerato che si tratta di un provvedimento che “fulmina” il processo, ma ad un determinato “stato degli atti” – in particolare, il giudizio di appello o addirittura quello di cassazione – che teoricamente può “assorbire” lo scrutinio di responsabilità,

¹⁸ Cass., n. 7882 del 21 gennaio 2022; Cass., n. 15655 del 2 febbraio 2022.

necessario e sufficiente ai fini della pronuncia su un capo autonomo rispetto a quello penale, rappresentato proprio dalla confisca-misura di sicurezza.

Ma la scelta operata dal legislatore delegato è stata diversa. Stabilisce, infatti, il comma 1 del nuovo art. 578-ter che il giudice di appello o la Corte di cassazione, nel dichiarare la improcedibilità a norma dell'art. 344-bis, dispongono la confisca “nei casi in cui la legge la prevede obbligatoriamente anche quando non è stata pronunciata condanna”.

Non si precisa se si tratta di confisca obbligatoria per specifiche disposizioni di legge, se si tratti di confisca “estesa” o di confisca per equivalente, o se si tratti della sola confisca obbligatoria di cui all'art. 240, secondo comma, n. 2) cod. pen, per la quale la misura ablatoria, per espressa disposizione normativa, trova applicazione “anche se non è stata pronunciata condanna”. Ciò che rileva, per quel che qui interessa, è che l'applicazione del relativo “capo”, nel corpo della sentenza che chiude il processo, “sopravvive”, dunque, alla declaratoria di improcedibilità. Può semmai rilevarsi la singolarità di una corte di appello o di una Corte di cassazione che “dispongono” la confisca, senza alcun riferimento al contenuto decisorio ed alla forma motivata della statuizione, che deve pur sempre asseverare la sussistenza dei relativi presupposti di legalità.

Tuttavia, a noi pare, il vero *punctum dolens*, è rappresentato dal secondo comma del nuovo art. 578-ter, ove si stabilisce che, fuori dei casi previsti dal comma 1, in presenza di una confisca di primo grado con declaratoria di improcedibilità, la Corte d'appello e la Corte di cassazione dispongono con ordinanza la trasmissione degli atti al procuratore della Repubblica distrettuale competente e al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo per valutare se avanzare proposta di applicazione delle misure patrimoniali previste dal codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al d.lgs. n. 159 del 2011. Tenuto conto, poi, della temporanea “ultrattività” del sequestro finalizzato alla confisca disposto in sede penale - secondo la previsione dettata dal comma 3 dello stesso articolo - ne deriva che, in mancanza di attivazione del procedimento di prevenzione, il sequestro perderà efficacia e nessun provvedimento di confisca potrà essere attuato.

Ma si tratta davvero di una “scelta” normativa, oppure il legislatore delegato si è limitato a dettare una disposizione che potremmo definire di mero raccordo, che nulla aggiunge, di sostanziale, rispetto a quanto già non fosse desumibile dal sistema?

Il dubbio coglie, considerando che i presupposti del procedimento di prevenzione non dipendono dagli esiti del processo penale e che, le misure di prevenzione patrimoniale riposano su presupposti di pericolosità soggettiva affatto diversi da quelli che sostengono la confisca-misura di sicurezza, la quale di regola presenta un nesso di pertinenzialità tra oggetto della misura e reato, che non compare nella confisca di prevenzione. La stessa confisca “per sproporzione”, di cui all'art. 240-bis cod. pen., che presenta “assonanze” rispetto alla confisca di prevenzione, si fonda

su un presupposto ben diverso che è rappresentato dalla intervenuta condanna per specifiche fattispecie delittuose, non tutte evocative di quei paradigmi di pericolosità soggettiva che caratterizzano, ad esempio, le figure di “pericolosi generici”, quali scaturite dallo scrutinio di “tipicità” operato dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 24 e 25 del 2019.

D'altra parte, la giurisprudenza è da tempo consolidata nell'affermare che, in tema di misure di prevenzione, il giudice, attesa l'autonomia tra procedimento penale e procedimento di prevenzione, può valutare autonomamente i fatti accertati in sede penale, al fine di giungere ad un'affermazione di pericolosità generica del proposto ex art. 1, comma 1, lett. b), d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, non solo in caso di intervenuta declaratoria di estinzione del reato o di pronuncia di non doversi procedere, ma anche a seguito di sentenza di assoluzione ai sensi dell'art. 530, comma 2, cod. proc. pen., ove risultino delineati con sufficiente chiarezza e nella loro oggettività quei fatti che, pur ritenuti insufficienti - nel merito o per preclusioni processuali - per una condanna penale, ben possono essere posti alla base di un giudizio di pericolosità. Principi, questi affermati proprio in una fattispecie in tema di confisca¹⁹.

Per altro verso, le Sezioni unite hanno sottolineato come la possibilità di applicazione disgiunta della confisca dalla misura di prevenzione personale, così come emerge dalle riforme normative operate dalla legge 24 luglio 2008 n. 125 e dalla legge 15 luglio 2009 n. 94, non ha introdotto nel nostro ordinamento una *actio in rem*, restando presupposto ineludibile di applicazione della misura di prevenzione patrimoniale la pericolosità del soggetto inciso, in particolare la circostanza che questi fosse tale al momento dell'acquisto del bene, precisando, al riguardo, che la pericolosità si trasferisce alla *res* per via della sua illecita acquisizione da parte di un soggetto socialmente pericoloso, in quanto rientrante in una delle categorie previste dalla normativa di settore, ed ad essa inerisce in via permanente e tendenzialmente indissolubile²⁰.

Dunque, una volta dichiarata la improcedibilità, la definizione del processo penale non avrebbe in alcun modo precluso il promovimento di un procedimento di prevenzione, con tutto quel che ne consegue sul piano della applicabilità di una misura di prevenzione patrimoniale, sussistendone, ovviamente, i relativi (e autonomi, rispetto alla confisca penale) presupposti.

Il che conduce, a nostro avviso, ad una conclusione di dubbia coerenza della disposizione in questione con la legge di delega. Poiché, infatti, l'art. 1, comma 13, lett. d) della delega contenuta nella legge n. 134 del 2021 espressamente prevedeva per

¹⁹ Cass., n. 4191 dell'11 gennaio 2022.

²⁰ Cass., Sez. Un., n. 4880 del 26 giugno 2014, Spinelli. V. al riguardo, V. POMPEO, *Confisca di prevenzione, dinamiche concorrenziali e garantismo economico-sociale*, in *Giur. It.*, 2015, 2721; M. FINUOLI DI LELLO, “*Tutto cambia per restare infine uguale*”. Le Sezioni unite confermano la natura preventiva della confisca ante delictum, in *Cass. pen.*, 2015, 3520; A. M. MAUGERI, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 922; R. BARTOLI, *La confisca di prevenzione è sanzione preventiva, applicabile retroattivamente*, in *Giur. It.*, 2015, 971.

il legislatore delegato la direttiva di “*disciplinare* i rapporti tra l’improcedibilità dell’azione penale per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione [...] e la confisca disposta con la sentenza impugnata”, ne deriva che un siffatto obbligo non può dirsi, a nostro avviso, essere stato adempiuto in termini di “effettività”.