

LA LEGGE 103/2017 E I SIGNIFICATIVI RITOCCHI ALLA DISCIPLINA DEL GIUDIZIO ABBREVIATO

di Lina Caraceni

(*Professore associato di Diritto processuale penale, Università di Macerata*)

SOMMARIO: 1. La *ratio* della novella e una traduzione normativa non sempre all'altezza. – 2. La richiesta di giudizio abbreviato “allo stato degli atti” che segue il deposito dei risultati delle investigazioni difensive. – 2.1. Il nuovo art. 438 co. 4 Cpp e le indagini suppletive del pubblico ministero: qualche nodo interpretativo da sciogliere. – 3. Il co. 5-*bis* dell'art. 438 Cpp e la proponibilità di una richiesta subordinata. – 4. La sanatoria delle nullità e l'indeducibilità delle inutilizzabilità: il recepimento di una giurisprudenza consolidata, ma con alcune semplificazioni di troppo. – 4.1. La preclusione all'eccezione sull'incompetenza territoriale. – 5. Sconti di pena differenziati per delitti e contravvenzioni: una novità dall'impatto prossimo allo zero. – 6. Gli interventi di raccordo sulla disciplina del giudizio abbreviato “atipico”.

1. Tra i punti qualificanti la riforma attuata con la l. 23.6.2017 n. 103 vanno sicuramente annoverate le interpolazioni in materia di giudizi speciali. Gli interventi più significativi sono toccati, ancora una volta, al rito abbreviato¹, oramai aduso a incursioni novellistiche che, seppur sempre animate da intenti di potenziamento della sua efficacia deflativa e premiale, hanno prodotto, sotto questo profilo, scarsi risultati, oltre ad aver determinato il proliferare di tali e tante aporie ed incongruenze da renderlo sempre più distonico rispetto all'archetipo processuale in cui si innesta. E non è da meno quest'ultima riscrittura attuata, da un lato, codificando quelle esegesi giurisprudenziali, ampiamente consolidate, che in questi anni hanno definito la portata applicativa del rito abbreviato; dall'altro introducendo disposizioni che mirano ad incentivarne il ricorso, nell'ottica di promuovere un sistema di giustizia più efficiente ed assicurare così una durata ragionevole del processo (è questo il *leitmotiv* dell'intera riforma)². Gli interventi si sono concentrati quasi esclusivamente sull'art. 438 Cpp e sulle regole di accesso al rito, con la riscrittura del co. 4 e l'aggiunta dei co. 5-*bis* e 6-*bis*; un'unica interpolazione ha interessato l'art. 442 Cpp (a proposito dell'entità dello sconto di pena per le contravvenzioni); per il resto, si tratta di interventi di raccordo delle modifiche introdotte con i casi di giudizio abbreviato “atipico” (trasformazione dei giudizi direttissimo, immediato e procedimento per decreto).

Eppure, al di là dei buoni propositi, non si può tacere che il risultato ottenuto pecca in termini di conformità agli scopi perseguiti, oltre a mostrare qualche cedimento sotto il profilo sistematico, nella rispondenza a taluni principi cardine che reggono l'impalcatura del codice di rito, malgrado lo stesso legislatore della riforma ci ricordi che, qualunque intervento volto a migliorare l'efficienza del sistema giudiziario anche ricorrendo a procedure semplificate, non può prescindere da «una forte attenzione al tema della tutela dei diritti coinvolti dall'accertamento penale».

¹ Si tratta dei commi dal 41 al 48 dell'art. 1 l. 103/2017.

² M. Chiavario, *Una riforma dalle molte facce*, in www.la legislazione penale.eu 19.12.2017, 7.

specialmente quelli dell'imputato, «non fosse altro perché la durata ragionevole, per dettato costituzionale, connota non già il processo, quale che sia la sua struttura, ma il giusto processo»³.

2. Il nuovo art. 438 co. 4 Cpp è un vivido esempio dell'operazione di codificazione del "diritto vivente", ma la cui traduzione normativa non brilla per chiarezza e coerenza sistematica. La modifica mira a disciplinare quella particolare modalità di accesso al giudizio abbreviato che consente in udienza preliminare la formulazione della richiesta semplice immediatamente dopo il deposito delle indagini difensive, ai sensi dell'art. 391-*octies* Cpp; dunque con una integrazione probatoria unilaterale, effettuata subito prima della richiesta stessa. A seguito della modifica, il giudice si dovrà pronunciare sull'ammissibilità del rito «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, così, introduce una indagine suppletiva dell'accusa, per consentirle l'esercizio del diritto alla controprova su elementi dimostrativi introdotti "a sorpresa" dall'imputato prima di chiedere il giudizio abbreviato "allo stato degli atti". In questo modo, il pubblico ministero può interloquire sui risultati dell'investigazione difensiva che, per effetto della scelta del rito, assurgono al rango di prove utilizzabili per la decisione.

Il legislatore del 2017 fa proprio quel consolidato indirizzo giurisprudenziale che aveva ravvisato, nella procedura richiamata, una compromissione della simmetria imposta dal principio del contraddittorio come metodo dialettico di accertamento dei fatti⁴ e la conseguente violazione del principio della parità tra le parti a discapito (per una volta) del pubblico ministero; questo perché «il giudice avrebbe dovuto fondare il proprio giudizio tenendo conto anche di una serie di elementi probatori 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»⁵. La richiesta dell'imputato formulata immediatamente dopo il disvelamento dei risultati delle indagini difensive avrebbe determinato, così, uno stato degli atti in grado di "bloccare" eventuali iniziative dell'organo d'accusa sui fatti addotti dalla difesa, in violazione dell'art. 111 comma 2 Cost. Non va dimenticato che, nei casi di giudizio abbreviato con richiesta semplice, l'accoglimento è praticamente *de plano*, potendo provvedere il giudice a controlli meramente formali: se l'istanza è stata depositata nei termini, da chi vi era legittimato e secondo le forme previste⁶.

³ In questi termini, la *Relazione al d.d.l. C-2798, presentato il 23.12.2014*, 1 s.

⁴ In argomento, G. Giostra, voce *Contraddittorio (principio del)*, II, *Diritto processuale penale*, in *EG*, X, Roma 2002, 1 ss.

⁵ A. Macchia, *La riforma del giudizio abbreviato e degli altri riti speciali*, in *DPenCont* 2017, 7.

⁶ Per un approfondimento in dottrina dei caratteri dei diversi "modelli" di giudizio abbreviato, F. Zacchè, *Il giudizio abbreviato*, Milano 2004, 56 ss.

Per recuperare il gap conoscitivo del pubblico ministero e riequilibrare, dunque, il rapporto di parità tra i contraddittori, dottrina e giurisprudenza avevano suggerito diversi percorsi integrativi: riconoscere all'organo d'accusa il diritto alla controprova anche sugli elementi "a sorpresa" depositati dall'imputato prima della richiesta, estendendo la portata dell'art. 438 co. 5 Cpp⁷; attribuirgli un congruo termine per svolgere investigazioni suppletive⁸, posto che, come affermato anche dalla Corte costituzionale in più occasioni, sarebbe immanente al sistema un principio di continuità investigativa⁹; o concedendogli di sollecitare il giudice nell'esercizio dei poteri di cui all'art. 441 co. 5 Cpp¹⁰.

Ciò nonostante, le soluzioni di sistema proposte non avevano sopito le censure di illegittimità costituzionale rinvenibili in un tale congegno processuale: prontamente sollevate, in un primo pronunciamento la Corte costituzionale, pur ravvisando l'esistenza di una "sperequazione" tra le parti, ha ritenuto di "salvare" la disciplina dall'incostituzionalità, sul rilievo che il sistema prevede dei correttivi in grado di sanare lo squilibrio tra accusa e difesa, segnatamente i poteri *ex officio* del giudice ai sensi dell'art. 441 co. 5 Cpp, che assolverebbero anche al compito di «tutelare i valori costituzionali che devono presiedere l'esercizio della funzione giurisdizionale»¹¹. Successivamente, chiamata nuovamente a pronunciarsi sullo stesso *casus belli*, seppur riferito a norme diverse¹², la Corte ha ritenuto infondata la questione proposta e si è preoccupata di definire la portata del principio di parità tra le parti derivante dall'art. 111 co. 2 Cost. Il suo principale scopo sarebbe quello di garantire un effettivo equilibrio di posizioni fra loro ontologicamente asimmetriche, poiché non si può tacere che nell'ambito del procedimento penale i poteri del

⁷ Si sono espressi per una assimilazione tra richiesta complessa e richiesta semplice contestuale al deposito delle indagini difensive, F. Zacchè, *Il giudizio abbreviato*, cit., 91, nonché M.L. Di Bitonto, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino 2004, 129 s.

⁸ Tra le molte, cfr. Cass. 11.2.2009 n. 15236, in *CEDCass* m. 243382.

⁹ C. cost., 24.1.1994 n. 16, in *GCos* 1994, 120, secondo cui il legislatore non avrebbe «frapposto limitazioni temporali all'attività d'indagine suppletiva consentita al pubblico ministero dopo la richiesta di rinvio a giudizio (art. 419, terzo comma), ma ha consentito alle parti la produzione di (ulteriori) atti e documenti nel corso dell'udienza preliminare (art. 421, terzo comma) ed al pubblico ministero di compiere indagini integrative - pur se in certi limiti oggettivi - successive al decreto che dispone il giudizio (art. 430), anche qui, senza specifiche limitazioni temporali».

¹⁰ In questi termini, Cass. 31.3.2008 n. 31683, in *CP* 2010, 242.

¹¹ L'eccezione riguardava la costituzionalità dell'art. 438 co. 5 Cpp, in riferimento all'art. 111 co. 2 Cost., nella parte in cui «non prevede il diritto del pubblico ministero di chiedere l'ammissione di prova contraria nell'ipotesi in cui l'imputato abbia depositato il fascicolo delle investigazioni difensive e contestualmente formulato richiesta di giudizio abbreviato»: C. cost., 24.6.2005 n. 245, in *GCos* 2005, 2126; per un commento cfr. F. Zacchè, *Giudizio abbreviato e indagini difensive al vaglio della Corte costituzionale*, in *GCos* 2005, 3382. Critico sulla soluzione offerta dalla Consulta, G. Varraso, *Indagini difensive, giudizio abbreviato e diritto alla «prova contraria»*, in *CP* 2006, 441.

¹² La disposizione sospettata di incostituzionalità questa volta era l'art. 442 co. 1-bis Cpp, in riferimento agli artt. 3 e 111 co. 2 e 4 Cost., nella parte in cui prevede l'utilizzabilità, nel giudizio abbreviato, ai fini della decisione sul merito dell'imputazione - in assenza di situazioni riconducibili ai paradigmi di deroga al contraddittorio dettati dall'art. 111 co. 5 Cost. - degli atti di investigazione difensiva a contenuto dichiarativo, unilateralmente assunti: C. cost., 22.6.2009 n. 184, in *GCos* 2009, 2039.

pubblico ministero sono senza ombra di dubbio preponderanti rispetto a quelli dell'imputato, il quale è costretto a subire le iniziative del suo antagonista¹³. Per questo, il rito abbreviato sarebbe perfettamente in linea con il principio della parità tra le parti, consentendo all'imputato di rinunciare al contraddittorio dibattimentale e assegnare valore di prova alle indagini difensive unilateralmente assunte, pur in assenza del consenso del pubblico ministero¹⁴. In ultima analisi, nell'abbreviato, il rispetto del principio di parità si avrebbe nel momento in cui «gli atti di investigazione difensiva acquistano valore solo come effetto della più generale rilevanza probatoria riconosciuta all'intera indagine preliminare, al pari di quelli dell'indagine del pubblico ministero e quindi con rinuncia generalizzata al contraddittorio per la formazione della prova»¹⁵.

2.1. Solo all'apparenza il nuovo art. 438 co. 4 Cpp genera un effetto riequilibratore delle posizioni processuali dei contraddittori e permette il superamento dei molti distinguo interpretativi posti dalla giurisprudenza, a proposito delle conseguenze determinate dall'uso, nel rito abbreviato, delle indagini condotte dalla difesa. In verità, come si vedrà tra breve, lo sforzo di assicurare una simmetria di poteri a tutela del pubblico ministero ha finito per determinare una nuova alterazione degli equilibri, questa volta a discapito dell'imputato, oltre a porre questioni esegetiche di non facile soluzione.

Vi è da chiedersi, innanzitutto, quale sia il significato da attribuire al riferimento cronologico contenuto nell'espressione «immediatamente dopo», al contempo troppo vaga per favorire applicazioni uniformi della disciplina e troppo connotativa per ricomprendervi l'ipotesi di contestualità tra deposito delle indagini difensive e richiesta di giudizio abbreviato “allo stato degli atti”. Invero, l'avverbio «immediatamente» non permette di fissare il “ragionevole” limite oltre il quale non si giustifica la concessione di un termine al pubblico ministero per lo svolgimento di investigazioni suppletive a cagione della compromissione dei suoi diritti processuali. Certo, ove tra deposito del fascicolo ex art. 391-octies Cpp e richiesta del rito speciale intercorresse un lasso di tempo, tale da favorire la conoscenza degli atti difensivi depositati e lo svolgimento di indagini aggiuntive¹⁶, la concessione dei sessanta

¹³ In questo senso si era già espressa C. cost. 9.5.2001 n. 115, in *GCos* 2001, 917, secondo cui l'organo dell'accusa «ha già esercitato il potere e assolto il dovere di svolgere tutte le attività necessarie in vista delle determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale»; l'attribuzione di un potere probatorio “unilaterale” all'imputato consente di controbilanciare il rischio «di un giudizio (e di una possibile conseguente condanna) basata sugli atti raccolti dal pubblico ministero nel corso delle indagini».

¹⁴ A. Macchia, *op. cit.*, 8.

¹⁵ C. Cost., 22.6.2009 n. 184, cit. I limiti del presente lavoro non concedono spazi per un approfondimento dell'ampio dibattito sviluppatosi in dottrina all'indomani del pronunciamento della Consulta e delle critiche mosse all'impostazione seguita. Per i riferimenti bibliografici, si rinvia a A. Macchia, *op. cit.*, 8, nota 11.

¹⁶ Il pubblico ministero può sempre produrre in udienza i risultati della propria attività di indagine compiuta dopo la richiesta di rinvio a giudizio e fino a che il giudice non abbia ammesso il rito abbreviato. Lo si ricava dal combinato disposto degli artt. 419 co. 3 e 421 co. 3 Cpp.

giorni¹⁷ prevista dalla norma non avrebbe ragion d'essere. Ma quale sia questo lasso temporale ragionevole, ancora una volta è un problema affidato alle determinazioni del giudice, una discrezionalità, per la verità, che può sfociare in arbitrio, se si guarda all'assenza di ogni parametro oggettivo che la guidi. Inevitabile allora il risorgere di nuove dispute, con il rischio di produrre disparità di trattamento¹⁸. La sola disputa che si potrebbe agevolmente risolvere riguarda l'eventualità di un azzeramento del lasso temporale tra deposito delle indagini difensive e richiesta del rito speciale, vale a dire l'ipotesi della contestualità: se la logica della riforma attuata è quella di neutralizzare l'effetto sorpresa del deposito in danno del pubblico ministero, l'«immediatamente dopo» non può che contenere anche la simultaneità tra le due attività, l'unica lettura che, nella prospettiva del legislatore, salvaguarderebbe la posizione processuale dell'accusa.

Se un parametro di ponderazione della concedibilità del termine di sessanta giorni può ricavarsi dalla lettera della legge, probabilmente è racchiuso nella locuzione «limitatamente ai temi introdotti dalla difesa». Con questa espressione parrebbe configurarsi un diritto del pubblico ministero ad ottenere un lasso di tempo per svolgere un'indagine supplementare, a condizione che l'imputato abbia introdotto temi di prova nuovi, "sconosciuti" fino a questo momento (da cui deriverebbe l'effetto "sorpresa" del deposito). In sostanza, solo se la difesa ha ampliato i fatti oggetto di accertamento il suo antagonista dovrebbe avere lo spazio necessario per controdedurre (l'avverbio «limitatamente» traccia il confine dell'eventuale investigazione suppletiva). In effetti, ove l'imputato avesse prodotto un ampio corredo investigativo, ma tutto orientato a "sconfessare" «i fatti costituenti oggetto delle [investigazioni] a carico» addotte dal pubblico ministero (parafrasando l'art. 495 co. 2 Cpp)¹⁹ e subito dopo avesse presentato la richiesta di giudizio abbreviato "allo stato degli atti", alla pubblica accusa non dovrebbe essere concesso un ulteriore spazio per investigare, poiché, nell'ottica della parità, come ricorda la Corte costituzionale²⁰, l'indagine difensiva è essa stessa lo strumento che consente di ristabilire un equilibrio, di recuperare quel deficit conoscitivo in cui versa

¹⁷ Ritene si tratti di un termine "eccessivo" F. Galluzzo, *Il giudizio abbreviato*, in *Verso un processo penale accelerato*, a cura di A. Marandola, K. La Regina, R. Aprati, Napoli 2015, 91.

¹⁸ Secondo T. Alesci, *La nuova fisionomia del giudizio abbreviato tra la normativizzazione del dato giurisprudenziale e lacune interpretative*, in *La riforma Orlando*, a cura di G. Spangher, Pisa 2017, 185, lasciare al giudice questi ampi spazi di discrezionalità potrebbe avere riflessi negativi sull'intero sistema processuale, compromettendo ulteriori diritti dell'imputato. Il riferimento è all'incidenza che l'ammissione del giudizio abbreviato avrebbe sulla vicenda cautelare e sul computo della durata della custodia cautelare: la valutazione del giudice sulla "tempestività" della richiesta di giudizio abbreviato, ove questa fosse presentata "a ridosso" della scadenza del termine di fase, potrebbe condizionare la decisione sull'ammissione del rito e di conseguenza la decorrenza dei termini ex art. 303 co. 1 Cpp che, in caso di giudizio abbreviato, si computano proprio rispetto all'ordinanza che ha introdotto il rito ai sensi dell'art. 438 Cpp.

¹⁹ In generale, sulla portata di questa norma, si rinvia a G. Illuminati, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*⁴, Torino 2010, 75 ss.

²⁰ C. Cost., 22.6.2009 n. 184, cit.

l'imputato rispetto al pubblico ministero, a cagione della caratterizzazione propria delle indagini preliminari²¹.

Tuttavia, difficilmente questo riferimento ai temi introdotti dalla difesa avrà la forza di contenere una dilatazione "a tutto campo" dei poteri investigativi dell'accusa²², con la conseguente determinazione di un nuovo squilibrio nelle prerogative processuali delle parti, questa volta in danno dell'imputato. Un primo elemento: dalle scansioni processuali prefigurate dalla nuova disposizione, prive di ogni riferimento cronologico, non sembra possibile ricavare un lasso di tempo congruo per valutare se la richiesta del termine è giustificata dai temi di prova introdotti dalla difesa. La subitaneità tra deposito delle investigazioni difensive e domanda di giudizio abbreviato non offre spazi per saggiare la portata conoscitiva degli atti difensivi prima che il pubblico ministero chieda la dilazione per investigare ulteriormente, con la conseguenza che il giudice la concederà in ogni caso e sarà lo stesso accusatore pubblico a valutare la necessità di una integrazione, riguadagnando quella posizione di potere che ha assunto e mantenuto per tutta l'indagine preliminare.

Ma pure ammettendo che possa darsi della norma una lettura che leghi strettamente la concessione del termine di sessanta giorni ai temi di prova introdotti dalla difesa, una volta autorizzato il *surplus* di indagine, il potere del pubblico ministero si riespanderebbe nel segno della continuità investigativa e nulla impedirebbe un'inchiesta che, a sua volta, introducesse temi assolutamente inediti. Di fronte a questa eventualità poco può fare l'imputato (con buona pace del principio di parità), se non esercitare la «facoltà di revocare la richiesta» di giudizio abbreviato, ove a seguito dell'integrazione dello stato degli atti valutati per lui non più conveniente la celebrazione del rito (art. 438 co. 4 ult. parte Cpp). L'inciso, nella sua laconicità, crea non pochi dubbi interpretativi, a cominciare dai tempi in cui l'istanza di revoca può essere proposta: non è ben chiaro se fin dal momento in cui il pubblico ministero chiede il termine per le ulteriori indagini o soltanto una volta che le abbia svolte²³. Volendo ammettere (e avrebbe una maggiore coerenza sistematica) che la facoltà di revoca possa essere esercitata a seguito del mutamento dello stato degli atti (stante la natura del rito *de quo*), l'imputato si troverebbe di fronte ad una scelta "al buio",

²¹ Cfr., T. Rafaraci, *La prova contraria*, Torino 2004, 241, secondo cui il diritto alla controprova assegnato all'organo d'accusa nell'ambito del rito abbreviato è strumentale al «ripristino della *par condicio* conoscitiva turbata *ex abrupto*».

²² Come rilevato da T. Alesci, *op. cit.*, 184, si tratta di una ulteriore potestà investigativa di cui non si avvertiva la necessità, stanti le numerose possibilità offerte al pubblico ministero di integrare la piattaforma investigativa una volta esercitata l'azione penale (si pensi alla disciplina degli artt. 419 co. 3 e 421-bis Cpp, per limitarci all'udienza preliminare).

²³ L'interesse alla revoca della richiesta può sussistere in entrambi i casi: nel primo, ove l'imputato voglia scongiurare l'acquisizione di elementi di prova a carico che sa esistenti; nel secondo, ove lo stato degli atti derivante dall'integrazione non renda più conveniente la rinuncia alle garanzie del contraddittorio dibattimentale. Probabilmente, la prima opzione presenta qualche rischio in più per la difesa, dacché, malgrado la revoca, l'imputato non è in grado di scongiurare il compimento di quel *surplus* di indagini (quantomeno ai sensi dell'art. 421-bis Cpp) che potrebbero compromettere la sua posizione.

poiché la disposizione (ancora una volta priva di riferimenti cronologici) non concede un termine a difesa per ponderare i contenuti dell'investigazione suppletiva dell'accusa e determinarsi di conseguenza.

La possibilità di un termine a difesa può essere prospettata soltanto se, prima della decisione del giudice sulla richiesta, il pubblico ministero procedesse ad una modifica dell'imputazione, ai sensi dell'art. 423 co. 1 Cpp²⁴, nel qual caso, in analogia con quanto previsto dall'art. 441-bis co. 3 Cpp, avrebbe diritto ad un massimo di dieci giorni di tempo per formulare l'istanza di revoca ovvero per «l'integrazione della difesa»²⁵. Non così, ove a seguito dell'investigazione suppletiva del pubblico ministero a mutare fosse solo lo «stato degli atti» su cui dovrebbe formarsi la volontà dell'imputato nella scelta del rito. Benché, pure in questo caso, sia evidente un *vulnus* al diritto di difesa, è operazione assai ardua estendere la disposizione dell'art. 441-bis co. 3 Cpp, né sono rinvenibili nel sistema altre norme che possano trovare applicazione nella fattispecie *de qua*. Di conseguenza, è lecito dubitare della legittimità costituzionale del nuovo art. 438 co. 4 Cpp (con riferimento agli artt. 24 co. 2 e 111 co. 3 Cost.), nella parte in cui non concede all'imputato un congruo termine a difesa per poter decidere in ordine alla revoca della richiesta di giudizio abbreviato.

Concludendo sul punto, va altresì evidenziato che la scelta legislativa di legare la facoltà di revoca alla concessione del termine di sessanta giorni può essere letta come la volontà di escludere questa opzione al di fuori di tale particolare sviluppo procedimentale. Oggi, giurisprudenza e dottrina ammettono pacificamente la revocabilità della richiesta di giudizio abbreviato fino al provvedimento del giudice che dispone il rito alternativo²⁶; tuttavia la norma si presta ad una lettura che riporterebbe in auge quel risalente indirizzo giurisprudenziale, secondo cui una disposizione che riconosce la facoltà di revoca «non è suscettibile di applicazione oltre i casi espressamente previsti»²⁷, seguendo il brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

Forse l'obiettivo di ristabilire un confronto ad armi pari tra i contraddittori, a fronte di un deposito "a sorpresa" dei risultati dell'indagine condotta dalla difesa immediatamente prima dell'opzione sul rito speciale, poteva essere meglio raggiunto seguendo le indicazioni della Corte costituzionale, a proposito dell'applicabilità della

²⁴ In tal senso, A. Bassi, *Le modifiche in tema di rito abbreviato*, in *La riforma Orlando: tutte le novità, speciale riforma de Il penalista*, Milano 2017, 56.

²⁵ Ovviamente siamo di fronte a due ipotesi di revoca molto diverse tra loro: una investe la richiesta del rito; l'altra l'ordinanza che lo ha già ammesso; una lo stato degli atti su cui si forma la volontà dell'imputato; l'altra il fatto addebitato. Ciò nonostante, quando vi è un mutamento dell'ipotesi accusatoria, il principio di correlazione a tutela del diritto di difesa, dovrebbe sempre assegnare all'imputato il tempo e i mezzi necessari per operare le sue scelte difensive, anche nel momento dell'introduzione di una procedura speciale. Così, laddove non vi sia stata ancora la decisione del giudice sulla richiesta, ma il pubblico ministero abbia esercitato il suo potere-dovere di perfezionare l'accusa (art. 423 Cpp), la disposizione dell'art. 441-bis co. 3 Cpp dovrebbe trovare applicazione.

²⁶ Cass. 28.3.2008 n. 19528, in *CEDCass* m. 239754; per una panoramica sul dibattito, cfr. G. Leo, *Sulla revocabilità del provvedimento che introduce il giudizio abbreviato*, in *DPP* 2005, 1362 s.

²⁷ Seppur con riferimento ad una norma transitoria a carattere eccezionale (il co. 1 dell'art. 8 del d.l. 24.11.2000 n. 341), cfr. in questo senso, Cass. 23.6.2004 n. 28355, in *CEDCass* m. 229590.

disciplina di cui all'art. 441 co. 5 Cpp.²⁸, senza creare meccanismi perversi capaci di innescare ulteriori squilibri, in un circolo vizioso nemico dell'efficienza e della durata ragionevole del processo. Secondo questa impostazione, la necessità di una integrazione probatoria (e dei relativi spazi e tempi) troverebbe giustificazione solo nell'eventualità che le produzioni difensive avessero introdotto temi di prova nuovi, in grado di creare delle lacune nello "stato degli atti"; lacune tali da non permettere al giudice di assumere la sua decisione. E solo in questo caso il pubblico ministero avrebbe il diritto di chiedere un *surplus* istruttorio, lamentando il pregiudizio arrecato al proprio impianto d'accusa. Certo, si è consapevoli che pure questa soluzione non è perfettamente in linea con i dettami della Legge fondamentale, in particolare sotto il profilo del diritto alla prova; tuttavia in un modello procedimentale costruito su basi troppo fragili per garantirne la tenuta costituzionale, particolare cura deve essere posta in ogni intervento di modifica, per ridurre al minimo i contraccolpi, magari mutuando dall'esistente eventuali puntelli in grado di difenderne la stabilità.

3. È stata a lungo osteggiata dalla giurisprudenza la possibilità per l'imputato di presentare, unitamente alla richiesta condizionata (o complessa) di giudizio abbreviato e in caso di suo rigetto, un'istanza subordinata di applicazione della pena a richiesta delle parti. A quest'ultimo proposito, più di un argomento è stato addotto per giustificare la non convertibilità del patteggiamento "sul rito" in patteggiamento "sulla pena". E il primo sarebbe proprio la diversità ontologica tra i due, a cui si aggiungono la eterogeneità di struttura (l'uno ha un epilogo imprevedibile, mentre l'altro nasce da un accordo sulla sanzione da applicare), i diversi effetti delle sentenze emesse al loro esito ed il differente regime di impugnazione²⁹. Una lettura confermata dall'assenza – fino ad oggi – di disposizioni che ne consentivano la trasformazione.

La novella rimedia a tale lacuna autorizzando l'imputato, con una richiesta condizionata, a proporre subordinatamente, in caso di suo mancato accoglimento, un'istanza di abbreviato "allo stato degli atti" o di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 Cpp (nuovo co. 5-bis dell'art. 438 Cpp). Evidenti gli scopi deflativi cui la novella mira: la possibilità per l'imputato di precostituirsi valida alternativa al rigetto della richiesta di abbreviato condizionato è strumentale ad evitare il passaggio al rito ordinario. In ultima analisi, si vuole favorire quanto più possibile la definizione del giudizio con queste procedure alternative, anche quando si tratta di scelte di rito tra loro apparentemente incompatibili.

E ammettendo questa possibilità, in particolare con la domanda subordinata di giudizio abbreviato semplice, il legislatore fornisce altresì una lettura estensiva del co. 6 dell'art. 438 Cpp, il quale stabilisce che, in caso di rigetto della richiesta condizionata, questa possa essere ripresentata fino a che non siano formulate le conclusioni in udienza preliminare. Ad oggi, la giurisprudenza aveva escluso che si

²⁸ C. cost., 24.6.2005 n. 245, cit.

²⁹ Cass. S.U. 11.11.1994 n. 12752, in *CP* 1995, 881.

potesse proporre, entro i termini di cui all'art. 438 co. 2 Cpp, una richiesta dal contenuto diverso da quella rigettata³⁰, ma una volta ammessa l'istanza "subordinata", non vi sono ragioni ostative a permettere la proposizione di un "abbreviato secco" in caso venga respinto quello condizionato³¹.

Qualche perplessità può essere avanzata, in termini di opportunità, a proposito di richieste che contengano delle subordinate: il rischio che si corre è quello di indebolire il *petitum* principale, compromettendone l'accoglimento. Nel caso di specie, ove l'imputato manifestasse sin da subito, nella domanda complessa di abbreviato, la volontà di accedere, comunque, ad un abbreviato semplice o addirittura di acconsentire ad un patteggiamento, le *chances* che venga accolta la domanda principale appaiono assai limitate, poiché, di fatto, con la subordinata, si avalla l'esistenza di una "maturità" dello stato degli atti – accettata come base dell'opzione secondaria – rendendo assai discutibile la necessità «ai fini della decisione» dell'integrazione probatoria³². Pure nella prospettiva dell'economia processuale il *surplus* istruttorio avrebbe poca plausibilità.

4. Senza dubbio uno dei ritocchi più significativi all'art. 438 Cpp è rappresentato dall'introduzione del comma 6-*bis* che riconosce alla richiesta di giudizio abbreviato presentata nell'udienza preliminare efficacia preclusiva alla deducibilità, sia delle «nullità, sempre che non siano assolute», sia delle «inutilizzabilità, salve quelle derivanti dalla violazione di un divieto probatorio». Allo stesso modo, la scelta del rito speciale preclude «ogni questione sulla competenza per territorio del giudice». Si tratta del pedissequo recepimento di esegesi più che consolidate in giurisprudenza, tanto rispetto alla nullità che alla inutilizzabilità.

E iniziando da quest'ultima, si segnala che il legislatore fa suoi gli approdi delle Sezioni Unite, le quali, dopo un lungo dibattito giurisprudenziale e già all'indomani delle rilevanti modifiche prodotte dalla l. 16.12.1999, n. 479³³, hanno stabilito che la richiesta di giudizio abbreviato, pur comportando da parte dell'imputato la rinuncia al contraddittorio dibattimentale e permettendo ad atti di indagine di assumere valore di prova, non rappresenta una rinuncia a dolersi dell'invalidità degli atti probatori formati *contra legem* e su cui il giudice può fondare la decisione³⁴. È vero che l'abbreviato è un giudizio "a prova contratta", un patteggiamento sul rito che definisce la *res iudicanda* in una fase diversa da quella dibattimentale e sulla base di atti normalmente sprovvisti di valore probatorio; nondimeno, per il giudice di

³⁰ Cass. 27.4.2011 n. 21219, in CEDCass m. 250232; Cass. 28.9.2011, n. 139, in CEDCass m. 251762.

³¹ A. Macchia, *op. cit.*, 13.

³² In questi termini, anche F. Galluzzo, *Giudizio abbreviato: investigazioni (non più) a sorpresa e richieste subordinate*, in *La parola alla difesa* 2017, (5), 539.

³³ Per una ricostruzione delle diverse posizioni giurisprudenziali e dei cambiamenti d'assetto determinati da questa riforma, v. M. Riccardi, *Il restyling del giudizio abbreviato nella riforma del processo penale: nullità, inutilizzabilità e incompetenza per territorio, tra conferme e alcune contraddizioni*, in *Giurisprudenza penale* 2017, 3 ss.; D. Negri, sub art. 442 Cpp, in G. Conso, G. Illuminati, *Commentario breve al Cpp*², Padova 2015, 2001 ss.

³⁴ Cass. S.U. 21.6.2000, Tammaro, in CP 2000 (12), 3259.

legittimità, la portata abdicativa di tale negozio processuale non può investire quegli elementi di conoscenza formati in violazione di divieti stabiliti dalla legge (la c.d. inutilizzabilità patologica desumibile dall'art. 191 co. 1 Cpp) e che in nessuna delle fasi processuali sarebbero in grado di sorreggere una decisione giurisdizionale, di qualunque tipo essa sia³⁵. Ciò in quanto la volontà dell'imputato «non incide sul potere-dovere del giudice di adempiere il proprio ruolo di garante della legalità del procedimento probatorio, giacché quest'ultimo rappresenta un interesse sottratto alla libera disponibilità delle parti»³⁶. Invero, le argomentazioni su cui fa perno la soluzione adottata dalla giurisprudenza, si rifanno, oltre alla natura della richiesta di giudizio abbreviato, ad alcuni indicatori normativi, segnatamente al co. 5 dell'art. 438 Cpp, laddove si prevede che il giudice decide sull'ammissibilità della richiesta complessa «tenuto conto degli atti già acquisiti ed utilizzabili». Il riferimento agli «atti utilizzabili», quale base conoscitiva del giudice per le sue determinazioni, è espressione del principio di legalità della prova, un principio di portata generale, valido anche in caso di richiesta semplice³⁷, applicabile ad ogni «situazione patologica che non debba intendersi sanata in virtù dell'ordinario regime giuridico»³⁸. L'assunto, di conseguenza, porta a concludere che, ai sensi del nuovo co. 6-bis dell'art. 438 Cpp, l'istanza di giudizio abbreviato determina l'indeducibilità della sola inutilizzabilità fisiologica della prova, quella, per intenderci, funzionale «ai peculiari connotati del processo accusatorio in forza dei quali il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove, pure assunte *secundum legem*, ma diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento secondo l'art. 526 Cpp»³⁹. Una conclusione «scontata», se si pensa che la volontà dell'imputato, espressa con la richiesta della procedura semplificata, ha proprio l'effetto di consentire agli atti di indagini di essere utilizzati come prova ai fini dell'accertamento della responsabilità⁴⁰.

In verità, le conseguenze derivanti dalla lettera del nuovo co. 6-bis sono tutt'altro che scontate; piuttosto, il recepimento della deducibilità delle sole

³⁵ Le Sezioni Unite hanno precisato che, tra le prove assolutamente inutilizzabili, vanno annoverate anche quelle «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». Per un approfondimento del concetto di inutilizzabilità, si rinvia a N. Galantini, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Milano 1992, *passim*; F.M. Grifantini, voce *Inutilizzabilità*, in *DigDPen*, VII, Torino 1993, 242 ss.

³⁶ M. Riccardi, *op. cit.*, 6. V. anche F. Cassibba, *Inutilizzabilità degli atti e poteri probatori del giudice nel «nuovo» giudizio abbreviato*, in *CP* 2001, (2), 403 ss. Ancora L. Iafisco, *Il regime delle invalidità degli atti nel giudizio abbreviato: questioni vecchie e nuove prospettive dopo la l. n. 479 del 1999*, in *GI* 2001, 116 ss.

³⁷ M. Riccardi, *op. cit.*, 7.

³⁸ V. Maffeo, *I procedimenti speciali*, in *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di A. Scalfati, Torino 2017, 153.

³⁹ Cass. S.U. 21.6.2000, Tammaro, cit.

⁴⁰ F. Cassibba, *op. cit.*, 403.

inutilizzabilità «derivanti dalla violazione di un divieto probatorio»⁴¹ serve solo a spostare la *querelle* sull'estensione da assegnare al concetto di inutilizzabilità patologica. È innegabile, ad esempio, che accedendo ad una lettura che riconducesse la violazione non soltanto all'ammissione delle prove, ma anche al rispetto delle regole per la loro formazione (come parrebbe desumersi dall'art. 191 co. 1 Cpp. che impiega il participio «acquisite»)⁴², si avrebbe un proliferare di inutilizzabilità; così come analogo epilogo produrrebbe l'accoglimento di un concetto di divieto non soltanto posto in modo esplicito, ma altresì desumibile, in via indiretta, da una disposizione che non fosse formulata in chiave di interdizione⁴³.

E la *querelle* è già in atto, con una giurisprudenza maggioritaria impegnata a «svuotare di contenuto ipotesi di invalidità considerate non effettivamente lesive di interessi protetti»⁴⁴. La stessa scelta delle Sezioni Unite Tammaro di affermare che l'inutilizzabilità patologica sarebbe a presidio della legalità del procedimento probatorio, ha rappresentato il pretesto per il riaffermarsi di indirizzi giurisprudenziali volti a “degradare” gravi invalidità dell'atto a patologie sanabili per effetto della scelta del rito speciale, in tal modo determinando un “aggiramento” delle prerogative difensive proprio in tema di legalità della procedura di formazione della prova⁴⁵. Secondo tale orientamento, sarebbero sempre deducibili soltanto le inutilizzabilità «estreme e residuali», derivanti dalla violazione di norme poste a tutela di interessi di rango costituzionale o che compromettono in maniera grave ed irreparabile il diritto di difesa dell'imputato⁴⁶; un'impostazione che rischia di trovare un avallo proprio nella nuova disposizione codicistica⁴⁷. In sostanza, l'art. 438 co. 6-bis Cpp può facilmente prestarsi a nuove manipolazioni⁴⁸, «finendo per allargare a

⁴¹ Sulla superfluità di una codificazione riguardante gli effetti della richiesta di giudizio abbreviato sull'inutilizzabilità fisiologica, cfr. la relazione della Commissione Canzio, istituita il 10 giugno 2013 presso l'ufficio legislativo del ministero della giustizia (www.penalecontemporaneo.it 27.10.2014), la quale non ha ritenuto opportuno prevedere la preclusione delle inutilizzabilità non patologiche, ritenendo che questa discenda «dalla struttura delle stesse e dunque sia già nel sistema». Inoltre, una previsione normativa in tal senso «avrebbe richiesto di formulare una disposizione generale classificatoria delle inutilizzabilità che, se troppo astratta, si presterebbe ad incertezze interpretative e se troppo specifica richiederebbe continui aggiornamenti».

⁴² Sul punto, P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, I, *Struttura e procedimento*, Torino 2015, 252 ss.

⁴³ In tal senso, Cass. S.U. 27.3.1996, Sala, in *CP* 2006, 3268, secondo cui si è in presenza di un divieto probatorio anche quando la norma subordina la perfezione di un atto al rispetto di presupposti, casi o forme determinate.

⁴⁴ M. Caianiello, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna 2012, 66.

⁴⁵ M. Riccardi, *op. cit.*, 10.

⁴⁶ Cass. 24.1.2006 n. 6757, in *CP* 2007, (2), 713.

⁴⁷ In questo senso, V. Maffeo, *op. cit.*, 154, secondo la quale il riferimento espresso all'inutilizzabilità derivante dalla violazione di un divieto probatorio sarebbe indice di una chiara scelta di campo: le inutilizzabilità sempre deducibili sarebbero quelle dell'art. 191 co. 1 Cpp, di stretta interpretazione, mentre le violazioni che attengono al procedimento acquisitivo non potrebbero più essere fatte valere dopo la richiesta di giudizio abbreviato.

⁴⁸ Alcune pronunce giurisprudenziali danno la dimensione della rielaborazione del concetto di inutilizzabilità patologica: Cass. 14.1.2014 n. 3606, in *CP* 2014, (10), 3371, ha ritenuto utilizzabili le intercettazioni telefoniche eseguite attraverso impianti diversi da quelli in dotazione della procura

dismisura l'efficacia taumaturgica del rito abbreviato nei confronti dell'inutilizzabilità»⁴⁹.

Analoghe argomentazioni possono essere addotte a proposito delle altre invalidità sanate attraverso la richiesta di giudizio abbreviato ex art. 438 co. 6-bis Cpp: le nullità diverse dalle assolute (dunque quelle a regime intermedio e relative). Pure in questo caso, la portata della previsione dipenderà dal "diritto vivente" e dall'inquadramento del concetto di nullità insanabile. Peraltro, le prospettate criticità interpretative riguardano anche un diverso aspetto della questione, attinente alla mancata differenziazione tra nullità che investono gli atti probatori e quelle riguardanti gli atti propulsivi o introduttivi del giudizio⁵⁰.

La giurisprudenza ha già chiarito che sono tutte invalidità sanate dalla richiesta di giudizio abbreviato, la quale rappresenterebbe una rinuncia implicita a dedurle, trattandosi di nullità rimesse alla disponibilità della parte, con conseguente sanatoria per accettazione degli effetti dell'atto nullo (art. 183 co. 1 lett a Cpp)⁵¹. Ora, ammesso e non concesso che la richiesta di giudizio abbreviato possa assurgere a sanatoria per acquiescenza dei vizi meno gravi degli atti probatori⁵², certamente l'operazione esegetica non convince rispetto alle invalidità che colpiscono gli atti di impulso processuale: solo per fare qualche esempio, ci si riferisce all'omessa notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari che si ripercuote sulla validità della richiesta di rinvio a giudizio⁵³, all'omesso interrogatorio richiesto ai sensi dell'art. 415-bis Cpp⁵⁴, alla genericità e all'indeterminatezza del capo di imputazione⁵⁵, alla mancata traduzione in una lingua conosciuta dall'indagato dell'avviso ex art. 415-bis Cpp⁵⁶. La scelta legislativa in punto di nullità, è vero che fa suoi i principi espressi dalle Sezioni Unite, ma non tiene conto del fatto che in più di un passaggio argomentativo della sentenza è piuttosto evidente il riferimento alle

della Repubblica, pur mancando adeguata motivazione nel decreto di autorizzazione; Cass. 19.12.2011 n. 12085, in *CP* 2013, (7-8), 2744, si è espressa per l'utilizzabilità nell'abbreviato degli atti investigativi compiuti fuori termine; Cass. 29.1.2008, n. 11100, in *CP* 2009, (9), 3544, ha sostenuto l'utilizzabilità delle dichiarazioni del teste indiretto che si sia rifiutato o non sia stato in grado di indicare la fonte.

⁴⁹ M. Daniele, *Due aporie nel sistema dei riti speciali*, in *La parola alla difesa* 2017, (5), 482.

⁵⁰ Per la distinzione, si rinvia a F. Cordero, *Ideologie del processo penale*, Milano 1966, 36.

⁵¹ A. Bassi, *op. cit.*, 58.

⁵² Ammette che la volontà di essere giudicato allo stato degli atti «implichi anche acquiescenza alle eventuali difformità del regime legale dell'attività che "si fa prova"», N. Viggiano, *Patologie nel giudizio abbreviato e nell'applicazione della pena su richiesta*, in *RIDPP* 1997, 511 ss.

La nullità degli atti probatori è categoria del tutto residuale; i vizi delle prove normalmente sono presidiati dall'inutilizzabilità: tuttavia in alcune fattispecie il legislatore prevede anche la nullità. A titolo meramente esemplificativo, si ricorda l'art. 213 co. 3 Cpp in tema di ricognizione (Cass. 5.5.2010 n. 23432, in *CP* 2011, (12), 4393); l'art. 199 co. 2 Cpp a proposito della testimonianza dei prossimi congiunti (Cass. 5.5.2009 n. 34521, in *CP* 2010, (10), 3553). Sui rapporti tra nullità e inutilizzabilità con riferimento alle prove, per una panoramica riassuntiva, v. F.M. Grifantini, *sub art. 191 Cpp*, in G. Conso, G. Illuminati, *Commentario*, cit., 694 ss.

⁵³ Cass. 4.5.2010 n. 25153, in *CEDCass* m. 247777.

⁵⁴ Cass. 1.10.2007 n. 44844, in *CEDCass* m. 238030.

⁵⁵ Tra le molte, Cass. 14.5.2014 n. 28512, in *CEDCass* m. 262508.

⁵⁶ Cass. S.U. 26.9.2006, Cieslinsky, in *CP* 2007, (2) 514.

invalidità (sia nullità che inutilizzabilità) insanabili che attengono ai soli atti probatori⁵⁷.

E non potrebbe essere altrimenti: la richiesta di giudizio abbreviato esprime sì un “diritto potestativo” dell’imputato esercitato attraverso una rinuncia, ma questa non riguarda, nemmeno implicitamente, la deducibilità delle nullità che colpiscono gli atti necessari nella trama procedurale. L’imputato che chiede il rito “a prova contratta” rinuncia alla formazione della prova con le garanzie del contraddittorio dibattimentale, accettando così di essere giudicato sulla base degli atti di investigazione⁵⁸, i quali acquistano efficacia di prova. Nulla più di questo. Così, la volontà dell’imputato «selettivamente preordinata»⁵⁹ a rinunciare ad un accertamento dialettico e perciò premiata con uno sconto di pena in caso di condanna, non investe in alcun modo la deducibilità di eventuali nullità (diverse dalle assolute) che dovessero compromettere l’efficacia degli atti che danno impulso al processo. In definitiva, forme del rito e valida instaurazione del processo «sono profili perfettamente autonomi»⁶⁰. Se così non fosse, verrebbero attribuiti alla richiesta di giudizio abbreviato effetti del tutto estranei alle esigenze che con essa si mirano a salvaguardare (economia processuale e deflazione)⁶¹, oltretutto correndo il rischio di pregiudicare anche «le regole positive che presiedono alla disciplina degli atti»⁶². E il primo effetto eccentrico sarebbe proprio quello di introdurre una nuova ipotesi di sanatoria delle nullità che difficilmente potrà essere ricondotta all’interno del sistema delineato dagli artt. 177 ss. Cpp⁶³. Le disposizioni in tema di nullità stabiliscono precisi termini e condizioni per il verificarsi della sanatoria e si tratta di una disciplina di portata generale che rende arduo capire la ragione per cui un tale meccanismo debba venir meno giusto nel caso del giudizio abbreviato⁶⁴.

Nemmeno ricorrendo all’art. 183 co. 1 lett. a Cpp (sanatoria per acquiescenza)⁶⁵, come fa la giurisprudenza, sembra possibile rendere coerente con il sistema delle

⁵⁷ Cfr. Cass. S.U. 21.6.2000, Tammaro, cit., secondo cui nel rito abbreviato sono utilizzabili «soltanto quegli atti probatori non affetti da gravi e irreversibili patologie, quali l’inutilizzabilità e la nullità assolute, caratterizzate da insanabilità e rilevabilità anche d’ufficio in ogni stato e grado del procedimento». In questo senso, G. Di Paolo, *La sanatoria delle nullità nel processo penale*, Padova 2012, 176.

⁵⁸ Cfr. G. Di Paolo, *op. cit.*, 174 ss.

⁵⁹ M. Caianiello, *op. cit.*, 70.

⁶⁰ N. Viggiano, *op. cit.*, 512.

⁶¹ Lo scambio tra il privato e lo Stato nel giudizio abbreviato ha ad oggetto il «governo sui tempi del processo»: sono parole di R. Orlandi, in M. Caianiello, *op. cit.*, 71.

⁶² L. Iafisco, *op. cit.*, 118.

⁶³ Secondo G. Todaro, *Il volto attuale del giudizio abbreviato tra questioni deducibili e implicazioni di sistema*, in *CP* 2013, 585, già prima della novella, la richiesta di giudizio abbreviato si presentava come una forma di sanatoria indifferenziata, pur contenendo una manifestazione di volontà con cui espressamente l’imputato rinuncia soltanto alla formazione in contraddittorio della prova.

⁶⁴ L. Iafisco, *op. cit.*, 118.

⁶⁵ In argomento, G. Di Paolo, *op. cit.*, 144 ss.

invalidità l'effetto sanante assegnato alla richiesta di abbreviato⁶⁶: questa, stante la sua *ratio*, difficilmente può identificarsi, con quei comportamenti inequivocabili ed univoci dell'interessato essenziali perché si possa parlare di accettazione implicita degli effetti dell'atto⁶⁷. La volontà dell'imputato di accedere al rito speciale può risultare «del tutto compatibile con il diritto a far valere il vizio di un determinato atto, così da renderlo processualmente privo di effetti»⁶⁸. E la questione acquista tutto il suo peso se si considera il paradosso a cui si andrebbe incontro ove, per qualche ragione, il rito speciale non dovesse celebrarsi: ricollegare la sanatoria per *facta concludentia* alla semplice richiesta del giudizio abbreviato determinerebbe l'indeducibilità degli eventuali vizi anche nel caso in cui l'accertamento penale non dovesse svolgersi nell'udienza preliminare e le successive cadenze procedurali seguissero le regole del rito ordinario⁶⁹.

4.1. Anche la *vexata quaestio* della proponibilità dell'eccezione di incompetenza territoriale, che a lungo ha contrapposto la giurisprudenza, ha trovato una sua codificazione: il legislatore ha aderito alla più rigorosa esegesi, seppur negata dalle Sezioni Unite⁷⁰, che riconosce alla richiesta di giudizio abbreviato formulata nell'udienza preliminare effetto preclusivo alla proposizione di ogni eccezione di incompetenza per territorio del giudice che procede. Diversi gli argomenti addotti a sostegno nei vari arresti: vi sarebbe innanzitutto una questione temporale che consente, ai sensi dell'art. 21 co. 2 Cpp di eccepire l'incidente di competenza entro la conclusione dell'udienza preliminare e ove l'eccezione fosse formulata per la prima volta dopo l'introduzione del rito, si tratterebbe di una questione tardiva. Ove, invece, fosse stata proposta nei termini, ma rigettata, la sua riproposizione nell'ambito del rito speciale sarebbe inammissibile, poiché si tratterebbe di questione già definita⁷¹. Vi sarebbe poi il tema della equiparabilità delle eccezioni di incompetenza territoriale alle nullità a regime intermedio dal punto di vista dell'effetto sanante assegnato alla richiesta di giudizio abbreviato. Secondo questo orientamento, l'incompetenza territoriale, al pari delle nullità intermedie, rientrando nel potere dispositivo delle parti, non sarebbe più proponibile una volta che si è optato per il rito speciale: anche in questo caso, ci troveremmo di fronte ad una acquiescenza rispetto a invalidità verificatesi nelle fasi anteriori, ai sensi dell'art. 183 co. 1 lett. a Cpp. Oltretutto, la decisione dell'imputato di essere giudicato nell'udienza preliminare determina la rinuncia non soltanto all'assunzione della prova con le

⁶⁶ B. Lavarini, *La definibilità del processo allo stato degli atti nel giudizio abbreviato*, in *RIDPP* 1994, 573, osserva come la sanatoria di cui all'art. 183 co. 1 lett. a Cpp difficilmente risulta conciliabile quantomeno con le nullità a regime intermedio, vista la loro rilevabilità anche d'ufficio.

⁶⁷ L'accettazione "implicita" degli effetti di un atto nullo si deve realizzare attraverso *facta concludentia*, comportamenti della parte incompatibili con l'intenzione di eccepire o dedurre una nullità: E. Ciabatti, sub art. 183 Cpp, in *Commento Chiavario*, II, Torino 1990, 355.

⁶⁸ A. Macchia, *op. cit.*, 16. Nello stesso senso, già N. Viggiano, *op. cit.*, 513.

⁶⁹ Cfr., G. Di Chiara, *Le nullità*, in *Atti del procedimento penale. Forma e struttura*, coordinati da E. Marzaduri, Torino 1996, 239.

⁷⁰ Cass. S.U. 29.3.2012, Forcellì, in *CP* 2013 (2), 572.

⁷¹ Cass. 18.9.2003, Ninivaggi, in *CP* 2005, 1284.

garanzie del contraddittorio dibattimentale, ma anche a quel segmento processuale che avrebbero permesso di trattare e risolvere l'incidente di competenza (art. 491 co. 1 Cpp)⁷².

Sul fronte opposto si è affermato un indirizzo che ha ritenuto ammissibile l'eccezione di incompetenza territoriale, una volta istaurato l'abbreviato, sul rilievo che la richiesta del rito speciale costituisca atto di acquiescenza all'utilizzo come prova di atti di indagine e non all'eccezione relativa al difetto di competenza territoriale, che salvaguardando il principio costituzionale del giudice naturale precostituito per legge, a tutela della corretta costituzione del rapporto processuale, sarebbe sottratta alla libera disponibilità delle parti⁷³. Inoltre, non precluderebbe una tale eccezione l'assenza di un momento processuale dedicato alle questioni preliminari, poiché il difetto di competenza per territorio, potendo essere eccepito subito dopo compiuto l'accertamento in ordine alla regolare costituzione delle parti, è previsto anche nel giudizio abbreviato, stante il richiamo espresso delle norme dell'udienza preliminare (art. 441 Cpp) e, di conseguenza, una volta instaurato il rito, consente, al pari di ciò che accade in sede di questioni preliminari, di sollevare le eccezioni relative alla competenza per territorio⁷⁴.

Le Sezioni Unite, a sorpresa, hanno fatto propria questa impostazione minoritaria, puntualizzando che nel giudizio abbreviato chiesto in udienza preliminare, l'istanza genera un effetto preclusivo nei confronti delle sole eccezioni di incompetenza territoriale non proposte precedentemente (operando, in tal modo, il regime generale di cui all'art. 21 co. 2 Cpp, che autorizza la presentazione di dette questioni fino alla chiusura dell'udienza preliminare, momento che coincide esattamente con la richiesta di rito speciale)⁷⁵. Nella sentenza, uno ad uno, sono stati confutati gli argomenti a sostegno dell'indirizzo maggioritario; in particolare si ricordano gli insegnamenti della Corte costituzionale, a proposito del principio del giudice naturale, proprio in tema di competenza per territorio: «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

⁷² Tra le molte pronunce, cfr. Cass. 4.5.2006 n. 33519, in CP 2007, (2), 519. V. anche G. Tabasco, *Giudizio abbreviato ed incompetenza per territorio: alle radici di un dogma fonte di un fraintendimento sistematico*, in www.archiviopenale.it 2012, (3), 2 ss. per una compiuta ricostruzione della giurisprudenza sul punto.

⁷³ In questo senso, C. cost. 20.5.1996 n. 155, in Gcos 1996, 1464. Nello stesso senso, anche Cass. S.U. 16.7.2009, Orlandelli, in CP 2010, 2121.

⁷⁴ Cass. 10.6.2004 n. 37156, in CP 2006, (6), 2222. Una posizione mediana, poi ripresa dalle Sezioni Unite, avevano assunto Cass. 5.7.2011 n. 34686, in CEDCass. m. 251135, nonché Cass. 5.10.2011 n. 39756, in CP 2012, (5), 1576, affermando che la richiesta di giudizio abbreviato ha effetto sanante rispetto alle eccezioni di incompetenza territoriale sollevate una volta instaurato il rito speciale, mentre non costituisce tacita accettazione quando, sia prima che dopo la richiesta di rito speciale, l'imputato abbia proposto l'eccezione di incompetenza e questa sia stata respinta.

⁷⁵ Cass. S.U. 29.3.2012, Forcelli, cit.

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»⁷⁶. Da ciò deriverebbe che, sia la richiesta di giudizio abbreviato, sia la proposizione dell'incidente di competenza, hanno dirette connessioni costituzionali (la prima con il diritto di difesa e la seconda con il principio del giudice naturale) e non vi sarebbero dati normativi, né testuali, né sistematici a sostegno della regola per cui «l'imputato per poter essere giudicato dal giudice naturalmente competente debba rinunciare ai riti alternativi e, di converso, per poter accedere al giudizio abbreviato debba essere costretto a rinunciare a perseguire la legalità in tema di competenza»⁷⁷.

Anche l'assimilabilità dell'eccezione di incompetenza per territorio ad una di nullità di un atto processuale (di tipo intermedio), con il conseguente regime di deducibilità e sanatoria, viene negata dalle Sezioni Unite. In particolare, per ciò che riguarda la riconduzione della richiesta di giudizio abbreviato nella categoria della sanatoria per acquiescenza ex art. 183 co. 1 lett a Cpp, la Corte ritiene che l'effetto "taumaturgico" possa prodursi rispetto alla competenza territoriale del giudice solo laddove dal comportamento dell'interessato possa desumersi inoppugnabilmente «la rinuncia definitiva a contestare il vizio»; il che di sicuro non si verifica quando l'eccezione di incompetenza è stata proposta prima della richiesta del rito, stante il diritto dell'imputato ad essere giudicato dal suo giudice naturale. Un diritto prioritario nel sistema delle garanzie della persona: l'art. 25 co. 1 Cost. è un principio fondamentale che evidenzia il «legame indissolubile tra precostituzione legale e imparzialità del giudice, mirando la prima ad impedire che fattori esterni influenzino la scelta dell'organo giurisdizionale in ragione della specifica vicenda processuale»⁷⁸. Pertanto, l'imputato ha la facoltà di far valere l'incidente di competenza anche nell'abbreviato, a condizione che la relativa eccezione, seppur rigettata, sia stata proposta entro i termini previsti⁷⁹.

Probabilmente il legislatore del 2017 avrebbe dovuto tenere conto almeno dei distinguo operati dalle Sezioni Unite, invece di prevedere *tout court* l'effetto preclusivo della richiesta di abbreviato rispetto ad «ogni questione» di competenza per territorio. L'assenza di qualunque riferimento all'eventualità che l'imputato abbia manifestato precedentemente l'interesse ad avere l'individuazione di un giudice conforme all'art. 25 co. 1 Cost., determinerà il riproporsi di nuove contese⁸⁰, oltre ad esporre la norma a qualche rilievo di incostituzionalità, a cominciare

⁷⁶ C. Cost. 5.4.2006 n. 168, in *GCos* 2006, 1489.

⁷⁷ Cass. S.U. 29.3.2012, Forcellì, cit.

⁷⁸ G. Todaro, *op. cit.*, 582. Per un approfondimento del principio di precostituzione, G. Illuminati, *Precostituzione del giudice e presupposti della rimessione*, in *La nuova disciplina della rimessione del processo*, a cura di F. Caprioli, Torino 2003, 59 ss.

⁷⁹ Queste conclusioni, per il giudice di legittimità, riguardano il giudizio abbreviato "tipico", mentre per i casi in cui il rito a prova contratta si innesta in altri giudizi semplificati, la proponibilità della questione è sempre fatta salva. V. *infra*, § 6.

⁸⁰ La giurisprudenza, già all'indomani delle Sezioni Unite, si era espressa nello stesso senso: Cass. 23.4.2013 n. 22366, in *CEDCass* m. 255931; Cass. 16.10.2013 n. 45395, in *CEDCass* m. 257561; Cass. 5.2.2014 n. 8652, in *CEDCass* m. 258804.

dall'ingiustificata compressione delle prerogative difensive dell'accusato. Infatti, atteso che l'indeducibilità dell'incidente di competenza è legata alla richiesta di giudizio abbreviato (e non al suo accoglimento), l'imputato, secondo la formulazione dell'art. 438 co. 6-bis ult. parte Cpp, è posto di fronte ad una decisione *tranchant*: a fronte di una eccezione di incompetenza per territorio rigettata, o sceglie di insistere nel riproporla, rischiando di non poter più chiedere il giudizio abbreviato, ma se vuole avvalersi dei vantaggi connessi alla scelta del rito deve sacrificare il suo diritto ad essere giudicato dal giudice naturale, non essendoci spazio, nella disposizione codicistica, per la reiterazione dell'eccezione di incompetenza una volta richiesta la speciale procedura⁸¹.

Anche dal punto di vista della ragionevolezza la disposizione presenta qualche cedimento costituzionale, poiché la mancanza di una espressa e inequivocabile rinuncia a far valere il vizio di competenza, determinerebbe «ingiustificabili effetti discriminatori per l'imputato e per la sua possibilità di contestare la scelta del giudice [naturale] effettuata dal pubblico ministero con l'esercizio dell'azione penale»⁸².

5. L'ultimo dei ritocchi che hanno interessato il giudizio abbreviato attiene alla determinazione dell'entità dello sconto di pena da praticare in caso di condanna: il legislatore ha scelto di diversificarlo per le contravvenzioni ed elevarlo alla metà, lasciando a «un terzo» la misura fissa della decurtazione per i delitti (art. 442 co. 2 Cpp); un modo per incentivare l'efficacia premiale legata alla scelta del rito, anche se con riguardo ai soli reati più lievi.

Significativo il “basso profilo” che, su questo punto, la riforma ha deciso di tenere, viste le contropunte di inasprimento sanzionatorio che ciclicamente si ripropongono⁸³, in particolare in coincidenza con le scadenze elettorali. Quello del riconoscimento di una riduzione di pena legata alla scelta del rito è uno dei nervi scoperti dell'abbreviato: negli anni ha alimentato uno dei dibattiti più accesi, soprattutto attorno all'opportunità di mantenere lo sconto di pena, quantomeno per i reati più gravi, dove l'effetto premiale è più sensibile, posto che si tratta di una diminuzione a carattere processuale, effettuata in misura fissa, completamente sganciata dalla gravità del fatto e dalla capacità a delinquere dell'autore⁸⁴. Oltretutto,

⁸¹J. Della Torre, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazioni della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *DPenCont* 2017, (3), 182. Non condivide l'assunto F. Galluzzo, *Riforma Orlando: giudizio abbreviato*, in www.parolaalladifesa.it, 16.6.2017, secondo cui, malgrado la lettera della norma, resterebbe aperta per l'imputato la «possibilità di sollevare la questione di incompetenza territoriale anche dinanzi al giudice dell'abbreviato, fino a quando questi non abbia dichiarato instaurato il rito».

⁸² Cass. S.U. 29.3.2012, Forcellì, cit.

⁸³ V. Maffeo, *op. cit.*, 159.

⁸⁴ Nella relazione della Commissione Canzio (www.penalecontemporaneo.it, cit.) si legge che la diminuzione è «potenzialmente distorsiva del principio di proporzionalità e foriera di una vera e propria “trappola di deterrenza”». Per una panoramica attorno al dibattito sulla natura della diminuzione e sulle relative conseguenze, v. M. Costantini, *Il giudizio abbreviato*, in *Riti camerali e speciali*, coordinati da S. Nosengo, Torino 2006, 209 ss.; F. Zacchè, *Il giudizio abbreviato*, cit., 170 ss.

alcuni rilevano che il trattamento sanzionatorio di favore avrebbe poco a che vedere oramai con la *ratio* giustificativa delle origini, in termini di vantaggi per il complessivo funzionamento della giustizia⁸⁵, a cagione della metamorfosi che l'abbreviato ha subito negli anni. Avrebbe perso quasi completamente i caratteri di speditezza e semplificazione: scarso, infatti, il risparmio in termini di tempo e di risorse processuali, atteso il venir meno del consenso del pubblico ministero alla sua celebrazione e l'ampia attività di istruzione probatoria che può comportare⁸⁶.

Ma tornando alla nostra questione e alla modifica dell'art. 442 co. 2 Cpp, la riduzione di pena fino alla metà per le sole contravvenzioni appare intervento davvero poco utile per incentivare il ricorso all'abbreviato⁸⁷, se questo è l'obiettivo che si voleva raggiungere. L'unico effetto applicativo evidente è la creazione di una sovrapposizione, di una "invasione di campo" di questo rito in punto di benefici per l'imputato, rispetto ad altre opzioni procedurali che offrono ben più sostanziosi vantaggi⁸⁸. Più incisive, seppur non risolutive, nell'ottica della deflazione e dello smaltimento del carico giudiziario, sarebbero state scelte che avessero provato ad articolare la premialità secondo sconti di pena più ampi e differenziati, non soltanto con riferimento alle contravvenzioni, ma altresì ai delitti di medio-bassa gravità e/o di scarso allarme sociale⁸⁹.

6. Qualche rilievo conclusivo meritano i ritocchi alla disciplina del giudizio abbreviato "atipico", quegli interventi di raccordo tesi a delineare l'estensione dell'ambito applicativo delle nuove disposizioni, introdotte per il rito che si celebra nell'udienza preliminare. Qui qualche dimenticanza di troppo condiziona la tenuta costituzionale delle scelte fatte, in particolare sotto il profilo della ragionevolezza.

Andando con ordine: nessun richiamo al nuovo art. 438 co. 4 Cpp è contenuto nelle disposizioni relative al giudizio abbreviato che "scaturisce" dalla trasformazione dai riti direttissimo e immediato e dall'opposizione al decreto penale di condanna. Secondo i primi commentatori si tratterebbe di una dimenticanza, difficilmente rimediabile in via interpretativa, vista la peculiarità dell'abbreviato "atipico" e il chiaro riferimento contenuto nell'art. 438 co. 4 Cpp alla richiesta presentata in udienza preliminare, con la conseguenza che, ad esempio nell'abbreviato di cui

⁸⁵ Su questo aspetto, ancora F. Zacchè, *Il giudizio abbreviato*, cit., 168.

⁸⁶ Cfr., D. Negri, *Il «nuovo» giudizio abbreviato: un diritto dell'imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economia processuale*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di F. Peroni, Padova 2000, 441 ss.

⁸⁷ F. Galluzzo, *Giudizio abbreviato*, cit., 537.

⁸⁸ Basta solo guardare alla gamma di effetti connessi all'applicazione della pena a richiesta delle parti e al decreto penale di condanna (anche in termini di risparmio di tempo e di risorse).

⁸⁹ Cfr., in questa direzione, la proposta della Commissione Canzio (www.penalecontemporaneo.it, cit.): «In caso di condanna, la pena che il giudice determina tenendo conto di tutte le circostanze è diminuita: 1) della metà se si procede per una contravvenzione o per un delitto per il quale è prevista la reclusione non superiore nel massimo a cinque anni o la multa; 2) di un terzo se si procede per un delitto per cui è prevista la reclusione non superiore nel massimo a quindici anni; 3) di un quarto se si procede per un delitto per cui è prevista la reclusione superiore nel massimo a quindici anni.».

all'art. 452 Cpp, il pubblico ministero non avrà diritto al termine per effettuare le investigazioni suppletive⁹⁰.

È lecito chiedersi, piuttosto, se la scelta del legislatore non abbia una sua ragionevolezza, visto che, in questi casi, l'abbreviato si innesta su procedure semplificate instaurate ad iniziativa del pubblico ministero e a seguito di una rilevantissima compressione dei diritti della difesa e del suo intervento investigativo (la fase delle indagini risulta molto compressa e manca totalmente l'udienza preliminare). Addirittura l'indispensabile apporto difensivo è totalmente annullato nel procedimento per decreto, dove, sulle sole indagini dell'accusa, viene emesso un provvedimento di condanna *inaudita altera parte*. Se è vero che la funzione assegnata al nuovo art. 438 co. 4 Cpp è quella di riportare il sistema nell'alveo del principio di parità tra le parti, è intuibile che, in questi casi, la disposizione non dovrebbe operare, poiché è lo svelamento dei risultati dell'indagine difensiva, seguito «immediatamente dopo» da una richiesta di giudizio abbreviato, a riportare il sistema in equilibrio ex art. 111 co. 2 Cost. Qui difficilmente può essere prefigurata una compromissione delle prerogative dell'accusa, tale da giustificare un supplemento di indagini.

Assai discutibile, invece, si prospetta il silenzio serbato a proposito dell'operatività dell'art. 438 co. 5-bis Cpp. La possibilità di una istanza subordinata ha una peculiare incidenza nell'ambito del giudizio abbreviato "atipico" (artt. 452 co. 2, 458 co. 2 e 461 co. 3 Cpp), poiché in questi modelli procedurali semplificati l'eventuale rigetto della richiesta condizionata non darebbe modo all'imputato di presentare una nuova domanda. Negarla, dunque, esporrebbe la norma a censure di illegittimità costituzionale, sotto il profilo della disparità di trattamento. Qui, tuttavia, l'operazione esegetica di estendere gli effetti della disciplina prevista per l'abbreviato "tipico" è più agevole, stante il generale riferimento alla «richiesta [di giudizio abbreviato] presentata ai sensi del comma 5», disposizione quest'ultima operante anche nel rito abbreviato risultante "da trasformazione". Del resto, la *ratio* di *favor* «per la soluzione alternativa del procedimento, rispetto all'epilogo dibattimentale, è identica per tutte le figure di abbreviato»⁹¹.

Nulla questio a proposito dell'indeducibilità delle nullità e delle inutilizzabilità a seguito di richiesta di giudizio abbreviato: gli artt. 452 co. 2, 458 co. 1 e 464 co. 1 Cpp sono stati modificati richiamando espressamente la disposizione dell'art. 438 co. 6-bis Cpp.

Diverso il discorso per la preclusione relativa all'incompetenza per territorio, rispetto alla quale va fatto qualche distinguo. Mentre anch'essa non può essere eccepita in caso di abbreviato instaurato a seguito di trasformazione del rito direttissimo, trovando applicazione la disciplina di cui all'art. 491 co. 1 Cpp⁹², non così quando la mutazione procedimentale riguarda il giudizio immediato: l'art. 458 co. 1

⁹⁰ J. Della Torre, *op. cit.*, 183 s.

⁹¹ A. Macchia, *op. cit.*, 13.

⁹² La richiesta di rito speciale deve, infatti, essere presentata entro la dichiarazione di apertura del dibattimento, una volta che sono state decise le questioni preliminari, tra cui quelle che attengono alla competenza per territorio.

Cpp di nuovo conio fa salva la deducibilità del vizio di competenza per territorio, poiché senza udienza preliminare e con una richiesta di abbreviato che deve essere proposta, a pena di decadenza, entro quindici giorni dalla notificazione del decreto di giudizio immediato, la prima occasione utile per presentare la questione è l'udienza fissata ai fini della celebrazione del rito⁹³.

Scelta legislativa assolutamente condivisibile; nondimeno, ciò che colpisce è l'assenza di un'analogia previsione nell'art. 464 co. 1 Cpp (giudizio abbreviato richiesto con l'opposizione al decreto penale di condanna). È evidente l'*eadem ratio* che giustificerebbe un trattamento uniforme, mancando in entrambi i procedimenti l'udienza preliminare. La lacuna, tuttavia, in questo caso, non può essere recuperata attraverso un intervento di ortopedia esegetica, visto l'esplicito richiamo al co. 6-bis dell'art. 438 Cpp. E allora ci si deve arrendere all'evidente irragionevolezza della disciplina sotto il profilo della disparità di trattamento⁹⁴.

⁹³ Cass. S.U. 29.3.2012, Forcelli, cit.

⁹⁴ Già nella citata sentenza Forcelli era stata evidenziata la necessità di assicurare all'imputato la proposizione dell'eccezione di incompetenza territoriale nel rito abbreviato "atipico", tanto in caso di richiesta presentata a seguito di istaurazione di giudizio immediato, tanto con l'opposizione al decreto penale di condanna.