

LA RIFORMA DEL GIUDIZIO ABBREVIATO E DEGLI ALTRI RITI SPECIALI^(*)

di Alberto Macchia

SOMMARIO: 1. *Heri dicebamus*. – 2. La riforma Orlando. Le indagini difensive “a sorpresa”. – 3. Le indagini suppletive. – 4. Alcuni punti “critici”. – 5. Riti alternativi e richieste alternative. – 6. Convalescenze e preclusioni. La inutilizzabilità “patologica”. – 7. La sanatoria. Recepimento della giurisprudenza o innovazione di sostanza? – 8. La preclusione sulla competenza per territorio. – 9. La pena. – 10. Abbreviato da giudizio direttissimo. – 11. Abbreviato da giudizio immediato. – 12. Abbreviato da opposizione a decreto penale. – 13. Patteggiamento. – 14. Decreto penale di condanna.

1. *Heri dicebamus*.

Il giudizio abbreviato, visto nel suo sviluppo diacronico, pare quasi un’enantiosema: figura linguistica che denota espressioni che hanno, o hanno finito per assumere, un significato opposto alle proprie origini (feriale, in origine da *feriae*, periodo di riposo, oggi vuol dire periodo lavorativo; ministro, oggi carica elevata, è invece originata da *minister*, servo, derivato da *minus*).

Sorto come rito alternativo estremamente semplificato – ci fu chi, nei primi tempi di applicazione del codice, ne stigmatizzò la eccessiva asciuttezza di disciplina – inscenato su base pattizia e con l’intervento di un giudice che poteva bloccare lo sviluppo sulla base di un giudizio di non decidibilità allo stato degli atti, ma che, a prescindere da tale epilogo, decideva *illico et immediate* sulla base del *dossier* prodotto dal pubblico ministero all’atto della richiesta di rinvio a giudizio, ha via via visto manipolarsi il proprio genoma, fino a divenire un procedimento complicato, in cui – pronunce della Corte costituzionale, interventi variegati della giurisprudenza di legittimità e novelle di vario genere – è ormai davvero difficile intravedere le stimmate dello *speedy trial*, che avrebbe voluto essere secondo gli auspici della legge delega di riforma del codice di procedura penale.

Il patteggiamento sul rito, come si diceva allora per distinguerlo dal patteggiamento sulla pena, aveva una sua logica di equilibrio nel sistema del processo: l’imputato valutava la sua posizione alla stregua del materiale che veniva esibito attraverso la discovery e, dunque, ne misurava la potenzialità probatoria e le

* Il presente contributo costituisce il testo, corredato da note, della relazione tenuta dall’Autore al corso straordinario sulla riforma del sistema penale (legge n. 103 del 2017) svoltosi il 9 novembre 2017 presso la Scuola Superiore della Magistratura a Scandicci; si ringraziano gli organizzatori per averne consentito la pubblicazione sulla *nostra Rivista*.

conseguenze in punto di decisione; il pubblico ministero, dal canto suo, valutava la concreta sviluppabilità (e incrementabilità) dibattimentale delle fonti di prova raccolte, inducendosi a prestare il consenso quante volte avesse reputato non conveniente per l'accusa esporsi al "rischio" del dibattimento.

Il tutto, va ricordato, secondo un'ottica che voleva rendere la fase delle indagini preliminari uno snodo particolarmente "fluidico," perché destinato al limitato fine di consentire al pubblico ministero – come pure si continua a leggere nell'art. 326 cod. proc. pen. – di assumere le proprie determinazioni in ordine all'esercizio della azione penale¹.

Determinazioni, a loro volta, calibrate sulla falsariga di quella peculiare *regula iuris* contrassegnata dall'art. 125 delle disposizioni di attuazione, per come "interpretato", in termini particolarmente "robusti" sul versante costituzionale della obbligatorietà della azione penale, dalla notissima sentenza n. 88 del 1991 della Consulta².

Il tutto, non senza trascurare il fatto che l'udienza preliminare, sede fisiologica nella quale si inseriva la scelta per il giudizio abbreviato, fino alla riforma del 1993, era regolata – quanto al suo epilogo – dal parametro della "evidenza", nel senso che l'arresto della regiudicanda in luogo della *translatio iudicii*, avveniva per il tramite di una sentenza di non luogo a procedere adottabile solo se fosse, appunto, risultata "evidente" la pronuncia di una formula assolutoria (si diceva, ma senza troppa convinzione, per impedire che il processo arrivasse sul tavolo del giudice del dibattimento gravato da un "pre-giudizio" sul merito della causa).

Ecco spiegato il necessario consenso del pubblico ministero, dal momento che l'attore pubblico non aveva necessariamente attrezzato l'indagine per superare un vaglio di merito pieno. Una indagine, dunque, che segnalava tutta la sua distanza dalla vecchia istruttoria, per la quale, la iperbolica formula dell'art. 299 del codice Rocco, attribuiva al giudice istruttore la funzione di «compiere prontamente tutti e soltanto quegli atti che in base agli elementi raccolti e allo svolgimento della istruzione appaiano necessari per l'accertamento della verità».

Inutile rivangare la natura e quantità di resistenze – molte delle quali più che altro culturali – cui andò incontro il modello originario di giudizio abbreviato, elaborato, dopo non pochi sforzi, dal Parlamento nella legge delega, la quale vi dedicò la scarna ma essenziale direttiva 53, che fu poi tradotta negli altrettanto schematici articoli del codice. La scelta della insindacabilità della decisione del pubblico ministero di consentire o meno alla richiesta dell'imputato e della decisione del giudice di ammettere o meno il

¹ Nella *Relazione al Progetto preliminare* si è chiarito come le finalità delle indagini, in conformità a quanto prevedeva la direttiva 37 della legge-delega, «sono rappresentate esclusivamente dalla necessità di delibare la *notitia criminis* al fine di configurarla entro una precisa imputazione e di scegliere un tipo di domanda da proporre al giudice competente. Questa limitata finalizzazione delle indagini preliminari, che emerge con evidenza dai lavori preparatori, costituisce uno dei punti salienti della riforma». Una prospettiva, dunque, che delimitava non poco qualsiasi vocazione che avesse teso a riedificare, sotto mentite spoglie, l'ormai tramontata e ripudiata istruzione, sommaria o formale che fosse.

² V. GIULIANI, *La regola di giudizio in materia di archiviazione (art. 125 disp. att. c.p.p.) all'esame della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1992, 249; ROCA, *Archiviazione, non luogo a procedere e dovere di completezza delle indagini nella sentenza n. 88/91*, in *Giust. pen.*, I, 184.

rito, è spiegata dalla *Relazione al Progetto preliminare* (p. 104-105) facendo leva sulla differenza rispetto al patteggiamento: in quel rito, tema di accordo e di controllo giurisdizionale è la pena; nel giudizio abbreviato, l'accordo e la deliberazione giurisdizionale vertono sul rito; e la rinuncia al dibattimento deve coinvolgere l'accordo di entrambe le parti, in positivo, senza che rilevino le ragioni del dissenso; mentre al giudice spetta valutare l'ammissibilità della domanda, in funzione della decidibilità o meno della causa.

Spiegazione rozza? Forse, ma non certo priva di una sua plausibilità di sistema. Si pensava, forse ingenuamente, che la prassi e la giurisprudenza avrebbero contribuito a "dirozzare" il modello più originale di giudizio scaturito dalla riforma, e ad assegnare allo stesso un volto più maturo e definitivo. In sostanza, i *conditores* del nuovo codice auspicavano che, come nei sistemi di *common law*, al di là delle *Federal rules*, giocasse molto la "procedura vissuta nelle aule". Auspicio, evidentemente, subito fallito.

Tanto il dissenso del pubblico ministero che la decisione del giudice di respingere il rito per mancanza del presupposto della decidibilità, furono, come è noto, oggetto di varie sentenze "manipolative" della Corte costituzionale che, fino alla riforma attuata con la cosiddetta legge Carotti, ne affermarono la controllabilità all'esito del dibattimento, con possibilità per quel giudice di assegnare all'imputato, in caso di condanna, il beneficio della diminuzione di un terzo di pena: vero "scoglio" che rendeva il giudizio abbreviato un "diritto" per l'imputato, proprio per i suoi riflessi sul terreno del diritto penale sostanziale.

Con ciò si elideva, dunque, la simmetria tra beneficio penale e adozione del rito che faceva "risparmiare" il dibattimento, e la cui rinuncia – che all'epoca voleva dire rinuncia al diritto alla prova, non essendo state ancora introdotte, per di più, le indagini difensive, inserite nel codice di rito solo con la legge n. 397 del 2000 – giustificava, appunto, un trattamento *levior*.

Con la legge Carotti e con le altre novelle di poco successive, il giudizio abbreviato ha subito, come è noto, modifiche tanto consistenti che, forse, più che di metamorfosi, palerei – per usare una espressione di Ferrua nei suoi studi sul processo penale e sul sistema accusatorio scaturito dalle sentenze costituzionali del 1992³ (da

³ Si tratta delle note sentenze del 1992, n. 24 che dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 195, quarto comma, del codice di procedura penale e dell'art. 2, n. 31, secondo periodo, della legge 16 febbraio 1987, n. 81 (Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale), nella parte in cui vietava l'utilizzazione agli effetti del giudizio, attraverso testimonianza della stessa polizia giudiziaria, delle dichiarazioni ad essa rese da testimoni; la n. 254, con la quale veniva dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 513, secondo comma, del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevedeva che il giudice, sentite le parti, disponesse la lettura dei verbali delle dichiarazioni di cui al primo comma del medesimo articolo rese dalle persone indicate nell'art. 210, qualora queste si avvalgano della facoltà di non rispondere; la n. 255, infine, con la quale veniva dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 500, terzo e quarto comma, del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevedeva l'acquisizione nel fascicolo per il dibattimento, se sono state utilizzate per le contestazioni previste dai commi primo e secondo, delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero e, conseguenzialmente, dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 n. 76 della legge 16 febbraio 1987 n. 81 (Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale) nella parte in cui prevedeva il potere del giudice di allegare nel fascicolo

taluni ricordato come *annus horribilis*), che avevano “riscritto” il contraddittorio – di anamorfosi del modello⁴.

Scompare, infatti, anzitutto, la base pattizia: il rito si trasforma in una opzione monologante dell'imputato, senza che al pubblico ministero sia concessa neanche la facoltà di interlocuzione dialettica (uno straccio di “sentito il pubblico ministero”, avrebbe forse potuto rappresentare un *maquillage* denotativo di una qualche attenzione per il principio di parità delle parti: anche se in dottrina c'è chi richiede la interlocuzione del p.m.).

Il giudizio abbreviato si trasforma sempre più – alla stregua dei *dicta* della Corte costituzionale – in un diritto per l'imputato, che fonda la sua premessa in un corrispondente dovere del pubblico ministero di svolgere – “mantra” ripetuto dai tempi della sentenza n. 88 del 1991 – una indagine “completa”. Ed è proprio su questa base “salvifica” che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 115 del 2001⁵, fece evaporare i dubbi di legittimità costituzionale del nuovo modello processuale, dal momento che a fulcro di quella decisione fu posto proprio il rilievo che l'imputato avrebbe goduto di un legittimo affidamento di accesso al rito, scontando, appunto, il fatto che le indagini dovessero essere complete.

Ma “complete” rispetto a cosa? E, soprattutto, in ragione di quale parametro ed in funzione di quale valore? L'originaria configurazione della indagine, come fase “preparatoria” ontologicamente rivolta a soddisfare il postulato costituzionale della azione penale obbligatoria, contrassegnata dalla sentenza n. 88 del 1991 (l'indagine deve servire per valutare la coltivabilità della azione in dibattimento), finisce per sbiadirsi nella prospettiva del rito abbreviato, mutandone l'indirizzo secondo una finalizzazione strabicamente rivolta verso un non bilanciato *favor* per il giudizio alternativo.

Ricorderà, infatti, la stessa Corte costituzionale, nella richiamata sentenza n. 115 del 2001, come il precedente sistema fosse non conforme alla Carta fondamentale in quanto «era lo stesso pubblico ministero a decidere quali e quante indagini esperire in vista della richiesta di rinvio a giudizio», derivando da ciò «"l'inaccettabile paradosso" per cui il pubblico ministero poteva legittimamente precludere l'instaurazione del giudizio abbreviato allegando lacune probatorie da lui stesso determinate; di qui l'indicazione, "al fine di ricondurre l'istituto a piena sintonia con i principi costituzionali" di introdurre "un meccanismo di integrazione probatoria" rimesso alle scelte discrezionali del legislatore.».

Prospettiva, quella additata dai giudici della Consulta, discussa e discutibile, perché l'indagine carente è quella che si rivela incongrua agli effetti della sostenibilità in

processuale, tra gli atti utilizzati per le contestazioni, solo le sommarie informazioni assunte dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero nel corso delle perquisizioni ovvero sul luogo e nell'immediatezza del fatto, e non anche le dichiarazioni precedentemente rese dal testimone e contenute nel fascicolo del pubblico ministero. Innumerevoli i commenti e le osservazioni, prevalentemente critiche, della dottrina processualistica.

⁴ FERRUA, *Studi sul processo penale*. Vol. II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Giappichelli, 1992.

⁵ V. ANNUNZIATA, *In tema di atti utilizzabili nel rito abbreviato*, in *Giur. Cost.*, 2001, 917; GARUTI, *La Corte costituzionale promuove la struttura del «nuovo» rito abbreviato*, in *Giur. Cost.*, 2001, 917; VITALE, *Giudizio abbreviato*, in *Giur. Cost.*, 2001, 935.

giudizio (unico parametro che il pubblico ministero può e deve valutare sul versante della completezza delle indagini) e che conduce ad un ineluttabile arresto della *notitia criminis* prima del dibattimento: evenienza che, evidentemente, non ha nulla a che vedere con il giudizio abbreviato.

Ulteriore “insulto” al modello originario fu la eliminazione del controllo sulla ammissibilità della domanda di rito alternativo fondata sulla decidibilità allo stato degli atti: la domanda “secca” (così si dice gergalmente) di abbreviato, non ammette alternative al suo accoglimento; il ruolo solipsistico dell’imputato mena le danze del processo. Tutte quelle che erano le prospettive probatorie dibattimentali del pubblico ministero su temi che non dovevano necessariamente formare oggetto di indagini (circostanze del reato; personalità dell’imputato; pericolosità sociale; ecc.) si dissolvono come neve al sole, e non possono essere “recuperate” neppure dal giudice, davanti al quale non si offre altra alternativa che quella di celebrare il rito a prova contratta. All’imputato si offre però la possibilità di condizionare la richiesta allo svolgimento di una integrazione probatoria: solo in questo caso la domanda è controllabile dal giudice, sul versante della compatibilità della integrazione con la economia processuale, ed è possibile per il pubblico ministero chiedere l’ammissione di prova contraria (prova contraria, si badi, e non prova autonoma, come pur si sarebbe potuto “simmetricamente” disporre, visto che si introduce una fase di supplemento “istruttorio”).

Nulla di scandaloso, si dirà: ma la figura di giudizio allo stato degli atti viene ad essere travolta: e con essa, mi sembra, anche la logica di una diminuente in misura fissa nel caso di condanna (la rinuncia al dibattimento potrebbe non aver comportato in concreto alcuna *deminiutio* sul piano del diritto alla prova).

Resta comunque il fatto che, nel caso di giudizio abbreviato cosiddetto condizionato, la decisione del giudice di rigettare la richiesta è sindacabile in sede dibattimentale a seguito della sentenza n. 169 del 2003⁶, con la quale la Corte costituzionale ha appunto dichiarato la illegittimità costituzionale del comma 6 dell’art. 438, nella parte in cui non prevede che, in caso di rigetto della richiesta di abbreviato condizionato, l’imputato possa riproporre la richiesta prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado e il giudice possa disporre il giudizio abbreviato.

Un ulteriore e non trascurabile scollamento tra giudizio abbreviato e sede idealmente “preliminare” di celebrazione (anche per consentire all’aggettivo di svolgere una funzione “qualificatoria” di un rito alternativo al dibattimento) è stato generato da una serie di sentenze della Corte costituzionale, le quali, in presenza di un *novum* contestativo, “fisiologico” o “patologico” che fosse, hanno stabilito la illegittimità costituzionale del meccanismo delle nuove contestazioni, nella parte in cui non consentivano all’imputato di chiedere, seppur “tardivamente”, quel rito.

⁶ V. CAVALLERI, *Giudizio abbreviato “condizionato” e sindacabilità dell’ordinanza di rigetto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 959; DI DEDDA, *Sindacabile dal giudice del dibattimento il rigetto del giudizio abbreviato condizionato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 832; LOZZI, *Un ripensamento della Corte costituzionale in tema di giudizio abbreviato*, in *Giur. Cost.*, 2003, 1336; VELANI, *Sindacabile in dibattimento la decisione del giudice che in precedenza abbia rigettato l’istanza di giudizio abbreviato subordinato all’integrazione probatoria*, in *Giur. Cost.*, 2003, 3134.

Con la sentenza n. 333 del 2009, è stato infatti dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 24, secondo comma, Cost., l'art. 517 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente contestato in dibattimento, quando la nuova contestazione concerne un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento di esercizio dell'azione penale. Con la sentenza n. 237 del 2012, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., l'articolo 517 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, che forma oggetto della nuova contestazione. Con la sentenza 273 del 2014 è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 24, Cost., l'art. 516 cod. proc. pen. nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al fatto diverso emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, che forma oggetto della nuova contestazione. Con la sentenza n. 139 del 2015⁷, infine, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., l'art. 517 cod. proc. pen. nella parte in cui, nel caso di contestazione di una circostanza aggravante che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale, non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato oggetto della nuova contestazione⁸.

2. La riforma Orlando. Le indagini difensive “a sorpresa”.

Questo il quadro d'insieme, tutt'altro che lineare, sul quale si è proiettata la riforma Orlando, che al giudizio abbreviato – ad avviso di molti bisognoso di terapie davvero radicali (alcuni ne auspicano addirittura la soppressione) – ha dedicato una serie di norme, alcune destinate a recepire (o all'inverso a contrastare, come nel caso della incompetenza per territorio) orientamenti già in parte sedimentati in giurisprudenza, ed altre di assai discutibile correttezza tecnica.

⁷ V. al riguardo, anche per una panoramica della precedente giurisprudenza, APRILE, *Per la Consulta l'abbreviato può essere chiesto anche per il “fatto diverso” emerso nel corso del giudizio dibattimentale*, in *Cass. pen.*, 2015, 580; RAFARACI, *Nuove contestazioni “patologiche” e accesso al giudizio abbreviato: la Corte rimuove de plano l'ultima preclusione*, in *Giur. Cost.*, 2015, 1207.

⁸ L'iter della Corte costituzionale è da ultimo approdato, in tema di patteggiamento, alla sentenza n. 206 del 2017, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 516 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione della pena a norma dell'art. 444 del codice di procedura penale, relativamente al fatto diverso emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, che forma oggetto della nuova contestazione. V. al riguardo SPINELLI, [La Consulta torna sul rapporto tra modifica dell'imputazione e facoltà di accesso ai riti alternativi](#), in *questa Rivista*, fasc. 10/2017, p. 37 ss.

La prima e più significativa fra le modifiche introdotte, ruota attorno ad un tema assai scivoloso, quale è quello delle indagini difensive “a sorpresa”: vale a dire, depositate a ridosso della richiesta di rito alternativo⁹.

Tema che ho definito scivoloso essenzialmente per due ragioni. La prima è rappresentata dal fatto che l'intervento nel processo di un difensore “istruttore” (concorre, infatti, alla formazione del *fond* predibattimentale) rappresenta un indubbio “salto” logico nel momento in cui la prospettiva non sia la raccolta di elementi per articolare le difese probatorie dibattimentali, ma quella di costruire *affidavit* (consulenze, testimonianze, rilievi, ecc.) da utilizzare direttamente come prove per il giudizio abbreviato. La seconda è che nessun tipo di coordinamento normativo evocava una possibile interlocuzione investigativa a confutazione di quelle emergenze, in ipotesi piovute *ex abrupto* nella udienza.

Da qui, più dubbi di legittimità costituzionale, che hanno richiesto diversi interventi da parte del Giudice delle leggi. Inizialmente si dubitò, infatti, della legittimità costituzionale dell'art. 438, comma 5, cod. proc. pen., nella parte in cui non prevedeva che, nel caso di deposito delle indagini difensive seguite da richiesta di giudizio abbreviato non condizionato, fosse consentito al pubblico ministero l'esercizio della prova contraria, così come previsto per il caso di giudizio abbreviato condizionato. Si osservava, infatti, che, in mancanza di un riequilibrio sul piano probatorio, il giudice avrebbe dovuto fondare il proprio giudizio tenendo conto anche di una serie di elementi probatori unilateralmente assunti e unilateralmente introdotti nel processo, a fronte di una contestuale richiesta ad essere giudicato anche in forza di atti del tutto sottratti al confronto critico con la parte pubblica.

A fronte di tali obiezioni, la Corte (ordinanza n. 245 del 2005¹⁰) ha replicato con una pronuncia di inammissibilità, per omessa sperimentazione di soluzioni alternative al fine di «porre rimedio alla denunciata anomala sperequazione tra accusa e difesa» (evidentemente riconosciuta come esistente). Da un lato, infatti, il potere di integrazione probatoria offerta al giudice dall'art. 441, comma 5, è «configurato quale strumento di tutela dei valori costituzionali che devono presiedere l'esercizio della funzione giurisdizionale, sicché proprio a tale potere il giudice dovrebbe fare ricorso per assicurare il rispetto di quei valori». Dall'altro lato, occorre comunque «dare attuazione al principio secondo il quale a ciascuna delle parti va comunque assicurato il diritto di esercitare il contraddittorio sulle prove addotte “a sorpresa” dalla controparte, in modo da temperare – come già affermato dalla stessa Corte in altre circostanze – l'esigenza di celerità con la garanzia dell'effettività del contraddittorio, anche attraverso differimenti delle udienze congrui rispetto alle singole, concrete fattispecie».

⁹ Sul tema, v. gli approfonditi rilievi critici di ZIROLDI, *Giudizio abbreviato e indagini difensive: il contraddittorio imperfetto*, in *Dir. pen. e giust.*, 2013, 78 s.

¹⁰ V. CREMONESI, *Giudizio abbreviato e diritto alla prova contraria*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2006, 261; VARRASO, *Investigazioni difensive, giudizio abbreviato e diritto alla “prova contraria”*, in *Cass. pen.*, 2006, 435; VELE, *Per una lettura costituzionalmente orientata in ordine al rapporto tra investigazioni difensive e giudizio abbreviato*, in *Giust. Pen.*, 2006, I, 176; ZACCHÉ, *Giudizio abbreviato e indagini difensive al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2005, 3382.

Replica, mi sembra, piuttosto flebile, sia perché l'integrazione probatoria officiosa si fonda su una non decidibilità allo stato degli atti che non ha nulla a che vedere con una sorta di prova contraria al tema addotto dalla indagine difensiva; sia perché non si vede su che base il rinvio della udienza dovrebbe "servire" al pubblico ministero per svolgere una indagine per "contrastare" le indagini difensive, visto, fra l'altro, che l'attività di indagine del pubblico ministero non può che essere funzionale o all'esercizio della azione penale, o alle richieste da formulare in dibattimento.

La questione, come era prevedibile, fu nuovamente proposta, ma secondo una prospettiva assai più estesa, in quanto coinvolgente lo stesso nucleo del contraddittorio, per come costituzionalmente configurato. La censura, infatti, veniva declinata nel contestare la compatibilità costituzionale dell'art. 442, comma 1-*bis* del codice di rito, vale a dire il perimetro conoscitivo del giudice in sede di giudizio abbreviato (in sintesi, gli atti utilizzabili per la decisione), nella parte in cui è prevista la utilizzabilità a fini di decisione degli atti unilateralmente raccolti dal difensore in assenza di situazioni riconducibili alle deroghe al contraddittorio, previste dall'art. 111, quarto comma, Cost.

In particolare, il giudice rimettente faceva leva sulla interpretazione del contraddittorio in senso "oggettivo", vale a dire come metodo di acquisizione delle prove, ricevendo sul punto una smentita da parte della Corte. Nella sentenza n. 184 del 2009, infatti, la corte accreditò una lettura del quinto comma dell'art. 111 Cost. nel senso che «il principio del contraddittorio nel momento genetico della prova rappresenta precipuamente uno strumento di salvaguardia del rispetto delle prerogative dell'imputato», facendone dunque risaltare la natura eminentemente dispositiva. Il principio di parità delle armi sancito dall'art. 111, secondo comma, Cost., non comportava, pertanto, una perfetta simmetria di disciplina, ma postulava, al contrario, l'esigenza di riequilibrio di posizioni fra loro ontologicamente asimmetriche, dal momento che i poteri del pubblico ministero erano preponderanti rispetto a quelli dell'imputato, costretto a subirne le iniziative. Da ciò l'assenza di vizi di costituzionalità in relazione ad un tipo di giudizio – quello abbreviato – che ammette la rinuncia dell'imputato alla fase più garantita del dibattimento ed assegna valore di prova alle indagini difensive unilateralmente assunte, pur in assenza di consenso da parte del pubblico ministero.

In sostanza, si legge nella sentenza, la censura si rivelava priva di fondamento, perché nel giudizio abbreviato «gli atti di investigazione difensiva acquistano valore solo come effetto della più generale rilevanza probatoria riconosciuta alla intera indagine preliminare, alla pari di quelli dell'indagine del pubblico ministero e quindi con rinuncia generalizzata al contraddittorio per la formazione della prova».

Affermazioni ampiamente discusse e discutibili¹¹, al punto che la questione venne ad essere nuovamente proposta, deducendosi, sempre in riferimento all'art. 111

¹¹ Fra le voci favorevoli v. AMODIO, *Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A proposito di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2010, 17; SPANGHER, *Indagini difensive e giudizio abbreviato*, in *Giur. Cost.*, 2009, 2062; TONINI, *Giudizio abbreviato e patteggiamento a vent'anni dalla riforma del 1988*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, 652. In senso contrario o problematico, v. GREVI, *Basta il solo «consenso dell'imputato» per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato?*, in *Cass. pen.*, 2009, 3671;

Cost., la illegittimità costituzionale degli artt. 391-*octies* e 442, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., «nella parte in cui non preved[evano], nell'ipotesi di deposito del fascicolo delle investigazioni difensive e richiesta di giudizio abbreviato, un termine processuale per il deposito del predetto fascicolo con la facoltà del pubblico ministero di esercitare il diritto alla controprova».

La Corte (sentenza n. 117 del 2011¹²) ritenne la questione inammissibile per più ragioni, ma ha fornito alcune puntualizzazioni di indubbio risalto. Ricostruendo, infatti, la complessa dinamica della udienza preliminare, con specifico riferimento alla varietà di apporti che in essa possono confluire, anche per circoscrivere nel tempo il concetto di tempestività e di “repentinità” delle produzioni e allegazioni delle parti, la Corte ha sottolineato come il termine finale per le produzioni, sempre assoggettate al provvedimento ammissivo del giudice, ed al contraddittorio delle parti, assicurando nei congrui casi il diritto alla controprova, sia fissato nell'inizio della discussione. Termine, questo, che, evidentemente, segnava anche il momento ultimativo per la produzione delle indagini difensive.

In termini sintonici, si è affermato, in giurisprudenza, che, in tema di giudizio abbreviato, i risultati delle investigazioni difensive sono utilizzabili ai fini della decisione a condizione che i relativi atti siano stati depositati nel fascicolo del P.M. prima dell'ammissione al rito speciale; ne consegue che nell'ipotesi di giudizio abbreviato a seguito di udienza preliminare, tali atti possono essere prodotti anche nel corso dell'udienza preliminare e sino alla scadenza del termine per la richiesta del rito abbreviato, a norma dell'art. 438 cod. proc. pen. (Sez. 2, n. 9198 del 16/02/2017 - dep. 24/02/2017, Orsini, Rv. 26934401)

Da tutto ciò sembrava possibile dedurre che deve ritenersi costituzionalmente compatibile la circostanza che il sistema, non soltanto assicuri al difensore lo svolgimento di una attività difensiva unilaterale, mediante la acquisizione di atti da porre sullo stesso piano degli atti della indagine preliminare, ma anche che ne segnali lo stesso regime di utilizzabilità, nell'ambito, in particolare, del giudizio abbreviato. Ciò che diviene semmai “criticabile” sul versante della paritetica condizione fra le parti necessarie è la eventuale limitazione al pubblico ministero, all'esercizio di un potere investigativo contrapposto alla indagine difensiva, ove tale diritto venga richiesto dallo stesso pubblico ministero.

La Corte aveva dunque già “anticipato” la possibilità di un rinvio della udienza preliminare, allo scopo di consentire al pubblico ministero di controdedurre in ipotesi di devoluzione di indagini difensive; in linea, d'altra parte, con una significativa porzione

UBERTIS, *Eterogenesi dei fini e dialettica probatoria nel rito abbreviato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2072; LOZZI, *Il contraddittorio in senso oggettivo e giudizio abbreviato*, in *Giur. Cost.*, 2009, 2055; CANTORE, *Il binomio investigazioni difensive - giudizio abbreviato e i dubbi di legittimità costituzionale*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2010, 693; ZACCHÉ, *Giudizio abbreviato e atti difensivi «a sorpresa»*, in *Indice pen.*, 2010, 177.

¹² V. al riguardo, in chiave adesiva, CASSIBBA, [La Corte costituzionale fa chiarezza sul regime di ammissione degli atti e documenti nell'udienza preliminare](#), in questa Rivista, 26 aprile 2011; TODARO, *Investigazioni difensive e giudizio abbreviato: principio del contraddittorio e pluralità di *leges probatoriae* nel sistema processuale penale*, in *Giur. Cost.*, 2011, 1629.

della giurisprudenza, secondo la quale in tema di rito abbreviato, è utilizzabile l'attività di indagine, espletata dal P.M. dopo l'instaurazione del rito, diretta a contrastare le risultanze delle investigazioni difensive alla cui ammissione sia stata subordinata la richiesta del giudizio speciale. (Sez. 3, n. 28708 del 09/06/2010 - dep. 21/07/2010, V. ed altri, Rv. 24813701).

3. Le indagini suppletive.

Dunque, niente di nuovo sotto il sole? Non del tutto. La riforma Orlando, infatti, ha espressamente sancito, nel novellato comma 4 dell'art. 438 cod. proc. pen. che «Quando l'imputato chiede il giudizio abbreviato immediatamente dopo il deposito dei risultati delle indagini difensive, il giudice provvede solo dopo che sia decorso il termine non superiore a sessanta giorni, eventualmente richiesto dal pubblico ministero, per lo svolgimento di indagini suppletive limitatamente ai temi introdotti dalla difesa. In tal caso, l'imputato ha facoltà di revocare la richiesta».

La novella sembra dunque aver recepito le preoccupazioni che erano scaturite dalla produzione "a sorpresa" delle indagini difensive, accordando un termine al pubblico ministero¹³ solo nella ipotesi in cui la richiesta di giudizio abbreviato venga formulata "immediatamente dopo" la produzione delle indagini difensive: ma resta nell'ombra la portata da annettersi ad un riferimento cronologico piuttosto vago (è da ritenersi che, *a fortiori*, il rinvio vada disposto nella ipotesi di richiesta "contestuale" al deposito¹⁴), considerato che le dinamiche della udienza possono essere assai varie e che fra deposito delle indagini difensive e richiesta di rito alternativo può intercorrere un lasso temporale anche non indifferente. Parrebbe forse ragionevole ritenere che l'"autonoma" indagine del pubblico ministero debba essere consentita in tutti i casi in cui il deposito delle indagini difensive rappresenti la premessa logica della richiesta di rito alternativo, dal momento che soltanto in questa prospettiva si giustifica la limitazione, non soltanto temporale, ma anche funzionale, delle indagini del pubblico ministero, posto che è la stessa novella a circoscriverne la portata ai "temi introdotti dalla difesa".

Ci si muove, dunque, in un ambito evidentemente più esteso del concetto di prova contraria, non solo e non tanto per esigenze di "simmetria linguistica" (l'indagine difensiva non acquisisce "prove" e dunque non può dirsi diversamente a proposito della indagine "suppletiva" del pubblico ministero), quanto e soprattutto perché è la varietà

¹³ Per talune opinioni critiche sulla eccessività del termine assegnato al pubblico ministero, v. GALLUZZO, *Il giudizio abbreviato*, in *Verso un processo penale accelerato*, a cura di Marandola, La Regina, Aprati, Jovene, 2015, 91; ALESCI, *La nuova fisionomia del giudizio abbreviato tra la normativizzazione del dato giurisprudenziale e lacune interpretative*, in *La riforma Orlando*, a cura di Spangher, Pacini, 2017, 184.

¹⁴ Per talune perplessità circa la mancata previsione legislativa di tale ipotesi v. GIALUZ – CABIALE – DELLA TORRE, [Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2017, p. 173 ss.

degli “oggetti” di dimostrazione a non poter ammettere una rigorosa sovrapposibilità tra l’uno e l’altro tipo di indagine.

Il richiamo espresso – con funzione delimitativa – ai “temi”, è quindi concettualmente riferibile a tutto ciò che, a norma dell’art. 187, può formare oggetto di prova, fermo restando, a mio avviso, che i risultati probatori “eccedenti” o “ulteriori” rispetto a quei temi saranno comunque utilizzabili nel giudizio di merito. Ciò spiega, d’altra parte, la possibilità di revoca della richiesta di rito alternativo, espressamente accordata all’imputato.

Va peraltro rammentato, al riguardo, che la giurisprudenza – dopo un iniziale atteggiamento di chiusura – si è venuta ad orientare nel senso di ritenere che la richiesta di giudizio abbreviato sia revocabile fino all’adozione del provvedimento del giudice che dispone il rito quando è proposta ai sensi dell’art. 438 cod. proc. pen., mentre, laddove è presentata a seguito di decreto di giudizio immediato, può essere revocata fino al momento della fissazione dell’udienza per la ammissione del procedimento speciale. (Sez. 6, n. 33908 del 07/06/2017 - dep. 12/07/2017, Medina e altri, Rv. 27056301).

La facoltà di revoca della richiesta in dipendenza della indagine “suppletiva” svolta dal pubblico ministero, esprime, dunque, un *contrarius actus* che rimuove il rito alternativo, ma non certo le acquisizioni promananti dalla indagine difensiva e da quella suppletiva del pubblico ministero. Al tempo stesso, segnala un fenomeno processuale lessicalmente (e concettualmente) diverso dalla possibilità che lo stesso imputato, a seguito delle contestazioni suppletive scaturenti dalla attività probatoria integrativa (svolta su impulso dell’imputato attraverso la richiesta condizionata, o dal giudice che ritenga di non poter decidere allo stato degli atti) chieda «che il procedimento prosegua nelle forme ordinarie» a norma dell’art. 441-bis.

In quest’ultima ipotesi, infatti, il *novum* non è di tipo “probatorio” e quindi idoneo ad incidere sulla richiesta, ma di tipo contestativo e dunque tale da influire sullo stesso “oggetto” del rito, mutando la portata della regiudicanda. In questo senso può trovare spiegazione la “domanda” di prosecuzione col rito ordinario da parte dell’imputato, con la conseguente revoca del provvedimento di ammissione del rito alternativo da parte del giudice.

Va comunque dato atto, al riguardo, che in una pronuncia si è affermato che la richiesta di retrocessione dal rito avanzata ai sensi dell’art. 441-bis cod. proc. pen. può essere validamente revocata dall’imputato prima che il giudice provveda sulla stessa, non potendosi in tal caso qualificare la suddetta revoca come riproposizione della domanda di abbreviato. (Sez. 5, n. 24125 del 27/04/2012 - dep. 18/06/2012, Melella e altro, Rv. 25280601).

4. Alcuni punti “critici”.

L’epilogo che può trarsi dalla novella – pur se in sé non sconvolgente, in quanto, come si è detto, “consolidatrice” dei *dicta* promananti dalla giurisprudenza, specie costituzionale – presenta comunque aspetti “critici” già da tempo denunciati. La indagine difensiva, al di là dei suoi connotati peculiari, trattandosi di materiale

proveniente da una parte privata, può non presentare collegamento alcuno col “tema” della indagine i cui risultati hanno formato oggetto di deposito da parte del pubblico ministero. La difesa, infatti, può devolvere ciò che ritiene più utile per l'imputato su tutti i “versanti” del processo: imputazione, imputabilità, circostanze, condizioni di punibilità, trattamento sanzionatorio, ecc. Siamo quindi al di fuori di qualsiasi “condizionamento” derivante dal diritto alla prova disciplinato dall'art. 495, e gli atti che vengono ad essere devoluti e che divengono *eo ipso* utilizzabili per il giudizio abbreviato, sono quelli, non solo formati autonomamente dalla difesa, ma anche altrettanto autonomamente “selezionati”. Il contraddittorio, quindi, mi sembra che non c'entri per nulla, e la stessa rinuncia al dibattimento finisce per poter essere davvero poca cosa, se si considera che nulla e nessuno “limita” la produzione della difesa, dal momento che il sindacato del giudice sulla “compatibilità con le finalità di economia processuale proprie del procedimento, tenuto conto degli atti già acquisiti e utilizzabili”, è limitato al solo abbreviato condizionato.

Unico, parziale e circoscritto “baluardo” deliberativo è offerto dalla “intempestività” della produzione, dal momento che, a norma dell'art. 421, comma 3, di provvedimento “ammissivo” si fa riferimento per i soli atti e documenti che vengano acquisiti prima dell'inizio della discussione.

A dimostrazione della ampiezza delle possibilità di produzione sta, d'altra parte, l'affermazione secondo la quale nel corso dell'udienza preliminare, la produzione di nuovi documenti non soggiace al limite temporale di cui all'art. 127 cod. proc. pen., fino a cinque giorni prima dell'udienza, essendo la produzione ammissibile fino all'inizio della discussione, ai sensi dell'art. 421, comma terzo, cod. proc. pen. senza che ciò comporti lesione del contraddittorio, potendo la controparte chiedere al giudice, a fronte della nuova produzione, un'attività di integrazione probatoria ex art. 422, comma primo, cod. proc. pen. (Sez. 3, n. 44011 del 24/09/2015 - dep. 02/11/2015, PM in proc. Pesce, Rv. 26507201)

5. Riti alternativi e richieste alternative.

Altra novità che ha riguardato l'art. 438 del codice di rito, concerne la possibilità per l'imputato di formulare richieste alternative che ratificano una sorta di *jus variandi* sul quale la giurisprudenza aveva formulato non poche perplessità. Si è infatti affermato, ad esempio, che in tema di riti speciali, qualora a seguito di decreto che dispone il giudizio immediato l'imputato abbia chiesto ed ottenuto il rito abbreviato, non può successivamente avanzare istanza di applicazione di pena concordata, ostandovi il principio generale di alternatività e non conversione dei riti. (In motivazione, peraltro, la Corte ha precisato che il principio non impedisce che l'imputato formuli richiesta subordinata di giudizio abbreviato per il caso di mancato accoglimento della istanza principale di patteggiamento). (Sez. 3, n. 21456 del 29/01/2015 - dep. 22/05/2015, Dorre, Rv. 26374701).

A superare ogni dubbio sul punto, il nuovo comma 5-bis dello stesso art. 438, ha stabilito che, con la richiesta di giudizio abbreviato condizionato, presentata a norma del

comma 5, può essere proposta, subordinatamente al suo rigetto, la richiesta di giudizio abbreviato “secco”, a norma del comma 1, oppure la applicazione della pena su richiesta a norma dell’art. 444 cod. proc. pen.

Va notato, tuttavia, che resta in vigore il comma 6 dell’art. 438, il quale, a sua volta, stabilisce che nella ipotesi in cui la richiesta di giudizio abbreviato condizionata, presentata ai sensi del comma 5, sia stata rigettata, «la richiesta – senza puntualizzazioni di sorta – può essere riproposta sino al termine previsto dal comma 2», vale a dire «fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli articoli 421 e 422». In passato, si discuteva se la reiterazione della richiesta condizionata respinta dal giudice potesse essere riformulata soltanto in forma ugualmente condizionata oppure anche come richiesta “secca”. In giurisprudenza, infatti, vi erano pronunce nel senso che la facoltà di riproporre, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, la richiesta di ammissione al rito abbreviato condizionato già rigettata, presuppone necessariamente che essa non sia mutata nel contenuto, restando conseguentemente preclusa la possibilità di trasformare, per tale via, la richiesta da condizionata ad incondizionata. (Sez. 1, n. 21219 del 27/04/2011 - dep. 26/05/2011, Carlino e altro, Rv. 25023201; v. anche Cass., Sez. II, n.139 del 28/09/2011 (dep. 10/01/2012) Rv. 251762).

La novella, facendo espresso riferimento alla possibilità di formulare anche domande subordinate, sembra eloquentemente aprire lo spazio ad una reiterazione di domanda di giudizio abbreviato anche non più condizionata, dovendosi anzi ritenere che il *favor* per il rito alternativo militi nel senso di escludere letture (per la verità non poco formalistiche) contrarie ad una pronta definizione del giudizio.

È da ritenere che, nonostante gli artt. 452, comma 2, 458 comma 2, e 461, comma 3, non enuncino un espresso rinvio al comma 5-*bis* dell’art. 438, la relativa disciplina trovi applicazione anche nel caso di giudizio abbreviato derivante dalla trasformazione del giudizio immediato o direttissimo o in sede di opposizione a decreto penale di condanna, dal momento che la *ratio* del *favor* per la soluzione alternativa del procedimento, rispetto all’epilogo dibattimentale, è identica per tutte le figure di abbreviato¹⁵.

6. Convalescenze e preclusioni. La inutilizzabilità “patologica”.

L’ultima – ma non certo per importanza – modifica che ha riguardato l’art. 438 si è concentrata sul controverso tema degli “effetti sananti” della richiesta di giudizio

¹⁵ In giurisprudenza, è reiterata l’affermazione secondo la quale in tema di giudizio immediato, non sussiste alcuna preclusione alla formulazione, da parte dell’imputato, qualora sussistano i presupposti e le condizioni processuali e non siano perenti i termini, di una richiesta in via subordinata di rito abbreviato, ove non sia accolta quella, avanzata in via principale, di applicazione della pena, non ostandovi il disposto dell’art. 456, comma secondo, cod. proc. pen., riferibile unicamente all’obbligo di opzione gravante sull’imputato, suscettibile di essere soddisfatto anche in presenza di un’istanza subordinata e trattandosi di modalità distinte di instaurazione del rito, scevre di indebite commistioni e inammissibili trasformazioni. (Sez. 1, n. 2100 del 19/12/2007 - dep. 15/01/2008, Confl. comp. in proc. Zamparino e altro, Rv. 23864601. V. anche Cass., Sez. I, n. 1052 del 3 dicembre 2008, Rv. 244062).

abbreviato e sulla possibilità di dedurre o meno questioni relative alla competenza per territorio del giudice.

Il nuovo comma 6-bis stabilisce, recependo *in parte qua*, la tesi già fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità, che la richiesta di giudizio abbreviato determina la non rilevanza delle inutilizzabilità, «salve quelle derivanti dalla violazione di un divieto probatorio». Si rievoca, sostanzialmente, quanto le Sezioni Unite ebbero a puntualizzare nella sentenza Tammaro¹⁶, ove appunto si mise in luce la circostanza che – come sottolinea la massima ufficiale – il giudizio abbreviato costituisce un procedimento "a prova contratta", alla cui base è identificabile un patteggiamento negoziale sul rito, a mezzo del quale le parti accettano che la regiudicanda sia definita all'udienza preliminare alla stregua degli atti di indagine già acquisiti e rinunciano a chiedere ulteriori mezzi di prova, così consentendo di attribuire agli elementi raccolti nel corso delle indagini preliminari quel valore probatorio di cui essi sono normalmente sprovvisti nel giudizio che si svolge invece nelle forme ordinarie del "dibattimento". Tuttavia tale negozio processuale di tipo abdicativo può avere ad oggetto esclusivamente i poteri che rientrano nella sfera di disponibilità degli interessati, ma resta privo di negativa incidenza sul potere-dovere del giudice di essere, anche in quel giudizio speciale, garante della legalità del procedimento probatorio. Ne consegue che in esso, mentre non rilevano né l'inutilizzabilità cosiddetta *fisiologica* della prova, cioè quella coesistente ai peculiari connotati del processo accusatorio, in virtù dei quali il giudice non può utilizzare prove, pure assunte *secundum legem*, ma diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento secondo l'art. 526 cod. proc. pen., con i correlati divieti di lettura di cui all'art. 514 stesso codice (in quanto in tal caso il vizio-sanzione dell'atto probatorio è neutralizzato dalla scelta negoziale delle parti, di tipo abdicativo), né le ipotesi di inutilizzabilità "*relativa*" stabilite dalla legge in via esclusiva con riferimento alla fase dibattimentale [ad es. art. 350, comma 7; art. 360, comma 5; art. 403, comma 1; caratterizzate dalla natura "sospetta" o "non partecipata"], va attribuita piena rilevanza alla categoria sanzionatoria dell'inutilizzabilità cosiddetta "*patologica*", inerente, cioè, agli atti probatori assunti *contra legem*, la cui utilizzazione è vietata in modo assoluto non solo nel dibattimento, ma in tutte le altre fasi del procedimento, comprese quelle delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare, nonché le procedure incidentali cautelari e quelle negoziali di merito. (Principio affermato con riguardo all'utilizzazione, nel giudizio abbreviato, di dichiarazioni autoindizianti rese da soggetto sentito in veste di persona informata dei fatti e in riferimento al testo degli artt. 438 e seguenti cod. proc. pen. vigente prima delle leggi n. 479 del 1999 e n. 144 del 2000, nella cui mutata disciplina la S.C. ha ritenuto che, pur persistendo l'obbligo del giudice di decidere nel merito senza tener conto del materiale probatorio affetto da vizi di nullità o inutilizzabilità, sussiste, tuttavia, il suo potere di assumere, anche di ufficio,

¹⁶ V., al riguardo, VITALE, *Nullità assoluta e inutilizzabilità delle prove nel "nuovo" giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2001, 2033; CASSIBBA, *Inutilizzabilità degli atti e poteri probatori del giudice nel "nuovo" giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2001, 400; IAFISCO, *Il regime delle invalidità degli atti nel giudizio abbreviato e questioni vecchie e nuove prospettive dopo la legge n. 479 del 1999*, in *Giur. It.*, 2001, 116.

gli elementi necessari ai fini della decisione nelle forme previste dall'art. 422 cod. proc. pen.). (Sez. U, n. 16 del 21/06/2000 - dep. 30/06/2000, Tammaro, Rv. 21624601.

Principi, questi, ripresi anche nella successiva sentenza delle Sezioni unite n. 1149 del 25 settembre 2008, Magistris, a proposito delle dichiarazioni rese dai collaboratori di giustizia dopo il termine dei 180 giorni dalla manifestazione della volontà di collaborare¹⁷.

Per prove inutilizzabili perché “derivanti da un divieto probatorio”, debbono intendersi, non soltanto le prove oggettivamente vietate, ma anche quelle – come puntualizzò la sentenza Tammaro – «comunque formate o acquisite in violazione – o con modalità lesive – dei diritti fondamentali della persona tutelati dalla Costituzione e, perciò, assoluti e irrinunciabili, a prescindere dall’esistenza di un espresso o tacito divieto al loro impiego nel procedimento contenuto nella legge processuale».

Sembra per questa via superarsi il principio di stretta legalità e tipicità anche dei divieti probatori *ex art.* 191 cod. proc. pen., attraverso un riferimento contenutistico non alla fonte del divieto, quanto, piuttosto, alla funzione del divieto stesso, giacché la paralisi che deriva dalla inutilizzabilità, a differenza della nullità, che coinvolge l’atto, inerisce direttamente alla funzione probatoria che quell’atto è destinato ad assolvere.

Ove vengano in discorso diritti irrinunciabili, pertanto, l’opzione per il giudizio abbreviato non può assegnare valore ad un atto probatorio che, se svolgesse la sua funzione, determinerebbe un *vulnus* agli stessi valori costituzionali. Questo spiega, a mio avviso, la ragione per la quale mentre per le nullità deve essere necessariamente la legge a stabilire anche i relativi “casi”, per i divieti probatori non è stabilita la stessa necessità di rassegna “casistica”, bastando che sia la “legge” (e dunque la Costituzione anzitutto) a delinearne l’essenza. In questa prospettiva, credo che debba essere annessa una portata di “sistema” alla circostanza che la novella abbia reso “autonomo” il concetto di “divieto probatorio” agli effetti del giudizio abbreviato, proprio perché il legislatore non si è limitata a richiamare, *sic et simpliciter*, l’art. 191 del codice di rito¹⁸.

7. La sanatoria. Recepimento della giurisprudenza o innovazione di sostanza?

Ugualmente tesa a “normativizzare” i percorsi già tracciati dalla giurisprudenza è l’altra affermazione secondo la quale la richiesta di giudizio abbreviato proposta nella udienza preliminare «determina la sanatoria delle nullità, sempre che non siano assolute», dal momento che la giurisprudenza era già da tempo attestata nell’affermare, appunto, che le nullità di ordine generale a regime intermedio non possono essere

¹⁷ V. RUGGIERO, *I discutibili confini dell’inutilizzabilità delle dichiarazioni tardive dei “collaboratori di giustizia”*, in *Cass. pen.*, 2009, 2278.

¹⁸ D’altra parte, mentre la nullità si attegga alla stregua di vizio genetico e strutturale dell’atto processuale – sicché è la tipologia stessa del vizio a non poter eludere il prisma della tipicità e tassatività – l’inutilizzabilità pertiene ad un difetto funzionale di uno specifico atto processuale, quale è quello di tipo probatorio; finendo così per incidere sulla idoneità stessa dell’atto (o, meglio, della sua “causa” normativa) a svolgere la propria “funzione” nel processo.

dedotte a seguito della scelta del giudizio abbreviato, in quanto la richiesta del rito speciale opera un effetto sanante della nullità ai sensi dell'art. 183 cod. proc. pen. (Sez. U, n. 39298 del 26/09/2006 - dep. 28/11/2006, Cieslinsky e altri, Rv. 23483501. Anche più di recente si è affermato che l'omessa notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza ad uno dei due difensori dell'imputato determina una nullità di ordine generale a regime intermedio che deve ritenersi sanata, ai sensi dell'art. 183 cod. proc. pen., qualora l'imputato formuli una richiesta di rito abbreviato. V. anche Cass., Sez. IV, n. 16131 del 14 marzo 2017, Rv. 269609; Cass., Sez. II, n. 13465 del 22 marzo 2016, Rv. 26674801, nonché Cass., Sez. II, n. 39474 del 3 luglio 2014, Rv. N. 260786).

Un profilo che, però, a me sembra presenti aspetti di una qualche problematicità è che, mentre la giurisprudenza ha sin qui ricondotto l'effetto sanante della richiesta di rito abbreviato all'interno del perimetro delle sanatorie previste dall'art. 183 cod. proc. pen., una sanatoria "innominata" *ex lege*, in dipendenza della richiesta, di tutte le nullità non assolute, finisce per generare, in definitiva, una nuova ipotesi di sanatoria che, in determinati casi, può non rispondere alla efficacia sanante (ed alla *ratio*) dei comportamenti univoci dell'interessato prefigurati come sanatorie generali dall'art. 183 del codice di rito (non sempre e non necessariamente la volontà di accedere al rito alternativo si presenta, infatti, come "incompatibile" con il diritto a far valere il vizio di un determinato atto, così da renderlo processualmente privo di effetti).

8. La preclusione sulla competenza per territorio.

Di tenore opposto agli approdi giurisprudenziali si rivela, invece, la nuova espressa preclusione a dedurre «ogni questione sulla competenza per territorio del giudice», sempre nel caso che la richiesta di giudizio abbreviato sia stata formulata nella udienza preliminare. La tematica, come è noto, aveva formato oggetto di un contrasto giurisprudenziale definito dalle Sezioni unite nel senso dell'orientamento minoritario, favorevole alla proponibilità della eccezione di incompetenza per territorio in sede di giudizio abbreviato, ove precedentemente respinta dal giudice della udienza preliminare. Il Collegio allargato aveva infatti affermato il principio secondo il quale l'eccezione di incompetenza territoriale è proponibile *in limine* al giudizio abbreviato non preceduto dall'udienza preliminare, mentre, qualora il rito alternativo venga instaurato nella stessa udienza, l'incidente di competenza può essere sollevato, sempre *in limine* a tale giudizio, solo se già proposto e rigettato in sede di udienza preliminare. (In motivazione la Corte ha precisato che, pur in assenza nel giudizio speciale di una fase dedicata alla soluzione delle questioni preliminari, l'eccezione può essere proposta in quella dedicata alla verifica della costituzione delle parti). (Sez. U, n. 27996 del 29/03/2012 - dep. 13/07/2012, Forcelli, Rv. 25261201¹⁹. La giurisprudenza successiva si era espressa

¹⁹ V. TODARO, *Il volto attuale del giudizio abbreviato tra questioni deducibili e implicazioni di sistema*, in Cass. pen., 2013, 572.

tutta nel medesimo senso: v. Sez. II, n. 22366 del 23 aprile 2013, Rv. 255931; Sez. IV, n. 45395 del 16 ottobre 2013, Rv. 257561; Sez. VI, n. 8652 del 5 febbraio 2014, Rv. 258804).

La scelta di assegnare alla domanda di giudizio abbreviato il valore normativamente equivalente ad una dismissione del diritto a far valere questioni sulla competenza territoriale del giudice, anche e soprattutto nei casi in cui tale questione sia stata dedotta e respinta dal giudice della udienza preliminare (dimostrandosi per questa via la volontà dell'imputato di coltivare una pretesa direttamente riconducibile al diritto costituzionale al giudice naturale), si rivela opzione discutibile, nel merito (non si avverte una "semplificazione" sostanziale del rito a fronte di una preclusione la cui *ratio* è conseguentemente sfuggente) e nel metodo (si contrasta *ex lege* una interpretazione delle Sezioni unite, per di più favorevolmente accolta dalla giurisprudenza successiva).

Non mi sembra improprio ricordare, fra l'altro, come la stessa Corte costituzionale, a proposito del principio del giudice naturale precostituito per legge abbia avuto modo di sottolineare, proprio in tema di competenza per territorio, che «il predicato della "naturalità" assume nel processo penale un carattere del tutto particolare, in ragione della "fisiologica" allocazione di quel processo nel *locus commissi delicti*. Qualsiasi istituto processuale, quindi, che producesse [...] l'effetto di "distrarre" il processo dalla sua sede, inciderebbe su un valore di elevato e specifico risalto per il processo penale; giacché la celebrazione di quel processo in "quel" luogo, risponde ad esigenze di indubbio rilievo, fra le quali, non ultima, va annoverata anche quella – più che tradizionale – per la quale il diritto e la giustizia devono riaffermarsi proprio nel luogo in cui sono stati violati» (v. sentenza n. 168 del 2006).

Affermazioni, come ognuno vede, non del tutto sintoniche con la "preclusione" a far valere la questione di competenza per territorio, che il legislatore della novella ha inteso introdurre in forma espressa proprio per il giudizio abbreviato, considerato, fra l'altro, che la scelta di tale rito – come è noto, e come più volte ripetuto dalla stessa Corte costituzionale – costituisce espressione del più generale diritto di difesa.

9. La pena.

Il giudizio abbreviato è stato infine ritoccato anche per ciò che attiene al trattamento sanzionatorio. In caso di condanna per contravvenzione, infatti, la pena viene ora diminuita della metà, e non più di un terzo. Sono note le polemiche che da tempo coinvolgono proprio i sensibili "sconti di pena" che derivano dal rito abbreviato, specie nei casi in cui il "dispendio" di attività processuale non giustificerebbe l'ammontare del beneficio, in particolare per i segmenti di pena più elevati che risentono maggiormente della diminuzione in misura fissa e percentuale. Frizioni di sistema che si amplificano *in executivis*, cumulandosi con le varie misure previste dall'ordinamento penitenziario.

Si può ricordare, al riguardo, quanto nel corso dei lavori preparatori della legge delega ebbe ad affermare l'allora Senatore Vassalli, con il consueto garbo e problematicità del Maestro: «Ho qualche intima riserva – affermò colui che poi, da ministro, firmò il codice di procedura penale – sul fatto che in questo caso si dia al

condannato il premio della riduzione di un terzo della pena, solo perché egli consente di procedere al giudizio nell'udienza preliminare, ma si sa che si danno premi anche agli imputati che agevolano l'andamento del processo. È un aspetto un po' curioso, che può dare spazio a qualche perplessità dal punto di vista dei principi» (Aula Senato, 19 novembre 1986).

La tendenza verso livelli bagatellari del trattamento penale in genere e di quello relativo alle fattispecie contravvenzionali in specie, pone seri problemi di rispetto del principio di proporzionalità della pena, che di recente la Corte costituzionale ha fortemente riaffermato, svincolando il relativo controllo dal rigoroso rispetto del paradigma del *tertium comparationis* per evocare una più generale armonizzazione in conformità alle linee desumibili dal sistema (v. in particolare, la sentenza n. 236 del 2016²⁰): il che, evidentemente, al di là dei problemi connessi alle additive *in malam partem* ed alle deroghe relative alla ipotesi della sindacabilità delle norme penali di favore, indiscutibilmente comporta, a me sembra, la necessità di un riesame della intera tematica dei benefici sanzionatori che scaturiscono – in misura ormai così significativa – dalla scelta unilaterale per il giudizio abbreviato, e che perturba – per eccesso di attenuazione del carico sanzionatorio – il canone della proporzionalità della pena.

Va d'altra parte osservato come, operando il meccanismo di attenuazione – che coinvolge anche la massima pena detentiva – in termini meramente “sostitutivi”, dal momento che la riduzione è stabilita in misura percentuale fissa, si va incontro, necessariamente, alla omologazione di situazioni fra loro profondamente differenti, finendo per premiare, con eguale riduzione di pena, realtà a “tasso di dispendio processuale” fra loro non poco difformi (abbreviato con integrazione probatoria e indagini difensive, da un lato, e abbreviato derivante dalla trasformazione del giudizio immediato o direttissimo, presupponenti, il primo, l'evidenza della prova ed il secondo l'arresto in flagranza o la confessione).

10. Abbreviato da giudizio direttissimo.

Le innovazioni, indubbiamente consistenti – per lo meno sul piano normativo – che hanno coinvolto la disciplina del giudizio abbreviato per così dire ordinario, vale a dire quello che si innesta nel corpo della udienza preliminare, non potevano non comportare disposizioni di “raccordo” volte a dettare una disciplina omogenea anche

²⁰ V. VIGANÒ, [Una importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017, p. 61 ss; COTTU, *Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso il superamento del modello triadico?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 473; DI LELLO FINUOLI, *La pena dell'alterazione di stato mediante falsità e il principio di proporzione*, in *Giur. It.*, 2017, 1431; DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1956; MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. Cost.*, 2016, 2105; PULITANÒ, [La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017, p. 48 ss.

nei casi in cui il rito abbreviato si inserisca come variante del giudizio direttissimo o del giudizio immediato²¹.

A proposito del giudizio direttissimo e della relativa trasformazione in giudizio abbreviato, la novella ha interpolato il secondo comma dell'art. 452 aggiungendo che, in tal caso, trovano applicazione anche le disposizioni dettate dal nuovo comma 6-*bis* dell'art. 438, riguardanti, come si è già osservato, la sanatoria delle nullità non assolute e la non rilevabilità delle inutilizzabilità che non derivino da violazione di un divieto probatorio e la preclusione di ogni questione sulla competenza per territorio del giudice.

Resta però del tutto oscura la ragione per la quale non sia stato richiamato anche il comma 4 dell'art. 438, ove, come si è accennato, è stata prevista una specifica scansione di attività suppletiva da parte del pubblico ministero, nel caso di deposito di indagini difensive a ridosso della richiesta di rito alternativo. È forte il sospetto che si tratti di una mera dimenticanza del legislatore, ma il mancato richiamo di una disciplina tanto specifica, e se si vuole "eccezionale," non pare facilmente integrabile a livello interpretativo, specie se si considera che il "tronco" processuale dal quale si dipana il giudizio abbreviato, presenta anch'esso (il rito direttissimo) peculiarità di non poco momento rispetto al modello della udienza preliminare (l'indagine suppletiva del pubblico ministero si celebra, infatti, in un contesto che, anche prima della trasformazione del rito, era già di giudizio di merito).

11. Abbreviato da giudizio immediato.

Ugualmente problematici si rivelano i "raccordi" che la riforma Orlando ha inteso stabilire per il caso del giudizio abbreviato che si inserisca come "variante" rispetto al giudizio immediato. La prima modifica ha infatti riguardato il primo comma dell'art. 458, nel quale è stato aggiunto infine il riferimento alla applicabilità delle sanatorie e delle ineducibilità delle inutilizzabilità non derivanti da divieti probatori previste dal comma 6-*bis* dell'art. 438: ma con una significativa variante: nel caso di richiesta di giudizio abbreviato dopo la notifica del decreto di giudizio immediato, all'imputato è consentito di eccepire, con la richiesta, la incompetenza per territorio del

²¹ È da ritenere che la intera gamma delle "novità" che hanno riguardato il giudizio abbreviato che si celebra in sede di udienza preliminare debbano trovare applicazione, anche senza un espresso richiamo, pure nella ipotesi del giudizio abbreviato che si celebra in sede di udienza di comparizione a seguito di citazione diretta. In tal caso, infatti, l'art. 555, comma 2, si limita a facoltizzare l'imputato di chiedere il giudizio abbreviato prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, con la conseguenza che il rito celebrabile è quello previsto dagli artt. 438 e seguenti del codice di rito. V. anche PARODI, *Riforma Orlando: tutte le novità*, in *Il penalista*, Giuffrè, 2017, 56. Deve pertanto ritenersi fra l'altro preclusa la proponibilità di questioni relative alla competenza per territorio, superando dunque la giurisprudenza che affermava che l'eccezione di incompetenza territoriale è proponibile "in limine" al giudizio abbreviato non preceduto dall'udienza preliminare, mentre, qualora il rito alternativo venga instaurato nella stessa udienza, l'incidente di competenza può essere sollevato, sempre "in limine" a tale giudizio, solo se già proposto e rigettato in sede di udienza preliminare (*Fattispecie relativa a reato procedibile a citazione diretta del P.M.*). (Sez. 2, n. 22366 del 23/04/2013 - dep. 24/05/2013, Pisu, Rv. 25593101).

giudice, evidentemente perché in tale ipotesi, e a differenza di quanto accade nella udienza preliminare, non vi era stato un previo “contatto” col giudice al quale formulare la eccezione e riceverne così risposta.

Nella sentenza delle Sezioni Unite Forcelli, infatti, espressamente si osservò che «La specificità della procedura – che impone all'imputato, tratto a giudizio immediato o raggiunto da decreto penale, di immediatamente effettuare, a pena di decadenza ed al di fuori di una udienza, l'opzione per il rito alternativo – non consente di avanzare alcuna contestazione di competenza se non dopo l'incardinazione del giudizio abbreviato e all'inizio dell'udienza destinata alla trattazione di tale giudizio speciale. Il diniego di una siffatta possibilità condurrebbe – come si è detto – ad un inammissibile trattamento differenziato rispetto a coloro che sono stati tratti a giudizio attraverso forme difformi di *vocatio in ius*, alla menomazione dei diritti di difesa dell'imputato, ad una "lettura" secondo una ottica non costituzionalmente corretta della normativa in questione.».

Nel caso dell'abbreviato che si inserisce sul giudizio immediato, la questione di competenza per territorio potrà dunque essere sollevata, con la conseguenza che, ove respinta dal giudice, potrà costituire oggetto di riesame in sede di impugnazione. Il che – ci sembra – non può avvenire in tutti gli altri casi, in quanto, trattandosi di questione preclusa *ex lege*, la stessa si perime all'atto stesso della introduzione del rito abbreviato. Singularità che, ove il rilievo sia condivisibile, desta forti perplessità proprio sul versante relativo al diritto al “proprio” giudice naturale, a prescindere dal modello processuale adottato.

Il legislatore della riforma ha poi integralmente riscritto il comma 2 dell'art. 458. Le novità “sostanziali” sono rappresentate, anzitutto, dalla scomparsa dell'inciso con cui il comma esordiva: “Se la richiesta è ammissibile”: il che significa che qualsiasi questione che possa riguardare la ammissibilità della richiesta di trasformazione del rito da parte dell'imputato, non forma più oggetto di una deliberazione “preliminare” del giudice ai fini della emissione del decreto di fissazione della udienza, ma deve confluire nel contraddittorio in cui tale udienza si celebra²². Altra novità riguarda la previsione per la

²² Proprio in tema di contraddittorio, va rammentato che le Sezioni unite della Cassazione, in riferimento al caso di trasformazione del giudizio immediato in abbreviato, chiamate a pronunciarsi sui relativi termini di fase della custodia cautelare, nell'enunciare il principio di diritto secondo il quale «i termini di durata massima della custodia cautelare per la fase del giudizio abbreviato, anche nella ipotesi di rito non subordinato ad integrazione probatoria e disposto a seguito di richiesta di giudizio immediato, decorrono dall'ordinanza con cui si dispone il giudizio abbreviato e non dall'emissione del decreto di fissazione dell'udienza di cui all'art. 458, comma secondo, cod. proc. pen. (Sez. U, n. 30200 del 28/04/2011 - dep. 28/07/2011, P.M. in proc. Ohonba, Rv. 25034801)», avevano affermato (pag.10), tutt'altro che in forma incidentale, che «nella ipotesi di abbreviato che si innesti su una richiesta di giudizio immediato (o di emissione di decreto penale di condanna), vi sarà prima un vaglio, operato dal giudice che ha accolto la richiesta di giudizio immediato del pubblico ministero, di ammissibilità concernente i requisiti formali della richiesta, e, in caso di ritenuta ammissibilità, alla udienza fissata con decreto *de plano* si procederà, da parte di un diverso giudice, in contraddittorio, al vaglio della fondatezza della richiesta con adozione della ordinanza ammissiva del rito abbreviato (vedi anche Sez. 1, n. 9243 del 07/02/2003, Chakara, Rv. 224384 in tema di decreto penale di condanna e Sez. 5, n. 9355, del 08/02/2007, Scognamiglio, Rv. 235835, che, sempre in relazione all'art. 464 cod. proc. pen., ha affermato che è "d'obbligo" la fissazione, da parte del giudice,

quale il giudice, qualora riconosca la propria incompetenza, la dichiara con sentenza e ordina la trasmissione degli atti al pubblico ministero presso il giudice competente, ripetendo – forse con una qualche superfluità – il chiaro disposto generale dell’art. 22, comma 3, del codice di rito.

Anche, infine, per il caso del giudizio abbreviato che deriva da trasformazione del giudizio immediato, manca il richiamo al comma 4 dell’art. 438, con tutti i problemi di coordinamento e i dubbi interpretativi di cui si è detto a proposito del giudizio direttissimo trasformato.

12. Abbreviato da opposizione a decreto penale.

Per ciò che concerne l’ultima ipotesi di giudizio abbreviato per così dire “atipico”, in quanto derivante dalla trasformazione di altri giudizi speciali, la riforma si è preoccupata di “coordinare” l’art. 464, comma 1, concernente la richiesta di abbreviato formulata in sede di opposizione a decreto penale di condanna, limitandosi, peraltro, ad inserire un semplice richiamo all’art. 438, comma 6-*bis*. Con una duplice, non trascurabile, conseguenza: da un lato, infatti, si è reiterata anche per questa ipotesi la “svista” relativa al mancato rinvio alla disciplina delle indagini suppletive in ipotesi di indagini difensive prodotte “a sorpresa”, non comparando, infatti, alcun richiamo dell’art. 438 comma 4; dall’altro lato, evocandosi la intera disciplina dettata dal citato comma 6-*bis* dell’art. 438 si preclude anche la questione di competenza per territorio, generandosi una palese difformità di trattamento rispetto a quanto si è visto per il giudizio abbreviato derivante da trasformazione del giudizio immediato.

Una palese disparità di trattamento che risalta in termini ancor più eclatanti ove si consideri che – come si è innanzi rilevato – la sentenza Forcelli aveva richiamato – come ipotesi da salvaguardare, perché prive entrambe di contatti col giudice prima della richiesta di rito abbreviato – proprio il caso del decreto penale di condanna oltre a quello del giudizio immediato.

13. Patteggiamento.

In tema di patteggiamento le novità sono di sapore chiaramente deflattivo e appaiono essenzialmente orientate nel senso di dare veste legislativa ad approdi cui la giurisprudenza era, sia pure in parte, già pervenuta. Si semplifica, anzitutto, il procedimento di correzione di errori materiali, introducendosi un comma 1-*bis* nell’art. 130 del codice di rito, ove si stabilisce che la rettificazione della specie e quantità della pena per errore di denominazione o di computo è disposta anche di ufficio dal giudice

dell’udienza da tale articolo prevista, in caso, evidentemente, di ritenuta ammissibilità dell’istanza)». Al di là del contraddittorio è però discutibile la scelta di imporre la fissazione della udienza, pur in presenza di difetti macroscopici di ammissibilità, ad esempio per difetto di procura speciale o per intempestività della richiesta.

che ha emesso il provvedimento. Nel caso di impugnazione, alla rettificazione provvede la Corte di cassazione a norma dell'art. 619, comma 2²³.

Di rilievo sono invece i limiti al ricorso per cassazione, dal momento che il ricorso – unico rimedio di regola esperibile – è proponibile «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».

Personalmente dubito della compatibilità della norma col diritto costituzionale di proporre ricorso per cassazione per violazione di legge avverso tutte le sentenze, qualora, come pare, la disposizione di cui si tratta debba essere intesa nel senso di precludere la ricorribilità per cassazione per qualsiasi vizio – anche se radicale e demolitorio – ove non iscrivibile nella rassegna operata dalla novella²⁴. D'altra parte, vi possono essere capi della sentenza di patteggiamento che fuoriescono dalla "negoiazione", come le misure di sicurezza e la confisca in particolare (specie se nella forma per equivalente), ed è evidente che, con riferimento a questi, la limitazione della norma – che circostringe il ricorso ai soli casi di "illegalità" – non ha ragion d'essere²⁵. È

²³ In giurisprudenza è costante l'orientamento secondo il quale in tema di patteggiamento, è consentito alla Corte di cassazione provvedere direttamente alla rettifica della pena erroneamente riportata nel dispositivo dal giudice di merito, quando essa non sia coincidente con quella risultante dall'accordo intercorso tra le parti. (Sez. 4, n. 17185 del 17/01/2017 - dep. 05/04/2017, Cecere, Rv. 26960401). In passato, si è anche affermato che è inammissibile il ricorso per cassazione proposto al solo fine di ottenere la rettifica della specie o della quantità della pena per errore di denominazione o di computo da parte del giudice di merito, essendo unicamente esperibile in tal caso la procedura di correzione dell'errore materiale, salvo che l'errore non sia pertinente anche a vizi diversi dall'errore di fatto. (Fattispecie in tema di patteggiamento nella quale il giudice aveva erroneamente operato la conversione della pena detentiva in quella pecuniaria ex legge n. 689 del 1981). (Sez. 3, n. 49400 del 18/11/2009 - dep. 22/12/2009, P.G. in proc. Bitri, Rv. 24571301)

²⁴ SPANGHER, [La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2016, p. 93, ha osservato che «se possono comprendersi – stante la struttura contratta dell'atto – i limiti alla deducibilità dei vizi di motivazione della decisione, considerata anche la convergenza della richiesta e del consenso, nonché quelli relativi ai limiti probatori – considerata l'adesione all'incanto processuale – perplessità riguardano l'ineducibilità delle nullità assolute e delle inutilizzabilità patologiche», rilevando, anche, come una simile preclusione, sia pure *mutatis mutandis*, non sia stata espressa per il caso del cosiddetto patteggiamento in appello nuovamente ripristinato dalla riforma attraverso la introduzione dell'art. 599-bis cod. proc. pen.

²⁵ In giurisprudenza si è affermato che nel procedimento previsto dall'art. 444 cod. proc. pen. il giudice non è vincolato alle richieste delle parti in tema di confisca, ma, ove le disattenda, deve indicare in modo adeguato le ragioni per le quali ha provveduto in termini difforni da quelli concordemente prospettati dal pubblico ministero e dal difensore, non potendosi estendere al punto relativo alla confisca le caratteristiche di sinteticità della motivazione tipiche delle sentenze di patteggiamento. (Sez. 6, n. 54977 del 14/10/2016 - dep. 28/12/2016, Orsi, Rv. 26874001). Si è pure puntualizzato che anche nel procedimento di applicazione della pena su richiesta delle parti, la confisca per equivalente non può essere applicata sulla base della motivazione sintetica tipica del rito, sicché il giudice, nel disporre la misura ablativa, deve specificamente esplicitare le ragioni per cui ritiene sussistenti i presupposti per adottarla e non attendibili le giustificazioni eventualmente addotte sull'esistenza di una sproporzione tra i valori sequestrati e il profitto del reato per cui è stato apposto il vincolo cautelare. (Sez. 5, n. 32678 del 11/03/2015 - dep. 24/07/2015, Di Lucrezia e altro, Rv. 26425401). A proposito, poi, delle misure di sicurezza personali ed alla necessità di una congrua motivazione sui relativi presupposti di applicabilità, può rammentarsi che la giurisprudenza ha sottolineato, ad esempio, che la misura di sicurezza dell'allontanamento dal territorio dello Stato del cittadino di uno

per altro verso singolare che possa essere contestata in cassazione la errata qualificazione giuridica del fatto e non sia invece possibile negare radicalmente la sussistenza del fatto tipizzato dalla norma incriminatrice ritenuta applicabile.

Per altro verso, e stavolta in chiave antitetica, il riferimento generico ai “motivi attinenti alla espressione della volontà dell’imputato”, rischia di innescare un “contenzioso” fortemente orientato verso uno scrutinio di merito (si pensi al frequente caso di imputati allogliotti che dichiarino la non conoscenza della lingua italiana e di ciò che “significhi” la richiesta di patteggiamento o il rilascio di una procura *ad hoc*), con un sensibile incremento della ricorribilità, ove la norma venga intesa come volta a garantire una effettiva tutela della consapevole scelta del rito, da azionare anche nel giudizio di legittimità. Il tutto, d’altra parte, secondo una linea chiaramente tracciata dallo stesso codice, che, con una disposizione nella prassi del tutto negletta, assegna al giudice il compito (art. 446, comma 5) di verificare, se lo ritiene opportuno, «la volontarietà della richiesta o del consenso», disponendo la comparizione personale dell’imputato.

14. Decreto penale di condanna.

Modifiche sono state apportate, infine, anche ai criteri di determinazione dell’ammontare delle pene pecuniarie applicate in sostituzione delle pene detentive in sede di emissione del decreto penale di condanna. Attraverso il nuovo comma 1-*bis* dell’art. 459, dettato dall’evidente fine di disincentivare le opposizioni in caso, soprattutto, di significative pene pecuniarie applicate in sostituzione delle pene detentive, si è stabilito, anzitutto, che il giudice determini l’ammontare della sanzione tenendo conto della condizione economica complessiva dell’imputato e del suo nucleo familiare e commisuri il valore giornaliero al quale può essere assoggettato tra un minimo di euro 75 ed un massimo pari a tre volte; il tutto, non senza dimenticare che la somma complessivamente determinata potrà essere assoggettata anche a pagamento rateale, a norma dell’art. 133-*ter* cod. pen.

Ancora una volta, le esigenze di contenimento del carico processuale incidono – ed in misura apprezzabile – sulla determinazione della pena, secondo una linea che, dalla eccezionalità, pare snodarsi, ormai, verso una cronica tendenza “al ribasso”. Lo “stupore” che nel lontano 1986 aveva colto – come si è detto – Giuliano Vassalli a proposito della diminuzione di pena per l’abbreviato credo che oggi si sarebbe trasformato in una saggia rassegnazione.

Stato membro dell’Unione europea, condannato alla reclusione per un tempo superiore a due anni, deve essere disposta anche in caso di sentenza di patteggiamento, ma sempre previo accertamento in concreto della pericolosità sociale. (La S.C. Corte ha affermato, in motivazione, che in caso di omessa statuizione sull’allontanamento, la sentenza non può essere oggetto di rettifica ex art. 619 cod. proc. pen., ma deve essere annullata con rinvio per la valutazione in concreto circa la pericolosità del condannato, da effettuarsi innanzitutto in sede di cognizione e solo successivamente in sede esecutiva). (Sez. 4, n. 43459 del 29/09/2015 - dep. 28/10/2015, P.G. in proc. Lupoae Nicusor, Rv. 26521901).