

OPINONE

FILIPPO GIUNCHEDI

***De profundis* per i procedimenti speciali. Considerazioni a margine alla legge di inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con l'ergastolo**

La recente legge n. 33 del 2019 costituisce l'ultima intervento del legislatore sul giudizio abbreviato, ma più in generale sull'intera categoria dei procedimenti speciali, proiettati verso un inesorabile declino.

De profundis for summary judgements.

Considerations in the margins of the law of inapplicability of the summary trial to crimes punished with imprisonment for life

The recent law n. 33 of 2019 constitutes the last intervention of the legislator on the summary trial, but more generally on the whole category of summary judgements, projected towards an inexorable decline.

SOMMARIO: 1. L'irrefrenabile ascesa di un sistema penale di scopo. – 2. L'ultima (almeno per ora) pagina: i limiti all'opzione per il giudizio abbreviato. – 3. Una legge che sancisce il declino dei procedimenti speciali. – 4. L'azzeramento di garanzie nel rito abbreviato. – 5. La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nel giudizio abbreviato: garanzia effettiva per l'imputato? – 6. La ridotta impugnabilità prevista per i procedimenti speciali. – 7. Il controllo in sede di impugnazione della sussistenza dei presupposti per l'attivazione dei riti speciali. – 8. Considerazioni conclusive.

1. L'irrefrenabile ascesa di un sistema penale di scopo.

La recente pubblicazione della Legge 12 aprile 2019, n. 33, recante «Inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo»¹, rende più nitido il disegno del legislatore in ordine alla rinnovata finalità dei procedimenti speciali e al declino al quale stanno andando incontro, tradendo lo scopo precipuo per il quale erano stati conati².

Sia chiaro. Non è certo il recente testo legislativo a schiudere questi orizzonti, ma la politica legislativa degli ultimi anni, ingannevole ed incoerente, a spingerci a queste considerazioni. E, in tale panorama, il d.d.l. in tema di «Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa» che si propone di anteporre l'inviolabilità del domicilio all'inviolabilità della vita umana non si presenta come polo così distante dagli scopi della legge n. 33 del 2019, avendo quale fine comune – neanche troppo larvato – quello di “rassicurare” il cittadino e l'elettore, passato e futuro, della tutela garantita dallo Stato di fronte al

¹ In G.U. 19 aprile 2019, n. 93. Ai sensi dell'art. 5, co. 2, legge n. 33 del 2019, questa è entrata in vigore «il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana», quindi dal 20 aprile 2019 e si applica «ai fatti commessi successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge» (co. 1).

² Per un recente quadro composito e per le prospettive che si stagliano per la categoria dei procedimenti speciali, sia consentito il rinvio a GIUNCHEDI, *Introduzione allo studio dei procedimenti speciali*, Milano, 2018; ID., *Procedimenti speciali e sistema delle impugnazioni*, Pisa, 2019.

rischio di pene miti e di aggressione ai beni, con buona pace per altri valori fino a qualche tempo fa informatori delle direttive di politica criminale.

La legge n. 33 del 2019 – sforzandoci di dimenticare la finalità alla quale mira – risulta estremamente lineare, rispettosa degli arresti giurisprudenziali che hanno costellato la storia del giudizio abbreviato negli ultimi anni. Ma, come si vedrà, questo tranquillizzante formalismo, costituisce una distonia apparente.

Muovendo proprio dai fini è difficile non pervenire alla conclusione che – al pari di altri testi legislativi come la recente legge c.d. spazzacorrotti – si tratti del classico intervento politico di stampo promozionale, volto a lanciare un messaggio di “tolleranza zero”, parallelamente con quanto si sta verificando nel diritto penale sostanziale oramai “manipolato” a scopi politici con la “gemmazione” di coordinate un tempo sconosciute e assiologicamente inconcepibili³. Sarebbe limitativo circoscrivere questo fenomeno alla sola categoria del giudizio abbreviato e, come vedremo, dei procedimenti speciali, essendo un *trend* in continua espansione⁴ che incide sui valori fondamentali del processo penale in una sorta di accertamento ove la preda vale più della caccia. Un processo divenuto *instrumentum regni* che ha coniato un sistema penale di scopi con buona pace per le garanzie e i valori identitari, con il diritto processuale penale – *recte* la procedura penale – chiamato a ritrarsi in quel ruolo di servo muto rispetto al socio tiranno, rappresentato dal diritto penale.

E se questa seppur sommaria ricognizione del sistema penale offre un’idea dei foschi orizzonti che vanno schiudendosi, soffermiamoci sul destino dei procedimenti speciali, muovendo da una peculiare vedetta costituita dal rito abbreviato il cui epilogo è costituito dalla legge che non consente di optare per la definizione con il rito contratto dei processi per delitti che in astratto prevedono

³ Una significativa pagina in tal senso è scritta da MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in www.questionegiustizia.it, il quale spiega come al diritto penale «si attinge a piene mani, non solo eleggendo la pena *ad instrumentum regni*, secondo un utilizzo tradizionale cui da sempre indulge la politica; non solo manipolandone le componenti emotive come strumento di consenso elettorale, secondo le dinamiche ormai tipiche del “populismo penale” che ha ridotto la scelta di criminalizzazione ad una operazione di marketing; ma ora, persino, utilizzando lo strumento penale come modalità di “riconoscimento” (*Anerkennung*) dei nuovi attori politici, quasi attraverso una “elaborazione punitiva del passato” orientata su “tipologie d’autore” – più che su condotte – riferibili a precisi segmenti sociali, con conseguente autolegittimazione del nuovo assetto di potere rispetto ai precedenti».

⁴ Ne offrono una chiara testimonianza LA ROCCA, GAITO, *Il “controlimite” della tutela dei diritti processuali dell’imputato: visioni evolutive dalle Corti europee tra legalità e prevedibilità*, in questa *Arch. pen. (web)*, 2019, 1.

la pena perpetua⁵.

2. L'ultima (almeno per ora) pagina: i limiti all'opzione per il giudizio abbreviato.

Si tratta del procedimento speciale che, forse più degli altri, aveva tradito le aspettative di un legislatore che vedeva favorevolmente la definizione del procedimento mediante forme semplificate al precipuo scopo di riservare al dibattimento, con tutte le garanzie che ammantano l'accusatorietà, pochi processi. In tal modo si potevano esaltare immediatezza e oralità. Basti pensare che nel "libro dei sogni" (ovvero il modello originario) il processo doveva esaurirsi in una sola giornata di udienza, dovendosi dar luogo a brevi rinvii solo in circoscritte e tassative ipotesi (arg. *ex art.* 477 c.p.p.).

L'originario modello, basandosi sul consenso del pubblico ministero, tanto da attribuirgli la definizione di "patteggiamento sul rito" per distinguerlo dal "patteggiamento della pena" previsto dall'art. 444 e segg. c.p.p., portava ad un utilizzo assai scarso del procedimento, così da spingere il legislatore con l. 16 dicembre 1999, n. 479, nell'ambito di una più generale rivisitazione del processo penale, ancillare all'entrata a regime del giusto processo, a svincolare l'opzione del rito speciale dal consenso del p.m., essendo sufficiente la sola volontà dell'imputato o di un suo procuratore speciale esercitata nelle paratie di tempo e di modo previste dal legislatore⁶.

Evitando di ripercorrere tutti gli interventi legislativi che fino al 2017 hanno cercato di favorire la fruizione del rito in discorso per decongestionare il primo grado di giudizio da impegnativi dibattimenti, ci limiteremo a soffermarci sulle addende legislative e giurisprudenziali causalmente efficienti rispetto alla recente legge n. 33 del 2019 e agli effetti che vanno producendo sulla sistematica del giudizio abbreviato e, in una prospettiva più generale, dei procedimenti speciali.

Nel regime previgente e per tutti i reati commessi fino allo scorso 20 aprile, in caso di condanna il giudice applicava e applicherà una pena che tenuto «conto di tutte le circostanze è diminuita della metà se si procede per una contravvenzione e di un terzo se si procede per un delitto. Alla pena dell'ergastolo è so-

⁵ Per un commento denso di spunti di riflessione v. SANTORIELLO, *La riforma del giudizio abbreviato in G.U.: inapplicabile ai delitti puniti con l'ergastolo*, in www.quotidianogiuridico.it.

⁶ Fa eccezione l'ipotesi condizionata di cui all'art. 438, co. 5, c.p.p. la quale richiede che l'integrazione probatoria richiesta dall'imputato risponda a finalità di necessità ai fini della decisione e compatibile con l'economicità del rito.

stituita quella della reclusione di anni trenta. Alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo» (art. 442, co. 3, c.p.p.). La nuova disciplina, riscritta con un intervento composito, è costituita essenzialmente dall'abrogazione del secondo e del terzo periodo del co. 3 dell'art. 442 e dall'introduzione del co. 1-*bis* all'art. 438 c.p.p. che prevede la non ammissibilità del «giudizio abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo».

In concreto l'intervento del legislatore avrà un'incidenza assai circoscritta, posto che attualmente i delitti che prevedono la pena dell'ergastolo sono limitati a poche figure, tra le quali si ricordano l'omicidio volontario aggravato, la devastazione, saccheggio e strage e le ipotesi aggravate di sequestro di persona a scopo di estorsione.

La possibilità di definire la regiodicanda per delitti puniti con l'ergastolo costituisce questione non nuova, posto che originariamente il legislatore prevedeva che per i delitti puniti con la pena perpetua fosse, all'esito del giudizio abbreviato, comminata quella a trenta anni di reclusione; aspetto che non distinguendo tra ergastolo semplice ed ergastolo con isolamento diurno, portò la Consulta a dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 442, co. 2, «nella parte in cui prevede[va] che po[tesse] procedersi con il giudizio abbreviato anche per reati punibili con la pena dell'ergastolo e po[tesse] conseguentemente, in caso di condanna, sostituirsi tale pena con la reclusione di anni trenta»⁷, sulla scorta del fatto che – si legge nella parte motiva – «la direttiva, nella sua chiara formulazione, e tale da far ritenere che la previsione del giudizio abbreviato riguardi solo i reati punibili con pene detentive temporanee o pecuniarie, essendo la diminuzione di un terzo concepibile solo se riferita ai reati punibili con una pena quantitativamente determinata e non, quindi, ai reati punibili con l'ergastolo».

Solo successivamente mediante l'art. 30, co. 1, lett. *b*), legge n. 479 del 1999, il legislatore, proprio al fine di non tradire le finalità decongestionanti del giudizio abbreviato rispetto a quello ordinario, ha previsto *expressis verbis* la possibilità di definire il procedimento nelle forme del rito abbreviato anche per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo, salvo intervenire a distanza di pochi mesi con

⁷ Corte cost., n. 176 del 1991, in *Giur. cost.*, 1991, 1456, alla quale si uniformarono le Sezioni unite per le quali «il giudizio abbreviato non è ammesso quando l'imputazione enunciata nella richiesta di rinvio a giudizio concerne un reato punibile con l'ergastolo. In questo caso il giudice per le indagini preliminari non è competente a definire il giudizio con le forme stabilite dagli artt. 441 e 442 c.p.p. anche se ritiene che in concreto debba essere applicata una pena diversa dall'ergastolo» (Cass., Sez. un., 6 marzo 1992, Piccillo e altro, in *Cass. pen.*, 1992, 1776).

la decretazione d'urgenza⁸ differenziando le ipotesi di pena concreta inflitta consistente nel solo ergastolo, in riferimento alla quale la diminuzione per il rito prevedeva il passaggio alla pena di anni trenta da quella in cui, sempre in concreto, il giudice ritenesse di applicare l'ergastolo con isolamento diurno con conseguente riduzione della pena a quella dell'ergastolo⁹.

L'attuale disciplina – che, lo si ribadisce, a parte l'aspetto legato ad escludere i delitti puniti con l'ergastolo tra quelli per i quali si possa procedere nelle forme del giudizio abbreviato – si presenta alquanto coerente e garantista, attenta allo sviluppo dell'udienza preliminare, prima, e del giudizio (abbreviato o ordinario), poi.

Le ipotesi che possono verificarsi sono le seguenti.

La prima è legata sia all'attività istruttoria svolta nel corso dell'udienza preliminare sia per iniziativa del giudice (art. 422 c.p.p.) quanto per quella delle parti (indagini "coatte" ex art. 421-bis c.p.p. o deposito di documenti o di risultanze di investigazioni difensive delle parti private), tali da far derubricare l'originaria imputazione per delitto ostativo all'opzione per il rito abbreviato in ipotesi delittuosa per la quale è prevista la pena perpetua (si pensi all'omicidio volontario aggravato derubricato in omicidio colposo) con conseguente facoltà per l'imputato di presentare richiesta di definizione del procedimento ai sensi dell'art. 438, co. 6, c.p.p., così come modificato dall'art. 1, co. 1, lett. b), legge n. 33 del 2019.

Facoltà esercitabile anche qualora l'imputazione venga derubricata nei termini anzidetti con il decreto che dispone il giudizio, potendo l'imputato o il suo procuratore speciale «chiedere il giudizio abbreviato entro quindici giorni dalla lettura del provvedimento o dalla sua notificazione» (art. 429, co. 2-bis, c.p.p., introdotto dall'art. 4 legge n. 33 del 2019) con inevitabile operatività dell'art. 458 c.p.p. che disciplina proprio la richiesta di rito abbreviato.

Parallelamente alle due ipotesi descritte¹⁰, ove la derubricazione avviene nel corso dell'udienza preliminare, la novella legislativa ha considerato le modifiche all'imputazione che possono intervenire nel corso del giudizio abbreviato

⁸ Art. 7, co. 1, d.l. 24 novembre 2000, n. 341, conv., con modif., in l. 19 gennaio 2001, n. 4, recante «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 novembre 2000, n. 341, recante disposizioni urgenti per l'efficacia e l'efficienza dell'Amministrazione della giustizia».

⁹ Per più ampie considerazioni circa la natura della diminuzione per il rito ed il conseguente dibattito giurisprudenziale e dottrinale sia consentito il rinvio a GIUNCHEDI, *Giudizio abbreviato*, in *La giustizia penale differenziata*, I, *I procedimenti speciali*, coord. da Giunchedi, Torino, 2010, 662 ss.

¹⁰ Il legislatore non ha considerato il caso di cui all'art. 423 c.p.p. poiché ipotesi in cui la modifica dell'imputazione, a favore o contro l'imputato, si verifica prima del termine preclusivo per la richiesta di definizione del procedimento con riti alternativi.

o del giudizio ordinario. È naturale che si tratta di ipotesi completamente opposte.

Nel primo caso siamo nell'ambito di copertura dell'art. 441-*bis* c.p.p. che oggi prevede un nuovo co. 1-*bis* (introdotto dall'art. 2 legge n. 33 del 2019) il quale prevede che il giudice dell'abbreviato possa revocare, anche di ufficio, l'ordinanza di ammissione del rito qualora le contestazioni effettuate dal p.m. attengano ad imputazione punita con la pena dell'ergastolo. In tal caso il giudice fissa l'udienza preliminare qualora all'abbreviato si sia pervenuti in conversione ad altro rito (le ipotesi più ricorrenti potranno essere quelle dei giudizi direttissimo e immediato). Diversamente, se la richiesta originaria di definizione del procedimento con l'abbreviato sia avvenuta in udienza preliminare, fisserà la sua prosecuzione.

A contrario, invece, il giudice del dibattimento qualora all'esito del dibattimento riconosca che il fatto per il quale ha effettuato l'accertamento non rientri tra quelli puniti con l'ergastolo, potrà applicare la diminuzione per il rito nell'ipotesi in cui l'imputato (o il suo procuratore speciale) in udienza preliminare abbia richiesto di procedere con il rito abbreviato [art. 438, co. 6-*ter*, c.p.p. introdotto dall'art. 1, co. 1, lett. c), legge n. 33 del 2019]. Riteniamo che, comunque, la riduzione per il rito possa essere applicata anche quando la derubricazione avvenga all'esito del dibattimento di giudizi direttissimi ed immediati¹¹.

Rimangono ferme le ipotesi prefigurate dalle decisioni della Corte costituzionale conseguenti alle contestazioni effettuate dal p.m. nel corso del dibattimento ai sensi degli artt. 516 e 517 c.p.p., tali da consentire all'imputato in riferimento al fatto diverso¹² o ad una circostanza aggravante¹³ di rimeditare la propria linea difensiva e richiedere la definizione del processo con il rito abbreviato che continuerà ad essere celebrato davanti al medesimo giudice del dibattimento.

3. Una legge che sancisce il declino dei procedimenti speciali.

¹¹ SANTORIELLO, *La riforma del giudizio abbreviato in G.U.: inapplicabile ai delitti puniti con l'ergastolo*, cit., 3, sottolinea con perplessità come «ciò signific[hi] dunque che quando all'imputato sia contestato un delitto punito con l'ergastolo occorrerà svolgere tutto il dibattimento prima che il giudice possa, in sede di condanna, accertare l'eventuale commissione di un diverso reato e riconoscere lo sconto di pena».

¹² Corte cost., n. 273 del 2014, in *Giur. cost.*, 2014, 4654; Id., 18 dicembre 2009, n. 333, *ivi*, 2009, 4944.

¹³ Corte cost., n. 139 del 2015, in *Giur. cost.*, 2015, 1197; Id., 5 dicembre 2014, n. 273, cit.; Id., n. 237 del 2012, in *Giur. cost.*, 2012, 3548; Id., n. 333 del 2009, cit.

Le critiche mosse sono state molteplici e variegata, scontentando tutti protagonisti del processo.

Sul fronte della Magistratura, ad esempio, si è giustamente sottolineato il rischio di appesantire il carico di lavoro delle Corti di assise anche per ipotesi fattuali in cui si è al cospetto di un reo confesso con la conseguenza di dar corso ad un lungo e complesso dibattimento in contrasto con il tanto perorato principio della ragionevole durata del processo.

L'Avvocatura, da parte sua, parlando icasticamente in termini di «idolatria della pena eterna»¹⁴ ha sottolineato la matrice politica della legge n. 33 del 2019, colpevole di trascurare il principio rieducativo della pena ben difficilmente conseguibile con l'irrogazione dell'ergastolo.

Ma se queste sono reazioni circoscritte alla novella legislativa, l'aspetto preoccupante è strettamente legato alla marcata tendenza con cui da qualche anno a questa parte, sempre per mano legislativa, stanno mutando i tratti assiologici dei procedimenti speciali, categoria il cui conio nel contesto dell'attuale ordito codicistico risponde ad una filosofia utilitaristica¹⁵ e non certo per l'effettiva idoneità di questi a realizzare un processo giusto, ovvero con le migliori garanzie in capo all'accusato ed il miglior metodo cognitivo per verificare la fondatezza dell'ipotesi accusatoria. Significa, quindi, che il legislatore in taluni casi ha ritenuto di investire maggiormente sugli scopi immediati di volta in volta perseguiti mediante modelli semplificati, giustificati da quella che viene definita l'*aliqua utilitas* costituente l'elemento teso a controbilanciare la deviazione e la rinuncia ai principi che regolano la giurisdizione¹⁶.

È inevitabile che tale scelta, benché assistita da motivazioni plausibili, non possa che riverberarsi in negativo sulla qualità del giudizio, utilizzando come parametro di riferimento il modello ordinario di accertamento¹⁷. La deviazione, pertanto, incide riverberandosi sull'accertamento, se non addirittura sovvertendo l'ordine naturale come avviene nei riti premiali dando luogo ad un accordo

¹⁴ È questa la plastica espressione contenuta nel documento pubblicato dall'Unione delle Camere penali italiane il 3 aprile 2019 dal titolo «Eliminazione dell'abbreviato per i reati da ergastolo. Fine processo: mai».

¹⁵ Per approfondimenti v. le considerazioni di FURFARO, *L'utilità della categoria dei procedimenti speciali nell'esegesi normativa e nella pratica operativa*, in *La giustizia penale differenziata, II, I procedimenti speciali*, coord. da Santoriello, Torino, 2010, 651.

¹⁶ BELLAVISTA, *Ancora in tema di procedimenti anomali*, in *Studi sul processo penale, II*, Milano, 1952, 209.

¹⁷ Per considerazioni circa la tollerabilità dei modelli di accertamento semplificati sia consentito il rinvio a GIUNCHEDI, *Introduzione allo studio dei procedimenti speciali*, cit., 19 ss.

“perverso” ed impari con l’accusa¹⁸.

Volendo effettuare degli esempi, sebbene il patteggiamento possa apparire tollerabile in funzione dell’accordo che, quasi totalmente, è rimesso alla volontà delle parti, non altrettanto è a dirsi per il giudizio abbreviato, soprattutto dopo le modifiche apportate dalla legge n. 103 del 2017.

Queste perplessità espresse in ordine sparso, si amplificano focalizzando l’alveo delle impugnazioni previste per i procedimenti speciali¹⁹ che registra limitazioni rispetto a quelle previste per il processo “tipo”, vale a dire l’ordinario. Pertanto sembrerebbe coerente con il sistema che ad un giudizio semplificato in primo grado corrispondano altrettante semplificazioni in sede di impugnazione. L’assunto non risulta convincente in quanto un processo legale deve offrire uno *standard* minimo di garanzie in assenza del quale, per l’appunto, il giudizio non può definirsi giusto, ovvero allineato con la finalità del processo stesso e con i diritti che Costituzione e fonti normative sovranazionali impongono. Non pare, infatti, che constatata la sussistenza dello scopo di una giustizia celere e dalla risposta pronta, si possa disinvoltamente abdicare al fine del processo che è quello di un accertamento di un fatto e non, a contrario, di una decisione purchessia²⁰.

Pertanto se la «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge» (art. 111, co. 1, Cost.) e se quest’ultima «regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell’imputato» (art. 111, co. 5, Cost.) non è automatico ritenere che la deroga alla formazione della prova in contraddittorio, ovvero lo strumento euristico migliore, consenta la soppressione di altre garanzie.

Proviamo ad effettuare alcune “prove di resistenza”.

4. L’azzeramento di garanzie nel rito abbreviato.

L’attuale fisionomia del giudizio abbreviato prevede al co. 6-*bis* dell’art. 438 c.p.p. che l’opzione per il rito preclude di rilevare ed eccepire le nullità che non siano assolute, le inutilizzabilità che derivino dalla violazione di un divieto

¹⁸ Si esprime così FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Roma, 2004, 777 ss. in riferimento al patteggiamento e al giudizio abbreviato.

¹⁹ Le idee di fondo di questo contributo riprendono il più articolato pensiero espresso in GIUNCHEDI, *Procedimenti speciali e sistema delle impugnazioni*, cit., *passim*.

²⁰ Condivisibilmente FURFARO, *L’utilità della categoria dei procedimenti speciali nell’esegesi normativa e nella pratica operativa*, cit., 651, spiega come l’accertamento deve essere «il più possibile compiuto dei fatti, nel rispetto delle posizioni processuali e delle conseguenti sfere di azione di ognuna di esse, così come generalmente predefinite nello schema “normale” del procedere».

probatorio²¹ e la competenza per territorio del giudice. Si tratta, come emerge all'evidenza, di profili che ben poco attengono al consenso dell'imputato per la formazione della prova con una metodologia diversa da quella di cui al co. 4 dell'art. 111 (c.d. contraddittorio per la prova) che, quindi, si pone in aperto contrasto con un giusto processo legale non derogabile per consenso, arrestando un *vulnus* all'accusato e alle garanzie in capo a questi in nome di una celerità che, sebbene assuma valore primario, non può essere fine a sé stessa incidendo negativamente su altri fondamentali valori, legittimando una giustizia che – si soleva ripetere in passato – per far presto non faccia bene.

Non si trascuri che uno dei principi alla base del processo penale è costituito dal diritto di difesa garantito in ogni stato e grado del giudizio.

Orbene, nella consapevolezza dello scopo per cui il legislatore abbia legalizzato “scorciatoie sul procedere”²², occorre allo stesso tempo verificare quanto questi percorsi “accelerati” incidano sulla qualità della giurisdizione la quale, poi, si riverbera sulla qualità dell'accertamento, ovvero sul risultato finale del processo. E non pare un caso che proprio per ovviare a questa inevitabile constatazione, il legislatore abbia pensato di utilizzare una definizione di detti accertamenti che renda meno impari il confronto, adottando il termine “procedimento” in luogo di “giudizio” o “processo”, quasi a voler evidenziare il profilo dinamico piuttosto che quello sostanziale legato all'accertamento.

Si potrebbe obiettare che scopo del processo non è la verità in senso assoluto, ma quella formale, ovvero quella ottenuta secondo l'ordinato e corretto evolversi delle sequenze imposte dal processo e che, quindi, anche quanto accertato all'esito di un procedimento speciale costituisca un risultato compatibile ed accettabile dal sistema. Ciò sarebbe vero nella misura in cui la formazione della prova in contraddittorio non fosse stata costituzionalizzata ed elevata al rango di regola aurea per garantire un giusto processo. Ma dal momento in cui il legislatore ha optato per questa impostazione le deviazioni da questa regola euristica possono dirsi conformi solo nei circoscritti limiti previsti in deroga a questa metodologia di accertamento, vale a dire le deroghe di cui al co. 5 dell'art. 111 Cost.

Insomma occorre verificare se il consenso dell'imputato legittimi una devia-

²¹ Vero e proprio *non sense* del legislatore posto che la sanzione dell'inutilizzabilità colpisce esclusivamente il valore probatorio di un atto.

²² L'efficace espressione è attribuibile a FURFARO, *L'utilità della categoria dei procedimenti speciali nell'esegesi normativa e nella pratica operativa*, cit., 674.

zione dal modello tipo di accertamento, poiché se la deroga attiene esclusivamente alla formazione della prova, tutti i diritti che costituiscono una derivazione di quello al giusto processo (art. 111, co. 1, Cost.), non sono sacrificabili anche per volontà della parte interessata. Ecco allora che il diritto ad un giudice terzo ed imparziale (art. 111, co. 2), le garanzie relative al diritto di difesa e ancillari alla formazione della prova, il diritto alla prova contraria (art. 111, co. 3) non possono essere abdicati²³.

Il diritto di difesa, garantito in ogni grado del procedimento, proietta la tutela costituzionale del diritto di critica di una decisione. Sappiamo che, a più riprese, la Consulta ha spiegato come il legislatore ordinario disponga di «un margine di discrezionalità che restringe il controllo di costituzionalità alla sola razionalità della soluzione adottata»²⁴. Razionalità che non può ritenersi sussistere qualora vengano pregiudicate delle garanzie essenziali, mai sacrificabili in vista della particolarità del procedimento.

Il punto è proprio questo, ovvero stabilire se i percorsi semplificati predisposti dal legislatore in vista di una determinata politica giudiziaria, possano ritenersi conformi al sistema e alle garanzie ineludibili ad esso connesse.

5. La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nel giudizio abbreviato: garanzia effettiva per l'imputato?

L'integrazione probatoria in sede di appello risponde ad una logica di eccezionalità, in coerenza con la presunzione di completezza dell'accertamento che connota il primo grado di giudizio; di tal che la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale fin dalle origini del rito ha assunto carattere residuale, in conformità con la natura, propria del secondo grado, inteso quale strumento di controllo, prevalentemente cartolare, di quanto accaduto in prime cure²⁵.

Tralasciando di trattare tutti i profili della rinnovazione istruttoria nel giudizio abbreviato²⁶ si può affermare che, ad esclusione di talune circoscritte ipotesi, questa costituisca espressione di un diritto alla prova a favore dell'imputato, perché altrimenti si disincentiverebbe l'opzione per un rito che, a fronte dell'economicità, consente valutazioni più precise sulle prospettive offerte da

²³ Per più ampie considerazioni si rinvia alle riflessioni di POLICE, *Art. 24*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, Torino, 2006, 502 ss.

²⁴ Corte cost., 20 maggio 1976, n. 122, in *Giur. cost.*, 1976, 1786.

²⁵ Con esattezza, ad esempio, FIORIO, *Funzioni, caratteristiche ed ipotesi del giudizio di appello*, in *Le impugnazioni penali*, trattata diretto da Gaito, Torino, 1998, 305.

²⁶ Per la quale si rinvia a GIUNCHEDI, *Procedimenti speciali e sistema delle impugnazioni*, cit., 104 ss.

un materiale probatorio che, salvi i casi di integrazione probatoria, è immutabile.

L'aspetto che rileva ai fini della nostra indagine attiene alla nuova ipotesi di rinnovazione "obbligatoria" introdotta *per tabulas* al comma 3-*bis* dell'art. 603 c.p.p. ad opera dell'art. 1, co. 58, l. 23 giugno 2017, n. 103 che offre seguito ai recenti approdi delle Sezioni unite²⁷, in linea con il *trend* della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo²⁸.

Il mutamento interpretativo si verifica a fronte di una sentenza di assoluzione che abbia concluso il giudizio di primo grado e che il giudice di appello è chiamato a riformare con una condanna in secondo grado a seguito di appello dell'antagonista (p.m. o parte civile ai soli effetti risarcitori). Anche con riferimento all'ipotesi del rito abbreviato, infatti, la previsione contenuta nell'art. 6, par. 3, lett. *d*), C.e.d.u., relativa al diritto dell'imputato di esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame di quelli a discarico, come definito dalla giurisprudenza consolidata della Corte europea, impone al giudice di secondo grado, quando non intenda confermare la sentenza di assoluzione impugnata dal p.m., di rinnovare l'istruzione dibattimentale attraverso l'esame dei soggetti che abbiano reso dichiarazioni sui fatti del processo ritenute decisive ai fini della decisione assolutoria di primo grado, essendo irrilevante che tali apporti dichiarativi siano stati valutati in primo grado sulla base dei soli atti d'indagine ovvero a seguito di integrazione probatoria.

Il principio, se espresso in termini generali e ritenuto esportabile anche al rito in esame, è stato ribadito con specifico riferimento al giudizio abbreviato non condizionato da un successivo intervento delle Sezioni unite "Patalano"²⁹, essendo pacifico che l'*obiter dictum* delle Sezioni unite "Dasgupta" operi anche

²⁷ Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, in *Mass. Uff.*, n. 267487; ma con maggior attinenza al giudizio abbreviato, Cass., Sez. un., 19 gennaio 2017, Patalano, in *Mass. Uff.*, n. 269785; senza dimenticare gli ulteriori apporti di Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, P.G. in proc. Troise, in *Mass. Uff.*, n. 272431, e, da ultimo, Cass., Sez. un., 28 gennaio 2019, Pavan, non ancora massimata, relativa agli apporti tecnici dell'*expert witness*, perito o consulente che sia.

²⁸ Corte EDU, 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia; Id., 16 settembre 2014, Mischie c. Romania; Id., 4 giugno 2013, Kostecki c. Polonia; Id., 4 giugno 2013, Hanu c. Romania; Id., 9 aprile 2013, Fluera c. Romania; Id., 5 marzo 2013, Manolachi c. Romania; Id., 21 settembre 2010, Marcos Barrios c. Spagna; Id., 27 novembre 2007, Popovic c. Moldavia; Id., 18 maggio 2004, Destreheme c. Francia; Id., 9 luglio 2002, P.K. c. Finlandia; Id., 27 giugno 2000, Costantinescu c. Romania.

Clr., comunque, la più attuale Corte EDU, 29 giugno 2017, Lorefice c. Italia, per la quale se i giudici di appello riformano la sentenza di assoluzione di primo grado e condannano l'imputato senza aver sentito nuovamente i testi, decisivi per la nuova decisione, incorrono nella violazione dell'art. 6 C.e.d.u. che assicura il diritto a un processo equo.

²⁹ Cass., Sez. un., 19 gennaio 2017, Patalano, cit. Tra i primi ad esprimere considerazioni in merito alla

con riferimento al giudizio abbreviato che abbia subito, per iniziativa di parte o d'ufficio, un incremento probatorio.

Le Sezioni unite "Patalano" hanno spiegato come e perché sia affetta da vizio di motivazione, per mancato rispetto del canone di giudizio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio, la sentenza di appello che su impugnazione del p.m. avverso assoluzione disposta all'esito di giudizio abbreviato non condizionato, affermi la responsabilità dell'imputato operando una diversa valutazione di prove dichiarative e ritenute decisive, senza che nel giudizio di appello si sia proceduto all'esame delle persone che abbiano reso tali dichiarazioni.

Il panorama è in evoluzione considerato che questo consolidato *drafting* giurisprudenziale, come visto, è stato recepito dal legislatore con l'introduzione del co. 3-bis dell'art. 603 c.p.p. il quale stabilisce, per l'appunto, la necessità di effettuare la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in riferimento alla prova dichiarativa posta a fondamento della sentenza di assoluzione in primo grado quando ad impugnare sia stato il p.m. proprio in merito all'attendibilità della predetta prova dichiarativa della quale il giudice di appello deve disporre, indipendentemente dalla richiesta di parte, la rinnovazione.

Stante il canone decisorio della condanna, è consequenziale che in mancanza di elementi sopravvenuti, l'eventuale rivisitazione in senso peggiorativo compiuta in appello debba essere sorretta da argomenti dirimenti e tali da evidenziare oggettive carenze od insufficienze della decisione assolutoria. Cosicché, per effettuare l'*overturning* dell'assoluzione «non basta una diversa valutazione di pari plausibilità rispetto alla lettura del primo giudice»³⁰, occorrendo una forza persuasiva superiore che non deriva, *ex se*, dalla pronuncia del giudice d'appello il quale non ha di per sé una "autorevolezza maggiore" di quello di primo grado. Questa forza persuasiva può germinare dal metodo orale dell'accertamento, unica via in grado di qualificare la decisione in termini di «certezza della colpevolezza»³¹ anche quando in primo grado a tale metodo l'imputato abbia volontariamente rinunciato.

La regola generale prevede che l'appello avverso il proscioglimento, in qualunque forma sia stato celebrato il primo grado, sia idoneo a superare qualsiasi dubbio che potrebbe annidarsi in un'eventuale condanna all'esito dell'azione

decisione v. MANI, *Resistenze giurisprudenziali al capolinea: la forza granitica della sentenza di assoluzione e la necessaria riassunzione della prova dichiarativa anche nel giudizio d'appello da rito abbreviato*, in *questa Rivista*, 2017, 2; BELLUTA, LUPARIA, *Ragionevole dubbio e prima condanna in appello: solo la rinnovazione ci salverà?*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4.

³⁰ Cass., Sez. un., 19 gennaio 2017, Patalano, cit.

³¹ Cass., Sez. un., 19 gennaio 2017, Patalano, cit.

riformatrice del giudice di secondo grado. E tale risultato può conseguirsi solo attraverso un metodo istruttorio fondato sull'oralità e sull'immediatezza.

È naturale che una tale soluzione susciti perplessità in ordine al fatto che, in tal modo, viene meno il "patto" tra Stato ed imputato nel sinallagma economicità-giudizio allo stato degli atti con eventuale premialità in caso di condanna³². Per le Sezioni unite, infatti, non assume rilievo la circostanza che sia stata l'opzione dell'imputato verso il giudizio abbreviato a consentire il giudizio a suo carico allo stato degli atti, in quanto in appello deve comunque prevalere l'esigenza di riassumere le prove decisive attraverso il metodo epistemologicamente più appagante, vale a dire quello orale ed immediato³³ poiché costituisce l'unico strumento per dar luogo alla motivazione rafforzata richiesta per superare il dubbio ragionevole emergente da una sentenza di primo grado che abbia sancito l'assenza di responsabilità in capo all'imputato.

Ed è in riferimento a questo snodo argomentativo che le Sezioni unite schiudono orizzonti nuovi per il giudizio di appello poiché da giudizio a critica vincolata si volge verso una nuova fisionomia: «l'avvenuta "costituzionalizzazione del giusto processo" induce, inoltre, a configurare il giudizio di appello che abbia ribaltato una sentenza assolutoria, pur se a seguito del rito abbreviato, un "nuovo" giudizio, in cui il dubbio sull'innocenza dell'imputato può essere superato, come già osservato, solo impiegando il metodo migliore per la formazione della prova. L'appello in tal caso non si risolve in una mera sede di valutazione critica, in fatto e in diritto, dei percorsi motivazionali del giudice di primo grado, ma in un giudizio "asimmetrico" rispetto a quello di primo grado nel quale è comunque necessaria un'integrazione probatoria, non più da considerare in termini di eccezionalità rispetto ad un primo grado di giudizio connotato dalla presunzione di regolare esaustività dell'accertamento»³⁴. Semmai è importante domandarsi il rischio connesso ad una rinnovazione parziale posto che già la rinnovazione istruttorie in prospettiva della riforma della sentenza espone il giudice di appello a censure sul piano della terzietà ed imparzialità. Un antidoto potrebbe individuarsi nell'evitare una selezione tra le fonti di prova

³² Per approfondimenti in tal senso si rinvia a GIUNCHEDI, *Introduzione allo studio dei procedimenti speciali*, cit., 126 ss.

³³ Così in motivazione Cass., Sez. un., 19 gennaio 2017, Patalano, cit.

³⁴ In questi termini la motivazione di Cass., Sez. un., 19 gennaio 2017, Patalano, cit., ove, comunque, vi è premura di specificare come «quanto esposto vale tuttavia (sia per il giudizio ordinario che per il giudizio abbreviato) nei casi in cui di differente "valutazione" del significato della prova dichiarativa si possa effettivamente parlare: non perciò quando il documento che tale prova riporta risulti semplicemente "travistato", quando, cioè, emerga che la lettura della prova sia affetta da errore "revocatorio", per omissione, invenzione o falsificazione».

dichiarativa. In questo caso il giudice, a fronte dell'impugnazione finalizzata alla *reformatio in peius* della sentenza di assoluzione, si limiterebbe a dar attuazione alla legge; diversamente, effettuando la selezione, rischia di esporsi al pregiudizio derivante dalla rinnovazione della singola prova dichiarativa decisiva³⁵.

D'altronde il *drafting* giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo sottolinea come un procedimento semplificato per l'accertamento dei fatti, come il "nostro" giudizio abbreviato, comporti un'attenuazione delle garanzie procedurali offerte dal diritto interno, in particolare per quanto riguarda la pubblicità del dibattimento e la possibilità di richiedere l'acquisizione di elementi di prova non contenuti nel fascicolo delle indagini³⁶, ma anche che tale rinuncia alle garanzie di un processo equo, per essere conforme ai principi stabiliti dall'art. 6 della Convenzione, «non deve essere in contrasto con alcun interesse pubblico importante»³⁷.

È evidente che, salve le ipotesi di appello avverso sentenza di condanna, ove rileva un altro valore costituzionale, quella della considerazione di non colpevolezza fino alla decisione definitiva, l'immediatezza e l'oralità costituiscano uno strumento per superare eventuali vuoti ricostruttivi. Ma se questo è vero in una prospettiva oggettiva, non ci si può esimere dall'affrontare la questione dalla prospettiva dell'imputato che abbia optato per il rito abbreviato non condizionato, quindi allo stato degli atti, confidando nella possibilità offertagli dall'ordinamento di "ibernare" il materiale probatorio³⁸. Ed è altrettanto naturale che la sentenza di assoluzione in primo grado costituisca il risultato dell'efficacia della scelta, effettuata per una serie di motivi che non è possibile indicare e nemmeno immaginare³⁹. Quel che rileva, a nostro avviso, è il rischio connesso all'ampliamento della piattaforma probatoria in un rito volutamente circoscritto alle risultanze presenti nel fascicolo prima dell'opzione procedimentale dell'imputato a fronte di una decisione a questi favorevole. Si osservi. Non sono

³⁵ DELL'ANNO, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello*, in *La Riforma delle impugnazioni penali. Semplificazione, dellazione, restaurazione*, a cura di Ranaldi, Pisa, 2019, in corso di pubblicazione.

³⁶ Cfr. Corte EDU, 28 ottobre 2013, Greco c. Italia; Id., 6 novembre 2007, Hanv c. Italia; Id., 10 aprile 2007, Panarisi c. Italia; Id., Gr. Cam., 18 ottobre 2006; Id., 30 novembre 2000, Kwiatkowska c. Italia.

³⁷ Riprendendo le parole di Corte EDU, 21 febbraio 1990, Hakansson e Sturesson c. Svezia; ma nello stesso senso Corte EDU, 26 settembre 2017, Fornataro c. Italia; Id., Hermi c. Italia, cit.

³⁸ Considerazioni analoghe effettua DELL'ANNO, *La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello*, cit.

³⁹ Volendo azzardare qualche esempio si può ipotizzare il rischio di contaminazione delle dichiarazioni di taluni testimoni, magari particolarmente vulnerabili ed influenzabili; la concertazione di talune dichiarazioni, ma anche il completamento di dichiarazioni superficiali rese nel corso delle indagini.

esportabili in questo caso le soluzioni offerte dalle Sezioni unite “Dasgupta” poiché nell’ipotesi del dibattimento è ovvio che quale garanzia di fronte al rischio di condanna in appello, il secondo giudice deve avere un contatto diretto con la fonte di prova dichiarativa al pari del primo giudice che l’ha ritenuta non attendibile e sulla quale ha fondato la pronuncia di assoluzione. Ma altro discorso è quanto previsto in un giudizio probatoriamente “bloccato”, ove l’esito potrebbe portare taluni soggetti interessati a rivedere ed ampliare le dichiarazioni rese unilateralmente in fase di indagine⁴⁰.

Un’argomentazione apparentemente solida potrebbe essere costituita dal riferimento al parallelo potere di integrazione probatoria in capo al giudice nel giudizio abbreviato di primo grado prevista dall’art. 441, co. 5, c.p.p. Anche in questo caso l’imputato opta per un rito allo stato degli atti, ma deve sopportare il rischio dell’incremento della piattaforma probatoria. L’assunto è suggestivo in quanto risulta diverso il momento in cui avviene l’accrescimento gnoseologico; poiché un conto è effettuarlo prima della decisione, senza che la fonte probatoria dichiarativa sia influenzata dalla precedente decisione, e altro è farlo quando si sia già pervenuti ad una sentenza di assoluzione e il giudizio di appello è stato instaurato proprio nella prospettiva della condanna. Il rischio di condizionamenti non appare utopistico⁴¹.

6. La ridotta impugnabilità prevista per i procedimenti speciali.

Come anticipato la semplificazione delle modalità di accertamento non autorizza ad estendere a tutto campo il *deficit* di garanzie. Ne consegue che quello che dovrebbe costituire il momento per il controllo della decisione dovrebbe consentire di recuperare determinati strumenti per rendere effettiva detta verifica.

In tale direzione è sembrato volgere, ad esempio, il legislatore nel momento stesso in cui ha garantito immediatezza ed oralità in appello a tutela della considerazione di non colpevolezza dell’accusato qualora il giudice di appello venga chiamato a riformare *in peius* la sentenza di primo grado. Al di là delle critiche che abbiamo mosso alla rinnovazione dell’istruzione dibattimentale in appello in riferimento al giudizio abbreviato semplice che non abbia subito incrementi gnoseologici neanche ai sensi dell’art. 441, co. 5, c.p.p., è indubitabile

⁴⁰ Non è peregrino pensare che la persona offesa costituita parte civile, tenda, anche inconsapevolmente, a colmare nel corso dell’esame disposto in appello le lacune ricostruttive evidenziate dal giudice di primo grado nel motivare la sentenza di assoluzione.

⁴¹ Si pensi alle considerazioni contenute nella nota precedente.

che la prospettiva verso cui si pone il legislatore risulti assai ammirevole poiché ritiene di ripristinare determinate garanzie indipendentemente dalla rinuncia al contraddittorio per la prova da parte dell'imputato. Si tratta, però, di una posizione che trova dei limiti nell'elaborazione giurisprudenziale come emerge dal relativo tracciato il quale registra i suoi punti più alti nella decisione delle Sezioni unite "Patalano"⁴² e nella questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di appello di Trento in riferimento al nuovo art. 603, co. 3-*bis*, c.p.p.⁴³: la prima tendente a non aprire alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale "obbligatoria" a tutte le ipotesi, ma valutando caso per caso l'opportunità⁴⁴; la seconda perché ritiene troppo "aperto" il tenore del co. 3-*bis* dell'art. 603 c.p.p.

Sarà opportuno valutare ove porteranno gli assestamenti che raggiungerà il diritto giurisprudenziale⁴⁵ che, da questi primi segnali, pare allinearsi a quella tendenza a circoscrivere l'ambito operativo delle impugnazioni, nonostante le antitetiche conclusioni della dottrina⁴⁶.

Lo dimostra in maniera significativa la compressione dell'impugnazione in tema di patteggiamento della pena. L'aver circoscritto la ricorribilità alle ipotesi delineate dall'art. 448, co. 2-*bis*, c.p.p., "strozzando" un controllo verso una decisione che limita fortemente lo spazio valutativo del giudice chiamato ad "omologare" l'accordo tra le parti, costituisce la chiara testimonianza della direzione in cui va volgendo il rapporto tra procedimenti speciali ed impugnazioni.

Peraltro la dimostrazione viene offerta dal ripristino del concordato in appello, istituto che si propone – e le prime sperimentazioni lo dimostrano – di deflazionare il carico giudiziario delle Corti territoriali⁴⁷ e di accelerare la formazione

⁴² Cass., Sez. un., 19 gennaio 2017, Patalano, cit.

⁴³ App. Trento, 20 dicembre 2017, in *questa Rivista*, la cui udienza si è celebrata lo scorso 20 marzo, ma al momento non se ne conosce ancora l'esito.

⁴⁴ Come per la prova documentale sulla quale il giudice di prime cure abbia fondato la sentenza di assoluzione.

⁴⁵ In riferimento al quale v. i contributi di FURFARO, *Influssi sovranazionali e certezza del diritto*, in *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, a cura di Giunchedi, Pisa, 2018, 83 ss.; MANNA, *Il principio di legalità*, *ibidem*, 115 ss.

⁴⁶ SCALFATI, *Anti-panegirico dell'intervento legislativo sulle impugnazioni*, in *Le impugnazioni penali dopo la riforma*, a cura di Pulvirenti, Torino, 2018, 1 ss.; ID., *Tomografia di una riforma*, in *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di Scalfati, Torino, 2017, 14 ss.; SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale. Prime riflessioni*, in *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, a cura di Spangher, Pisa, 2017, 18 ss.

⁴⁷ Questo è l'*incipit* che emerge dai protocolli stilati dalle Procure generali presso le Corti di appello nella

del giudicato avverso il quale vi sono spazi limitati per il ricorso di legittimità⁴⁸ e per la decisione *de plano* adottabile nel caso in cui sia rilevata una causa di inammissibilità del ricorso (art. 610, co. 5-*bis*, c.p.p.) contro la quale è solo possibile attivare le anguste vie previste dal ricorso straordinario per cassazione. D'altronde, si trattava semplicemente di "formalizzare" con dei limiti che non facessero indignare troppo l'opinione pubblica un istituto che, nonostante la sua abrogazione, continuava a sopravvivere⁴⁹.

Ed allora questo primo "banco di prova" finalizzato a verificare se vi sia corrispondenza o meno dei *deficit* dei diversi modelli di procedimenti speciali tra primo grado e successivi giudizi di impugnazione ha offerto una risposta non tranquillizzante, nel senso che, addirittura, nei gradi successivi al primo la semplificazione delle forme tende ad incrementarsi con altrettanti riverberi sul piano delle garanzie e sull'attendibilità del risultato che viene a porsi a latitudini assai distanti da una verità processuale prossima a quella reale⁵⁰.

7. Il controllo in sede di impugnazione della sussistenza dei presupposti per l'attivazione dei riti speciali.

La compatibilità dei procedimenti speciali è legata alla necessità che le impugnazioni consentano la verifica degli elementi condizionanti l'accesso ai riti contrattati in quanto la semplificazione delle forme e la riduzione delle garanzie, quantomeno a livello formale, può essere tollerata solo se si realizzino delle

predisposizione dei criteri richiesti dall'art. 599-*bis*, co. 4, c.p.p.

⁴⁸ In questa prospettiva non può sottrarsi come rimane attuale l'orientamento in forza del quale «è inammissibile il ricorso per cassazione relativo a questioni anche rilevabili d'ufficio alle quali l'interessato abbia rinunciato in funzione dell'accordo sulla pena in appello, in quanto il potere dispositivo riconosciuto alla parte dall'art. 599, co. 4, c.p.p. non solo limita la cognizione del giudice di secondo grado, ma ha effetti preclusivi sull'intero svolgimento processuale, ivi compreso il giudizio di legittimità, analogamente a quanto avviene nella rinuncia all'impugnazione» (Cass., Sez. I, 15 novembre 2007, n. 43721, in *Mass. Uff.*, n. 238688).

⁴⁹ Interessante al proposito il saggio, anteriore alla riforma Orlando, di CALLARI, *Il concordato sui motivi di appello e il mito della Fenice*, in *Cass. pen.*, 2015, spec. 4650 s., il quale dà atto della continuazione degli accordi in appello in spregio agli effetti del d.l. n. 92 del 2008, segnalandone una serie di potenzialità tali da patrocinarne la reintroduzione.

⁵⁰ Per penetranti considerazioni MAZZA, *Verità reale e verità processuale*, in *Dig. Pen.*, VIII, *Aggiornamento*, Torino, 2014, 713 ss.

condizioni legittimanti che consentano di “deviare” rispetto al modello ordinario. Si tratta, in breve, di verificare se l’*aliqua utilitas* sia giustificata da situazioni eccezionali previste a priori dal legislatore⁵¹.

Un significativo esempio è costituito dal giudizio immediato custodiale, il quale, come il direttissimo, ha risentito sul piano sistematico di quell’iniezione di apparente autoritarismo effettuata dal legislatore mediante il d.l. 23 maggio 2008, n. 92 del 2008, conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125. E, inevitabilmente, anche i presupposti per accedere al giudizio in esame sono stati rivisitati dando luogo ad una serie di problematiche ed interrogativi.

Diversamente da quanto previsto per il giudizio immediato tipico, nel custodiale, non essendo prevista alcuna valutazione in merito all’evidenza della prova, il legislatore ha ritenuto surrogato detto presupposto dalla gravità indiziaria prevista per l’applicazione ed il mantenimento della misura cautelare custodiale, andando con ciò a creare un’interferenza tra procedimento volto all’accertamento della responsabilità e quello incidentale *de libertate*.

È ragionevole ritenere, pertanto, che la sussistenza della gravità indiziaria qualifichi questa forma di giudizio immediato come il modulo procedurale da privilegiare qualora, nel corso delle indagini, venga applicata una misura cautelare custodiale. Si tratta, a nostro avviso, di conclusione insidiosa per almeno due ordini di profili problematici. Innanzi tutto poiché la vicenda cautelare deve rimanere estranea al giudizio di cognizione tanto che l’impermeabilità tra i due giudizi è stata ritenuta necessaria dalla medesima Corte costituzionale⁵² ed anche perché si corre il rischio che della misura cautelare venga fatto un utilizzo strumentale⁵³.

Ma l’aspetto maggiormente antitetico con la *ratio* del giudizio immediato è costituito dalla possibilità per il p.m. di poter presentare la richiesta di giudizio immediato entro centottanta giorni dall’esecuzione della misura⁵⁴. Significa, cioè, che si avallano attività investigative di enorme complessità, oggettivamente incompatibili con l’evidenza della prova, quale elemento che possa giustificare l’accelerazione a discapito di talune garanzie (l’avviso *ex art. 415-bis* c.p.p. e

⁵¹ La ricostruzione sistematica di detta categoria è stata di recente oggetto di un interessante studio, fecondo di spunti, da parte di FURFARO, *I procedimenti nel processo penale (concetti - collegamenti - classificazioni)*, Pisa, 2018, 38 ss.

⁵² Corte cost., 24 aprile 2009, n. 121, in *Giur. cost.*, 2009, 1131.

⁵³ V., al proposito, DE CARO, *Controlli sulla ricorrenza dei presupposti*, in *La giustizia penale differenziata, I, I procedimenti speciali*, cit., 249, nota 53.

⁵⁴ Tanto che F. SIRACUSANO, *Giudizio immediato*, in *Dig. Pen.*, V, *Aggiornamento*, Torino, 2010, 417, ritiene che «la qualificazione del rito come “immediato” [costituisc] un mero dato nominalistico».

l'udienza preliminare)⁵⁵.

Inoltre il diverso presupposto della gravità indiziaria in luogo dell'evidenza della prova, non legittima il sacrificio dell'udienza preliminare, posto a base dell'immediato tipico in ragione dell'evidenza della prova⁵⁶.

Diviene necessario, quindi, verificare quali siano le sanzioni nell'ipotesi in cui l'azione penale venga esercitata nelle forme del giudizio immediato, senza che ne sussistano i presupposti e se detta assenza possa essere oggetto di impugnazione.

Così come avviene in riferimento al giudizio direttissimo anche nel rito immediato diviene preliminare individuare il tipo di vizio e la relativa sanzione.

Le soluzioni che sono state individuate non risultano soddisfacenti. Tenuto conto che il g.i.p. deputato al controllo circa la sussistenza dei presupposti per esercitare l'azione penale nella forma del giudizio immediato può restituire gli atti al p.m. qualora ritenga la mancanza o l'incompletezza dei presupposti. Ciò consente il recupero dell'alternativa tra azione e inazione senza influire sul principio di irretrattabilità dell'azione penale.

Il punto essenziale per la restituzione degli atti al p.m., senza che venga pregiudicato il principio in discorso, è dettato dal fatto che il controllo esercitato dal g.i.p. ai sensi dell'art. 455 c.p.p., avviene in assenza di contraddittorio, non essendo prevista alcuna forma di apporto dialettico, tecnico e materiale, con la difesa⁵⁷, sia prima che successivamente, come ad esempio avviene in un atto a sorpresa qual è quello privativo della libertà, ove l'interrogatorio di garanzia permette al giudice di "rivalutare" la propria decisione grazie al possibile contributo dell'imputato.

In riferimento al giudizio immediato tipico si è cercato di giustificare l'assenza di contraddittorio con il previo interrogatorio – in occasione del quale, peraltro, potrà essere dato l'avvertimento che all'esito il p.m. potrà procedere ai sensi dell'art. 453, co. 1, c.p.p. (art. 375, co. 3, c.p.p.) –, ma la considerazione non appare convincente posto che la *chance* di difesa viene offerta non certo davanti al g.i.p., ma al p.m., vale a dire al soggetto che dovrà determinarsi in ordine all'esercizio dell'azione penale e, in caso positivo, alle forme con cui

⁵⁵ In ipotesi il p.m. potrebbe richiedere ed ottenere l'applicazione della misura custodiale al termine delle indagini e fruire di ulteriori centottanta giorni per esercitare l'azione penale ai sensi dell'art. 453, co. 1-*bis*, c.p.p.

⁵⁶ Sulle conseguenze legate alla rinuncia dell'evidenza probatoria v. DE CARO, *Controlli sulla ricorrenza dei presupposti*, cit., 250.

⁵⁷ PAOLOZZI, *Profili strutturali del giudizio immediato*, in *I procedimenti semplificati*, coord. da Gaito, Padova, 1989, 227, ritiene che ciò sia lesivo del diritto di difesa costituzionalmente garantito.

esercitarla.

Le medesime argomentazioni rinvenibili nella Relazione al progetto preliminare del codice, rappresentate dal fatto che quello del g.i.p. costituirebbe un controllo sommario distinto da quello più complesso dell'udienza preliminare, benché avallato dalla Consulta⁵⁸, suscitano perplessità in merito alla compatibilità con l'attuale versione dell'art. 111 Cost., il quale individua nella dialettica lo strumento tipico per la realizzazione della giurisdizione in ogni suo segmento.

D'altronde, la disamina dei presupposti e delle sanzioni in ipotesi di violazione, appare più un mero esercizio stilistico privo di effettiva rilevanza. L'evidenza della prova, ad esempio, oltre che difficilmente determinabile⁵⁹, non viene considerata dalla giurisprudenza come un presupposto la cui mancanza possa produrre ripercussioni sull'attivazione del rito⁶⁰, tanto che, sotto un certo profilo, l'immediato custodiale, pur con tutte le perplessità che lo distinguono, si fonda quantomeno su un dato oggettivo costituito dalla persistenza dello *status* custodiale dell'imputato in riferimento al tempo di applicazione della cautela. Nel prendere responsabilmente atto di questa piegatura interpretativa si giunge a ritenere che il controllo sui presupposti per la corretta attivazione del giudizio immediato sia privo di rilevanza in quanto non è prevista sanzione. Naturalmente l'impostazione assunta dalla giurisprudenza contraddice il concetto di presupposto legale di ammissibilità del procedimento in quanto questo ne garantisce la legalità, con la conseguenza di dover necessariamente contemplare una sanzione a presidio della sua concreta realizzazione⁶¹.

I problemi, peraltro, non si attenuano nell'ipotesi di conversione del rito immediato nel giudizio abbreviato o nel patteggiamento della pena, in quanto viene meno la possibilità di eccepire i vizi relativi all'azione penale celermente esercitata.

La posizione di coloro per i quali il *deficit* di garanzia può essere "sanato" dallo

⁵⁸ Tra le tante Corte cost., n. 52 del 2004, in *Giur. cost.*, 2004, 668.

⁵⁹ Presupposto dai contorni poco nitidi. Su questo specifico aspetto sia consentito il rinvio a GIUNCHEDI, *Questioni irrisolte e prospettive di riforma del giudizio immediato "tipico"*, in *Giur. it.*, 2002, 1112.

⁶⁰ Cass., Sez. V, 21 gennaio 1998, Cusani, in *Giust. pen.*, 1999, III, 145, sostiene che la ritenuta assenza dell'evidenza della prova non possa costituire causa di nullità del giudizio.

⁶¹ Concordemente alla posizione di DE CARO, *Controlli sulla ricorrenza dei presupposti*, cit., 257 s., che spiega come «la necessaria ricorrenza di determinati presupposti di legittimazione del modulo procedurale alternativo contraddice profondamente la scelta di assegnare ai medesimi un ruolo meramente ordinario, generalmente privo di conseguenze significative. La sanzione, viene posta proprio a presidio della legalità del meccanismo, indispensabile requisito di ogni scelta procedurale alternativa».

svolgimento del dibattimento in quanto permette di recuperare le garanzie⁶² coglie solo un profilo della questione. Un controllo sull'esercizio dell'azione penale effettuato superficialmente o non correttamente, non consente una consapevole scelta in ordine alle alternative procedurali, per cui è possibile che l'imputato opti per una definizione alternativa in quanto "costretto" proprio dall'emissione del decreto che dispone il giudizio immediato, dando per sussistenti dei presupposti in prospettiva colpevolista, quali l'evidenza della prova o il quadro indiziario cautelare.

D'altro canto non può trascurarsi come il giudizio immediato costituisca uno strumento per spingere l'imputato a "reagire" ad una domanda di processo effettuata in modo accelerato e in assenza di fondamentali garanzie – sacrificate in nome di presupposti dai contorni non ben definiti –, di talché l'approssimarsi di una sentenza che, sulla base dei presupposti legittimanti l'accelerazione, si prefigura negativa, suggerisce la conversione in un rito maggiormente appetibile sul piano sanzionatorio⁶³.

Sembrerebbe, pertanto, che l'unico rimedio all'assenza o incompletezza dei requisiti per procedere nel procedimento semplificato in discorso sia costituito dalla restituzione degli atti al p.m., non contemplandosi, al contrario, l'ipotesi in cui, sebbene il g.i.p. ritenga sussistere detti elementi, l'imputato non condivida questa valutazione.

Le soluzioni prospettabili sono due. Una è stata immediatamente abbandonata in considerazione del principio di tassatività delle impugnazioni⁶⁴, ragion per cui l'impossibilità risulta di ordine sistemico; la seconda soluzione è invece di natura giurisprudenziale – recentemente avallata dalle Sezioni unite – e si pone nel senso che, una volta emesso da parte del g.i.p. il decreto che dispone il giudizio immediato, il giudice del dibattimento non può sindacare il decreto di giudizio immediato, potendo solo verificare che l'imputato abbia goduto della *chance* di difesa essendo stato posto in condizione di rendere interrogatorio⁶⁵.

⁶² Per ILLUMINATI, *Giudizio immediato*, in *Giust. pen.*, 1989, III, 714, ad esempio, «l'imputato non ha uno specifico interesse (se non meramente dilatorio) a che siano restituiti gli atti al pubblico ministero, ma al contrario ha interesse alla celebrazione del giudizio».

⁶³ F. SIRACUSANO, *Giudizio immediato*, cit., 422.

⁶⁴ Cass., Sez. V, 7 giugno 2018, Musca, in *questa Rivista*, secondo cui «l'ordinanza che provvede sulla richiesta di giudizio abbreviato ex art. 458 c.p.p. (sia nel caso di diniego che di concessione o ancora di revoca) non è impugnabile, nemmeno sotto il profilo dell'abnormità, atteso il principio di tassatività dei mezzi d'impugnazione previsto dall'art. 568 c.p.p.».

⁶⁵ Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, n. 42979, in *Mass. uff.*, n. 260018, secondo cui «la decisione con la quale il giudice per le indagini preliminari dispone il giudizio immediato non può essere oggetto di ulteriore sindacato. (In motivazione, la Corte ha osservato che il provvedimento adottato dal g.i.p. chiude

Ed è naturale che se l'assenza di un presupposto non è sindacabile nel giudizio instaurato a seguito di quell'atto di impulso⁶⁶, non potrà esserlo in sede di impugnazione.

Se il principio anzidetto vale in generale per entrambi i giudizi immediati attivati su impulso del p.m., il controllo su quello custodiale rende ancor più evidente la frizione, considerato che la gravità indiziaria di cui all'art. 273 c.p.p. va verificata ma non fino alla conclusione della vicenda cautelare. Ragione per cui il rischio che si palesa è che esauritasi la procedura di riesame con l'avallo del presupposto richiesto dall'art. 453, co. 1-*bis*, c.p.p., il p.m. eserciti l'azione penale nelle forme del giudizio immediato e il g.i.p. l'avalli, salvo poi, anche a giudizio in corso, prendere atto dell'insussistenza della gravità indiziaria a seguito di annullamento senza rinvio della Cassazione oppure di decisione del Tribunale del riesame in sede di rinvio.

La Cassazione ha specificato che «la richiesta di giudizio immediato può essere presentata dal p.m. nei confronti dell'imputato in stato di custodia cautelare dopo la conclusione del procedimento dinanzi al Tribunale del riesame e prima ancora che la relativa decisione sia divenuta definitiva»⁶⁷, nonostante, mediante un approccio più coerente con i principi assiologici del processo penale, in decisione assunta al rango di monade la Suprema Corte abbia ritenuto «illegittima, e quindi d[ebba] essere rigettata, la richiesta di giudizio immediato nei confronti dell'imputato in stato di custodia cautelare, avanzata prima che il procedimento di riesame in ordine alla misura di custodia cautelare sia divenuto definitivo»⁶⁸.

È naturale che avallare quest'ultima tesi porterebbe ad una dilatazione dei tempi del tutto incompatibile con la connotazione del rito poiché attendere la pronuncia della Cassazione, ed eventualmente anche il successivo corso in caso di annullamento con rinvio, potrebbe rendere di fatto impraticabile o inutile il ricorso al giudizio immediato, il cui utilizzo, anziché velocizzare la definizione

una fase di carattere endoprocessuale priva di conseguenze rilevanti sui diritti di difesa dell'imputato, salva l'ipotesi in cui il giudice del dibattimento rilevi che la richiesta del rito non è stata preceduta da un valido interrogatorio o dall'invito a presentarsi, integrandosi in tal caso la violazione di una norma procedimentale concernente l'intervento dell'imputato, sanzionata di nullità a norma degli artt. 178, co. 1, lett. c), e 180 c.p.p.)».

⁶⁶ E, coerentemente, nei procedimenti abbreviato e di applicazione della pena concordata in cui si è trasformato l'originario giudizio immediato.

⁶⁷ In questi termini, tra le tante, Cass., Sez. II, 6 aprile 2011, n. 17362, in *Mass. Uff.*, n. 250078, relativa a vicenda in cui l'ordinanza del Tribunale del riesame non era divenuta definitiva perché impugnata con ricorso per cassazione.

⁶⁸ Cass., Sez. III, 11 marzo 2010, n. 14341, in *Mass. Uff.*, n. 246610.

del procedimento, finirebbe per determinare un considerevole allungamento dei tempi del processo⁶⁹, ma questa motivazione non appare idonea a tollerare l'instaurazione di un procedimento che limita le garanzie dell'imputato solo per un profilo acceleratorio⁷⁰. Si potrebbe, ad esempio, prevedere una tempistica a pena di perdita di efficacia della misura cautelare anche nel giudizio di legittimità in ordine ai ricorsi aventi ad oggetto la libertà personale – aspetto che, peraltro, avrebbe positivi riflessi su tutto il sistema cautelare – onde evitare di esercitare l'azione penale sulla scorta di presupposti destinati a venir meno.

8. Considerazioni conclusive.

Le prove di resistenza effettuate portano inevitabilmente a tracciare un quadro ben poco rassicurante per il futuro dei procedimenti speciali.

Eppure, soprattutto dopo il corposo *maquillage* effettuato dal legislatore con legge n. 479 del 1999, le prospettive per i riti semplificati parevano positive, nonostante vi fosse chi, coraggiosamente e con lungimiranza, riteneva che finché la via ordinaria, incapace di rispettare, non solo tempi ragionevoli, ma addirittura il tempo massimo previsto, presenterà prospettive tali da assicurare l'impunità mediante la prescrizione, difficilmente si opterà per alternative procedurali che accelerino la definizione della regiudicanda⁷¹.

Oggi, leggendo in particolare le modifiche apportate dalla legge Orlando, si deve prendere atto, ad esempio, di un rito abbreviato che non consente di eccepire invalidità se non quelle attinenti a divieti probatori e con un sistema delle impugnazioni che non ammette censure sull'assenza dei presupposti per la decidibilità allo stato degli atti, chiedendone addirittura una dimostrazione che assurge al rango di "prova diabolica". Per non parlare, poi del formante giurisprudenziale in tema di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale e, più in generale, dei limiti all'appello, nonché delle circoscritte ipotesi di ricorso per cassazione avverso la sentenza di patteggiamento.

Diviene inevitabile ipotizzare che continuando di questo passo, l'opzione per un procedimento speciale o il relativo avallo sia la conseguenza delle considerazioni di un soggetto accusato, consapevole sia della propria responsabilità penale, sia di non fruire di mezzi per poterla contrastare in sede dibattimentale.

⁶⁹ Patrociano questa tesi RIVELLO, *Giudizio immediato*, in *Enc. dir.*, III, *Annali*, Milano, 2010, 469; SPAGNOLO, *L'art. 453, comma 1-bis, c.p.p., una nuova ipotesi di giudizio immediato?*, in *Giur. it.*, 2009, 2782.

⁷⁰ V. INSOM, *Presupposti per l'accesso al giudizio immediato custodiale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 63, la quale effettua un'esauritiva disamina dei diversi orientamenti.

⁷¹ MAGLIARO, *La legge Carotti e la riforma del giudizio abbreviato*, in *Quest. giust.*, 2000, 3, 424 ss.

Se lo scopo era quello di incentivare i percorsi semplificati, la sensazione è quella che il risultato sia l'opposto...

E forse proprio questo costituisce uno dei motivi, non condiviso, per continuare a sostenere la modifica della normativa sulla prescrizione dei reati, asseverando, pertanto, quanto preconizzato in tempi non sospetti⁷².

⁷² MAGLIARO, *La legge Carotti e la riforma del giudizio abbreviato*, cit.