

## Orientamenti

---

**E. NADIA LA ROCCA**

### **La scelta del rito da parte dell'imputato: sopravvenienze e vizi della volontà\***

Sommario: 1. Fenomeni volontaristici e processo penale - 1.2. La volontà viziata - 1.2.1. E la sua rilevanza nel sistema processuale - 1.3. La rilevanza dei vizi del volere - 1.4. E l'inadeguatezza del sistema delle invalidità - 2. L'accesso a modelli differenziati rimesso alla libera scelta dell'imputato - 2.1. Giudizio abbreviato: caratteri e misura del consenso - 2.1.1. Metodi di formazione della prova alternativi - 2.1.2. Sopravvenienze pregiudizievoli alla manifestazione di volontà: quali rimedi? - 3. Applicazione della pena su richiesta: tra rinuncia all'accertamento e rinuncia al contraddittorio - 3.1. La volontarietà della scelta di "patteggiare" - 3.2. Errori, sopravvenienze e rimedi alla volontà viziata

#### **1. Fenomeni volontaristici e processo penale**

Storicamente e per tradizione di pertinenza del diritto civile, il concetto di "volontà delle parti" potrebbe risultare per nulla afferente al sistema processuale penale, meccanismo volto all'accertamento della colpevolezza attraverso un'attività-giudizio a mezzo della quale la giurisdizione, riconosciuta a livello costituzionale<sup>1</sup>, perviene alla decisione più adeguata al caso concreto. A ben vedere l'accusatorietà del rito, proclamata nella Relazione al progetto preliminare del codice vigente<sup>2</sup> deve imporre nuovi approcci e nuovi approfondimenti. Il progressivo ampliamento della facoltà e delle possibilità di scelta e di interlocuzione riconosciute ai singoli durante il procedimento e nel processo penale, non può che indurre ad una ricostruzione che guardi al fenomeno volontaristico ed alla sua rapportabilità a molteplici istituti appartenenti alla sistematica processualpenalistica, nonché alla sua efficacia condizionante rispetto «al muoversi ed allo svilupparsi del processo»<sup>3</sup>.

In prospettiva generale è necessario prendere atto di quel passaggio da un'impostazione assolutistica della relazione autorità-cittadino, ad un'altra, fondata sul coinvolgimento dell'individuo nell'amministrazione in senso am-

---

\*Questo contributo rappresenta il parziale risultato della ricerca su "Indagine sulla volontà delle parti nel processo penale accusatorio. La forma degli atti processuali ed i vizi della volontà", in corso presso il Dipartimento degli studi giuridici, filosofici ed economici dell'Università degli studi di Roma "La Sapienza".

<sup>1</sup> La giurisdizione rappresenta un momento essenziale dell'organizzazione della *societas*. Senza di essa verrebbe meno la giuridicità dell'ordinamento e la sua capacità di affermarsi. V., in argomento, DALLA, PIERRO, *Giurisdizione penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1981, 1; RICCIO, *La procedura penale fra storia e politica*, Napoli, 2010, 179.

<sup>2</sup> Ove si afferma che l'opzione tendenzialmente accusatoria debba comportare anche maggiori poteri nella posizione delle parti e la possibilità per le stesse, su un piano di parità, di decidere dello sviluppo del rito. Cfr. *Relazione al progetto preliminare del c.p.p.*, in *Gazz. Uff.*, 24 ottobre 1988, n. 250.

<sup>3</sup> Cfr. RICCIO, *La volontà delle parti nel processo penale*, Napoli, 1969, 2.

pio<sup>4</sup>, e nell'amministrazione della giustizia in senso stretto.

Il mutamento del ruolo dello Stato nella società ha inciso sugli scopi del processo e sui diritti delle parti attraverso un mutamento di prospettiva nella tutela degli interessi della giustizia. Gli apporti scientifici sul punto hanno evidenziato che nei modelli di Stato definiti "attivi", che tendono ad organizzare la vita dei cittadini ed a guidare la società, l'amministrazione della giustizia è impostata su base gerarchica, orientata a dare attuazione alle scelte di politica criminale. Questo obiettivo è perseguito allo scopo di proteggere l'ordine pubblico anche quando non esiste una reale controversia tra autore del crimine e vittima. L'interesse dello Stato è interesse supremo non bilanciabile con quello individuale<sup>5</sup>. Il vero obiettivo del processo è applicare la legge al contesto di circostanze contingenti. Tale ideologia politica è attuata da modelli inquisitori, anche se non è escluso che una tal logica sia alla base di una scelta di modelli accusatori, ove lo scopo del processo sia comunque il perseguimento di un interesse superiore di giustizia rappresentato dalla ricerca della verità e dalla repressione dei fatti costituenti reato<sup>6</sup>. Al contrario, negli Stati definiti "reattivi", nei quali la funzione dello Stato è di mantenere l'equilibrio e fornire una cornice per l'auto-organizzazione della società e l'autodeterminazione degli individui, funzionari che lo rappresentano e privati sono posti sullo stesso piano: anche la giustizia è amministrata, quindi, in base all'idea che il procedimento consiste in un conflitto tra due parti e il processo ha la funzione di risolvere tale conflitto<sup>7</sup>. Lo Stato c.d. reattivo privilegia la conversione delle norme in diritti personali dei cittadini, che possono determinare i loro interessi e le probabilità di vittoria delle controversie, liberi anche di rinunciare a prerogative che sono loro accordate nel processo. I diritti si possono così utilizzare come strumenti di contrattazione fra le parti in causa<sup>8</sup>. Cosicché, il modello di processo di parti meglio risponde a questa ideolo-

---

<sup>4</sup> V., in generale, sui rinnovati rapporti tra cittadino ed amministrazione pubblica CAVALLO, *Procedimento amministrativo ed attività pattizia*, in *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, a cura di Cavallo, Torino, 2000, 118 ss.

<sup>5</sup> L'idea della piena disponibilità di diritti ripugna, perché contraddice la supremazia dichiarata dallo Stato e fa balenare lo spettro dell'autonomia della persona di fronte allo Stato: un'oscena disgrazia per l'ideologia attiva. Così DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1991, 135.

<sup>6</sup> V. in argomento, DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, cit., 152. V. anche CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010, 66 ss.

<sup>7</sup> Cfr. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 67.

<sup>8</sup> Anche con rinuncia all'applicazione di molte regole probatorie o per accordo. V. sul punto DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere*, cit., 176.

gia, che ha ad oggetto la risoluzione di conflitti tra consociati<sup>9</sup>. In tale ultima prospettiva, l'assetto normativo apportato con l'entrata in vigore del 1988, e le successive modificazioni ed integrazioni che ne hanno, in qualche modo, mutato le originarie sembianze, è stato tendenzialmente volto alla ripartizione dei ruoli ed all'efficienza delle parti<sup>10</sup> con una trasformazione radicale della percezione della funzione cognitiva del processo.

La dottrina più sensibile, all'indomani dell'entrata in vigore del vigente codice di rito, non ha mancato di rilevare come la "negozialità", da intendere, nel senso più tradizionale del termine, come incontro di volontà per ottenere un accordo finalizzato alla produzione di determinati effetti giuridici, abbia costituito l'elemento caratterizzante il processo di matrice accusatoria, stanti i molteplici congegni incentrati sull'attivazione della volontà delle parti e sulla prestazione del consenso. Non è difficile sostenere che la ricostruzione rilevante di taluni fatti ai fini dell'accertamento della responsabilità dipenda essenzialmente da una complessa combinazione di fattori, talora connessi a certe concrete modalità e prerogative delle quali le parti si avvalgono per convincere il giudice della fondatezza delle proprie tesi.

Anche l'elaborazione giurisprudenziale delle Corti di legittimità, spesso indirettamente, ha contribuito a porre in evidenza gli aspetti volontaristici e la loro funzionalità nelle singole fattispecie, attribuendo diversi significati alla volontà espressa ma anche a quella inespressa, rinvenendo in atti concludenti o in comportamenti talora omissivi, il significato di scelte in un senso piuttosto che nell'altro<sup>11</sup> in grado di giocare un ruolo decisivo nell'attuazione della giustizia penale. Un simile panorama normativo ha contribuito in maniera determinante ad incrementare indagini sui caratteri dispositivi del processo penale, essendo divenuto ineludibile verificare se i profili di disponibilità del vigente sistema siano riconducibili all'eventuale esistenza di un principio dispositivo anche in ambito penale<sup>12</sup>.

Il principio [o metodo] dispositivo è stato meglio analizzato con riferimento al processo civile. Con esso si vuole indicare, nel rapporto tra giudice e parti, la prevalenza di queste ultime nella dinamica processuale in ordine all'instaurazione del procedimento, alla sua conduzione ed alla selezione del

<sup>9</sup> Cfr. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 67; DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere*, cit., 127.

<sup>10</sup> V. GAITO, *Politica criminale e strategia processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 1058.

<sup>11</sup> Per fare solo qualche esempio, V. Cass., Sez. III, 19 febbraio 1988, Ascione, in *Mass. Uff.*, n. 179441: «In tema di rapporti giurisdizionali con autorità straniere, il principio di specialità non vieta che si proceda per un reato non contemplato nel provvedimento di estradizione, se, al proposito, vi è stato consenso dell'interessato, che può desumersi anche dal comportamento univoco e concludente dello stesso. Cfr. Id., Sez. V, 24 settembre 1997, Chiaberge in *Mass. Uff.*, n. 208720.

<sup>12</sup> Così DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino, 2004, 15.

materiale probatorio necessario alla decisione<sup>13</sup>. Per lungo tempo ritenuto quale proiezione del potere di disposizione sui diritti privati accordato ai rispettivi titolari, il principio in parola non ha suscitato interesse in un settore in cui di tutt'altro segno sono i valori in gioco e l'oggetto di discussione verte, da un lato, sui diritti dell'imputato e, dall'altro, sul fine pubblico (indisponibile) della persecuzione dei reati<sup>14</sup>. Inoltre, a scoraggiare il ricorso degli studiosi processualpenalisti al concetto di dispositività è stata l'esigenza di depurare dagli elementi di origine civilistica lo studio del rito penale, che con fatica è riuscito ad affermarsi come scienza autonoma e svincolarsi dal diritto sostanziale. La resistenza ad approfondire il principio dispositivo in un'ottica penalistica ha trovato giustificazione anche nelle scarse occasioni per verificare la presenza di norme e istituti riconducibili ad esso: il codice "Rocco", ad esempio, delineava un sistema penale basato sulla deterrenza e sull'intimidazione, in cui il punto di equilibrio tra la funzione repressiva statale e la posizione dell'imputato era da individuare nella salvaguardia degli interessi collettivi piuttosto che in quella dei singoli soggetti all'autorità<sup>15</sup>.

Una tale concezione può dirsi pressoché superata: è un portato comune che l'accertamento della responsabilità penale dei colpevoli sia soltanto uno degli obiettivi del processo penale, il quale deve offrire agli imputati le migliori opportunità per far valere le proprie ragioni<sup>16</sup>. Un sistema flessibile, in cui il controllo sulle situazioni processuali non è più rimesso esclusivamente al giudice, ma dipende dalle iniziative di pubblico ministero e imputato che ne sono rispettivamente titolari, e la pluralità di modelli di definizione della regiudicanda, attivabili proprio su iniziativa di uno o entrambi i suddetti soggetti, in base alle cadenze procedimentali proprie di ciascuna vicenda, hanno costituito le caratteristiche del passaggio dal sistema inquisitorio a quello adottato con la codificazione attuale, offrendo l'occasione per ripensare il principio dispositivo nella prospettiva processualpenalistica. Prescindendo dall'elaborazione che ha impegnato la dottrina civilistica, e guardando al metodo dispositivo quale insieme di regole processuali in forza delle quali viene rimesso alla scelta delle parti l'avvio del procedimento, la determinazione del suo oggetto e la selezione, nonché la relativa presentazione, delle prove da offrire all'organo giudicante, può fornirsi un panorama del ruolo che i soggetti assumono nella

<sup>13</sup> V. in argomento, VERDE, *Dispositivo (principio)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XI, 1989, 1 ss.; ma v. anche LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1955, 230; SATTA, *Diritto processuale civile*, V, Padova, 1954, 144.

<sup>14</sup> V. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, cit., 2; MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, PISAPIA (a cura di), Torino, 1967, 223.

<sup>15</sup> Cfr. per tale ricostruzione DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, cit., 4.

<sup>16</sup> Così ILLUMINATI, *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. Giur. Treccani*, I, 1988, 4 ss.

dinamica del processo penale con riferimento sia all'instaurazione del procedimento che ai poteri di allegazione degli stessi sul piano probatorio. È pur vero che, nel processo penale, i soggetti che si contrappongono non rappresentano due poli dialettici intercambiabili come in quello civile: accusa e difesa sono titolari di prerogative esclusive che si differenziano oltre che per caratteristiche, soprattutto per fondamento. Sotto il profilo delle tecniche processuali non può, tuttavia, non apprezzarsi la scelta dell'ordinamento di riservare veri e propri poteri dispositivi alle parti anche nel processo penale. Le parti possono stabilire gli itinerari probatori del processo ed incidere sulle dinamiche del rito conformemente a precise scelte di strategia accusatoria o difensiva. È innegabile, allora, che sarebbe estremamente incoerente per il sistema schiudere alla volontà delle parti poteri dalla portata e dalle conseguenze dirimenti<sup>17</sup> e, contestualmente, disconoscere la rilevanza di situazioni patologiche che abbiano fuorviato la formazione del consenso o situazioni in cui il consenso sia stato in qualche modo travisato nell'opzione per scelte ben precise con riflessi diretti sull'esito del processo. Non deve sottacersi, infatti, che i problemi che si dibattono quotidianamente nella pratica processuale non possono risolversi con l'imposizione di canoni aprioristici e concettuali che non rispecchino le esigenze della vicenda giudiziaria. Diventa pertanto necessario, preliminarmente, analizzare e comprendere quali caratteristiche debba avere il consenso della parte o la sua scelta volontaristica orientata ad ottenere certe conseguenze piuttosto che ad evitarne altre, senza trascurare gli effetti che qualsiasi tipo di devianza patologica possa comportare sulla validità della scelta stessa.

## 1.2. La volontà viziata

Se costituisce dato incontrovertibile che «oggi il processo vive prevalentemente delle iniziative, non solo istruttorie, delle parti, che hanno il potere di contribuire autonomamente a determinare tempi, modalità e contenuti delle attività processuali»<sup>18</sup>, occorre interrogarsi sulla possibilità di attribuire rilevanza a quelle circostanze in grado di fuorviare la determinazione “sana” della volontà, in tutte quelle situazioni in cui il sorgere, modificarsi o estinguersi del rapporto processuale penale abbia ad oggetto una dichiarazione viziata. La tematica dell'incidenza dei vizi del volere, legiferata quanto a disciplina ed effetti nell'ambito delle attività di diritto privato, invero, non è mai stata destinataria di un'apposita disciplina normativa nella sistematica processualpenalistica<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> V. al riguardo CARINI, *Errore e rimedi*, in *Dig. Pen.* IV, Torino, 2008, 277.

<sup>18</sup> Cfr., in termini, Cass., Sez. un., 28 novembre 2001, Cremonese, in *Mass. Uff.*, n. 220509.

<sup>19</sup> Su tale particolare aspetto v., da ultimo, FONTI, *Vizi della volontà e giustizia penale negoziata*, in *La Giustizia penale differenziata*, a cura di Gaito, Spangher, Torino, 2010, I, 279.

Eppure, già sotto la vigenza del vecchio codice, la dottrina<sup>20</sup> si era interrogata, elaborando delle apprezzabili ed ancora attuali conclusioni, sulle possibilità di fronteggiare ipotesi patologiche, muovendo dal presupposto che anche nel settore processuale penale possono configurarsi i tradizionali vizi della volontà nella forma della violenza, del dolo e, soprattutto, dell'errore. Il problema della rilevanza dei vizi del volere si può porre, invero, per tutti gli atti processuali rispetto ai quali, avendo gli stessi alla base un atto volitivo, questo potrebbe essere non libero o imperfetto<sup>21</sup>.

Pur non disconoscendo che la tematica della rilevanza di vizi possa attenersi anche agli atti del giudice, la letteratura formatasi sul tema ha generalmente focalizzato l'attenzione sugli atti di parte rispetto ai quali, in effetti, la questione si pone in termini assai più problematici, dovendosi stabilire se sussistono rimedi per far fronte a tutti quei casi di radicali vizi che inficiano gli atti stessi. Numerose e spesso contrastanti tra loro sono state le soluzioni offerte dagli studiosi. Secondo il prevalente indirizzo interpretativo, i vizi della volontà, pur potendo inficiare l'atto del soggetto, dovrebbero considerarsi processualmente irrilevanti, in virtù del principio di tassatività delle nullità e dell'impossibilità di applicare analogicamente la disciplina dettata in materia di vizi della volontà dal codice civile<sup>22</sup>. In pratica, l'applicabilità per analogia al processo penale di taluni principi di diritto privato sarebbe esclusa per le asserite differenze tra le materie coinvolte: solo la necessità di pervenire al termine dei giudizi e di dare stabile assetto ai rapporti che ne sono l'oggetto, escludendo la possibilità di riesame di momenti sia pure decisivi della vicenda processuale, potrebbe dare una certa spiegazione del perché manchi nell'attuale ordinamento processuale penale il mezzo di ovviare agli effetti della dichiarazione di volontà viziata<sup>23</sup>. L'atto processuale, ancorché negoziale, non potrebbe essere considerato avulso da ogni riferimento alle finalità del processo, che è dominato dall'esigenza di raggiungere *finem controversiarum pronuntiatione iudicis*<sup>24</sup>. La conseguenza di tali impostazioni starebbe nella possibilità di fronteggiare solo indirettamente i vizi della volontà, attraverso eventuali rimedi revocatori predisposti dall'ordinamento per i singoli atti, con la conseguenza che, a prescindere da essi, e quando non siano più praticabili, nessuna doglianza potrebbe essere fatta valere sotto il profilo della loro validità; ferma restando, poi, la possibilità per il giudice di tener conto, nelle sue valutazioni, del fatto

<sup>20</sup> V. in tal senso PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, Napoli, 1933, 193.

<sup>21</sup> Così PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, cit., 211 ss.; PETROCELLI, *I vizi della volontà nel processo penale*, in *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, 550.

<sup>22</sup> Così LEONE, *Il problema dei vizi della volontà nel diritto processuale penale*, cit., 374.

<sup>23</sup> V. PETROCELLI, *I vizi della volontà nel processo penale*, cit., 553.

<sup>24</sup> Così PETROCELLI, *I vizi della volontà nel processo penale*, cit., 553.

che un certo atto è affetto da un vizio della volontà<sup>25</sup>.

Per converso, non è mancato chi ha alternativamente impostato il problema, accordando rilevanza ai vizi della volontà ed alla loro idoneità ad invalidare, entro certi limiti ed in relazione a talune fattispecie, gli atti dagli stessi inficiati. Mentre, invero, alcuni hanno designato come “nullità sostanziali” quelle che si ricollegano ai vizi della volontà intervenuti nell’atto processuale, rilevabili in qualunque stato e grado della causa e, persino, dopo il giudicato<sup>26</sup>, altri hanno ritenuto l’inesistenza dell’atto processuale affetto da errore, violenza o dolo, sul rilievo che le patologie della volontà non si risolvono in mera inosservanza di forme prescritte dalla legge, ma in una mancanza dell’elemento psichico dell’atto processuale al quale è collegata l’esistenza dello stesso<sup>27</sup>.

A prescindere dalle scelte dogmatiche, non bisogna sottacere che fenomeni in senso lato negoziali hanno caratterizzato ogni specie di processo, qualsiasi categoria di imputazione, ciascuna sede giudiziaria<sup>28</sup>. Le fattispecie negoziali assumono rilevanza non solo nell’ottica ed in vista del soddisfacimento di esigenze di accelerazione dei tempi processuali, ma costituiscono un connotato essenziale del modello accusatorio, caratterizzato, tra le altre cose, dall’esaltazione dei poteri dispositivi delle parti, valorizzati a chiare lettere nella Relazione al progetto preliminare del c.p.p. vigente<sup>29</sup>.

Deve, inoltre, aggiungersi che attualmente la dimensione consensuale ha anche un esplicito rilievo costituzionale, posto che il novellato art. 111 Cost. assegna un forte rilievo al consenso dell’imputato in tutti quei casi in cui la formazione della prova possa non aver luogo nel contraddittorio tra le parti<sup>30</sup>. Insomma, la fenomenologia caratterizzata dalle scelte e dal consenso delle parti negli sviluppi processuali è assai ampia e non può farsi a meno di considerarla al fine di misurare l’area di incidenza della volontà dei soggetti tenendo presente un corollario fondamentale: quanto più e incisivi sono gli effetti che si ricollegano alle scelte volontaristiche, tanto più intensa è l’esigenza di garantire che l’atto, mediante il quale esse si manifestano, sia libero, scevro da contaminazioni e correttamente interpretato.

<sup>25</sup> Così ha ritenuto PETROCELLI, *I vizi della volontà nel processo penale*, cit., 560.

<sup>26</sup> V. MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana. Le dottrine generali del processo penale*, Napoli, 1932, 435 ss.

<sup>27</sup> V. DE MARSICO, *Lezioni di diritto processuale penale*, Napoli, 1955, 124.

<sup>28</sup> Cfr., testualmente, MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, Milano, 1992, 5.

<sup>29</sup> Ove si afferma che l’opzione tendenzialmente accusatoria debba comportare anche maggiori poteri nella posizione delle parti e la possibilità per le stesse, su un piano di parità, di decidere dello sviluppo del rito. Cfr. *Relazione al progetto preliminare del c.p.p.*, in *Gazz. Uff.*, 24 ottobre 1988, n. 250.

<sup>30</sup> V. sul punto FONTI, *Vizi della volontà e giustizia penale negoziata*, cit., 287. V. anche C. CONTI, *Le due anime del contraddittorio nel nuovo art. 111 Cost.*, cit., in *Dir. pen. proc.*, 2000, 200.

### 1.2.1. E la sua rilevanza nel sistema processuale

Se probabilmente può risultare scomodo discettare della rilevanza che può assumere tutta la fenomenologia dei vizi della volontà nel processo penale, non è azzardato sostenere che possa sussistere un qualsiasi travisamento delle intenzioni delle parti processuali e che si renda necessaria, spesso, la verifica della intenzione del dichiarante, al di là delle forme o delle “etichette” e della valorizzazione di *facta concludentia* dai quali possano trarsi delle conseguenze non volute o non accettate dallo stesso. L’erronea rappresentazione della realtà in capo a chi sia chiamato dall’ordinamento processuale ad esercitare liberamente e consapevolmente una ben precisa scelta, può essere di per sé idonea a determinare l’esito della controversia. E se poi, in tal caso, emergano pregiudizi fondati sui dubbi attorno alla volontarietà della scelta o si dimostri, sia pure *ex post*, che questa era *ab origine* viziata, non può non darsi ingresso alla relativa contestazione o eccezione e, di conseguenza, agli opportuni rimedi processuali.

Il tema sembra, allora, destinato ad assumere nuova vitalità perché i tradizionali canoni devono trovare collocazione in un sistema nel quale gli atti che presuppongono una precisa e libera volizione rivestono un’importanza maggiore<sup>31</sup>. A fronte di che sembra porsi, allora, ancor più che in passato, l’obbligo per l’interprete di procedere ad una ricostruzione ragionata delle problematiche sottese ai vizi della volontà<sup>32</sup>.

Può sicuramente dirsi superata l’impostazione, poco sopra richiamata, secondo la quale l’atto viziato di per sé è sempre irrilevante per il diritto positivo, in quanto esplica nel procedimento i suoi effetti così come l’atto valido. Stando all’attuale assetto codicistico, se, da un lato, la distinzione tra vizio circa la conoscenza da parte dell’autore delle conseguenze di una dichiarazione o di dati atti volitivi, vizio per induzione di terzi e mancanza totale di volontà, appare solo parzialmente riproponibile, soprattutto quanto alle dichiarazioni a contenuto volitivo di tipo negoziale, dalle quali dipende la rinuncia al giudizio nella forma ordinaria e l’accettazione di una condanna o la dismissione del diritto alla pienezza del contraddittorio dibattimentale, dall’altro non è dubitabile che anche all’imputato, pur tenendo conto dell’esigenza di evitare abusi o strumentalizzazioni, debba riconoscersi, con l’ausilio del giudice, la possibilità di emendare possibili vizi della volontà a fronte di contingenze pregiudizievoli. Non a caso anche la giurisprudenza di legittimità è orientata a ritenere che «l’irretrattabilità del consenso dell’imputato debba essere esclusa nel caso

<sup>31</sup> V., in tal senso, NORMANDO, in DALIA, NORMANDO, *Nullità degli atti processuali*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1190, 27.

<sup>32</sup> Cfr. CARINI, *Errori e rimedi*, cit., 278.

di consenso invalido secondo le regole generali che disciplinano il negozio giuridico» e, in particolare, l'art. 1418 c.c. o, per una ipotesi gradata, l'art. 1429, co. 1, n. 4, c.c., fatta salva la non applicabilità nel processo penale dei rimedi civili per i casi di nullità o annullabilità del negozio<sup>33</sup>. Quel che conta è che ad ogni situazione patologica dovrebbe corrispondere un rimedio sia preventivo, e cioè operante prima che venga emessa la decisione sulla quale può avere incidenza l'atto viziato, che successivo rispetto alla decisione stessa, tenendo conto della specificità del caso concreto.

### 1.3. L'inadeguatezza del sistema delle invalidità

L'individuazione di rimedi per i casi di patologiche manifestazioni del volere, rappresenta operazione di non facile praticabilità: la rigidità del sistema delle sanzioni che colpiscono gli atti processuali, che da sempre ha fatto propendere per la trascurabilità, nel rito penale, dei vizi della volontà<sup>34</sup> costituisce un limite che, a ben vedere, male si adatta alla fisionomia del processo di parti.

La volontarietà è il coefficiente psichico minimo di ogni atto del processo penale che presupponga un'adesione o una scelta opzionale. Ciononostante, tra le ragioni di politica legislativa che inducono a propendere per la tendenziale irrilevanza dei vizi, si adduce la difficoltà di utilizzare le forme del processo penale per l'indagine diretta all'accertamento della patologia, trattandosi di un'indagine spesso estremamente complicata<sup>35</sup>.

Il quadro esegetico, piuttosto unanime, rinvia alla tassatività per stabilire la irrilevanza dei vizi della volontà<sup>36</sup> e degli errori di giudizio, che in quanto insiti nel procedimento decisorio, si sottraggono al regime delle nullità<sup>37</sup>. Ed allora l'itinerario per correggere le situazioni di patologica esternazione del consenso o erroneo esercizio del potere potrebbe forse individuarsi nell'ambito delle impugnazioni<sup>38</sup> o attraverso meccanismi revocatori che, tuttavia, non sempre risultano ammissibili una volta prestato il consenso o manifestata una scelta volontaristica derogatoria dell'ordinario *iter* processuale. Lo stesso è a dirsi nel caso di mancato esercizio di un potere o manifestazione di consenso dovuto a falsa rappresentazione della realtà processuale, salvo sporadiche ipotesi di restituzione nel termine ammesse solo parzialmente dalla giurisprudenza<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> Così Cass., Sez. IV, 11 marzo 2008, D.M., in *Mass. Uff.*, n. 240838.

<sup>34</sup> In virtù del principio di tassatività delle nullità e dell'impossibilità di applicare analogicamente la disciplina dettata in materia di vizi della volontà dal codice civile.

<sup>35</sup> Così sosteneva LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., 709.

<sup>36</sup> V. RAFARACI, *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1999, II, 597.

<sup>37</sup> V. sul punto IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008, 283.

<sup>38</sup> Così sempre IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 284.

<sup>39</sup> Come, ad esempio, nel caso in cui alla mancata richiesta di patteggiamento seguano nuove contestazioni in sede dibattimentale: in tal caso la Corte costituzionale ha riconosciuto che debba essere garanti-

L'impossibilità di assegnare rilevanza autonoma alle divergenze tra volontà e dichiarazione, poiché non riconducibili alle cause tipizzate di nullità, ha indotto a dare risalto alla categoria dell'"inesistenza", che oltre ad aver trovato ora un esplicito riconoscimento nell'art. 670 c.p.p., non risulta accomunabile alla nullità, individuando un difetto dell'atto talmente grave da renderlo improduttivo di qualsiasi effetto e, soprattutto, non sanabile attraverso il passaggio in giudicato della sentenza. Con il termine "inesistenza", riferito ad un atto processuale penale, naturalmente non si indica un atto materialmente insussistente: l'atto è comunque reale, esiste, ma è giuridicamente inesistente<sup>40</sup>. Si tratta di un concetto fluente nel sistema del processo<sup>41</sup>: l'atto inesistente, appunto perché tale, non può determinare un complesso di norme positive, ma soltanto una elaborazione scientifica alla stregua di principi<sup>42</sup>. L'inesistenza costituisce una forma di invalidità che discende dalla funzionalità a postulati di giustizia sostanziale<sup>43</sup>, derivante da anomalie sistemiche<sup>44</sup>: alla base di tale categoria v'è proprio la necessità di non escludere dall'alveo delle invalidità patologiche dell'atto processuale che altrimenti resterebbero prive di tutela. Essa risponde all'esigenza della sistemazione dogmatica dei concetti e degli istituti. La giurisprudenza ha ricondotto a tale categoria situazioni patologiche per le quali è esclusa qualsiasi sanatoria, data l'inidoneità a conseguire un riconoscimento giuridico, concretandosi il vizio atipico dell'atto tutte le volte in cui difettano gli elementi essenziali dello stesso<sup>45</sup>.

Correlativamente non può che riflettersi, stante la natura "aperta" della inesistenza, sulla sua diretta applicabilità all'atto o al negozio processuale affetto da un vizio della volontà che, in quanto tale, ne inibisce la riconducibilità consapevole al titolare di quei poteri dispositivi che, come evidenziato fin ora, rappresentano un tratto caratterizzante del rito penale.

D'altronde, che l'evoluzione di certe prassi debba comportare nuove interpretazioni ed adattamenti a sistemi che, in virtù di tanto, si mostrano inadeguati, è fenomeno recepito anche altri rami dell'ordinamento. Si pensi, ad esempio, alla disciplina delle cc.dd. "nullità virtuali"<sup>46</sup> o, ancora meglio, delle

---

ta all'imputato la possibilità di chiedere l'applicazione della pena, muovendo dal rilievo che in tali eventualità le valutazioni dell'imputato dipendono dalla evenienza patologica rappresentata dall'errore dell'accusa sull'individuazione del fatto e del titolo di reato. V. Corte cost. n. 313 del 1990; n. 101 del 1993. Inoltre v. *infra* § 3.

<sup>40</sup> Così CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 1178.

<sup>41</sup> Così FLORIAN, *Diritto processuale penale*, Torino, 1939, 126.

<sup>42</sup> V. DE MARSICO, *Diritto processuale penale*, a cura di Pisapia, Napoli, 1966, 150.

<sup>43</sup> Cfr. CATALANO, *Giurisprudenza creativa nel processo penale italiano e nella common law: abnormità, inesistenza, e plain error rule*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 305.

<sup>44</sup> V. FRISOLI, *Incertezze giurisprudenziali in tema di sentenza inesistente*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, 798.

<sup>45</sup> V. in particolare Cass., Sez. un., 26 aprile 1989, Gorla, in *Cass. pen.*, 1989, 1435.

<sup>46</sup> E cioè quella derivante da qualsiasi violazione di norme imperative.

cc.dd. “nullità di protezione”<sup>47</sup> che, pensate dalla dottrina civilistica per adattare il meccanismo dei rimedi a situazioni patologiche non espressamente previste dal Legislatore, hanno ormai mutato la fisiologia delle invalidità del negozio giuridico in funzione di un intessere sostanziale all’equilibrio dei rapporti, realizzabile attraverso la tutela dell’interesse particolare della parte debole. È in una prospettiva simile, seppure con gli opportuni e inevitabili adeguamenti, che deve guardarsi al regime delle invalidità nel processo penale, tenendo conto della necessità di accordare rilevanza ai vizi della volontà ed alla loro idoneità ad invalidare, entro certi limiti ed in relazione a talune fattispecie, gli atti dagli stessi inficiati, riproponendo alcune linee interpretative che già in passato avevano consentito di designare come “nullità sostanziali”<sup>48</sup> quelle che si ricollegavano ai vizi della volontà intervenuti nell’atto processuale, rilevabili in qualunque stato e grado della causa e, persino, dopo il giudizio. Non può, invero, trascurarsi l’utilità del procedimento di esecuzione, mediante il quale si potrebbe richiedere al giudice di accertare l’inesistenza di una decisione fondata su una scelta volontaria, unilaterale o consacrata in un accordo, che sia viziata, travisata o solo apparente.

## 2. L’accesso a modelli differenziati rimesso alla libera scelta dell’imputato

L’universo della giustizia penale “vive” dei complessi rapporti tra regola ed eccezioni. Dall’art. 111 Cost. emerge una «distribuzione delle orografie di sistema»<sup>49</sup> incardinate su un generale principio - il contraddittorio nella formazione della prova - ed al contempo attente ad esigenze diverse giustificate in chiave di deroghe ammesse e aventi fondamento nella medesima norma costituzionale. Le fattispecie derogatorie e sussidiarie rispetto alla regola del “contraddittorio per la prova” valorizzano, come è stato già anticipato, una manifestazione di volontà da parte del soggetto che subisce lo sviamento del metodo. Tutta l’area dei negoziati sulla prova rappresenta il riscontro della funzionalità delle logiche dispositive nell’ambito delle tecniche di accertamento penale. Tralasciando, per ora, tale peculiare ed impegnativo aspetto, meritevole di approfondita ed autonoma analisi, non può dubitarsi della rilevanza che assumono - in tale contesto - le facoltà, per l’imputato, di optare per un rito differenziato, direttamente riconducibili alla dialettica regola-eccezione<sup>50</sup>

<sup>47</sup> Sul punto v. GIOIA, *Nullità di protezione: vecchi e nuovi problemi di tutela del contraente debole*, in *Corr. giur.*, 1999, 602. V. anche BONFIGLIO, *La rilevazione d’ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 899.

<sup>48</sup> V. *infra*.

<sup>49</sup> In questo senso DI CHIARA, *Dieci anni dopo*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, cit., X.

<sup>50</sup> Cfr. ampiamente FERRUA, *La dialettica regola-eccezioni nell’impianto dell’art. 111 Cost.*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, cit., 21.

in tema di metodo contraddittorio.

La scelta del rito da parte dell'imputato rappresenta il banco di prova in punto di atti volontaristici e vizi che ne possono inficiare, anche a causa di sopravvenienze, la conformità ai modelli consentiti.

Le possibilità di accesso ad un rito diversificato hanno comportato un rinnovamento delle filosofie del processo ma anche della stoffa dei suoi attori<sup>51</sup>. L'imputato è protagonista in primo piano con un'esplicitazione dell'autodifesa che ne sottolinea di più il ruolo di parte attiva e determinante per le soluzioni anche formali, indotto quasi ad operare come una sorta di "collaboratore di giustizia"<sup>52</sup>, con tutte le perplessità e le cautele che una chiave di questo genere importa quando si sia impostato il rapporto sul ritmo binario di riduzione di pene in cambio di lealismo collaborativo<sup>53</sup>. Per meglio comprendere il fenomeno è utile, allora, distinguere il momento in cui la parte si serve del processo, cioè lo utilizza come strumento di tutela, dal momento in cui la parte serve il processo, cioè deve adeguarsi alla tecnica prevista per l'uso dello strumento. Su un piano si parla di principio dispositivo perché la parte dispone, se le è consentito, del diritto fatto valere. Su un altro, e opposto piano, invece, sta il principio inquisitorio, che designa il più vasto e radicale fenomeno dell'abolizione del vincolo alla allegazione su iniziativa delle parti o, meglio, abolizione del potere monopolistico delle parti rispetto alle iniziative probatorie<sup>54</sup>. Superato quest'ultimo, tipico del sistema processuale antecedente a quello vigente, i poteri riconducibili alla dispositività, con effetti collegati direttamente alla manifestazione di volontà, sono in grado di deviare l'ordinarietà del processo, attraverso l'accesso, accordato dall'ordinamento, a modelli differenziati o, meglio, speciali, di accertamento della responsabilità, rimessi proprio alla libera scelta di una o entrambe le parti della vicenda giudiziaria.

Il concetto di specialità dei procedimenti penali trova la sua ragion d'essere in esigenze e presupposti di natura processuale: la premialità connessa alla scelta delle modalità di celebrazione del processo e la centralità della volontà dell'imputato/indagato nel tipo di definizione diversificata e anticipata dello stesso, rappresenta una proiezione del potere dispositivo in ordine alla prova ed alle modalità di formazione della stessa. Questo vale in particolar modo

<sup>51</sup> V. BONETTI, *Il giudizio abbreviato*, in *I giudizi speciali*, Milano, 1997, 16 ss.

<sup>52</sup> V. SPANGHER, *Il giudice per le indagini preliminari ed i procedimenti speciali*, in *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Atti di convegno A.s.p.p., Milano, 1996, 109.

<sup>53</sup> V. BONETTI, *Il giudizio abbreviato*, cit., 37 ss.

<sup>54</sup> Cfr. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Redenti*, Milano, II, 1951, 695.

per il giudizio abbreviato e per il patteggiamento, sui quali occorre soffermarsi con particolare scrupolo stante l'idoneità della scelta per ciascuno a determinare conseguenze di non poco conto in punto di rinuncia a garanzie e metodi costituzionalmente imposti. In generale ciascun rito differenziato, pur connotato dal concetto unitario di specialità come deroga alle regole della sequenza procedimentale del modello ordinario, assolve sicuramente il compito di deflazione del processo secondo una specificità strutturale e funzionale, la cui variegata tipologia dei percorsi delineati dal legislatore per conseguire la *res iudicata*,<sup>55</sup> corrisponde ai diversi obiettivi perseguiti in concreto dalla politica del diritto. La costruzione dei modelli di giustizia contratta o semplificata, che derogano allo schema del processo ordinario, poggia essenzialmente sul diverso valore attribuito alla volontà dei protagonisti ed, in particolare, a quella dell'imputato nella scelta del rito in funzione acceleratoria del processo, attraverso l'utilizzazione di elementi probatori raccolti durante la fase investigativa o, comunque, attraverso la concordanza del valore probatorio assegnato a questi ultimi. Nel concreto, mentre si determina una anticipata delibazione delle prove che, nel caso di patteggiamento, vincola la decisione del giudice al giudizio delle parti circa la significatività probatoria di quanto raccolto durante le indagini, complete o incomplete che siano, nel giudizio abbreviato la concordanza sul *thema probandum* attiene al valore probatorio assegnato alle conoscenze investigative e non al significato rappresentativo ai fini della decisione. In entrambi i riti, la decisione è il risultato di conoscenze che assumono valenza di prova non già per effetto del potere istruttorio del giudice, ma esclusivamente per una scelta volontaristica in tal senso. Si è in presenza, pertanto, di un potere dispositivo sul processo, coincidente con il potere dispositivo sulla prova che, per le conseguenze che implica, deve costituire il risultato di una manifestazione di volontà libera, immune da contaminazioni e consapevole quanto ad implicazioni ed effetti.

### 2.1. Giudizio abbreviato: caratteri e misura del consenso

Quanto all'opzione per il rito abbreviato, la natura di atto volontario personalissimo emerge *ictu oculi* non solo dalle disposizioni codicistiche ma, soprattutto, dall'interpretazione che alle stesse ha offerto la giurisprudenza. È stato da tempo affermato come la scelta del giudizio abbreviato, che consente di pervenire alla definizione del procedimento utilizzando come prova gli atti delle indagini preliminari compiuti dal p.m., senza le maggiori garanzie del

---

<sup>55</sup> Cfr., per tali osservazioni, il condivisibile contributo di BARGI, *Caratteristiche dei procedimenti speciali nel processo penale*, in *La giustizia penale differenziata*, a cura di Gaito, Spangher, coord. da Giunchedi, Torino, 2010, I, 42; più in generale su concetto di specialità v. GAITO, *Il giudizio direttissimo*, Milano, 1980, 7 ss.

contraddittorio, importa necessariamente la disposizione di un diritto personalissimo di difesa, che non può essere esercitato se non personalmente o con apposito atto di conferimento di procura speciale al difensore<sup>56</sup>. Come rilevato a più riprese dalla Corte costituzionale<sup>57</sup>, «si tratta di un istituto in grado di provocare una non reversibile disposizione di fondamentali diritti», cosicché l'attribuzione al difensore della possibilità di richiedere il rito autonomamente e senza il previo consenso espresso dall'imputato con procura speciale, potrebbe compromettere irrimediabilmente la posizione di quest'ultimo.

Alla base della tassatività delle forme stanno esigenze di certezza connesse alla gravità della scelta, sicuramente già presenti nella mente del Legislatore<sup>58</sup> che, per l'abbreviato, si configura come atto potestativo compiuto dall'imputato, e tale valorizzazione assume rilievo dal punto di vista della diversificazione dei modelli processuali di definizione della controversia. Non va, però, sottovalutato il rischio, insito in tutti gli istituti di matrice consensuale, che i valori posti a garanzia della giurisdizione, in nome di una logica dispositiva e della ricerca di efficienza ed economia processuale, vengano sacrificati al di là di quanto consenta la Costituzione che, a ben vedere, costituisce un parametro di riferimento poiché contiene principi generali del sistema penale. Tra questi spicca quello per cui a fronte di un fatto costituente reato non si può prescindere da una procedura giurisdizionale<sup>59</sup>. Se la giurisdizione è sempre affermazione dell'ordinamento nel caso concreto, la diversità del caso concreto si riflette profondamente sul modo in cui la giurisdizione si esplica. E quando è finalizzata al giudizio, ossia alla affermazione delle responsabilità, il modello punitivo deve avere un carattere quanto più possibile cognitivo<sup>60</sup>. Il fatto che sia la stessa Costituzione a prevedere che la legge possa permettere alle parti di derogare ad alcuni principi, senza far venir meno l'essenza della giurisdizione, induce a ricercare la strada per ragionare sui poteri dispositivi in termini di bilanciamento reciproco, preservando l'indisponibilità di alcuni diritti. In proposito si è dibattuto sulla disponibilità e rinunciabilità del diritto al contraddittorio, prerogativa costituzionalmente garantita e, al tempo stesso, metodo di accertamento dei fatti oggetto del processo. La doppia fisionomia della garanzia del contraddittorio<sup>61</sup>, intesa in senso soggettivo quale diritto indivi-

<sup>56</sup> Cfr., Cass., Sez. I, 11 gennaio 1994, Fodde, in *Mass. Uff.*, n. 201494.

<sup>57</sup> V. Corte cost., n. 57 del 2005.

<sup>58</sup> V. VIGGIANO, *Forma e volontà nella richiesta di giudizio abbreviato*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 1994, 1578.

<sup>59</sup> V. ILLUMINATI, *Costituzione e processo penale*, in *Giur. It.*, 2008, 553.

<sup>60</sup> V. al riguardo CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e ripartiva all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 81.

<sup>61</sup> La constatazione che il principio del contraddittorio nella formazione della prova, enunciato dal pri-

duale a confrontarsi con l'accusatore e, in senso oggettivo, come regola epistemica che connota l'essenza della giurisdizione<sup>62</sup>, consente di affermare che sia indisponibile il contraddittorio inteso nella sua portata generale e cioè garanzia, per le parti, di poter esporre e argomentare le proprie ragioni di fronte al giudice che, a sua volta, ha l'obbligo di ascoltare le ragioni delle parti e tenerne conto in sede decisionale<sup>63</sup>. La formulazione oggettiva della garanzia non esclude, ma anzi assorbe quella soggettiva, in quanto ciò che è un connotato del processo diventa anche un diritto dell'imputato, mentre non è valido, di regola, l'inverso. Non si tratta di un'alternativa, ma di due dimensioni del medesimo principio<sup>64</sup>.

Nel momento stesso in cui prevede una deroga basata sul «consenso dell'imputato» (e non già sul «consenso delle parti» o della «parte controinteressata»), ponendola per giunta al vertice della terna di ipotesi derogatorie ivi contemplate, il quinto comma dell'art. 111 Cost. rivela chiaramente che il principio del contraddittorio nel momento genetico della prova rappresenta precipuamente uno strumento di salvaguardia «del rispetto delle prerogative dell'imputato»<sup>65</sup>. Correlativamente, a meno di non voler ridurre la portata di principio che il contraddittorio ha assunto nell'ordinamento, dallo stesso si può prescindere, nella sua dimensione soggettiva, solo quando risulti inutile o impossibile. Ed allora, l'opzione per il rito abbreviato, ed il consenso all'uso probatorio di atti di indagine, può dirsi epistemologicamente significativo, cioè idoneo succedaneo della formazione dialettica della prova ma a condizione che ne attesti la superfluità<sup>66</sup>. Il soggetto può rinunciare spontaneamente e volontariamente, in modo espresso, alle garanzie di un equo processo, purché tale rinuncia non sia equivoca, sia assistita da garanzie commisurate alla

---

mo periodo del quarto comma dell'art. 111 Cost., si traduca in un «metodo di conoscenza dei fatti oggetto del giudizio» - così da evocare la «dimensione oggettiva» del contraddittorio stesso - non è, di per sé, dirimente circa le prospettive di salvaguardia sottese alla garanzia in parola, configurata dal dettato costituzionale come tipica ed esclusiva del processo penale [...]. V. Corte cost., n. 117 del 2007; Id. n. 440 del 2000 e n. 32 del 2002.

<sup>62</sup> In argomento v. CHIAVARIO, Voce *Giusto processo. Processo penale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XV, 2001, 4; FERRUA, *Il "giusto" processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2004, 402; MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000, 366. V. più di recente, PATANÈ, *Giudizio abbreviato e consenso*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, a cura di Di Chiara, Torino, 2009, 85.

<sup>63</sup> V. GIOSTRA, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Quest. giust.*, 2001, 1130.

<sup>64</sup> Cfr. PATANÈ, *Giudizio abbreviato e consenso*, cit., 90; v. anche FERRUA, *Il "giusto" processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 404.

<sup>65</sup> In questi termini, si veda Corte cost., n. 29 del 2009.

<sup>66</sup> Così, condivisibilmente, UBERTIS, *Sistema di procedura penale. I principi generali*, Torino, 2007, 173. V. anche GIOSTRA, *Indagine e prova: dalla non dispersione a nuovi scenari cognitivi*, in *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Milano, 2003, 59.

sua gravità<sup>67</sup> e non configga con alcun interesse pubblico significativo<sup>68</sup>. Ciò posto, la volontà dell'imputato di avvalersi del rito abbreviato sottopone il giudice a tale scelta senza che ciò violi il principio di legalità processuale.

### 2.1.1. Metodi di formazione della prova alternativi

L'imputato è arbitro esclusivo dell'instaurazione del giudizio abbreviato semplice perché né il pubblico ministero può opporsi, né il giudice valutare la definibilità del processo allo stato degli atti rigettando, in caso contrario, la richiesta. La scelta dell'imputato è condizione per accedere ad un modello di accertamento in cui la ricostruzione del fatto sconta una maggiore approssimazione rispetto al modello dibattimentale. Il principio di cristallizzazione degli atti investigativi, che caratterizza la richiesta di giudizio abbreviato "semplice" presenta una forte carica unilateralistica<sup>69</sup>, nel senso che la gestione dell'intero compendio probatorio è in via esclusiva affidata al pubblico ministero qualora la parte non abbia proceduto ad espletare investigazioni difensive. Si tratta di un aspetto inquietante se si pensa alla conformazione del modello accusatorio e delle garanzie ordinarie di formazione della prova nel contraddittorio tra le parti.

Ad ogni modo, l'imputato può condizionare la sua richiesta di accesso al rito all'espletamento di una integrazione probatoria interna all'udienza camerale, avviando una procedura complessa e ben più articolata di quella conseguente ad una richiesta "pura"<sup>70</sup>. Ed allora, mentre in quest'ultimo caso il giudice non può fare altro che ammettere il rito<sup>71</sup>, nel caso di richiesta condizionata l'imputato sottopone al giudice una serie di richieste istruttorie, che devono rispondere a ben delineate esigenze, in quanto influenti in maniera penetrante sulla modalità processuale, costruita all'insegna della celerità dei tempi e della semplificazione.

La rivoluzione del giusto processo, nella parte in cui ha costituzionalizzato il diritto alla prova contraria, ha imposto di riconoscere all'imputato l'ultima parola sul cristallizzarsi del materiale probatorio, aprendosi verso nuove prospettive per cui le esigenze di speditezza e semplificazione cedano il passo alla

<sup>67</sup> Con riguardo ai tempi per effettuare una scelta consapevole v. il recente chiarimento offerto da Cass., Sez. un., 27 marzo 2014, Frija, in *Mass. Uff.*, n. 259076.

<sup>68</sup> V. Corte eur. dir. uomo, 5 dicembre 2002, Craxi c. Italia; e successivamente, Id., 1° marzo 2006, Sejdicovic c. Italia.

<sup>69</sup> Utilizza questa espressione SURACI, *Il giudizio abbreviato*, Napoli, 2008, 142.

<sup>70</sup> V. CANZIO, *Giudizio abbreviato*, in *Enc. Dir.*, IV Agg., Milano, 2000, 617;

<sup>71</sup> Invero né il pubblico ministero può opporsi, né il giudice può valutare se il processo sia effettivamente definibile allo stato degli atti e, in caso negativo, rigettare la richiesta, essendo la completezza delle indagini e la sufficienza delle prove comunque assicurate dal potere integrativo, anche officioso, dello stesso giudice. V. sul punto PATANÈ, *Giudizio abbreviato e consenso*, cit., 99.

profondità dell'accertamento, nel segno di quella considerazione di non colpevolezza che impone di acquisire ogni mezzo di prova a favore dell'imputato<sup>72</sup>. Il dato condizionante costituisce elemento che non deve frustrare la possibilità per l'imputato di definire il processo in forma contratta rinunciando alle prove che gli consentano epiloghi favorevoli, abortendo sul nascere abusi di un istituto creato per fronteggiare le esigenze di deflazione del carico giudiziario<sup>73</sup>. Il giudice dispone il giudizio abbreviato condizionato se il supplemento probatorio richiesto risulta necessario ai fini della decisione e compatibile con le finalità di economia processuale proprie del procedimento, tenuto conto degli atti già acquisiti ed utilizzabili. Il ripristino del diritto alla prova consente di far rivivere un procedimento probatorio molto più vicino a quello che si realizza nel rito ordinario nonostante la scelta di accedere al rito semplificato, nel rispetto dei canoni di "necessità" - da intendere sia come idoneità a sfaldare la capacità dimostrativa di elementi probatori già acquisiti, conducendo ad una opposta conclusione dimostrativa, sia come indispensabilità ai fini della decisione<sup>74</sup> -, e compatibilità con le finalità di economia processuale<sup>75</sup>.

La completezza e sufficienza delle prove è comunque assicurata dal potere integrativo e anche ufficioso del giudice, esercitabile indipendentemente dal tipo di richiesta semplice o condizionata. Di fronte all'impossibilità del pubblico ministero di interloquire sulla rinuncia al contraddittorio, spetta al giudice, anche d'ufficio, acquisire nuove prove per colmare eventuali lacune investigative, e tanto è considerato come garanzia sufficiente ad impedire che il potere dispositivo della parte conduca ad una sorta di indifferenza per la verità<sup>76</sup>.

### 2.1.2. Sopravvenienze pregiudizievoli alla manifestazione di volontà: quali rimedi?

Il superamento della logica dello "stato degli atti"<sup>77</sup>, accentuato oltre che dalla

<sup>72</sup> Così GIUNCHEDI, *Giudizio abbreviato*, in *La giustizia penale differenziata*, cit., 688 che rimanda a VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 3.

<sup>73</sup> V. ZACCHE', *Il giudizio abbreviato*, Milano, 2004, 72.

<sup>74</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 27 ottobre 2004, *Wajib*, cit.

<sup>75</sup> Sul tale requisito e sulla sua indeterminatezza, v. LOZZI, *Giudizio abbreviato e prova necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1442.

<sup>76</sup> Cfr. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 130 che richiama a sua volta BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Torino, 2006, 248.

<sup>77</sup> Avvenuto con la riforma del 1999 (l. 16 dicembre 1999, n. 479) con l'obiettivo di accrescere la possibilità di pervenire ad un elevato grado di verità processuale, laddove il meccanismo convenzionale basato sulla rinuncia al diritto alla prova e il limite dello stato degli atti finivano con il prevalere sulle esigenze di accertamento del fatto.

possibilità di condizionare la richiesta del rito ad una integrazione probatoria, altresì dai poteri officiosi (o su sollecitazione delle parti) che il giudice del giudizio abbreviato può esercitare *ex art. 441, co. 5, c.p.p.*, consente di inglobare nel patrimonio valutativo apporti gnoseologici ulteriori e nuovi rispetto a quelli in suo possesso e conosciuti dall'imputato, oltre che dal pubblico ministero. Ma in tali ipotesi non possono ignorarsi le tangibili problematiche in punto di sopravvenienze in grado di inficiare l'originaria scelta dell'imputato. Se possono dirsi risolte le problematiche in punto di sopravvenienze idonee a giustificare una modifica dell'addebito, sia in sede di rito abbreviato<sup>78</sup> che nel caso di giudizio dibattimentale, con possibilità di usufruire di una restituzione nel termine per optare per il giudizio premiale<sup>79</sup>, lo stesso non può dirsi per tutte quelle ipotesi in cui elementi o circostanze sopraggiunte, pur senza comportare modifiche dell'imputazione, vizino l'originaria scelta dell'imputato.

Con riguardo ai poteri officiosi esercitabili dal giudice, deve rilevarsi come a quest'ultimo non sia in alcun modo riconosciuto il potere di procedere a una propria ricostruzione del fatto indipendente ed autonoma rispetto a quella prospettata dalle parti: il giudice, per quanto dotato di poteri incisivi, non è un giudice istruttore e non può formulare ipotesi ulteriori o alternative rispetto a quelle che emergono dal materiale disponibile<sup>80</sup>. Ed allora tutto viene a dipendere dal buono o dal cattivo uso del potere officioso esercitabile *ex art. 441, co. 5, c.p.p.* La previsione in capo al giudicante di poteri istruttori e decisorii espone sicuramente l'imputato che ha chiesto il giudizio alterativo ad un

<sup>78</sup> Attraverso il meccanismo di verifica di cui all'art. 441-*bis* c.p.p.

<sup>79</sup> Investito più volte della questione di legittimità costituzionale degli artt. 516 e 517 c.p.p., nella parte in cui nulla stabiliscono in merito alla possibilità di optare per un giudizio differenziato e premiale a seguito della modifica della imputazione, il Giudice delle leggi ha iniziato un'operazione finalizzata a colmare le lacune codicistiche, evidenziando, in un primo momento che, «qualora non possa rinvenirsi alcun profilo di inerzia dell'imputato che faccia ritenere l'addebitabilità al medesimo delle conseguenze della mancata instaurazione del rito alternativo, l'impossibilità di ottenere i relativi benefici concreta una ingiustificata compressione del diritto di difesa». Cfr. Corte cost., n. 101 del 1993 e Id., n. 265 del 1994; successivamente v. Id., n. 333 del 2009. In una prospettiva evolutiva la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 517, co. 1, c.p.p., per violazione degli artt. 3 e 24, co. 2, Cost., «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» (Corte cost., n. 237 del 2012). Più di recente, a tale declaratoria di illegittimità costituzionale, ha fatto seguito quella dell'art. 516 c.p.p., 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, quando la nuova contestazione concerne un fatto che non risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale (Corte cost., n. 237 del 2014). In argomento v. NEGRI, *Garanzie dell'imputato e modifica dell'accusa*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2000, 686.

<sup>80</sup> V. ILLUMINATI, *Il giudizio senza oralità*, in *Verso la riscoperta di un modello processuale*, cit., 82. V. anche PATANÈ, *Giudizio abbreviato e consenso*, cit., 110; ZACCHE, *Il giudizio abbreviato*, cit., 102. In tal senso Cass., Sez. un., 6 novembre 1992, Martin, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1064.

mutamento del quadro probatorio ed è inevitabile interrogarsi sull'opportunità di un ripensamento in ordine alla propria scelta<sup>81</sup>. Qualora il giudice decida di assumere dati probatori *ex officio*, a completamento del coacervo istruttorio utile per la decisione, il procedimento speciale subisce una metamorfosi potenzialmente idonea a riespandere quei poteri dispositivi a cui la parte aveva rinunciato, totalmente o in via parziale, ma a certe condizioni ed in base all'originaria consapevolezza dello "stato degli atti". Tuttavia, proprio in virtù della logica di deflazione che caratterizza il modello abbreviato, a fronte dell'introduzione di elementi integrativi del coacervo probatorio, non possono non cogliersi le menomazioni in punto di diritto di difesa che l'imputato si trova a subire. Tanto vale almeno nella misura in cui non gli è offerta la possibilità di revocare la propria richiesta, pur a fronte di uno stato degli atti diverso da quello che aveva giustificato la sua rinuncia al dibattimento, senza trascurare le limitate possibilità di esercizio del diritto alla prova contraria. La possibilità di scegliere se mantenere o meno l'opzione per il giudizio speciale risulta, invero, esercitabile solo ed esclusivamente nell'ipotesi di modifica dell'imputazione, con inevitabili conseguenze in punto di consapevolezza di una scelta che, a causa del mutamento sopravvenuto delle condizioni che l'avevano resa "conveniente", potrebbe non risultare più rispondente alle caratteristiche che la manifestazione di volontà deve possedere perché non risulti viziata quanto meno da errore. L'eliminazione del consenso da parte del pubblico ministero sembra avere eliminato ogni dubbio circa la possibilità, per l'imputato, di ripensare alla sua opzione e ritirare la sua istanza di accesso al rito. La stessa possibilità, tuttavia, è esercitabile solo fino al momento in cui il giudice provveda sulla richiesta ammettendo il rito stesso<sup>82</sup>. Ma se non si ritiene possibile la revoca della scelta per il rito alternativo, dovrebbe garantirsi, quanto meno, la possibilità di esercizio del diritto di difesa, nella sua fisionomia di diritto alla prova contraria, a fronte del mutamento sopravvenuto del quadro probatorio originario<sup>83</sup>. La lacuna normativa non assicura nulla al riguardo. Ed allora non possono che richiamarsi le linee esegetiche più garantiste, seppur minoritarie, maturate in seno ad una parte della giurisprudenza di legittimità, che hanno affermato come, all'imputato che ha richiesto il rito abbreviato senza integrazioni probatorie può essere certo riconosciuto il diritto alla controprova dopo l'assunzione delle prove ammesse d'ufficio dal giudice a norma dell'art. 441, co. 5, c.p.p., secondo una ragione-

<sup>81</sup> Così condivisibilmente PATANÈ, *Giudizio abbreviato e consenso*, cit., 111.

<sup>82</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 15 giugno 2006, Miccio, in *Mass. Uff.*, n. 235260.

<sup>83</sup> Di contrario avviso BRICCHETTI, PISTORELLI, *Giudizio abbreviato*, cit., 281; LOZZI, *Giudizio abbreviato e contraddittorio: dubbi non risolti di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1090.

vole analogia con l'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 507 c.p.p.<sup>84</sup>.

La possibilità di rimediare alla scelta per il rito abbreviato, viziata da errore o da situazioni sopravvenute, assume connotati ancora più coloriti se la richiesta è condizionata ad integrazione probatoria e questa diventi successivamente impossibile<sup>85</sup>.

Si badi. Quando l'imputato chiede di essere ammesso al giudizio abbreviato condizionato ad un'integrazione probatoria inutile o errata, impossibile o inesistente giuridicamente, l'unica decisione che può prendere il giudice è quella di rigettare l'istanza. A questi è demandato il controllo sulla fondatezza della domanda al fine di verificare se l'integrazione probatoria sia necessaria e compatibile con le finalità di economia processuale del rito. All'esito di tale controllo, non è riconosciuta altra soluzione tra quella dell'accoglimento o quella del rigetto dell'istanza, non avendo il giudice il potere di modificare i termini della condizione apposta dall'imputato sostituendosi alla sua volontà<sup>86</sup>. Può accadere, per converso, che ammessa la richiesta di integrazione probatoria, si verifichino circostanze che ne impediscano la realizzazione e che non siano riconducibili alla condotta dell'imputato.

Dal punto di vista sistematico, il rito abbreviato condizionato può bene essere ricondotto ad un negozio sottoposto a condizione sospensiva. La terminologia utilizzata dal legislatore non fa altro che avallare una simile definizione, che inevitabilmente impone di guardare alla categoria civilistica degli elementi accidentali del negozio giuridico<sup>87</sup>. Se si estendesse, con tutti i necessari adattamenti, tale disciplina alla condizione dedotta in sede di richiesta di giudizio abbreviato, ci si troverebbe innanzi ad una pronta soluzione al problema inerente l'efficacia della richiesta condizionata ad integrazione probatoria divenuta impossibile. D'altronde anche il meccanismo di cui all'art. 441-bis c.p.p., facendo perno sulla disponibilità del rito attribuita all'imputato, fa sì che al sopravvenire di una nuova contestazione, che modifica decisamente le condizioni che avevano guidato l'opzione, si apra la strada alla possibilità di retrocedere dal rito abbreviato e proseguire nelle forme ordinarie, salva la possibilità di prestare consenso, in maniera espressa, a che il processo prosegua nella forma alternativa. Allo stesso modo, applicando in maniera estensiva l'art.

<sup>84</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 8 febbraio 2005, Marino, in *Mass. Uff.*, n. 231714; successivamente Id., Sez. V, 9 maggio 2006, Biondo, *ivi*, n. 234158.

<sup>85</sup> Potrebbe pensarsi, ad esempio, alla morte di un testimone di cui è chiesta l'audizione o all'irreperibilità dello stesso perché espatriato.

<sup>86</sup> V. di recente Cass., Sez. II, 13 febbraio 2014, Bruno ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 259932.

<sup>87</sup> Tra gli elementi accidentali del contratto è annoverabile, appunto, la condizione, con la quale si subordinano gli effetti o la risoluzione del negozio ad un evento futuro ed incerto. Con particolare riferimento alla condizione sospensiva, il negozio è privo di effetti fino alla realizzazione dell'evento dedotto in condizione. V. in argomento GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 935.

441-*bis* c.p.p., già ai casi di mutamento del quadro probatorio per intervento officioso *ex art.* 441, co. 5., c.p.p., ma altresì ai casi di impossibilità sopravvenuta dell'integrazione probatoria, potrebbe accordarsi all'imputato il diritto di ri-scegliere se mantenere la sua opzione o proseguire nelle forme ordinarie.

A ben vedere tale soluzione non è condivisa né dalla giurisprudenza di legittimità<sup>88</sup> né dalla dottrina, salvo sporadici interventi in senso affermativo<sup>89</sup>.

Secondo talune impostazioni, nel caso di impossibilità sopravvenuta della prova richiesta dall'imputato, che potrebbe essere di tipo oggettivo o soggettivo<sup>90</sup>, non si potrebbe ritenere una lesione del diritto di difesa dell'imputato in grado di fondare una pretesa di retrocessione dal rito, giacché l'imputato stesso, nel momento di condizionare la sua richiesta all'assunzione di un particolare mezzo di prova, sarebbe consapevole di alcuni rischi che, comunque, sussisterebbero anche nel caso optasse per il rito ordinario<sup>91</sup>. Secondo la medesima linea di pensiero, il vincolo di subordinazione della richiesta dell'imputato riguarderebbe l'integrazione probatoria invocata e la condizione dovrebbe ritenersi assolta una volta instaurato il rito, non potendosi configurare una sorta di retroattiva perdita di efficacia dell'atto di impulso quando la prova non venga concretamente assunta<sup>92</sup>.

Tali affermazioni non possono condividersi, se si considera che l'impossibilità di assumere la prova dedotta in condizione, per circostanze non addebitabili alla volontà dell'imputato, comporta una inevitabile modificazione della situazione che aveva comportato l'istanza di accesso al giudizio differenziato. Neppure può ritenersi che la condizione cui è subordinata la richiesta possa dirsi assolta con l'instaurazione del rito. La sola circostanza che la richiesta del rito sia subordinata all'ammissione dell'integrazione probatoria depone in senso contrario. La richiesta *ex art.* 438, co. 5, c.p.p., in una dimensione unitaria finalizzata ad ottenere un preciso risultato, è espressione del «diritto di difendersi provando», che non è esercitabile concretamente ottenendo il semplice provvedimento di ammissione dell'integrazione probatoria. Il diritto alla prova, invero, trova la sua ragion d'essere non solo nell'ammissione, ma soprattutto nell'assunzione degli elementi richiesti, in contraddittorio tra le

<sup>88</sup> V. la recente soluzione di Cass., Sez. un., 19 luglio 2012, Bell'Arte ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 253212.

<sup>89</sup> V., in particolare, DI DEDDA, *Il giudizio abbreviato condizionato: limiti della rinuncia al contraddittorio e jus poenitendi dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 241.

<sup>90</sup> Legata, ad esempio, alla facoltà, di un dichiarante di astenersi dal deporre perché imputato connesso sentito *ex art.* 210 c.p.p.

<sup>91</sup> Così ZACCHE', *Il giudizio abbreviato*, cit., 163, che, riferendosi ad ipotesi di impossibilità soggettiva, afferma come l'imputato, nel momento in cui condiziona la sua richiesta all'assunzione di questo particolare mezzo di prova, è consapevole del rischio che la fonte garantita si sottragga alla deposizione.

<sup>92</sup> Cfr. BRICCHETTI, PISTORELLI, *Giudizio abbreviato*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di Filippi, 4, I, Torino, 2008, 281.

parti innanzi al giudice. Diviene naturale, allora, affermare che, nella misura in cui si consente all'imputato di condizionare la richiesta ad un'integrazione probatoria, nel momento in cui tale condizione non si avvera, debba essere riconosciuta la possibilità di retrocedere alla situazione iniziale. Tutte le volte in cui quest'ultima è negata, il rito celebrato a prescindere dal supplemento istruttorio, risulta in qualche modo incardinato contro la volontà dell'imputato e, di conseguenza, al di là dei limiti entro i quali il metodo contraddittorio, costituzionalmente garantito, può essere oggetto di rinuncia. In sostanza si verifica una sorta di «conversione coatta»<sup>93</sup> del rito condizionato in rito semplice, anche in assenza di qualsiasi manifestazione di consenso dell'imputato. Con la richiesta di giudizio abbreviato, condizionato ad acquisizione probatoria, l'imputato esprime una chiara volontà di subordinare la sua richiesta all'espletamento di una prova. Tale subordinazione ha carattere essenziale. La mancata realizzazione di essa, salvo che ciò non sia addebitabile al richiedente, non dovrebbe consentire al giudice di procedere nella forma abbreviata senza una richiesta ovvero un comportamento concludente dello stesso imputato<sup>94</sup>. Del tutto evidente il profondo ed insostenibile *vulnus* al diritto di difesa generato dall'irrevocabilità «a tutti i costi»: la scelta di accedere al giudizio alternativo è esclusiva dell'imputato e, stante l'importanza attribuita dal legislatore alla sua volontà, l'unica soluzione coerente sarebbe quella di accertarne l'effettivo contenuto, alla luce dell'impossibilità di acquisire la prova dedotta in condizione. D'altra parte, il giudice, nel momento in cui ritiene l'integrazione richiesta «necessaria ai fini della decisione», di fatto riconosce un *deficit* nella piattaforma probatoria: di fronte all'impossibilità di colmare la lacuna, occorrerebbe garantire all'istante la *chance* di recuperare le forme ordinarie del contraddittorio<sup>95</sup>. La diversa conclusione in auge, invece, sembra collocarsi, ancora una volta, al limite di quelle situazioni contrastate dalla Corte di Strasburgo, che ha sottolineato come un imputato deve potersi aspettare che lo Stato agisca in buona fede e tenga debitamente conto della scelte processuali della difesa, utilizzando le possibilità offerte dalla legge<sup>96</sup>.

### 3. Applicazione della pena su richiesta: tra rinuncia all'accertamento e rinuncia al contraddittorio

Nella stessa prospettiva deve analizzarsi l'istituto dell'applicazione della pena

<sup>93</sup> Cfr. in tal senso ALBANO, *Irrevocabile il giudizio abbreviato condizionato ad integrazione probatoria impossibile?*, in *Cass pen.*, 2008, 4210.

<sup>94</sup> In tal senso Cass., Sez. VI, 30 marzo 2013, Bell'arte ed altri (ord.), in *www.penalecontemporaneo.it*.

<sup>95</sup> Così, DI DEDDA, *Il giudizio abbreviato condizionato: limiti della rinuncia al contraddittorio e jus poenitendi dell'imputato*, in *Ind. pen.*, 2003, 239.

<sup>96</sup> Così Corte eur. dir. uomo, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia.

su richiesta delle parti. «Il patteggiamento presuppone un accordo tra pubblico ministero ed imputato: la domanda mira a una sanzione diminuita. Compongono una struttura negoziale richiesta e consenso, e le vicende del consenso rispondono a categorie contrattuali»<sup>97</sup> che influiscono sul quadro penalistico inteso ad un dato epilogo. Ad oggi «deve essere considerata una caratteristica comune dei sistemi di giustizia penale europei che un imputato possa ottenere la derubricazione delle accuse o ricevere una riduzione della pena in cambio di una dichiarazione di colpevolezza o di “*nolo contendere*” prima del dibattimento o in cambio della sua effettiva cooperazione con le autorità investigative»<sup>98</sup>. Certo, in un sistema di giustizia ideale, in cui la macchina giudiziaria riuscisse a smaltire con efficienza ed in tempi ragionevoli tutte le notizie di reato, non vi sarebbe bisogno di un simile strumento, che non pare costituzionalmente imposto<sup>99</sup>. Ciò porta a concordare con chi – peraltro sempre da un punto di vista pragmatico, perfettamente conciliabile con quello della Corte di Strasburgo – vede nel *bargaining* un “male necessario” dei sistemi di giustizia delle società contemporanee, connesso al caotico ed ipertrofico stato delle loro legislazioni penali<sup>100</sup>. L’accordo che intercorre tra le parti non investe solo la scelta circa il metodo processuale da utilizzare, ma con esso si addiviene ad una soluzione transattiva del merito della *res iudicanda*. È questo un dato innegabile che porta oggi a definire il patteggiamento “un processo senza storia”<sup>101</sup> che alimenta i dubbi di compatibilità con le esigenze di cognizione ed accertamento. Analizzandone le caratteristiche – incontro di volontà simultaneo o proposta seguita da accettazione entro un termine – non è certo difficile ricondurlo ad un “negoziato giuridico” (processuale) bilaterale recettizio che si perfeziona e produce i suoi effetti una volta sortito il consenso del destinatario della dichiarazione di volontà, con tutte le conseguenze che derivano da un simile inquadramento, in punto di revoca del consenso e recesso dall’accordo<sup>102</sup>. Lo schema giuridico che meglio si adatta alla fattispecie nego-

<sup>97</sup> Così CORDERO, *Procedura penale*, cit., 858.

<sup>98</sup> V., da ultimo, Corte eur. dir. uomo, 29 aprile 2014, Natsvlishvili c. Georgia.

<sup>99</sup> V. MARCOLINI, *A quali condizioni i negoziati sulla pena sono conformi alla Cedu?*, in *Cass. Pen.*, 2014, 3492;

<sup>100</sup> Così MARCOLINI, *A quali condizioni i negoziati sulla pena sono conformi alla Cedu?*, cit., 3495.

<sup>101</sup> V. MARAFIOTI, *Giustizia penale negoziata e verità processuale selettiva*, cit., 2499, secondo il quale, «in realtà, nessuna storia viene raccontata nell’angusto ambito del negoziato penale in cui viene giocata, piuttosto, una squallida partita senza storia»; v. anche CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009, 554; SCCELLA, *Patteggiamento, contraddittorio per la prova e consenso*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, cit., 125.

<sup>102</sup> In logica negoziale ogni proposta non ancora accettata è revocabile (art. 1328 c.c.), salvo che il proponente, avendone assunto l’impegno, debba mantenerla ferma (1329 c.c.). Fino all’adesione *ex adverso*, l’istante può recedere. V. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 862. V. Cass., Sez. IV, 19 giugno 2003, Di Dio, in *Mass. Uff.*, n. 226176.

ziale è, in particolar modo, quello della transazione, che si caratterizza per lo scopo che le è insito: la finalità è, in effetti, quella di evitare il giudizio dibattimentale e, nella reciprocità di concessioni, ottenere in cambio una diminuzione di pena ed altri benefici connessi all'applicazione della stessa. L'individuazione del peso specifico da attribuire agli aspetti negoziali rispetto alla tradizionale funzione di accertamento dei fatti e delle responsabilità diventa, allora, di pregnante rilevanza al fine di individuare il confine ed il necessario bilanciamento tra negozialità deflativa ed esigenze di legalità ed accertamento nel processo penale. Tale profilo coinvolge non solo il diritto processuale, ma anche, e pesantemente, il diritto sostanziale; nel contempo, mette in discussione gli stessi complessivi rapporti tra diritto sostanziale e processo<sup>103</sup>. Basti dire che gli interrogativi circa la natura della sentenza di patteggiamento chiamano in causa, tra l'altro, uno dei principi fondamentali del diritto penale moderno, e cioè il principio *nullum crimen, nulla poena sine culpa*. D'altra parte, come è stato sottolineato in dottrina, «l'idea di una pena senza l'accertamento di una colpevolezza [...] ribadisce lo smarrimento dei rapporti fisiologici tra diritto penale sostanziale e processo, accentuando la pretesa del secondo a perseguire una strategia politico-criminale sua propria»<sup>104</sup>. Nell'applicazione della pena su richiesta l'accordo tra accusa e difesa è in grado non solo di generare una rinuncia alle garanzie del metodo contraddittorio ma, altresì, creare una sostituzione all'accertamento del giudice, attenuando la funzione cognitiva del processo<sup>105</sup>.

Consenso e vantaggi premiali costituiscono gli elementi caratterizzanti del rito cui si aggiunge, rispetto al giudizio abbreviato, una soluzione che si concretizza necessariamente nella sanzione applicabile<sup>106</sup>. L'accordo è in grado di sostituire la fase del giudizio con notevoli rinunce soprattutto in capo all'imputato/indagato che, in una logica civilistica, rappresenta la parte "debole" del rapporto negoziale. Per tale ragione la necessità di accertare il consenso e la libera determinazione dello stesso rappresenta un'esigenza irrinunciabile. È pur vero che il diritto di "difendersi negoziando"<sup>107</sup> rappresenta una

<sup>103</sup> Cfr. DOLCINI, *Problemi vecchi e nuovi in tema di riti alternativi: patteggiamento, accertamento di responsabilità, misura della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 570.

<sup>104</sup> Così GIUNTA, *I nodi del "patteggiamento" giungono al pettine*, in *Leg. pen.*, 2004, 862.

<sup>105</sup> V. in tal senso Cass., Sez. V, 15 marzo 2005 (ord.), Azzoni, in *Mass. Uff.*, n. 231775. Le deroghe più gravi a fondamentali principi e il sovvertimento della natura del processo penale cui ha condotto il patteggiamento nella prassi sono imputabili alla tesi anticognitiva accolta dalla giurisprudenza. V. LOZZI, *La vanificazione dei principi generali del processo penale nella prassi giudiziaria e nel susseguirsi delle modifiche normative*, in *Pol. dir.*, 2005, 311.

<sup>106</sup> Cfr. VIGONI, *L'applicazione della pena, in I procedimenti speciali in materia penale*, a cura di Pisani, Milano, 1997, 111.

<sup>107</sup> V. PISANI, *Il diritto di difendersi negoziando*, in *Ind. Pen.*, 1989, 822.

delle possibili modalità di esercizio del diritto di difesa. È altresì vero che la manifestazione di volontà in tal senso è la diretta espressione di un modo di intendere e garantire una libertà alla quale il sistema attribuisce, entro certi limiti, idoneità di rinuncia alle garanzie processuali. Correlativamente si mostra necessaria la verifica della volontarietà della richiesta o del consenso, ferma restando l'opportunità di eventuali accertamenti previsti dall'art. 70 c.p.p. quando dagli atti contenuti nel fascicolo del p.m. emergano elementi indicativi della non imputabilità<sup>108</sup>.

### 3.1. La volontarietà della scelta di “patteggiare”

Proprio perché determina una rinuncia a fondamentali diritti e comporta l'immediata applicazione della pena, la richiesta di patteggiamento deve definirsi, anche in questo caso, come un atto personalissimo la cui diretta riconducibilità all'imputato/indagato deve essere oggetto di attenta verifica da parte del giudice, non potendosi riconoscere al difensore alcuna legittimazione autonoma esercitabile in virtù della sola nomina. Quando, pertanto, l'imputato non manifesta personalmente la scelta di negoziare la pena, deve rilasciare al difensore procura speciale. Di non poca importanza si mostra l'oggetto per cui la procura viene rilasciata, soprattutto in un ambito in cui la piena corrispondenza tra volontarietà dell'atto e volontarietà degli effetti che dall'atto derivano è presupposto imprescindibile. Nel caso in cui nell'atto di conferimento di procura speciale a concordare la pena con il pubblico ministero, l'interessato abbia predisposto dei limiti quantitativi, o subordinato l'accesso al rito a determinati vantaggi, il giudice è tenuto a verificare la corrispondenza tra “voluto e realizzato”. Deriva dalla stessa struttura e natura dell'istituto che al procuratore speciale non sia consentito in alcun modo discostarsi dal mandato ricevuto e dai limiti in esso contenuti e che l'eventuale travalicamento del mandato sia assolutamente illegittimo<sup>109</sup>. Non a caso il legislatore ha previsto, all'art. 446, co. 5, c.p.p. il potere di disporre la comparizione dell'imputato al fine di controllare che lo stesso abbia ben compreso le conseguenze della sua richiesta o la volontarietà del suo consenso. Per le medesime finalità, nella Relazione al progetto definitivo del c.p.p., nella descrizione del co. 5 dell'art. 446 è stato proprio specificato come lo stesso sia stato inserito con l'intento di scongiurare il rischio di indebite pressioni<sup>110</sup>, senza sotta-

<sup>108</sup> In argomento v. Cass., Sez. VI, 1° marzo 2007, Scoraggi, in *Mass. Uff.*, n. 236478.

<sup>109</sup> In tal senso v. Cass., Sez. III, 9 ottobre 2008, Senese, in *Mass. Uff.*, n. 241495, che ha stabilito come la ratifica di un concordato illegittimo determina la nullità della sentenza; nello stesso senso Id., Sez. III, 21 novembre 2007, Romano, *ivi*, n. 239052.

<sup>110</sup> Cfr. *Relazione al progetto definitivo del c.p.p.*, in *Gazz. Uff., Suppl. ord.*, 2, Serie generale, del 24 ottobre 1988, 189.

cere l'ulteriore pericolo che l'imputato non si renda ben conto di tutte le implicazioni a lui sfavorevoli scaturibili dal suo atto di richiesta o di consenso al patteggiamento. Nulla osta a che l'ordinamento legittimi meccanismi di rinuncia alle garanzie di un processo equo, anche attraverso negoziati; è fondamentale, però, che siano predisposti meccanismi effettivi per verificare che l'imputato possa dirsi consapevole del contenuto dell'accordo e degli effetti che esso comporta e che egli lo stipuli libero<sup>111</sup> da costrizioni o da errori, che possono essere accertati attraverso la sua presenza fisica all'udienza. Il ruolo del giudice, in tali casi, si mostra fondamentale non dovendo, la sua verifica, rappresentare un controllo superficiale sui dati esterni di un accordo che, in realtà, potrebbe non corrispondere all'epilogo prospettato da una delle parti<sup>112</sup>.

### 3.2. Errori, sopravvenienze e rimedi alla volontà viziata

In una prospettiva più razionale, che non cerchi di intravedere a tutti i costi in quello per la pena patteggiata un rito conforme alle esigenze di accertamento, deve rimarcarsi la notevole capacità dell'opzione a negoziare di incidere non solo sulla definizione della causa ma, soprattutto, sul metodo che produce, alla fine, una sentenza di condanna. Le conseguenze in punto di rinuncia alle garanzie non sono di poco conto, anche se bilanciate da una serie di vantaggi. La volontarietà della scelta dell'imputato di addivenire all'accordo con il pubblico ministero deve, pertanto, caratterizzarsi per la consapevolezza in ordine agli effetti, nonché per l'assenza di qualsiasi errore per induzione (o dovuto alla insufficiente conoscenza degli atti) o altro vizio del consenso. L'importanza di tale assunto emerge *ictu oculi* guardando al meccanismo previsto dall'art. 446, co. 5, c.p.p., ove si afferma che il giudice possa disporre la comparizione personale dell'imputato al fine di verificare la volontarietà della richiesta o del consenso. La lettera della norma, nella parte in cui fa riferimento ad una sola parte dell'accordo, l'imputato, evidenzia, proprio per gli effetti che l'adesione al rito è idonea a produrre, e per l'incidenza su diritti personalissimi, la necessità di una consapevolezza che l'atra parte, il p.m., già possiede, anche al fine di scongiurare il pericolo di indebite pressioni che inficino, viziandolo, il consenso dell'imputato stesso. La preoccupazione del legislatore, nel riferirsi alla sola "parte debole" è, in altre parole, finalizzata a prevenire ipotesi in cui questa possa essersi indotta ad opzioni non rispondenti al suo effettivo interesse, formulando richieste ovvero prestando il consenso in condizioni di incoscienza o disinformazione. Non risultando, tutta-

<sup>111</sup> Cfr. Corte eur. dir. uomo, 29 aprile 2014, Natsvlshvili c. Georgia.

<sup>112</sup> V. MARCOLINI, *A quali condizioni i negoziati sulla pena sono conformi alla Cedu*, cit., 3495.

via, obbligatorio procedere in tal senso, permangono le problematiche relative a possibili vizi della volontà ancorati ad errori di valutazione, a lacune conoscitive o a sopravvenienze che possono contraddire la convenienza dell'accordo per l'applicazione della pena. La possibilità di correggere vizi, originari o sopravvenuti, della volontà, rappresenta un'enorme lacuna, pur in un ambito in cui è forte la deviazione dalle garanzie processuali. La questione è, pertanto, ancora una volta da risolvere sul piano interpretativo e coinvolge i delicati profili dell'effetto dell'impronta negoziale del rito. Il potere delle parti di correggere la propria volontà viziata è strettamente connesso alla controverta tematica della revocabilità del consenso al patteggiamento e, in particolare, della revoca unilaterale della richiesta o del consenso prestato successivamente all'adesione dell'altra parte, prima o dopo l'emanazione della sentenza che applica la pena.

In prospettiva generale, la revocabilità del consenso prestato o della richiesta di applicazione della pena sembra essere collocata nell'ambito di un'anormità che male si concilia con il principio di disponibilità cui è improntato l'istituto. Gli orientamenti esplicativi della giurisprudenza attestano che l'accordo tra l'imputato e il pubblico ministero costituisce un negozio giuridico processuale recettizio che, una volta pervenuto a conoscenza dell'altra parte e quando questa abbia dato il proprio consenso, diviene irrevocabile e non è suscettibile di modifica per iniziativa unilaterale dell'altra, in quanto il consenso reciprocamente manifestato con le dichiarazioni congiunte di volontà determina effetti non reversibili nel procedimento: né all'imputato né al pubblico ministero è consentito rimetterlo in discussione<sup>113</sup>. Per tradizione<sup>114</sup>, l'irrevocabilità dell'opzione per il patteggiamento sarebbe desumibile dall'art. 447, co. 3, c.p.p. In realtà, tale previsione, limitata ed eccezionale, trova la sua giustificazione nella necessità di garantire il compimento della fase incidentale determinata dalla richiesta, senza incontrare ostacoli nella stessa parte che l'ha provocata, donde la logica conseguenza che tale irrevocabilità ed immodificabilità sia limitata al periodo di tempo che va dalla notifica del decreto del giudice alla scadenza del termine ivi fissato. Ragionando diversamente, si attribuisce significato di regola generale ad una disposizione circoscritta ed eccezionale che, oltre il periodo necessario per aderire all'accordo, non ha ragio-

<sup>113</sup> V. tra le più recenti Cass., Sez. IV, 11 luglio 2012, P.G. in proc. Parascenzo, in *Mass. Uff.*, n. 254371; Id., 3 luglio 2012, Fiorentini, *ivi*, n. 254367; Id., Sez. I, 17 dicembre 2008, P.M. in proc. Quintano, *ivi*, n. 244139.

<sup>114</sup> V. in tal senso CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1041; CHILBERTI, ROBERTI, *L'applicazione della pena*, cit., 365; SELVAGGI, *È revocabile la richiesta di patteggiamento?*, in *Cass. Pen.*, 1992, 721. In giurisprudenza, v. tra le più recenti Cass., Sez. IV, 11 luglio 2012, P.G. in proc. Parascenzo, in *Mass. Uff.*, n. 254371; Id., 3 luglio 2012, Fiorentini, *ivi*, n. 254367; Id., Sez. I, 17 dicembre 2008, P.M. in proc. Quintano, *ivi*, n. 244139.

ne operativa<sup>115</sup>.

È pur vero che il codice di rito nulla stabilisce riguardo alla possibilità di recedere dall'accordo; è, altresì, vero che la possibilità di revocare la richiesta o il consenso prestato non è inibita. Ne consegue che, al di là di generalizzazioni astratte, la revocabilità del consenso prestato, o della richiesta, costituisce regola ordinaria applicabile, salve specificazioni normative di segno contrario, nell'ambito del diritto processuale<sup>116</sup> e da ammettere almeno in quei casi in cui consenta di emendare possibili vizi della volontà<sup>117</sup> o di adeguare la scelta a sopravvenienze<sup>118</sup> che possono far dubitare dell'utilità della stessa.

Detto altrimenti non si comprenderebbe la funzione del meccanismo di controllo sulla volontarietà dell'opzione prefigurato nel più volte richiamato quinto comma dell'art. 446 c.p.p. che, tutelando la consapevolezza dell'imputato, di fatto sottende un potere di sciogliersi dal vincolo o di modificare i termini dell'accordo. Accertata l'involontarietà dovuta ad errore o ad altro vizio, il giudice non potrà ratificare il concordato, consentendo implicitamente una revoca dell'originaria richiesta o manifestazione di consenso.

Di non poco momento si mostra il problema delle sopravvenienze in punto di trattamento sanzionatorio più favorevole a causa del mutamento legislativo, che può intervenire dopo la formulazione di una richiesta di applicazione della pena, o dopo la prestazione del relativo consenso, ovvero a seguito della sentenza di patteggiamento. L'evenienza costituisce l'ovvia implicazione della regola dettata all'attuale art. 2, co. 4, c.p. in punto di retroattività della *lex mitior*<sup>119</sup>, e non presuppone che la pena in precedenza irrogata risulti incompatibile con i nuovi limiti edittali. Fuori dall'ambito della illegalità sopravvenuta della pena, e dunque nella mera prospettiva del "diritto" all'applicazione della norma più favorevole, la differenza tra giudizi di pieno merito e procedura di patteggiamento risulta assai sensibile. La sentenza di patteggiamento trova legittimazione logica, ancor prima che giuridica, in un negozio avente ad oggetto proprio la quantità della pena. A fronte di variazioni favorevoli della previsione edittale si concreta un possibile interesse dell'imputato a rinegoziare l'accordo, senza le preclusioni che sarebbero opponibili alla parte pubblica nel caso opposto di un inasprimento delle sanzioni.

<sup>115</sup> V. in senso analogo GAITO, *Solo revocabile o anche invalida la richiesta di patteggiamento viziata da errore*, cit., 1146; MACCHIA, *Il patteggiamento*, Milano, 1992, 26.

<sup>116</sup> V. GAITO, *Solo revocabile o anche invalida la richiesta di patteggiamento viziata da errore?*, cit., 1146.

<sup>117</sup> Cfr. FONTI, *Vizi della volontà e giustizia penale negoziata*, cit., 302.

<sup>118</sup> V. sul punto MARINI, *Successioni di leggi penali e revocabilità del consenso nel patteggiamento: un'occasione perduta*, in *questa Rivista*, 1996, 271.

<sup>119</sup> In argomento v. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, 47 ss.

Tuttavia il diritto di recedere dal negoziato, prima della ratifica da parte del giudice, risulta inibito dalla prevalente prassi giurisprudenziale. La richiesta di applicazione della pena si ritiene non più revocabile una volta che su di essa sia espresso il consenso dell'altra parte, giacché la formazione dell'accordo determinerebbe effetti irreversibili<sup>120</sup>. A bene vedere, benché l'accordo si sia perfezionato con l'accettazione della richiesta, il consenso prestato deve ritenersi sempre revocabile qualora, dopo la stipula del patto e prima della pronuncia della sentenza *ex art. 444 c.p.p.*, sia intervenuta una novella legislativa più favorevole, o tale comunque ritenuta dall'interessato, che alteri la precedente valutazione di convenienza sulla base della quale la parte si sia indotta a chiedere o consentire all'accordo<sup>121</sup>. Del resto, la comparizione delle parti in sede di udienza di patteggiamento e la possibilità di sottoporre al giudice ogni utile conclusione per l'eventuale applicazione dell'art. 129 c.p.p., corroborano tale tesi, sicché ben può la parte, in quella sede, recedere dal consenso prestato o dalla richiesta formulata per invocare, contestualmente, l'applicazione della nuova normativa. Ma se il recesso non è consentito, ci si deve interrogare su quali siano i rimedi avverso le sentenze di applicazione della pena pronunciate nonostante una contraria manifestazione di volontà dell'imputato e, pertanto, in assenza di un presupposto essenziale della procedura.

È opinione pressoché unanime, almeno in giurisprudenza, che una volta recepito l'accordo dal giudice, i vizi della volontà non abbiano alcuna rilevanza<sup>122</sup>, stante l'assenza di disposizioni che prevedano per le patologie suddette qualche forma di invalidità. Ma se tale dato è indiscutibile, non può certo disconoscersi la necessità di individuare soluzioni<sup>123</sup> a situazioni patologiche che incidono sulla validità dell'epilogo decisivo. È pur vero che l'impossibilità, in via generale, del recesso unilaterale avvicina il negozio processuale in questione alla tipologia contrattuale civilistica, ma non può ignorarsi che proprio in quest'ultima il mutamento dello stato dei fatti in cui e per cui il contratto è

<sup>120</sup> Così, tra le più recenti, Cass., Sez. IV, 23 febbraio 2012, Marotti, in *Mass. Uff.*, n. 252173. Nella specie il difensore dell'imputato aveva chiesto di riformulare l'istanza, *ex art. 444 c.p.p.* - cui aveva prestato adesione il p.m. - in virtù della novella n. 120 del 2010, che ha introdotto, *ex art. 189, co. 9-bis*, la sostituzione della pena irrogata in ordine al reato di cui all'art. 186, co. 2, lett. c) c.d.s. con il lavoro di pubblica utilità. V. anche Id., Sez. III, 4 giugno 2009, C., in *Mass. Uff.*, n. 244892.

<sup>121</sup> V. in tal senso, Cass., Sez. IV, 23 febbraio 2012, Marotti, in *Mass. Uff.*, n. 252173 che ha annullato senza rinvio la decisione di applicazione della pena.

<sup>122</sup> La divergenza tra volontà e dichiarazione non può essere dedotta come motivo di impugnazione poiché al negozio processuale concluso dalle parti, ai sensi dell'art. 444 c.p.p., non si applica la disciplina dell'errore dei negozi di diritto sostanziale, bensì il regime delle nullità degli atti processuali il quale non prevede detta divergenza come causa di nullità. V. Cass., Sez. VI, 15 febbraio 2000, R., in *Mass. Uff.*, n. 217101; Id., Sez. IV, 19 marzo 1999, S., *ivi*, n. 214592; Id., 24 maggio 1995, D., *ivi*, n. 197720.

<sup>123</sup> Cfr. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 283.

stato stipulato, in una determinata forma e con un determinato regolamento negoziale, può condurre alla risoluzione dello stesso qualora aggravi la posizione di una delle parti<sup>124</sup>. Alcuni interventi giurisprudenziali, non a caso, denotano che ad accordo raggiunto e ratificato nonostante il dissenso, o in caso di sopravvenienze dovute al mutamento del trattamento sanzionatorio in senso favorevole, il ricorso per cassazione può rappresentare uno strumento utile per eccepire la violazione di legge immediatamente correlata all'assenza della volontarietà a mantenere in vita l'accordo sulla pena che, in quanto formatosi illegalmente, finisce per inficiare la sentenza che lo recepisce. Tanto vale sia per i provvedimenti assunti trasgredendo le regole che disciplinano i requisiti per la validità dell'accordo, sia per quelli ad illegalità sopravvenuta dovuta ad un mutamento della normativa in punto di pena, anche nel caso di declaratoria di illegittimità costituzionale, della quale si era fatta applicazione<sup>125</sup>. Al di là della pretesa impossibilità di rinegoziare l'accordo<sup>126</sup> sulla scorta di automatismi che di fatto non trovano esplicitazione normativa, nel caso di sopravvenienze favorevoli in grado inficiare l'originaria utilità dell'accordo per l'imputato, ed a fronte di una manifestazione di volontà di recedere dallo stesso espressa nell'atto di impugnazione della sentenza, della stessa non può non tenersi conto. L'assunto risulta tanto più giustificabile quanto maggiore sia il peso conferito ai valori edittali nella formazione della volontà negoziale dell'interessato e nella perdurante validità della medesima: la quantità della sanzione minacciata dall'ordinamento costituisce elemento primario per convenire sull'accesso ai riti speciali. Non può ritenersi conforme alla concessione della facoltà di patteggiare la sanzione, che l'art. 444 c.p.p. attribuisce all'imputato nel senso di "premio" rappresentato dalla pena congrua più mite, una scelta interpretativa che opti per una cristallizzazione irreversibile dell'accordo, quanto meno se l'imputato manifesta la volontà di fruire del sopravvenuto quadro normativo, cioè di un trattamento che gli era stato nega-

---

<sup>124</sup> *Ex* art. 1467 c.c., anche nella fattispecie della presupposizione. Cfr. Cass. civ., Sez. III, 24 marzo 2006, n. 6631, per cui è «configurabile la presupposizione tutte le volte in cui, dal contenuto del contratto si evinca che una situazione di fatto, considerata, ma non espressamente enunciata dalle parti in sede di stipulazione del medesimo, quale presupposto imprescindibile della volontà negoziale, venga successivamente mutata dal sopravvenire di circostanze non imputabili alle parti stesse, in modo tale che l'assetto che costoro hanno dato ai loro rispettivi interessi venga a trovarsi a poggiare su una base diversa da quella in forza della quale era stata convenuta l'operazione negoziale, così da comportare la risoluzione del contratto stesso ai sensi dell'art. 1467 c.c.».

<sup>125</sup> In tal senso si è orientata la giurisprudenza dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, che ha reintrodotto per le droghe cc.dd. "leggere" un trattamento sanzionatorio più favorevole per il reo. V., tra le tante, Cass., Sez. IV, 21 ottobre 2014, Leonardi, in *Mass. Uff.*, n. 261069; Id., Sez. III, 22 maggio 2014, Lamagna, *ivi*, n. 259398.

<sup>126</sup> Sostenuta da Cass., Sez. III, 25 febbraio 2014, Kiogwu, in *Mass. Uff.*, n. 258353.

to da una norma incostituzionale<sup>127</sup>.

---

<sup>127</sup> Sulla possibilità di incidere sulla sentenza di patteggiamento passata in giudicato a causa di un mutamento in *mitior* della disciplina sanzionatoria v. in generale GAMBARELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, cit.