

CONVEGNI

ALESSANDRO PASTA

L'accordo sugli atti d'indagine in vista del dibattimento*

La disciplina dell'acquisizione concordata è l'attuazione nel giudizio ordinario della deroga del consenso prevista nel quinto comma dell'art. 111 Cost. Analizzata questa norma costituzionale, interpretata la disciplina legislativa, l'autore giunge alla conclusione che quello in esame è un istituto ragionevole, con un ambito di operatività probabilmente modesto ma, non per questo, inutile.

The agreed acquisition in view of the trial

The discipline of the agreed acquisition is the implementation of the exception of consent provided for in the 5th paragraph of the art. 111 of the Constitution. Having analyzed this constitutional provision and interpreted the legislative discipline, the author concludes that the one in question is a reasonable institution, with a useful, though probably limited, scope of operation.

SOMMARIO: 1. Premessa: un unico difensore per un unico processo. - 2. La *ratio* del quarto comma dell'art. 111 Cost. - 3. La più naturale delle eccezioni. - 4. (segue) Una manifestazione di volontà antecedente all'utilizzo degli atti unilateralmente formati. - 5. (segue) Una manifestazione di volontà libera. - 6. (segue) La legittimazione a manifestare il consenso. - 7. La disciplina dell'acquisizione concordata: introduzione. - 8. (segue) La legittimazione. - 9. (segue) Il ruolo del giudice. - 10. (segue) Effetti dell'acquisizione concordata. - 11. (segue) La modalità di manifestazione e l'irrevocabilità del consenso. - 12. (segue) Oggetto dell'acquisizione concordata. - 13. (segue) Il momento processuale in cui può aversi un'acquisizione concordata. - 14. (segue) La c.d. acquisizione in blocco.

1. Premessa: un unico difensore per un unico processo. Nel 1980 la Corte di cassazione pronunciò una sentenza in cui affermava che il difensore d'un imputato poteva rendersi responsabile del delitto di favoreggiamento nei confronti del suo patrocinato se, assistendo alla ricognizione di un individuo fraudolentemente a quello sostituitosi, avesse taciuto all'autorità di tale sostituzione¹. Nella motivazione si aggiungeva che il difensore «deve concorrere a creare le condizioni per l'emanazione di una sentenza giusta» e che «la difesa professionale, come una gloriosa tradizione forense attesta, ha avuto sempre il fine di illuminare la giustizia».

La sentenza veniva annotata da due processual penalisti, con osservazioni non del tutto concordi. Alla «incondizionata adesione» alla massima dell'uno², seguivano alcuni rilievi critici dell'altro, il quale poneva l'attenzione soprattutto

* Questo lavoro è la rielaborazione della relazione svolta al Convegno dell'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale «G. D. Pisapia», *I due pilastri dell'autodifesa: diritto a non collaborare e manifestazioni del consenso*, Università Luiss Guido Carli, Roma, 19-21 ottobre 2023.

¹ Cass., Sez. I, 11 novembre 1980, Auricchio in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 1594 con nota di MOSCARINI, *Difesa tecnica e favoreggiamento*, in *Cass. pen.*, 1981, 940, con nota di CORSO, *Sulla configurabilità di un obbligo del difensore di «concorrere a creare le condizioni di una sentenza giusta»*.

²MOSCARINI, *Difesa tecnica*, cit., 1597.

su alcuni passi della motivazione: «l'affermare che la difesa ha sempre avuto il fine di illuminare la giustizia può esprimere una linea di tendenza ma niente più: la realtà – nota e accettata – è che l'avvocato difende il cliente anche se colpevole; chiede l'assoluzione anche se le prove portano alla condanna, attraverso un'attività di “demolizione” della loro capacità accusatoria»³.

Entrambi, tuttavia, su un punto concordavano: «il legale non è gravato dall'obbligo di coadiuvare, con necessarie e opportune indicazioni, le investigazioni e le ricerche dell'autorità»⁴. Se è infatti indubbio che «la difesa, quale diritto inviolabile, [...] non ha nulla a che vedere con attività [...] delittuose»⁵, è altrettanto evidente che il difensore deve «sentirsi non già “principalmente” ma “esclusivamente” difensore, e come tale agire. In particolare non deve sentirsi, né deve agire mai in qualità di una sorta di ausiliario o collaboratore del giudice»⁶. È «manifesto che l'adoperarsi per ottenere la sentenza soggettivamente più favorevole per il cliente, sia questi colpevole o innocente, e indipendentemente dalla giustizia del provvedimento, rientra tra gli obiettivi primari sottesi al mandato difensivo»⁷, che è «nelle regole del gioco che il difensore possa aiutare, con la sua attività, anche un colpevole a sottrarsi all'accertamento delle sue responsabilità»⁸. Richieste, domande e istanze difensive incontrano «il solo limite del “pudore” dell'avvocato e della sua reticenza (variabile da un professionista all'altro) a sbilanciarsi senza prospettive concrete»⁹.

L'attività del difensore nel processo penale è sempre finalizzata a far conseguire all'assistito il miglior risultato possibile; solo eventualmente ad accertare i fatti (quando dalla corretta ricostruzione trae beneficio l'accusato).

Se però questo è il difensore che opera nel processo penale quando si interpreta l'art. 378 c.p.¹⁰, non se ne ha uno diverso quando ci si appresta a interpretare la disciplina del processo penale.

³ CORSO, *Sulla configurabilità*, cit., 944.

⁴ MOSCARINI, *Difesa tecnica*, cit., 1596.

⁵ Cass., sez. I, 11 novembre 1980, Auricchio, cit.

⁶ TARELLO, *Due interventi in tema di deontologia*, in *Mat. st. cult. giur.*, XII, 1982, 209.

⁷ CERESA GASTALDO, *A proposito del confine tra atto defensionale atipico e reato di favoreggiamento*, in *Cass. pen.*, 1988, 1429.

⁸ PISA, *Avvocati e favoreggiamento personale: ancora un caso dubbio*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, 338.

⁹ CORSO, *Sulla configurabilità di un obbligo del difensore*, cit., 944.

¹⁰ È chiaro che quella proposta è una concezione contingente della difesa; non si pretende certo di descrivere una «ontologia del difensore», immutata e immutabile nel tempo e nello spazio. Se il sistema fosse rivoluzionato, l'assunzione dovrebbe essere rivista. Dopo aver sensatamente osservato che «tipi-

2. *La ratio del quarto comma dell'art. 111 Cost.* In occasione della modifica dell'art. 111 della Costituzione nell'aula del Senato si proclamò che il contraddittorio nella formazione della prova è «più che un diritto della difesa: come è stato spesso osservato dalla dottrina, mentre il diritto alla difesa serve l'accusato, il contraddittorio serve in primo luogo il processo, perché serve la verità, e dunque serve la giustizia»¹¹.

Era vero che moltissimi giuristi ritenevano che il contraddittorio nella formazione della prova avesse «forza euristica»¹², la «capacità di sprigionare la veri-

camente l'avvocato muta la propria interpretazione a seconda dell'interesse del suo patrocinato», G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, 66, rileva (nota 51) che il discorso «si riferisce al ruolo dell'avvocato quale si è venuto individuando in una lunga vicenda culturale ed istituzionale, attraverso tutte le culture giuridiche dell'Occidente. L'avvocato è funzionalmente chi sostiene, avvalendosi di tutte le tecniche che la cultura giuridica in cui opera consente, la interpretazione del diritto, della legge e degli altri documenti normativi, più favorevole al proprio patrocinato (purché la tesi stessa non sia assolutamente inadatta a persuadere, purché cioè abbia probabilità o almeno possibilità di successo): gli interessi diversi, "della legge" o "dello Stato" o "generali" o altri - a seconda delle diverse concettualizzazioni - essendo affidati non all'avvocato, ma ad altri soggetti processuali (il giudice, il pubblico ministero, ecc.). È bensì vero che vi sono oggi sistemi giuridici che affidano o impongono tali interessi - diversi da quelli del patrocinato - ad una figura processuale che si chiama ancora tradizionalmente "avvocato"; ed è vero che la tendenza a suggerire anche nel nostro sistema qualcosa di simile (ad esempio, mediante proposte di pubblicizzazione della professione forense) si manifesta: ma *in tali sistemi dell'avvocato resta solo il nome, ed il discorso del testo si riferisce all'istituzione avvocato e non al nome "avvocato"* (il corsivo è aggiunto).

¹¹ Così celebrava il diritto alla partecipazione alla formazione della prova il senatore Pera nella Relazione della prima commissione permanente, comunicata alla Presidenza del Senato il 25 gennaio 1999): cfr. Senato della Repubblica. XIII legislatura, *Relazione della 1a commissione permanente comunicata alla Presidenza il 25 gennaio 1999 sui disegni di legge costituzionale*, nn. 3619, 3623, 3630, 3638 e 3665-A, 7.

¹² La pressoché unanime dottrina era ed è così orientata. Tra gli innumerevoli, CAPRIOLI, *Il processo penale dopo la "legge Carotti" (II)*, artt. 25-26 l. 16 dicembre 1999, n. 479, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 293; CESARI, voce *Prova (acquisizione della)*, in *Dig. disc. pen.*, II agg., Torino, 2004, 697; CHIAVARIO, *Processo penale e alternative: spunti di riflessione su un «nuovo» dalle molte facce (non sempre inedite)*, in *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, 2007, 21; CONTI, voce *Giusto processo*, b) *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, V agg., Milano, 2001, 627; DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Torino, 2012, 20; FANUELE, *Le contestazioni nell'esame dibattimentale*, Padova, 2005, 90; FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2012, 129; GARUTI, *Il contraddittorio nelle dinamiche dell'accertamento penale*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di Dean, Torino, 2007, 180; GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del)*, in *Enc. giur.*, vol. VIII, Roma, 2001, 3; GREVI, *Il principio della «ragionevole durata»*, cit., 3205; LORUSSO, *I molteplici volti del contraddittorio: dalle regole costituzionali all'attuazione legislativa*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, 349; MARZADURI, *La prova negoziata e l'art. 111 Cost.: tra deroga al contraddittorio e valorizzazione dei profili dispositivi dell'accertamento penale*, in *Eccezioni al contraddittorio e*

tà»¹³ o, nella versione apparentemente temperata ma equivalente, fosse il miglior mezzo «per la scoperta del falso e per l'approssimazione al vero»¹⁴. Accolta dalla giurisprudenza costituzionale¹⁵, accreditata da magistrati¹⁶ e penalisti¹⁷, la tesi della «forza epistemica» non convince. È infatti fondata sulla fallacia di accidente converso (o «generalizzazione indebita» o «evidenza soppressa»).

giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza, a cura di Di Chiara, Torino, 2009, 200; MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, in *Il diritto processuale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Conso, Napoli, 2006, 639; NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, 49; NOBILI, *Verità e dibattimento*, in *Id, Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 51; SCELLA, *Patteggiamento, contraddittorio per la prova e consenso dell'imputato*, in *Eccezioni al contraddittorio*, cit., 115; SIRACUSANO, *La giustizia differenziata fra appannamenti modellistici e derive valoriali*, in *Arch. pen. web*, 2023, n., 2, 12; TONINI, *L'alchimia del nuovo sistema probatorio*, cit., 16; VALENTINI, *I poteri del giudice dibattimentale nell'ammissione della prova*, Padova, 2004, 54.

Tra le poche voci dissonanti, AMODIO, *La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo*, in *Cass. pen.* 2003, 1422; IACOVIELLO, *Giusto processo?*, cit., 1459, che considera «l'equazione principio del contraddittorio=verità un'equazione grossolana» e ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2010, 10, nota 18, il quale ritiene che «il contraddittorio nella formazione della prova continui ad avere un fondamento politico (e non logico). Esso assicura un modo accettabile (sul piano sociale e giuridico-culturale) di pervenire all'accertamento di responsabilità penali. Non fornisce alcuna garanzia logica e, men che meno, epistemologica».

¹³ GIOSTRA, voce *Contraddittorio*, cit., 3.

¹⁴ BELLUTA, *Premesse per uno studio sui poteri istruttori dell'organo giudicante*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 1213; RAFARACI, *La prova contraria*, cit., 9.

¹⁵ Si veda soprattutto, Corte cost., 25 ottobre 2000, n. 440, cit., che in realtà non parla di verità, né dichiara di aderire alla tesi della «forza epistemica». Accogliendo però la distinzione tra «dimensione oggettiva» e «soggettiva» del «principio del contraddittorio nella formazione della prova», sembra presupporla. Negli anni successivi, però, questa impostazione è stata opportunamente riveduta. Prima la Corte ha assunto un atteggiamento decisamente più cauto (si veda ad esempio Corte cost., 21 marzo 2007, n. 117, in *Cass. pen.*, 2007, 3661: «a prescindere da qualsiasi considerazione sulla validità della concezione oggettiva del contraddittorio»). Poi ha ribaltato l'iniziale impostazione sostenendo che nel quarto comma dell'art. 111 fosse enunciato essenzialmente un diritto dell'accusato: «Catalogare i diritti sanciti dall'art. 111 Cost. in due classi contrapposte - ora, cioè, tra le "garanzie oggettive", ora tra quelle "soggettive" - risulta in effetti fuorviante, nella misura in cui pretenda di reinterpretare, in una prospettiva di protezione dell'efficienza del sistema e delle posizioni della parte pubblica, garanzie dell'imputato, introdotte nello statuto costituzionale della giurisdizione e prima ancora nelle Convenzioni internazionali essenzialmente come diritti umani. [...] Nelle previsioni dell'art. 111 Cost. è stata delineata una protezione costituzionale specifica per l'imputato, particolarmente in tema di prove» (Corte cost., 22 giugno 2009, n. 184, in *Cass. pen.*, 2009, 3691).

¹⁶ V. ad es. BORGNA, *Difesa*, e SANTALUCIA, *Errore*, in *Giustizia. La parola ai magistrati*, a cura di Pepino, Bari, 2010, rispettivamente alle 5-6 e 18-19.

¹⁷ PADOVANI, *Il doppio grado di giurisdizione Appello dell'imputato, appello del p.m., principio del contraddittorio*, in *Cass. pen.* 2003, 4031.

Mentre quando si commette la fallacia di accidente si trascura la peculiarità che rende una regola non applicabile al caso che si sta esaminando, con l'accidente converso si trae una regola in base a dei casi non esemplificativi della realtà nel suo complesso, si ricava una regola generale, o una tesi, a partire da un'evidenza inadeguata, o perché relativa a un caso speciale, oppure perché il campione preso in considerazione non è rappresentativo¹⁸: «costruendo le nostre premesse su una parte dell'evidenza disponibile, si possono ottenere conclusioni che sembrano estremamente probabili; costruendole su un'altra parte possiamo ottenere conclusioni anche molto improbabili. Ciò significa che selezionando l'evidenza in questo modo possiamo ottenere conclusioni che a seconda di ciò che ci interessa possono apparire probabili o improbabili, nonostante tutte le nostre assunzioni possono essere vere. Ma questa manipolazione selettiva dell'evidenza è illegittima»¹⁹. Nel caso in cui un'argomentazione sia induttiva, quindi, «le sue premesse devono contenere tutta l'evidenza conosciuta che sia pertinente per la conclusione. Le argomentazioni induttive che non rispettano questo requisito, soprattutto se l'evidenza omessa depone fortemente contro la conclusione, commettono quella che si dice fallacia dell'evidenza soppressa»²⁰.

All'elaborazione della tesi della «forza euristica del contraddittorio» si giunge sulla base della considerazione di casi particolari non esemplificativi della generalità dei casi. Spesso chi sostiene questa interpretazione presenta un esempio analogo al seguente: il pubblico ministero, interessato alla conferma della propria ipotesi - «il colpevole è un ventenne con capelli rossi, di media statura» -, interroga l'uomo rapinato informandosi sull'età, sulla statura e sul colore dei capelli dell'autore del reato; soddisfatto delle risposte, non formula ulteriori domande; in dibattimento, grazie all'efficace controesame della dife-

¹⁸ VARZI, NOLT, ROHATYN, *Logica*, Milano, 2014, 41; D'AGOSTINI, *Verità avvelenata*, Milano, 2010, 145; COPI, COHEN, *Introduzione alla logica*, Bologna, 2004, 193, i quali osservano che le fallacie di accidente e di accidente converso «sorgono come risultato di un uso incauto, o deliberatamente ingannevole, della generalizzazione. In molte questioni rilevanti nella vita pubblica, e specialmente nel contesto degli argomenti politici e morali, ci basiamo su asserzioni che descrivono come stanno le cose in generale, come di solito le persone si comportano, e simili. Ma persino quando gli asserti generali sono del tutto plausibili, è necessario stare attenti a non applicarli in maniera troppo rigida a casi particolari ai quali, per le peculiarità del caso, non sono applicabili (accidente) né - facendo l'opposto - si deve supporre che un principio vero per un caso particolare sia vero per una gran quantità di casi (accidente converso)».

¹⁹ VARZI, NOLT, ROHATYN, *Logica*, cit., 41.

²⁰ VARZI, NOLT, ROHATYN, *Logica*, cit., 41.

sa, emerge che il rapinatore era sì un giovane di media statura con i capelli rossi, ma aveva anche una cicatrice che l'imputato non ha: l'inquirente aveva agito per verificare l'ipotesi formulata, senza curarsi della sua falsificazione. Grazie al controesame è stata evitata la condanna di un innocente: il contraddittorio nella formazione della prova (in questo caso) ha condotto alla verità. *Quindi* il contraddittorio nella formazione della prova ha (in tutti i casi) «forza epistemica».

La conclusione è sbagliata, come lo sarebbe la conclusione opposta²¹ («il contraddittorio nella formazione della prova è un mezzo per celare la verità»), argomentata sulla base di un diverso esempio scelto *ad hoc*²².

Hanno ragione i sostenitori della tesi della «forza epistemica» quando si battono contro «il pregiudizio secondo cui “ricerca della verità” e “contraddittorio” rappresentano due valori contrapposti»²³; hanno torto quando propongono il pregiudizio opposto.

Il diritto al contraddittorio nella formazione della prova può essere esercitato per scoprire la menzogna e far emergere la verità oppure per i fini opposti. Dipende dai casi. Con una certa semplificazione, si potrebbe dire che dipende dalla condizione dell'accusato; se colpevole, è interessato a celare la verità; se innocente, ad accertarla.

Le opere di nobilitazione del contraddittorio nella formazione della prova - che avrebbe «forza euristica», «capacità epistemica», «virtù maieutica» - non

²¹ La quale pure era stata accolta, ed era assunta come base di alcune disposizioni di qualche decennio fa. V. ad es. la relazione governativa della riforma del 1955 (la c.d. «piccola riforma» realizzata con la l. 18 giugno 1955, n. 517) che, interpolando il codice Rocco, ammise l'intervento del difensore agli esperimenti giudiziari, alle perizie, alle perquisizioni domiciliari e alle ricognizioni, ma non all'interrogatorio, giustificando tale esclusione sostenendo che era doveroso permettere all'imputato di regolarsi «nel rispondere con la maggiore franchezza possibile alle contestazioni che gli vengono mosse, al di fuori di ogni preoccupazione e *suggestione derivanti dalla presenza di terzi*». Nella stessa ottica argomentava DI BLASI, voce *Difesa (in generale)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. V, Torino, 1968, 618: «non è consentito durante l'interrogatorio l'intervento del difensore, né questi è ammesso a conferire con l'imputato detenuto, se egli non sia stato interrogato. La ragione della limitazione va ricercata nelle stesse esigenze dell'istruttoria penale che, avendo il fine di accertare la verità reale dei fatti che ne formano oggetto e di assicurare obiettivamente le prove da valutare poi in dibattimento col contraddittorio della difesa, non può subire, *per ovvie ragioni*, interventi anticipati» (corsivo aggiunto).

²² Tizio, dopo aver assistito a un omicidio commesso da Caio, cittadino extracomunitario, riferisce al pubblico ministero quanto ha visto; in dibattimento un abile difensore, dopo aver posto a Tizio delle domande sul suo passato di militante in un gruppo xenofobo, riesce a convincere il giudice che il testimone ha mentito.

²³ FANUELE, *Le contestazioni*, cit., 92; FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in *Studi sul processo penale*, vol. II, Torino, 1992, 68.

sono nemmeno comprensibili, poiché non soddisfano alcuna esigenza²⁴: comunque va previsto. Al pari del diritto alla prova, del quale può essere visto come una declinazione, è il mezzo che lo stato riconosce all'innocente per rimediare all'ottica verificazionista del pubblico ministero, il quale, gravato dai compiti che la Costituzione gli affida, è fisiologicamente orientato a ricercare prove a carico e a formulare domande che verificano l'ipotesi dell'accusa. Non sempre però l'accusa è infondata, le indagini incomplete, la ricerca dell'inquirente parziale. Capita quindi che dai diritti difensivi traggano giovamento gli accusati che innocenti non sono, e che, come il loro difensore, non hanno alcun interesse alla scoperta della verità.

Per evitare questo inconveniente sarebbe provvidenziale una disposizione che riconoscesse i diritti agli accusati innocenti, e li negasse a quelli colpevoli. Prevederla comporterebbe qualche difficoltà, visto che il processo penale esiste proprio perché non si conosce la condizione degli accusati. Stabilire come il legislatore possa venir a capo del dilemma - riconoscere i diritti a tutti gli accusati, innocenti o colpevoli, oppure negarli a tutti - non è difficile. La soluzione non passa dalle opere di Socrate e dalla maieutica, dalla epistemologia della scienza o dal falsificazionismo di Popper. Si trae dall'architettura del processo penale, la presunzione di non colpevolezza, la quale impone il riconoscimento dei diritti della difesa a chiunque assuma la qualifica di accusato, e anzi, li riconosce esclusivamente a chi ha tale qualifica. Solo se si assicurano diritto alla prova, al contraddittorio, alla partecipazione alla formazione della prova a chi è accusato, si potrà formulare la presunzione che la dichiarazione di colpevolezza²⁵ sia vera, che nella sentenza di condanna sia stata rappresentata *la verità*²⁶.

²⁴ Sia consentito il rinvio a PASTA, *Tra individuo e stato: il diritto di difesa*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di Dinacci, Milano 2010, 173 ss.

²⁵ Non invece che sia vera anche la dichiarazione di non colpevolezza: assicurati i diritti della difesa anche ai colpevoli, non è certo ipotesi patologica quella del giudice fuorviato dall'attività dell'imputato o del difensore (v. par. 1).

²⁶ Lascia perplessi l'idea che la Costituzione faccia proprio un concetto di verità «che non pretende di essere *la verità*» (FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2011, 18). Al contrario, la Costituzione esige esattamente questo. Come si potrebbe conciliare con la Costituzione l'idea che la persona dichiarata colpevole e condannata non sia l'autore del reato? Il principio di personalità della responsabilità penale enunciato nell'art. 27 comma 1 Cost., così come la funzione rieducativa della pena richiedono che gli illeciti penali siano attribuiti a chi li ha commessi, che la sentenza la quale dichiara colpevole un individuo, applicandogli una pena, contenga un'affermazione che descrive quanto accaduto o, se si preferisce, formuli un'affermazione che corrisponda alla verità, termine quest'ultimo da intendere nel significato comune e intuitivo (verità come corrispondenza). Come si potrebbe «riedu-

Alle enfatiche proclamazioni che, da un punto di vista logico, si reggono su una ricognizione parziale della realtà e, da quello ideologico, sono imbevute di una cultura collettivistica che sembra dar valore ai diritti degli individui solo se questi sono strumentali al soddisfacimento di un interesse pubblico²⁷ - va sostituita la consapevolezza dei giuristi della scuola classica, liberali che non avevano alcuna difficoltà a considerare la realtà per quella che era, osservando che «delle protezioni della innocenza possono talvolta cavare profitto ancora i colpevoli. Frivolo obietto in faccia alla mia tesi, perché simile accidentalità non cambia il fine dello istituto»²⁸.

Il diritto alla partecipazione alla formazione della prova è oggi, come è sempre stato, una delle più rilevanti espressioni del diritto di difesa.

La stessa giurisprudenza costituzionale degli anni Sessanta che ne aveva riconosciuto l'esistenza aveva fatto riferimento al secondo comma dell'art. 24 Cost.²⁹. E, ancor prima, così era apparso nell'ordinamento nel cui seno era sorto: «nel 1791, entrando a far parte del *Bill of Rights* federale statunitense, la *confrontation* diventa un diritto vero e proprio, sia pure asimmetrico e "parziale". Costituzionalizzato unicamente per l'imputato, ma non per il *prosecutor*»³⁰; «equivale al (e sostanzialmente si esaurisce nel) "contraddittorio dibattimentale per la formazione della prova", identificabile nel diritto

care» un individuo che non sia colpevole? È evidente che «Non avrebbe senso la "rieducazione" di chi, non essendo almeno "in colpa" (rispetto al fatto) non ha, certo, "bisogno" di essere "rieducato"». Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 721.

²⁷ Commentando la già citata Corte cost., 26 giugno 2009, n. 184, cit., la quale aveva osservato che «il principio del contraddittorio nel momento genetico della prova rappresenta precipuamente [...] uno strumento di salvaguardia del rispetto delle prerogative dell'imputato», un autorevole giurista rilevò come (corsivo aggiunto) l'idea che il diritto di difesa ed il contraddittorio siano stati ricondotti «in via principale se non esclusiva [...] ad una finalità di tutela della posizione processuale dell'imputato [...] sarebbe assai riduttiva - ed anzi stravolgente sul piano concettuale», e che «sembrerebbe quanto meno azzardato fermarsi ad una simile constatazione, degradando così la portata di quel principio dal rango di regola metodologica per l'accertamento dei fatti nel processo penale [...] al più modesto rango di garanzia pressoché esclusivamente strumentale alla salvaguardia delle (sole) prerogative dell'imputato» (GREVI, *Basta il solo «consenso dell'imputato» per utilizzare come prova le investigazioni nel giudizio abbreviato?*, in *Cass. pen.*, 2009, 3672).

²⁸ CARRARA, *Il diritto penale e la procedura penale. Prolusione al corso di diritto criminale dell'anno accademico 1873-74, nella R. Università di Pisa*, in Id., *Opuscoli*, V, Lucca, 1874, 21.

²⁹ Come osservato dagli interpreti che hanno analizzato la giurisprudenza costituzionale per individuare l'origine di questo diritto (DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, Padova, 2012, 33 ss., FANUELE, *Le contestazioni*, cit., 90, nota 74), il riferimento è sempre stato al secondo comma dell'art. 24 Cost.

³⁰ FANCHIOTTI, *Le eccezioni al contraddittorio: uno sguardo comparato*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, cit., 45.

dell'imputato ad essere posto a diretto confronto con le prove testimoniali presentate dall'avversario per poterle confutare in sua presenza, davanti al giudice, nell'oralità e immediatezza imposta dal *jury trial*³¹.

Anche in ambito europeo il diritto è sempre stato inteso esclusivamente in chiave soggettiva, sia per previsione normativa (art. 6 della Cedu), sia per pacifica interpretazione giurisprudenziale.

È improvvido il tentativo di munire di etichetta il concetto di difensore, con una visione manichea che lo vorrebbe servitore o avversario della verità. È priva di senso la ricerca che mira a stabilire una relazione tra diritto alla partecipazione alla formazione della prova e verità, o tra falsità e formazione unilaterale degli atti.

Non è infatti corretto nemmeno sostenere che gli «elementi di prova viziati dalla mancata formazione in contraddittorio potrebbero *solo* allontanare il giudice dalla verità»³². In alcuni casi la verità potrebbe essere contenuta proprio nei verbali degli atti formati unilateralmente, che solo una generalizzazione indebita consente di qualificare, sempre e comunque, come «materiale conoscitivo di riporto»³³.

Il vizio esiziale di un sistema processuale non sta nel consentire l'uso a fini di prova di atti unilateralmente formati, ma nel mancato riconoscimento del diritto dell'imputato di impedirne l'uso.

3. La più naturale delle eccezioni. Stabilito che la previsione del diritto alla partecipazione alla formazione della prova non si ricollega alla sua capacità di condurre alla verità, ma alla necessità di assicurare all'accusato lo strumento per rimediare alla visione selettiva dell'inquirente, risulta evidente come sia vana la ricerca che miri a stabilire quali siano le condizioni che rendono possibile attribuire «valore epistemologico al consenso»³⁴: l'accusato persegue, sempre e comunque, il proprio interesse (la propria libertà, la tutela del proprio patrimonio, una riduzione di pena, etc.), solo eventualmente la verità. In concreto, presta il consenso quando - sulla base di più o meno ragionevoli giudizi prognostici formulati con il difensore - ne trae dei benefici, non

³¹ FANCHIOTTI, *Le eccezioni al contraddittorio*, cit., 47.

³² In questi termini invece MAZZA, *Le deroghe costituzionali*, cit., 656.

³³ GIOSTRA, *Problemi irrisolti e nuove prospettive per il diritto di difesa: dalla registrazione delle notizie di reato alle indagini difensive*, in *Pol. dir.*, giugno 1997, 179.

³⁴ GIOSTRA, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Quest. giust.*, 2001, 1136.

quando riconosce «che l'esito di un esperimento gnoseologico eventualmente condotto unicamente dalla controparte corrisponde a ciò che sarebbe ottenibile con la propria partecipazione all'attività di reperimento del dato conoscitivo»³⁵. Non convince l'idea che «se l'imputato [...] dà il suo consenso ad utilizzare come prova le dichiarazioni raccolte dal pubblico ministero da una persona informata sui fatti, evidentemente ritiene che l'esame della stessa in contraddittorio non apporterebbe, nel caso di specie, risultati diversi da quelli al cui utilizzo presta il consenso»³⁶. Talvolta l'imputato presta il proprio consenso proprio perché ritiene che l'esame della persona apporterebbe risultati molto diversi. Per esempio perché il dichiarante riferirebbe molto più di quanto contenuto nel verbale di sommarie informazioni, redatto da inquirenti sciatti o all'oscuro di alcuni aspetti della vicenda per la quale indagano.

D'altra parte si potrebbe parlare a lungo dei motivi che, nella prassi, potrebbero indurre l'imputato a prestare il consenso³⁷, tutti comunque accomunati dalla logica dell'interesse. La ragione giuridica è una, e una sola. All'imputato è riconosciuto il diritto alla partecipazione alla formazione della prova e il legislatore costituzionale ha ritenuto opportuno attribuire al titolare del diritto il potere di rinunciarvi³⁸ - decisione non inevitabile, ma nemmeno irragionevole, poiché l'efficacia del diritto di partecipazione alla formazione della prova dipende in larga parte dalle conoscenze dell'accusato e dalla sua volontà di servirsi: affinché un controesame possa essere efficacemente condotto, infatti, è necessario conoscere ciò che solo l'accusato sa. Solo «il diretto interessato è normalmente in grado di rilevare la falsità di una circostanza narrata dal teste d'accusa, di suggerire domande e/o proporre verifiche; solo l'imputato è in grado di portare quel contributo di conoscenze rilevanti per la ricostruzione del fatto storico»³⁹; l'imputato, «“colpevole o no”, detiene conoscenze di rilevanza decisiva ai fini dell'esito del processo»⁴⁰.

³⁵ Così invece UBERTIS, voce *Giusto processo (dir. pen. proc.)* in *Enc. dir.*, Ann., vol. II, tomo I. Milano, 2008, 440.

³⁶ GIOSTRA, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Bari, 2020, 68.

³⁷ Per alcuni di questi, v. par. 10.

³⁸ È noto il motivo storico per cui la prima deroga è stata prevista: dare una copertura costituzionale al patteggiamento e al giudizio abbreviato.

³⁹ GAITO, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea*, in *Procedura penale e garanzie europee*, a cura di Gaito, Torino, 2006, 57.

⁴⁰ DI CHIARA, *L'imputato e il diritto di difesa: il telaio dell'art. 24 Cost. e il «nuovo» catalogo dei diritti dell'accusato*, in Fiandaca, Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, 270.

I diritti che l'ordinamento riconosce all'accusato in ambito probatorio – il diritto alla prova, alla partecipazione alla formazione della prova – sono dunque garanzie la cui efficacia dipende dalle conoscenze e dalla volontà dell'accusato. Qualora l'ordinamento volesse prevedere la possibilità di una rinuncia, si dovrebbe orientare verso queste.

I sostenitori della tesi della «forza euristica» hanno obiettato che «il contraddittorio quale garanzia metodologica e il contraddittorio quale prerogativa abdicabile del diritto di difesa non sono realtà compatibili: ciò che attiene ai caratteri connotativi della giurisdizione non può essere nella disponibilità della parte. A nessuno verrebbe in mente di sostenere che la garanzia dell'imparzialità del giudice o della motivazione della sentenza sia un diritto rinunciabile dall'imputato»⁴¹.

A queste due garanzie non si può e non si deve rinunciare. Ma le garanzie, per così dire, non sono tutte uguali. Il diritto a essere giudicato da un magistrato imparziale e l'obbligo di motivazione ben possono essere assicurati a prescindere dalle conoscenze e dalla volontà dell'imputato. Altri sono i soggetti che devono assicurarne l'efficacia. Per i diritti che si esercitano in ambito probatorio tutto cambia. Quello della partecipazione alla formazione della prova è un diritto che deve essere riconosciuto per poter rimediare all'ottica verificazionista del pubblico ministero, e solo l'imputato è nelle condizioni ottimali per valutare se il controesame non sia necessario, se siano opportune delle ulteriori domande, se la garanzia che l'ordinamento gli offre può essergli *utile* (per accertar la verità o per farla svanire).

Come ebbe ad affermare con chiarezza esemplare il Giudice delle leggi, «l'ordinamento, mentre garantisce le condizioni per l'esperimento attivo del diritto di difesa, non ha preteso (e non poteva pretendere) di trasformare tale diritto in un dovere, la cui incoercibilità rappresenta, oltre che un dato di fatto, l'immediato risvolto di una inviolabilità che comprende sicuramente anche la piena libertà di scelte difensive»⁴².

Ben avrebbe potuto il legislatore costituzionale omettere di prevedere una norma che consentisse all'imputato di rinunciare al diritto alla partecipazione alla formazione della prova; nel singolo processo l'accusato – non volendo servirsi di quella garanzia – avrebbe potuto evitare di esercitarla.

⁴¹ GIOSTRA, *Analisi e prospettive*, cit., 1129.

⁴² Corte cost., 10 ottobre 1979, n. 125, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, 1368, con nota di MAIORCA, *Un'occasione mancata: la sentenza della Corte costituzionale sul «rifiuto di difesa*.

Ma se si vuole prevedere in via legislativa la possibilità di una rinuncia⁴³, come pure la Corte europea dei diritti dell'uomo consente⁴⁴, l'ambito probatorio è il terreno elettivo. Tra quelle previste nel quinto comma dell'art. 111 Cost., quella del consenso è l'unica eccezione priva di inconvenienti, proprio perché incentrata sulla volontà del titolare del diritto: nel caso delle altre due il conflitto tra esigenza di accertamento e diritto alla partecipazione alla formazione della prova viene imperativamente risolto dal legislatore costituzionale in favore della prima. Nel caso del consenso un conflitto nemmeno si pone, perché il soggetto che, meglio di chiunque altro, può esercitare il diritto alla partecipazione alla formazione della prova, decide di rinunciarvi. Negli altri casi l'imputato *subisce*, in questo *sceglie*. Volendo stabilire una eccezione, non ne esisteva una più naturale.

4. (segue) *Una manifestazione di volontà antecedente all'utilizzo degli atti unilateralmente formati*. È pacifico che quando l'imputato manifesta il consenso deve conoscere gli atti in relazione ai quali esprime questa sua volontà, i quali dunque non possono che essere già stati formati⁴⁵. Diversamente il consenso non sarebbe «consapevole» (a rigore, nemmeno si dovrebbe parlare di «consenso consapevole», essendo l'unico tipo di consenso immaginabile).

⁴³ Sul tema, v. DINACCI, *Procedimenti speciali tra spinte all'omologazione ed esigenze di differenziazione*, *La giustizia penale differenziata*, I, *I procedimenti speciali*, vol. II, a cura di Giunchedi, Santoriello, Torino, 2010, 735; FONTI, *Vizi della volontà e giustizia penale negoziata*, in *La giustizia penale differenziata*, cit., 713; GIUNCHEDI, *Introduzione allo studio dei procedimenti speciali*, Padova, 2018, 87; MONTAGNA, voce *Giustizia penale differenziata*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Agg. 2014, Torino, 312.

⁴⁴ Come ricordano, tra gli altri, CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010, 191, NEGRI, *Deroghe al contraddittorio e consenso delle parti*, in *I principi europei sul processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 481 ss, e MARZADURI, *La prova negoziata*, cit., 201, e VALENTINI, *Contraddittorio, oralità, immediatezza*, in *I principi europei sul processo penale*, cit., 455, la giurisprudenza europea permette di rinunciare alle garanzie previste dalla Convenzione. Come ribadito in più occasioni, «ai sensi della sua giurisprudenza, né la lettera, né lo spirito dell'articolo 6 §§ 1 e 3 d) della Convenzione impediscono ad una persona di rinunciare spontaneamente alle garanzie ivi consacrate in maniera espressa o tacita, ma una simile rinuncia non deve essere equivoca e non deve urtare contro nessun interesse pubblico importante (Hakansson e Sturesson c. Svezia, sentenza del 21 febbraio 1990, serie A no 171-A, pag. 20, § 66, e K&&. c. Italia, decisione prima citata)» (Corte eur., sent. 5 dicembre 2002, Craxi c. Italia, § 91; v. anche Corte eur. 20 ottobre 2015, Dvorski c. Croazia, ric. 25703/11, § 100). È stato anche espressamente affermato che è rinunciabile il diritto a interrogare o a far interrogare i testimoni a carico (Corte eur., 13 aprile 2006, Vaturi c. Francia, § 53; Corte eur., 18 dicembre 2018, Murtazaliyeva c. Russia, § 118).

⁴⁵ GIOSTRA, *Prima lezione*, cit., 68.

Per un corretto inquadramento, è però utile adottare anche una prospettiva diversa, spostando l'attenzione dall'oggetto in relazione al quale il consenso viene manifestato, al momento in cui il giudice utilizza l'atto⁴⁶. Perché è indubbio: con il proprio consenso l'imputato rinuncia al diritto alla partecipazione alla formazione della prova; rende prova ciò che non lo sarebbe stato.

La puntualizzazione è necessaria per porre a fuoco un problema talvolta trascurato: quello del rapporto cronologico tra manifestazione del consenso e attività a cui si acconsente. Ci si chiede dunque se il consenso debba necessariamente precedere l'attività permessa o possa anche essere manifestato in seguito. La risposta non è difficile. Non serve nemmeno indulgiare in parallelismi con altri rami dell'ordinamento, considerando per esempio l'interpretazione dell'art. 50 c.p.: basta pensare al linguaggio quotidiano.

Se un furto viene realizzato, o una persona viene palpeggiata, ci si può chiedere se, dopo la commissione del fatto, la vittima può «prestare il consenso» alla sottrazione e all'impossessamento del bene o all'atto sessuale? Sarebbe bizzarra la domanda di chi, dopo essere entrato nella casa di un estraneo, al suo arrivo, gli chiedesse di acconsentire all'accesso. Sarebbe interessante assistere alla reazione, se l'intruso avesse l'accortezza di precisare che il consenso che chiede è «differito», «postumo».

Mentre si può certamente parlare di «consenso» quando la manifestazione di volontà dell'accusato è espressa *prima* dell'utilizzazione da parte del giudice degli elementi probatori, non si può certamente parlare di «consenso» quando l'elemento unilateralmente formato è già stato utilizzato. Non si può acconsentire a quanto è già accaduto. Lo si potrà «approvare», «avallare», si potrà «prestare acquiescenza». «Ratifica», «convalida» guardano, per così dire, al passato, presuppongono un'attività già svolta. «Consenso», al pari di «autorizzazione», no. È rivolto al futuro, e chi lo manifesta assume che ci sia un'attività da compiere, non già compiuta.

«Consenso» e «acquiescenza» sono entrambi riconducibili alla più ampia categoria della «manifestazione della volontà», concetto che non presuppone una specifica scansione cronologica, implicata invece dagli altri due concetti:

⁴⁶ Se si adotta la prima prospettiva, è corretto sostenere che il consenso «non può mai essere prestato in via preventiva» GIOSTRA, *Prima lezione*, cit., 68 (è manifestato in relazione ad atti già formati). Lo stesso enunciato, come si vedrà a breve, diventa scorretto se si adotta la seconda prospettiva: il consenso non può che essere manifestato *prima* del compimento dell'attività a cui si acconsente.

manifestazione di volontà che viene espressa prima che l'attività sia realizzata («consenso»), oppure dopo («acquiescenza»⁴⁷).

«Consenso differito», «consenso successivo», «consenso postumo», sono espressioni adottate dai giuristi e dalle corti per interpretare la disciplina del procedimento per decreto⁴⁸; designano pseudoconcetti che vengono utilizzati solo in virtù dell'astrattezza dei discorsi giuridici, così come «rieducazione degli imputati»⁴⁹, «immediatezza differita»⁵⁰ o anche «contraddittorio implicito», «contraddittorio impossibile» o «contraddittorio inquinato»⁵¹. Si tratta di pseudoconcetti, combinazioni di parole accostate a casaccio, prive di significato. Sono espressioni usate per sostenere le più varie tesi in ragione della loro inafferrabilità, della capacità mimetica del linguaggio giuridico. Quando si parla di entità esistenti nella realtà (animali, strumenti musicali, fiori, frutti) o di concetti immateriali ben definiti (esagono, ventisette), questi imbrogli verbali non sono possibili. Non riescono. Quando si utilizzano questi pseudoconcetti si fatica a vedere ciò che non sfuggirebbe se si parlasse di «polli quadrupedi» o di «circonferenza dei rettangoli». Il consenso è preventivo, o non è. La rieducazione ha come destinatario un colpevole, altrimenti non è. L'immediatezza è percezione diretta della formazione della prova, altrimenti

⁴⁷ A una sentenza che è già stata pronunciata si presta «acquiescenza», non si manifesta il «consenso».

⁴⁸ Anziché seguire «una rigorosa interpretazione della formula normativa», che avrebbe legittimato «soltanto [i] modelli processuali (quali sono, per esempio, quelli del giudizio abbreviato e dell'applicazione della pena a richiesta) in cui il consenso dell'imputato precede il momento dell'acquisizione al processo e, quindi, dell'utilizzazione in sentenza della prova raccolta *inaudita altera parte*», si è suggerito di attribuire all'espressione contenuta nel quinto comma dell'art. 111 Cost. un significato più ampio, che includesse anche «un consenso soltanto successivo, in chiave di acquiescenza, rispetto ad una decisione adottata sulla scorta di prove acquisite in via unilaterale» (GREVI, *Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 845-846). Ideando il concetto di «consenso differito», «consenso successivo», o «consenso postumo», si evitava di decretare la fine del procedimento monitorio, ritenuto altrimenti incompatibile con il quarto comma dell'art. 111 Cost. Questa interpretazione, accolta in dottrina, è stata seguita anche dal Giudice delle leggi (Corte cost., 4 febbraio 2003, n. 32, in *Cass. pen.*, 2003, 1888).

⁴⁹ Sia consentito il rinvio a PASTA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e "rieducazione degli imputati": coniato dalla semantica e dalla logica dualista del processo*, in *Cass. pen.*, 2019, 2330.

⁵⁰ Espressione con la quale si vorrebbe indicare la visione della videoregistrazione delle udienze istruttorie tenutesi innanzi al giudice sostituito; ci si permette di rinviare a DINACCI, PASTA, *Il dibattito tra organizzazione ed euristica processuale*, in *Il nuovo processo penale. Giudizio, impugnazioni, esecuzione e giustizia riparativa*, a cura di Bricchetti, Varraso, Milano, 2024, 40.

⁵¹ Con questi termini UBERTIS, voce *Giusto processo*, cit. 440, descrive le tre eccezioni indicate nel quinto comma dell'art. 111 Cost.

non è. La prova è assunta in contraddittorio quando le parti hanno partecipato alla sua formazione, altrimenti non è⁵².

Quando s'interpretano disposizioni, non si compongono sonetti, e i «grandi maestri di zecca, coniatori di termini»⁵³ dovrebbero procedere con circospezione. Altrimenti si finisce per credere che si abbia consenso alla formazione della prova in contraddittorio quando si ha acquiescenza (della quale l'art. 111 Cost. non parla), che si possano «rieducare» gli accusati e non i colpevoli, che sia rispettato il principio di immediatezza quando, come al cinema, si osserva un filmato.

5. (segue) Una manifestazione di volontà libera. Affinché sia possibile parlare di «consenso», la manifestazione di volontà deve essere non solo antecedente all'attività autorizzata, ma anche libera. Tale non sarebbe – secondo alcuni – quella condizionata dall'offerta di benefici.

Si è affermato che i riti premiali introdotti dal legislatore fin dal 1988 trasformerebbero un consenso che dovrebbe essere «libero» in «consenso premiato»: «l'accesso ai riti speciali lega indissolubilmente il consenso all'impiego della piattaforma probatoria rappresentata dalle risultanze delle indagini preliminari con l'aspettativa di guadagnare in tal modo una riduzione della pena»⁵⁴; la «promessa del beneficio sanzionatorio compromette il requisito della spontaneità, perché esaspera il ruolo dei fattori che ordinariamente pesano sulla volontà dell'imputato, specie di quelli – riconducibili allo stato di soggezione processuale – capaci di accrescerne in misura incisiva la vulnerabilità»⁵⁵.

⁵² In questi casi si indica qualcosa che, per essere definito in un certo modo, richiede la presenza di determinate condizioni; se ne leva una e si aggiunge un attributo sostenendo che tale concetto rimane strutturalmente inalterato. Verrebbe subito svelato l'inganno della persona che dicesse: «“vertebrato” è “l'animale fornito di colonna vertebrale”; i molluschi ne sono privi; coniamo per i molluschi l'espressione “vertebrati senza colonna vertebrale”». Ma gli animali che non hanno la colonna vertebrale non sono «vertebrati». E allora perché parlare di «contraddittorio implicito» quando a mancare è l'assunzione della prova in contraddittorio, di «immediatezza differita», quando il giudice non percepisce direttamente la prova nel momento in cui si forma, o di «consenso postumo» quando l'attività a cui si «acconsente» è già stata compiuta?

Nel momento in cui viene meno una (una delle tante oppure l'unica) condizione essenziale di un concetto, tale concetto non può più essere nominato usando l'espressione che designava il diverso concetto che presupponeva ciò che è stato tolto.

⁵³ L'espressione è di LOCKE, *Saggio sull'intelligenza umana* [1690], parte III, cap. X, Milano, 2008, 552.

⁵⁴ MAZZA, voce *Contraddittorio (principio del) (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir., Ann.*, VII, 2014, Milano, 258.

⁵⁵ SANNA, *Il “patteggiamento” tra prassi e novelle legislative*, Padova, 2018, 20.

Per valutare se, e in quale misura, il «consenso» possa rimanere tale anche in presenza di benefici, si può analizzare l'odierna disciplina.

Con specifico riferimento al giudizio abbreviato, i sopra citati rilievi non persuadono, poiché il rito non si conclude necessariamente con l'applicazione della riduzione di pena: il giudizio abbreviato non è l'anticamera di una condanna. Il premio è meramente eventuale e, contrariamente a quanto spesso si sostiene⁵⁶, la scelta del procedimento non è necessariamente legata alla volontà di beneficiarne, ma ben può essere connessa a tutt'altre ragioni, quali la volontà di cristallizzare un quadro probatorio incompleto, evitare un dibattimento in cui l'istruttoria potrebbe far emergere delle circostanze aggravanti o ulteriori reati, impedire il contatto tra un testimone che si sa essere molto convincente, con il giudice, vere o false che siano le parole del dichiarante; oppure per giungere immediatamente a una pronuncia assolutoria suscettibile di diventare irrevocabile. Il giudizio abbreviato non è la tomba in cui si tumula il diritto di difesa. Anzi, la decisione di servirsene è una modalità di esercizio del diritto enunciato nel secondo comma dell'art. 24 Cost.⁵⁷.

Tratto essenziale dell'abbreviato non è la riduzione di pena, ma l'utilizzo, ai fini della decisione, del fascicolo delle indagini. Mentre è ragionevole credere che l'imputato nei cui confronti è stata elevata un'accusa molto solida – qualora non possa accedere a uno degli svariati procedimenti alternativi che ga-

⁵⁶ Secondo MAZZA, voce *Contraddittorio*, cit., 58 «che l'imputato chieda il giudizio abbreviato insensibile al richiamo rappresentato dallo sconto fisso di pena in caso di condanna» sarebbe una «possibilità puramente teorica». Secondo BRONZO, *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*, Padova, 2017, 113, «il consenso dell'imputato esprime una scelta difensiva abdicativa al metodo del contraddittorio, che non ha alcun particolare significato epistemologico, perché la richiesta del rito speciale può essere soltanto un modo per ridurre, nella prospettiva dello sconto di pena, i rischi di un eventuale esito sfavorevole del giudizio».

⁵⁷ È sufficiente leggere la *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2022* del Primo Presidente della Corte Suprema di Cassazione, Pietro Curzio, Roma, 26 gennaio 2023, per avvedersi che nei due anni considerati le assoluzioni emesse nel giudizio abbreviato, pur meno frequenti di quelle pronunciate nel giudizio ordinario, non sono certo una percentuale trascurabile: sono circa la metà di quelle emesse con il rito ordinario.

Nell'anno 2020/2021 nei giudizi ordinari (164.088) le assoluzioni sono state il 54,8%, le condanne il 36,8% e le sentenze promiscue l'8,4%; nei giudizi abbreviati (in sede di ordinario) (13.499) le assoluzioni sono state il 26,8%, le condanne il 64,9% e le sentenze promiscue l'8,4%.

Nell'anno 2021/2022 nei giudizi ordinari (188.372) le assoluzioni sono state il 55,3%, le condanne il 36,4% e le sentenze promiscue l'8,3%; nei giudizi abbreviati (in sede di ordinario) (15.782) le assoluzioni sono state il 27,3%, le condanne il 63,8% e le sentenze promiscue l'8,8%.

rantiscono benefici maggiori – opererà per il giudizio abbreviato⁵⁸ (sempre che sia possibile), è scorretto sostenere il contrario, ossia che l'accusato il quale richiede il rito è quasi certamente colpevole⁵⁹.

Più in generale, in relazione ai procedimenti che garantiscono un qualche beneficio, i rilievi, non persuadono, sempre che il premio che il legislatore assicura in caso di manifestazione del consenso non assuma dimensioni esorbitanti. Per una ragione banale: una condanna a una pena ridotta rispetto a quella che sarebbe stata inflitta in dibattimento è comunque peggiore di una assoluzione. Se un accusato è innocente ed è consapevole di poter giungere a una sentenza di assoluzione, non opta per il patteggiamento, solo perché beneficerebbe di una riduzione di pena⁶⁰. L'incentivo che l'ordinamento fornisce per rinunciare al diritto alla formazione della prova non è di un'entità tale da stravolgere la logica del processo penale.

Perché mai un imputato dovrebbe accordarsi con l'inquirente per chiedere al giudice l'emissione di una sentenza che gli applica una pena? L'uomo della strada, così come un buon numero di giuristi, e non pochi giudici della Corte di cassazione, rispondono nello stesso modo: non c'è imputato innocente che si lasci ammaliare dalla consistenza dello sconto garantito dal rito; nessuno accetterebbe una pena di tre anni ridotta a due, se non ne meritasse alcuna.

⁵⁸ Negli anni 2020/2021 e 2021/2022 nei giudizi abbreviati *in sede di direttissimo* le condanne sono state rispettivamente l'83,9% e l'84,4% (visti i presupposti del giudizio direttissimo, è ragionevole credere che le percentuali non sarebbero state molto diverse se l'accusato avesse percorso la via dell'ordinario).

⁵⁹ La qual cosa è implicata nel momento in cui si afferma che la scelta è guidata dalla volontà di beneficiare del premio.

⁶⁰ Al riguardo si potrebbe formulare un rilievo incentrato sulla distinzione tra piano ontologico e piano epistemologico (non conta ciò che è, ma ciò che si sa): è possibile ipotizzare che un accusato innocente appaia, per i più vari motivi, colpevole sulla base di un ragionevole esame degli atti. In questo caso la strategia migliore dell'accusato razionale, in grado di perseguire il proprio interesse, è quella di rassegnarsi, minimizzare i danni, e chiedere il patteggiamento. Egli è consapevole di non aver commesso il reato, ma sa anche di non aver alcun modo per dimostrare che all'apparenza non corrisponde la realtà. La sentenza di patteggiamento emessa a suo carico sarà senz'altro «acognitiva».

L'esempio non è irrealistico come altri, tradizionalmente usati per illustrare alcune teorie del diritto penale, e anzi, sembra ragionevole ipotizzare che si siano verificati più volte casi analoghi a questo. Sarebbe però adatto a sostenere più che la tesi della «natura acognitiva» della sentenza di patteggiamento, quella della «natura acognitiva» di tutte le sentenze di condanna: sulla base delle assunzioni dell'esempio, infatti, l'accusato verrebbe condannato anche se non optasse per il rito premiale e decidesse di proseguire con il rito ordinario.

Quello dell'imputato sciagurato, quindi, è un esempio plausibile, ma di assai scarsa utilità per le analisi del processo penale, perché le ipotesi che stanno alla sua base porterebbero ogni studioso nello sconforto.

I sostenitori della tesi della «forza euristica» hanno osservato che «ovviamente, è ragionevole supporre che a “patteggiare” siano i colpevoli e non gli innocenti. *Ma non è detto che sia sempre così*. A orientare l'imputato verso l'accettazione di una pena ridotta possono influire diversi fattori, indipendenti dalla colpevolezza: gli onorari dell'avvocato, la sofferenza che inevitabilmente determina il processo, la scarsa fiducia nella giustizia e, persino, la scelta, più o meno libera, di “coprire” responsabilità altrui»⁶¹.

È probabile sia così. È ragionevole credere che, sull'infinito numero di sentenze di patteggiamento emesse negli ultimi trent'anni, si siano avuti casi di imputati che hanno deciso di accedere al patteggiamento per non sobbarcarsi l'onorario dell'avvocato o per evitare di incolpare il figlio, reale responsabile dell'illecito. Ma si tratta di casi residuali, statisticamente insignificanti, inidonei a fondare una tesi giuridica (*Hard Cases Make Bad Law*, secondo il noto aforisma attribuito al grande giudice-giurista Oliver Wendell Holmes). Altrimenti argomentando, ogni disciplina, ogni interpretazione, diverrebbe impossibile: ben si potrebbe sostenere che l'oralità non è una garanzia, ma una trappola, in cui cadrebbe il giudice ingannato dal testimone-accusatore che dice il falso in modo molto convincente, grazie alla spiccata vocazione attoriale, che la previsione delle investigazioni difensive è stata una sciagura perché qualche difensore ha certamente verbalizzato il falso («*Indagini difensive: via libera all'«inquinamento» del processo*»⁶²), o che quella giurisdizionale è una funzione da abolire perché alcuni giudici sono stati corrotti.

Come è evidente, si è di nuovo innanzi alla fallacia di accidente converso⁶³.

Con ciò, non si vuole concludere che le disposizioni che assicurano un premio all'accusato per indurlo a rinunciare al diritto previsto dal quarto comma dell'art. 111 Cost. non pongano un problema di compatibilità con le norme costituzionali. S'intende solo dire che il problema non si pone in relazione

⁶¹ FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 26-27 (corsivo aggiunto).

⁶² MADDALENA, *Indagini difensive: via libera all'«inquinamento» del processo*, in *Cor. giur.*, 2001, 3, 287.

⁶³ Chi si serve di esempi analoghi a quello formulato per sostenere che «il patteggiamento è «acognitivo» ricava una regola generale, o attribuisce una qualifica, sulla base di un'evidenza inadeguata, perché il campione preso in considerazione non è rappresentativo. Si suppone che un giudizio, vero in un caso particolare, sia vero per la generalità dei casi: siccome è prospettabile il caso dell'imputato innocente che chiede il patteggiamento per evitare la pubblicità del dibattimento (*in quel caso*, dunque, la sentenza di patteggiamento è «acognitiva»), si conclude che «le sentenze di patteggiamento sono acognitive».

all'osservanza del «consenso dell'imputato» menzionato dal quinto comma dell'art. 111 Cost., che resta libero.

Il problema sta altrove: nei tre procedimenti premiali fin dal 1988 previsti nel codice la commisurazione della pena è stata «differenziata secondo criteri che non hanno a che fare né con la gravità del reato, né con la colpevolezza dell'autore: la riduzione di pena per la scelta del rito (o per la mera accettazione del rito nel caso di decreto non opposto) è fuori e contro i criteri della proporzione retributiva. È pure fuori dall'ottica della prevenzione speciale: la scelta (o accettazione) d'un rito semplificato non ha, di per sé, alcun significato per la valutazione della personalità dell'imputato e dell'eventuale “bisogno di pena”»⁶⁴: «la scelta dell'imputato riflette, di regola, un mero calcolo di opportunità, del tutto inidoneo a proiettare una luce favorevole sulla prognosi relativa al comportamento futuro del soggetto»⁶⁵.

Per tentare di sostenere che i benefici accordati con questi riti sono compatibili con il principio di uguaglianza, qualcuno potrebbe provare ad affermare che, in fin dei conti, l'accesso a questi procedimenti è offerto indistintamente a tutti: salvo le categorie di individui esclusi dalla legge sulla base di criteri generali (es. nel patteggiamento allargato i delinquenti abituali), chiunque può beneficiare della riduzione di pena accedendo a questi riti. Leggendo congiuntamente la disciplina processuale con quella penale, si potrebbe sostenere che la pena per l'omicidio è la reclusione non inferiore ad anni quattordici per tutti gli imputati che optano per il rito abbreviato, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

La fragilità di una simile tesi è però evidente: non spiega le ragioni per le quali per tutti gli imputati che scelgono il dibattimento la pena per l'omicidio volontario torna a essere la reclusione non inferiore ad anni ventuno, come se chi decidesse d'avvalersi dei diritti che la Costituzione garantisce fosse meritevole d'un aggravamento di pena.

Riti premiali e Costituzione non sono conciliabili. Nonostante ciò, nessuno di questi procedimenti è stato rimosso dal codice dalla Corte costituzionale. Sebbene il Giudice delle leggi si sia pronunciato in numerosissime occasioni, dichiarando incostituzionali varie disposizioni che regolavano questi riti, mai è

⁶⁴ PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 516.

⁶⁵ DOLCINI, *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale? Nota a margine dell'art. 444 c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 807.

giunto a pronunciare una sentenza che rimuovesse uno di questi procedimenti dal codice per violazione delle norme costituzionali sulla funzione della pena o del principio di uguaglianza⁶⁶.

6. (segue) *La legittimazione a manifestare il consenso.* Un'altra questione problematica, ma per la quale una soluzione è possibile, concerne l'identità del soggetto legittimato a manifestare il «consenso dell'imputato».

Il dubbio riguarda la possibilità di attribuire al difensore la legittimazione a manifestare il «consenso dell'imputato» ovvero di riservarla al solo imputato. Non invece la possibilità di attribuire la legittimazione a manifestare il consenso ad altre parti, estranee al polo difensivo, delle quali il quinto comma dell'art. 111 Cost. proprio non parla.

Taluni interpreti, infatti, accolta la tesi della «forza euristica», sostengono che il quinto comma dell'art. 111 Cost. sarebbe un'«improvvida disposizione»⁶⁷, poiché prevede che si possa derogare al «principio del contraddittorio nella formazione della prova» sulla base del solo «consenso dell'imputato». Per evitare di «spingere l'interprete a disconoscere la dimensione pubblicistica del contraddittorio come garanzia epistemica»⁶⁸ - proseguono - sarebbe necessario fornire una lettura che consenta di risolvere quella che altrimenti sarebbe «una aporia interna al sistema costituzionale del “giusto processo”»⁶⁹.

Premesso che «sarebbe grottesco, seppur formalmente in linea con la previsione costituzionale, autorizzare l'imputato a prestare il suo consenso alla metamorfosi probatoria degli atti di investigazione difensiva»⁷⁰, si afferma che «la rinuncia consensuale alla formazione in contraddittorio della prova ne può essere valido succedaneo se proviene dagli stessi soggetti che sarebbero stati

⁶⁶ Il problema oggi è meno avvertito di quanto non lo fosse nei primi anni di vigenza del codice. Ma, forse, non in ragione della solidità degli argomenti avanzati dagli interpreti inclini a ritenere compatibili riti premiali e funzione generalpreventiva della pena. È infatti vero che nei primi anni Novanta la Corte costituzionale rigettò le questioni di legittimità costituzionale sollevata riguardo alla disciplina del patteggiamento (C. cost., 2 luglio 1990, n. 313, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1588) ma solo per evitare «di assumersi una responsabilità gravida di implicazioni dal punto di vista politico criminale: la responsabilità di affossare un rito, dal cui buon esito si reputa[va] dipend[esse] in non piccola misura il successo dell'intera riforma processuale» (FIANDACA, *Pena «patteggiata» e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it.*, I, 2387).

⁶⁷ GREVI, *Ancora su contraddittorio e investigazioni difensive nel giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2010, 1290.

⁶⁸ FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 143.

⁶⁹ GREVI, *Basta il solo consenso*, cit., 3679.

⁷⁰ FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 143.

protagonisti del contraddittorio»⁷¹. Dunque, «sebbene l'art. 111 Cost. riferisca il consenso al solo imputato, gli interpreti sono concordi nel superare quello che viene giudicato un infortunio linguistico del legislatore costituzionale e nell'estendere la previsione a ogni soggetto processuale»⁷².

Ben si comprende che se non si condivide la tesi della «forza euristica», la palese e dichiarata manipolazione del testo della Costituzione diventa inammissibile.

Il quinto comma dell'art. 111 Cost. prevede che il legislatore debba consentire al soggetto nei cui confronti l'accusa è stata elevata di rinunciare al diritto alla partecipazione alla formazione della prova, che è riconosciuto in quanto rimedio all'ottica verificazionista dell'inquirente⁷³: nel più asimmetrico dei processi, viene così escluso che, senza il consenso dell'imputato⁷⁴, possano essere utilizzati come prova atti unilateralmente formati dal pubblico ministero⁷⁵, organo pubblico munito di poteri coercitivi in quanto incaricato di esercitare l'azione penale (art. 112 Cost.) e sovvertire la presunzione di non colpevolezza (art. 27, comma 2, c.p.p.).

La lettura secondo cui «consenso dell'imputato» significherebbe «consenso dell'imputato e delle altre parti» non ha dunque pregio.

⁷¹ GIOSTRA, *Analisi e prospettive*, cit., 1136. In senso analogo, tra i tanti, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice Rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, in *Cass. pen.*, 2001, 3217; MARZADURI, *La prova negoziata*, cit., 200.

⁷² MAZZA, *Le deroghe costituzionali*, cit., 652. In questo senso, v. anche CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Milano, 2010, 588: siccome «il contraddittorio può essere validamente rimpiazzato solo da procedure di acquisizione della prova che offrano corrispondenti garanzie di attendibilità», allora «il consenso all'uso processuale dell'atto investigativo soddisfa evidentemente tale requisito solo se prestato da soggetti che avrebbero interesse a contestare i contenuti dell'atto, [e che allora] la locuzione "consenso dell'imputato" di cui all'art. 111 comma 5 andrebbe intesa come consenso delle parti».

⁷³ V. il par. 2.

⁷⁴ O delle altre due situazioni indicate nel quinto comma dell'art. 111 Cost.

⁷⁵ Sotto questo aspetto, colgono nel segno le considerazioni di chi sottolinea l'importanza della «regola di esclusione di ogni elemento conoscitivo non acquisito dialetticamente» ricavabile dal quarto comma dell'art. 111 Cost. (MAZZA, voce *Contraddittorio*, cit., 255). Al riguardo, è stata chiarissima anche la giurisprudenza costituzionale, la quale ha osservato che l'art. 111, comma 4 Cost. ha attribuito risalto al principio del contraddittorio «nella prospettiva della impermeabilità del processo, quanto alla formazione della prova, rispetto al materiale raccolto in assenza della dialettica tra le parti» (C. cost., ordinanza, 26 febbraio 2002, n. 36, in *Giur. cost.*, 2002, 324-325), precisando che «alla stregua di siffatta opzione, appare del tutto coerente la previsione di istituti che mirino a preservare la fase del dibattimento - nella quale assumono valore paradigmatico i principi della oralità e del contraddittorio - da contaminazioni probatorie fondate su atti unilateralmente raccolti nel corso delle indagini preliminari» (C. cost., 26 febbraio 2002, n. 36, in *Giur. cost.*, 2002, 2725).

Vista l'espressione usata nel quinto comma dell'art. 111 Cost., il dubbio concerne la possibilità per il legislatore di riservare la legittimazione a manifestare il consenso al solo imputato oppure estendere tale possibilità all'altro soggetto del polo difensivo, il suo difensore.

A prima vista, una lettura rigidamente formale del quinto comma sembrerebbe condurre alla prima soluzione; molti dei diritti riconosciuti all'accusato però sono tradizionalmente esercitati dal difensore, il quale, con l'assistito, forma una sorta di «polo difensivo» contrapposto all'accusa.

Se non c'è dubbio che nel secondo comma dell'art. 27 Cost. con il termine «imputato» ci si riferisce esclusivamente alla persona sottoposta a processo, è ragionevole credere che «la persona accusata di un reato» menzionata nel terzo comma dell'art. 111 Cost. sia espressione che vada intesa in senso ampio, e debba essere tendenzialmente riferita a entrambi i membri del polo difensivo. Nessuno ha mai obiettato alcunché per il fatto che il legislatore abbia attribuito al difensore privo di procura speciale il diritto di formulare richieste di prova al giudice del dibattimento, attuazione del diritto di «ottenere [...] l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore». E anzi, in molte occasioni, è opportuno che i diritti espressamente riconosciuti all'accusato siano esercitati *esclusivamente* dal difensore⁷⁶.

Svolte queste premesse, è possibile tentare di stabilire il significato del termine «imputato» contenuto nel quinto comma dell'art. 111 Cost.

Aiuta la giurisprudenza costituzionale, che ha già affrontato la questione proprio in relazione alla disciplina dell'acquisizione concordata.

All'indomani della riforma sul giusto processo il Giudice delle leggi è stato chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale degli artt. 493, comma 3, e 495 c.p.p. nella parte in cui non prevedevano che l'imputato esprimesse il consenso personalmente o a mezzo di procuratore speciale, in vista dell'acquisizione al fascicolo per il dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero⁷⁷. La Corte aveva dichiarato la manifesta infondatezza della questione osservando, tra l'altro, che la giurisprudenza costituzionale ha

⁷⁶ Applicando direttamente il terzo comma dell'art. 111 Cost., Trib. Cagliari, ord. 9 giugno 2000, Porcu, in *Foro it.*, 2001, II, 50, aveva riconosciuto all'imputato il diritto di condurre personalmente il controesame. Commentando la pronuncia, fortunatamente rimasta isolata, è stato rilevato, tra l'altro, che l'esame dei testimoni e delle parti private è un atto che presuppone precise cognizioni tecniche (FILIPPI, *A proposito di «Giusto processo»: l'imputato diventa attore della cross examination?* in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1235).

⁷⁷ Corte. cost., 4 giugno 2001, n. 182, in *Giur. cost.*, 2001, 1417.

sempre ritenuto che il difensore si presenta «come “il garante dell’autonomia e dell’indipendenza dell’imputato nella condotta di causa”, in quanto unico soggetto in grado di assicurare, per l’imputato, “quelle cognizioni tecnico-giuridiche, quell’esperienza processuale e quella distaccata serenità che gli consentono di valutare adeguatamente le situazioni di causa”⁷⁸»; queste «connotazioni dell’esercizio della difesa tecnica non possono non rilevare con riferimento all’attività di richiesta di prove nel dibattimento, della quale l’accordo tra le parti, previsto nel comma 3 dell’art. 493 c.p.p. è concreta modalità di articolazione»⁷⁹.

Con questa pronuncia, dunque, la Corte ha attribuito al difensore il potere di rendere inoperativa la regola di esclusione derivante dal quarto comma dell’art. 111 Cost., acconsentendo all’uso da parte del giudice di un atto che, in assenza del consenso, non sarebbe stato qualificabile come prova.

La pronuncia è in linea con i principi enunciati da tempo dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, la quale ha attribuito al difensore il potere di rinunciare alle garanzie previste per l’accusato. Emblematica al riguardo è stata la sentenza del 18 dicembre 1989, *Kamaski c. Austria*: la deposizione scritta di una

⁷⁸ Corte. cost., 4 giugno 2001, n. 182, cit. (citando Corte. cost., 10 novembre 1989, n. 498, in *Cass. pen.*, 1990, 1254).

⁷⁹ Corte. cost., 4 giugno 2001, n. 182, cit. L’argomento della Corte è contestato da NICOLICCHIA, *Consenso del difensore all’acquisizione dibattimentale degli atti di indagine e riconoscimento delle attenuanti generiche. Riflessioni all’incrocio tra diritto e processo penale*, in *Leg. pen.*, 26.6.2020, 10 (il corsivo è aggiunto), secondo il quale, per il Giudice delle leggi, «il consenso all’acquisizione degli atti di indagine viene sbrigativamente ricondotto a mera “modalità di articolazione” della “richiesta di prove nel dibattimento”, attività in cui “il ruolo tecnico del difensore assume un essenziale e pressoché esclusivo risalto”. Si arriva così a delineare un’impropria connotazione paternalistica alla funzione del legale, il cui assenso viene dotato di una singolare efficacia taumaturgica, capace di ammantare di aprioristica legittimità le scelte tecniche dal medesimo operate *senza necessità di vagliare la loro effettiva incidenza sulle prerogative fondamentali dell’assistito*». I rilievi potrebbero anche essere condivisi, se solo fosse nota l’identità del soggetto incaricato di effettuare questo controllo sull’operato del difensore, che non può essere l’assistito (sprovvisto delle conoscenze necessarie per questa valutazione), il giudice o il pubblico ministero. È vero che in alcuni casi l’interesse del difensore non coincide con quello dell’assistito, ma nella generalità dei casi sì. Nelle ipotesi in cui si volesse mettere in discussione l’assunzione legislativa secondo la quale i due interessi coincidono, si dovrebbe anche indicare il rimedio configurabile. D’altra parte, se si accedesse a questa lettura, si dovrebbero ritenere contrarie a Costituzione anche le norme che permettono al difensore di rinunciare a una prova già ammessa: anche in questo caso ci sarebbe «una rinuncia a prerogative processuali di rango costituzionale». O si assume che il difensore agisce nell’interesse dell’assistito quando decide quali domande formulare (o non formulare) al testimone, quando redige una lista testimoniale, indicando (o rinunciando a indicare) determinate persone, quando chiede (o non chiede) determinate prove, oppure diventa difficile immaginare una disciplina del processo penale.

persona che era stata citata a comparire era stata letta in ossequio al codice di procedura penale austriaco, il quale richiedeva il consenso della difesa, nell'occasione prestato dal difensore. Il ricorrente si doleva poiché, per questa ragione, era stata frustrata la sua volontà di interrogare il testimone. Secondo la Corte, ai fini dell'art. 6 par. 3 lettera d) l'accusato *doveva essere identificato con l'avvocato che aveva agito per suo conto* e non poteva quindi attribuire allo Stato convenuto alcuna responsabilità per le decisioni prese dal suo avvocato per suo conto⁸⁰. Che «la Convenzione non preclude l'identificazione, ai fini dell'art. 6 par. 3 lett. d), dell'accusato con il suo difensore» è principio che è stato ribadito anche in seguito⁸¹.

La lettura delle due corti è ragionevole.

In taluni casi non è proprio possibile ritenere fungibili accusato e difensore. La manifestazione di volontà del difensore non può sostituirsi a quella dell'accusato, come accade nei casi in cui si rinuncia a un epilogo processuale favorevole (rinuncia all'ammnistia o alla prescrizione⁸²) oppure quando si determina un epilogo sfavorevole, come accade quando viene inflitta una pena (patteggiamento⁸³). In altre occasioni non ci sono ragioni per non consentire al difensore di operare senza la necessità di una procura, facendo affidamento sul rapporto esistente tra accusato e difensore. È il caso, come rilevato dalla Corte costituzionale, dell'attività di richiesta e di formazione della prova, o di rinuncia a prove già ammesse. Come si è visto, il terzo comma dell'art. 111 Cost. stabilisce che «la legge assicura che *la persona accusata di un reato* [...] abbia la facoltà [...] di ottenere [...] l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore». Non per questo, però, si è ritenuto che il difensore non fosse legittimato a formulare richieste di prove, o a rinunciare a esse, se privo di una procura speciale⁸⁴. E d'altra parte lo stesso quarto comma dell'art. 111

⁸⁰ Corte EDU, 18 dicembre 1989, Kamaski c. Austria § 91.

⁸¹ V. ad es. Corte EDU, 26 marzo 1996, Doorson c. Paesi Bassi, § 74, dalla quale è tratta la citazione. Sul tema, in senso critico v. NEGRI, *Deroghe al contraddittorio e consenso delle parti*, cit., 488 ss.

⁸² La Corte di legittimità è particolarmente rigida al riguardo: ritiene inefficace la rinuncia della prescrizione compiuta dal difensore anche se effettuata in presenza del cliente poiché si tratta di un atto relativo all'esercizio di un diritto personalissimo dell'imputato che deve essere effettuato in modo esplicito e formale Cass., Sez. III, 17 ottobre 2018, n. 54374, in *Dir. & Giust.* 2018, 6 dicembre.

⁸³ Correttamente il legislatore richiede che la volontà dell'imputato sia espressa personalmente o a mezzo di procuratore speciale (art. 446, comma 3, c.p.p.).

⁸⁴ Rileva BORTOLIN, *L'incerta individuazione dei profili soggettivi dell'accordo nell'ambito della prova penale contrattata*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1214 che «la scelta legislativa di utilizzare il termine "parti", lungi dal risultare peculiare alle sole disposizioni in tema di acquisizione concordata, caratterizzi altre

Cost., nella parte in cui prevede che la colpevolezza dell'imputato non possa essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi si è sempre sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore, sembra configurare una sorta di rapporto di fungibilità tra accusato e difensore nel momento di formazione della prova.

Non pare allora irragionevole concludere che la rinuncia al diritto alla partecipazione alla formazione della prova possa essere effettuata anche dal difensore.

7. La disciplina dell'acquisizione concordata: introduzione. Ricostruito il quadro costituzionale, è possibile chiedersi se il legislatore debba⁸⁵ recepire in modo asettico e lineare quanto la Costituzione stabilisce o abbia la possibilità di formulare prescrizioni più articolate, con la previsione di ulteriori elementi rispetto a quelli indicati nella Carta fondamentale.

Il dubbio sorge perché alcuni interpreti, riguardo alla deroga del consenso, hanno osservato che ci sarebbero «fondate perplessità sul rispetto dell'art. 111 comma 5 Cost. (*che non prevede alcuna forma di trattativa tra le parti*) per la cosiddetta "prova concordata" presente in quelle disposizioni che (in materia di trasmigrazioni di atti nel fascicolo per il dibattimento [...]) non si limitano a contemplare esclusivamente siffatto consenso della parte che non sia intervenuta all'acquisizione probatoria unilateralmente compiuta dalla controparte, ma richiedono altresì l'accordo con quest'ultima per l'inserimento della conoscenza così ottenuta tra il materiale utilizzabile dal giudice per la pronuncia»⁸⁶.

Questi rilievi non paiono condivisibili.

Nell'attuare le direttive costituzionali, per ovvi motivi, il legislatore quasi mai formula disposizioni che ripetono pedissequamente il dato testuale delle norme costituzionali⁸⁷. Un simile modo di operare sarebbe inappropriato: la

norme della disciplina del giudizio (in particolare, gli art. 468, 499, comma 3, 500 c.p.p.), senza che ciò possa far sorgere dubbi sulla legittimazione del difensore al compimento dei relativi atti». Per analoghe considerazioni, v. MARZADURI, *La prova negoziata*, cit., 213.

⁸⁵ È condivisibile la tesi secondo la quale il quinto comma dell'art. 111 Cost. pone per il legislatore un obbligo: «la "legge regola" sottintende più un dovere che una facoltà. Il legislatore è tenuto a dettare una qualche disciplina per ognuna delle tre fattispecie contemplate dalla Costituzione» (FERRUA, *Il "giusto processo"*, cit., 168; per la lettura opposta, v. GIOSTRA, voce *Contraddittorio*, cit., 2001, 9 e MAZZA, *Le deroghe costituzionali*, cit. 656-657).

⁸⁶ UBERTIS, voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, cit., 440 (il corsivo è aggiunto).

⁸⁷ È il caso, per esempio, del comma 1-bis dell'art. 526 c.p.p.

Costituzione rimarrebbe inattuata. Delineando il sistema processuale penale le prescrizioni tratte dalla Costituzione vengono rimodellate, con specificazioni, aggiunte, modifiche; vengono ricavate regole specifiche, e il legislatore in tema di conformazione degli istituti processuali gode di ampia discrezionalità, con il solo limite della irragionevolezza delle scelte compiute⁸⁸. Non c'è dunque nulla di sorprendente se una disposizione del codice richiede, oltre al «consenso dell'imputato», anche ulteriori elementi; il «consenso» dovrà essere il perno, ma in esso non si esaurirà la disciplina.

Con le norme che hanno configurato l'acquisizione concordata il consenso dell'imputato è stato declinato come accordo (consenso dell'imputato e quello delle altre parti) – sul punto convergono anche coloro i quali accedono alla tesi della forza epistemica del contraddittorio⁸⁹. I quali, tuttavia, secondo alcuni interpreti, finirebbero in un *cul de sac*: nel momento in cui richiedono che il consenso debba provenire dalla parte che non ha formato gli atti in modo unilaterale, lasciano «privo di una spiegazione epistemologicamente valida il consenso dell'imputato richiesto dalle norme per l'acquisizione al fascicolo dell'atto che sia prodotto dall'indagine svolta dal proprio difensore. Se nel caso particolare del giudizio abbreviato la trasformazione in prova di un atto di indagine difensiva può trovare giustificazione nella generale rilevanza attribuita nel rito *de quo* agli atti delle indagini preliminari, nell'ipotesi dell'accordo sulla composizione del fascicolo questa giustificazione non vale. Portando alle estreme conseguenze tale rilievo, gli accordi sul fascicolo sarebbero *in parte qua* contrari alla Costituzione. Detto in altri termini: assoggettare al consenso dell'imputato un atto di indagine difensiva sarebbe contrario al

⁸⁸ Così secondo il costante orientamento della giurisprudenza costituzionale (tra le tante, C. cost., 4 novembre 2011, n. 290, in *Cass. pen.*, 2012, 1689).

⁸⁹ Che le disposizioni che regolano questo istituto siano riconducibili alla deroga del consenso è sostenuto, tra gli altri, da ADORNO, *Sulla legittimazione del difensore dell'imputato a concordare l'acquisizione di atti al fascicolo per il dibattimento a norma dell'art. 493, 3° comma, c.p.p.*, in *Foro it.*, 2020, 504; BELLUTA, *Contraddittorio e consenso: metodi alternativi per la formazione della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 132; BORTOLIN, *L'incerta individuazione*, cit., 120; CAMON, *Accordi processuali e giustizia penale: la prova patteggiata*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 63; CAPRIOLI, *Commento agli artt. 25-26 in Il processo penale dopo la "legge Carotti"*, II, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 293; DEL COCO, *Disponibilità della prova penale e accordi tra le parti*, Milano, 2004, 73; FANUELE, *Le contestazioni*, cit., 107; FIORIO, *La prova nuova nel processo penale*, Padova, 2010, 372; GALGANI, *Commento all'art. 40 l. 16 dicembre 1999 n. 479*, in *Leg. pen.*, 2000, 505; GIOSTRA, voce *Contraddittorio*, cit., 10; MARAFIOTI, *Prova «negoziata» e contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2002, 2933; MARZADURI, *La prova negoziata*, cit., 190; RAFARACI, *Le specifiche dinamiche probatorie*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Torino, 2017, 79).

quinto comma dell'art. 111 Cost. perché il consenso dell'imputato cui si riferisce quest'ultimo può riguardare soltanto gli atti del pubblico ministero»⁹⁰. Per «disinnescare gli alambicchi logici nei quali si inciampa per ricostruire le ipotesi di c.d. “consenso sull'atto proprio”»⁹¹ è stata proposta una diversa lettura, che porta a «considerare gli accordi sul fascicolo una modalità di esplicazione del principio del contraddittorio nella formazione della prova»⁹². Il secondo comma dell'art. 431 c.p.p. e il terzo dell'art. 493 c.p.p. non sarebbero dunque un'attuazione del quinto comma dell'art. 111 Cost., ma del quarto: viene così intravista «nell'acquisizione concordata una prova formata nel contraddittorio tra le parti, espresso in forma convenzionale anziché antagonistica»⁹³. Non andrebbe infatti trascurata la circostanza «che all'acquisizione concordata è sottesa un'opzione epistemologica analoga a quella realizzata dal contraddittorio nella formazione della prova. La *ratio* di entrambi i metodi consiste infatti nel rilievo che la dialettica, intesa come scontro di tesi contrapposte, è lo strumento migliore per avvicinarsi alla “verità”. Mentre nel contraddittorio tradizionale (in senso oggettivo) la dialettica si manifesta nell'escussione della fonte di prova attraverso l'esame incrociato, nell'acquisizione concordata la dialettica si svolge sul *se* rendere utilizzabile un atto formato in modo unilaterale nel corso delle indagini eventualmente sostituendolo alla escussione a viva voce del dichiarante. Nel primo caso (contraddittorio nella formazione della prova) la dialettica opera sulla fonte di prova, proprio al fine di ricavarne un elemento utile all'accertamento dei fatti. Nel secondo caso (acquisizione concordata) la dialettica opera direttamente sull'elemento di prova al fine di valutare se esso è equiparabile al dato che si sarebbe ricavato dall'escussione in contraddittorio»⁹⁴. Questa tesi, che nasce «per evitare il cortocircuito logico»⁹⁵ in cui si dibatte la tesi della forza epistemica innanzi alla deroga del consenso (senza però voler-

⁹⁰ BRONZO, *Il fascicolo*, cit., 106-107.

⁹¹ BRONZO, *Il fascicolo*, cit., 108.

⁹² BRONZO, *Il fascicolo*, cit., 108.

⁹³ BRONZO, *Il fascicolo*, cit., XII.

⁹⁴ BACCARI, CONTI, BACCARI, CONTI, *Una nuova espressione del metodo dialettico: l'acquisizione concordata di atti di indagine*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 874 In senso analogo, DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino, 2004, 155, secondo la quale nell'acquisizione concordata si ravvisa «non tanto l'opzione a favore di metodi unilaterali di costruzione della conoscenza giudiziale, quanto una peculiare forma di partecipazione all'elaborazione della prova attraverso il consenso».

⁹⁵ L'espressione è tratta da BRONZO, *Il fascicolo*, cit., 108.

ne abbandonare l'assunto fondamentale⁹⁶, in cui però forse non si crede fino in fondo⁹⁷), non convince. Per un motivo banale: un atto probatorio formato in modo unilaterale, pur divenuto utilizzabile ai fini della decisione per via del consenso, resta un atto formato in modo unilaterale. La manifestazione di volontà di acquisirlo non ne muta la natura e non lo trasforma in atto *formato con la partecipazione* delle parti. Non si comprende allora «come si possa considerare formata “nel contraddittorio” una prova quando le parti, insieme, ne consentono l'acquisizione rinunciando a tale metodo istruttorio»⁹⁸.

La disciplina sull'acquisizione concordata dunque è un'attuazione del quinto, non del quarto comma dell'art. 111 Cost. Non solo. È l'unica modalità di attuazione della deroga del consenso che non crea alcun inconveniente: che al consenso dell'imputato venga affiancato quello delle altre parti, come visto, non è circostanza problematica; la manifestazione di volontà dell'imputato, formulata in relazione ad un atto conosciuto dall'accusato, precede l'uso da parte del giudice dell'atto unilateralmente formato come prova; non è previsto alcun beneficio premiale. A breve, si vedrà che se si evitano inutili, e anzi dannose forzature ermeneutiche, quali sono quelle che mirano a negare al giudice un ruolo nell'acquisizione concordata⁹⁹, o quelle che introducono un requisito di legittimazione non richiesto per partecipare all'acquisizione concordata¹⁰⁰, la disciplina configura un istituto ragionevole, con un ambito di operatività probabilmente modesto ma, non per questo, inutile.

La disposizione la quale prescrive che le parti possano «concordare l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, nonché della documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva» è contenuta, nella identica formulazione, nel secondo comma dell'art. 431 c.p.p. e nel terzo comma dell'art. 493 c.p.p.

Nell'ambito del rito ordinario, dunque, l'acquisizione concordata è espressamente prevista, quando, terminata l'udienza preliminare, si procede alla for-

⁹⁶ Ossia il «valore epistemologico della regola» enunciata nel quarto comma dell'art. 111 Cost. (BRONZO, *Il fascicolo*, cit., 108).

⁹⁷ «Non si può escludere che la prova nata dalla schermaglia dialettica riesca qualitativamente scadente, così come non si può escludere che un atto formato in segreto sia affidabile quanto e più della testimonianza resa nell'esame incrociato» (così, ragionevolmente, BRONZO, *Il fascicolo*, cit., 108).

⁹⁸ MOSCARINI, *sub art. 493*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda, G. Spangher, tomo III, artt. 459-746, Milano, 2023, 306.

⁹⁹ V. il par. 9.

¹⁰⁰ V. il par. 8.

mazione dei fascicoli e, dopo la dichiarazione di apertura del dibattimento, al momento della richiesta delle prove¹⁰¹.

Disposizioni che danno rilievo alla volontà delle parti per procedere all'acquisizione di atti probatori operano anche nel corso dell'istruzione: è il caso del settimo comma dell'art. 500 c.p.p., secondo cui, «su accordo delle parti le dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero precedentemente rese dal testimone sono acquisite al fascicolo del dibattimento», e dell'art. 513, comma 3, c.p.p., il quale prevede che nei casi in cui il dichiarante ex art. 210 c.p.p. «si avvalga della facoltà di non rispondere, il giudice dispone la lettura dei verbali contenenti le suddette dichiarazioni soltanto con l'accordo delle parti».

Poiché le questioni che si pongono sono in larga parte comuni, si procederà a una trattazione unitaria.

8. (segue) La legittimazione. Esclusa la fondatezza delle perplessità di chi lamenta il mancato rispetto del quinto comma dell'art. 111 Cost., che menzionerebbe il «consenso dell'imputato» e non «delle parti»¹⁰², posto che la volontà dell'accusato può essere espressa anche dal difensore¹⁰³, resta da chiarire una questione.

¹⁰¹ La stessa disposizione è prevista nel procedimento con citazione diretta. L'art. 555 c.p.p. è stato oggetto delle rilevanti modifiche del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (legge Cartabia); nella seconda parte del quarto comma di questo articolo è stata però mantenuta questa prescrizione.

Una disposizione simile è prevista anche per il procedimento innanzi al giudice di pace (art. 29, comma 7, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274).

¹⁰² V. il par. 7.

¹⁰³ V. il par. 6. La giurisprudenza di legittimità, allineandosi alla giurisprudenza costituzionale (Corte cost., 4 giugno 2001, n. 182, in *Giur. cost.*, 2001, 1417), ritiene che il consenso all'acquisizione al fascicolo del dibattimento di atti contenuti in quello del pubblico ministero possa essere prestato anche dal difensore dell'imputato, sia esso di fiducia o d'ufficio, in quanto estrinsecazione del generale potere di indicazione dei fatti da provare e delle prove e, conseguente, al principio generale di rappresentanza dell'imputato da parte del difensore (Cass., Sez. V, 6 dicembre 2018, n. 2679, Rv. 274595; Cass., Sez. IV, 12 maggio 2017, n. 35585 P.G., P.C. in proc. Schettino, Rv. 270777; Cass., Sez. V, 25 gennaio 2011, n. 13525, Xhaferri, Rv. 250226; Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2010, n. 7061, Minzera, Rv. 246090). Condividono questa interpretazione ADORNO, *Sulla legittimazione del difensore*, cit., 505; BACCARI, CONTI, *Una nuova espressione*, cit., 882; GARUTI, *Il procedimento per citazione diretta a giudizio davanti al tribunale*, Milano, 2003, 206; BRONZO, *Il fascicolo*, cit., 123. Ritengono invece che «la manifestazione di volontà debba provenire direttamente dalla persona accusata» DEL COCO, *Disponibilità della prova*, cit., 121; NEGRI, *Deroghe al contraddittorio e consenso delle parti*, cit., 497; NICOLICCHIA, *Consenso del difensore all'acquisizione dibattimentale degli atti di indagine e riconoscimento delle attenuanti generiche. Riflessioni all'incrocio tra diritto e processo penale*, in *Leg. pen.*, 26.6.2020, 10; PROCACCINO, *Il negozio probatorio dibattimentale*, Milano, 2020, 236 ss.

Secondo l'orientamento maggioritario, «parti» sarebbero solo quelle «interessate»: ai fini dell'acquisizione concordata – si sostiene – «non è necessario il consenso di quella parte che non abbia alcun interesse in relazione all'elemento da inserire nel fascicolo per il dibattimento. Così, ad esempio, in un procedimento che si svolge cumulativamente contro più imputati in relazione a fatti diversi ed agevolmente scindibili, ove la dichiarazione raccolta dal pubblico ministero coinvolga la posizione dell'imputato A, ma sia del tutto irrilevante in merito alla responsabilità del coimputato B, l'acquisizione potrà aver luogo anche se B non ha consentito. Infatti egli non subirà alcuna conseguenza processuale dalla utilizzazione di tale atto»¹⁰⁴. I sostenitori di questa lettura giungono a escludere «che ogni singola parte privata possa opporsi a che atti irrilevanti rispetto alla sua posizione siano collocati nel fascicolo dibattimentale»¹⁰⁵, pervenendo al riconoscimento della possibilità di concordare «un accordo parziale, a condizione però di trarne tutte le conseguenze sul piano del relativismo probatorio, già presente peraltro nel nostro sistema»¹⁰⁶. Nell'ambito di questo orientamento, vi è poi chi dà rilievo alla qualifica di parte necessaria/eventuale, escludendo dal novero dei soggetti legittimati ad

¹⁰⁴ BACCARI, CONTI, *Una nuova espressione*, cit., 885.

¹⁰⁵ SCCELLA, *La formazione in contraddittorio del fascicolo per il dibattimento*, in, *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di Peroni, Padova, 2000, 438.

¹⁰⁶ GARUTI, *Dal dissenso immotivato alla giustizia riparatoria: lo stato dei poteri dispositivi delle parti*, in *Studium Iuris*, 2002, 1336. Così anche BELLUTA, *Contraddittorio e consenso*, cit., 146; CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, 885; CORBETTA, *Il processo penale dopo la "Legge Carotti. Artt. 38-40*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 411; DEL COCO, *Disponibilità della prova penale*, cit., 108; DINACCI, *L' inutilizzabilità nel processo penale: struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 27; GALGANI, *Commento all'art. 40*, cit., 507; NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 12; PROCACCINO, *Il negozio probatorio*, cit., 229 ss.; RAFARACI, *Le specifiche dinamiche probatorie*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Torino, 2017, 79, nota 106.

esprimere il consenso le parti eventuali¹⁰⁷, e chi ritiene irrilevante la distinzione¹⁰⁸.

Altri interpreti sostengono invece che l'espressione «parti» vada riferita a tutte quelle costituite nel processo¹⁰⁹. Questa seconda lettura è preferibile.

Innanzitutto non c'è alcun appiglio testuale per sostenere che «parti» vada inteso come «parti interessate» o «parti necessarie». La disposizione menziona le «parti», e solo una manipolazione del testo legislativo conduce a una lettura diversa. Era così fino all'entrata in vigore della c.d. riforma Cartabia, ed è così, *a fortiori*, oggi, con l'introduzione del comma 4 *ter* c.p.p.¹¹⁰ il quale, disponendo che in caso di mutamento del giudice dibattimentale, la «parte *che vi ha interesse*» ha il diritto di ottenere l'esame delle persone che hanno già reso dichiarazioni nel medesimo dibattimento nel contraddittorio, rende ancor più evidente l'inesistenza del requisito che si vorrebbe arbitrariamente introdurre nelle disposizioni sull'acquisizione concordata.

La manipolazione non è nemmeno necessaria, come talora ritengono i sostenitori della tesi delle «parti interessate». Evocando una risalente pronuncia di merito, si sostiene che l'interpretazione che configura il potere di veto delle parti prive di interesse comporterebbe «una palese violazione del diritto di difesa *ex art. 24 Cost.* del soggetto che di detti atti intenda usufruire processualmente»¹¹¹.

¹⁰⁷ Così, ad es. BACCARI, CONTI, *Una nuova espressione*, cit., 885: «Posto che il consenso rilevante è quello proveniente dalle parti che abbiano un interesse all'acquisizione dell'atto, occorre stabilire se una delle parti eventuali, che abbia un interesse contrario, possa inibire l'acquisizione negando il proprio consenso. Si faccia il caso in cui l'imputato ed il pubblico ministero si accordino in relazione all'acquisizione di un atto di investigazione difensiva e la parte civile rifiuti di aderire a tale stipulazione. A nostro avviso, anche nell'ipotesi in oggetto l'unica soluzione idonea a tutelare il diritto alla prova di tutte le parti può consistere nel prospettare una utilizzabilità differenziata. L'atto di indagine potrebbe entrare nel fascicolo per il dibattimento anche con il solo consenso delle due parti necessarie, pubblico ministero e imputato; tuttavia, esso dovrebbe essere inutilizzabile nei confronti della parte eventuale che sia portatrice di un interesse contrapposto, a meno che essa vi consenta»

¹⁰⁸ CORBETTA, *Il processo penale*, cit., 411, secondo il quale «la dizione generica degli artt. 493 e 431 non distingue tra parti necessarie e parti eventuali».

¹⁰⁹ BRONZO, *Il fascicolo*, cit., 291; DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., 190; FANUELE, *Le contestazioni*, cit., 107; ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007, 92; NAPOLI, *Osservazioni sull'istituto dell'acquisizione concordata*, in *Giur. mer.*, 2001, 1199; in termini dubitativi, MARZADURI, *La prova negoziata*, cit. 209. In questo senso è orientata anche Cass. Sez. III, 15 febbraio 2008, n. 13242, Rv. 239709 - 01.

¹¹⁰ Ad opera del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150.

¹¹¹ Trib. Piacenza, ord. 21 febbraio 2000, Cremonini, in *Cass. pen.*, 2001, 1633, con nota adesiva di PALLADINO, *Prime riflessioni in tema di acquisizione concordata di atti e documenti*.

È però arduo intravedere una simile violazione: la parte che, in ragione del mancato accordo, non otterrà l'acquisizione dell'atto probatorio formato unilateralmente, potrà chiedere l'esame del dichiarante nelle consuete forme previste per il dibattimento¹¹²; nel corso dell'esame, l'atto non acquisito potrà essere usato, ricorrendone i presupposti, per le contestazioni e per indurre il testimone, eventualmente, a modificare le proprie dichiarazioni; nel caso in cui, per fatti imprevedibili, sarà divenuta impossibile la ripetizione, o in caso di provata condotta illecita, l'atto potrà essere acquisito a fini di prova. Questo è il sistema ideato per assicurare il diritto di difesa; non è stato configurato un diritto all'acquisizione della prova unilateralmente formata, ma un diritto alla prova, che si declina secondo le scansioni decise dal legislatore.

Per certi versi, tra l'altro, questo argomento sorprende. È infatti spesso avanzato da interpreti che aderiscono alla tesi della «forza epistemica», che verrebbe svilita proprio dalla previsione della deroga del consenso e dagli istituti ideati per attuarla. Eppure viene data una lettura restrittiva dell'espressione «parti» contenuta nelle disposizioni sull'acquisizione concordata che, indirettamente, amplia l'operatività dell'istituto, richiedendo requisiti meno stringenti per giungere all'accordo, il quale non dovrebbe intervenire tra tutte le parti, ma solo tra quelle «interessate» oppure tra quelle «necessarie» (è evidente che l'ampliamento è massimo quando l'espressione viene intesa come «parti necessarie interessate»).

La manipolazione legislativa non può essere giustificata nemmeno ricordando che la lettura che intende la parola «parti» come «parti interessate» sarebbe in linea con «l'assetto codicistico che conosce forme di utilizzabilità-inutilizzabilità soggettiva»¹¹³. Vale il contrario. L'esistenza di questa categoria concettuale non implica che l'interprete sia libero di servirsene a piacimento, anche quando il legislatore non l'ha usata. È stata prevista per esempio nel primo comma dell'art. 63 c.p.p. o nel primo comma dell'art. 403 c.p.p.; non nel secondo comma dell'art. 431 c.p.p. Quindi è corretto parlare di «utilizza-

¹¹² Nel caso in cui il mancato accordo avvenisse al termine dell'udienza preliminare, dovrà indicare il nome del dichiarante nella lista testimoniale; avvenisse subito dopo l'apertura del dibattimento, la parte (minimamente cauta) avrà avuto l'accortezza di aver indicato il nome del dichiarante nella lista, non facendo affidamento su un consenso altrui non ancora manifestato.

¹¹³ Così DINACCI, *L'inutilizzabilità*, cit., 27. In senso analogo, GARUTI, *Il giudizio ordinario*, in *Procedura penale*, Torino, 2023, 691.

bilità soggettiva» quando si discorre di dichiarazioni indizianti o di incidente probatorio, non di acquisizione concordata¹¹⁴.

Un'interpretazione letterale della disciplina, peraltro, potrebbe essere superata: si potrebbe per esempio sostenere che il legislatore, nel disciplinare gli istituti, presuppone come caso tipico la situazione: un imputato-una imputazione. «Parte» è un concetto relativo, legato a quello di «azione». Dunque quando si parla di «parti» necessariamente si allude ai «soggetti che esercitano o che subiscono l'azione penale o l'azione civile»¹¹⁵. Quindi, sebbene nelle disposizioni che disciplinano l'acquisizione concordata manchi un riferimento all'«imputazione», lo si dovrebbe ritenere implicitamente previsto, in quanto presupposto da quello di «parti».

Resta da chiedersi se questa lettura - con la quale il dato letterale viene disatteso - sia opportuna.

L'istruzione probatoria è attività molto più complessa di quanto si tenda a credere. Sostenere che al momento di formazione dei due fascicoli, oppure subito dopo la dichiarazione di apertura del dibattimento, sia possibile affermare che una prova - una volta ammessa e acquisita - rilevi per un'imputazione, e non per un'altra, può essere in taluni casi facile; in altri per nulla. Solo ipotizzando che le prove siano tasselli di un mosaico da comporre, elementi suscettibili di una sola lettura, si potrebbe credere che una simile interpretazione possa comportare benefici. Solo adottando una visione *naïf* del fenomeno probatorio si potrebbe ritenere possibile che, nella maggior parte dei casi, sia agevole distinguere quali prove assumeranno rilievo per una imputazione e non per un'altra in un processo cumulativo. Stabilire se una prova rileverà per l'imputazione che riguarda, per esempio, un fatto di riciclaggio, e non per la truffa, reato presupposto, o per un'associazione per delinquere, e non per un'estorsione, reato-satellite, è compito agevole solo per

¹¹⁴ In modo condivisibile è stato osservato che «il relativismo probatorio, specie quello soggettivo, rappresenta una scelta normativa 'costosa', per il possibile impatto sulla coerenza motivazionale della decisione e in ultima analisi la credibilità dell'accertamento penale nei procedimenti con pluralità di imputati. Quando un atto del processo, legittimamente presente nel fascicolo e dunque legalmente conosciuto dal giudice, è utilizzabile nei confronti di un coimputato e non anche nei confronti di un altro è particolarmente alto il rischio di frizione tra *intime conviction* e applicazione della legge, fino a risultare difficile motivare razionalmente la sentenza. Perciò, in assenza di un'espressa indicazione normativa, dedurre in via d'interpretazione l'esistenza di limiti all'efficacia probatoria dell'atto acquisito consensualmente, legato alle parti che abbiano aderito al patto, appare quanto meno azzardato» (BRONZO, *Il fascicolo*, cit., 282).

¹¹⁵ MAZZA, *I soggetti*, in *Procedura penale*, Torino, 2023, 82.

chi osserva il processo penale da una biblioteca, non da un'aula di giustizia. Non è difficile immaginare il caos che si avrebbe qualora si facesse dipendere la legittimazione ad esprimere il consenso all'acquisizione degli atti probatori da giudizi prognostici opinabili, fluidi e incerti, quali quelli che si avrebbero nel decidere se le dichiarazioni rese da X dimostrino l'esistenza dell'associazione per delinquere e non dell'estorsione. All'inizio del dibattimento, probabilmente, alcune parti contesterebbero la legittimazione di altre; il giudice sarebbe chiamato a dirimere i contrasti, magari non sempre in modo corretto (anche perché il compito potrebbe non essere agevole, essendo privo del fascicolo del pubblico ministero); al termine del dibattimento si avrebbe una più o meno ampia serie di prove utilizzabili nei confronti di alcune parti, e non di altre (tutte, però, conosciute dal giudice in quanto inserite nel fascicolo del dibattimento). E non è difficile immaginare in quali contorsioni dovrebbe cimentarsi lo sventurato magistrato per fornire una adeguata motivazione alla sentenza.

Il sistema processuale odierno, per come è stato congegnato, è già sufficientemente caotico. Non serve aggiungere ulteriori grovigli. La restrizione dell'ambito di operatività dell'istituto non è drammatica. Se non si dovesse giungere a un'acquisizione concordata, le parti potranno seguire i consueti percorsi probatori.

L'interpretazione che attribuisce al termine «parti» il significato di «parti costituite» è lineare, coerente con il dato legislativo e opportuna.

Residua un dubbio: «parti costituite» o «parti costituite *presenti*»? Non è teorico il caso in cui una parte eventuale, dopo essersi costituita, non si presenti al momento di formazione dei due fascicoli¹¹⁶ (art. 431, comma 2, c.p.p.), o a quello della richiesta delle prove (art. 493, terzo comma, c.p.p.) o dell'esame di un testimone (art. 500, comma 7, c.p.p.).

Entrambe le letture sembrano plausibili; forse però è preferibile la seconda. Tutto sommato è ragionevole presumere che in capo alle parti - legittimate in quanto costituite - ci sia una sorta di onere di partecipazione ai fini dell'esercizio del diritto di esprimere il dissenso all'acquisizione degli atti. Non ci sarebbe però nulla di rivoluzionario nemmeno nell'adottare la soluzione opposta (in questo caso, potrebbe verificarsi la comunque improbabile ipotesi di una parte che decida deliberatamente di non partecipare a

¹¹⁶ È espressamente previsto dal primo comma dell'art. 431 c.p.p. il possibile rinvio a nuova udienza per la formazione dei due fascicoli.

un'udienza al solo fine di impedire l'acquisizione concordata). Con questa seconda lettura, chiaramente, lo spazio d'operatività dell'istituto verrebbe ulteriormente ridotto.

9. (segue) Il ruolo del giudice. Identificati i soggetti legittimati ad esprimere il consenso, è possibile esaminare il ruolo del giudice.

Sebbene gli art. 431 e 493 c.p.p. nulla dispongano al riguardo, alcuni interpreti sostengono che il giudice abbia il potere di valutare l'ammissibilità dell'atto probatorio sulla cui acquisizione le parti concordano: il testo legislativo «sembra riconoscere un potere insindacabile delle parti, ma in realtà l'iniziativa dovrà essere vagliata dal giudice sulla base dei consueti criteri di ammissione della prova. Se l'accordo delle parti è idoneo a consentire l'ingresso nel fascicolo dibattimentale di atti che non potrebbero, di regola, essere utilizzati in giudizio, esso non è certo sufficiente per rendere utilizzabili le prove altrimenti vietate dalla legge, o per imporre l'acquisizione di quelle manifestamente superflue o irrilevanti»¹¹⁷.

Altri valorizzano il silenzio legislativo per giungere alla conclusione opposta. La prescrizione secondo la quale «le parti possono concordare l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero» non consentirebbe dubbi: «l'accordo delle parti comporta la diretta acquisizione degli atti al fascicolo per il dibattimento, senza la necessità di alcuna autorizzazione del giudice»¹¹⁸. All'argomento letterale, alcuni aggiungono la considerazione che «lo schema stringente scandito dalle fasi di introduzione e ammissione della prova si giustifica» «in un sistema di stampo accusatorio», in cui «risulta particolarmente sentita l'esigenza di imbrigliare l'agonismo dibattimentale in rigide cadenze formali»¹¹⁹; pare invece superfluo quando sono le stesse parti a concordare l'acquisizione di un atto d'indagine: in questo caso «il controllo giudiziale appare un'inutile superfetazione, che può anche risul-

¹¹⁷ ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., 91; ADORNO, *Sulla legittimazione del difensore*, cit., 506; CAMON, *Accordi processuali*, cit., 73; DEL COCO, 136; *Disponibilità della prova*, cit., 211; RAFARACI, *Le specifiche dinamiche probatorie*, cit., 78

¹¹⁸ PALLADINO, *Prime riflessioni*, cit., 1634; BACCARI, CONTI, *Una nuova espressione*, cit., 882; BELLUTA, *Contraddittorio e consenso*, cit., 140; DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit. 206; PROCACCINO, *Il negozio probatorio*, cit., 158; SCELLA, *La formazione in contraddittorio*, cit., 437; SIRACUSANO, *L'udienza di comparizione e il dibattimento avanti al giudice monocratico*, in *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, vol. II, *Le innovazioni in tema di giudizio*, a cura di Pierro, Milano, 2000, II, 81.

¹¹⁹ DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit. 205.

tare pernicioso nel caso in cui impedisca alle parti l'allegazione patteggiata sulla base dell'asserita evidente superfluità ed irrilevanza della stessa»¹²⁰. Anche chi prospetta questa soluzione, comunque, non nega la possibilità per il giudice di rilevare l'inutilizzabilità dell'atto probatorio *ex art. 191 c.p.p.*: «mentre l'accordo delle parti sembra precludere al giudice un esame circa la superfluità e la rilevanza, l'inutilizzabilità è rilevabile in ogni stato e grado del procedimento, pertanto il giudice mantiene il potere di dichiarare tale vizio»¹²¹.

Esclude un vaglio giurisdizionale anche chi osserva che «l'art. 495 riserva la delibazione ammissiva secondo i criteri enunciati dall'art. 190 alle prove *richieste* dalle parti (*ex art. 493 comma 1*), e qui manca la 'richiesta di prova'; le parti, insieme, non 'chiedono al giudice' bensì concordano l'acquisizione dell'atto al fascicolo. L'atto della parte non ha un contenuto di *domanda* ma di *dichiarazione*, che ha come destinatario non il giudice ma l'altra parte, ed è destinata ad approdare in un accordo. In altre parole, la fattispecie riconnette l'effetto giuridico - la transizione dell'atto da un fascicolo all'altro - all'unico elemento costitutivo dell'accordo. Ritenere, dunque, che tale effetto acquisitivo sia condizionato alla verifica della pertinenza, utilità e legalità dell'atto significa introdurre in via interpretativa un elemento costitutivo che la fattispecie legale non prevede»¹²².

La tesi che nega al giudice il consueto ruolo non convince. Non tanto perché, se accolta, condurrebbe alla conseguenza di consentire alle parti di «ingolfare il fascicolo con prove manifestamente superflue o irrilevanti», come pure è stato sostenuto da chi aderisce alla lettura opposta¹²³: è forse possibile che una parte, in talune evenienze, possa avere un simile obiettivo; ma è piuttosto improbabile che questo obiettivo sia condiviso dalle altre.

La tesi non convince per la debolezza degli argomenti avanzati a suo sostegno: il «silenzio legislativo» sul ruolo del giudice è più apparente che reale.

Si trascura infatti che «l'apparenza di univocità persino di un enunciato [...] semplice si rivela ingannevole. [...] Gli enunciati giuridici soffrono di solitudi-

¹²⁰ DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit. 205.

¹²¹ BACCARI, CONTI, *Una nuova espressione*, cit., 882. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, 195; BELLUTA *Contraddittorio e consenso*, cit., 140. È altresì pacifico che il consenso non possa sanare le nullità assolute (tra gli altri, GARUTI, *Il giudizio ordinario*, cit., 692; VARRASO, *Le indagini "suppletive" ed "integrative" delle parti*, Padova, 2004, 87).

¹²² BRONZO, *Il fascicolo*, cit., 140 (il corsivo è nel testo), il quale fa proprie alcune considerazioni di ANDREAZZA, *Gli atti preliminari al dibattimento nel processo penale*, Padova, 2004, 211.

¹²³ CAMON, *Accordi processuali*, cit., 73.

ne: non si aggirano mai dai soli, ma sono sempre in compagnia dei loro simili, che costituiscono una moltitudine. Cosicché non si tratta mai di interpretare un solo enunciato, ma – prima ancora – di scegliere quale enunciato o quali enunciati utilizzare»¹²⁴.

In questo caso, chi approda alla lettura che nega un ruolo al giudice dimentica che le disposizioni sull'acquisizione concordata si collocano in una più ampia cornice normativa che, debitamente considerata, induce ad attribuire al giudice il consueto ruolo di *gatekeeper* delle prove.

È vero che né il secondo comma dell'art. 431 c.p.p., né il terzo comma dell'art. 493 c.p.p. menzionano il giudice. Ma la disciplina dell'acquisizione concordata non si esaurisce in quelle disposizioni: collocando i due commi nei rispettivi contesti legislativi ci si rende conto che «immediatamente dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio, *il giudice provvede nel contraddittorio delle parti alla formazione del fascicolo per il dibattimento*» (art. 431, comma 1, c.p.p.), e che le parti le quali «chiedono l'ammissione delle prove, illustrandone esclusivamente l'ammissibilità ai sensi degli articoli 189 e 190, comma 1» (art. 493, comma 1, c.p.p.), devono attendere la decisione del «*giudice [il quale] provvede con ordinanza all'ammissione delle prove*» (art. 495, comma 1, c.p.p.). Queste sono le *norme* che risultano dalla lettura delle *disposizioni*¹²⁵: è il giudice che forma il fascicolo, è il giudice che ammette le prove.

¹²⁴ GUASTINI, *Introduzione all'analisi del linguaggio normativo*, in Castignone, Guastini, Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Genova 1982, 25.

¹²⁵ Spesso, nell'uso dei giuristi, «il vocabolo “norma” è riferito indistintamente sia alle formulazioni del discorso legislativo, sia al contenuto del loro significato (GUASTINI, *Rileggendo Tarello sull'interpretazione*, in Id., *Saggi scettici sull'interpretazione*, Torino, 2017, 2). Non viene così considerata la distinzione tra enunciati normativi (o disposizioni), e norme, che «sono da considerarsi piuttosto il risultato che il presupposto delle attività in senso lato interpretative» (TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 38). Un legislatore, dunque, prevede disposizioni, non norme, mentre gli operatori giuridici applicano norme, non disposizioni. È nella fisiologia dell'interpretazione giuridica che una norma possa non essere «direttamente riconducibile ad una precisa disposizione. Tra le disposizioni di partenza e la norma ricavata come prodotto dell'attività interpretativa, infatti, si può dare uno “scarto” che, a seconda dei casi, può essere “nullo”, “minimo” o “massimo”.

La misura dello scarto è un problema essenzialmente semantico: [...] l'origine, la causa dello scarto tra disposizione e norma è accertabile, misurabile, per così dire, con criteri semantici (ambiguità, imprecisione, oscurità, vaghezza ecc. del testo interpretando), quanto logici (contraddittorietà o incompatibilità tra un significato ascrivibile al testo interpretando e altri significati ascrivibili ad altri testi), quanto infine pragmatici o in senso lato morali.

L'effetto dell'accordo non è quello di eliminare il vaglio giurisdizionale sulla richiesta di acquisizione della prova, ma quello di rendere prova ciò che, fisiologicamente, non lo sarebbe stato.

«*Concordare l'acquisizione*» è espressione che non ha il significato che viene attribuito da alcuni interpreti che aderiscono alla tesi avversata, i quali affermano che «l'effetto giuridico – la transizione dell'atto da un fascicolo all'altro» segue «all'accordo». Due persone si possono accordare per andare al mare; ma, per ciò solo, non hanno i piedi in spiaggia. Pubblico ministero e difesa ben potrebbero concordare l'acquisizione di un atto; ma non per questo l'atto è collocato nel fascicolo del dibattimento.

L'espressione contenuta nella disposizione è una formula ellittica che significa «avanzare una concorde richiesta di acquisizione», «presentare una congiunta richiesta di acquisizione». Collocando il fenomeno nell'ambito del procedimento probatorio, si tratta di un'attività che si effettua nel momento di ammissione della prova¹²⁶, che ben può essere negata dal giudice che mantiene il suo tradizionale ruolo.

D'altra parte se anziché collocarsi nel contesto legislativo ci si pone nelle aule in cui quotidianamente si svolgono i processi, l'interpretazione contestata comporterebbe scenari piuttosto singolari. Si dovrebbe immaginare che la persona la quale ha il fascicolo del dibattimento innanzi a sé, a portata di mano, perché in udienza preliminare sta formando i due fascicoli, o in dibattimento sta decidendo sull'ammissione delle prove, si limiti ad osservare pubblico ministero e difensori sfilargli di mano il fascicolo per inserire gli atti, senza poter nulla obiettare, come uno spettatore a teatro.

Scarto nullo vi è quando la norma corrisponde al significato letterale pacifico dell'enunciato di partenza: in questi casi le norme sono perfettamente isomorfe rispetto alle loro disposizioni, sono "norme letterali".

Scarto minimo può esservi, ad esempio, nel caso di una norma frutto di un qualche tipo di manipolazione della disposizione: ciò accade ad esempio in sede di interpretazione adeguatrice, evolutiva, correttiva, o estensiva [...]

Scarto massimo vi è quando la disposizione di partenza manca del tutto, e tuttavia una norma viene comunque ricavata, ricorrendo ad esempio all'analogia *legis* o *iuris*, oppure la norma (*sub specie* di principio implicito) è ricostruita a partire da una pluralità di altre norme; oppure quando una norma è manipolata in modo da essere resa non applicabile ad ipotesi cui sarebbe pacificamente applicabile in base al significato linguistico della relativa disposizione» (PINO, *Diritti e interpretazioni*, Bologna, 2010, 18-19).

¹²⁶ Che non si colloca, necessariamente, all'inizio dell'istruttoria (quando una parte chiede al giudice di ammettere una prova *ex art. 507 c.p.p.* l'istruttoria è terminata). Procedimento probatorio e istruttoria non hanno, sempre e comunque, le stesse cadenze.

Dal momento in cui viene esercitata l'azione penale, il fascicolo in cui sono contenuti gli atti sulla cui base verrà presa la decisione, in udienza preliminare o in dibattimento, in appello o nel giudizio di legittimità, è nella disponibilità del giudice, il quale è titolare del potere-dovere di dare o negare ingresso a ciò che non è presente nel fascicolo (fermo, ovviamente, il diritto delle parti di sindacarne la decisione).

Nel caso dell'acquisizione concordata, sulla base di una lettura parcellizzata della legislazione, si crea un istituto stravagante, eccentrico, bizzarro, estraneo alla tradizione e alla logica del processo penale italiano, alimentando, più o meno volontariamente, polemiche prive di fondamento. Letture che mirano a escludere il vaglio giurisdizionale portano infatti a evocare concetti giuridici - «verità convenzionale», «disponibilità della prova», «principio di non contestazione» - estranei a, e anzi nocivi per, l'interpretazione delle disposizioni sull'acquisizione concordata e, più in generale, della deroga del consenso.

È poi possibile aggiungere un'ulteriore considerazione per confutare la tesi qui aversata.

La disposizione che immediatamente precede il terzo comma dell'art. 493 c.p.p. stabilisce che «è ammessa l'acquisizione di prove non comprese nella lista prevista dall'art. 468 c.p.p. quando la parte che la richiede dimostra di non averle potute indicare tempestivamente». Nemmeno in questo caso è menzionato «il giudice». Adottando l'interpretazione contestata, per ricavare la norma, si dovrebbe leggere il solo comma 2 dell'art. 493 c.p.p. e concludere che l'unica condizione richiesta per l'acquisizione della prova sia la dimostrazione di non averla potuta indicare tempestivamente, essendo escluso ogni vaglio sulla legalità e sulla non manifesta superfluità e irrilevanza.

Tanto in quest'ultimo caso, quanto in quello dell'acquisizione concordata, il giudice ha il potere-dovere di accertare la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della norma che risulta dalla combinazione delle singole disposizioni (impossibilità di indicare la prova nella lista testimoniale/concorde volontà delle parti, e legalità-non manifesta superfluità-irrilevanza della prova)¹²⁷.

È poi probabile che nelle aule di giustizia i giudici saranno più indulgenti nel valutare l'ammissione di un'istanza congiunta di acquisire un verbale di som-

¹²⁷ Si tratta evidentemente di «fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali» ex art. 187, comma 2, c.p.p., prescrizione peraltro priva di alcuna utilità: non ci fosse stata, nulla sarebbe cambiato. Non c'è bisogno di alcuna norma per prescrivere la più evidente delle ovvietà: affinché una norma possa essere applicata, è necessario accertare che sussistano i presupposti applicativi della norma.

marie informazioni testimoniali o un'annotazione di polizia giudiziaria, che non una richiesta di una perizia: il criterio di economicità¹²⁸ non è previsto dagli art. 190 e 495 c.p.p., ma opera sottotraccia nella mente dei giudici. Si tratta però di considerazioni metagiuridiche, che poco rilevano ai fini della ricostruzione delle regole, le quali – per le ragioni dette – impongono un controllo giudiziale sull'ammissione della prova.

10. (segue) Effetti dell'acquisizione concordata. Quanto agli effetti dell'acquisizione concordata, se ne è appena parlato. Ce n'è uno solo: un atto unilateralmente formato diviene prova. Non è conseguenza dell'acquisizione concordata la rimozione del controllo del giudice, né la rinuncia all'esame del soggetto che aveva reso le dichiarazioni acquisite su concorde volontà delle parti, non prevista da alcuna norma. Riguardo a quest'ultimo punto, però, pare ragionevole credere che l'inserimento nel fascicolo del dibattimento dell'atto possa, nei singoli procedimenti, avere una sua rilevanza in ordine all'ammissione di ulteriori prove, proprio come l'introduzione di una testimonianza sul fatto *x* può avere rilevanza in ordine alla richiesta di una seconda testimonianza sul medesimo fatto. Prestare il consenso all'acquisizione degli atti è un'attività libera; si tratta solo di valutarne gli effetti nei singoli processi, nell'ambito delle diverse strategie delle parti. Non sarebbe certo irrazionale il provvedimento del giudice che respingesse la richiesta di esame del dichiarante sentito in fase di indagine, le cui dichiarazioni fossero state acquisite per la concorde volontà delle parti, se la parte non assumesse l'onere di giustificare la ragione dell'escussione.

Al riguardo, alcuni interpreti suggeriscono di distinguere tra «un primo tipo di acquisizione che potremmo denominare sostitutiva» e «una seconda tipologia di acquisizione che si può definire aggiuntiva»¹²⁹. Con la prima, «le parti concordano l'inserimento di un atto di indagine nel fascicolo per il dibattimento

¹²⁸ Per evitare gli equivoci che possono aversi quando si usa un concetto che trae il significato dal contesto in cui è usato, con «criterio di economicità» si allude al parametro imperniato sulla complessità delle attività necessarie per acquisire-assumere una prova: minima, nel caso di documenti o atti di indagini sulla cui acquisizione c'è accordo, massima nel caso di una perizia. Così inteso, il criterio risulta estraneo alla non superfluità della prova, requisito sul quale si sarebbe potuto costruire – in modo semanticamente corretto – un «criterio di economicità (come risulta evidente, nell'accezione qui utilizzata si ha riguardo al fenomeno probatorio sotto il versante formale-procedurale; nell'altro, a quello sostanziale: rilevano i fatti che la parte la quale chiede l'ammissione della prova intende dimostrare). Questo criterio ha un peso rilevante nell'abbreviato condizionato (art. 438, comma 5, c.p.p.).

¹²⁹ BACCARI, CONTI, *Una nuova espressione*, cit., 873, dai quali sono tratte anche le successive citazioni.

e contestualmente rinunciano all'assunzione del relativo mezzo di prova»; con la seconda, «l'atto di indagine acquisito non è inserito per sostituire l'assunzione del mezzo di prova; al contrario, è destinato ad affiancarsi agli elementi ottenuti in contraddittorio attraverso l'esame incrociato della fonte».

La distinzione non pare però possibile, perché non deriva dalla disciplina normativa, ma da situazioni contingenti che possono verificarsi: non è implicata dalla legislazione, ma è basata sul concreto svolgimento dei processi (adottando simili distinzioni, si potrebbe dire che possono aversi due tipi di testimonianza, quella con teste mendace e quella con teste sincero: corretta, se si parla della realtà, errata, se si configurano categorie giuridiche).

La disciplina normativa non consente una simile distinzione e prevede un unico regime: una volta acquisito l'atto probatorio, le parti restano titolari del diritto di esaminare la persona che aveva reso le dichiarazioni¹³⁰; se questo diritto fosse esercitato, nel valutare l'ammissione della prova orale ai sensi degli art. 190, 495 c.p.p., il giudice terrà conto di quanto presente nel fascicolo. A seconda dei casi, potrà ammettere o meno l'esame. All'esito dell'istruttoria, in alcune occasioni nel fascicolo del dibattimento ci saranno solo le dichiarazioni oggetto di acquisizione concordata (o perché l'esame non è stato chiesto o perché rigettato); in altre, oltre a quelle, sarà presente il verbale dell'esame dibattimentale. Potrebbe anche accadere che la richiesta di esame del dichiarante venga avanzata al termine dell'istruttoria su istanza delle parti che, all'inizio del dibattimento, non avevano formulato la richiesta. Il fenomeno probatorio è fluido e complesso, ed è caratterizzato - nei suoi vari momenti - da giudizi prognostici che spesso si rivelano errati o parzialmente inesatti; sono spesso opinabili in quanto basati su elementi equivoci e suscettibili di plurime letture, dipendenti dalle generalizzazioni impiegate nel processo¹³¹.

Nulla esclude, poi, che al termine dell'istruttoria sia il giudice ad avvertire la necessità di disporre l'esame della persona le cui dichiarazioni sono state oggetto di acquisizione concordata. Questo potere è espressamente accordato al magistrato dall'art. 507 c.p.p. L'articolo, al comma 1 *bis*, prevede infatti che il giudice possa disporre ai sensi «del comma 1 anche l'assunzione di mezzi di prova relativi agli atti acquisiti al fascicolo per il dibattimento a norma degli articoli 431, comma 2, e 493, comma 3».

¹³⁰ ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., 92; GARUTI, *Il procedimento per citazione*, cit., 209.

¹³¹ Sul tema sia consentito il rinvio a PASTA, *Le generalizzazioni come regole probatorie di matrice giurisprudenziale e come strumenti di conoscenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 1253.

I sostenitori della tesi della «forza euristica» hanno dato grande rilievo a questa disposizione, che «sembra tradire *un intimo disagio* nei confronti di un materiale probatorio *sui generis* (in quanto geneticamente materiale di indagine), giunto all'attenzione del giudice in forza di un meccanismo d'osmosi attivato da un semplice accordo tra le parti»¹³²; «il supino destinatario di un incartamento processuale a fisionomia ampiamente variabile è lo stesso organo al quale il legislatore *suggerisce* di esercitare propri poteri in materia probatoria, onde compensare la relativa mancata assunzione dibattimentale»¹³³; «la previsione dell'*ingerenza giudiziale* a presidio del contraddittorio è un'eloquente spia della diffidenza verso il congegno della “trasmigrazione concordata” di atti»¹³⁴. La *ratio* della norma sarebbe dunque duplice: «da un lato, serve a tutelare il processo da eventuali accordi che le parti stipulino per “frodare l'accertamento dei fatti”. Da un altro lato, è finalizzato a colmare eventuali lacune che derivino da un errore prognostico in cui le parti siano involontariamente incorse in sede di acquisizione concordata. Nel primo caso, il giudice garantisce la correttezza dell'accordo; nel secondo caso egli rimedia alle possibili *défaillances* di una parte»¹³⁵.

Il rilievo attribuito al comma 1 *bis* dell'art. 507 c.p.p. è decisamente eccessivo. Non convince l'idea che «il potere officioso dell'organo giudicante costituisca il presidio del contraddittorio nella formazione della prova, inteso in senso oggettivo, come metodo di accertamento dei fatti»¹³⁶.

Innanzitutto, come rilevato sin dal momento della sua introduzione, la disposizione è inutile. Anzi, è dannosa.

È inutile perché al primo comma dello stesso articolo è previsto che «terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova». I «mezzi di prova relativi agli atti acquisiti al fascicolo per il dibattimento a norma degli

¹³² GALGANI, *Commento all'art. 40*, cit., 511. Così anche DINACCI, *Il contraddittorio per la prova*, cit., 116-117. V. anche MOSCARINI, *sub art. 493*, cit., 307 (il corsivo è aggiunto).

¹³³ BELLUTA, *Contraddittorio e consenso*, cit., 167 (il corsivo è aggiunto).

¹³⁴ ADORNO, *Sulla legittimazione del difensore*, cit., 505 (il corsivo è aggiunto). In senso analogo, DEL COCO, *Disponibilità della prova*, cit., 220; MARAFIOTI, *Prova «negoziata»*, cit., 2947.

¹³⁵ BACCARI, CONTI, *Una nuova espressione*, cit., 875; il riferimento nella citazione è a TONINI, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1392. Anche GIOSTRA, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Quest. giust.*, 2001, 1136 afferma che la previsione mira a «garantire che l'accordo probatorio non si fondi su non commendevoli baratti estranei al convergente apprezzamento sull'inutilità del confronto dialettico».

¹³⁶ BACCARI, CONTI, *Una nuova espressione*, cit., 875 (il corsivo è nel testo).

articoli 431, comma 2, e 493, comma 3» appartengono alla categoria dei «mezzi di prova»; dunque erano già ricompresi nella categoria indicata nel primo comma dell'art. 507 c.p.p.¹³⁷ (la prescrizione secondo cui «le lepri devono essere liberate» non è molto utile se già s'era stabilito che «gli animali devono essere liberati»)¹³⁸.

È dannosa, se viene interpretata con un argomento *a contrario* produttivo di una norma implicita di contenuto negativo, poiché il comma 1 *bis* «inserito dal legislatore con l'intenzione di estendere [la] facoltà [prevista al primo comma] ai mezzi di prova relativi agli atti acquisiti al fascicolo per il dibattimento a norma degli artt. 431 comma 2 e 493 comma 3 c.p.p. potrebbe far pensare che tale possibilità sia negata con riferimento agli atti acquisiti al fascicolo per il dibattimento, ad esempio, a norma dell'art. 431 comma 1 c.p.p. o anche dell'art. 234 c.p.p.»¹³⁹.

Ma anche se si volesse ipotizzare che la norma abbia un suo spazio d'operatività, l'attribuzione al giudice del potere di sottoporre a esame la persona le cui dichiarazioni erano state oggetto di acquisizione concordata non sarebbe altro che una cautela finale, solo eventualmente attivabile. La ragion d'essere è identica a quella che giustifica il primo comma dell'art. 507 c.p.p. (che, come detto, già copre interamente l'area di operatività del comma 1 *bis*): l'istruttoria è terminata e il legislatore ha attribuito all'organo che può sovvertire la presunzione di non colpevolezza il potere di far svanire ogni dubbio relativo alla ricostruzione fattuale; il giudice può allora acquisire dei

¹³⁷ V. CASARTELLI, *Le innovazioni riguardanti il dibattimento*, in *Giudice unico e garanzie difensive. La procedura penale riformata*, a cura di Amodio, Galantini, Milano, 2000, 197; NAPOLI, *Osservazioni sull'istituto*, cit., 1203; MANNUCCI, *Brevi considerazioni sulle modifiche apportate al procedimento penale dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479*, in *Cass. pen.*, 2000, 1504: «il comma 1 dell'art. 507 c.p.p. prevede la facoltà di disporre l'assunzione di nuovi mezzi di prova, senza limitazioni di sorta». Il punto è riconosciuto anche da autori che aderiscono alla tesi della forza euristica (v. ad es. BELLUTA, *Contraddittorio e consenso*, cit., 168, secondo il quale la norma, pur avendo un «indiscusso valore simbolico», è «inutile»).

¹³⁸ Si può poi aggiungere che l'espressione «nuove prove» (locuzione presente in entrambi i commi: in modo espresso nel primo, in ragione del rinvio nel secondo), non ha il significato che tradizionalmente le viene attribuito: tale sarebbe «non solo la prova sopravvenuta o scoperta successivamente alla richiesta di prove avanzata dalle parti a norma dell'art. 493, ma anche la prova non disposta precedentemente, preesistente o sopravvenuta, conosciuta o non conosciuta, purché risulti dagli atti processuali» (GARUTI, *Il giudizio ordinario*, cit., 727). «Nuova prova» vuol dire «prova ulteriore» (rispetto a quelle già acquisite). Dunque, in assenza di istruttoria, la disposizione non è operativa, avendo quale presupposto applicativo l'acquisizione di almeno una prova; sul punto sia consentito il rinvio a PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza. La logica dell'ipotesi, il paradigma dell'interesse*, Padova, 2016, 193.

¹³⁹ MANNUCCI, *Brevi considerazioni*, cit., 1504.

documenti, incaricare un perito, disporre l'esame di una persona che nel procedimento non aveva mai riferito alcunché, oppure una che in fase di indagine aveva reso dichiarazioni cristallizzate in un verbale oggetto di acquisizione concordata. In quest'ultimo caso, ciò che si va a soddisfare, è l'esigenza del giudice che - un istante prima di entrare in camera di consiglio - vuole percepire dal dichiarante le parole che, fino a quel momento, aveva solo letto in un verbale, magari per meglio valutarle, per formulare nuove domande, oppure perché dubita della fedeltà della verbalizzazione. Non viene in rilievo il «contraddittorio nella formazione della prova, inteso in senso oggettivo»¹⁴⁰, ma l'oralità-immediatezza¹⁴¹, connessa al criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio¹⁴².

Queste considerazioni rendono ancor più evidente ciò che era comunque ovvio. Il meccanismo ideato dal legislatore con l'acquisizione concordata è chiarissimo. Concerne *la modalità di ammissione e acquisizione* di un elemento probatorio che, formato unilateralmente, non sarebbe stato utilizzabile per la decisione (art. 111, comma 4, Cost.), ma che diventa prova nel momento in cui le parti si accordano per la sua acquisizione (art. 111, comma 5 Cost.). Introdotto nel fascicolo del dibattimento, l'atto diventa parte del materiale sulla cui base il giudice emetterà la sentenza. Questa procedura nulla implica in ordine al significato di quell'atto. Non solo al termine

¹⁴⁰ Sempre che non si ritenga l'oralità una componente essenziale del contraddittorio nella formazione della prova, come sostengono per esempio DINACCI, *Il contraddittorio per la prova*, cit. 9, e MAZZA, voce *Contraddittorio*, cit., 247.

¹⁴¹ Sulla quale v. DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, 168; LA ROCCA, *Quale immediatezza, ora?*, in *Arch. pen.*, 2020, 743-757; TRAPPELLA, *Immediatezza cedevole, conoscenza della prova e attribuzioni del giudice che sentenzia*, in *Arch. pen.*, 2021, 733; VALENTINI, *Contraddittorio, immediatezza, oralità*, cit., 462.

¹⁴² Se il giudice, al termine dell'istruttoria, fosse incerto sulla valutazione di una prova dichiarativa, ma già avesse deciso di assolvere, perderebbe solo tempo nell'assumere *ex officio* la nuova prova. Come si noterà, il tema si riallaccia alle elaborazioni dottrinali e giurisdizionali sulla rinnovazione della prova in appello. Sul tema v. AIUTI, *Appello (rinnovazione del dibattimento in)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. X, Torino, 2018, 5; CAPONE, *La riassunzione delle prove dichiarative e la riforma della decisione in appello*, in *Dir. pen. contemp.*, 9 ottobre 2018, 1; CERESA GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative*, in *Dir. pen. contemp.*, 2017, n. 3, 13; DELL'ANNO, *Ancora una pronuncia delle Sezioni Unite su "prima condanna in appello": obbligo di rinnovazione e prova non più ripetibile*, in *Dirittifondamentali.it*, 2023, n. 1, 164; GAITO, *Vecchio e nuovo a proposito della rinnovazione in appello*, in *Arch. pen. web*, 2015, n. 3, 1 ss.; SCACCIANOCE, *Prova tecnica e contraddittorio nel processo penale*, Palermo, 2023, 163; TURCO, *Giudizio d'appello e overturning in melius: per le Sezioni unite non scatta l'obbligo di rinnovare la prova dichiarativa*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 904; VALENTINI, *Contraddittorio, immediatezza, oralità*, cit., 463.

dell'istruttoria, ma anche al momento dell'accordo, le parti potrebbero attribuire a quell'atto un significato completamente diverso, giungendo a ricostruzioni fattuali opposte mediante l'uso di generalizzazioni differenti. Per il pubblico ministero potrebbe essere utilizzato come prova della colpevolezza; per l'imputato, dell'innocenza. Oppure potrebbero giungere a una valutazione condivisa (ad. es. per la dimostrazione della sussistenza dell'attenuante dell'aver agito per motivi di particolare valore morale). Ma queste valutazioni sono del tutto estranee all'istituto previsto dal secondo comma dell'art. 431 c.p.p. e dal terzo dell'art. 493 c.p.p., il quale concerne esclusivamente la modalità di acquisizione delle prove, nulla prescrivendo in ordine alla loro valutazione¹⁴³.

Le norme sull'acquisizione concordata non sottraggono al giudice il potere di vagliare l'ammissibilità della prova né implicano - nel caso in cui l'elemento unilateralmente formato fosse acquisito - una determinata valutazione. Si collocano sui tradizionali binari che regolano il procedimento probatorio: non c'è alcun appiglio normativo per evocare categorie dogmatiche estranee al processo penale italiano. Non c'è alcuna traccia nel codice - né potrebbe esserci - per giustificare la creazione di un legame tra acquisizione concordata e verità/falsità, o per parlare di «disponibilità dell'accertamento».

Per quanto riguarda le ragioni che, *di fatto*, potrebbero indurre le parti a prestare il consenso, è facile formulare ipotesi. La locuzione che di regola si usa per giustificare l'acquisizione concordata («ragioni di economia processuale») è adatta a descrivere il motivo per il quale il legislatore ha previsto l'istituto, la sua *ratio*; non invece i motivi che in concreto potrebbero indurre le parti all'acquisizione. Non si può escludere che talora la ragione sia collegata a indebite pressioni del giudice «dietro l'implicita promessa di riservare all'imputato un atteggiamento benevolo o - valga il reciproco - di risparmiargli dosimetrie sanzionatorie altrimenti ritorsive»¹⁴⁴. Questa ipotesi, sulla cui base viene fondato un argomento per criticare l'istituto, pare però rappresentare un fenomeno marginale, non rappresentativo delle motivazioni alla base della decisione di concordare l'acquisizione degli atti (al netto della misera

¹⁴³ Se non nei limiti necessari per formulare il giudizio di rilevanza nella fase di ammissione (si tratta di giudizi molto diversi: per esempio, per ottenere il provvedimento di ammissione, sarebbe sufficiente dimostrare che la persona x fosse presso il luogo del fatto nel momento in cui questo accadeva).

¹⁴⁴ NEGRI, *Deroghe al contraddittorio e consenso delle parti*, cit., 489. Così anche GALGANI, *Commento all'art. 40*, cit. 505.

considerazione dei giudici e dei difensori che l'argomento presuppone¹⁴⁵). Certamente pubblico ministero e difensore potrebbero prestare il consenso perché credono che la persona già sentita non riferirebbe nulla di diverso rispetto a quanto già detto¹⁴⁶; ma potrebbero anche avere il fine opposto: perché credono che la persona direbbe molto più di quanto detto («Tizio, imputato, non ha solo commesso la truffa di cui parlate, ma ha anche riciclato denaro»; «quando sono stato sentito dal pubblico ministero, sono stato minacciato»); oppure perché si vuole evitare che il giudice percepisca le esitazioni del dichiarante, o la sua convinzione¹⁴⁷; perché il potenziale testimone, sincero o mendace, è incline al pianto e potrebbe condizionare un giudice notoriamente emotivo; per evitare di dover tornare a partecipare a un'udienza di un processo in cui l'assistito non salda la parcella; per ingraziarsi il giudice, che non ha rivolto alcun invito, ma ha un ruolo d'udienza intasato. Insomma, i motivi possono essere i più vari, ma di essi la legislazione non si occupa. Proprio per questo è opportuna la norma che riconosce al giudice il potere di disporre *ex officio* l'esame di chi aveva reso le dichiarazioni.

11. (segue) La modalità di manifestazione e l'irrevocabilità del consenso. Altre questioni, meno controverse, riguardano la possibilità di una manifestazione del consenso «tacita», «attraverso l'assenza di opposizione, se il complessivo comportamento processuale della parte interessata è incompatibile con una volontà contraria»¹⁴⁸.

In giurisprudenza questo orientamento si è ormai consolidato¹⁴⁹, nonostante i giuristi tendano a preferire la diversa interpretazione¹⁵⁰, formulata in una or-

¹⁴⁵ Non sono certo mancati casi in cui un giudice abbia invitato, garbatamente o in modo insistente, le parti a valutare un'acquisizione concordata. Ma non è questo il presupposto dell'argomento. Si deve invece assumere che i difensori siano soggetti tendenzialmente timorosi, inclini a cedere all'invito dei magistrati anche a discapito dell'interesse dell'assistito (altrimenti il problema non si porrebbe), e che i giudici, in caso di rifiuto, adottino comportamenti ritorsivi. Ipotesi non inverosimili, ma forse non così frequenti.

¹⁴⁶ È l'unica ipotesi considerata dagli autori che vorrebbero individuare le condizioni per «attribuire valore epistemologico al consenso» (v. par. 3).

¹⁴⁷ V. MARAFIOTI, *Prova "negoziata"*, cit., 2942: «lo insegna l'esperienza, prescegliere l'acquisizione del verbale anziché l'esame dibattimentale può esprimere una strategia difensiva più raffinata ed astuta, nella quale si prevedono eventuali rischi di rafforzamento del significato probatorio del mezzo e dei correlativi effetti persuasivi, così riducendone o, addirittura, neutralizzandone la portata».

¹⁴⁸ Cass., Sez. IV, 15 gennaio 2020, n. 4635, Rv. 278292.

¹⁴⁹ Cass., Sez. III, 11 novembre 2014, n.1727, RV261927; Cass., sez. II, 6 maggio 2010, n. 19679, in CED n. 247120; Cass., sez. V, 8 maggio 2008, n. 34685, Rv. 241547.

mai risalente pronuncia del giudice di legittimità il quale aveva ritenuto che «la concorde volontà delle parti deve essere espressa in modo positivo e non equivoco attesa la natura eccezionale della norma che costituisce deroga alle regole fondamentali sulla acquisizione della prova ai fini del giudizio»¹⁵¹; «l'espressione "il difensore non si oppone" non costituisce tale inequivoca manifestazione di consenso»¹⁵².

Una sentenza in linea con l'orientamento maggioritario, qualificando come «formalistica opinione» l'opposta interpretazione, ha sostenuto che «la dichiarazione di una parte di "rimettersi" alla decisione del giudice sulla richiesta di un'altra parte di acquisizione al fascicolo per il dibattimento di alcuni atti di indagine contenuti nel fascicolo del p.m., [...] abilita la parte che ha fatto richiesta a ottenere tale acquisizione. Infatti, la parte interpellata al riguardo può esprimersi positivamente o negativamente, su tale richiesta; ma *se si "rimette"*, rinuncia implicitamente a formulare future eccezioni sulla allegazione degli atti al fascicolo per il dibattimento»¹⁵³.

Sotto il profilo semantico, l'argomento lascia decisamente perplessi. Chi «si rimette» non presta consenso, che implica adesione, volontà di accettazione, non neutralità, indifferenza. Ma nella sostanza si può essere indulgenti e condividere l'interpretazione meno rigorosa su una questione che, per la verità, nemmeno dovrebbe esistere.

È infatti difficile comprendere come i giudici, talvolta così imperiosi nell'esercitare la funzione giurisdizionale, permettano risposte che violano le più elementari regole della comunicazione umana¹⁵⁴: «il pubblico ministero

¹⁵⁰ GARUTI, *Il procedimento*, cit., 204; MARZADURI, *La prova negoziata*, cit., 211; BRONZO, *Il fascicolo*, cit., 116; CORBETTA, *sub art. 500*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda, G. Spangher, tomo III, artt. 459-746, Milano, 2023, 404.

¹⁵¹ Cass., Sez. I, 11 febbraio 2005, n. 12881, Daci, in *Cass. pen.*, 2006, 1508.

¹⁵² Cass., Sez. I, 11 febbraio 2005, n. 12881, Daci, cit.

¹⁵³ Cass., sez. VI, 31 maggio 2007, n. 28664, in *Guid. dir.*, 2007, f. 38, 95 (il corsivo è aggiunto).

¹⁵⁴ V. GRICE, *Logica e conversazione*, in *Gli atti linguistici*, a cura di Sbisà, Milano, 1978, 203-205: «i nostri scambi linguistici non consistono, di norma, in una successione di osservazioni prive di connessioni reciproche, e non sarebbe razionale se consistessero in ciò. È tipico che siano, almeno in certo grado, lavori in collaborazione; e ciascun partecipante vi riconosce, in certa misura, uno scopo o un insieme di scopi comuni, o almeno un orientamento mutuamente accettato. [...]. Potremmo allora formulare un principio generale approssimativo, che ci si aspetterà che i partecipanti (*ceteris paribus*) osservino, e cioè: il tuo contributo alla conversazione sia tale quale è richiesto, allo stadio in cui avviene, dallo scopo o orientamento accettato dello scambio linguistico in cui sei impegnato. Lo si potrebbe chiamare *principio di cooperazione* [...] Sotto la categoria della *Relazione* collocherò una massima sola, cioè "Sii pertinente"».

chiede di acquisire il verbale di sommarie informazioni rese da Tizio; presta il consenso all'acquisizione?». «Mi rimetto». «Perdoni, non le ho chiesto se “si rimette” o se “non si rimette”; la norma prevede che “le parti possano concordare l'acquisizione”; concorda l'acquisizione, sì o no?». «Non mi oppongo». In casi del genere, l'adesione all'orientamento giurisprudenziale maggioritario è l'unica alternativa alla richiesta d'intervento della forza pubblica.

Una volta inserito l'atto nel fascicolo del dibattimento in ragione dell'acquisizione concordata, il consenso precedentemente prestato non è revocabile¹⁵⁵. Taluni interpreti, pur negando la possibilità di una revoca unilaterale, ritengono possibile «eliminare [le] acquisizioni consensuali dall'orizzonte decisionale del giudice»¹⁵⁶ se tutte le parti che hanno partecipato all'iniziale accordo manifestano una volontà così orientata. Secondo questa tesi, la «costruzione del versante esclusorio di dati immessi per consenso può giovare sia della natura dell'accordo acquisitivo, sia della parallela disciplina in materia di revoca o rinuncia alla prova ammessa»¹⁵⁷.

Il ricorso alla disciplina prevista dal comma 4 *bis* dell'art. 495 c.p.p., secondo il quale «nel corso dell'istruzione dibattimentale ciascuna delle parti può rinunciare, con il consenso dell'altra parte, all'assunzione delle prove ammesse a sua richiesta», non convince. In questo caso la prova è sì stata ammessa, ma non è ancora stata formata e inserita nel fascicolo del dibattimento, nel caso dell'acquisizione concordata, una volta emesso il provvedimento del giudice, sì¹⁵⁸.

Una volta accolta dal giudice la richiesta di acquisizione concordata, l'atto unilateralmente formato è inserito nel fascicolo «e non può più essere espunto attraverso un *contrarius actus*»; né «è stato disciplinato il procedimento inverso, né esso pare ricavabile per implicito dalla norma che consente l'acquisizione concordata: una volta inserito nel fascicolo per il dibattimento,

¹⁵⁵ Cass., Sez. I, 18 aprile 2007, n. 23157, in *Cass. pen.*, 2008, 2977; CAMON, *Accordi processuali*, cit., 77-78; BACCARI, CONTI, *Una nuova espressione*, cit., 884; DELLA MONICA, *La formazione del fascicolo per il dibattimento*, in *Le nuove frontiere del modello accusatorio 1999-2000*, a cura di De Caro, Napoli, 2001, 225; ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., 90; BRONZO, *Il fascicolo*, cit., 118.

¹⁵⁶ BELLUTA, *Contraddittorio e consenso*, cit., 165.

¹⁵⁷ BELLUTA, *Contraddittorio e consenso*, cit., 166.

¹⁵⁸ BACCARI, CONTI, *Una nuova espressione*, cit., 884; CAMON, *Accordi processuali*, cit., 77-78; ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., 92. MARZADURI, *La prova negoziata*, cit., 217; MOSCARINI, *sub art. 493*, cit., 310.

l'elemento di prova deve ritenersi ormai irrevocabilmente acquisito al processo»¹⁵⁹.

12. (segue) Oggetto dell'acquisizione concordata. La disciplina prevede la possibilità di acquisire gli atti «contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, nonché della documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva». Mentre non pone alcun problema la prima categoria di atti, nell'ambito dei quali è pacificamente compreso ogni atto appartenente al fascicolo del pubblico ministero, «a prescindere dal fatto che in relazione a esso sia stato redatto verbale o sia stata effettuata una semplice annotazione»¹⁶⁰, ci si è interrogati sulla possibilità di includere nella seconda categoria i verbali di investigazione difensiva diversi da quelli indicati nell'art. 391 *octies* c.p.p., i quali, essendo stati presentati al giudice delle indagini preliminari, sono già contenuti nel fascicolo del pubblico ministero.

Secondo alcuni, esisterebbe «una regola generale secondo cui può avere ingresso in giudizio, nei limiti stabiliti dalla legge, soltanto la documentazione già presentata al giudice per le indagini preliminari o dell'udienza preliminare, ovvero al pubblico ministero, o comunque resa nota prima del dibattimento»¹⁶¹. Andrebbe dunque escluso un accordo che riguardasse «documentazione difensiva presentata estemporaneamente nell'occasione e non conosciuta in precedenza»¹⁶².

Altri ritengono invece che «non è prevista alcuna sanzione in relazione all'eventualità che le parti si accordino in merito all'acquisizione al fascicolo per il dibattimento di un atto che non è contenuto nel fascicolo del pubblico ministero»¹⁶³. Sarebbe dunque possibile acquisire atti di investigazione mai depositati¹⁶⁴.

¹⁵⁹ BACCARI, CONTI, *Una nuova espressione*, cit., 884. In teoria, ci potrebbe essere un'unica ipotesi di «revoca del consenso»: si ha quando una parte (o entrambe) avanzano la richiesta di acquisizione concordata e il giudice non decide ma rinvia ad altra udienza. In tal caso la revoca sarebbe ammissibile fino al provvedimento del giudice di acquisizione. È evidente che si tratta di un caso decisamente infrequente, poiché richiesta e provvedimento giurisdizionale sono di solito contestuali.

¹⁶⁰ SCELLA, *La formazione*, cit., 438. GARUTI, *Il giudizio ordinario*, cit., 692.

¹⁶¹ ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., 91.

¹⁶² ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., 91.

¹⁶³ BACCARI, C. CONTI, *Una nuova espressione*, cit., 883.

¹⁶⁴ Così anche GARUTI, *Il giudizio ordinario*, cit., 692.

Pare preferibile la seconda opzione. Una volta stabilito che il consenso deve essere manifestato da tutte le parti¹⁶⁵ e che il giudice ha il potere di vagliare l'ammissibilità dell'atto probatorio, a fronte del dato testuale della disposizione, che menziona genericamente la «documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva», risulta difficile sostenere che la previa conoscenza dell'atto sia condizione per l'acquisizione: la situazione è molto diversa rispetto a quella che si verificava, prima della riforma Orlando, nel caso di deposito di investigazioni difensive in udienza preliminare con contestuale richiesta di abbreviato. Nel caso dell'acquisizione concordata non c'è alcuna necessità di tutelare le prerogative del pubblico ministero, nel momento in cui l'inquirente può impedire l'acquisizione negando il consenso. Sarà piuttosto interesse della difesa, qualora interessata all'acquisizione, far conoscere preventivamente l'atto, magari anche in modo informale, per evitare di incorrere nel veto del pubblico ministero e dell'eventuale parte civile.

13. (segue) Il momento processuale in cui può aversi un'acquisizione concordata. Il secondo comma dell'art. 431 c.p.p. e il terzo comma dell'art. 493 c.p.p. sono chiarissimi nel prevedere che l'istituto operi in udienza preliminare, quando si formano i due fascicoli, e in dibattimento, al momento della richiesta delle prove. Quelle sembrerebbero essere la sedi in cui può esserci un'acquisizione concordata.

Come visto, però, oltre alle due disposizioni, ne sono state previste altre che permettono alle parti di acconsentire all'ingresso nel fascicolo del dibattimento di atti unilateralmente formati¹⁶⁶. Ad esempio è stato stabilito che «su accordo delle parti le dichiarazioni contenute nel fascicolo del dibattimento precedentemente rese dal testimone sono acquisite al fascicolo del dibattimento» (art. 500, comma 7, c.p.p.¹⁶⁷).

Era prevedibile che gli interpreti inclini ad ampliare l'ambito di operatività dell'istituto avrebbero tratto dal settimo comma dell'art. 500 c.p.p. un argomento per sostenere che l'acquisizione concordata può avvenire anche dopo la richiesta delle prove, indicando il settimo comma come esempio di questo principio inespreso; altri, dal versante opposto, avrebbero fatto leva sulla medesima disposizione per argomentare in ordine all'esistenza di un limite:

¹⁶⁵ V. il par. 8.

¹⁶⁶ V. il par. 7.

¹⁶⁷ V. anche ad es. il secondo comma dell'art. 513 c.p.p.

se il momento della richiesta di prove non fosse il termine per l'acquisizione concordata, il settimo comma sarebbe privo di senso.

E così, da una parte, si è detto: «che un accordo possa intervenire anche nel corso dell'istruttoria dibattimentale [...] sembra testimoniato anche dall'art. 500 comma 7, che consente [...] l'acquisizione consensuale al fascicolo per il dibattimento delle precedenti dichiarazioni del testimone»¹⁶⁸; dall'altra si contesta la possibilità di oltrepassare il limite della richiesta di prove, poiché, se un'acquisizione concordata fosse possibile, «diventerebbero inutili le disposizioni speciali che, con riferimento a determinati elementi di prova e a particolari contesti del dibattimento, permettono, anche dopo la fase regolata dall'art. 493 c.p.p., l'acquisizione concordata di atti d'indagine (si pensi all'art. 500, comma 7^o, c.p.p.)»¹⁶⁹.

Sotto il profilo formale, pare più convincente la seconda lettura; tutto sommato, però, sembra preferibile la prima¹⁷⁰. La ragione si lega all'interpretazione rigorosa - che si è accolta in tema di legittimazione a esprimere il consenso¹⁷¹: l'acquisizione concordata richiede il «consenso di tutte le parti»; fermo il potere del giudice di svolgere il consueto controllo, nel momento in cui tutte le parti sono d'accordo, nessuno potrebbe dolersi per un'acquisizione concordata avvenuta dopo l'inizio dell'istruttoria e, in virtù dell'art. 598 c.p.p., anche nel giudizio d'appello.

14. (segue) La c.d. acquisizione in blocco. Uno dei più seri problemi che si è avuto nelle aule di giustizia per via dell'istituto ora in esame è quello della c.d. acquisizione in blocco.

Si verifica nei casi simili a quello che ha portato alla rimessione della questione di costituzionalità della disciplina poco più che un decennio fa¹⁷². Nella fat-

¹⁶⁸ ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., 93; BACCARI, CONTI, *Una nuova espressione*, cit., 883. Chi propende per questa lettura valorizza l'assenza di una norma stabilita a pena di decadenza. Si veda ad es. DEL COCO, 136; *Disponibilità della prova*, cit., 136; GALGANI, *Commento all' art. 40*, cit., 508; NAPOLI, *Osservazioni sull'istituto*, cit., 1201 e VALENTINI, *I poteri del giudice dibattimentale*, cit., 128.

¹⁶⁹ CAMON, *Accordi processuali*, cit., 69; FANUELE, *Le contestazioni*, cit., 172; BRONZO, *Il fascicolo*, cit., 220.

¹⁷⁰ BACCARI, CONTI, *Una nuova espressione*, cit., 883, ritengono la disposizione «inutile», poiché la possibilità accordata dal settimo comma dell'art. 500 c.p.p. è «ricavabile direttamente dall'art. 493 comma 3, che detta la disciplina generale dell'istituto dell'acquisizione concordata». In senso analogo, NAPOLI, *Osservazioni sull'istituto*, cit., 1200.

¹⁷¹ Par. 8.

¹⁷² Corte. cost., 18 ottobre 2011, n. 290, in *Cass. pen.*, 2012, 1689.

tispecie «il difensore d'ufficio dell'imputato, dopo aver inutilmente tentato di prendere contatto col proprio assistito, ha dichiarato di prestare il consenso per l'acquisizione al fascicolo del dibattimento, di tutti gli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, a norma dell'art. 493 comma 3, c.p.p., con conseguente rinuncia di tutte le parti a formulare ulteriori richieste di prove»¹⁷³.

Poiché si verte in una situazione analoga a quella che si ha nel giudizio abbreviato, il rimettente riteneva violato, tra l'altro, l'art. 3 Cost.: «a parità di semplificazione processuale si determina un'evidente disparità di trattamento tra le due identiche situazioni», poiché nel caso di acquisizione degli atti non è prevista «la diminuzione della pena stabilita dall'art. 442, comma 2, c.p.p.».

La Corte costituzionale, senza troppe difficoltà, ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione. Riprese alcune osservazioni già formulate nel 2001¹⁷⁴, ha rilevato che non è «riscontrabile la lamentata disparità di trattamento tra la disciplina di cui all'art. 493, comma 3, c.p.p. e quella prevista per il giudizio abbreviato, con riferimento all'assenza, nel primo caso, della riduzione di un terzo della pena, trattandosi di due istituti disomogenei e non assimilabili»¹⁷⁵, poiché «gli accordi che possono intervenire tra le parti in ordine alla formazione del fascicolo per il dibattimento non escludono affatto il diritto di ciascuna di esse ad articolare pienamente i rispettivi mezzi di prova, secondo l'ordinario, ampio potere loro assegnato per la fase dibattimentale; ciò a differenza di quanto avviene per il rito abbreviato, la cui peculiarità consiste proprio nel fatto di essere un modello alternativo al dibattimento che - oltre a fondarsi sull'intero materiale raccolto nel corso delle indagini, a prescindere da qualsiasi meccanismo di tipo pattizio - consente una limitata acquisizione di elementi integrativi, che lo configurano quale rito a "prova contratta"»¹⁷⁶.

Il fenomeno dell'«acquisizione in blocco» è certamente problematico. Talvolta è stato indicato dai detrattori della deroga del consenso come conseguenza della sciagurata scelta del legislatore costituzionale di prevedere la deroga del consenso, aggravata dalla altrettanto improvida decisione - questa volta del legislatore ordinario - di permettere al difensore di prestare il consenso

¹⁷³ Così è descritta la fattispecie concreta da Corte. cost., 18 ottobre 2011, n. 290, cit.

¹⁷⁴ Corte. cost., 4 giugno 2001, n. 182, cit. (della quale si è detto nel par. 6).

¹⁷⁵ Corte. cost., 18 ottobre 2011, n. 290, cit.

¹⁷⁶ Corte. cost., 18 ottobre 2011, n. 290, cit.

all'acquisizione senza procura speciale¹⁷⁷. Si è già visto come questi rilievi non siano fondati¹⁷⁸.

Meglio calibrate sono le critiche di coloro i quali, rilevata la diversa propensione dei difensori d'ufficio rispetto a quelli di fiducia di prestare il consenso all'acquisizione di tutti gli atti contenuti nel fascicolo, «anche quando simili condotte si collocano al limite del patrocinio infedele (punito dall'art. 380 c.p.) se il consenso prestato dal difensore si risolve nella totale rinuncia a difendere l'imputato in dibattimento»¹⁷⁹, osservano come le ragioni di questo problema «non siano squisitamente normative - e dunque non dipendano dal carattere asseritamente inquisitorio degli accordi probatori - ma allignino in alcune consuetudini molto diffuse in ambito giudiziario»¹⁸⁰.

Che il problema sia di natura culturale, e non legislativa, è dubbio. Che risieda nella disciplina sull'acquisizione concordata, è da escludere: questo è, per così dire, uno dei luoghi in cui si manifesta il problema, non la sua causa. E «per trovare una terapia occorre prima capire la natura del problema»¹⁸¹.

Per avvedersene, è sufficiente una banale prova, che troppo raramente viene effettuata: consiste nel pensare al controfattuale, a cosa sarebbe accaduto nelle aule di giustizia ai tempi della pronuncia del Giudice delle leggi, agli «ignari imputati rimasti contumaci perché irreperibili»¹⁸² assistiti dai difensori d'ufficio, se fossero state abrogate le disposizioni sull'acquisizione concordata. Probabilmente la loro sorte non sarebbe stata molto diversa. I difensori d'ufficio, *non avendo avuto alcun contatto con gli accusati, né alcuna informazione* - quello che aveva preso parte al processo in cui era stata sollevata la questione di costituzionalità nel 2011 aveva acconsentito all'acquisizione solo dopo aver «inutilmente tentato di prendere contatto col proprio assistito» - sarebbero stati privi delle conoscenze necessarie per un'effettiva difesa nel corso del dibattimento: essendo al corrente dei soli fatti ricavabili dal fascicolo

¹⁷⁷ Si veda ad es. NICOLICCHIA, *Consenso del difensore*, cit., 13, il quale contesta l'interpretazione fatta propria dalla Corte costituzionale segnalando come «l'impropria esaltazione del ruolo processuale del difensore consente di garantire la massima estensione applicativa agli accordi sulla composizione del fascicolo». Analoghe critiche alla pronuncia sono formulate da DEL COCO, *Disponibilità della prova penale*, cit., 116 ss.

¹⁷⁸ V. il par. 6.

¹⁷⁹ DI BITONTO, *Osservazioni* a Corte cost., n. 290, 18 ottobre 2011, in *Cass. pen.*, 2012, 1692.

¹⁸⁰ DI BITONTO, *Osservazioni*, cit., 1692.

¹⁸¹ SARTORI, *Opinione pubblica*, in Id., *Elementi di teoria politica*, Bologna, 1995, 209.

¹⁸² DI BITONTO, *Riflessioni controcorrente a proposito degli accordi probatori*, in *Cass. pen.*, 2010, 4451.

delle indagini, non sarebbero stati in condizioni di predisporre una lista testimoniale, di condurre un efficace controesame, di presentare dei documenti. La difesa, con ogni probabilità, sarebbe stata incentrata su questioni giuridiche, se mai ce ne fossero state. Che è esattamente ciò che accade nei casi di «acquisizioni in blocco».

Le sacrosante parole che si spendono quando si tratta il tema del diritto dell'imputato alla partecipazione al proprio procedimento - «solo il diretto interessato è normalmente in grado di rilevare la falsità di una circostanza narrata dal teste d'accusa, di suggerire domande e/o proporre verifiche; solo l'imputato è in grado di portare quel contributo di conoscenze rilevanti per la ricostruzione del fatto storico»¹⁸³ - non devono svanire solo perché si sta analizzando un istituto poco gradito.

Il problema esisteva, e non era di matrice culturale, ma legislativa. Non stava nella disciplina dell'acquisizione concordata, ma nelle disposizioni finalizzate ad assicurare che difensore e accusato agissero in modo sinergico.

Le cose oggi sono migliorate, perché ha fatto progressi la normativa finalizzata ad assicurare il diritto alla partecipazione dell'imputato al proprio processo che, indirettamente, ha avuto conseguenze sul rapporto difensore-accusato. È ragionevole credere che le riforme del 2014¹⁸⁴ e del 2022¹⁸⁵ abbiano reso il fenomeno dell'«acquisizione in blocco» meno frequente.

Per i casi residui, la soluzione non va ricercata nella disciplina dell'acquisizione concordata - magari prevedendo l'introduzione dell'obbligo per il difensore di munirsi di una procura speciale - ma tra le disposizioni che regolano i rapporti tra difensore e assistito, con una riforma della difesa d'ufficio. Non è di primaria importanza la sottoscrizione di una procura speciale - dalla quale sembra dipendere, in certe costruzioni teoriche, la sorte degli imputati, i quali spesso nemmeno sanno che nella nomina sottoscritta qualche anno prima dell'udienza preliminare era riportata una frase in cui si menzionava la «procura per richiedere il giudizio abbreviato o il procedimen-

¹⁸³ GAITO, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea*, in *Procedura penale e garanzie europee*, a cura di Gaito, Torino, 2006, 57.

¹⁸⁴ L. 28 aprile 2014, n. 67.

¹⁸⁵ D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (c.d. riforma Cartabia); in argomento v. DEI CAS, *Il processo all'imputato assente, tra recepimenti giurisprudenziali e morse efficientistiche*, in *Arch. pen. web.*, 2024, n. 1, 1 ss.

to previsto dall'art. 444 ss c.p.p.»¹⁸⁶ (espressioni comunque che, ai loro occhi, non hanno significato). Conta piuttosto il piglio del difensore: il punto centrale della questione non sta nella formalità di una procura, ma nella sostanza della difesa.

I gravi problemi che talora si verificano nelle aule di giustizia non si risolvono con quelli che rischiano di essere adempimenti formali, ma facendo in modo che l'interesse del difensore coincida con quello dell'assistito. Se manca questa convergenza, nascono i problemi, anche se viene sottoscritta una procura speciale. Se manca questa consapevolezza, i problemi del processo penale non potranno mai essere risolti.

¹⁸⁶ È indubbiamente corretta la rappresentazione della realtà effettuata da MARCOLINI, *A quali condizioni i negoziati sulla pena sono conformi alla Cedu?* (Corte Edu, 29 aprile 2014, *Natsvlshvili e Togonidze Contro Georgia*), in *Cass. pen.*, 2014, 3488, il quale, rilevato il «tenore letterale delle procure speciali che attualmente i difensori si fanno rilasciare («a presentare la richiesta o a prestare il consenso previsto dall'art. 444 c.p.p.», «a richiedere il giudizio abbreviato ex art. 438 c.p.p., anche nella forma condizionata»)» osserva che «simili procure, per quanto riguarda il patteggiamento per lo più prive di un concreto riferimento alla pena, non di rado vengono rilasciate all'inizio delle indagini preliminari, e cioè anche a distanza di molto tempo dalla loro conclusione, con la possibilità che medio tempore l'accusa venga anche sostanzialmente modificata».