

ALESSANDRO PASTA

Le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato dopo la riforma Orlando: due cause di un fallimento

SOMMARIO: 1. Deflazione, sopra tutto. - 2. Aumento degli incentivi e un problema imprevisto. - 3. Sei proposte interpretative. - 4. *Errare humanum est, perseverare autem diabolicum*: la c.d. riforma Orlando. - 5. Due letture possibili e nessuno strumento per decidere. - 6. Presbiopia e miopia d'un legislatore.

1. Deflazione, sopra tutto

L'esistenza dei procedimenti che non prevedono il dibattimento è dovuta a un'unica ragione: la «lentezza del processo penale italiano [...] una sorta di male endemico»¹. Se la situazione della giustizia penale non fosse disastrosa, la disciplina del procedimento per decreto, del giudizio abbreviato e del patteggiamento dovrebbero essere rimosse dal codice, insieme alla lesione ai principi costituzionali che la premialità a essi connessa comporta². La riduzione di pena – beneficio in assenza del quale difficilmente l'imputato opterebbe per questi riti – è infatti «fuori e contro i criteri della proporzione retributiva. È pure fuori dell'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”»³, anche perché «la scelta dell'imputato riflette, di regola, un mero calcolo di op-

¹ PISANI, *Italian style: figure e forme del processo penale*, Padova, 1998, 53. Che non fosse possibile garantire un rito ordinario con dibattimento senza prevedere allo stesso tempo dei procedimenti speciali era uno dei punti fermi del dibattito che negli anni Ottanta aveva portato all'introduzione del codice Vassalli (v. tra i tanti v. LOZZI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 51).

² I problemi di compatibilità costituzionale di questi riti, dunque, non sono dovuti alla rinuncia al diritto alla partecipazione alla formazione della prova, ma alla riduzione di pena che permettono di ottenere (per l'esposizione delle ragioni di quest'affermazione ci si permette di rinviare a PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza. La logica dell'ipotesi, il paradigma dell'interesse*, Padova, 2016, 704 ss.). Per una diversa opinione v. DINACCI, *Procedimenti speciali tra spinte all'omologazione ed esigenze di differenziazione*, in *La giustizia penale differenziata. I procedimenti speciali*, Tomo II, a cura di Giunchedi, Santoriello, Torino, 2010, 711.

³ PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 516; in senso analogo 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, 806; PALAZZO, *Qualche riflessione su plea bargaining e semplificazione del rito*, in *Il rito penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di Amodio, Bassiouni, Milano, 1988, 325; PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 932.

portunità, del tutto inidoneo a proiettare una luce favorevole sulla prognosi relativa al comportamento futuro del soggetto»⁴.

Qualcuno potrebbe forse obiettare che l'accesso ai riti speciali è consentito a tutti, senza alcuna discriminazione, e che in fondo si potrebbe immaginare che l'effettiva cornice edittale prevista per il reato di calunnia non sia due-sei anni di reclusione, ma un anno e quattro mesi-quattro anni. Ma se si accettasse un simile modo di ragionare, resterebbe da chiarire la ragione per la quale all'accusato che avesse optato per il rito ordinario dovrebbe essere applicata una sorta di circostanza aggravante, come se la scelta di avvalersi delle garanzie dibattimentali fosse una spudorata pretesa meritevole di un sovrappiù di pena.

A chiunque abbia un minimo interesse per i principi costituzionali - in particolare per il terzo comma dell'art. 27 Cost., «che impone al giudice di valutare l'osservanza del principio di proporzione fra *quantitas* della pena e gravità dell'offesa»⁵ - «riesce inconcepibile che la determinazione della pena sia sganciata dalle esigenze di prevenzione generale e speciale e ancorata ad una premialità processuale connessa a finalità deflattive»⁶. Davvero a fatica si può prendere a cuor leggero il problema che pone il riconoscimento di una riduzione di pena che ha la propria unica giustificazione nell'inefficienza del processo italiano, e che è incomprensibile sia al comune cittadino sia al giurista⁷. Per ragioni esclusivamente pratiche - deflazionare il carico giudiziale di una giustizia al collasso - tuttavia, è necessario fingere che questo problema non esista e, in attesa di tempi diversi, abbandonare ogni progetto d'abrogazione

⁴ DOLCINI, *Razionalità nella commisurazione della pena*, cit., 807. Così anche FIANDACA, *Pena «patteggiata» e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it.*, I, 2388; era forse un po' ottimista PAGLIARO, *Riflessi del nuovo processo sul diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 42, che interpretava il consenso come disponibilità dell'imputato «ad entrare in dialogo con l'ordinamento giuridico, evitando di assumere posizioni di negazione aprioristica o di furbesco ostruzionismo».

⁵ Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313, punto 3, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1588, con nota di LOZZI, *La legittimità costituzionale del c.d. patteggiamento*; in *Foro it.*, 1990, I, 2335, con nota di FIANDACA, *Pena «patteggiata» e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, e di TRANCHINA, *«Patteggiamento» e principi costituzionali: una convivenza piuttosto difficile*.

⁶ AMODIO, *I due volti della giustizia negoziata nella riforma del patteggiamento*, in *Cass. pen.*, 2004, 700.

⁷ La normativa dei riti deflattivi ha sì superato il vaglio della Corte costituzionale (v. Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313, cit.), ma l'impressione è che il Giudice delle leggi si sia servito di espedienti «escogitati *ad hoc* per supportare una compatibilità tra nuovo patteggiamento e funzione generalpreventiva» (FIANDACA, *Pena «patteggiata»*, cit., 2388) e che all'inizio degli anni Novanta abbia rigettato le questioni di legittimità costituzionale 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»*, cit., 2387).

dei riti deflattivi⁸ (dalla qual cosa non segue che non se ne possano mettere in discussione il numero, la struttura e i benefici⁹).

2. Aumento degli incentivi e un problema imprevisto

A poco più di un decennio dall'introduzione dell'allora nuovo codice i procedimenti speciali non avevano dato i frutti sperati. Il legislatore, evidentemente, non ha attribuito la responsabilità di questo insuccesso alla loro stessa esistenza, ma a una loro imperfezione, al loro scarso *appeal*. E così, anziché abolirli o ridurne il numero, ha pensato di incrementarne l'appetibilità, riconoscendo un più ampio spazio ad alcuni diritti dell'accusato o allargandone le porte d'accesso.

Con la legge 16 dicembre 1999 n. 479 è stato fatto forse il più importante passo in questa direzione: il giudizio abbreviato è stato reso applicabile anche ai reati punibili con l'ergastolo e sono state abolite le disposizioni che richiedevano il consenso del pubblico ministero e il convincimento del giudice che il processo potesse essere definito allo stato degli atti. Per meglio garantire il diritto alla prova è stata altresì introdotta la possibilità di subordinare la richiesta del rito a un'integrazione probatoria.

Un'ulteriore incentivo, sia pure indiretto, è giunto dalla riforma che ha radicalmente riscritto la disciplina delle investigazioni difensive (7 dicembre 2000, n. 397)¹⁰: effettivo rimedio alla visione unilaterale del pubblico ministero in fase d'indagine¹¹, i verbali d'investigazione potevano illuminare fatti sfuggiti

⁸ Di «amara necessità» parla DOLCINI, *Problemi vecchi e nuovi in tema di riti alternativi*, cit. 507.

⁹ V. par. 6.

¹⁰ Quanto agli altri procedimenti speciali, oltre a qualche modifica al procedimento monitorio, divenuto applicabile anche ai reati perseguibili a querela e strutturato per garantire ulteriori benefici rispetto al passato (l. 16 dicembre 1999, n. 479), in quegli anni è stata rimeditata anche la disciplina del patteggiamento (l. 12 giugno 2003, n. 134), procedimento al quale da allora possono accedere gli imputati che chiedono l'applicazione di una pena della reclusione fino a cinque anni.

Indubbie finalità deflattive - sia pure non esclusive - caratterizzano anche i recenti istituti della sospensione del procedimento con messa alla prova (l. 28 aprile 2014, n. 67), quello della non punibilità per particolare tenuità del fatto (d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28), e quello dell'estinzione del reato per condotte riparatorie (l. 23 giugno 2017, n. 103).

¹¹ Come invece non è l'art. 358 c.p.p., prescrizione che vorrebbe imporre all'inquirente di confutare la propria tesi, una previsione frutto di «incrostazioni del paternalismo giudiziario» (GIARDA, *Un cammino appena iniziato*, in *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001, 9) emblematica di una legislazione incapace di tener conto dei vincoli della realtà e ottimo appiglio per tesi volte a depotenziare l'arsenale della difesa (a che serve, se già c'è qualcuno che ne svolge la funzione?), quali quelle esposte nel Parere sul disegno di legge concernente la «disciplina delle investigazioni difensive» del C.S.M. Delibera del 13 maggio 1999 (secondo il quale «la prassi non [aveva] colto la *natura solidaristica* dell'art. 358 u.p.» - il corsivo è aggiunto). La realtà però sovverte le prescrizioni sciocche, e infatti nelle aule giudiziarie la norma si è sempre rivelata per quello che è: null'altro che «una *paper rule*» (così PERONI, *L'art. 358 c.p.p. tra antinomie codicistiche ed etica del contraddittorio*, in *Dir pen. proc.*, 1995,

all'ottica verificazionista dell'inquirente, evitando che s'instaurasse un processo che «si appales[asse] oggettivamente superfluo»¹² (la qual cosa comporta un ovvio beneficio sia all'individuo accusato, sia ai magistrati, inquirenti e giudicanti, sia alla collettività).

Le due novelle, avvenute in rapida successione, non sono state però coordinate, dando così vita a un problema che negli anni successivi ha attirato l'attenzione degli operatori giuridici, i quali non sapevano come comportarsi nella aule di giustizia, e degli studiosi del processo penale, attratti forse più che dal rilievo della questione, tutto sommato non d'importanza capitale, dalle implicazioni ideologiche a essa sottese¹³.

La disciplina delle investigazioni difensive, che pur forniva una regolamentazione dell'uso delle investigazioni in fase d'indagine e in udienza preliminare (art. 391 *octies* c.p.p.), nulla stabiliva per i riti speciali.

Il problema era particolarmente avvertito in riferimento al caso in cui il difensore avesse atteso l'udienza preliminare per depositare le investigazioni difensive per poi chiedere il giudizio abbreviato: essendo venuta meno la necessità di un atto di volontà del pubblico ministero per l'instaurazione del rito, si profilava il rischio che venissero introdotti verbali formati in modo unilaterale che, con la sola richiesta dell'imputato di accedere al rito abbreviato, erano sottratti a ogni controllo del contraddittore pubblico.

Riguardo alle investigazioni difensive non depositate immediatamente prima della richiesta di abbreviato (i.e. durante le indagini, alla loro conclusione,

966). La giurisprudenza di legittimità ha costantemente affermato che «il dovere del p.m. di svolgere attività di indagine a favore dell'indagato non è presidiato da alcuna sanzione processuale» (Cass., sez. II, 20 novembre 2012, n. 10061, in *Cass. pen.* 2014, 244; Id., Sez. III, 23 giugno 2010, n. 34615, in *Cass. pen.* 2011, 3108), e la Corte costituzionale ha opportunamente dichiarato manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 358 c.p.p. nella parte in cui non prevede alcuna sanzione processuale in caso d'inettemperanza da parte del p.m. di svolgere accertamenti a favore dell'indagato rilevando - in modo ineccepibile - l'erroneità dell'interpretazione del rimettente il quale avrebbe voluto «attribuire al pubblico ministero compiti e funzioni che nell'architettura del codice spettano piuttosto alla difesa, sino a sostenere che il diritto alla difesa trova la sua massima estrinsecazione proprio nell'obbligo del pubblico ministero di raccogliere anche prove a favore dell'imputato» (Corte cost., n. 96 del 1997, in *Giur. cost.*, 1997, 953). Ma se alla funzione difensiva non deve e non può provvedere l'accusa, devono essere forniti al reale titolare di questa funzione gli strumenti necessari: il diritto di svolgere investigazioni difensive è uno di questi.

¹² L'espressione è tratta dalla giustamente celebre Corte cost., n. 88 del 1991, in *Cass. pen.* 1992, 249.

¹³ V. ad es. lo scambio tra GREVI, *Basta il solo «consenso dell'imputato» per utilizzare come prova le investigazioni nel giudizio abbreviato?*, in *Cass. pen.*, 2009, 3672, e AMODIO, *Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A proposito di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2010, 22, e GREVI, *Ancora su contraddittorio e investigazioni difensive nel giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2010, 1287. V. anche UBERTIS, *Eterogenesi dei fini e dialettica probatoria nel rito abbreviato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2072.

ovvero dopo l'esercizio dell'azione penale¹⁴), il problema non era altrettanto pressante (anche se, come si vedrà, non mancavano autori con una diversa opinione). Nessuna questione creavano nemmeno le investigazioni difensive depositate nell'ambito degli altri due riti deflattivi: se anche fossero state depositate in udienza preliminare, la contraria volontà del pubblico ministero avrebbe impedito di giungere a una sentenza di patteggiamento (mentre nemmeno era immaginabile la questione nel procedimento per decreto).

La falla nel sistema, insomma, derivava dal mancato coordinamento tra la normativa che non configurava più il consenso dell'inquirente come condizione di ammissibilità del rito e quella, di poco successiva, che conferiva agli atti d'investigazione difensiva un valore probatorio analogo a quello degli atti formati dal pubblico ministero.

3. Sei proposte interpretative

Innanzi a questo problema ci si è posti in vari modi.

Un primo approccio, adottato soprattutto da autori appartenenti alla classe forense, era improntato alla scotomizzazione: il problema non esisteva (tesi della negazione¹⁵).

Servendosi di un articolo fino ad allora oggetto di un doveroso diletto, l'art. 358 c.p.p.¹⁶, e del c.d. principio completezza delle indagini¹⁷ a esso collegato,

¹⁴ Ai sensi del comma quattro dell'art. 391 *octies* c.p.p. «il difensore può, in ogni caso, presentare al pubblico ministero gli elementi di prova a favore del proprio assistito».

¹⁵ Per evitare di riproporre lunghe perifrasi, alle varie tesi viene attribuito un nome che si auspica possa essere appropriato.

¹⁶ V. nota 11.

¹⁷ La cui genesi è dovuta a un errore metodologico in cui spesso incorrono gli autori inclini a esaminare le disposizioni dimenticandosi della realtà che da esse dovrebbe essere regolata: si scambia il dover essere con l'essere, ci si serve di una prescrizione per descrivere la realtà. Si viola, in altri termini, la legge di Hume inversa: «non si possono validamente inferire conclusioni conoscitive (proposizioni) da premesse puramente normative (norme)» (GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, Giappichelli, 2006, 193; per ulteriori considerazioni sulla frequenza con cui si viola nell'ambito degli studi di diritto processuale la legge di Hume, ci si permette di rinviare a PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit. XXIX ss).

In questo caso il ragionamento è di questo tipo: *siccome il pubblico ministero deve conoscere* il fatto per il quale esercita l'azione penale, compresi gli elementi a favore dell'accusato (art. 358 c.p.p.), *allora il pubblico ministero conosce* il fatto per il quale esercita l'azione penale, compresi gli elementi a favore dell'accusato; se così non fosse, non sarebbe altro che una sua responsabilità dovuta a negligenza. Basta però adottare un minimo di coerenza nelle analisi per avvedersi che un simile ragionamento non funziona. Negli studi di diritto processuale penale molto s'insiste sull'importanza della partecipazione al processo dell'accusato: «l'imputato, "colpevole o no", detiene conoscenze di rilevanza decisiva ai fini dell'esito del processo» (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, 2002, 270); «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» (GAITO, *Il procedimento pro-*

si affermava che le indagini avrebbero dovuto «includere anche la puntuale e rigorosa verifica e “tenuta” degli elementi “a carico” nel riscontro con quelli eventualmente “a discarico”»¹⁸: se così non fosse stato – si proseguiva – il pubblico ministero, «che ha il dovere di compiere indagini in ossequio all'imperativo della completezza e al dovere di acquisire le circostanze favorevoli all'indagato (art. 358 c.p.p.), si [sarebbe ritrovato] paradossalmente a essere premiato con il diritto di veto sull'utilizzabilità dei risultati a discarico dopo aver tenuto una condotta omissiva che ne ha impedito il doveroso ingresso in sede processuale»¹⁹. La circostanza di non aver adempiuto a quanto imposto dal «principio di completezza delle indagini» era così sanzionata con la negazione di ogni diritto: se il difensore deposita le investigazioni immediatamente prima della richiesta di abbreviato, al pubblico ministero non resta che discutere l'abbreviato.

Un secondo approccio risolveva la questione in modo radicalmente diverso: il problema svaniva non perché inesistente, ma perché svanivano le investigazioni difensive dall'orizzonte dell'abbreviato. Non potevano essere utilizzate poiché – secondo questa tesi – il fascicolo del difensore e quello delle indagini, «seppur inseriti uno nell'altro, rimangono fisicamente distinti»²⁰, e la norma che indica gli atti utilizzabili nel giudizio abbreviato non menziona le investi-

batorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea, in Procedura penale e garanzie europee, a cura di Gaito, Torino, 2006, 57). Si tratta di considerazioni sacrosante. Lo sono però sempre. Non solo quando si parla di diritto di difesa, di diritto alla prova, o di «assenza»: non possono essere poste in rilievo quando, per esempio, si esamina il tema del contraddittorio, ed essere invece dimenticate quando il tema è quello delle conoscenze che un pubblico ministero può avere in fase d'indagine.

Per come formulato dagli autori della tesi della negazione, il c.d. principio della completezza delle indagini, il cui nome tradisce l'aspirazione alla metafisica, non è altro che uno pseudo principio. Ai pubblici ministeri si può e si deve chiedere di acquisire quanto necessario per convincersi di aver raggiunto un grado di credenza adeguato rispetto al parametro scelto dal legislatore per l'esercizio dell'azione penale. Certo non gli si può chiedere di avere una conoscenza «completa», «assoluta» o «perfetta» (per una più compiuta analisi delle ragioni per le quali quello della «completezza delle indagini» è un pseudo principio e sulla necessità di mantenere ferme le assunzioni implicite nelle analisi, e di non cambiarle a seconda della convenienza, si rinvia a PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 427, nota 113, e 443 ss; 250 ss.).

¹⁸ Corte cost., n. 184 del 2009, in *Cass. pen.*, 2009, 3691, con nota di GREVI, *Basta il solo «consenso dell'imputato» per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato?*; in *Giur. cost.*, 2009, 2055, con nota di LOZZI, *Il contraddittorio in senso oggettivo e il giudizio abbreviato*, e di SPANGHER, *Indagini difensive e giudizio abbreviato*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2072, con nota di UBERTIS, *Eterogenesi dei fini e dialettica probatoria nel rito abbreviato*.

¹⁹ AMODIO, *Garanzie oggettive*, cit., 22. In senso analogo, tra i tanti, GUALTIERI, *Indagini difensive e rapporti con la difesa*, Relazione all'incontro n.1139 del CSM, *Le indagini difensive*, Roma, 2004.

²⁰ MANNUCCI, *Le indagini difensive e la loro utilizzabilità nel giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2002, 2951 ss. Così anche l'Avvocatura generale dello stato in Corte cost., n. 62 del 2007, cit., nonché FANULLI, *Inutilizzabilità e nullità della prova nel giudizio abbreviato, nel «patteggiamento» e nell'istituto dell'acquisizione degli atti su accordo della parti*, Milano, 2004, 81.

gazioni difensive (tesi della sterilizzazione assoluta). È importante segnalare che secondo questa tesi non andava fatta alcuna distinzione tra investigazioni difensive note all'inquirente (depositate in fase d'indagine o presso la segreteria del pubblico ministero dopo l'esercizio dell'azione penale) e investigazioni depositate in udienza preliminare prima della richiesta dell'abbreviato: le investigazioni non erano utilizzabili *tout court*.

Questa proposta conduceva a risultati in parte simili a quelli a cui giungeva la tesi sostenuta da buona parte della dottrina processual penalistica, soprattutto dagli aderenti alla teoria secondo la quale il «contraddittorio nella formazione della prova» avrebbe «forza euristica» (tesi dell'utilizzazione eventuale): le investigazioni sarebbero state utilizzabili per la decisione solo se il pubblico ministero, ossia l'avversario della parte che aveva formato in modo unilaterale gli atti, avesse prestato il proprio consenso²¹. Se fosse mancato, le investigazioni non avrebbero potuto essere utilizzate. Anche in base a questa impostazione, evidentemente, la distinzione tra investigazioni difensive note all'inquirente e investigazioni depositate in udienza preliminare era irrilevante (la qual cosa era ovvia: per questi autori il problema non era l'omessa *discovery*, quanto l'utilizzazione a fini di prova di «elementi conoscitivi non forgiati nella tempe-rie dibattimentale»²²).

²¹ Sottolineando come il quinto comma dell'art. 111 Cost., secondo il quale «la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato», sia un'«improvvida disposizione» (GREVI, *Ancora su contraddittorio*, cit., 1288), per evitare di «spingere l'interprete a disconoscere la dimensione pubblicistica del contraddittorio come garanzia epistemica» (FERRUA, *Il "giusto processo"*, Bologna, 2007, 143), si tentava di fornire una lettura che consentisse di risolvere quella che altrimenti sarebbe stata «una aporia interna al sistema costituzionale del "giusto processo"» (GREVI, *Basta il solo consenso*, cit., 3679). Premesso allora 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» (FERRUA, *Il "giusto processo"*, cit., 143), si affermava che «la rinuncia consensuale alla formazione in contraddittorio della prova ne può essere valido succedaneo se proviene dagli stessi soggetti che sarebbero stati protagonisti del contraddittorio» (GIOSTRA, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Quest. giust.*, 2001, 1136): «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» (MAZZA, *Le deroghe costituzionali al contraddittorio per la prova*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Conso, 2006, Napoli, 652). L'utilizzabilità nel rito abbreviato degli atti di investigazione difensiva sarebbe stata allora subordinata alla manifestazione del consenso del pubblico ministero; sarebbe stata altrimenti evidente «l'incostituzionalità dell'attuale disciplina dell'abbreviato nella parte in cui ammette, su richiesta del solo imputato, che siano utilizzate come prove anche le risultanze investigative della difesa (arg. ex artt. 391 *octies* co. 3 e 442 co. 2)» (GIOSTRA, *Analisi*, cit., 1136, nota 6).

²² L'espressione è tratta da MARAFIOTI, *Giustizia penale negoziata e verità processuale selettiva*, in *Cass. pen.*, 2505.

Una quarta tesi moveva dalla considerazione che nel caso di giudizio abbreviato semplice al pubblico ministero non è attribuito il diritto alla prova contraria, mentre nel rito abbreviato subordinato ad un'integrazione probatoria tale diritto è previsto. Sugeriva allora «di superare il vuoto normativo con il ricorso all'analogia»²³, prevedendo quindi che il deposito delle investigazioni con contestuale istanza di abbreviato avrebbe fatto sorgere in capo all'inquirente il diritto alla prova contraria (tesi dell'analogia).

Si faceva carico della tutela delle prerogative della parte pubblica anche chi²⁴, per risolvere la questione posta dalle investigazioni depositate «a sorpresa», suggeriva di combinare la possibilità di differire le udienze con il potere di integrazione probatoria previsto dall'art. 441, co. 5, c.p.p.²⁵ (tesi della dilazione).

Un'ultima proposta (tesi della sterilizzazione parziale)²⁶ contestava: 1) alla tesi della negazione, l'erronea impostazione della questione²⁷ e l'indebita rimozio-

²³ ZACCHÉ, *Nuovi poteri probatori nel rito abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2001, 2620 («dato che la presentazione dei risultati delle investigazioni difensive anteriormente all'istanza del rito abbreviato ha la medesima ratio della domanda d'integrazione probatoria ex art. 438, co. 5, c.p.p. [...] andrebbe riconosciuto al pubblico ministero il diritto alla prova contraria secondo quanto disposto per il giudizio abbreviato condizionato»). In senso analogo BRUNO, *L'ammissibilità del giudizio abbreviato*, Padova, 2007, 182; DI BITONTO, *Riflessioni controcorrente a proposito degli accordi probatori*, in *Cass. pen.*, 2010, 4455; TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2010, 722.

²⁴ È la prima tesi formulata dalla Corte costituzionale: Corte cost., n. 245 del 2005, in *Cass. pen.*, 2006, 435 con nota di VARRASO, *Indagini difensive, giudizio abbreviato e diritto alla «prova contraria»*; in *Giur. cost.* 2005, 3, con nota di ZACCHÉ, *Giudizio abbreviato e indagini difensive al vaglio della Corte costituzionale*.

²⁵ Il quale veniva «configurato quale strumento di tutela dei valori costituzionali che devono presiedere l'esercizio della funzione giurisdizionale, sicché proprio a tale potere il giudice dovrebbe fare ricorso per assicurare il rispetto di quei valori» Il differimento delle udienze era invece finalizzato ad «assicura[re] il diritto di esercitare il contraddittorio sulle prove addotte “a sorpresa” dalla controparte, in modo da “contemperare l'esigenza di celerità con la garanzia dell'effettività del contraddittorio”» (Corte cost., n. 245 del 2005, cit.)

²⁶ V. PASTA, *Giudizio abbreviato, investigazioni difensive e «senso della realtà»*, in *questa Rivista*, 2011, 1073.

²⁷ Si rilevava in particolare che non fosse affatto possibile ascrivere all'inquirente una responsabilità per non aver conosciuto circostanze note solo all'accusato, il quale aveva accuratamente evitato di segnalarle quando ne aveva avuto la possibilità: «non si può rimproverare ad un pubblico ministero non fornito di poteri divinatori la mancata assunzione, ad esempio, di dichiarazioni idonee a fornire una prova d'alibi note al solo indagato e mai portate a conoscenza del pubblico ministero» (LOZZI, *Il contraddittorio in senso oggettivo*, cit., 2061). Se si accetta, come non si può che accettare, che la conoscenza degli atti d'indagine «si pone come presupposto indefettibile dell'esercizio di difesa» (GAITO, *La prova per intercettazioni: adempimenti formali ed omissioni sostanziali*, in *Giur. it.*, 2011, 3), non si dovrebbe avere difficoltà ad accogliere l'idea che la conoscenza degli atti delle investigazioni difensive sia altrettanto importante per lo svolgimento della funzione dell'accusa (non per ossequiare un romanzesco *fair play*, o per «attuare il “principio di parità delle parti”», ma perché solo assicurando all'accusa e alla difesa determinati diritti si creano le condizioni per il retto esercizio della giurisdizione: il diritto alla tempestiva conoscenza degli atti formati dall'altra parte è uno di questi).

ne del problema, tutt'altro che inesistente²⁸; 2) alla tesi della sterilizzazione assoluta, la vanificazione del diritto di prova dell'accusato, al quale era sì preclusa (opportunamente) la possibilità porre in essere «una manovra difensiva furbesca non certo ispirata alla lealtà processuale»²⁹, ma anche quella di rimediare alla visione unilaterale del pubblico ministero in fase d'indagine presentandogli investigazioni il cui contenuto ben poteva essere oggetto di un controllo; 3) alla tesi dell'utilizzazione eventuale, la configurazione di un indebito potere al pubblico ministero, il quale avrebbe potuto impedire l'utilizzazione non solo degli atti depositati «a sorpresa», ma anche di quelli noti all'inquirente da tempo, oltre all'irragionevolezza di una soluzione che, al solo fine di non confutare un dogma discutibile (quello della «forza euristica del contraddittorio nella formazione della prova»³⁰), giungeva a storpiare la Costituzione³¹; 4) alla tesi dell'analogia, il discutibile ricorso, appunto, all'analogia nell'interpretazione di disposizioni processuali; 5) alla tesi della dilazione, sia l'invito a ricorrere ai poteri d'integrazione probatori del giudice nell'ambito di un processo di parti, sia soprattutto l'irragionevolezza di una soluzione che passava per il rinvio delle udienze causato da una scelta dell'imputato nell'ambito di un procedimento che, in caso di condanna, riconosceva una consistente riduzione di pena in ragione della capacità deflattiva (come si ve-

²⁸ Come ricordava MAZZA, *Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive*, in *Giur. it.*, 2002, 1763, «la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte sottolineato come “il diritto a un processo penale contraddittorio implica, tanto per l'accusa, quanto per la difesa, la facoltà di conoscere le osservazioni o gli elementi di prova prodotti dalla controparte, nonché di discuterli”» (Corte EDU, 28 agosto 1991, Brandstetter c Austria, par. 67). Analoga affermazione è riferita in Corte EDU, Gr. Ch, 27 ottobre 2004, Edwards&Lewis. In PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 602-603 si osservava che se fosse risultata una disciplina che avesse consentito al difensore di depositare le investigazioni in udienza preliminare e, contestualmente, richiedere il rito abbreviato, senza dar modo al pubblico ministero di procedere a un controllo di quegli atti, si sarebbe verificata prima ancora della violazione del «principio del contraddittorio come metodo dialettico di accertamento dei fatti» (l'espressione era usata dal tribunale di Modena che aveva sollevato la questione decisa da Corte cost., 24 giugno 2005, n. 245, cit.), quella del diritto che deve essere garantito affinché il diritto al contraddittorio possa essere esercitato: quello alla tempestiva conoscenza degli atti sui quali esercitarlo. Esattamente come è per la difesa, che non può esercitare i diritti difensivi senza conoscere gli atti sui quali si basa l'accusa, è per il pubblico ministero, il quale non può efficacemente esercitare i propri diritti senza conoscere previamente gli atti d'investigazione che, in ragione delle scelte del legislatore 1999-2000, assumono la qualifica di prova.

²⁹ LOZZI, *Il contraddittorio in senso oggettivo*, cit., 2061.

³⁰ V. PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 275 ss.

³¹ «La locuzione “consenso dell'imputato” di cui all'art. 111 comma 5 andrebbe intesa come consenso delle parti»: CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Milano, 2010, 588

drà meglio a breve³², a questa tesi, presa come riferimento dal legislatore del 2017, può essere mosso un ulteriore rilievo: la cripticità).

Segnalata la fondamentale importanza della distinzione tra investigazioni depositate «a sorpresa», la tesi della sterilizzazione parziale³³ cercava di trovare la soluzione del problema, che nasceva da un caso di mancato coordinamento normativo, nel mancato coordinamento normativo: faceva leva proprio sull'omessa modifica, da parte del legislatore che aveva riformato la disciplina delle investigazioni difensive, dell'art. 442, co. 1-*bis*, c.p.p., disposizione che indicava gli atti utilizzabili per la decisione del rito abbreviato («il giudice utilizza gli atti contenuti nel fascicolo di cui all'art. 416, co. 2, la documentazione di cui all'articolo 419, co. 3, e le prove assunte nell'udienza»), concludendo che il giudice poteva utilizzare gli atti d'investigazione difensiva presentati nel corso delle indagini, o al termine di esse, ma non quelli depositati nell'udienza preliminare³⁴.

Con questa interpretazione venivano garantiti più obiettivi. Si assicurava: 1) all'accusato il diritto alla prova in fase d'indagine; 2) al pubblico ministero la tempestiva conoscenza degli atti utilizzabili per la decisione del giudizio abbreviato; 3) al giudice, il mancato coinvolgimento nelle dinamiche probatorie; 4) al sistema, il mancato ricorso alla dilazione, che sarebbe stata necessaria per impedire alla difesa di «porre in essere una manovra furbesca»

³² Par. 5.

³³ Si contravverrà deliberatamente al canone *nemo iudex in re sua*.

³⁴ I primi infatti confluiscono nel fascicolo che viene depositato ai sensi dell'art. 416 co. 2 c.p.p., e acquistano così la qualifica di prova nel giudizio abbreviato ai sensi dell'art. 442, co. 1-*bis*, c.p.p.; quelli depositati in udienza preliminare, invece, non solo non fanno parte del fascicolo depositato ex art. 416 comma 2 c.p.p., ma non sono nemmeno riconducibili alle altre due categorie indicate dall'art. 442, comma 1 *bis*, c.p.p.: che non appartengano alla «documentazione di cui all'art. 419, co. 3 c.p.p.» (la documentazione delle indagini espletate dopo la richiesta di rinvio a giudizio), è ovvio. Ma non pareva possibile nemmeno ricondurli alla categoria delle «prove assunte in udienza», poiché l'espressione sembrava alludere a ciò che è stato introdotto nel processo ai sensi dell'art. 422 c.p.p. («prove delle quali appare evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere»), dell'art. 438, co. 5, c.p.p. (l'integrazione probatoria alla quale è stata subordinata la richiesta del rito abbreviato) e dell'art. 441 comma 5 («elementi necessari ai fini della decisione» che il giudice decide di assumere non potendo decidere allo stato degli atti): tutti casi di entità preesistenti al processo (la cui formazione quindi non era stata guidata dall'ipotesi), oppure formate con la partecipazione delle parti.

Il legislatore dunque aveva indicato gli atti utilizzabili per il rito abbreviato e, tra questi, non aver posto le investigazioni difensive depositate in udienza preliminare che, contrariamente a quelle presentate al pubblico ministero (in fase di indagine ovvero dopo la richiesta di rinvio a giudizio), non erano incluse né nel fascicolo depositato ex art. 416, co. 2, c.p.p. né nella documentazione di cui all'art. 419, co. 3 c.p.p. Erano invece utilizzabili per ogni altra decisione presa in udienza preliminare (primo co. dell'art. 391 *octies* c.p.p.), posto che il comma 1 *bis* dell'art. 442 c.p.p. valeva esclusivamente per il giudizio abbreviato (che la presenza nel fascicolo non implicasse necessariamente l'utilizzabilità ai fini della decisione non era circostanza sbalorditiva: si pensi agli atti relativi alla procedibilità inseriti nel fascicolo del dibattimento).

nell'ambito di un rito che garantisce una consistente riduzione di pena in caso di condanna in ragione dell'economia processuale che, si diceva, garantiva. Di fronte alla varietà delle soluzioni possibili, in assenza di un intervento normativo e di una netta posizione della Corte costituzionale (la quale aveva prospettato soluzioni opposte, aderendo prima alla tesi della dilazione, poi a quella della negazione³⁵), la giurisprudenza s'era assestata nell'alveo della tesi della dilazione, costantemente richiamata nelle motivazioni delle sentenze: da una parte, si riconosceva l'utilizzabilità di tutte le investigazioni difensive depositate prima della richiesta di abbreviato³⁶ (escludendo quelle depositate dopo³⁷); dall'altra si riteneva di poter garantire il diritto del pubblico ministero al contraddittorio «disponendo un congruo differimento dell'udienza, onde consentire lo svolgimento della contro-investigazioni suppletive eventualmente necessarie, ovvero attivando - anche su sollecitazione dello stesso pm - i poteri officiosi di cui all'art. 441, comma 5, c.p.p. per le necessarie integrazioni probatorie»³⁸. Si noti - il tema è assai importante e verrà ripreso - che la Corte di cassazione si era servita della congiunzione «ovvero»: il pubblico ministero avrebbe potuto utilizzare quanto appreso con le «contro-investigazioni» suppletive sia direttamente (deposito degli atti), sia per formulare istanze istruttorie. Che la prima soluzione fosse di dubbia compatibilità con la Costituzione - comportava infatti l'utilizzo di atti formati in modo unilaterale dall'inquirente *dopo* la richiesta del giudizio abbreviato - era un pensiero che non aveva sfiorato la mente dei giudici di legittimità.

³⁵ Tra l'altro sempre con pronunce interpretative di rigetto, non vincolanti. La Corte costituzionale era stata chiamata a pronunciarsi sulla questione anche in altre due occasioni (Corte cost. 2 marzo 2007, n. 62 n. 62, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 839, con nota di LOZZI, *Il contraddittorio nel giudizio abbreviato: problemi di legittimità costituzionale*; in *Giur. cost.*, 2007, 588; Corte cost., n. 117 del 2011, in *Giur. cost.*, 2011, 1629, con nota di CASSIBBA, *Continuità investigativa e acquisizione degli atti dell'indagine suppletiva: una lettura restrittiva della Corte costituzionale*), concludendo in entrambi i casi con una declaratoria d'inammissibilità per questioni formali.

³⁶ V, tra le altre, v. Cass., sez. III, 21 aprile 2010, n. 33898, in *Dir. & giust. online*, 2010; Cass., sez. III, 11 febbraio 2009, n. 15236, in *Arch. n. proc. pen.*, 2009, 625; Cass., sez. V, 10 aprile 2006, n. 23706, in *Cass. pen.* 2008, 686.

³⁷ Cass., sez. II, 16 febbraio 2017, n. 9198, rv. 269344; Cass., Sez. IV, 16 novembre 2016, n. 51950, rv. 268694. La correttezza di queste decisioni è fuori discussione.

³⁸ Cass., sez. VI, 31 marzo 2008, n. 31683, in *Cass. pen.*, 2010, 242. Che siano utilizzabili le indagini espletate dal pubblico ministero dopo l'instaurazione del giudizio abbreviato, «depositate dinanzi al GUP successivamente alla prima udienza del giudizio abbreviato [...] dirette a contrastare le risultanze delle investigazioni difensive depositate dalla difesa dell'imputato e ammesse dal GUP» è affermato anche da Cass., sez. III, 9 giugno 2010, n. 28708, rv. 248137 (è però opportuno precisare che il tema delle indagini suppletive del pubblico ministero nell'ambito dell'abbreviato richiesto dopo il deposito delle investigazioni è stato oggetto di un numero di pronunce relativamente modesto).

4. *Errare humanum est, perseverare autem diabolicum*: la c.d. riforma Orlando

La c.d. riforma Orlando (L. 23 giugno 2017, n. 103) ha voluto dare alla questione una soluzione normativa. O meglio, ha creduto di aver dato alla questione una soluzione normativa³⁹. In realtà ha solo introdotto una disposizione che non ha fatto altro che spostare i dubbi poco più in là.

Il quarto co. dell'438 c.p.p., per come riformato, stabilisce che «quando l'imputato chiede il giudizio abbreviato immediatamente dopo il deposito dei risultati delle indagini difensive, il giudice provvede solo dopo che sia decorso il termine non superiore a sessanta giorni, eventualmente richiesto dal pubblico ministero, per lo svolgimento di indagini suppletive limitatamente ai temi introdotti dalla difesa. In tal caso, l'imputato ha facoltà di revocare la richiesta»⁴⁰.

Salva ogni considerazione su una certa imprecisione terminologica⁴¹ e su questioni tutto sommato secondarie (quale è quella relativa al significato da attribuire al termine «immediatamente»⁴²), il principale interrogativo è relativo al regime di utilizzabilità delle indagini eventualmente svolte dal pubblico ministero.

³⁹ Relazione al disegno di legge presentato dal Ministero della Giustizia il 23 dicembre 2014, 27.

⁴⁰ Per dei primi commenti, v. ALESCI, *La nuova fisionomia del giudizio abbreviato*, in *La riforma Orlando. Modifiche al Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, Pisa, 2017, 181; GALLUZZO, *Riforma Orlando: giudizio abbreviato*, in www.parolaalladifesa.it, 16 giugno 2017; GIALUZ, CABIALE, DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 giugno 2017, 12.

⁴¹ Opportunamente era invalso l'uso di indicare gli atti con contenuto probatorio redatti dal difensore come «investigazioni» e non «indagini», riservando questa seconda parola agli atti dell'inquirente. È vero che entrambi sono accomunati dal valore probatorio (a sua volta legata alla modalità della loro formazione unilaterale, guidata da un'unica ipotesi). Tuttavia, in ragione della diversa qualifica e dei diversi poteri (l'uno organo pubblico, che agisce nell'interesse della collettività, è dotato di poteri coercitivi; l'altro patrocinatore di interessi individuali, ne è privo), una distinzione appare sensata. Il legislatore del 2017 sembra aver superato in approssimazione il già maldestro legislatore del 2000.

⁴² È per esempio stato rilevato come «il legislatore, avendo utilizzato nel nuovo comma 4 dell'art. 438 c.p.p. l'espressione "immediatamente dopo", sembra aver lasciato ancora priva di regolamentazione, quantomeno da un punto di vista testuale, l'ipotesi in cui la richiesta di giudizio abbreviato sia presentata "contestualmente" al deposito delle indagini difensive» (GIALUZ, CABIALE, DELLA TORRE, *Riforma Orlando*, cit., 13). Per poter essere considerate parte del fascicolo che il giudice utilizzerà per la decisione, le investigazioni devono essere depositate prima dell'istanza. Essendo interesse del difensore evitare una situazione problematica come quella del deposito contestuale, è probabile che nella prassi il problema nemmeno si porrà. Se però si volesse ipotizzare il caso d'un difensore che deposita in un unico atto le investigazioni e la richiesta di abbreviato, non pare irragionevole ipotizzare una sorta di presunzione favorevole alla difesa, che induca ad assumere che l'istanza d'abbreviato sia successiva, sia pure di pochi istanti.

O meglio, questo è l'unico interrogativo se si accede all'idea del processo che ha mostrato di avere il legislatore nel momento in cui ha riformato il quarto co. dell'art. 438 c.p.p.. Se si ha contezza del dibattito che si era sviluppato nel decennio precedente, la prima, ovvia e fondamentale questione da risolvere era relativa al regime di utilizzabilità delle investigazioni difensive. Ma al riguardo il legislatore nulla ha detto, nulla ha cambiato. Non è stata introdotta alcuna modifica né all'articolo che indica gli atti utilizzabili per decidere il rito abbreviato (l'art. 442 comma 1 *bis* c.p.p.), né a quello che specifica la sede in cui le investigazioni difensive possono essere utilizzate (art. 391 *octies* c.p.p.). Come si è visto, molte delle soluzioni proposte escludevano l'utilizzabilità delle investigazioni in tutto (tesi della sterilizzazione assoluta) o in parte (tesi della sterilizzazione parziale), oppure la escludevano salvo si verificasse una particolare condizione (tesi dell'utilizzazione eventuale). Il legislatore si è limitato a dare per scontata una possibilità che, in assenza di una modifica, così scontata forse non era.

Con la riforma il legislatore non ha espressamente stabilito che le investigazioni depositate immediatamente prima della richiesta di abbreviato siano utilizzabili, ma *ha presupposto* che lo siano. Si supponga allora che da un assunto implicito alla base di una disposizione sia possibile trarre, mediante un legittimo argomento interpretativo⁴³, una prescrizione la quale, in sostanza, dispone che le investigazioni depositate in udienza preliminare prima della richiesta di giudizio abbreviato sono utilizzabili per la decisione (in fondo, visto quanto previsto con la riforma Orlando, non esiste più alcuna ragione per proporre un'interpretazione finalizzata a escludere l'utilizzabilità delle investigazioni difensive depositate immediatamente prima della richiesta di giudizio abbreviato⁴⁴: al pubblico ministero è ora garantito uno spazio d'intervento, che rende ormai superata la stessa espressione «investigazioni a sorpresa»). La disciplina resta comunque oscura sulla fondamentale questione dell'utilizzabilità delle investigazioni suppletive del pubblico ministero, sulla

⁴³ Si noti che non si sta sostenendo che un simile ragionamento sia illegittimo e che le investigazioni depositate depositate in udienza preliminare non siano utilizzabili. Ci si sta limitando a segnalare che un conto è giungere a enunciare una prescrizione tramite un argomento interpretativo; altro è prevedere espressamente una regola. Nel caso specifico, non sarebbe stata inopportuna la modifica dell'art. 442 c.p.p.

⁴⁴ La ragione per la quale si sosteneva la tesi della sterilizzazione parziale era essenzialmente connessa alla necessità di evitare che una parte potesse sottrarre all'altra il diritto al controllo sugli elementi che avrebbero assunto la qualifica di prova formale, ossia l'attitudine a essere posti alla base di un provvedimento capace di sovvertire la presunzione di non colpevolezza. Come altrove osservato, le interpretazioni offerte sono guidate, fin dall'inizio, da uno scopo, il quale di regola dipende dall'ideologia dell'interprete (*La dichiarazione di colpevolezza*, cit., p. LXII).

quale il legislatore nulla ha detto. È stato così creato un vuoto proprio accanto a quello che era appena stato colmato.

5. Due letture possibili e nessuno strumento per decidere

È possibile che chi abbia redatto il nuovo co. 4 dell'art. 438 c.p.p. avesse le idee chiarissime. Purtroppo conta poco il pensiero del legislatore, il disegno che aveva nella mente, il lineare percorso che i suoi occhi intravedevano. Conta il testo prodotto⁴⁵. E il testo prodotto non fornisce né una soluzione univoca, né risposte soddisfacenti.

Dopo aver dato per scontata l'utilizzabilità delle investigazioni difensive depositate immediatamente prima della richiesta del giudizio abbreviato, il legislatore ha dato per scontato anche il regime di utilizzazione delle indagini suppletive del pubblico ministero: quest'ultimo, se ritiene, può chiedere un termine non superiore a sessanta giorni «per lo svolgimento di indagini suppletive limitatamente ai temi introdotti dalla difesa» (e, «in tal caso, l'imputato ha facoltà di revocare la richiesta»⁴⁶). Quale sia la funzione di questi nuovi atti, resta però un arcano. Il legislatore, solitamente loquace, in occasione di questa novella incredibilmente prolisso⁴⁷, nulla ha detto sulla funzione di questi

⁴⁵ Negli studi di semiotica è comune osservare che tutti i testi, anche le frasi più elementari, sono prodotti a partire da un complesso processo di generazione, che elabora i propri materiali in una serie di stadi di trasformazione, non percepibili all'esterno, prima di arrivare alla loro manifestazione. È quindi possibile distinguere un processo generativo di profondità e una superficie in cui il testo si manifesta: la fine dell'uno e l'inizio dell'altro si ha nel momento in cui il testo viene emesso, uscendo dal controllo di chi lo ha preparato, e acquista una sua autonomia e oggettività, e viene percepito e interpretato *per ciò che manifesta*, indipendentemente dalle intenzioni dell'autore (il quale è magari libero di precisare ciò che intendeva dire, ma solo producendo altro testo, esterno al primo e altrettanto controvertibile). Tale processo di oggettivazione è chiamato *distacco*, o *débrayage* (VOLI, *Analizzare testi: semiotica*, in *Filosofia della comunicazione*, a cura di Bianchi, Vassallo, Milano, 2006, 82). Ebbene, se si accetta una metafora che ha avuto molta fortuna, quella di Bobbio del diritto come linguaggio del legislatore, si potrebbe dire che il legislatore *deve* essere consapevole del *débrayage*: qualunque sia la sua intenzione, qualunque cosa voglia dire, deve sapere che ciò che conta non è quanto vuole dire, ma ciò che dice, il testo che viene effettivamente prodotto.

⁴⁶ L'espressione «in tal caso» dopo una proposizione nella quale sono indicati quattro eventi ai quali la locuzione può essere riferita sulla base della sintassi (il deposito da parte del difensore delle investigazioni difensive, con richiesta di abbreviato; la richiesta di termine da parte del pubblico ministero - con l'emissione del relativo provvedimento del giudice; lo svolgimento delle indagini suppletive con relativo deposito; l'emissione del provvedimento del giudice di ammissione al giudizio abbreviato) è un ottimo esempio di goffaggine legislativa. Se dal piano sintattico si passa a quello logico sistematico, restano due possibilità: la richiesta di termine e il deposito delle investigazioni. Probabilmente la seconda è l'opzione più sensata.

⁴⁷ Tanto da trasformare un ragionevole articolo, l'art. 546 c.p.p., in un manualetto zeppo di prescrizioni ovvie, che rivela la scarsissima considerazione in cui vengono tenuti dal legislatore i giudici della Repubblica italiana, trattati come se avessero una conoscenza del diritto analoga a quella di allievi ripetenti di una scuola serale.

atti. È chiaro che queste indagini possono essere effettuate dopo il deposito delle investigazioni e prima dell'ammissione al giudizio, ma al di là dell'esplicito riconoscimento del diritto allo «svolgimento di indagini suppletive limitatamente ai temi introdotti dalla difesa», nulla si dice. Tra lo svolgimento delle indagini e l'eventuale revoca dell'istanza, uniche attività menzionate nella disposizione, qualcosa certamente deve avvenire. Ma non si sa cosa. Non si parla né di deposito (in udienza ovvero presso la segreteria del pubblico ministero), né di valore probatorio. C'è, di nuovo, un vuoto.

L'alternativa consiste nel ritenere che gli atti d'indagine suppletiva: a) abbiano valore probatorio (dunque vadano depositate in udienza immediatamente prima che il giudice decida sull'ammissione del rito); b) non abbiano valore probatorio, ma servano per formulare un'istanza *ex art. 441, comma 5, c.p.p.* la quale sarebbe soggetta a un criterio di ammissione diverso rispetto a quello usuale⁴⁸ (le indagini suppletive devono quindi essere depositate presso la segreteria del pubblico ministero e, nell'eventualità in cui il giudizio abbreviato sia ammesso, possono essere usate per la formulazione di una richiesta probatoria dopo la discussione).

Entrambe comportano, per così dire, delle anomalie rispetto ai percorsi usuali: quelle della seconda soluzione potrebbero apparire più evidenti (vengono formulate istanze probatorie dopo la discussione, sulla base di atti compiuti

⁴⁸ Il giudice non potrebbe rigettare l'istanza osservando di non essere nella condizione «di non poter decidere allo stato degli atti» (come usualmente potrebbe fare ai sensi del quinto comma dell'art. 441 c.p.p.). Ciò non implica comunque che - come in ogni circostanza in cui si chiede l'ammissione di una entità che si dichiara essere prova (accezione sostanziale del termine «prova»: entità mediante la quale qualcuno sostiene l'ipotesi che un fatto sia accaduto; nell'accezione formale il termine significa invece ciò che il legislatore ha fornito della capacità di essere posto alla base di una sentenza in grado di sovvertire la presunzione di non colpevolezza; sulla distinzione si rinvia a PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 171) - non vada comunque effettuato un giudizio di ammissione. Per stabilire se quanto l'inquirente afferma essere una prova che riguarda un tema oggetto delle investigazioni difensive si dovrebbe verificare: a) che l'entità sia qualificabile come prova (i.e. che sia un'entità rilevante, che con essa si possa sostenere che un fatto inerente all'imputazione sia accaduto); b) che con essa sia possibile sostenere che quel fatto abbia una qualche relazione con quelli che la difesa sostiene essere accaduti mediante le investigazioni difensive.

Sarebbe dunque astrattamente possibile che l'istanza dell'inquirente sia rigettata non perché non rispettosa del nuovo quarto comma dell'art. 438 c.p.p. (la richiesta è effettivamente inerente ai temi posti dalle investigazioni difensive), ma in quanto le stesse investigazioni difensive sono, per così dire, fuori tema: il difensore deposita in udienza preliminare investigazioni che hanno a oggetto fatti irrilevanti, privi di legami con l'accusa. Se l'inquirente chiedesse l'ammissione di una testimonianza su quei fatti, riuscirebbe magari a confutare la (irrilevante) tesi del difensore; tuttavia mancherebbe la qualifica di «prova» (accezione sostanziale), e l'entità non dovrebbe essere ammessa (la qual cosa non comporterebbe alcun problema, essendo le investigazioni del difensore irrilevanti). Questa innocua asimmetria deriva dal fatto che l'istanza *ex art. 441 c.p.p.* è sottoposta al vaglio giurisdizionale, non previsto per il deposito delle investigazioni.

prima dell'ammissione al rito); ma a ben vedere la prima via non è meno straordinaria (il pubblico ministero compie attività d'indagine non solo dopo aver esercitato l'azione penale – come già può accadere –, ma dopo la richiesta del giudizio abbreviato, formando così in modo unilaterale atti qualificabili come prova).

In entrambi i casi, comunque, le prerogative del pubblico ministero sono tutelate, quindi la questione che ha dato origine all'intervento normativo viene risolta⁴⁹. Ma proprio per questo è difficile dire quale delle due soluzioni sia preferibile: se una delle due avesse mancato l'obiettivo, almeno in via interpretativa sarebbe stato possibile individuare la regola da seguire. Ma così non è⁵⁰.

Anche il ricorso al più ovvio strumento per sciogliere i dubbi – la Costituzione – non aiuta.

È chiaro che la seconda possibilità – indagini suppletive finalizzate alla formulazione di un'istanza *ex art. 441, co. 5, c.p.p.* – è quella più in linea con il quarto co. dell'art. 111 Cost., ed è quella che più garantisce l'imputato, il quale avrà modo di effettuare il controesame delle persone la cui escussione è stata richiesta dal pubblico ministero sulla base di quanto appreso con le indagini suppletive⁵¹ (i verbali delle indagini suppletive potrebbero invece essere usati per le contestazioni).

Questa soluzione ha altresì il pregio di risolvere linearmente la questione che si potrebbe porre qualora l'inquirente non osservasse la prescrizione di svolgere indagini «limitatamente ai temi introdotti dalla difesa»: il giudice non ammetterebbe l'esame richiesto. Una volta disposto il giudizio abbreviato, questa soluzione avrebbe anche il vantaggio d'incanalare il processo, per così dire, verso sentieri noti: varrebbero le regole previste, appunto, per il caso dell'abbreviato con integrazione probatoria d'ufficio (sarebbe allora applicabile, per esempio, l'art. 441-*bis* c.p.p., che riconosce al pubblico ministero la

⁴⁹ Il legislatore ha dunque conseguito l'obiettivo che illustrava nella Relazione al disegno di legge presentato dal Ministero della Giustizia il 23 dicembre 2014: «si modifica l'articolo 438 per disciplinare il caso in cui il giudizio abbreviato sia richiesto immediatamente dopo il deposito dei risultati delle indagini difensive, *senza che il pubblico ministero abbia potuto esercitare il diritto alla controprova*» (solo che non si capisce in cosa si concretizzi questo diritto: se nel deposito delle indagini suppletive, da utilizzare a fini di prova, oppure alla formulazione di istanze probatorie, da accogliere se effettivamente pertinenti ai nuovi temi introdotti dalla difesa).

⁵⁰ La circostanza che al giudice non sia consentito decidere sull'ammissione del rito prima dello svolgimento delle indagini suppletive induce a credere che la prima sia la lettura che aveva in mente il legislatore (la qual cosa non significa che sia l'interpretazione migliore).

⁵¹ Naturalmente se non si trattasse di atti d'indagine che contengono la verbalizzazione di dichiarazioni, ma di prove qualificabili come «documenti», il problema della modalità d'assunzione delle indagini suppletive non si porrebbe.

possibilità di modificare l'imputazione e, qualora l'inquirente s'avvalsesse di questa prerogativa, all'imputato di chiedere un ritorno al rito ordinario).

L'altra soluzione, come accennato, sembrerebbe a prima vista porre qualche problema di compatibilità costituzionale: gli atti delle indagini suppletive, qualora formati dal pubblico ministero, sono atti unilaterali alla cui formazione l'imputato non ha partecipato. La circostanza che il legislatore sia stato attento a imporre al giudice di non ammettere il giudizio abbreviato, ma di disporre un rinvio, così da consentire al pubblico ministero di depositare i nuovi atti d'indagine prima dell'ammissione del giudizio, non ha molta importanza: la questione qui non concerne la disciplina di rango ordinario (quando il giudice ammette il rito le nuove indagini fanno ormai parte del fascicolo), ma le norme costituzionali. La richiesta di abbreviato (ossia l'atto con il quale si manifesta il consenso dell'imputato alla formazione della prova in modo unilaterale) è stata formulata *prima* del deposito delle indagini: legittima quindi l'uso di quanto era nel fascicolo quando la richiesta era stata formulata, non quanto sarebbe potuto esistere – forse – dopo l'istanza (si noti che nei casi in cui si svolge nel giudizio abbreviato un'attività istruttoria dopo la richiesta del rito – quando il pubblico ministero chiede di ammettere una prova contraria a seguito di richiesta di abbreviato *ex art. 438, co. 5, c.p.p.*, oppure quando il giudice esercita il proprio potere probatorio *ex art. 441 co. 5 c.p.p.* –, o si acquisiscono entità non suscettibili di formazione con la partecipazione delle parti⁵², oppure si formano entità alla cui formazione le parti hanno partecipato). Sembrerebbe dunque porsi lo stesso problema al quale si era accennato quando si era dato conto degli orientamenti della giurisprudenza di legittimità, la quale aveva ritenuto utilizzabili come prove gli atti d'indagine suppletiva⁵³.

Rispetto al momento in cui era stata prospettata quest'ultima interpretazione, tuttavia, qualcosa è ora cambiato: il legislatore ha oggi previsto la possibilità per l'imputato di revocare la richiesta di abbreviato. Ciò rende forse possibile un'argomentazione che consente di superare i dubbi di costituzionalità della nuova disciplina. Facendo ricorso al concetto di c.d. «consenso tacito» (ideato per evitare di ritenere incostituzionale la disciplina del procedimento per decreto⁵⁴), si potrebbe sostenere che l'omessa revoca dell'istanza di abbreviato

⁵² Ossia le prove quali i documenti, che non devono sottostare alla regola costituzionale che si ricava dai co. 4 e 5 dell'art. 111 Cost. (v. PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 464 ss.).

⁵³ V. par. 3.

⁵⁴ v. Corte cost., n. 32 del 2003, in *Giur. cost.*, 2003, 201; CHIAVARIO, *Un «giusto processo» dal futuro ancora incerto*, in *Corr. giur.*, 2000, 6; SPANGHER, *Il «giusto processo» penale*, in *Studium Juris*, 2000, 256

(così come la mancata opposizione al decreto penale), vada interpretata come accettazione alla mancata formazione della prova con la partecipazione delle parti.

Probabilmente questa seconda lettura è quella che aveva in mente il legislatore, il quale - nulla dicendo sul regime di utilizzabilità delle indagini suppletive - ne ha forse data per scontata l'utilizzabilità, prevedendo uno sfasamento tra richiesta di abbreviato e provvedimento di ammissione del rito. Aderendo a questa interpretazione, tuttavia, si fuoriesce dai binari ai quali si è avvezzi (la qual cosa, come appena visto, non accade accedendo alla prima impostazione). Ciò comporta conseguenze tutt'altro che trascurabili. Possono infatti prospettarsi questioni di non sempre agevole soluzione, come quella relativa alla possibilità di riconoscere al pubblico ministero il diritto di modificare l'imputazione a seguito delle indagini suppletive, o quella relativa alla possibilità di garantire all'imputato il diritto alla prova contraria, dopo che sono state depositate le indagini suppletive⁵⁵.

Accedendo a questa seconda lettura, ci si potrebbe interrogare sulla regola da applicare qualora sorgesse una controversia sull'osservanza della prescrizione che impone al pubblico ministero di svolgere indagini «limitatamente ai temi introdotti dalla difesa»: qualcuno, sensibile al tema dei divieti probatori, potrebbe suggerire di servirsi dell'art. 191 c.p.p. e della categoria dell'inutilizzabilità degli atti⁵⁶; qualcun altro, animato da una sensibilità diversa, potrebbe far leva sul riconoscimento del diritto di revoca per giustificare la rimozione di ogni sanzione (dicendo magari: se il pubblico ministero ha oltrepassato i limiti, che l'imputato revochi l'istanza). La prima lettura pare certamente preferibile, ma non si esclude che nelle aule di giustizia compaia an-

⁵⁵ Non è imprevedibile che qualcuno suggerisca la seguente (assai discutibile interpretazione): è vero che il legislatore non ha modificato l'art. 441 bis c.p.p., che legittima il pubblico ministero a procedere a nuove contestazioni «nei casi disciplinati dagli articoli 438 comma 5, e 441, comma 5», ma si tratta solo di un mancato coordinamento: è evidente che i due casi appena menzionati attribuiscono al pubblico ministero il potere di modificare l'imputazione quando, a seguito di un supplemento istruttorio, si modifica il quadro probatorio; anche in questo nuovo caso c'è un mutamento del quadro probatorio; quindi anche in questo caso il pubblico ministero può modificare l'imputazione (su simili argomentazioni, basati sull'astrazione e sul ricorso a principi generali, v. PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 216 ss.).

Quanto alla seconda questione, non sembra molto logico garantire all'imputato il diritto alla prova contraria, essendo già il diritto riconosciuto all'inquirente un rimedio alla «manovra furbesca» del difensore, peraltro nell'ambito di un rito che - si dice - esiste per la deflazione. Sotto il profilo testuale, del resto, non c'è alcuna disposizione che riconosce il diritto alla prova contraria all'imputato, il quale può, se solo lo vuole, revocare la richiesta.

⁵⁶ Ci sono due varianti. Se al giudice si vuole attribuire il ruolo di *gatekeeper*, gli si riconoscerà il potere non solo d'impedire l'uso delle indagini, ma anche il loro deposito; altrimenti il controllo sarà solo successivo: gli atti verranno depositati, per poi essere dichiarati inutilizzabili.

che la seconda, che potrà essere giustificata anche in ragione dell'assenza di una espressa sanzione normativa⁵⁷.

Può poi prospettarsi un'altra questione: nel momento in cui il legislatore riconosce al pubblico ministero il diritto di svolgere indagini suppletive «quando l'imputato *chiede il giudizio abbreviato*», usa un'espressione che può essere riferita sia all'abbreviato semplice, sia a quello subordinato a un'integrazione probatoria⁵⁸. Ma se così è, lo sfasamento introdotto tra la richiesta del rito e la sua ammissione pone un quesito relativo agli atti che il giudice dovrà considerare per valutare l'ammissibilità dell'istanza di abbreviato, che potranno includere o meno le indagini suppletive. Per chiarire: è evidente che se il pubblico ministero non chiedesse termine o, se lo chiedesse, e poi non svolgesse alcuna indagine, il problema non si porrebbe. Ma se invece effettuasse le indagini suppletive, è necessario chiedersi se il giudice debba tenerne conto ai fini della decisione sull'ammissione del rito: il difensore deposita le investigazioni e chiede l'abbreviato subordinato a un'integrazione probatoria, indicando le ragioni per le quali questa sarebbe necessaria e compatibile con le finalità deflattive; la nuova disciplina impedisce al giudice di decidere immediatamente; quando lo dovrà fare, il quadro probatorio sarà mutato: potrebbe allora fingere che le indagini suppletive non siano mai state svolte (questo era il quadro quando il difensore aveva motivato l'istanza), oppure - come sembrerebbe sensato - potrebbe considerare quanto effettivamente acquisito al momento della decisione sull'ammissione (non curandosi più, a questo punto, delle argomentazioni svolte dal difensore, che potrebbero non essere più pertinenti). La prima interpretazione dà rilievo alle argo-

⁵⁷ Per tacere delle difficoltà che si hanno nello stabilire quando un'entità, valutata, può essere considerata «inerente ai temi introdotti dalla difesa» (in termini di certezza del diritto sono preferibili le regole probatorie che stabiliscono una determinata conseguenza giuridica quando si verifica un presupposto di facile accertamento - es. l'essere parente dell'imputato, l'essere prete, l'essere guercio, l'essere carabinieri - e non quelle che richiedono valutazioni complesse magari basate su assunzioni opinabili - l'essere la dichiarazione «a carico» (sull'uso di quest'espressione nell'art. 111 Cost. v. PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 483) o l'essere «inerente ai temi introdotti favore della difesa»).

⁵⁸ È chiaro che se l'espressione viene intesa come «abbreviato semplice», la questione non si pone. La lettura meno estensiva lascerebbe però perplessi: si pensi al caso in cui la difesa ritenesse utile l'acquisizione delle dichiarazioni di una persona e di un documento in possesso della pubblica amministrazione (o le dichiarazioni di due persone, una non intenzionata a collaborare). In fase d'indagine, segnala al pubblico ministero l'opportunità di queste acquisizioni. L'inquirente non condivide questo pensiero. Privo di poteri coercitivi, il difensore ottiene la collaborazione della persona, redigendo il verbale d'investigazione, ma non della pubblica amministrazione. In un caso analogo a questo, non s'intravedono ragioni per negare la possibilità di combinare il deposito delle investigazioni con un'istanza di abbreviato subordinato a un'integrazione probatoria (l'acquisizione del documento della pubblica amministrazione; l'esame della persona non collaborativa).

mentazioni della difesa, mettendo in secondo piano il materiale probatorio, la seconda il contrario. Nessuna delle due convince.

Lo sfasamento tra richiesta di abbreviato e decisione sull'ammissione, del resto, può porre altri interrogativi sul regime giuridico da seguire nel corso di questo segmento processuale che, fino a oggi, era pressoché inesistente: da una parte verrebbe da dire che la disciplina applicabile debba essere quella dell'udienza preliminare, poiché l'abbreviato non è ancora stato disposto; dall'altra, però, non pare nemmeno ragionevole fingere che la richiesta di abbreviato non sia stata presentata, poiché l'istanza - che indubbiamente esiste - presuppone una specifica accusa e un determinato quadro probatorio, in assenza dei quali, forse, non sarebbe mai stata avanzata. E allora in questo arco temporale che ha in parte i caratteri dell'udienza preliminare e in parte quelli dell'abbreviato, resta dubbia l'applicabilità dell'art. 423 c.p.p., previsto per l'udienza preliminare, che consente la modifica dell'imputazione, o dell'art. 419 comma 2 c.p.p., che consente di depositare documenti.

Altre questioni sorgono per via del riconoscimento del diritto di revoca. Come si è visto, qualora il pubblico ministero chieda termine per svolgere le indagini, effettuandole⁵⁹, «l'imputato ha facoltà di revocare la richiesta» (diritto che, ragionevolmente, potrà essere esercitato fino a quando l'abbreviato non verrà ammesso). L'interrogativo riguarda la possibilità di accedere nuovamente a un rito alternativo dopo la revoca della richiesta di abbreviato: quest'ultima comporta una preclusione alla proposizione di una nuova istanza di riti alternativi (ad es., abbreviato, magari condizionata all'assunzione di un'integrazione probatoria⁶⁰, oppure patteggiamento), oppure tutto è possibile, e ci si comporta come se nulla fosse accaduto? Nell'ambito del giudizio abbreviato (disposto, non solo richiesto) è prevista una preclusione alla proposizione di una nuova istanza di abbreviato: è il caso in cui, a seguito della modifica del quadro probatorio (abbreviato subordinato a un'integrazione probatoria ovvero esercizio dei poteri *ex officio* ai sensi dell'art. 441, co. 5, c.p.p.), il pubblico ministero ha modificato l'imputazione: in questo caso, se l'imputato chiede che il processo torni nelle forme ordinarie, una nuova istanza di abbreviato non può più essere formulata. Qualcuno potrebbe allora sostenere che quando il legislatore ha voluto prevedere delle preclusioni, lo ha fatto espressamente, quindi la revoca dell'istanza dopo lo svolgimento delle indagini suppletive non comporta alcuna preclusione. Qualcun altro, ser-

⁵⁹ Tra le due possibili opzioni, si è scelta quella dell'effettivo svolgimento delle indagini, e non della mera richiesta di termine.

⁶⁰ Una nuova istanza di abbreviato semplice non avrebbe molto senso, essendo stata appena revocata la richiesta.

vendosi sempre dell'argomento *a contrario* (nella veste di argomento produttivo di una norma implicita⁶¹) e di una diversa disposizione, potrebbe giungere alla conclusione opposta sostenendo che la riproposizione dell'istanza di abbreviato è disciplinata dal sesto comma dell'art. 438 c.p.p., il quale concerne «il rigetto ai sensi del comma 5», ossia l'ipotesi in cui il giudice ritiene che l'integrazione probatoria è non necessaria o non compatibile con le finalità di economia processuali del rito: non sono previste altre ipotesi di riproposizione dell'istanza; se il legislatore le avesse volute, l'avrebbe detto; ha taciuto, quindi una nuova proposta di abbreviato dopo la revoca non è ammessa.

L'elenco delle questioni poste dalla novella potrebbe essere assai lungo. Ci si limiterà all'esame di un paio di queste.

Una si ha incrociando la nuova disciplina delle investigazioni difensive in abbreviato con il nuovo co. 6-*bis* dell'art. 438 c.p.p.. Questo stabilisce che «*la richiesta di giudizio abbreviato proposta nell'udienza preliminare determina la sanatoria delle nullità, sempre che non siano assolute*» e «preclude ogni

⁶¹ L'argomento *a contrario* è quello per cui, «essendo data una norma che predica una qualsiasi qualificazione normativa (ad esempio un potere, un obbligo, uno status) di un soggetto o di una classe di soggetti, in mancanza di altra norma espressa» porta a «escludere che valga (che esista, che sia valida) una diversa norma la quale predichi quella stessa qualificazione normativa per qualsiasi altro soggetto o classe di soggetti» (TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 346). Si tratta di un argomento di frequentissimo uso quando si interpreta (ma, più in generale, anche quando si comunica: se l'allenatore dell'Inter dice: «non sono disponibile a un incarico semestrale», non vuole far sapere solo che non è disponibile a un incarico semestrale, ma vuole anche esprimere il proprio gradimento per un rapporto lavorativo più stabile), ma non porta a conclusioni logicamente necessitate. Anzi, dall'analisi degli usi dell'argomento *a contrario* si trae una conferma della validità della tesi della libertà (ampia) dell'interprete e dell'ingenuità della visione formalistica dell'interpretazione, poiché l'argomento *a contrario* «può essere usato sia per colmare una lacuna, sia per crearla. Facciamo un esempio.

L'art. 18, I c., cost. dispone che «I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente [...]». Proviamo a domandarci se la costituzione conferisca il diritto di riunione anche agli stranieri o agli apolidi. Argomentando *a contrario* dalla disposizione menzionata, si può rispondere in due modi alternativi. a) Prima risposta: la costituzione conferisce il diritto in questione solo ai cittadini; dunque gli stranieri e gli apolidi ne sono esclusi. Da questo punto di vista, la costituzione non è lacunosa: conferisce un diritto ad una certa classe di soggetti e, così facendo, implicitamente nega quel diritto ad ogni altro soggetto. b) Seconda risposta: la costituzione conferisce il diritto in questione solo ai cittadini; ma ciò non significa che gli apolidi e gli stranieri ne siano esclusi.

La costituzione, semplicemente, tace in proposito: dunque omette di disciplinare questa fattispecie; insomma, contiene una lacuna. Nell'un caso, l'argomento *a contrario* è usato come argomento produttivo di una norma implicita (di contenuto negativo), e sortisce l'effetto di colmare una lacuna. Nell'altro caso, lo stesso argomento è usato come argomento semplicemente interpretativo, e sortisce l'effetto non già di colmare una lacuna (mediante una norma implicita), ma anzi di metterla in luce, lasciando aperta la possibilità di colmarla in modi diversi» (GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, 365; v. anche KELSEN, *Sulla teoria dell'interpretazione*, in Id., *Il primato del parlamento*, Milano, 1982, 164: «la totale mancanza di valore dell'*argumentum a contrario* e dell'analogia, normalmente utilizzati, deriva a sufficienza dal fatto che entrambi conducono a risultati contrastanti e non c'è alcun criterio per stabilire quando debba essere applicato l'uno e quando l'altra»).

questione sulla competenza per territorio del giudice»: la revoca della richiesta rende nuovamente proponibili le questioni, oppure, sanate le nullità, preclusa l'eccezione d'incompetenza, nella nuova udienza preliminare non le si potranno più eccepire? Il dato testuale indurrebbe a optare per la prima soluzione: la richiesta di giudizio abbreviato è stata presentata, e non è previsto in alcuna altra norma che la revoca faccia risorgere diritti ormai svaniti; a ciò si potrebbe aggiungere che, in fondo, se la difesa decide di depositare le investigazioni all'ultimo istante, per poi chiedere l'abbreviato, e revocare infine la richiesta, sono fatti suoi: beneficerà dei vantaggi e subirà i costi delle proprie scelte. Ma non è imprevedibile immaginare che qualcuno sosterrà che le preclusioni valgono solo nell'abbreviato effettivamente disposto⁶², e che la revoca della richiesta prima della sua ammissione faccia venir meno gli effetti indicati nel nuovo comma 6 *bis*, riportando al regime ordinario dell'udienza preliminare (in sostanza, si sosterebbe che la norma la quale preveda le preclusioni implicitamente presuppone lo svolgimento del giudizio abbreviato).

Le nebbie s'infittiscono se s'introduce una variante, tutt'altro che imprevedibile, alle situazioni fin qui analizzate: se il processo non fosse solo a carico d'un imputato, ma di due, o di dieci, o di cinquanta, cosa accade quando uno di essi deposita le investigazioni chiedendo il giudizio abbreviato e il pubblico ministero chiede termini per svolgere le indagini? Si potrebbe prevedere la separazione della posizione di quest'imputato, in attesa che l'inquirente indaghi e il giudice si pronunci, oppure ritenere che il rinvio valga per tutti. Nel caso di revoca dell'istanza, ci si troverebbe: a) accedendo alla priman opzione, a celebrare una nuova udienza preliminare per il solo imputato, b) nella seconda ipotesi, a svolgere l'udienza preliminare rinviata insieme ai coimputati, interrogandosi sulla possibilità per questi ultimi di depositare investigazioni difensive chiedendo - come sembrerebbe lecito - il rito abbreviato, con relativo diritto del pubblico ministero di svolgere nuove investigazioni difensive, e di avere una nuova revoca dell'istanza, ricominciando così, all'infinito, la celebrazione delle esequie d'un «rito deflattivo».

Anziché proseguire nell'espore altre possibili questioni, si preferisce sottolineare come questi interrogativi contribuiscano a porre in luce l'approssimazione con la quale ormai da decenni s'interviene su una disciplina complessa come quella che concerne il processo penale: con la riforma Orlando il legislatore ha mostrato di aver sì contezza dell'esistenza della que-

⁶² Magari qualche cultore del formalismo giuridico che, in questo caso, sosterrà che l'opposta lettura è eccessivamente formale e che è necessaria un'interpretazione più ariosa, una lettura sistematica (in effetti la disposizione fa dipendere le preclusioni dalla *richiesta* di giudizio abbreviato, non dall'ammissione dell'abbreviato).

stione dell'utilizzabilità delle investigazioni difensive nel giudizio abbreviato. Ma ha anche rivelato di averne una conoscenza piuttosto superficiale. E così, nel risolvere una questione interpretativa, ne ha create qualche decina.

6. Presbiopia e miopia d'un legislatore

Per l'ennesima volta il legislatore ha dato prova di non essere in grado di osservare con attenzione quanto accade nelle aule giudiziarie, di prevedere i rivoli in cui può incanalarsi il processo per via di una singola modifica legislativa, gli innumerevoli effetti che provoca nei tribunali l'introduzione di una nuova disposizione. Se si vuole novellare un codice non si dovrebbe mai dimenticare che «gli enunciati giuridici soffrono di solitudine: non si aggirano mai dai soli, ma sono sempre in compagnia dei loro simili, che costituiscono una moltitudine»⁶³; proprio come «le nostre proposizioni sul mondo esterno», «stanno di fronte al tribunale dell'esperienza sensibile non individualmente, ma solo come una corporazione»⁶⁴.

Il modo migliore per evitare di compiere l'errore di creare vuoti normativi introducendo disposizioni è immaginare cosa accadrebbe a livello applicativo, nella singola aula di tribunale, qualora la nuova disciplina fosse introdotta⁶⁵, e

⁶³ GUASTINI, *Introduzione all'analisi del linguaggio normativo*, in Castignone, Guastini, Tarello, Genova, 1981, 25.

⁶⁴ QUINE, *Due dogmi dell'empirismo* [1951], in *Neoempirismo*, a cura di Pasquinelli, Torino, 1970, 884-885 (anche in Id., *Da un punto di vista logico. Saggi logico filosofici*, Milano, 2004, 59), il quale, appunto, riferiva la proposizione alle proposizioni sul mondo.

⁶⁵ In Italia, come dimostrano decenni di riforme verbose e, allo stesso tempo, lacunose, incoerenti ed estemporanee, è troppo spesso mancata l'attenzione alla fase applicativa, probabilmente anche in ragione del giuspositivismo imperante negli studi sul processo penale, che porta a un'enorme sopravvalutazione del potere delle norme, capaci di modellare la realtà per il solo fatto di esistere, e al disinteresse a quanto poi accade nelle aule di giustizia, al piano sul quale operano e vivono le persone reali, avvocati e cancellieri, imputati e pubblici ministeri, testimoni e giudici. Al rifiuto di ciò che era troppo prosaico e mondano, s'è accompagnata una carenza d'immaginazione, la cui importanza è stata opportunamente segnalata da autori con diverse inclinazioni: «Per raggiungere il loro scopo i legislatori tracciano delle linee di condotta per coloro che intendono influenzare. Essi si raffigurano nella loro mente l'immagine della condotta desiderata, immagine che sarà poi opportunamente trasmessa agli interessati.

Ad esempio la legge prescrive che chi ha commesso un omicidio venga condannato a morte. In questo caso ciò che viene rappresentato è l'azione finale del giudice in un processo per omicidio. L'azione immaginata di cui si parla nella legge deve servire al giudice da modello di comportamento per tutti i casi in cui egli si trovi in una situazione corrispondente a quella raffigurata nell'enunciato normativo, vale a dire ogni volta che una persona accusata di omicidio viene condotta davanti a lui e riconosciuta colpevole del delitto di cui è imputata.

Il contenuto di una regola giuridica di questo tipo è perciò l'idea dell'azione immaginaria di un giudice in una situazione immaginaria. Si deve aggiungere subito che una norma non può mai venire presa in considerazione isolatamente, ma si trova sempre in stretto rapporto con altre norme e il suo significato emerge soltanto dall'esame complessivo delle varie connessioni.

non limitarsi a considerare gli effetti di brevissimo respiro: in fondo «il contributo più significativo che la dogmatica può offrire alla costruzione del sistema giuridico non sta infatti nell'edificare un mondo normativo a priori, ma nell'assumere la norma applicata come il proprio oggetto di partenza»⁶⁶. E invece questo legislatore ha pensato di risolvere un problema nel modo più superficiale. Incapace di vedere i mille sentieri in cui può incamminarsi ogni singolo processo, ha creduto di poter sciogliere un nodo con un colpo di spada, senza avvedersi che la soluzione scelta avrebbe moltiplicato gli interrogativi.

Purtroppo, però, il legislatore che ormai ci si è abituati a veder all'opera non è solo incapace di vedere quanto accade nelle aule di giustizia nell'immediatezza: sfuggono al suo sguardo anche gli spazi più estesi. Le visioni ampie gli sono precluse. Inseguendo le minuzie, perde di vista il quadro d'insieme. Anche sotto questo aspetto, tra le soluzioni possibili, ne ha scelta una delle peggiori.

La più efficace e lineare avrebbe richiesto un intervento assai semplice: a) l'estromissione delle investigazioni difensive depositate «a sorpresa»⁶⁷; b) l'ampliamento del termine concesso alla difesa per lo svolgimento delle attività ritenute necessarie dopo la notifica dell'avviso *ex art. 415 bis c.p.p.*

La prima modifica avrebbe reso inutile la ricerca di un rimedio alla «manovra furbesca» del difensore, al quale non sarebbe stata più concessa la possibilità di attendere l'ultimo istante per depositare quanto in suo possesso da tempo. La seconda avrebbe reso effettivo il diritto di difesa al termine della fase delle indagini preliminari, ossia quello in cui quel diritto può pienamente essere esercitato, essendo erano nota sia l'accusa che gli elementi che – secondo il

La norma riguardante la condanna da infliggere all'omicida non è in relazione soltanto con le regole procedurali che si riferiscono alle varie fasi di giudizio, ma anche con parecchie altre: l'accusato deve aver raggiunto una certa età, deve essere stato sano di mente nel momento in cui ha commesso il fatto, e altre cose ancora. Parecchie regole vanno riunite insieme per ottenere il quadro completo della situazione e dell'azione desiderata.

Il contenuto delle norme può essere dunque definito come un insieme di rappresentazioni di azioni immaginarie da parte di persone determinate (ad esempio i giudici) in situazioni immaginarie» (OLIVACRONA, *Il diritto come fatto*, a cura di Castignone, Milano, 1967, 23-24). Sui c.d. realisti, le cui tesi in Italia sono note soprattutto grazie alla c.d. scuola genovese e ad altri pochi giuristi (come Giovanni Boglietti o Enrico Pattaro), v. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962 e CASTIGNONE, *La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia*, Milano, 1974.

⁶⁶ PADOVANI, *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze "improcrastinabili" di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1303.

⁶⁷ Come si è detto (par. 3), adottando la tesi della sterilizzazione parziale già era possibile giungere a questa soluzione, senza necessità di alcun intervento legislativo. Preso atto del variegato quadro interpretativo, tuttavia, sarebbe stata forse opportuna la modifica dell'art. 442 c.p.p. o dell'art. 391 *octies* c.p.p.

pubblico ministero - la giustificavano (si sarebbe così evitato di riporre una fiducia non sempre meritata nella buona volontà dei pubblici ministeri, non sempre inclini - in assenza di imposizioni normative - a concedere qualche settimana in più per lo svolgimento delle attività difensive, talora viste come un espediente dilatorio). E se è vero che il difensore già prima della riforma avrebbe potuto svolgere le investigazioni anche dopo la richiesta di rinvio a giudizio, avendo la certezza che queste avrebbero fatto parte degli atti in base ai quali sarebbe stato deciso l'abbreviato⁶⁸, è altrettanto vero che un intervento della difesa effettivo *prima* dell'esercizio dell'azione penale sarebbe stato comunque salutare, non solo per l'accusato, ma anche per il pubblico ministero, il giudice dell'udienza preliminare, e la collettività. L'allungamento dei termini *ex art. 415-bis* c.p.p. non sarebbe stato certo un dramma, giacché spesso «l'economia di oggi è [...] la perdita di tempo di domani»⁶⁹.

Il legislatore ha invece ritenuto opportuno legittimare la prassi del deposito delle investigazioni in udienza preliminare prima della richiesta di abbreviato, per poi trovarsi innanzi alla necessità di dover rimediare ai guasti della mancata *discovery*. E così ha dovuto riconoscere al pubblico ministero un termine che può prolungarsi fino a sessanta giorni per svolgere delle indagini suppletive e all'imputato il diritto di revocare la richiesta di abbreviato (accedendo all'interpretazione secondo la quale all'imputato non è preclusa una richiesta di abbreviato subordinato a un'integrazione probatoria dopo la revoca della prima istanza⁷⁰, nel caso in cui il pubblico ministero dovesse modificare l'imputazione nel giudizio abbreviato instaurato in seguito alla seconda istanza, si potrebbe giungere a un secondo ritorno al giudizio ordinario: un doppio giro, per tornare alla partenza, come in certi giochi per bambini, che forse sono stati il modello di una riforma che ha preso troppo alla lettera la teoria della *sporting thory of justice*).

E così è stata del tutto dimenticata la ragione per la quale il giudizio abbreviato era stato previsto: non era certo quella di consentire il deposito delle investigazioni difensive prima della richiesta. Che l'attuale disciplina di questo procedimento non porti benefici in termini di deflazione è conclusione alla quale molti autori sono giunti da tempo⁷¹. Non solo perché, contrariamente a

⁶⁸ Così era già prima della riforma Orlando: sono parte della «documentazione di cui all'articolo 419, comma 3, c.p.p.» (v. nota 34).

⁶⁹ VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1968, 3, ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. III, *Il processo e le libertà*, Milano, 1997, 472.

⁷⁰ V. par. 5.

⁷¹ V. ad es. SCALFATI, *La procedura penale, la retroguardia autoritaria e la compulsione riformista*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 940 («la possibilità di allargare il panorama istruttorio - soprattutto per ordine del giudice -, la predisposizione di vie d'uscita nell'ipotesi di contestazioni suppletive l'accusa, la facoltà

quanto previsto per gli altri procedimenti deflattivi⁷², la scelta dell'abbreviato non comporta la rinuncia alle impugnazioni previste per il rito ordinario. Ma anche perché in occasioni tutt'altro che infrequenti - i casi in cui il procedimento è a carico di più imputati - la sua esistenza ha effetti opposti a quelli voluti, ed è solo una grave causa di sovraccarico del sistema⁷³, poiché richiede la duplicazione delle stesse attività istruttorie (si pensi alla reiterazione degli esami degli stessi dichiaranti, testimoni o coimputati⁷⁴), determina incompatibilità altrimenti inesistenti e impone un raddoppio del lavoro dei magistrati (ad esempio, quando una complessa vicenda processuale deve essere ripercorsa in più motivazioni, stese da più giudici, e non solo da uno): l'idea che la rinuncia dell'imputato alle garanzie dibattimentali mediante richiesta di rito abbreviato sia, in linea generale, un significativo passo nel segno dell'economia processuale, vale solo se s'ipotizza che esistano esclusivamente processi con un unico imputato, situazione che molto spesso non si verifica nella realtà.

Il quadro diventa ancora più fosco se si allarga un po' lo sguardo e dall'analisi della sola disciplina dell'abbreviato si passa a esaminare quella risultante dall'intreccio tra questa con quella dei vari riti speciali, deflattivi o accelerato-

dell'imputato di formulare nuova richiesta al dibattimento se la precedente "condizionata" è stata respinta; l'appellabilità della sentenza, sono alcuni degli aspetti che rendono il rito assai "meno abbreviato" di quanto sembri, erodendo il legame tra deflazione giudiziaria e premialità delle scelte») e ORLANDI, *Lunghezza del processo penale e le sorti progressive dei riti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 32 («non perderemmo molto, né sul piano dell'economia processuale, né sul piano delle scelte di politica processuale, se cancellassimo dal nostro ordinamento il giudizio abbreviato. In compenso, ne guadagneremmo in coerenza sistematica e, conseguentemente, in credibilità e, per così dire, presentabilità sociale della nostra giustizia penale»).

⁷² Almeno sotto questo aspetto, la riduzione di pena per il patteggiamento e per il procedimento per decreto (che pure dovrebbe essere abolito, essendo null'altro che una sorta di doppione incostituzionale del patteggiamento: v. PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 703 ss) appaiono meno inaccettabili.

⁷³ Si ipotizzi un processo per associazione per delinquere finalizzata all'importazione di stupefacenti o alla commissione di reati di riciclaggio, truffe, o reati fiscali, a carico di sei persone: una opta per il patteggiamento, uno per l'abbreviato semplice, due per l'abbreviato subordinato a due diverse integrazioni probatorie, due per il rito ordinario (nell'ambito nel quale verranno sentiti gli stessi testi, o gli stessi coimputati, esaminati nell'abbreviato subordinato a integrazione probatoria). Solo un inguaribile ottimista potrebbe credere che un sistema che dà vita a una situazione del genere sia improntato all'economia processuale e alla deflazione.

⁷⁴ La qual cosa comporta anche un costo in termini di attendibilità dei risultati delle escussioni. Sarebbe opportuno abbandonare questa visione del processo penale improntata al fordismo, e smettere di credere che l'assunzione di dichiarazioni sia un'attività reiterabile all'infinito, senza costi, come se nelle aule di giustizia sfilassero ricambi d'auto, e non persone, e l'istruttoria fosse una sorta di catena di montaggio.

ri⁷⁵, con relative conversioni d'un giudizio in un altro; se si analizzano le norme che riconoscono la possibilità di presentare richieste subordinate o quelle che prevedono un controllo sui provvedimenti di rigetto; se si considerano le sovrapposizioni con gli istituti deflattivi-rieducativi di recente conio⁷⁶, le nuove cause d'estinzione del reato, le speciali tenuità e le sospensioni, «querele, citazioni, comparizioni, commissioni, informazioni, preliminari, produzioni, allegati, interdetti e contraddetti, richieste, inchieste, duplicati, triplicati, verbali, censure, accuse, riserve, ricognizioni, confronti, impugnazioni, libelli [...] confetti e spezierie dell'una parte e dell'altra»⁷⁷.

Tutto questo comporta un'ulteriore grave conseguenza. All'indomani dell'introduzione del codice Vassalli taluni autori, assai più avveduti del legislatore, prospettavano il rischio che «un meccanismo processuale di riti differenziati si trasform[asse] in una fiera della casualità, e in un fomite di intollerabili sperequazioni sostanziali»⁷⁸. Ora che i riti si sono moltiplicati, gli istituti deflattivi o pseudo tali hanno invaso le pagine del codice, piccole revisioni mensili hanno sfiorato le disposizioni legislative per meglio vincere le resistenze dell'accusato a cedere al fascino dei procedimenti speciali, la situazione è ulteriormente peggiorata.

L'unica riforma necessaria è quella finalizzata ad abolire buona parte delle norme vigenti⁷⁹, a partire da quelle che configurano una moltitudine di proce-

⁷⁵ Es.: dei quattro imputati condannati con decreto penale uno non presenta opposizione, uno chiede il patteggiamento, uno l'abbreviato, uno il rito ordinario. Sono davvero così deflattivi i riti «deflattivi»?

⁷⁶ Un buon esempio è fornito dalla recente questione sorta sull'individuazione del giudice competente a decidere sulla richiesta di sospensione del procedimento formulata con l'atto di opposizione a decreto penale: la Corte di cassazione s'è pronunciata due volte, indicando in un caso il giudice per le indagini preliminari (Cass., Sez. I, 3 febbraio 2016, n. 25867, in *Guid. dir.*, 2016, f. 29, 60) e nell'altro quello del dibattimento (Cass., Sez. I, 2 febbraio 2017, n. 21324, in *Ilpenalista.it*). La soluzione della questione, magari prosaica, ha un'evidente incidenza nella vita delle aule di giustizia. Che l'opera del legislatore non sia stata esattamente ineccepibile (e che - contrariamente a quanto possono credere i semplici - l'introduzione di norme facilmente porta a vuoti di disciplina) è dimostrato anche dalla pronuncia della Corte costituzionale con la quale è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo, in riferimento all'art. 24, comma 2, Cost., l'art. 460, comma 1, lett. e), c.p.p., nella parte in cui non prevede che il decreto penale di condanna contenga l'avviso della facoltà dell'imputato di chiedere mediante l'opposizione la sospensione del procedimento con messa alla prova (Corte cost., 21 luglio 2016, n. 201 del 2016, in *Cass. pen.*, 2016, 4052).

⁷⁷ Sono le parole con le quali Rabelais ironizzava mezzo millennio fa sulla procedura francese: v. in particolare il capitolo trentanovesimo del libro terzo, RABELAIS, *Gargantua e Pantagruelle*, [1542], Milano, 1993, pp. 398.

⁷⁸ PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 938.

⁷⁹ Per alcune proposte ci si permette di rinviare a PASTA, *La dichiarazione di colpevolezza*, cit., 677.

dimenti speciali⁸⁰. Un piccolo passo in questa direzione veniva proposto con il progetto di riforma del 2008, la c.d. bozza Riccio⁸¹, la quale prevedeva l'abolizione dell'abbreviato subordinato a integrazione probatoria. E invece, anziché abolire il giudizio abbreviato o, quanto meno, ricondurlo a unità, nello sciocco tentativo di soddisfare ogni pulsione dell'accusato, è stata aggiunta una sorta di terza variante d'un procedimento che consente una meravigliosa modulazione del diritto alla prova⁸² che, in caso di condanna, garantisce una relevantissima riduzione di pena⁸³, configura il divieto per il pubblico ministero d'impugnare una eventuale sentenza di condanna⁸⁴ e non comporta alcuna rinuncia alle impugnazioni.

L'idea che i pubblici ministeri dovrebbero individuare tutti gli elementi a sostegno dell'accusa *prima* di esercitare l'azione penale (non costringendoli – sempre che siano particolarmente zelanti – a svolgere indagini un'istante prima della discussione), la circostanza che la riduzione di pena si ponga in pale-

⁸⁰ Naturalmente, proprio perché «gli enunciati giuridici soffrono di solitudine» e «non si aggirano mai dai soli», anche la modifica di altre disposizioni rileva: nel processo penale, in buona parte determinato dal «gioco di aspettative» (l'espressione è di ORLANDI, *L'insostenibile lunghezza*, cit., p. 23), la riforma della disciplina della prescrizione, come sempre è stato rilevato, ha un ruolo fondamentale nell'incentivare la scelta dei riti dellattivi. Sotto questo aspetto la riforma Orlando, che pur ha optato per una riformulazione bizantina e inadeguata della disciplina, ha fatto un piccolo passo nella direzione giusta (parzialmente neutralizzato dalla (re)introduzione del «concordato con rinuncia ai motivi di appello»).

⁸¹ *Bozza di delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale*, presentata dalla Commissione Riccio il 20 febbraio 2008.

⁸² Se da un'ottica di sistema si passa a quella del difensore, la varietà dovrebbe essere valutata con favore. Sarà stimolante, responsabilizzante, forse persino divertente, scegliere l'opzione migliore (effettuare un deposito immediato dopo l'avviso ex 415 bis c.p.p. - senza così incorrere nel rischio di concessione del termine per svolgere indagini suppletive, offrendo però già in fase d'indagine la possibilità di allargare il quadro -, oppure propendere per un deposito in udienza preliminare, facendo assegnamento su una certa neghittosità dell'inquirente, il quale, sommerso dai fascicoli, credeva di aver concluso le indagini di quel processo qualche mese prima, oppure formulare un'istanza di giudizio abbreviato subordinato a integrazione probatoria, ovvero propendere per una combinazione di queste possibilità, magari con depositi d'investigazioni in fase d'indagine e in udienza preliminare, con contestuale richiesta di abbreviato subordinato a integrazione probatoria). Potrà forse non piacere l'idea che il processo penale debba esistere per reprimere i reati, per accertare la responsabilità di chi li commette e punire (e quale altro scopo dovrebbe avere? In quale altro modo potrebbero essere garantiti i diritti degli individui se venisse meno la funzione generalpreventiva della pena, la quale, in presenza di un processo penale generalmente incapace di accertare le responsabilità, continuerebbe a esistere solo in quanto menzionata in un paragrafo d'un manuale?). Forse però anche chi rifiuta questa concezione del processo penale non riuscirebbe ad accettare l'idea che il processo penale debba esistere per offrire alla difesa un panorama di scelte processuali quanto più variegato possibile.

⁸³ A seguito della modifica dell'art. 442, co. 2 c.p.p., ancor più significativa nel caso si proceda per una contravvenzione, essendo ora prevista una riduzione della metà, anziché di un terzo.

⁸⁴ Sempre che non abbia modificato il titolo di reato.

se frizione con i principi costituzionali⁸⁵ e che questa contorta disciplina getti nell'incertezza chi vive nelle aule di tribunale - la qual cosa comporta inevitabili disparità di trattamento per chi vive fuori -, non sembra sfiorare la mente di questo legislatore cieco, il quale fatica a capire che i costi dovute alle sue scelte relative ai riti speciali sono ormai infinitamente superiori ai benefici, e che le cose andranno sempre peggio fin quando continuerà ad affastellare disposizioni su disposizioni, credendo forse che con queste sia possibile colmare il baratro in cui sta sprofondando la giustizia penale.

⁸⁵ V. par. 1.