

## QUESITI

---

**ETTORE CRIPPA**

### **Fondamento costituzionale delle nullità e consenso nei riti speciali**

Sin dagli albori del nuovo codice, la giurisprudenza, mercé un'interpretazione creativa, forzava l'imputato a scegliere tra l'accesso ai riti speciali e il rispetto della legalità processuale. Oggi, con la legge n. 103 del 2017, il criticabile assunto che attribuisce al consenso prestato ex art. 111, comma 5, Cost. un effetto sanante di talune fattispecie d'invalidità è cristallizzato, in materia di giudizio abbreviato, nel nuovo art. 438, comma 6 *bis*, c.p.p. La previsione, volta unicamente a soddisfare il forte bisogno di speditezza processuale, rischia di porsi in contrasto con il canone costituzionale della legalità processuale e con gli altri principi del giusto processo, non essendo idonea a scongiurare il rischio di manovre abusive da parte del pubblico ministero.

*Since the enactment of the new Italian Code of Criminal Procedure, a creative interpretation of case law forced the defendant to choose between summary trials and the compliance of legal procedures. At present, pursuant to the reform Bill, 2017, number 103, the dictum - worthy of criticism -, which gives defendant's consent under Article 111, paragraph 5, of Italian Constitution an effect remedying certain past invalidities, becomes a legal rule under the new Article 438, paragraph 6 bis, of Italian Code of Criminal Procedure. This provision - solely aimed at meeting a strong need for faster trial - threatens to undermine the legality principle in criminal proceeding, as well as other fair trial principles, because it is not suitable to establish proper legal safeguards against any potential abusive actions by the prosecutor.*

**SOMMARIO:** 1. La crisi della legalità processuale e le ricadute sul sistema delle nullità. - 2. La legalità "degradata" nel giudizio abbreviato: il panorama giurisprudenziale. - 3. L'asserita valenza abdicativa della richiesta di applicazione della pena. - 4. Riflessioni sull'orientamento dominante: gli spunti ricavabili dalla "Sentenza Forcellì". - 5. Il nuovo comma 6 *bis* dell'art. 438 c.p.p.: profili critici.

#### **1. La crisi della legalità processuale e le ricadute sul sistema delle nullità.**

Lo studioso del processo penale, di fronte al contrasto tra regola e prassi, è pervaso da un senso di smarrimento<sup>1</sup>. In un sistema rigidamente ancorato al canone costituzionale della legalità formale, che impone la ristretta osservanza delle norme procedimentali<sup>2</sup>, non c'è spazio per operazioni er-

---

<sup>1</sup> V., per alcune considerazioni critiche sull'alterazione del fisiologico rapporto tra legislatore e giurisprudenza, FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1265 ss.; conf. CAPRIOLI, *Il giudice e la legge processuale: il paradigma rovesciato*, in *Ind. pen.*, 2017, 967 ss.; nonché MAZZA, *Ideologie della riforma Orlando*, in *Esercitazioni penali sostanziali e processuali. Pensieri in ordine sparso*, a cura di Testaguzza, Padova, 2018, 229 ss.

<sup>2</sup> Cfr. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, II, *Atti del processo*, Padova, 1938, 127; BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, 49; FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 685 ss.; MAZZA, *I protagonisti del processo*, in *Procedura penale*, Torino,

menetiche non aderenti alla *littera legis*<sup>3</sup>. La realtà empirica è tutt'altra<sup>4</sup>. Il destino riservato alla legalità processuale, solennemente sancita dall'art. 111 Cost.<sup>5</sup>, è infatti piuttosto «singolare»<sup>6</sup>. Rimasta a lungo trascurata, è oggi «sopravanzata»<sup>7</sup> dalla creatività della giurisprudenza<sup>8</sup>, la quale ne ha sancito

2017, 64.

<sup>3</sup> Il significato letterale della disposizione non può «essere valicato neppure per mezzo dell'interpretazione costituzionalmente conforme»: così, Corte cost., n. 110 del 2012, in *Giur. cost.*, 2012, 1619. Cfr., nel senso che dal vincolo sancito dall'art. 111, comma 1, Cost. consegue il divieto di interpretazioni analogiche tese a limitare «la posizione e le garanzie processuali di colui a carico del quale sia instaurato il procedimento», UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Milano, 2017, 47; MAZZA, *Imputazione e "nuovi" poteri del giudice dell'udienza preliminare*, in ID., *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2012, 40; VOENA, *Atti*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi-Bargis, Padova, 2016, 175.

<sup>4</sup> Sulla crisi della legalità processuale cfr., da diversi punti di vista, AMODIO, *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 432 ss.; GALANTINI, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1999, 1989 ss.; MAZZA, *Imputazione e "nuovi" poteri del giudice dell'udienza preliminare*, cit., 39 ss.; NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 181 ss.; PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 181 ss. V. anche, più di recente, DINACCI, *Il contraddittorio per la prova nel processo penale*, Padova, 2012, 22 ss.; LORUSSO, *Interpretazione, legalità processuale e convincimento del giudice*, in *Dir. pen. cont.*, ed. on-line del 10 giugno 2015; NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *questa Rivista*, ed. on-line, 2017, n. 2, 1 ss.

<sup>5</sup> Ravvisano nell'art. 111, comma 1, Cost. il fondamento costituzionale del canone della legalità processuale, *ex plurimis*, CAPONE, *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, Padova, 2012, 149 ss.; MAZZA, *I protagonisti del processo*, cit., 64; NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, cit., 33 ss.; UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., 47; VOENA, *Atti*, cit., 175. V., poi, FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Bologna, 2012, 98, per il quale l'art. 111, comma 1, Cost. funge anche da criterio di contenimento delle pronunce manipolative del testo legale da parte della Corte costituzionale. Cfr., inoltre, MARZADURI, *Commento all'art. 1, legge cost. 23 novembre 1999, n. 2*, in *Leg. pen.*, 2000, 763, secondo cui un analogo vincolo era già ricavabile dall'art. 101, comma 2, Cost.

Peraltro, già prima della l. cost. n. 2 del 1999, vi era chi individuava il fondamento della legalità processuale nell'art. 25, comma 2, Cost.: v. GAITO, *Custodia preventiva e successione di leggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 1368-1369; GALLO, *Interpretazione della Corte costituzionale e interpretazione giudiziaria (a proposito delle garanzie della difesa nell'istruzione sommaria)*, *ivi*, 1965, 215-216; NOBILI, *Successione nel tempo di norme sui termini massimi della custodia preventiva e principi costituzionali*, *ivi*, 1982, 1214 ss. Chi invece lo ravvisava nell'art. 112 Cost. e nell'art. 13 Cost.: così, NUVOLONE, *Legalità penale, legalità processuale e recenti riforme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 4. Infine, vi era chi lo riscontrava nella lettura combinata degli artt. 13, 24, comma 2, e 27, comma 2, Cost.: SINI-SCALCO, *I principi del sistema penale e la Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 1125-1126.

<sup>6</sup> NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, cit., 1.

<sup>7</sup> NEGRI, *Delle procedure criminali: parte di legislazione così trascurata*, in *Cass. pen.*, 2014, 3946.

<sup>8</sup> Sulle prassi devianti in materia processuale penale, v., per tutti, AMODIO, *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema*, in *Ind. pen.*, 2003, 8 ss.

la fine prima ancora che gli studiosi riuscissero a coglierne il rilievo<sup>9</sup>. Gli argomenti impiegati dalla Corte di legittimità, che richiama i *milieu* sovranazionali<sup>10</sup> e alcune sentenze della Corte costituzionale<sup>11</sup>, non colgono nel

<sup>9</sup> Così, NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, cit., 203, il quale, prima della modifica all'art. 111 Cost., rilevava che «il principio di legalità del processo non pare a sufficienza individuato, scolpito unitariamente e coltivato dall'odierna riflessione dei processualisti, a fronte di ben altre ponderosità della elaborazione di diritto sostanziale, cosicché la sua attuale, vistosa crisi quasi è arrivata a precedere una doverosa organica sistemazione».

<sup>10</sup> V. Cass., Sez. III, 20 gennaio 2016, n. 2210, Pennacchini, in *Dir. pen. cont.*, ed. *on-line* del 22 gennaio 2016, con nota di VIGANÒ, che ha superato addirittura in senso peggiorativo il *dictum* della Corte giust. UE, Grande Sezione, sent. 8 settembre 2015, C-105/14, Taricco, in *curia.europa.eu*. La Corte di Lussemburgo – come è noto – ha identificato nell'art. 325 TFUE la base giuridica del vincolo per il giudice a disapplicare, nei procedimenti penali per gravi frodi fiscali, le disposizioni nazionali che prolungano in misura ridotta il termine massimo di prescrizione, al verificarsi di atti interruttivi; e questo, se il giudice nazionale ritenga che da tali norme possa scaturire l'impunità degli autori del reato «in un numero considerevole di casi». Paventato il ricorso ai controlimiti (ravvisati in particolare negli artt. 25, comma 2, e 101, comma 2, Cost.) e sollevata nuovamente la questione pregiudiziale da parte di Corte cost., n. 24 del 2017, in *www.giurcost.org.*, i giudici di Lussemburgo (Corte giust. UE, Grande Sezione, sent. 5 dicembre 2017, C-42/17, Taricco II, in *curia.europa.eu*) hanno, però, assunto una posizione meno rigida: il giudice nazionale ha l'obbligo di applicare la “regola Taricco” solo qualora ciò «non comporti una violazione del principio di legalità». Di recente, la Consulta ha compiuto un ulteriore e (forse) decisivo passo avanti, affermando che «il principio di determinatezza sbarra la strada senza eccezioni all'ingresso della “regola Taricco” nel nostro ordinamento». Sul tema cfr., almeno, CAIANIELLO, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 2, 216 ss.; KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei ‘controlimiti’ e scontro tra paradigmi*, in *Dir. pen. cont.*, ed. *on-line* del 23 marzo 2017; MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 2016, 362 ss.; NEGRI, *Dallo ‘scandalo’ della vicenda Taricco risorge il principio di legalità processuale*, in *questa Rivista*, ed. *on-line*, 2017, n. 2, 1 ss.; VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, ed. *on-line* del 14 settembre 2015.

<sup>11</sup> Dalla metà degli anni Novanta la Consulta ha preteso, con sempre maggiore rigidità, che il giudice, prima di sollevare la questione di legittimità, percorresse la strada dell'interpretazione costituzionalmente conforme (v., ad esempio, Corte cost., n. 343 del 2006, in *Giur. cost.*, 2006, 3409, con nota di RUOTOLO). Successivamente, con le note sentenze “gemelle” del 2007 (si allude, ovviamente, a Corte cost., n. 348 del 2007, in *Giur. cost.*, 2007, 3475, con note di PINELLI e MOSCARINI; ed a Corte cost., n. 349 del 2007, *ivi*, 2007, 3535, con note di CARTABIA, GUAZZAROTTI e SCIARABBA), la Corte costituzionale ha richiamato gli organi giurisdizionali all'ulteriore compito dell'interpretazione convenzionalmente orientata nei limiti dei dettami della Costituzione. La Consulta ha, inoltre, concluso – ma l'assunto è stato formulato solo nella motivazione – per il carattere vincolante delle interpretazioni della Convenzione europea espresse dai giudici di Strasburgo nella motivazione delle loro pronunce. Di recente, la Corte costituzionale ha parzialmente ritrattato il principio enunciato, affermando che il giudice è tenuto a porre a fondamento del processo interpretativo soltanto il “diritto consolidato” generato dalla giurisprudenza europea: Corte cost., n. 49 del 2015, in *Giur. cost.*, 2015, 408, sulla quale v., fra i molti, VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, n. 2, 333 ss. Il Giudice delle leggi avrebbe, pertanto, concorso in misura determinante alla formazione di un diritto giurisprudenziale *contra* o *praeter legem*: così, FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, cit., 1271-1272; conf., MAZZA, *Imputazione e “nuo-*

segno, né riescono a celare l'eterna ambizione del diritto vivente a sciogliersi dal vincolo formale della legge<sup>12</sup>.

La svalutazione del canone di legalità processuale si riflette inevitabilmente sul sistema delle nullità<sup>13</sup>. Sospinta da «malintesi intenti efficientistici»<sup>14</sup>, la giurisprudenza – come è noto – è incline a misconoscere ipotesi di nullità la cui declaratoria implicherebbe una regressione nociva all'efficienza del processo<sup>15</sup>. Del pari, esige il riscontro di un pregiudizio effettivo al diritto di

*vi*” poteri del giudice dell’udienza preliminare, cit., 40. Tuttavia, l’atteggiamento giurisprudenziale non è giustificabile: la Corte costituzionale, nel corso del tempo, si è anche dimostrata severa custode del canone della legalità processuale, ponendo parziale freno agli impulsi antiformalistici (NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, cit., 22 ss.). Per alcuni esempi, cfr. Corte cost., n. 219 del 2008, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); Corte cost., n. 305 del 2008, in *Giur. cost.*, 2008, 3306 ss., con note di GABRIELLI e TRIPODI; Corte cost., n. 317 del 2009, in *Giur. cost.*, 2009, 4762, con note di UBERTIS e BILANCIA; Corte cost., n. 110 del 2012, cit., 521; Corte cost., n. 24 del 2017, cit. Non sempre però la Consulta è riuscita a cogliere l’occasione per reprimere le prassi devianti. Si registrano infatti delle pronunce ancora ispirate alla massima efficienza procedimentale: v., per tutte, Corte cost., n. 18 del 2017, in *Giur. cost.*, 2017, 106 ss., con nota di CASSIBBA.

<sup>12</sup> Sugli alibi adottati al riguardo dalla magistratura, nel corso del tempo, v. NOBILI, *Nuovi modelli e connessioni: processo - teoria dello Stato - epistemologia*, in *Ind. pen.*, 1999, 27 ss.

<sup>13</sup> Sulle conseguenze dell’«antiformalismo strabico» in materia di invalidità, v. CATALANO, *Le invalidità alla deriva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 105 ss. Sulle specifiche ricadute in tema di nullità, v. LA ROCCA, *La tassatività delle nullità negli itinerari mutevoli della giurisprudenza*, in *questa Rivista*, ed. on-line, 2017, n. 1, 1 ss.

<sup>14</sup> Così, CASSIBBA, *L'imputazione e le sue vicende*, in *Trattato di procedura penale*, XXXI, diretto da Ubertis-Voena, Milano, 2016, 11.

<sup>15</sup> Si allude, evidentemente, alla forte – e non condivisibile – presa di posizione di Cass., Sez. un., 20 dicembre 2007, n. 5305, Battistella, in *Cass. pen.*, 2008, 2313 ss. Sulla quale v., in senso adesivo, IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008, 425 ss., LOZZI, *Enunciazione in forma chiara e precisa del fatto imputato nella richiesta di rinvio a giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 418 ss. In senso contrario, v., *ex plurimis*, CASASOLE, *Davvero abnorme il provvedimento con il quale il giudice dell’udienza preliminare restituisce gli atti al pubblico ministero per genericità dell’imputazione?*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1061; LORUSSO, *Una scelta di efficienza processuale che non legittima forzature o abusi*, in *Guida dir.*, 2007, n. 11, 67; MARAFIOTTI, *Imputazione e rapporti tra P.M. e G.I.P. secondo le Sezioni Unite: un abuso di “disinvoltura”*, in *Giust. pen.*, 2008, III, 456 ss.; MAZZA, *Imputazione e “nuovi” poteri del giudice dell’udienza preliminare*, cit., 41 ss. Le Sezioni unite partono dall’erronea premessa che la richiesta di rinvio a giudizio recante un’imputazione indeterminata o generica non sia affetta da alcuna nullità, per poi affermare che «è affetto da abnormità il provvedimento con cui il giudice dell’udienza preliminare dispone la restituzione degli atti al pubblico ministero per genericità o indeterminatezza dell’imputazione, senza avergli previamente richiesto di precisarla». Tale conclusione è frutto di un autentico «horror regressionis»: così, MAZZA, *Imputazione e “nuovi” poteri del giudice dell’udienza preliminare*, cit., 54. L’asserito divieto di regressione in ogni caso non può operare quando il «procedimento risult[al] male instaurato» (CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 407), perché l’atto di esercizio dell’azione penale è nullo (sulla natura della nullità v. *infra*, nota 75). Inoltre, il conferimento al giudice dell’udienza preliminare del potere di sollecitare il pubblico ministero a porre rimedio a un’imputazione generica (attraverso un uso distorto dell’art. 423 c.p.p.) dà luogo a seri problemi di neutralità e di terzietà del giudice: così, CASSIBBA, *L'imputazione e*

difesa, in assenza del quale il vizio, pur ritualmente dedotto, sarebbe da considerarsi «innocu[o]»<sup>16</sup> e pertanto “irrilevante”<sup>17</sup>. L’applicazione del criterio – alieno al sistema codicistico – della “lesività in concreto” ha, inoltre,

---

*le sue vicende*, cit., 124; MAZZA, *Imputazione e “nuovi” poteri del giudice dell’udienza preliminare*, cit., 49; *contra*, Corte cost., n. 18 del 2017, cit., 106 ss.

Un altro esempio di decisione ispirata a salvaguardare le esigenze di economia processuale, a tutto discapito del dato legislativo, è Cass., Sez. un., 10 dicembre 1997, Di Battista, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 324 ss., (sulla quale v., in senso critico, VARRASO, *Omessa o insufficiente descrizione dell’imputazione, nullità della vocatio in iudicium e autorità competente alla rinnovazione*, *ivi*, spec. 341). La suprema Corte ha affermato che il giudice del dibattimento, a fronte di un decreto che dispone a giudizio affetto da nullità per insufficiente enunciazione del fatto, deve trasmettere gli atti al giudice dell’udienza preliminare e non al pubblico ministero. La conclusione è errata. L’imputazione generica contenuta nel decreto che dispone a giudizio ripete – salva l’ipotesi di riduzione dell’imputazione – quella già enunciata dal pubblico ministero nella richiesta di rinvio a giudizio o quella modificata *ex art. 423 c.p.p.* Nel caso d’insufficiente descrizione del fatto, pertanto, il decreto che dispone a giudizio è nullo, ai sensi dell’art. 185 c.p.p., in quanto ad essere affetto da nullità è l’imputazione formulata dall’organo d’accusa (sulla natura della nullità v. *infra*, nota 75). «Direttamente a quest’ultimo, dunque, il giudice del dibattimento è tenuto a trasmettere gli atti, una volta dichiarata la nullità della *vocatio in iudicium ex art. 429*, comma 2, c.p.p.». Così, CASSIBBA, *L’imputazione e le sue vicende*, cit., 121; nonché Cass., Sez. I, 8 maggio 2009, Durando, in *Cass. pen.*, 2010, 3159-3160.

<sup>16</sup> Secondo l’ormai classica terminologia mutuata da CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 680 ss.

<sup>17</sup> La valorizzazione dell’approccio antiformalistico è ripresa anche dalla recente sentenza di Cass., Sez. un., 24 novembre 2016, n. 7697, Amato, in *Dir. pen. cont.*, ed. *on-line* del 3 aprile 2017, con nota di GUERINI.

La suprema Corte, in un noto caso, si è spinta oltre. Ha, infatti, teorizzato che la nullità diventa *tamquam non esset* se a monte vi è un uso improprio di facoltà legittima: Cass., Sez. un., 29 settembre 2011, n. 155, Rossi, in *Cass. pen.*, 2012, 2410 ss., con nota critica di CAPRIOLI. L’abuso del processo e la violazione di una norma processuale stabilita a pena di nullità sono due entità giuridiche distinte (v. sulla nozione di abuso del processo CATALANO, *L’abuso del processo*, Milano, 2004, 61). La Cassazione, invece di censurare il comportamento del giudice (oggetto del ricorso) che non aveva dichiarato la nullità ritualmente dedotta, ha preferito valutare la condotta della parte privata (non oggetto del ricorso). Infine, ha concluso riconoscendo all’organo giudicante il potere di neutralizzare l’efficacia invalidante tipica della nullità. Potere che, secondo le Sezioni unite, potrebbe essere utilizzato in base ad una valutazione discrezionale giustificata dal fine di reprimere condotte abusive: così, in senso fortemente critico, CORSO, *Quale difesa dall’abuso della difesa?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 113; AMODIO, *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo (a proposito di abuso del processo)*, in *Cass. pen.*, 2012, 3596 ss.

In generale, sulla teoria del pregiudizio effettivo v. l’approfondito studio di CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, Bologna, 2012, *passim*; cfr., poi, APRATI, voce *Nullità*, in *Dig. disc. pen.*, VII agg., Torino, 2012, 390 ss.; EAD., *Effettivo pregiudizio e nullità*, Padova, 2018, *passim*; v., altresì, le «opinioni a confronto» di AMODIO, ORLANDI, PADOVANI e PALAZZO, in *Cass. pen.*, 2012, 3596 ss., in rapporto al tema proposto da ILLUMINATI, *Il tema: abuso del processo, legalità processuale e pregiudizio effettivo*, *ivi*, 2012, 3593 ss.; nonché, in chiave critica, MAZZA, *Il pregiudizio effettivo fra legalità processuale e discrezionalità del giudice*, in *Giust. pen.*, 2015, III, 698 ss.; EAD., *La Corte assediata e il garantismo efficiente (note a margine della Carta di Napoli)*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 5, 8; PAULESU, «Pregiudizio effettivo» e nullità degli atti processuali penali, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 882 ss.

condotto la Corte di legittimità a rimodellare il regime di rilevabilità delle patologie<sup>18</sup>, nonché ad estendere arbitrariamente la portata delle cause di sanatoria<sup>19</sup>. Infine, laddove le esigenze di speditezza processuale sono ancor più pregnanti, la giurisprudenza si è spinta oltre, creando la figura della “sanatoria generalizzata”. Il fenomeno si apprezza in rapporto alle criticabili tendenze esegetiche in materia di giudizi speciali consensuali. Come tosto si vedrà, il consenso prestato ai sensi dell’art. 111, comma 5, Cost. per accedere al giudizio abbreviato o per ottenere una pronuncia ex 444 c.p.p. costituirebbe – secondo l’orientamento dominante – causa di sanatoria di tutte le nullità verificatesi in precedenza, salvo quelle assolute.

Al riguardo, occorre premettere che tali assunti si pongono in palese contrasto con il tenore degli artt. 177 c.p.p. e 111, comma 1, Cost. Il corollario della tassatività, discendente dal canone della legalità processuale<sup>20</sup>, non è volto soltanto a impedire la proliferazione delle nullità fuori dai casi contemplati – con previsione speciale o generale – dal legislatore, ma implica, inoltre, che il regime di propagazione del vizio e delle cause di sanatoria abbia pieno e unico fondamento nella legge<sup>21</sup>. Il tal modo è garantita la ri-

---

<sup>18</sup> V., fra le tante, Cass., Sez. V, 25 marzo 2010, n. 20739, Di Bella, in *Mass. Uff.*, n. 247590, secondo cui l’insufficiente enunciazione dell’imputazione nel decreto che dispone a giudizio determina una nullità relativa; analoghe affermazioni si riscontrano con riguardo al decreto di citazione diretta a giudizio: v. Cass., Sez. I, 3 marzo 2000, Tancredi, in *Mass. Uff.*, n. 217123; Cass., Sez. I, 30 marzo 2000, n. 2367, Hamidovic, *ivi*, n. 217123. La propensione della giurisprudenza «a degradare a nullità relativa il vizio consistente nella carenza o nella genericità della descrizione del fatto» è evidenziata, con tono assai critico, da CATALANO, *Udienza preliminare: conclusione e formazione dei fascicoli*, in *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di Garuti, in *Trattato di procedura penale*, III, diretto da Spangher, Torino, 2009, 988. Sulla natura della nullità che affligge l’imputazione indeterminata o generica v. *infra*, nota 75. Sulla propagazione del vizio in parola al decreto che dispone a giudizio v. *supra*, nota 15. Per altri esempi di pronunce che riconducono a vizi meno gravi ipotesi nullità assoluta e inutilizzabilità «patologica», v. *infra*, note 74 e 76.

<sup>19</sup> Per una puntuale ricostruzione storico-critica degli orientamenti favorevoli a ricollegare il perfezionarsi della nullità all’effettiva lesione dell’interesse tutelato dalla norma violata (sovente sul presupposto che lo spontaneo raggiungimento dello scopo ne avrebbe escluso *ab origine* la nullità), v. MOSCARINI, *Esigenze antiformalistiche e conseguimento dello scopo nel processo penale italiano*, Milano, 1988, 44 ss.

<sup>20</sup> Benché il canone della tassatività sia espressamente sancito solo in materia di nullità, secondo NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, cit., 8-9, non è accettabile «che resti tuttora incerta e dunque divenga facile preda degli interpreti e applicatori ai più diversi livelli la validità, rispetto alle norme processuali, di canoni essenziali come la tassatività, la determinatezza, l’irretroattività *in malam partem*».

<sup>21</sup> «L’interpretazione sistematica avvalorata l’idea che il canone in discorso sia volto a governare non solo l’individuazione delle cause di nullità, ma anche la determinazione del trattamento del vizio, in particolare delle cause di sanatoria e/o di ulteriori (e diversi) limiti al potere di invalidazione dell’atto»: così, DI PAOLO, *Nullità processuali e sanatoria tra tassatività e tendenze antiformalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 250. Con riguardo alla sanatoria di matrice giurisprudenziale, v., in senso critico,

gibilità del sistema. Il giudice, riscontrata la violazione rientrante nello schema tipico, ha il dovere – in assenza di una causa di sanatoria – di dichiarare la nullità dell'atto, senza poter svolgere alcun apprezzamento legato alla sussistenza di una concreta lesione dell'interesse protetto dalla norma<sup>22</sup>. Quest'ultima valutazione è stata già compiuta una volta per tutte e «in modo anelastico»<sup>23</sup> dal legislatore<sup>24</sup>.

Tuttavia, sono sempre più numerose le opinioni dottrinali che, insieme a tanti altri fattori<sup>25</sup>, concorrono ad alimentare in chiave sostanzialistica il circuito interpretativo<sup>26</sup>. L'applicazione del criterio di lesività sostanziale non

MAZZA, *Legge e potere: l'irruzione delle Corti sovranazionali*, in *Dir. pen. cont.*, ed. on-line del 6 giugno 2017, 15-16.

<sup>22</sup> In tal senso, cfr. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, in *Cass. pen.*, 2012, 2451; DI CHIARA, *Le nullità*, in *Atti del procedimento penale. Forma e struttura*, coordinato da Marzaduri, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, collana diretta da Chiavario-Marzaduri, Torino, 1996, 194; DOMINIONI, *Sub art. 177*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, II, diretto da Amodio-Dominioni, Milano, 1989, 258; IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, cit., 246 ss.; LA ROCCA, *La tassatività delle nullità negli itinerari mutevoli della giurisprudenza*, cit., 3; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2010, 189 ss.; MOSCARINI, *Esigenze antiformalistiche e conseguimento dello scopo nel processo penale italiano*, cit., 27; VOENA, *Atti*, cit., 265.

<sup>23</sup> CASSIBBA, *Violazione della difesa tecnica ed equità processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1214.

<sup>24</sup> Come nell'ipotesi di conformità dell'atto al modello legale o di violazione di una norma non prevista a pena di nullità «la legge, con il suo sovrano apprezzamento, esclude l'esistenza di un pregiudizio concretamente rilevante», così, nell'ipotesi inversa, il pregiudizio è da ritenersi «immanente nella circostanza pura e semplice che lo schema legale non sia stato realizzato»: così, CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., 703 ss.

<sup>25</sup> Ne elenca alcuni, in senso critico, CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, cit., 2447. Inoltre, occorre rilevare che la decisione della Corte di Lussemburgo nel noto «caso Taricco» (sulla quale v. *amplius supra*, nota 10) ha sicuramente contribuito a mettere a rischio la sopravvivenza della legalità processuale intesa come limite al potere punitivo. La pronuncia in parola, infatti, abilitava ogni giudice alla disapplicazione, per contrarietà al diritto sopranazionale, di qualunque norma interna risultasse d'ostacolo all'obiettivo di irrogare sanzioni penali efficaci a protezione degli interessi finanziari dell'Unione: sul punto, con tono critico, NEGRI, *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale*, in *questa Rivista*, 2016, 652. Sull'atteggiamento ondivago della Corte costituzionale v. *supra*, nota 11. Infine, sulla problematica legata alla diffusione nei vari uffici giudiziari di protocolli, *vademecum* e linee guida rivolti agli interpreti e agli operatori v. BOVE, *Brevi riflessioni su protocolli e linee guida: è a rischio il principio di legalità?*, in *Dir. pen. cont.*, ed. on-line del 17 luglio 2015.

<sup>26</sup> Per APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, cit., 207-208, sarebbero gli artt. 182 e 183 c.p.p. ad autorizzare «un'indagine fattuale sulle conseguenze prodotte dall'atto nullo sul versante della sua capacità offensiva». V., poi, CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., 179, secondo cui il rischio di non accettare compromessi con le evoluzioni proposte dalla casistica è quello di «finire per subire una trasformazione epocale invece di provare a governarla». V., inoltre, CONTI, *Nullità e inutilizzabilità: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2008, 1655 ss., la quale auspica l'introduzione in via legislativa del criterio di lesività so-

solo fungerebbe da rimedio alle manchevolezze legislative<sup>27</sup>, ma consentirebbe il pieno adeguamento dell'ordinamento processuale ai canoni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>28</sup>.

Gli argomenti non sono persuasivi. L'attività ermeneutica del giudice, stante il tenore degli artt. 101, comma 2, e 111, comma 1, Cost., deve rimanere circoscritta alla selezione tra i soli «significati ragionevolmente ascrivibili alla legge ordinaria»<sup>29</sup>. A fronte di fattispecie dietro le quali non si percepisce il bene protetto<sup>30</sup> o nel caso di «validità lesive»<sup>31</sup>, la soluzione non può

stanziale delle invalidità. La convinzione che l'intera disciplina processuale debba informarsi al principio di offensività sarebbe giustificata dall'affermarsi di patologie atipiche come l'abnormità e l'inesistenza. È, tuttavia, persuasiva l'obiezione di CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità infossive*, cit., 2453, il quale precisa che il fenomeno delle patologie atipiche sarebbe realmente speculare a quello delle «nullità innocue» se colpisse atti processuali in concreto lesivi benché conformi al modello legale o contrari a una disposizione di legge alla cui inosservanza non conseguono invalidità. Ma così non è. L'atto abnorme, come quello inesistente, «prescinde per definizione da una immediata fattispecie legale di riferimento».

Cfr., per altre opinioni adesive alle istanze antiformalistiche, MACCHIA, *Nullità: quando una garanzia della difesa può diventare strumento di abuso*, in *Dir. e giust.*, 2005, n. 6, 41; VESSICHELLI, *Sul regime delle nullità della notificazione all'imputato dell'atto di citazione*, in *Cass. pen.*, 2005, 1159; nonché, con riferimento al sistema previgente, MELE, *Nullità utili, nullità inutili*, in *questa Rivista*, 1972, 320 ss.

<sup>27</sup> Il riferimento sarebbe, da un lato, ai casi in cui il legislatore fa uso in modo spropositato e irrazionale delle ipotesi d'invalidità; dall'altro a quelli in cui il codice prescrive l'osservanza di una fitta serie di norme complesse, senza preoccuparsi di stabilire che cosa debba derivarne in caso di trasgressione: v. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., 122. Affronta il tema dell'*overuse* delle sanzioni processuali anche CATALANO, *Le invalidità alla deriva*, cit., 111, critica, però, nei confronti del criterio di lesività sostanziale.

In prospettiva più generale, v. GROSSI, *Verso il domani. La difficile fase della transizione*, in *Percorsi giuridici della post-modernità*, a cura di Kostoris, Bologna, 2017, 40 ss., il quale esalta la figura dell'interprete-inventore.

<sup>28</sup> In quest'ottica, si è ipotizzato che in futuro possano avere rilevanza solo le effettive lesioni dei diritti fondamentali, con la conseguenza che «lo stesso sistema delle nullità e il principio di tassatività che lo regge ne potrebbero uscire trasformati, nella prospettiva di attribuire rilievo solo alle violazioni che abbiano portato ad un pregiudizio effettivo, da individuare oltretutto alla luce di una valutazione complessiva della vicenda processuale»: così, KOSTORIS, *Verso un processo penale non più statocentrico*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale*, a cura di Balsamo-Kostoris, Torino, 2008, 10; EAD., *Equità, processo penale, diritto europeo. Riflessioni di un giurista di civil law*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2016, 1653 ss. Cfr., inoltre, IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, 794 ss., secondo il quale «per tutelare i diritti convenzionali, il giudice nazionale non può che adottare la stessa logica giuridica, la stessa metodologia cognitiva, la stessa tecnica ermeneutica della Corte europea».

<sup>29</sup> Al giudice «non [...] è consentito [...] manipolare la legge ordinaria [nemmeno] in nome dei valori costituzionali»: così, FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, cit., 1271, da cui è tratta anche la citazione nel testo. Sul tema, persuasivamente, CAPRIOLI, *Il giudice e la legge processuale: il paradigma rovesciato*, cit., 974 ss.

<sup>30</sup> Il sistema codicistico già prevede le sanatorie come meccanismi volti a impedire che la forma trasudi di formalismo: le sanatorie. Così, CATALANO, *Le invalidità alla deriva*, cit., 120.



essere rinvenuta in un'interpretazione *contra legem*<sup>32</sup>. Nelle ipotesi in parola, l'organo giurisdizionale ha, invece, il dovere di servirsi dell'unico strumento previsto dall'ordinamento e compatibile con il canone della legalità: sollevare la questione di legittimità costituzionale<sup>33</sup>.

Al fine di giustificare la reinterpretazione sostanzialistica del sistema delle nullità, appare altresì inconferente il richiamo al metro di giudizio della Corte europea dei diritti dell'uomo. Il parametro dell'equità processuale complessiva è un criterio elastico, «pensato per una valutazione da compiersi *ex post* di un processo già concluso e solo in funzione della tutela minimale dei diritti umani in sede internazionale»<sup>34</sup>: a differenza del giudice nazionale, la Corte europea «non dispone dello strumentario legale codificato in materia di invalidità, né, tantomeno, di un principio di tassatività in proposito»<sup>35</sup>. Detto altrimenti, la Corte europea è costretta a operare so-

<sup>31</sup> Così, IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 138, con riferimento all'ipotesi in cui la lesione ad uno dei diritti garantiti dall'equo processo sia avvenuta nonostante siano state pienamente rispettate le regole codicistiche interne.

<sup>32</sup> Diversamente, il sistema sarebbe «completamente asservito al potere giurisdizionale»; il tutto, in nome dell'efficienza e della celerità, ma a scapito delle garanzie: così, MAZZA, *Il pregiudizio effettivo fra legalità processuale e discrezionalità del giudice*, cit., 703-704.

<sup>33</sup> In tal senso, CATALANO, *Le invalidità alla deriva*, cit., 123; FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, cit., 1271; nonché CAPO-NE, *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, cit., 151. Non è persuasiva neppure la tesi di APRATI, *Il sistema delle nullità alla luce dell'art. 6 C.E.D.U.*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 236 ss.; EAD., *Effettivo pregiudizio e nullità*, cit., 238, secondo la quale la teoria del pregiudizio effettivo servirebbe ad includere certi atti lesivi nell'alveo della nullità al fine di alzare il livello di tutela. Una simile soluzione esegetica non solo si porrebbe in contrasto con il divieto di analogia discendente dal canone della tassatività (v., per tutti, DOMINIONI, *Sub art. 177*, cit., 258), ma affiderebbe, in ultima analisi, «alla discrezionalità del giudice la valutazione sulla invalidità dell'atto» (v. VOENA, *Atti*, cit., 265). Nel senso che l'esegesi convenzionalmente orientata non può mai condurre alla «riconformazione della sostanza normativa della legge», cfr. RUGGERI, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2010, 24. In breve, neanche quando lo scopo è rafforzare le garanzie individuali gli sconfinamenti dal dettato normativo sono «tollerabili»: CAPRIOLI, *Il giudice e la legge processuale: il paradigma rovesciato*, cit., 974. Rilevato il contrasto tra norma nazionale e norma convenzionale, il giudice deve sollevare la questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost.: v. UBERTIS, *I diritti dell'uomo nel ventennale del codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2008, 1507 ss.

<sup>34</sup> MAZZA, *Il pregiudizio effettivo fra legalità processuale e discrezionalità del giudice*, cit., 704. In altri termini, la Corte di Strasburgo «si limita a stabilire uno *standard* minimo inderogabile di garanzie a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, al di là del quale interviene la tutela, ulteriore e più ampia, offerta dalla legislazione interna»: FIORELLI, *L'imputazione latente*, Torino, 2016, 182.

<sup>35</sup> CASSIBBA, *Violazione della difesa tecnica ed equità processuale*, cit., 1214. Del resto, diverso è il *thema decidendum*: la Corte EDU accerta la violazione dei diritti convenzionali da parte dello Stato; il giudice nazionale, invece, verifica la fondatezza dell'accusa mossa contro l'imputato: così, SPAGNOLO, *Il modello europeo delle garanzie minime e il regime delle invalidità: un binomio conciliabi-*

lo in base ai principi<sup>36</sup>. Per questo motivo, i giudici di Strasburgo, al fine di salvaguardare in via interpretativa l'equità processuale, applicano rimedi volti a neutralizzare le conseguenze dell'atto viziato nei casi in cui ritengano che quest'ultimo non abbia influito sulla decisione oppure qualora il contraddittorio sia stato successivamente «riequilibrato»<sup>37</sup>. Nel nostro ordinamento il giudizio di bilanciamento tra interessi contrapposti è, viceversa, riservato al solo legislatore. E la stessa Corte europea – non va sottaciuto – ha avuto modo di affermare che la riserva di legge è un principio generale del diritto processuale penale<sup>38</sup>. Il regime rigido delle invalidità risponde a esigenze di prevedibilità e certezza del diritto, le quali costituiscono – proprio secondo la giurisprudenza europea – dei valori irrinunciabili in tutte le situazioni in cui l'esercizio del potere pubblico possa incidere sui diritti fondamentali<sup>39</sup>.

Ormai, la crisi della legalità processuale ha però assunto connotati davvero inediti. La figura del «giudic[e] legislator[e]»<sup>40</sup> in tema di nullità – si sa – esiste da lungo tempo. «Ciò malgrado, e a sorpresa, tocca ora misurarsi con le nuove e contrapposte frontiere del “legislatore giudice”». Proprio colui che è chiamato a forgiare e a rinnovare il sistema predilige una tecnica di redazione normativa atomistica e pragmatica<sup>41</sup>. Il tutto al fine di «compiacere la ricostruzione degli istituti processuali operata dalla giurisprudenza»<sup>42</sup>.

le?, in *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di Marandola, Torino, 2015, 33.

<sup>36</sup> In tal senso, NOBILI, *Torbide fonti ed adorati errori*, in *Crit. dir.*, 2012, 161.

<sup>37</sup> Richiamando UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, in *questa Rivista*, ed. *on-line*, 2017, n. 2, 5, il quale (*ivi*, 3-4) offre un innovativo collegamento, sul piano dogmatico, di tali orientamenti della Corte europea sull'equità processuale complessiva, volti ad assicurare comunque il rispetto della legalità processuale

<sup>38</sup> Corte EDU, sent. 22 giugno 2000, Coeme e altri c. Belgio, § 102. Per la Corte europea il canone della legalità processuale è un «fondamentale baluardo contro gli abusi di autorità»: DI PAOLO, *Nullità processuali e sanatoria tra tassatività e tendenze antiformalistiche*, cit., 252-253. Rappresenta, inoltre, «il *pendant* della legalità del diritto penale ed è consacrato dall'adagio *nullum iudicium sine lege*»: MAZZA, *I protagonisti del processo*, cit., 64; v., inoltre, UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., 47.

<sup>39</sup> Corte EDU, sent. 9 luglio 2009, Mooren c. Germania, § 93. V., in tal senso, LA ROCCA, *La tassatività delle nullità negli itinerari mutevoli della giurisprudenza*, cit., 13. Sono, pertanto, bandite letture della legge nazionale che vadano apertamente *contra legem*: CATALANO, *Le invalidità alla deriva*, cit., 107.

<sup>40</sup> L'espressione, divenuta ormai di impiego comune, si rinviene in CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1983, 844, il quale, non usava eufemismi nel censurare la «giurisprudenza *contra legem* sulle nullità» (*ivi*, 1144).

<sup>41</sup> Così, LORENZETTO, *Processo penale e legge n. 103 del 2017: la riforma che non c'è*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 1068, da cui è tratta la precedente citazione.

<sup>42</sup> MARAFIOTI, *Riforme-zibaldone, legislazione “giurisprudenziale” e gestione della prassi processuale*,

Sul punto è necessaria una premessa. Dal canone della legalità formale discende non solo il corollario di soggezione del giudice alla legge, ma anche quello di determinatezza<sup>43</sup>. La valenza costituzionale del dovere del legislatore di formulare norme «chiar[e], precis[e] e stringenti» persegue lo scopo «di assicurare la certezza del diritto nella duplice dimensione, di previa conoscibilità [del dettato normativo] in capo a[i] soggett[i][...], da un lato, e di freno all'arbitrio applicativo dell'autorità, dall'altro»<sup>44</sup>.

L'organo preposto alla formazione della legge, negli ultimi anni, ha tuttavia palesato di essere «incline ad attuare una "legalità debole"»<sup>45</sup>, dettando previsioni a basso coefficiente di determinatezza e – ancor peggio – limitandosi a recepire acriticamente esegesi giurisprudenziali *contra legem*.<sup>46</sup>

Le modifiche ai riti speciali consensuali apportate dalla l. n. 103 del 2017<sup>47</sup>

in *Proc. pen. giust.*, 2017, 554 ss., secondo cui gran parte delle disposizioni contenute nel d.d.l. n. 2067 – poi confluito nella l. n. 103 del 2017 – sono espressione di una «fenomenologia che meriterebbe apposita e più accurata riflessione: la legislazione di stretta origine giurisprudenziale».

<sup>43</sup> Cfr. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, cit., 151; MAZZA, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, in *Dir. pen. cont.*, ed. on-line del 18 dicembre 2012, spec. 4; NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, cit., 8-9. Cfr., inoltre, la nota pronuncia della Corte EDU, sent. 22 giugno 2000, Coeme e altri c. Belgio, § 102-103, sulla quale v. *supra*, nota 38. Nel caso sottoposto alla Corte di Strasburgo aveva constatato l'esistenza di un'evidente lacunosità legislativa. La tecnica normativa utilizzata non era, dunque, idonea a proteggere l'imputato da possibili abusi dell'autorità.

<sup>44</sup> NEGRI, *Dallo 'scandalo' della vicenda Taricco risorge il principio di legalità processuale*, cit., 2.

<sup>45</sup> Così, CASSIBBA, *Unioni civili e convivenze di fatto nel sistema processuale penale dopo il d.l. n. 19 gennaio 2017 n. 6*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2017, 347. V., inoltre, CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, ed. on-line del 6 febbraio 2017, 4.

<sup>46</sup> Cfr. MARAFIOTI, *Riforme-zibaldone, legislazione "giurisprudenziale" e gestione della prassi processuale*, cit., 554 ss.

<sup>47</sup> Per l'analisi delle modifiche legislative in materia di procedimenti speciali, cfr. BARGIS, *L. 23 giugno 2017, n. 103 - Appendice di aggiornamento al Compendio di procedura penale*, VIII ed., 2016, in <https://shop.wiki.it>, 7 ss.; DANIELE, *Due aporie nel sistema dei riti speciali*, in *Parola alla difesa*, 475 ss.; DELLA TORRE, *Procedimenti speciali*, in Gialuz-Cabiale-Della Torre, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al codice di procedura penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 3, 181 ss.; FANCHIOTTI, *Giudizi Speciali nella riforma Orlando*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2017, n. speciale, 19 ss.; GALLUZZO, *Riforma Orlando: giudizio abbreviato*, in *Parola alla difesa*, ed. on-line del 16 giugno 2017; MACCHIA, *La riforma del giudizio abbreviato e degli altri riti speciali*, in *Dir. pen. cont.*, ed. on-line del 24 novembre 2017; MAFFEO, *I procedimenti speciali*, in *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di Scalfati, Torino, 145; MARANDOLA, *Modifiche ai riti speciali*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1317 ss.; PILLA, *I procedimenti speciali (commi 41-51-53 l. n. 103/2017)*, in *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L.103/2017)*, a cura di Marandola-Bene, Milano, 2017, 166 ss.; SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, n. 1, 93. Specificamente, sulle nuove disposizioni in tema di giudizio abbreviato cfr., *ex plurimis*, ALESCI, *La*

sono un'evidente manifestazione del fenomeno di scadimento della legalità processuale sul versante legislativo. Mosso dall'esigenza di non contraddire le «spinte interpretative» provenienti dalla giurisprudenza<sup>48</sup> e al fine di soddisfare il forte bisogno di speditezza processuale<sup>49</sup>, il legislatore – in spregio al vincolo di cui all'art. 111, comma 1, Cost.<sup>50</sup> – ha scelto di ratificare alcuni discutibili assunti di matrice pretoria<sup>51</sup>, a tutto discapito delle garanzie costituzionali riservate all'imputato<sup>52</sup>. Per quanto qui preme, il profilo di maggiore criticità riguarda le disposi-

---

*nuova fisionomia del giudizio abbreviato tra normativizzazione del dato giurisprudenziale e lacune interpretative, in La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, a cura di Spangher, Pisa, 2017, 181 ss.; CARACENI, *La legge 103/2017 e i significativi ritocchi alla disciplina del giudizio abbreviato*, in *Leg. pen.*, ed. on-line del 19 febbraio 2018; DI CHIARA, *Sub art. 1, commi 41-44, l. n. 103 del 2017*, in *Codice di procedura penale commentato*, III, a cura di Giarda-Spangher, Milano, 3495 ss.; GIARDA-VARRASO, *L'aggiornamento del giudizio abbreviato*, in *Le recenti riforme in materia penale*, a cura di Baccari-Bonzano-La Regina-Mancuso, Padova, 2017, 267; LAVARINI, *Il nuovo "volto" del giudizio abbreviato*, in AA.VV., *Indagini preliminari e giudizio di primo grado. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di Giuliani-Orlandi, Torino, 2018, 161 ss.; RICCARDI, *Il restyling del giudizio abbreviato nella riforma del processo penale: nullità, inutilizzabilità e incompetenza per territorio, tra conferme e alcune contraddizioni*, in *Giur. pen.*, ed. on-line del 12 settembre 2017. Per quanto attiene all'applicazione della pena ex art. 444 c.p.p., cfr., *ex plurimis*, BELFIORE, *Gli interventi sull'applicazione della pena su richiesta delle parti e sul procedimento per decreto*, in AA.VV., *Le recenti riforme in materia penale*, cit., 307 ss.; COLAIACOVO, *L'impugnazione della sentenza patteggiata*, in AA.VV., *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, cit., 197 ss.; RIGO, *Sub art. 1, commi 50-51, l. n. 103 del 2017*, in *Codice di procedura penale commentato*, III, cit., 3501 ss.

<sup>48</sup> MARAFIOTI, *Riforme-zibaldone, legislazione "giurisprudenziale" e gestione della prassi processuale*, cit., 554; v., sempre in senso critico, FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, cit., 1265 ss.

<sup>49</sup> Cfr. ALESCI, *La nuova fisionomia del giudizio abbreviato tra normativizzazione del dato giurisprudenziale e lacune interpretative*, cit., 181; BELFIORE, *Gli interventi sull'applicazione della pena su richiesta delle parti e sul procedimento per decreto*, cit., 310; nonché, in senso critico, LORENZETTO, *Processo penale e legge n. 103 del 2017: la riforma che non c'è*, cit., 1068. Cfr., con riferimento al giudizio d'appello, CERESA GASTALDO, *La riforma dell'appello, tra malinteso garantismo e spinte deflative. A proposito dell'imminente varo del d.d.l. C 4368 (e dei recenti interventi delle Sezioni Unite)*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 3, 168.

<sup>50</sup> V. *infra*, § 5.

<sup>51</sup> Inutile rimarcare che tali assunti – evidentemente – contenevano «una carica in qualche modo additiva», altrimenti non avrebbero avuto alcun bisogno di essere formalmente recepiti dal legislatore: in questi termini, MARAFIOTI, *Riforme-zibaldone, legislazione "giurisprudenziale" e gestione della prassi processuale*, cit., 554 ss.

<sup>52</sup> Benché tra le linee direttrici del progetto figurì il rafforzamento delle garanzie difensive (v. *Relazione al d.d.l. n. 2798*, in *Atti Parl. Cam., XVII Legislatura, Disegni di legge e Relazioni, Documenti*, 1), la novella, specialmente in materia di procedimenti speciali, «punta con tenacia su deflazione e contingentamento di tempi e risorse; anche a scapito, parrebbe dunque, delle prerogative dell'imputato»: così, LORENZETTO, *Processo penale e legge n. 103 del 2017: la riforma che non c'è*, cit., 1068.

zioni che attribuiscono alla richiesta di accesso al giudizio abbreviato un effetto sanante di talune fattispecie d'invalidità, nonché quelle che circoscrivono in misura drastica l'ambito oggettivo del ricorso per cassazione avverso le sentenze di applicazione della pena.

Occorre, a tal punto, soffermarsi sugli itinerari del diritto vivente. Sulla base dell'erronea premessa secondo cui il consenso, prestato per la deroga all'esercizio del contraddittorio nella formazione della prova, sia espressione di un'implicita volontà sanante, la giurisprudenza ha trasformato, nel corso del tempo, i riti speciali consensuali in procedimenti a «legalità degradata»<sup>53</sup>.

## 2. La legalità “degradata” nel giudizio abbreviato: il panorama giurisprudenziale.

Negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del codice, l'orientamento giurisprudenziale maggioritario riteneva che l'imputato, ove intendesse chiedere il rito abbreviato, avrebbe dovuto preliminarmente dedurre i vizi degli atti processuali. Ciò allo scopo di consentire la preventiva delimitazione del perimetro probatorio utilizzabile ai fini della decisione<sup>54</sup>. Ne derivava che l'eventuale istanza di ammissione al giudizio alternativo, non accompagnata da tale deduzione, avrebbe comportato la sanatoria delle nullità e delle inutilizzabilità degli atti (contenuti nel fascicolo delle indagini preliminari)<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> L'espressione è utilizzata, con riferimento al giudizio abbreviato, da GRILLI-ROTUNDO, *Giudizio abbreviato e legalità processuale: dalla Tammaro ai giorni nostri*, Relazione introduttiva al 1° Convegno di studio annuale sulla evoluzione della giurisprudenza della suprema Corte di cassazione, svoltosi il 25-26 ottobre 2013, 5.

<sup>54</sup> Cfr. Cass., Sez. II, 10 marzo 1998, n. 4629, Rigato, in *Cass. pen.*, 1999, 1847, con nota di DAVIGO; conf., Cass., Sez. VI, 21 maggio 1991, n. 10625, Fabroni, *ivi*, 1992, 3077; Cass., Sez. I, 5 novembre 1993, n. 1835, Labozzetta, *ivi*, 1995, 967; Cass., Sez. III, 20 aprile 1994, Mazzaraco, *ivi*, 1995, 2947; Cass., Sez. VI, 1 aprile 1996, Toth, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 454, con nota di LAVARINI; Cass., Sez. VI, 21 novembre 1996, n. 11196, D'Attis, in *Mass. Uff.*, n. 207385; Cass., Sez. I, 8 gennaio 1997, n. 697, Zotka, *ivi*, n. 206791; Cass., Sez. IV, 29 gennaio 1999, n. 3132, Colombo, *ivi*, n. 213222; Cass., Sez. II, 27 maggio 1999, n. 8803, Albanese, in *Cass. pen.*, 2000, 1313; Cass., Sez. IV, 23 giugno 1999, n. 11244, Farinatti, in *Riv. pen.*, 1999, 962. Specificamente, sul tema delle nullità cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. VI, 15 febbraio 1993, n. 4800, Barlow, in *Cass. pen.*, 1994, 1528; Cass., Sez. IV, 11 novembre 1994, n. 360, Presta, *ivi*, 1996, 3032, con nota di CIMINI; Cass., Sez. VI, 11 giugno 1997, n. 6703, Spagnol, in *Mass. Uff.*, n. 209736.

<sup>55</sup> Le parti non avrebbero più potuto dedurre, né il giudice rilevare, le invalidità una volta instaurato il procedimento speciale: Cass., Sez. VI, 1 aprile 1996, Toth, cit., 454; Cass., Sez. VI, 15 febbraio 1993, n. 4800, Barlow, cit., 1528; Cass., Sez. II, 10 marzo 1998, n. 4629, Rigato, cit., 1847. L'espedito utilizzato pareva essere quello della «sanatoria passiva» (richiamando CORDERO, *Sub artt. 183-184*, in *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1990, 212-213). V. anche Cass., Sez. IV, 11 novembre 1994, n. 360, Presta, cit., 3032, che, invece, ricostruiva il fenomeno in chiave

Alla base di questa conclusione vi era l'assunto che l'imputato, optando per la definizione del procedimento «allo stato degli atti», attribuisse valore probatorio, ai fini del giudizio sulla colpevolezza, a tutto il materiale del fascicolo del pubblico ministero; quindi anche a quello viziato<sup>56</sup>.

Peraltro, se l'accusato deduceva tempestivamente la nullità o l'inutilizzabilità, si esponeva al rischio che il giudice, una volta espunti gli atti invalidi, rigettasse la richiesta di procedere con rito abbreviato, non disponendo più degli elementi idonei a definire il processo «allo stato degli atti»<sup>57</sup>. Difettavano meccanismi processuali, all'interno del rito, che permettessero la rinnovazione degli elementi viziati e mancava una previsione che consentisse la regressione del procedimento per impossibilità di celebrare il giudizio a «prova bloccata»<sup>58</sup>.

In breve, la difesa si trovava davanti a un decisivo bivio: chiedere il rito abbreviato rinunciando a eccepire ogni vizio oppure dedurre preventivamente le invalidità accollandosi il rischio di vedersi rigettare la successiva istanza.

Fortemente critica nei confronti dell'orientamento in parola era invece la dottrina, che evidenziava come l'imputato, con l'accesso al rito abbreviato, rinunciava esclusivamente all'esercizio del contraddittorio dibattimentale, acconsentendo all'impiego di atti che, in forza del principio di separazione funzionale delle fasi, sarebbero stati inutilizzabili per la decisione a seguito di dibattimento in forza dell'art. 526 c.p.p.<sup>59</sup>

di accettazione tacita degli effetti dell'atto.

<sup>56</sup> In questi termini, Cass., Sez. II, 10 marzo 1998, n. 4629, Rigato, cit., 1847. Conf., Trib. Treviso, 1 dicembre 1989, in *Cass. pen.*, 1989, 47, secondo cui, trattandosi di giudizio «allo stato degli atti», gli atti preesistenti sarebbero stati, una volta pronunciata l'ordinanza di ammissione al giudizio abbreviato, recepiti in modo non più sindacabile, con preclusione di ogni questione che ne potesse modificare lo stato.

<sup>57</sup> Cass., Sez. IV, 23 giugno 1999, n. 11244, Farinatti, cit., 962.

<sup>58</sup> In dottrina, a favore del riconoscimento di simile prerogativa, CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1995, 902; Rigo, *Interrogatorio dell'imputato nel giudizio abbreviato e revocabilità dell'ordinanza di ammissione del rito*, in *Cass. pen.*, 1992, 3073 ss.; in senso contrario, LUPÒ, *Il giudizio abbreviato*, in AA.VV., *Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1989, 208.

<sup>59</sup> Per alcuni rilievi critici, v. NOBILI, *Concetto di prova e regimi di utilizzazione degli atti nel nuovo c.p.p.*, in *Foro it.*, 1989, V, 276, il quale contestava l'affermazione secondo cui il consenso prestato per l'accesso al rito alternativo sarebbe stato, di per sé, idoneo a eclissare ogni questione inerente alle patologie degli atti. V. anche FERRUA, *Il nuovo processo penale e la riforma del diritto sostanziale*, in ID., *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, 35-36. Sulla rilevanza delle violazioni dei divieti probatori anche nei riti speciali v. LAVARINI, *Atti illegittimamente acquisiti al fascicolo del pubblico ministero*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 455 ss. Per quanto riguarda le nullità, veniva ammessa la rilevanza delle nullità assolute, mentre per le fattispecie intermedie e per quelle relative avrebbero dovuto applicarsi, anche nel giudizio abbreviato, le regole

Seppur a margine del filone giurisprudenziale più consolidato, non mancava un approccio interpretativo minoritario, che, recependo la tesi espressa in dottrina e rispettando il tenore degli artt. 179 e 191 c.p.p., riteneva rilevabili nel rito abbreviato le inutilizzabilità «patologiche»<sup>60</sup> e le nullità assolute<sup>61</sup>.

La stessa Corte costituzionale si era mostrata contraria ad attribuire efficacia sanante alla richiesta di giudizio abbreviato rispetto all'incompatibilità nel rito speciale del g.i.p. che avesse applicato una misura cautelare personale all'imputato. La pronuncia, nel dichiarare l'illegittimità dell'art. 34, comma 2, c.p.p. sotto diversi profili, metteva in luce l'irragionevolezza del considerare implicitamente rinunciate le questioni in ordine ai requisiti d'imparzialità del giudice per effetto del mero accesso al rito alternativo<sup>62</sup>.

Le profonde modifiche intervenute con la l. n. 479 del 1999<sup>63</sup>, avendo mutato radicalmente i presupposti di ammissione al rito e introdotto meccanismi d'integrazione probatoria al suo interno, hanno reso privi di ogni giustificazione sistematica gli argomenti espressi dall'orientamento giurisprudenziale prevalente. In particolare, il testo novellato del quinto comma dell'art. 438 c.p.p. stabilisce che il giudice per la valutazione della richiesta condizionata deve tenere conto degli «atti già acquisiti ed utilizzabili». È

generali poste dagli artt. 180, 181 e 183 c.p.p.: sull'argomento cfr. CANZIO, *Alcune riflessioni sul giudizio abbreviato dopo un decennio di applicazione dell'istituto*, in *Foro it.*, 1998, II, 646. Si era, poi, sostenuto che le nullità sarebbero state deducibili nel rito abbreviato senza alcuna deroga al regime ordinario, pur dovendosi fare salva l'eventuale rilevanza della fattispecie di acquisiscenza: LAVARINI, *Il giudizio abbreviato*, Napoli, 1996, 48. Per una posizione parzialmente diversa, cfr. VIGIANO, *Patologie nel giudizio abbreviato e nell'applicazione della pena su richiesta: il controllo della Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 512, che distingueva gli atti di natura probatoria, i cui effetti venivano implicitamente accettati con la richiesta, dagli atti propulsivi, per i quali la sanatoria non si verificava.

<sup>60</sup> Sulla distinzione fra inutilizzabilità «fisiologica» e «patologica» v. GALANTINI, voce *Inutilizzabilità (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir., Annali*, I agg., Milano, 1997, 690 ss.; NOBILI, *La nuova procedura penale*, Bologna, 1989, 145.

<sup>61</sup> Cfr. Cass., Sez. IV, 9 dicembre 1999, n. 1129, Paradiso, in *Arch. n. proc. pen.*, 2000, 450; Cass., Sez. I, 8 ottobre 1998, n. 449, Avanzi, in *Cass. pen.*, 2000, 668, con nota di POTETTI; Cass., Sez. un., 1 ottobre 1991, n. 11060, Simi, in *Riv. pen.*, 1992, 785. La sanatoria, insita nella richiesta di giudizio abbreviato, non avrebbe potuto avere ad oggetto «le nullità espressamente dichiarate insanabili»: Trib. Milano, 27 ottobre 1989, in *Foro it.*, 1990, II, 511; Trib. Milano, 7 marzo 1990, *ivi*, 511, con nota di GIRONI.

<sup>62</sup> Corte cost., n. 155 del 1996, in *Giur. cost.*, 1996, 1502.

<sup>63</sup> Il nuovo assetto del giudizio abbreviato è stato «promosso» dalla Consulta pochi anni dopo: v. Corte cost., n. 115 del 2001, in *Giur. cost.*, 2001, 917. Sulla quale v. GARUTI, *La Corte costituzionale promuove la struttura del "nuovo" giudizio abbreviato*, in *Giur. cost.*, 2001, 936 ss.; LOZZI, *Giudizio abbreviato e contraddittorio: dubbi non risolti di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1087 ss.

stato correttamente evidenziato come tale assunto, in quanto espressione del rispetto della legalità probatoria, debba valere per tutte le modalità di svolgimento del giudizio abbreviato<sup>64</sup>.

In ogni caso, a solo un anno di distanza dall'entrata in vigore della l. n. 471 del 1999, la questione veniva riproposta, sollecitando l'intervento delle Sezioni unite, la cui pronuncia ha dato il via all'indirizzo attualmente consolidato in materia. La premessa logica consiste nell'identificare - alla base del rito abbreviato - un negozio unilaterale di tipo abdicativo che può avere a oggetto esclusivamente i poteri che rientrano nella disponibilità dell'interessato. Tale rinuncia resta, pertanto, priva d'incidenza negativa sul dovere del giudice di essere, anche nel giudizio speciale, garante della legalità del procedimento<sup>65</sup>. Ne consegue che non possono essere utilizzati nel rito alternativo gli atti affetti da nullità assoluta (art. 179 c.p.p.) e da inutilizzabilità «patologica» (art. 191 c.p.p.), in quanto vengono in gioco vizi insanabili e rilevabili anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento; mentre non è rilevabile l'inutilizzabilità «fisiologica» (art. 526 c.p.p.), poiché l'accusato acconsente di essere giudicato sulla base degli elementi raccolti durante le indagini preliminari, né l'inutilizzabilità «relativa»<sup>66</sup>, operante esclusivamente nella fase dibattimentale.

Negli anni successivi si è sviluppato e cristallizzato in giurisprudenza un filone interpretativo che, richiamando le motivazioni della pronuncia in questione, ha esteso eccessivamente la portata del consenso dell'imputato<sup>67</sup>: la manifestazione di volontà di accedere al rito speciale co-

---

<sup>64</sup> A sostegno di questa tesi vi sono anche ragioni di natura sistematica: se si considera che l'art. 431, comma 1, c.p.p. impone un vaglio anche sull'utilizzabilità degli atti da inserire nel fascicolo del dibattimento, sarebbe incongruo sostenere che una simile verifica possa valere solo nell'udienza preliminare conclusa con il rinvio a giudizio e non anche nel rito abbreviato, che sul materiale probatorio raccolto nelle fasi preliminari fonda la decisione sul merito della colpevolezza dell'imputato. Non va dimenticato, inoltre, che la «sanzione» dell'inutilizzabilità estesa al giudizio abbreviato «dovrebbe rafforzare, sotto il profilo deontologico, la legalità dell'agire degli organi inquirenti nelle investigazioni»: così, CASSIBBA, *Inutilizzabilità degli atti e poteri probatori del giudice nel "nuovo" giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2001, 406.

<sup>65</sup> Cass., Sez. un., 21 giugno 2000, n. 16, Tammaro, in *Cass. pen.*, 2000, 3259. Sulla quale v. CASSIBBA, *Inutilizzabilità degli atti e poteri probatori del giudice nel "nuovo" giudizio abbreviato*, *ivi*, 2001, 400 ss.; MARANDOLA, *Mancata iscrizione della notizia criminis*, *ivi*, 2001, 411 ss. In tal senso si era già espressa Cass., Sez. V, 21 ottobre 1999, n. 12975, Busellato, *ivi*, 2000, 2014.

<sup>66</sup> La Corte richiama espressamente i casi di cui all'art. 350, comma 7, c.p.p. (dichiarazioni spontanee rese alla polizia giudiziaria dall'indagato), all'art. 360, comma 5, c.p.p. (accertamento tecnico non ripetibile eseguito dal pubblico ministero in difetto delle condizioni indicate) e all'art. 403, comma 1, c.p.p. (incidente probatorio cui non abbia partecipato il difensore dell'imputato).

<sup>67</sup> La ricordata decisione delle Sezioni unite lasciava aperto il problema della rilevanza nel procedimento speciale delle nullità relative e di quelle a regime intermedio.



stituirebbe un'accettazione degli effetti dell'atto nullo. Ne deriva che la richiesta di giudizio abbreviato comporterebbe la sanatoria per *facta concludentia*, ai sensi dell'art. 183, comma 1, lett. a), c.p.p., delle patologie che la legge considera sanabili, ovvero delle nullità relative e di quelle a regime intermedio degli atti probatori<sup>68</sup> e propulsivi<sup>69</sup>. Anche il vizio d'incompetenza per territorio, fino all'intervento delle Sezioni unite nel 2012<sup>70</sup>, è stato ritenuto non rilevabile nel procedimento speciale, stante la rinuncia implicita dell'accusato<sup>71</sup>. Inoltre, si è evidenziato che le questioni di nullità non assoluta e quelle di competenza territoriale, fermo restando il rispetto dei termini per la rilevabilità, non sarebbero comunque più proponibili (o, nel caso di tempestiva deduzione conseguente rigetto, riproponibili) nel giudizio abbreviato, poiché non vi sarebbe, al suo interno, un segmento dedicato alla risoluzione delle questioni preliminari, analogo a quello disciplinato dall'art. 491 c.p.p.<sup>72</sup> La soluzione è stata avallata anche dalle Sezioni unite, le quali hanno ricercato la ragione giustificatrice dell'assunto più nella carenza di interesse ad eccepire che nella pretesa sanatoria per accettazione<sup>73</sup>.

<sup>68</sup> Tra le pronunce concernenti vizi del procedimento acquisitivo della prova, Cass., Sez. III, 9 giugno 2005, n. 29240, in *Mass. Uff.*, n. 232374; Cass., Sez. VI, 4 maggio 2006, *ivi*, n. 234392.

<sup>69</sup> Cfr. Cass., Sez. VI, 17 ottobre 2006, n. 4125, in *Mass. Uff.*, n. 235600; Cass., Sez. VI, 1 ottobre 2007, n. 44844, *ivi*, n. 238030; Cass., Sez. I, 5 maggio 2010, n. 19948, *ivi*, n. 247566; Cass., Sez. II, 28 settembre 2011, n. 139, *ivi*, n. 251762; Cass., Sez. VI, 13 ottobre 2011, n. 5902, *ivi*, n. 252065; Cass., Sez. I, 8 novembre 2011, n. 949, *ivi*, n. 251669.

<sup>70</sup> Cass., Sez. un., 29 marzo 2012, n. 27996, Forcelli, in *Cass. pen.*, 2013, 572 ss., con nota di TODARO. Sulla pronuncia v., inoltre, LEO, *Le Sezioni unite sull'eccezione d'incompetenza per territorio nel giudizio abbreviato*, in *Dir. pen. cont.*, ed. *on-line* del 16 luglio 2012. Sulla portata degli enunciati espressi v. *infra*, § 4.

<sup>71</sup> Cfr. Cass., Sez. VI, 17 ottobre 2006, n. 4125, in *Mass. Uff.*, n. 235600; Cass., Sez. I, 17 settembre 2008, n. 37623, *ivi*, n. 241141; Cass., Sez. IV, 20 novembre 2008, n. 2841, *ivi*, n. 242493; Cass., Sez. VI, 13 febbraio 2009, n. 19825, *ivi*, n. 243850; Cass., Sez. V, 2 dicembre 2010, n. 3035, *ivi*, n. 249704; Cass., Sez. V, 10 dicembre 2010, n. 7025, *ivi*, n. 249833; Cass., Sez. VI, 3 novembre 2011, n. 45868, *ivi*, n. 250989. Per la verità, lungo il corso degli anni la suprema Corte, in alcune sue decisioni, ha affermato che la richiesta di rito abbreviato non implica accettazione della competenza territoriale del giudice precedente e non comporta quindi rinuncia a contestarla: la soluzione favorevole all'ammissibilità dell'eccezione è stata ampiamente argomentata da Cass., Sez. I, 5 luglio 2011, n. 34686, Bega, in *Dir. pen. cont.*, ed. *on-line* del 25 ottobre 2011, con nota di LEO.

<sup>72</sup> V., in tal proposito, Cass., Sez. VI, 4 maggio 2006, n. 33519, cit.

<sup>73</sup> La sussistenza della sanatoria ex art. 183, comma 1, lett. a), c.p.p. viene comunque confermata dalla suprema Corte. Quest'ultima, però, ravvisa in primo luogo l'esistenza della preclusione di cui all'art. 182 c.p.p. Significativa l'affermazione secondo cui «se l'imputato, ovvero colui che è titolare del diritto di difesa, esercita la facoltà riservatagli di richiedere il giudizio abbreviato, non solo accetta gli effetti dell'atto nullo propedeutico, ma innanzitutto dimostra di non avere interesse all'osservanza della disposizione violata. La richiesta pertanto rende ineducibile l'eccezione, nella specie proposta dal difensore, che è bensì soggetto legittimato a denunciare una nullità quale parte,

Infine, la direzione antiformalistica intrapresa dalla giurisprudenza ha sempre più ristretto la portata della nullità assoluta, in particolare con riguardo ai casi d'invalida *vocatio in iudicium* dovuta alla nullità della notifica<sup>74</sup> e a quelli di nullità della richiesta di rinvio a giudizio per indeterminazione del capo d'imputazione<sup>75</sup>. Tali prassi devianti, poi, in più di

---

ma non può per questa via contrastare l'interesse sostanziale manifesto dell'imputato»: così, Cass., Sez. un., 26 settembre 2006, n. 39298, Cieslinsky, in *Cass. pen.*, 2007, 517.

<sup>74</sup> In uno degli ultimi approdi in materia si è stabilito che la nullità assoluta è ravvisabile nel caso di notificazione all'imputato eseguita presso lo studio del difensore non più domiciliatario del suo assistito, solo quando, in concreto, risulti che l'informazione non gli sia stata trasmessa per dolo o negligenza del professionista o dell'interessato: così, Cass., Sez. VI, 6 novembre 2014, n. 30897, Colucci, Rv. 265600. Per un'analisi dei persistenti disorientamenti giurisprudenziali in tema di notifiche all'imputato: v. NAPPI, *Le notificazioni senza certezza e le Sezioni Unite senza ruolo*, in *Cass. pen.*, 2017, 1259. Per un esame del percorso giurisprudenziale in materia, v. anche RENZETTI, *Torna alle Sezioni Unite la questione della notifica al difensore ex art. 157 comma 8 bis c.p.p.: verso un regime "sostanziale" delle nullità?*, in *Dir. pen. cont.*, ed. on-line del 15 giugno 2017, la quale evidenzia come la posizione su cui sembra essersi assestata la suprema Corte sia quella di «ricondere l'irrituale notifica della citazione entro il paradigma delle nullità intermedie, a meno che essa risulti inidonea a determinare la conoscenza effettiva dell'atto da parte dell'imputato». Partendo da questa non condivisibile premessa, la Sezione IV, con ordinanza del 29 marzo 2017, n. 19184 ha devoluto alle Sezioni unite la questione circa la sussistenza dell'onere in capo all'imputato, a pena di sanatoria della nullità dedotta, di allegare le circostanze impeditive dell'effettiva conoscenza. Secondo l'informazione provvisoria diffusa dalla suprema Corte (u.p. 22 giugno del 2017) al quesito si è data risposta negativa.

<sup>75</sup> Non sono poche le pronunce che tendono a svuotare il precetto normativo, disconoscendo la sussistenza di una causa di nullità, in quanto non espressamente sancita dal disposto di cui all'art. 417 c.p.p.: su tutte, Cass., Sez. un., 20 dicembre 2007, n. 5305, Battistella, in *Cass. pen.*, 2008, 2313 ss., sulla quale v. *amplius supra*, nota 15; v., poi, *ex plurimis*, Cass., Sez. VI, 10 novembre 2004, Casamonica, in *Riv. pen.*, 2006, 239. Tuttavia, è stato correttamente rilevato che «l'assenza di nullità speciali non esclude l'operatività di nullità di ordine generale»; né può essere considerata abnorme la declaratoria di nullità della richiesta di rinvio a giudizio, con conseguente regressione del procedimento, affermando che sarebbe violato il principio d'irretrattabilità dell'azione penale. Tale principio «opera, davvero, solo quando il processo sia correttamente instaurato»: in questi termini, CASSIBBA, *Nullità della richiesta di rinvio a giudizio per genericità dell'imputazione*, in *Cass. pen.*, 2007, 1180-1181. Circa la natura della nullità, è necessario premettere che la questione è controversa. Vi è chi opta per la nullità relativa: v. Cass., Sez. II, 16 aprile 1996, Pellegrino, in *Mass. Uff.*, n. 204751; chi ritiene si tratti di una nullità a regime intermedio: v. Cass., Sez. III, 20 giugno 1991, Convenuti, in *Arch. n. proc. pen.*, 1991, 784; chi ravvisa sempre una nullità assoluta: v. BRICCHETTI, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale davanti al giudice unico*, Milano, 2000, 122. Appare preferibile la soluzione che individua una causa di nullità assoluta (in quanto la violazione attiene all'esercizio dell'azione penale) nell'ipotesi di richiesta di rinvio a giudizio priva di una completa descrizione della condotta, del relativo oggetto materiale, del nesso di causalità, dell'evento naturalistico, nonché di quelle componenti fattuali che appaiano come l'estrinsecazione dell'elemento soggettivo (cfr., in tal senso, Cass., Sez. VI, 3 febbraio 2015, Samo e altri, in *Mass. Uff.*, n. 262500; in dottrina, DOMINIONI, *Sub art. 179, cit.*, 279). Per quanto riguarda le altre lacune descrittive, il vizio si traduce in una nullità a regime intermedio per violazione del diritto di difesa dell'imputato: si rimanda a quanto osservato da CASSIBBA, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, in *Trattato di procedura penale*, XXX.1, diretto da Ubertis-

un'occasione hanno esteso il regime di rilevabilità delle nullità non assolute a ipotesi d'inutilizzabilità patologica, rendendo, così, utilizzabili per la decisione nel giudizio abbreviato le prove assunte in violazione di divieti stabiliti dalla legge<sup>76</sup>.

In altre parole, la tendenza giurisprudenziale, da una parte, ha impedito all'imputato di rilevare nel rito abbreviato tutte le patologie sanabili, dall'altra, attraverso interpretazioni manifestamente *contra legem*, ha ricondotto a vizi meno gravi, e pertanto non più deducibili, numerose ipotesi di nullità assoluta e inutilizzabilità «patologica».

Nel corso degli anni si è così assistito a una progressiva erosione anche di quel "minimo di legalità" già garantito dalle Sezioni unite quasi vent'anni fa. Tutto ciò a discapito delle prerogative difensive dell'imputato, "costretto" a rinunciare a un numero sempre maggiore di garanzie processuali per poter esercitare il proprio diritto di richiedere la definizione alternativa del processo.

### 3. L'asserita valenza abdicativa della richiesta di applicazione della pena.

L'atteggiamento giurisprudenziale, descritto poc'anzi, emerge in modo ancor più marcato osservando gli approdi del diritto vivente in tema di rilevabilità delle nullità in sede di patteggiamento.

Il rispetto della legalità dev'essere sempre garantito, anche a fronte di un accordo sulla pena da applicare<sup>77</sup>. La stessa Corte costituzionale – con una

---

Voena, Milano, 2007, 136-137-138; nello stesso senso, MAZZA, *Imputazione e "nuovi" poteri del giudice dell'udienza preliminare*, cit., 41 ss. In questa sede preme soprattutto evidenziare come la giurisprudenza di legittimità abbia in ogni caso escluso che l'imputato possa eccepire la genericità e l'indeterminatezza dell'imputazione una volta instaurato il giudizio abbreviato: cfr. Cass., Sez. VI, 20 febbraio 2009, n. 23771, Biliardi, in *Mass. Uff.*, n. 245252; Cass., Sez. VI, 20 maggio 2009, n. 32363, F., *ivi*, n. 245191; Cass., Sez. VI, 23 febbraio 2011, n. 13133, Alfiero, *ivi*, n. 249897; Cass., Sez. VI, 15 dicembre 2011, n. 21265, Barba e altri, *ivi*, n. 252854.

<sup>76</sup> Con riferimento agli atti d'indagine compiuti dopo la scadenza del termine, la giurisprudenza esclude che rilevi l'inutilizzabilità di simili elementi di prova nel giudizio abbreviato, sulla base della considerazione – invero estranea al sistema – per cui, non essendo l'ipotesi prevista dall'art. 407, comma 3, c.p.p. equiparabile a un divieto probatorio, essa non sarebbe rilevabile d'ufficio, ma solo su eccezione di parte: v. Cass., Sez. VI, 24 febbraio 2009, n. 16986, in *Mass. Uff.*, n. 243257; Cass., Sez. V, 22 dicembre 2009, n.1586, *ivi*, n. 245818; Cass., Sez. V, 12 luglio 2010, n. 38420, *ivi*, n. 248506; Cass., Sez. VI, 15 dicembre 2011, n. 21265, *ivi*, n. 252853; Cass., Sez. VI, 19 dicembre 2011, n. 12085, *ivi*, n. 252580; conf., ANGELETTI, *Manuale del giudizio abbreviato*, Torino, 2010, 310. In senso critico, ORLANDI, *Sub art. 30 l. n. 479 del 1999*, in *LP*, 2000, 465; ZACCHÈ, *Il giudizio abbreviato*, in *Trattato di procedura penale*, XXXV.2, diretto da Uberris-Voena, Milano, 2004, 164.

<sup>77</sup> In tal senso, SANNA, *L'eclissi della legalità nel rito negoziale: limiti al ricorso per Cassazione nel disegno di riforma all'esame del Parlamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 930, secondo cui «l'accordo *quoad poenam* non esime il giudice dall'operare secondo legge». Conf., CAPRIOLI, *Limiti alla ricorribilità della sentenza patteggiata in caso di pena illegale*, in *Giur. it.*, 1993, 293.

sentenza risalente, ma «modernissima»<sup>78</sup> nei contenuti – aveva sottolineato come il riconoscimento di un potere dispositivo in capo alle parti non avrebbe dispensato il giudice dal dovere di rigorosa osservanza delle disposizioni di legge<sup>79</sup>.

Di diverso avviso è l'indirizzo dominante in giurisprudenza, il quale tende a esasperare i profili negoziali del rito, conferendo al patto *quoad poenam* il connotato dell'intangibilità, benché tale carattere non sia previsto dall'impianto codicistico<sup>80</sup>. Deve considerarsi, ormai, *ius receptum* l'assunto secondo cui la richiesta di applicazione della pena concordata comporta una tacita accettazione degli effetti degli atti nulli, ai sensi dell'art. 183, comma 1, lett. a), c.p.p.<sup>81</sup>

Rispetto a quanto affermato dalla giurisprudenza in tema di giudizio abbreviato, in sede di patteggiamento l'efficacia sanante del consenso sarebbe idonea a investire ogni specie di nullità, a prescindere dal suo regime<sup>82</sup>.

<sup>78</sup> Conti, *La preclusione nel processo penale*, Milano, 2014, 196.

<sup>79</sup> Si tratta di Corte cost., n. 313 del 1990, in *Giur. cost.*, 1990, 313, con la quale la Consulta aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 444, comma 2, c.p.p. nella parte in cui non prevedeva che, ai fini e nei limiti di cui all'articolo 27, comma 3, Cost., il giudice potesse sindacare la congruità della pena indicata dalle parti, rigettando la richiesta in ipotesi di sfavorevole valutazione. Al tempo stesso, esaminando la compatibilità con l'art. 102, comma 1, Cost. e con il testo allora vigente dell'art. 111, comma 1, Cost, la Corte aveva affermato che il modello di motivazione legale e razionale di cui all'art. 546 c.p.p. non era escluso dalla particolare configurazione della sentenza prevista dall'art. 444 c.p.p., anche se ovviamente doveva calibrarsi sul peculiare atteggiarsi di tale provvedimento. Sul punto cfr. CORDERO, *Procedura penale* (2012), cit., 1040. Vero è che la questione sottoposta al Giudice delle leggi era ben diversa da quella oggetto di trattazione in questa sede, ma è altrettanto vero che l'assunto ricavabile dalla pronuncia, secondo cui i valori tutelati dalla Carta fondamentale fungono da argine alla libera esplicazione delle iniziative dei contendenti, ha una rilevanza che trascende il caso di specie e dovrebbe trovare applicazione anche con riguardo al canone della legalità processuale.

<sup>80</sup> Cfr. VIGGIANO, *Patologie nel giudizio abbreviato e nell'applicazione della pena su richiesta: il controllo della Corte di Cassazione*, cit., 528.

<sup>81</sup> Alcune pronunce si limitano a escludere la deducibilità delle nullità incorse prima della richiesta prevista dall'art. 444 c.p.p.: cfr. Cass., Sez. VI, 3 aprile 1991, Pelella, in *Mass. Uff.*, n. 188408; Cass., Sez. I, 26 maggio 1997, Versace, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, 103; Cass., Sez. VI, 6 aprile 1999, Rocco, in *Mass. Uff.*, n. 214746. È, tuttavia, prevalente l'opinione secondo la quale gli effetti della pretesa rinuncia operino a prescindere dal momento d'insorgenza del vizio: cfr. Cass., Sez. VI, 26 maggio 1992, Cogo, in *Mass. Uff.*, n. 191093; Cass., Sez. I, 22 marzo 1993, Pezzurro, *ivi*, n. 193940; Cass., Sez. III, 22 ottobre 1993, Giglione, *ivi*, n. 196931; Cass., Sez. VI, 25 maggio 1994, Mancini, *ivi*, n. 199558; Cass., Sez. VI, 24 marzo 2000, Procopio, *ivi*, n. 216318; Cass., Sez. VI, 5 dicembre 2002, Tornatore, *ivi*, n. 223523; Cass., Sez. VI, 25 giugno 2003, Simone, *ivi*, n. 226508. Per una posizione più elastica, volta a consentire la deducibilità degli *errores in procedendo*: v. Cass., Sez. fer., 14 settembre 1990, Lofù Ben Nadua, *Giust. pen.*, 1991, III, 405.

<sup>82</sup> La sanatoria si estenderebbe ai casi di nullità assoluta: cfr. Cass., Sez. II, 29 gennaio 2008, De Blasio, in *Cass. pen.*, 2008, 1640; Cass., Sez. III, 18 giugno 2014, Da Silva, in *Mass. Uff.*, n. 260392. Per la verità, si riscontrano anche alcune pronunce che attribuiscono al giudice, al momento del recepimento dell'accordo *quoad poenam*, il potere di rilevare le nullità assolute: v., ad esempio,

Inoltre, la pretesa sanatoria opererebbe non soltanto a fronte di vizi già realizzati ma anche rispetto a patologie future<sup>83</sup>.

La tesi secondo la quale l'istanza di patteggiamento implichi «la rinuncia ad ogni questione od obiezione di qualsiasi natura»<sup>84</sup> ha inevitabili ripercussioni in materia d'impugnazioni della sentenza *ex* 444 c.p.p. Infatti, se si ritiene che tra i cosiddetti «contenuti impliciti» dell'accordo *quoad poenam* vi sia la tacita accettazione degli effetti degli atti nulli<sup>85</sup>, sarebbe coerente concludere per l'inammissibilità, per manifesta infondatezza, dei ricorsi per cassazione volti a censurare *errores in procedendo* per i quali vi sia stato, nello stesso atto d'impugnazione, l'implicito riconoscimento del fatto sanante<sup>86</sup>. L'approdo è presto raggiunto dalla giurisprudenza, seppur attraverso un itinerario differente<sup>87</sup>.

Cass., Sez. V, 23 giugno 1998, Cieri, in *Mass. Ull.*, n. 211510. Tuttavia, una volta pronunciata la sentenza, sarebbe difficile dimostrare, in sede d'impugnazione, l'incidenza del vizio all'interno di un provvedimento che, per prassi, è solo succintamente motivato. In altri termini, l'ostacolo sarebbe rappresentato dal criticabile indirizzo giurisprudenziale maggioritario formatosi in dispregio del vincolo di cui all'art. 111, comma 6, Cost.: così, SANNA, *L'eclissi della legalità nel rito negoziale: limiti al ricorso per Cassazione nel disegno di riforma all'esame del Parlamento*, cit., 927; nonché VIGGIANO, *Patologie nel giudizio abbreviato e nell'applicazione della pena su richiesta: il controllo della Corte di Cassazione*, cit., 516. Sul tema, in generale, v. PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, Padova, 1999, 197 ss.

<sup>83</sup> «Indipendentemente dal momento in cui la nullità si sarebbe verificata, la richiesta di pena concordata comporta la rinuncia a far valere le nullità che non inficiano la richiesta di patteggiamento ed il consenso ad esso prestato»: così, richiamando l'assunto dell'orientamento prevalente, Cass., Sez. un., 8 febbraio 2005, n. 4419, Gioia, in *Cass. pen.*, 2005, 1505.

<sup>84</sup> Cass., Sez. IV, 11 marzo 1992, Maradona, in *Cass. pen.*, 1993, 2060.

<sup>85</sup> Sul tema dei contenuti impliciti della richiesta di patteggiamento v. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Enc. dir., Annali*, II.1, Milano, 2008, 28, per il quale «il secondo contenuto implicito è [...] di segno negativo e [...] si traduce nell'impegno delle parti a non manifestare volontà di segno contrario rispetto a quella sottesa al progetto di sentenza sottoposto al giudice. Ciò si concreta: da un lato, nella rinuncia a far valere davanti al giudice di prime cure argomenti - di carattere sostanziale o formale - a sostegno del rigetto della domanda o del proscioglimento dell'imputato; dall'altro, nella contrazione dei poteri di impugnazione delle parti». La rinuncia comporta «la sanatoria per acquiescenza delle nullità intermedie e relative, ossia dei vizi che rientrano nella disponibilità delle parti. Ne consegue che tali imperfezioni non potranno essere valutate dal giudice, a meno che non inficino la stessa manifestazione di volontà (e dunque l'assistenza dell'imputato nel momento della scelta di patteggiare). Né, tantomeno, potranno essere poste a fondamento del ricorso per cassazione». *Contra*, BONETTI, *Resistenza del patteggiamento ai vizi riscontrabili nel suo iter*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1261; MOSCARINI, *Contumacia e applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Giur. it.*, 1993; PERONI, voce *Riti alternativi: I) applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII agg., Roma, 2001, 13.

<sup>86</sup> La contraddittorietà motivazionale di un ricorso per cassazione contenente la denuncia del vizio, da un lato, e l'affermazione dell'esistenza dell'evento sanante (la richiesta di patteggiamento), dall'altro, emergerebbe *ictu oculi* dall'atto.

<sup>87</sup> Il disconoscimento del potere di ricorrere in capo alle parti sarebbe giustificato dalla carenza di interesse ad impugnare una pronuncia che corrisponde esattamente alle richieste a suo tempo avan-

Anche nell'ambito del patteggiamento si riscontra, dunque, la tendenza del diritto vivente a conferire al consenso *ex art. 111, comma 5, Cost.* una valenza derogatoria rispetto al canone della legalità processuale.

#### 4. Riflessioni sull'orientamento dominante: gli spunti ricavabili dalla "Sentenza Forcelli".

Non resta che verificare la solidità delle fondamenta della complessiva costruzione giurisprudenziale.

Procedendo con ordine, l'orientamento che attribuisce una valenza sanante alla richiesta di giudizio abbreviato e di patteggiamento «incombe nell'errore metodologico di dare per scontato il fatto processuale che invece va dimostrato»<sup>88</sup>. La sanatoria di cui all'art. 183, comma 1, lett. *a)*, c.p.p. si realizza solo se si accerta, nel caso concreto, la consapevole<sup>89</sup> volontà abdicativa della parte legittimata<sup>90</sup>; volontà che non può ritenersi "implicita" nella domanda di un rito alternativo, la quale, è «selettivamente preordinata ad attivare, per l'appunto, il rito prescelto»<sup>91</sup>. La sanatoria in parola, poi, non opera con riguardo alle nullità assolute, «così dette perché *tout court*

zate: v. Cass., Sez. un., 8 febbraio 2005, n. 4419, Gioia, cit., 3725. In aperto contrasto con l'art. 111, comma 7, Cost., la Cassazione ha, pertanto, sottratto al controllo di legittimità *ex art. 606, comma 1, lett. c)*, c.p.p. la sentenza di patteggiamento, giudicando inammissibili le impugnazioni che lamentino l'esistenza di una causa di nullità. Solo i vizi relativi al consenso prestato dall'imputato al rito alternativo possono essere fatti valere attraverso il ricorso per cassazione, in quanto ostativi al perfezionarsi della pretesa sanatoria implicita: v., per tutte, Cass., Sez. III, 18 giugno 2014, Da Silva, cit.; in senso critico, CARNEVALE, *Il filtro in Cassazione: verso una selezione innaturale dei ricorsi penali*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 881. In altre parole, l'accordo negoziale «crystallizzerebbe un assetto tendenzialmente immutabile»: così, ma in chiave critica, SANNA, *L'eclissi della legalità nel rito negoziale: limiti al ricorso per Cassazione nel disegno di riforma all'esame del Parlamento*, cit., 930.

L'introduzione, operata della l. n. 103 del 2017, del nuovo comma 2 *bis* nell'art. 448 c.p.p., che circoscrive in misura alquanto drastica i motivi di ricorso per cassazione avverso la sentenza di patteggiamento, costituisce un altro perfetto esempio di «legislazione giurisprudenziale» (MARAFIOTI, *Riforme-zibaldone, legislazione "giurisprudenziale" e gestione della prassi processuale*, cit., 553).

<sup>88</sup> DI PAOLO, *Nullità processuali e sanatoria tra tassatività e tendenze antiformalistiche*, cit., 277.

<sup>89</sup> CIABATTI, *Sub art. 183*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, coordinato da Chiavario, Torino, 1990, 355; CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, 1209.

<sup>90</sup> Benché la legge parli di «parte interessata», l'impiego dell'espressione «parte legittimata», appare maggiormente corretto poiché «non potrebbe fare acquiescenza, per mancanza del potere di deduzione o di eccezione, nemmeno la parte che, pur interessata, [abbia] dato, o concorso a dare, causa alla nullità»: così, RAFARACI, voce *Nullità (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, II agg., Milano, 1998, 681, nota 139.

<sup>91</sup> CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., 70; *contra*, IASEVOLI, *Le patologie processuali nei riti alternativi*, in *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, cit., 535. In tema di applicazione della pena *ex art. 444 c.p.p.*, v. PERONI, voce *Riti alternativi: I) Applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., 13, secondo cui la «scelta del rito non potrebbe mai svolgere alcuna funzione di sanatoria».

insanabili»<sup>92</sup>. Inoltre, *l'animus rinunciandi* dovrebbe ritenersi senz'altro escluso a fronte di un precedente comportamento esplicito della parte legittimata che manifesti di non accettare gli effetti dell'atto invalido<sup>93</sup> e, a maggior ragione, nell'ipotesi di mancata conoscenza dello stesso<sup>94</sup>. Ne deriva, pertanto, l'evidente infondatezza di quegli orientamenti<sup>95</sup> che conferiscono al consenso prestato per il patteggiamento una valenza sanante delle nullità future (o presenti ma, comunque, non conosciute). Del pari, non può essere condivisa la tesi<sup>96</sup> secondo la quale la sanatoria coinvolgerebbe i casi di nullità assoluta<sup>97</sup>. Prestano il fianco a forti critiche, inoltre, quelle pronunce<sup>98</sup> che hanno considerato irrilevanti le circostanze d'ostacolo al verificarsi della sanatoria per acquiescenza<sup>99</sup>.

<sup>92</sup> CORDERO, Sub *artt. 183-184*, cit., 213.

<sup>93</sup> Non potrebbe intendersi come rinunciata l'eccezione che venga proposta, nel rispetto dei termini, contestualmente alla richiesta del giudizio abbreviato né l'eccezione che sia stata sollevata tempestivamente e rigettata, se reiterata *in limine* al giudizio abbreviato. V., in tal senso, FANULI, *La nullità nel processo penale*, Milano, 2013, 316. La non operatività del meccanismo sanante in simili casi è stata confermata da Trib. Fermo, 12 ottobre 1999, Luciani, in *ANNP*, 2000, 291.

<sup>94</sup> Si pensi al caso in cui la richiesta di applicazione della pena sia intervenuta nel corso delle indagini preliminari e l'accordo si sia perfezionato in tale sede (art. 447 c.p.p.). Accogliendo la tesi della Corte di legittimità, bisognerebbe giungere alla conclusione che l'imputato abbia accettato gli effetti degli elementi viziati a suo carico, benché di questi ultimi non ne sia venuto a conoscenza, non avendo avuto modo di visionare l'intero fascicolo delle indagini ai sensi dell'art. 415 *bis*. Sul legame naturale tra acquiescenza e consapevolezza del vizio v. CIABATTI, *Nullità*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, I agg., Torino, 1993, 504, secondo cui la parte non può aderire a ciò che ignora; CREMONESI, *Le sanatorie generali degli atti processuali nulli*, in *Giust. pen.*, 1994, III, 88, per il quale non è possibile accettare un vizio di cui non si ha consapevolezza. V., in tal senso, VERGINE, *La conservazione dell'atto processuale penale*, Padova, 2017, 48; VOENA, *Atti*, cit., 277.

<sup>95</sup> Per l'irrelevanza, ai fini dell'operatività della fattispecie di cui all'art. 183, comma 1, lett. a), c.p.p., del momento d'insorgenza del vizio, v. *supra*, nota 81.

<sup>96</sup> Per l'estensione della sanatoria ai casi di nullità assoluta, v. *supra*, nota 82.

<sup>97</sup> Ritenere che l'accordo *quoad poenam* sia idoneo a "paralizzare" qualsivoglia possibilità futura di rilevare i vizi degli atti posti alla base del *pactum* condurrebbe a «degradare l'osservanza delle norme imperative alla stregua di materia negoziabile»: PERONI, *Patteggiamento e confisca dei proventi del reato: le sezioni unite cambiano rotta*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 464. Sul punto v. BEVERE, *Il patteggiamento: la gestione negoziale degli affari penali, le parti e i loro diritti; i poteri e i doveri del giudice*, in *Quest. giust.*, 1992, 363 ss.; DI CHIARA, *L'architettura dei presupposti*, in AA.VV., *Il patteggiamento*, Milano, 1999, 58 ss.

<sup>98</sup> Cfr., ad esempio, Cass., Sez. IV, 21 maggio 1991, Fabroni, cit., 3077; Trib. Milano, 27 ottobre 1989, cit., 513, secondo cui «la richiesta di rito abbreviato e la successiva proposizione di eccezioni di nullità di atti processuali sono tra loro incompatibili».

<sup>99</sup> Quali, ad esempio, le eccezioni di nullità formulate dall'imputato contestualmente alla presentazione della richiesta di accesso al rito speciale. V. sul tema CIMINI, nota a Cass., Sez. IV, 11 novembre 1994, Presta, in *Cass. pen.*, 1996, 3033, per il quale «va da sé che la proposizione di un'eccezione di invalidità, preliminare e contestuale alla richiesta di giudizio abbreviato, neutralizza a norma tale efficacia sanante, facendo venir meno il presupposto necessario per l'accettazione»;

Neppure è corretto sostenere che, in mancanza di una preventiva condotta processuale incompatibile con l'*animus rinunciandi*, la richiesta di un giudizio speciale sia, di per sé, causa di sanatoria ai sensi dell'art. 183, comma 1, lett. a), c.p.p.<sup>100</sup>. Invero, l'applicazione della fattispecie sanante non può essere ancorata a presunzioni o automatismi, poiché la norma richiede un'attenta ed effettiva valutazione del comportamento della parte legittimata ad eccepire la nullità<sup>101</sup>. In altri termini, qualora l'imputato abbia richiesto un rito alternativo, affinché l'atto nullo possa dirsi sanato ex art. 183, comma 1, lett. a), c.p.p., non è sufficiente provare l'assenza di un atteggiamento contrario all'accettazione dei suoi effetti, ma è necessario dimostrare l'esistenza di un comportamento di segno positivo dal quale possa univocamente evincersi la rinuncia a contestare il vizio<sup>102</sup>.

Di ciò si rinviene conferma nella più recente pronuncia delle Sezioni unite che ha risolto un contrasto giurisprudenziale, sorto in tema di rilevanza dell'incompetenza per territorio all'interno del rito abbreviato, affermando che la richiesta di giudizio abbreviato non comporta la rinuncia a eccepire l'incompetenza territoriale. La sanatoria per *facta concludentia* di cui all'art. 183, comma 1, lett. a), c.p.p., regola di sistema «applicabile in rela-

conf., GIRONI, *rito abbreviato e deducibilità delle nullità intervenute nelle fasi pregresse*, in *Foro it.*, 1990, II, 513.

<sup>100</sup> Non ci sono ragioni per cui le precise condizioni stabilite dalla legge per il verificarsi della sanatoria debbano venir meno proprio nel caso del giudizio abbreviato: così, IAFISCO, *Il regime delle invalidità degli atti nel giudizio abbreviato: questioni vecchie e nuove prospettive dopo la l. n. 479 del 1999*, in *Giur. it.*, 2001, 118; conf., CARACENI, *La legge 103/2017 e i significativi ritocchi alla disciplina del giudizio abbreviato*, cit., 10; PAULESU, *Sub art. 183*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di Conso-Illuminati, Padova, 2015, 662.

<sup>101</sup> L'indagine avente ad oggetto la ricostruzione della volontà della parte legittimata implica una «valutazione complessiva di tutti i suoi atteggiamenti»: così, DI PAOLO, *Nullità processuali e sanatoria tra tassatività e tendenze antiformalistiche*, cit., 270 ss.; nonché BARBARANO, *Patologia degli atti e giudizio abbreviato*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 207 ss.

<sup>102</sup> Sulla necessità, ai fini dell'applicazione dell'art. 183, comma 1, lett. a), c.p.p., di una condotta che sia palesemente incompatibile con la volontà di rilevare il vizio v. PANZAVOLTA, voce *Nullità degli atti processuali: II) diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 2005, 13. Peraltro, vale ancora oggi quanto evidenziato, sotto la vigenza del codice abrogato, da CORDERO, *Procedura penale* (1983), cit., 877, che descriveva il tipo di sanatoria in parola come una tipica manifestazione di volontà con cui l'interessato regola un proprio interesse e, pertanto, escludeva che il mero fatto oggettivo del silenzio del legittimato potesse essere inteso quale accettazione degli effetti dell'atto. Per analogia impostazione, sotto il vigore del nuovo codice, cfr. VOENA, *Atti*, cit., 277; CREMONESI, *Le sanatorie generali degli atti processuali nulli*, cit., 88. «Perché si realizzi l'effetto abdicativo occorre [...] che la condotta del rinunciante sia espressione inequivocabile della volontà di rinunciare [...]: diversamente, si scivolerebbe dalla fattispecie della rinuncia implicita a quella - inaccettabile - della rinuncia presunta»: così, con riferimento, però, alla rinuncia alla sospensione dei termini processuali in periodo feriale, CASSIBBA, *Richiesta di interrogatorio ex art. 415-bis comma 3 c.p.p. e rinuncia tacita alla sospensione feriale dei termini*, in *Cass. pen.*, 2004, 605.



zione a tutte le eccezioni rientranti nella sfera di disponibilità degli interessati», assume valenza solo qualora dalla condotta dei legittimati possa «inoppugnabilmente desumersi» la definitiva rinuncia a sollevare la questione<sup>103</sup>.

L'indirizzo interpretativo che ricollega al mero dato oggettivo della richiesta di un rito speciale quell'efficacia sanante, la quale – prima della l. 103 del 2017 – poteva conseguire solo ad una scelta negoziale non equivocabile dell'interessato, non può, dunque, essere condiviso<sup>104</sup>.

Le Sezioni unite hanno, poi, correttamente affermato che anche nel giudizio abbreviato è individuabile uno spazio processuale, situato in apertura del rito stesso, dedicato alla trattazione e alla risoluzione delle questioni preliminari<sup>105</sup>. Tanto basta per ritenere infondata la tesi giurisprudenziale<sup>106</sup> che considerava non rilevabili nel giudizio abbreviato le nullità non assolute e l'incompetenza per territorio a causa della mancanza, all'interno del procedimento speciale, di un segmento processuale analogo a quello previsto dall'art. 491 c.p.p.<sup>107</sup>

<sup>103</sup> Cass., Sez. un., 29 marzo 2012, n. 27996, Forcelli, cit.

<sup>104</sup> Valgono sempre le considerazioni svolte da NOBILI, *Concetto di prova e regimi di utilizzazione degli atti nel nuovo c.p.p.*, cit., 276, il quale aveva precisato che la difesa poteva essere indotta a chiedere il giudizio allo stato degli atti e, pertanto, ad accettare i risultati degli stessi, «non già per la loro veridicità, ma per non affrontare il rischio di riuscire ad azzerarne il peso nel dibattimento». V. anche POTETTI, *Inutilizzabilità e altri vizi degli atti a proposito del nuovo giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2002, 666 ss.; conf., anche se con riferimento ai soli atti propulsivi, DI GERONIMO, *La nullità degli atti nel processo penale*, Milano, 2006, 259.

<sup>105</sup> Il momento ultimo per la deduzione dei vizi sarebbe quello immediatamente successivo all'accertamento della costituzione delle parti. Ciò era già stato sostenuto da: CAVALLARI, *Sub art. 181*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, coordinato da Chiavario, Torino, 1990, 341; GIRONI, *rito abbreviato e deducibilità delle nullità intervenute nelle fasi pregresse*, cit., 514.

<sup>106</sup> V., ad esempio, Cass., Sez. VI, 4 maggio 2006, n. 33519, cit.

<sup>107</sup> Le Sezioni unite hanno affermato che, ai sensi dell'art. 21 c.p.p., nell'ipotesi in cui il giudizio abbreviato consegua a una richiesta ex art. 438 c.p.p. proposta dopo la ricezione dell'avviso di udienza preliminare o nel corso di tale udienza, l'incompetenza per territorio deve essere rilevata o eccepita, a pena di decadenza, prima della conclusione dell'udienza preliminare; in tal caso, se l'eccezione viene rigettata potrà essere riproposta in apertura del rito abbreviato. Laddove il giudizio abbreviato si innesti a seguito di giudizio immediato o di procedimento per decreto, la questione potrà essere sollevata per la prima volta all'interno del rito abbreviato. Ciò è giustificato dal fatto che nel giudizio immediato e nel procedimento per decreto non vi è uno spazio processuale nel quale l'imputato possa eccepire il vizio.

Tuttavia, il meccanismo delineato dalle Sezioni unite – non più attuale a causa delle modifiche apportate dalla l. n. 103 del 2017 – avrebbe dovuto trovare applicazione anche con riguardo ai casi di nullità relativa, i cui termini per la deducibilità ricalcano quelli sanciti in tema di incompetenza territoriale. Con riguardo alle nullità a regime intermedio il termine per la rilevabilità del vizio, anche nell'ipotesi di giudizio abbreviato instaurato in sede di udienza preliminare, sarebbe rimasto quello di cui all'art. 180 c.p.p. V., per la sopravvivenza del regime ordinario di rilevazione dei vizi di nullità

In ordine alla pretesa ineducibilità della nullità per carenza di interesse *ex art. 182, comma 1, c.p.p.*<sup>108</sup>, la legge non richiede affatto un interesse ad eccipire il vizio, bensì solo un «interesse all'osservanza della disposizione violata». La dizione della previsione esclude la necessità di un'indagine sulle ripercussioni concrete della trasgressione, essendo la lesione insita nella deviazione dallo schema legale<sup>109</sup>. In altre parole, l'interesse di cui all'art. 182, comma 1, c.p.p., dev'essere valutato con esclusivo riferimento alla possibilità, in astratto, che dal mancato rispetto della disposizione derivi un pregiudizio processuale<sup>110</sup>. Non è, pertanto, consentito un vaglio sugli effetti della trasgressione<sup>111</sup>; in ogni caso, dalla semplice scelta dell'imputato di rinunciare alla formazione della prova nel contraddittorio non potrebbe desumersi l'assenza di lesività del vizio<sup>112</sup>.

Appare «scevro di fondamento»<sup>113</sup>, infine, l'argomentazione che ravvisa nell'accordo *quoad poenam* una rinuncia patizia alla facoltà di impugnare, cui seguirebbe la carenza d'interesse a ricorrere per cassazione *ex art. 606, comma 1, lett. c), c.p.p.*<sup>114</sup>. Il canone della legalità impone che il giudice si

nel rito abbreviato, POTETTI, *Inutilizzabilità e altri vizi degli atti a proposito del nuovo giudizio abbreviato*, cit., 666 ss. In tal senso, cfr. LAVARINI, *Il giudizio abbreviato*, cit., 48.

<sup>108</sup> Ci si riferisce a quanto sostenuto da Cass., Sez. un., 26 settembre 2006, n. 39298, Cieslinsky, cit., 517 ss.

<sup>109</sup> Già sotto il codice previgente si sosteneva che il pregiudizio fosse «immanente» nella circostanza pura e semplice che lo schema legale non si fosse realizzato: CORDERO, *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., 703 ss.

<sup>110</sup> Cfr., per tutti, VOENA, *Atti*, cit., 276-277.

<sup>111</sup> Non può essere condivisa la tesi giurisprudenziale (cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. VI, 8 febbraio 2012, Meloni, in *Mass. Uff.*, n. 252428) che riconnette la sussistenza dell'interesse *ex art. 182 c.p.p.* al riscontro dell'esistenza di una «lesione sostanziale» o di un «pregiudizio effettivo» ai diritti della parte che abbia dedotto la nullità. A maggior ragione, è erroneo sostenere che l'art. 182 c.p.p. autorizzi il giudice a considerare «estinto» l'interesse all'osservanza della norma, se la violazione della regola processuale sia in concreto inoffensiva, in quanto «compensata» dall'attribuzione di una facoltà processuale equivalente: la tesi, qui criticata, è di APRATI, *Effettivo pregiudizio e nullità*, cit., 198 ss. Sul punto v. le condivisibili affermazioni di DI PAOLO, *La sanatoria delle nullità nel processo penale*, Padova, 2012, p. 132. V., altresì, IASEVOLI, *La nullità nel processo penale partecipato: ovvero legalità e garanzie nell'etica della responsabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 686-687, secondo la quale «il criterio dell'effettiva lesività del vizio è oggetto di una valutazione *ex post*, perciò incompatibile con la valutazione di invalidità *ex ante* operata *ab origine* dal legislatore con la previsione della sanzione processuale».

<sup>112</sup> Inoltre, rimarrebbe salvo il dovere del giudice - nell'ipotesi di nullità a regime intermedio - di rilevare d'ufficio il vizio.

<sup>113</sup> Così, CARNEVALE, *L'interesse ad impugnare nel processo penale: Ristampa emendata*, Torino, 2014, 275.

<sup>114</sup> Orbene, se per interesse ad impugnare si intende l'aver subito, a monte, un pregiudizio giuridicamente rilevante e, nel contempo, il poter conseguire un vantaggio giuridicamente apprezzabile all'esito del giudizio d'impugnazione (BARGIS, *Impugnazioni*, in AA.VV., *Compendio di procedura*

attivi per garantire l'osservanza delle disposizioni di legge anche laddove vi sia un incontro di volontà tra le parti sull'irrogazione della pena<sup>115</sup>. L'eventuale emissione di una sentenza di patteggiamento fondata su atti invalidi costituirebbe una violazione di tale dovere e, pertanto, non potrebbe essere negato alle parti un controllo di legittimità volto a porre rimedio all'*error in procedendo*<sup>116</sup>. Uno *ius receptum* che ammettesse una tacita e irrevocabile abdicazione al diritto d'impugnare, da esprimersi *ex ante*, risulterebbe in contrasto non solo con la legge, ma anche con l'art. 111, comma 7, Cost., poiché verrebbe ridotto l'ambito oggettivo d'impugnabilità. Quanto detto vale, *a fortiori*, a seguito dell'innovazione apportata dall'art. 448, comma 2 *bis*, c.p.p.<sup>117</sup>

Vi è chi afferma che le argomentazioni della giurisprudenza consolidata siano in realtà mere «giustificazioni di facciata», dietro le quali si celerebbe «il lato più opaco della pratica del pregiudizio effettivo»<sup>118</sup>. In altri termini, nelle motivazioni delle pronunce, sarebbe individuabile una suggestione di fondo: la concezione che l'imputato con la richiesta di accesso a un procedimento speciale non rinunci soltanto all'esercizio del contraddittorio, ma disponga anche dei tempi del processo. Il rispetto delle garanzie processuali comporta un sacrificio in termini di speditezza del procedimento. Nel caso in cui l'imputato opti per un rito deflativo del dibattimento, acconsentendo, così, ad un'accelerata decisione sul merito, egli non potrebbe più pretendere un rigoroso controllo di legalità sugli atti compiuti<sup>119</sup>.

---

*penale*, cit., 818), «risulta arduo non riconoscerlo in capo all'imputato in vista dell'annullamento di una sentenza che gli applichi una pena»: così, SANNA, *L'eclissi della legalità nel rito negoziale: limiti al ricorso per Cassazione nel disegno di riforma all'esame del Parlamento*, cit., 930.

<sup>115</sup> Gli attori del negozio esprimono la volontà che si applichi la pena nel rispetto della legalità: v., in tal senso, NOBILI, *Gli atti a contenuto probatorio nella fase delle indagini preliminari*, in *Crit. dir.*, 1991, n. 2, 12.

<sup>116</sup> Anche qualora le parti «abbiano in qualche modo avallato, con il loro accordo, l'errore di diritto del giudice» non si può escludere che «chi ne sia danneggiato mantenga l'interesse ad impugnare la sentenza»: così, CAPRIOLI, *Limiti alla ricorribilità della sentenza patteggiata in caso di pena illegale*, cit., 293.

<sup>117</sup> Sul tema v., ampiamente, SANNA, *Il "patteggiamento" tra prassi e novelle legislative*, Padova, 2018, 202 ss.

<sup>118</sup> Così, CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., 70-71-72. V., in tal senso, anche VARRASO, *La "sanatoria" delle nullità*, in Giarda-Varraso, *L'aggiornamento del giudizio abbreviato*, cit., 292, il quale riconduce il fenomeno all'interno della più generale e «discutibile scelta pretoria» di ampliare la categoria delle sanatorie delle nullità attraverso letture sostanziali, in ossequio al principio di offensività processuale.

<sup>119</sup> Questa è la ricostruzione proposta da ORLANDI nell'incontro tenutosi nella primavera del 2001 organizzato dalla Associazione Franco Bricola a Bologna sul tema *Formazioni e deformazioni del processo penale*. V. il resoconto di CAIANIELLO-MANTOVANI, *L'irruzione della negozialità nel sistema*

Se davvero è questo il pensiero che ha spinto il diritto vivente a circoscrivere le ipotesi di rilevanza delle nullità nei riti speciali, allora emerge con nettezza quella pericolosa tendenza giurisprudenziale – da cui è necessario prendere le distanze – volta a concepire le forme quali «inutili orpelli»<sup>120</sup>, in spregio al corollario della tassatività<sup>121</sup>.

Appare però semplicistico sostenere che la creazione giurisprudenziale della sanatoria generalizzata sia un risultato derivante dalla sola applicazione del criterio del pregiudizio effettivo. Una simile ricostruzione non darebbe conto della gravità del fenomeno. La non lesività delle nullità (salvo quelle assolute), a seguito della richiesta di un giudizio speciale, è stata “sancita” una volta per tutte dalla giurisprudenza, la quale si è indebitamente accollata il compito, riservato al legislatore, di bilanciare interessi contrapposti<sup>122</sup>. Successivamente, il giudice non ha mai più fatto impiego della – pur criticabile – teoria sostanzialistica al fine di vagliare, nel singolo caso di specie, la concreta offensività del vizio<sup>123</sup>. Le varie pronunce hanno rigorosamente osservato il *dictum* delle Sezioni unite, sovente richiamandolo in motivazione, senza mai preoccuparsi della sua infondatezza<sup>124</sup>.

È evidente la disfunzione del sistema. Il diritto vivente si è «progressivamente emancipato» dal diritto vigente, fino a sostituirsi a esso, diventandone il «sicario»<sup>125</sup>. A “farne le spese” è l'imputato, il quale si trova a dover

penale. *Il ciclo di Seminari 2000/2001 dell'Associazione Franco Bricola*, in *Ind. pen.*, 2002, 1211-1214.

<sup>120</sup> CATALANO, *Le invalidità alla deriva*, cit., 107.

<sup>121</sup> V. *supra*, § 1.

<sup>122</sup> La Corte di legittimità, nel creare la presunzione *iuris et de iure* di sanatoria, ha commesso, inoltre, errore di ricollegare l'effetto sanante, non già al provvedimento di accoglimento della richiesta di accesso, bensì alla mera presentazione dell'istanza. I problemi della ricostruzione giurisprudenziale emergono nel caso in cui il giudice rigetti o dichiari inammissibile la domanda: cfr. DI CHIARA, *Le nullità*, cit., 239. L'errore è stato recepito dal legislatore nel nuovo comma 6 *bis* nell'art. 438 c.p.p. (v. *amplius infra*, § 5).

<sup>123</sup> V., però, Cass., Sez. un., 26 settembre 2006, n. 39298, Cieslinsky, cit., 517, che ricollega la non deducibilità della nullità all'interno del giudizio abbreviato a una carenza di interesse e quindi all'assenza di un pregiudizio. Tale mancanza di lesività del vizio, tuttavia, viene ritenuta insita nella richiesta del giudizio speciale, senza che l'imputato possa dar prova della sussistenza di un effettivo nocimento.

<sup>124</sup> Quasi che fosse la Corte di cassazione la fonte primaria del diritto: v., tra le più recenti, Cass., Sez. IV, 14 marzo 2017, n. 16131, Nucciarelli, Rv. 26960901. Cfr., in senso critico, FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, cit., 1270. La giurisprudenza «ha sostituito le proprie opzioni politiche a quelle originariamente compiute dal legislatore»: così, con specifico riferimento alle invalidità processuali nel giudizio abbreviato, MAZZA, *Ideologie della riforma Orlando*, cit., 216.

<sup>125</sup> Cfr., in chiave critica, FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, cit., 1269-1270; conf., v. GARUTI, *Proposte per la ricostruzione*

scegliere tra l'accesso ai riti speciali e il rispetto della legalità processuale. Giustificare la deriva in parola invocando esigenze di celerità processuale è palesemente erroneo. La Corte costituzionale è chiarissima: diritto di difesa e principio di ragionevole durata «non possono [neppure] entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento»<sup>126</sup>. Nemmeno all'interno dei riti deflativi, dunque, le garanzie processuali possono essere compresse.

La già rammentata pronuncia delle Sezioni unite del 2012 avrebbe potuto segnare un punto di svolta, non tanto per aver ammesso la rilevabilità dell'incompetenza per territorio nel giudizio abbreviato, quanto per aver sconfessato con le proprie argomentazioni l'orientamento dominante.

In particolare, le Sezioni unite hanno messo in luce la rilevanza costituzionale delle disposizioni in materia di competenza per territorio e di quelle legate all'opzione per il rito alternativo: le prime sono «espressione della generale prescrizione del giudice naturale precostituito per legge»; le seconde sono inerenti all'esercizio del diritto di difesa. Inoltre, non vi era alcun dato normativo – testuale o sistematico – da cui ricavare la regola per cui l'imputato avrebbe dovuto essere obbligato a scegliere tra l'esercizio del diritto di accesso a un giudizio speciale e quello di essere giudicato dal proprio giudice naturale<sup>127</sup>. Insomma, forzare, mercé un'interpretazione giurisprudenziale<sup>128</sup>, gli imputati, nei cui confronti sia esercitata l'azione penale davanti al giudice incompetente, a rinunciare ai riti alternativi per assicurare effettività alla legalità in tema di competenza, avrebbe causato «ingiustificabili effetti discriminatori», dando luogo a «seri problemi di costituzionalità».

Le conclusioni meritano piena condivisione.

Tuttavia, le stesse ragioni valgono, in sostanza, per le questioni di nullità, anch'esse espressione di valori costituzionali: da qui un'ulteriore confutazione dell'opinione che attribuisce valenza sanante al consenso *ex art.* 111,

*sistematica del processo accusatorio: la fonte costituzionale*, in *questa Rivista*, ed. *on-line*, 2017, n. 3, 13. Sul tema cfr. MAZZA, *Ideologie della riforma Orlando*, cit., 229 ss.

<sup>126</sup> Corte cost., n. 317 del 2009, cit., 4762. V., altresì, Corte cost., n. 318 del 2008, in *Giur. cost.*, 2008, spec. 3411. Sul tema v. BUZZELLI, voce *Processo penale (ragionevole durata del)*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010, spec. 1020; NACAR, *I termini e la ragionevole durata del processo penale*, Torino, 2012, 71 ss.; nonché, più di recente, FERRUA, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, in *Quest. giust.*, 2017, 109 ss.

<sup>127</sup> Tali considerazioni erano state già svolte da Cass., Sez. I, 5 luglio 2011, n. 34686, Bega, cit., secondo cui non è possibile «escludere in radice per l'imputato il diritto di essere giudicato con il rito abbreviato dal suo giudice naturale».

<sup>128</sup> Ma – si dovrebbe aggiungere – anche attraverso l'introduzione di un'apposita disposizione di legge, come poi è avvenuto con la l. n. 103 del 2017: v. *infra*, § 5.

comma 5, Cost.<sup>129</sup>

Invece, le Sezioni unite hanno limitato il più possibile gli effetti, potenzialmente dirimpenti dal punto di vista sistematico, della propria decisione. E presta il fianco a critiche la parte di motivazione in cui viene affermato che solo le norme in materia di competenza avrebbero copertura costituzionale, mentre il regime delle nullità sarebbe posto a mero «presidio della conformità degli atti processuali a quanto prescritto dalla legge per la loro formazione». Non si può dimenticare che la disciplina delle nullità è preordinata alla tutela del «principio di stretta legalità processuale»<sup>130</sup>, inteso come limite all'esercizio dei poteri discrezionali dell'autorità pubblica<sup>131</sup>. In altre parole, la prescrizione legislativa di un comportamento a pena di nullità impone un dovere di rigorosa osservanza delle forme, le quali, a loro volta, sono espressione di valori costituzionali<sup>132</sup>. Pertanto, l'imputato che intende esercitare il proprio diritto costituzionalmente protetto di accedere a un rito speciale non può essere "costretto" a rinunciare alle garanzie costituzionali (sancite dagli artt. 13, 14, 15, 24 comma 2, 27 comma 2, 111 Cost.)<sup>133</sup> presidiate dalle norme in materia di nullità; tali garanzie non sono certo di minor rilievo rispetto all'interesse, anch'esso di rango costituzionale, tutelato dalle disposizioni sulla competenza per territorio (art. 25 Cost.)<sup>134</sup>.

<sup>129</sup> In tal senso, TODARO, *Il volto attuale del giudizio abbreviato tra questioni deducibili e implicazioni di sistema*, in *Cass. pen.*, 2013, 587.

<sup>130</sup> NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, cit., 19.

<sup>131</sup> «L'attuale regime improntato alla legalità, consacrata dall'art. 177 c.p.p., pone indubbiamente una robusta barriera nei confronti della tendenza ad aprire alla discrezionalità»: così, AMODIO, *Il fascino ingannevole del pregiudizio effettivo (a proposito di abuso del processo)*, in *Cass. pen.*, 2012, 3596.

<sup>132</sup> Calpestare le forme significa calpestare i valori e principi aventi rilevanza costituzionale: così, NOBILI, *Forme e valori duecento anni dopo*, in *Id.*, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, cit., 3. V., in tal senso, MAZZA, *Il pregiudizio effettivo fra legalità processuale e discrezionalità del giudice*, cit., 698, secondo cui «non esistono forme processuali che non sottendano valori costituzionali».

<sup>133</sup> «Detto altrimenti, quale disposizione o quale istituto processuale non sarebbe attuazione del diritto inviolabile di difesa, del diritto alla libertà personale o di altri diritti fondamentali costituzionalmente protetti? Di fatto, quali aspetti della disciplina processuale possono dirsi estranei all'attuazione del combinato degli artt. 13, 14, 15, 24 comma 2, 27 comma 2, 111 e 112 Cost.?»: così, MAZZA, *Il pregiudizio effettivo fra legalità processuale e discrezionalità del giudice*, cit., 698.

<sup>134</sup> Si pensi, ad esempio, alle nullità a regime intermedio poste a tutela dell'intervento, dell'assistenza e della rappresentanza dell'imputato, di cui art. 178, comma 1, lett. c), c.p.p. Esse sono strumentali a garantire il diritto costituzionale di difesa (artt. 24 e 111, comma 3, Cost.), che non può considerarsi subordinato rispetto al valore presidiato dalle norme sulla competenza: in tal senso, FANULI, *La nullità nel processo penale*, cit., 229 ss. La tesi appare accreditata da quanto disposto dall'art. 180 c.p.p. che prevede un confine di deducibilità addirittura più ampio rispetto a quello sancito dall'art. 21, comma 2, c.p.p.: TODARO, *Il volto attuale del giudizio abbreviato tra questioni deducibili e im-*

In breve, le Sezioni unite si fermano a metà del guado, non avendo avuto il coraggio di innescare quella «rivoluzione» giurisprudenziale che un diverso principio di diritto affermato avrebbe potuto comportare<sup>135</sup>. Pur prendendo le distanze dall'orientamento che concepisce la richiesta di accesso al rito alternativo quale forma di sanatoria indifferenziata, le Sezioni unite non hanno metabolizzato il diritto vivente sul fronte delle nullità processuali.

Così, la tesi giurisprudenziale dominante ne è uscita sostanzialmente indenne, pronta per essere formalmente recepita nella l. n. 103 del 2017.

### 5. Il nuovo comma 6 *bis* dell'art. 438 c.p.p.: profili critici.

L'infelice assunto di matrice pretoria è oggi cristallizzato nel comma 6 *bis* dell'art. 438 c.p.p. Il legislatore mostra così di condividere la prassi consolidata; allo stesso tempo, però, ne attesta il carattere creativo: un'interpretazione che poggia su solide fondamenta non abbisogna di essere codificata<sup>136</sup>. L'innovazione, poi, riguarda esclusivamente il giudizio abbreviato. Da qui l'impossibilità di attribuire in via esegetica un effetto sanante al consenso prestato per l'applicazione della pena *ex* 444 c.p.p.<sup>137</sup>

In ogni caso, v'è da domandarsi se un tale congegno sanante si ponga in armonia con i canoni del giusto processo. L'art. 111, comma 1, Cost. impone al legislatore, da un lato, la ristretta osservanza del criterio di determinatezza, dall'altro, di regolare ogni svolgimento giurisdizionale in modo che questo possa definirsi "giusto". Orbene, su entrambi i versanti, l'art. 438, comma 6 *bis*, c.p.p. espone il fianco a fondate critiche.

In breve, con riguardo al primo aspetto, il legislatore si è mostrato incapace di tradurre le proprie scelte in fattispecie chiare e precise<sup>138</sup>. Se lo scopo

*plicazioni di sistema*, cit., 586-587. In breve, obbligare l'imputato a rinunciare alle eccezioni di nullità relativa e intermedia, per ottenere l'accesso al rito abbreviato, configura una soluzione di dubbia compatibilità costituzionale in relazione al diritto di difesa: DI PAOLO, *La sanatoria delle nullità nel processo penale*, cit., 187. Sul tema v. *amplius infra*, § 5.

<sup>135</sup> Così, ancora, TODARO, *Il volto attuale del giudizio abbreviato tra questioni deducibili e implicazioni di sistema*, cit., 585.

<sup>136</sup> In tal senso, MARAFIOTI, *Riforme-zibaldone, legislazione "giurisprudenziale" e gestione della prassi processuale*, cit., 554; nonché MAZZA, *Legge e potere: l'irruzione delle Corti sovranazionali*, cit., 15-16.

<sup>137</sup> V. sul tema DI CHIARA, *Sub art. 1, comma 45, l. n. 103 del 2017*, cit., 3499. Anche se - è appena il caso di dirlo - i limiti al ricorso per cassazione configurati dall'art. 448, comma 2 *bis*, c.p.p. rendono comunque intangibile l'accordo *quoad poenam* affetto da *errores in procedendo* non rilevati dal giudice di prime cure: per alcuni rilievi critici, v. SANNA, *Il "patteggiamento" tra prassi e novelle legislative*, cit., 207 ss.

<sup>138</sup> FERRUÀ, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della*

- pur deprecabile - era quello di escludere un rigoroso controllo di legalità all'interno del giudizio abbreviato per aumentarne la celerità<sup>139</sup>, la novella avrebbe - quantomeno - dovuto ricollegare l'effetto sanante al provvedimento di accoglimento della domanda del rito. Invece, è la mera presentazione della richiesta a determinare «la sanatoria delle nullità, sempre che non siano assolute, [...] la non rilevabilità delle inutilizzabilità, salve quelle derivanti dalla violazione di un divieto probatorio [e a] preclude[re] altresì ogni questione sulla competenza per territorio del giudice». Insomma, ancora una volta, la portata della disposizione trascende l'intenzione del legislatore<sup>140</sup>. La previsione, così come formulata, lascia campo aperto a tendenze esegetiche che condurrebbero alla «completa irrazionalità del sistema»<sup>141</sup>. Ben può la domanda di giudizio abbreviato essere rigettata, se subordinata a un'integrazione probatoria. In tal caso, stante il tenore letterale della norma, vi è il rischio che la giurisprudenza consideri ugualmente integrata la fattispecie della sanatoria, avendo l'imputato comunque manifestato la volontà di accedere al rito.

Un simile esito potrebbe essere scongiurato solo da un'esegesi fortemente ortopedica. Bisognerebbe sostenere che l'accoglimento della richiesta

---

*riforma Orlando*, cit., 1267.

<sup>139</sup> La manovra legislativa, soprattutto in tema di riti speciali, «punta con tenacia su deflazione e contingentamento di tempi e risorse»: LORENZETTO, *Processo penale e legge n. 103 del 2017: la riforma che non c'è*, cit., 1068. In generale, sull'esigenza economica sottesa alle disposizioni dei riti speciali v. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, cit., 594. Il fine del legislatore era, però, soprattutto quello di rendere meno appetibile la via del giudizio abbreviato: così, SCALFATI, *Tomografia di una riforma*, in *La riforma della giustizia penale*, cit., 9 ss.

Tocca, in ogni caso, precisare che «la costruzione della fattispecie [...] rende ovvia l'inesistibilità dell'effetto sanante ai vizi, seppur di natura relativa o intermedia, incorsi dopo la conversione»: LAVARINI, *Il nuovo "volto" del giudizio abbreviato*, cit., 174.

<sup>140</sup> Il quale, recependo pedissequamente e acriticamente il *dictum* di Cass., Sez. un., 21 giugno 2000, n. 16, Tammara, cit., 3259, che ancorava l'effetto sanante alla presentazione dell'istanza di accesso al giudizio abbreviato, senza però porsi il problema dell'eventualità in cui questa non fosse accolta, è così andato oltre l'obiettivo che si era preordinato. Cfr. VARRASO, *La "non rilevabilità" della inutilizzabilità nel giudizio abbreviato*, in Giarda-Varraso, *L'aggiornamento del giudizio abbreviato*, cit., 288, secondo cui l'art. 438, comma 6 *bis*, c.p.p. rappresenta una conferma della volontà della l. n. 103 del 2017 di «trasformare in norma il diritto giurisprudenziale».

<sup>141</sup> LAVARINI, *Il nuovo "volto" del giudizio abbreviato*, cit., 173, nota 51, secondo cui, comunque, «non può seriamente dubitarsi [...] che tutte le preclusioni [...] siano condizionate all'accoglimento [della richiesta]». Conf., FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, cit., 1266, per il quale è «evidente che l'effetto si realizza solo in quanto la richiesta sia accolta, ossia disposto l'abbreviato». *Contra*, PASTA, *Le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato dopo la riforma Orlando: due cause di fallimento*, in *questa Rivista*, ed. *on-line*, 2017, n. 2, 22, secondo cui il dato testuale induce a ritenere che l'effetto sanante scaturisca dalla richiesta e non dall'accesso al rito speciale.



d'integrazione probatoria sia condizione dell'esistenza stessa della domanda di giudizio abbreviato<sup>142</sup>. In caso di diagnosi negativa sull'oggetto della condizione apposta la richiesta del rito speciale sarebbe *tamquam non esset* e, dunque, non vi sarebbe alcuna sanatoria. Invero, anche condividendo la tesi secondo cui a venir meno – con il rigetto della richiesta d'integrazione probatoria – sia solamente l'efficacia del consenso prestato ex art. 111, comma 5, Cost.<sup>143</sup>, si potrebbe giungere alla medesima conclusione: l'effetto caducatorio, derivante dalla mancata realizzazione della condizione, dovrebbe retroagire fino a travolgere la sanatoria in parola, dando luogo alla reviviscenza delle nullità<sup>144</sup>. La conclusione dovrebbe valere per tutte le ipotesi in cui, a causa della modifica dell'imputazione o di un mutamento del quadro probatorio, sia necessaria una nuova richiesta (ancorché tacita): il consenso originario, essendo stato prestato con riguardo ad un diverso fatto storico o in relazione a un differente paniere probatorio, dovrebbe perdere retroattivamente tutti gli effetti, in quanto privato del requisito della consapevolezza<sup>145</sup>.

---

<sup>142</sup> Per questa impostazione, in ordine alla fisionomia della richiesta "complessa", v. DI CHIARA, Sub art. 438, in *Codice di procedura penale commentato*, II, cit., 1606, per il quale, «nel caso di diagnosi negativa circa l'accogliibilità della richiesta accessoria, la richiesta principale si avrà per non proposta».

<sup>143</sup> Cfr., nel senso che l'accoglimento della richiesta d'integrazione probatoria è condizione di efficacia della domanda di giudizio abbreviato, MAFFEO, voce *Giudizio abbreviato*, *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 2003, 10; NEGRI, Sub art. 438, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., 1977; ORLANDI, *Procedimenti speciali*, cit., 626.

<sup>144</sup> «Il negato accesso al rito o il ripristino di quello ordinario (v. art. 441 bis, comma 4, c.p.p.) rende pacifica la riemersione del diritto a far valere le menzionate invalidità» (MARANDOLA, *Modifiche ai riti speciali*, cit., 1322).

Si potrebbe, dunque, affermare che la sanatoria in discorso non opera neppure quando la prova richiesta, e ammessa dal giudice ex art. 438, comma 5, c.p.p., non sia poi assunta. Ravvisano nell'effettiva assunzione di tutte le prove indicate dall'imputato una condizione di efficacia della richiesta complessa: ORLANDI, *Procedimenti speciali*, cit., 632; ZACCHÈ, *Prova dichiarativa richiesta ex art. 438 c.p.p. e non avveramento della condizione*, in *Dir. pen. cont.*, ed. on-line del 13 novembre 2012, 2 ss. La mancata integrazione probatoria, anche se dovuta a circostanze sopravvenute e imprevedibili che ne impediscano l'acquisizione, renderebbe improduttiva di effetti la manifestazione di volontà, sicché il processo dovrebbe regredire alla fase antecedente la richiesta ex art. 438, comma 5, c.p.p.: in tal senso, pur con diversità di accenti, v. DI DEDDA, *Il giudizio abbreviato condizionato: limiti della rinuncia al contraddittorio e jus poenitendi dell'imputato*, in *Ind. pen.*, 2003, 240; PASTA, *I confini mobili delle deroghe al contraddittorio: il rito abbreviato subordinato a condizione non verificatasi*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2013, 1955; ZACCHÈ, *Prova dichiarativa richiesta ex art. 438 c.p.p. e non avveramento della condizione*, cit., 8; contra, BRUNO, *L'ammissibilità del giudizio abbreviato*, Padova, 2007, 216; ORLANDI, Sub art. 29 l. n. 479 del 1999, in *Leg. pen.*, 2000, 454; nonché Cass., Sez. un., 19 luglio 2012, n. 41461, Bell'Arte, in *Dir. pen. cont.*, ed. on-line del 30 ottobre 2012, con nota di LEO.

<sup>145</sup> Quando l'imputato, a seguito delle nuove contestazioni ex art. 441 bis c.p.p., chiede che il proce-

Ritenere, però, che questa tesi possa trovare applicazione nella prassi è approdo tutt'altro che sicuro. Anzitutto, una simile ricostruzione non è condivisa dal diritto vivente: la suprema Corte, al fine di impedire possibili regressioni processuali, non riconosce alcuna efficacia retroattiva al mancato avveramento della condizione di cui all'art. 438, comma 5, c.p.p.<sup>146</sup> In secondo luogo, la *fictio iuris* non potrebbe trovare applicazione nell'ipotesi in cui la domanda di giudizio abbreviato sia dichiarata inammissibile perché tardiva<sup>147</sup>. Del pari, qualora l'istanza d'accesso al rito venga revocata

---

dimento prosegua nelle forme ordinarie, l'originaria richiesta di giudizio abbreviato non è più idonea a dispiegare l'effetto sanante (così, LAVARINI, *Il nuovo "volto" del giudizio abbreviato*, cit., 184; MARANDOLA, *Modifiche ai riti speciali*, cit., 1322). L'accusato, infatti, «aveva chiesto d'essere giudicato nell'udienza preliminare su quel fatto: mutato il tema storico, dipende da lui confermare o non la scelta del rito speciale»: CORDERO, *Procedura penale* (2012), cit., 980. Una volta modificata l'imputazione, è necessario che l'imputato presti, ancorché tacitamente, un nuovo consenso ex art. 111, comma 5, Cost. (v., però, sull'idoneità di quest'ultimo a produrre l'efficacia di cui all'art. 438, comma 6, c.p.p. *infra*, nota 156). Qualora invece opti per la retrocessione al rito ordinario, la legge salva solamente l'efficacia degli atti compiuti ai sensi degli art. 438, comma 5, c.p.p. e 441, comma 5, c.p.p.

Del pari, sembra da escludere l'operatività della sanatoria in parola qualora l'imputato eserciti la facoltà di revoca della richiesta prevista dal nuovo quarto comma dell'art. 438 c.p.p. (cfr. LAVARINI, *Il nuovo "volto" del giudizio abbreviato*, cit., 184; *contra*, PASTA, *Le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato dopo la riforma Orlando: due cause di fallimento*, cit., 22; sul tema cfr., inoltre, le osservazioni di SPANGHER, in *Atti Parl. Cam., XVII leg., Commissione giustizia, Indagine conoscitiva*, res. sten. seduta 19 febbraio 2015, 24). La domanda di giudizio abbreviato è stata presentata in relazione a un quadro probatorio diverso rispetto a quello risultante dal compimento della c.d. «controindagine» (DI CHIARA, *Sub art. 1, comma 41, l. n. 103 del 2017*, cit., 3497) del pubblico ministero. Il consenso per essere produttivo di effetti dev'essere consapevole, ossia fondato sulla conoscenza di tutti gli atti d'indagine cui si riconosce il valore di prova: così, GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del): II diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, IX agg., Roma, 2001, 9; MAZZA, voce *Contraddittorio (principio del): II diritto processuale penale*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014, 257; ZACCHÈ, *Il giudizio abbreviato*, cit., 221. V. sull'importanza della consapevolezza del consenso Corte EDU, sent. 23 giugno 2011, Petrov c. Bulgaria, § 38-39; sent. 28 settembre 2006, Andandonskiy c. Russia, § 53-55; sent. 5 dicembre 2002, Craxi c. Italia, § 90-91. Orbene, il consenso originario, essendo prestato con riguardo a un paniere probatorio che è successivamente mutato, non potrebbe più dirsi consapevole ed efficace. Pertanto, la revoca della richiesta altro non è che l'attestazione di una già avvenuta perdita di tutti gli effetti dell'originario consenso. Al contrario, il mancato esercizio della facoltà di revoca deve essere considerato alla stregua di una richiesta implicita e, in quanto tale, è idoneo a dispiegare il ventaglio di effetti di cui all'art. 438, comma 6 *bis*, c.p.p.

<sup>146</sup> Le vicende concernenti l'effettiva acquisizione della prova dopo la rituale instaurazione del rito condizionato «sono ininfluenti rispetto alla stabilità del giudizio, l'eventuale retrocessione del processo deve ritenersi non consentita e, quindi, illegittima, pur se sollecitata dallo stesso imputato»: così, Cass., Sez. un., 19 luglio 2012, n. 41461, Bell'Arte, cit., il cui ragionamento appare a tratti illogico. V., in chiave critica, PASTA, *I confini mobili delle deroghe al contraddittorio: il rito abbreviato subordinato a condizione non verificatasi*, cit., 1955 ss.; ZACCHÈ, *Prova dichiarativa richiesta ex art. 438 c.p.p. e non avveramento della condizione*, cit., 5 ss.

<sup>147</sup> V. sul termine finale per proposizione della domanda Cass., Sez. un., 27 marzo 2014, n. 2214,

prima che il giudice si pronunci<sup>148</sup>, l'effetto sanante dovrebbe comunque dispiegarsi<sup>149</sup>. Il problema, dunque, permane; e la soluzione dev'essere cercata altrove.

Il quadro si complica ulteriormente se si pensa che tale ventaglio di effetti scaturisce dalla richiesta *ex art. 438 c.p.p.* «proposta nell'udienza preliminare». Prescindendo dalle ipotesi – espressamente disciplinate – di “conversione” dei riti speciali<sup>150</sup>, v'è da chiedersi se la sanatoria in esame debba operare qualora la domanda venga formulata fuori udienza<sup>151</sup>, nonché nel

Frija, in *Giur. it.*, 2014, 1511 ss., con nota critica di LORUSSO. La sanatoria dovrebbe, altresì, operare qualora la richiesta sia circoscritta solo ad alcuni capi d'imputazione. È opinione consolidata in giurisprudenza, nonostante diversi argomenti smentiscano la conclusione (v. ZACCHÈ, *Il giudizio abbreviato*, cit., 54), che la c.d. domanda frazionata di giudizio abbreviato sia inammissibile, poiché frustrerebbe gli obiettivi di deflazioni perseguiti dal legislatore (v., per tutte, Cass., Sez. II, 27 marzo 2008, n. 20575, Di Paola, in *Cass. pen.*, 2009, 2531 ss.). Non determina, invece, la sanatoria delle invalidità in questione la richiesta di giudizio abbreviato che difetta del requisito della legittimazione soggettiva. In tal caso, infatti, non vi è una manifestazione di volontà riconducibile all'imputato. Quanto detto vale sia se si consideri la richiesta in parola un atto personalissimo (v., per questa ricostruzione, ORLANDI, *Procedimenti speciali*, cit., 623) sia qualora si ritenga più corretto definirla un atto personale in quanto delegabile (v. ZACCHÈ, *Il giudizio abbreviato*, cit., 42).

<sup>148</sup> La richiesta di giudizio abbreviato è da ritenersi revocabile fino a quando non sia intervenuto il provvedimento di ammissione del rito: cfr., *ex plurimis*, ALBANO, *Irrevocabile il giudizio abbreviato condizionato ad integrazione probatoria impossibile?*, in *Cass. pen.*, 2008, 4213; RAITERI, *Profili del “nuovo” giudizio abbreviato*, in *Giur. it.*, 194; ZACCHÈ, *Il giudizio abbreviato*, cit., 52; nonché Cass., Sez. IV, 28 marzo 2008, n. 19528, in *Mass. Uff.*, n. 239764.

<sup>149</sup> Salvo, ovviamente, che la richiesta sia revocata ai sensi dell'art. 438, comma 4, c.p.p. così come modificato dalla l. n. 103 del 2017. V. *supra*, nota 145.

<sup>150</sup> Invero, il legislatore, nel sancire l'applicazione della regola di cui al comma 6 *bis* dell'art. 438 c.p.p. alle ipotesi di trasformazione in rito abbreviato del giudizio direttissimo, del giudizio immediato e del decreto penale di condanna, ha lasciato intatto il potere dell'imputato di eccepire l'incompetenza per territorio solo qualora abbia richiesto il giudizio abbreviato a seguito del decreto che dispone il giudizio immediato. Tuttavia, non solo all'interno del giudizio immediato, ma nemmeno all'interno del procedimento per decreto è presente uno spazio processuale nel quale l'imputato possa eccepire l'incompetenza. La scelta di non estendere la possibilità di eccepire l'incompetenza territoriale, in caso di domanda di rito abbreviato presentata in sede di opposizione al decreto penale di condanna, appare irragionevole e quindi contraria all'art. 3 Cost.: cfr., RICCARDI, *Il restyling del giudizio abbreviato nella riforma del processo penale: nullità, inutilizzabilità e incompetenza per territorio, tra conferme e alcune contraddizioni*, cit., 17; VARRASO, *Le trasformazioni del rito e il giudizio abbreviato atipico*, in Giarda-Varraso, *L'aggiornamento del giudizio abbreviato*, cit., 299. Sulle implicazioni scaturenti dal silenzio del legislatore cfr. ALESCI, *La nuova fisionomia del giudizio abbreviato tra normativizzazione del dato giurisprudenziale e lacune interpretative*, cit., 194-195; LAVARINI, *Il nuovo “volto” del giudizio abbreviato*, cit., 182; LEO, *Sub art. 438*, in AA.VV., *Codice di procedura penale. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, VI, a cura di Lattanzi-Lupo, Agg., Milano, 2017, 162.

<sup>151</sup> È ammessa, pur se la prassi la annovera non di frequente, una richiesta scritta di giudizio abbreviato, formulata fuori udienza e depositata in cancelleria: così, pur con precisazioni diverse, ORLANDI, *Sub art. 27 l. n. 479 del 1999*, cit., 443; POTETTI, *Mutazioni del giudizio abbreviato. In particolare il giudizio abbreviato condizionato (art. 438 comma 5 c.p.p.)*, in *Cass. pen.*, 2001, 328; ZACCHÈ, *Il*

caso in cui sia avanzata nell'udienza di comparizione a seguito della citazione diretta a giudizio.

Al primo quesito dev'essere data risposta positiva: il legislatore, con ogni probabilità, ha inteso riferirsi alla "fase" dell'udienza preliminare; altrimenti «il congegno [creato sarebbe] irragionevolmente dispari»<sup>152</sup>. Non dispiega alcun effetto sanante, invece, il consenso prestato nell'ipotesi di cui all'art. 555, comma 2, c.p.p. L'esplicito riferimento contenuto nell'art. 438, comma 6 *bis*, c.p.p. all'udienza preliminare induce ad escludere che la norma in questione rientri tra le disposizioni richiamate dall'art. 556 c.p.p.<sup>153</sup>. Neppure la via dell'applicazione analogica dell'art. 438, comma 6 *bis*, c.p.p. è percorribile. Sono infatti vietate, stante il tenore dell'art. 111, comma 1, Cost., integrazioni tese a limitare «la posizione e le garanzie processuali di colui a carico del quale sia instaurato il procedimento»<sup>154</sup>. Alla medesima conclusione si perviene in relazione all'ipotesi di "conversione" dal rito ordinario a quello abbreviato dopo le nuove contestazioni ai sensi degli artt. 516 e 517 c.p.p.<sup>155</sup> Parimenti, non sembra idonea a produrre gli effetti di cui all'art. 438, comma 6 *bis*, c.p.p. la richiesta implicita di rito speciale a seguito della modifica dell'imputazione *ex art. 441 bis c.p.p.*<sup>156</sup>

---

*giudizio abbreviato*, cit., 94; *contra*, LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., 410; nonché Trib. Milano, 25 gennaio 2001, in *Foro ambr.*, 2001, 208.

<sup>152</sup> Così, DI CHIARA, *Sub art. 1, comma 45, l. n. 103 del 2017*, cit., 3498-3499.

<sup>153</sup> V., invece, MARANDOLA, *Modifiche ai riti speciali*, cit., 1323, la quale, sulla base del rinvio integrale alla disciplina del giudizio abbreviato operata dall'art. 556 c.p.p., ritiene che sia applicabile la regola di cui all'art. 438, comma 6 *bis*, c.p.p. ai procedimenti per reati a citazione diretta a giudizio; conf., LAVARINI, *Il nuovo "volto" del giudizio abbreviato*, cit., 173, nota 50.

<sup>154</sup> UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., 47; MAZZA, *Imputazione e "nuovi" poteri del giudice dell'udienza preliminare*, cit., 40; VOENA, *Atti*, cit., 175. Sul tema v. *amplius supra*, nota 3.

<sup>155</sup> Sul tema, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, v. CASSIBBA, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., 297 ss.

<sup>156</sup> È pacifico che il silenzio dell'imputato a fronte dell'aggiornamento dell'accusa debba essere considerato alla stregua di una richiesta implicita di giudizio abbreviato (cfr. LAVARINI, *Il nuovo giudizio abbreviato*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 768; MAFFEO, *Il giudizio abbreviato*, Napoli, 2004, 310-311; NEGRI, *Garanzie dell'imputato e modifica dell'accusa*, in Marzaduri-Negri, *Modificazioni alla disciplina di termini di custodia cautelare nel giudizio abbreviato*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 686; ZACCHE', *Il giudizio abbreviato*, cit., 151-152). Tuttavia, essendo il consenso tacito "prestato", non già «nell'udienza preliminare», bensì in sede di rito abbreviato, da un simile contegno non può scaturire né la sanatoria delle invalidità in parola né la preclusione delle deduzioni di cui all'art. 21 c.p.p. (a maggior ragione qualora il presupposto processuale che determina l'incompetenza del giudice emerga solo per effetto della modifica dell'imputazione: sul tema, ma con riferimento alle contestazioni patologiche, v. Cass., Sez. I, 12 dicembre 2007, Filippone, in *Cass. pen.*, 2009, 1079-1080; Cass., Sez. VI, 30 novembre 2006, Pacifico e altri, *ivi*, 2006, 4008; nonché BACCARI, *Fluidità dell'imputazione e competenza per territorio. I correttivi introdotti dalla Cassazione nel caso "S.M.E."*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 917 ss.).

L'eventuale disparità di trattamento che potrebbe derivare da simili lacune può essere ovviata soltanto dal legislatore o dalla Corte costituzionale<sup>157</sup>. Inoltre, lascia spazio a diverse interpretazioni il disposto che ricollega alla richiesta di giudizio abbreviato la «non rilevabilità delle inutilizzabilità, salve quelle derivanti dalla violazione di un divieto probatorio»<sup>158</sup>. Del tutto oscura e dai confini incerti è, infine, la preclusione - scaturente sempre dalla domanda di accesso al rito - di «ogni questione sulla competenza per territorio del giudice»<sup>159</sup>.

<sup>157</sup> Ma - ovviamente - è tutt'altro che auspicabile un intervento volto a estendere la portata dell'art. 438, comma 6 *bis*, c.p.p. In ogni caso, resta da capire se la giurisprudenza cercherà di colmare la lacuna richiamando l'assunto dell'orientamento consolidato *ante* riforma oppure se - finalmente - rimetterà in discussione tale *dictum* tramite un'esegesi *a contrario*, stante la circoscrizione dell'operatività della sanatoria alla sola richiesta presentata in udienza preliminare.

<sup>158</sup> Gli artefici della disposizione intendevano recepire il *dictum* di Cass., Sez. un., 21 giugno 2000, n. 16, Tammaro, cit., 3259, riproponendo la nota distinzione tra inutilizzabilità «fisiologica» e inutilizzabilità «patologica»: così, non senza aver prima posto in luce l'ambiguità della locuzione in parola, BASSI, *Le modifiche in tema di rito abbreviato*, in *Riforma Orlando: tutte le novità*, a cura di Pardi, Milano, 2017, 59-60; FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, cit., 1266-1267; LAVARINI, *Il nuovo "volto" del giudizio abbreviato*, cit., 174; VARRASO, *La "non rilevabilità" della inutilizzabilità nel giudizio abbreviato*, cit., 289-290. V., però, NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, cit., 6-7, secondo cui il legislatore, «succube delle brame magistraturali», avrebbe implicitamente ammesso l'esistenza di una sottospecie d'inutilizzabilità patologica affidata in via esclusiva all'onere di eccezione delle parti e, pertanto, sanabile. Conf., MAFFEO, *I procedimenti speciali*, cit., 154-155; SCALFATI, *Tomografia di una riforma*, cit., 10; SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, cit., 93.

<sup>159</sup> L'interpolazione normativa si esprime in modo diametralmente opposto rispetto a quanto sostenuto da Cass., Sez. un., 29 marzo 2012, n. 27996, Forcelli, cit., 572 ss., e dalle successive pronunce (v., per tutte, Cass., Sez. VI, 19 gennaio 2015, Frumenzio e altri, in *Mass. Uff.*, n. 262063). La domanda di giudizio abbreviato, pertanto, sembra impedire alle parti di dolersi di un eventuale rigetto dell'eccezione d'incompetenza territoriale avanzata nei termini e prima della richiesta in discorso: in tal senso, MARANDOLA, *Modifiche ai riti speciali*, cit., 1322; PILLA, *I procedimenti speciali (commi 41-51-53 l. n. 103/2017)*, cit., 173. V., però, LAVARINI, *Il nuovo "volto" del giudizio abbreviato*, cit., 174, la quale giunge alla conclusione opposta: ciò sulla base dell'argomento - assai suggestivo - che il termine "preclusione" si presti ad essere inteso «alla stregua di decadenza, all'atto della conversione del rito, dal potere di sollevare questioni di competenza, ferma però la facoltà di coltivarle se proposte - e rigettate - prima della conversione stessa»; cfr., nello stesso senso, BASSI, *Le modifiche in tema di rito abbreviato*, cit., 63. V'è da chiedersi, inoltre, se la disposizione in parola precluda al giudice di rilevare la propria incompetenza nel corso del giudizio abbreviato. Se così fosse, la previsione, oltre a smentire quel minoritario orientamento giurisprudenziale che considera il giudice pur sempre giudice della propria competenza (Cass., Sez. VI, 7 gennaio 1999, De Mita, in *Mass. Uff.*, n. 213343; Cass., Sez. I, 27 luglio 1992, Gannuscio, in *Mass. Uff.*, n. 191471), «esporrebbe il fianco a seri dubbi di legittimità costituzionale, almeno se si muove dalla premessa per cui il giudice naturale ex art. 25 Cost., assicurato dalle norma sulla competenza, non sarebbe valore disponibile»: così, CASSIBBA, *Sub art. 21, in Codice di procedura penale commentato*, I, cit., 398. Premessa che, tra l'altro, appare condivisa da Cass., Sez. II, 11 marzo 2016, Tramontana, in *Mass. Uff.*, n. 266232. Per alcune riflessioni circa l'estensibilità della preclusione in parola alle questioni d'incompetenza

Insomma, se «le parole (e così i loro vizi) contano quando si scrivono i testi» e «contano, non meno, quando li leggiamo»<sup>160</sup>, era doveroso che la novella esibisse ben altra qualità lessicale: c'è in gioco il canone costituzionale della legalità formale. Invece, dall'interpolazione dell'art. 438, comma 6 *bis*, c.p.p. emerge, ancora una volta, quel riprovevole «disordine verbale»<sup>161</sup> che affligge il legislatore<sup>162</sup>.

Ma, al di là del linguaggio normativo poco sorvegliato, preme evidenziare che «non basterebbe dotare la regola di un contenuto esatto» affinché il corollario della determinatezza possa dirsi rispettato: «conta pure, a questo fine, il criterio sostanziale calato entro lo schema formale della norma»<sup>163</sup>. Il legislatore deve conferire alle regole un carattere di precisione e di densità tale da renderle idonee a frenare l'arbitrio del magistrato<sup>164</sup>. È indispensabile, a tal scopo, che la legge assicuri l'effettiva attuazione delle disposizioni processuali prescrivendo sanzioni e rimedi per le relative inosservanze<sup>165</sup>. Da qui la necessità che tutte le norme processuali concretanti principi costituzionali siano presidiate da apposite invalidità<sup>166</sup>. Queste ultime, a loro

per materia «per eccesso» e per connessione, si rinvia a LAVARINI, *Il nuovo "volto" del giudizio abbreviato*, cit., 182.

<sup>160</sup> Così, NOBILI, *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Bologna, 2009, 310.

<sup>161</sup> VINCENTI, voce *Linguaggio normativo*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, Milano, 2015, 677.

<sup>162</sup> Sul tema, in generale, v. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, *passim*. Cfr. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, cit., 1267, secondo il quale il legislatore si è dimostrato «incapace di esprimere correttamente le sue scelte».

<sup>163</sup> Così, NEGRI, *Dallo 'scandalo' della vicenda Taricco risorge il principio di legalità processuale*, cit., 11.

<sup>164</sup> La norma processuale penale deve essere «idonea a delimitare la discrezionalità giudiziaria»: in tal senso, Corte cost., n. 24 del 2017, cit., la quale, nel censurare gli approdi di Corte giust. UE, Grande Sezione, sent. 8 settembre 2015, C-105/14, Taricco, cit., ha messo in luce - nella parte finale dell'ordinanza - l'importanza del canone di determinatezza delle disposizioni processuali. V., nel senso che anche la decisione della Corte di giustizia debba essere «chiara, determinata, tassativa», MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, cit., 370.

<sup>165</sup> Il legislatore deve sviluppare un insieme di regole volte a «ottimizzare» la reazione agli errori: così, autorevolmente, CONSO, *Il concetto e la specie d'invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, 1955, 24 ss. Tale necessità veniva sottolineata già nel XIX secolo da CRIVELLARI, *Le nullità in materia penale*, in *Riv. pen.*, 1881, 249 ss., secondo cui «la garanzia dell'accusa e della difesa richiede che il procedimento, tanto nella parte istruttoria, quanto nella parte che si riferisce al giudizio, sia circondato di formalità importanti, la cui osservanza deve essere mantenuta rigorosamente. Codeste formalità devono in genere costituire altrettante ancore, cui in dati casi la società, la parte privata e l'accusato possano aggrapparsi per tutelare i propri diritti».

<sup>166</sup> Così, con particolare riferimento all'obbligo di motivazione *ex art.* 111, comma 6, Cost., VOENA, *Atti*, cit., 181.

volta, devono essere saldamente ancorate al corollario della tassatività<sup>167</sup>. Si porrebbe, dunque, in contrasto con il canone della determinatezza una previsione che attribuisse al giudice il potere di disconoscere la sussistenza delle nullità sulla base di una diagnosi legata alla concreta lesività del vizio: l'inevitabile discrezionalità di una simile valutazione «potrebbe agevolmente degradare nel più deprecabile soggettivismo»<sup>168</sup>.

Se così è, allora occorre muovere un ulteriore passo avanti nella riflessione. Anche una disposizione che consente a una parte processuale di “trarre beneficio” da un suo comportamento contrario alle norme codicistiche poste a tutela di un'altra parte è costituzionalmente sindacabile: non sarebbe scongiurato il rischio di condotte “non ortodosse”; e, dunque, non verrebbe assicurata la rigida osservanza delle regole procedurali imposta dal canone della legalità formale<sup>169</sup>. È ben vero che misurare la legittimità costituzionale di una norma con il metro della sua attitudine a favorire pratiche eversive è un compito assai arduo per il Giudice delle leggi<sup>170</sup>. È al-

<sup>167</sup> «La tassatività delle nullità genera infatti una sorta di principio di affidamento, che si sostanzia, anzitutto, nel rispetto delle forme»: PAULESU, «*Pregiudizio effettivo*» e nullità degli atti processuali penali, cit., 887. Sul legame tra il regime rigido delle invalidità e le esigenze di prevedibilità e di certezza del diritto v. LA ROCCA, *La tassatività delle nullità negli itinerari mutevoli della giurisprudenza*, cit., 13. Sul fondamento costituzionale della tassatività v. IASEVOLI, *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2012, 64.

<sup>168</sup> Così, incisivamente, CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, cit., 2452; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., 191; MARANDOLA, *La patologia dell'atto processuale: indirizzi sostanziali vs legalità formale*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1056. La teoria del pregiudizio effettivo, oltre a non assicurare il contenimento dei tempi di definizione dei processi (SANTALUCIA, *Riflessioni sistematiche*, in *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, cit., 716 ss.), metterebbe a rischio la stessa imparzialità del giudice (PAULESU, «*Pregiudizio effettivo*» e nullità degli atti processuali penali, cit., 888). Benché risalenti, valgono sempre le osservazioni di LUCCHINI, *Giustizia per tutti*, in *Riv. pen.*, 1901, 496, secondo il quale «una volta riconosciuta la necessità di un atto, [...] far dipendere la sorte della causa dall'arbitrio del magistrato, dal suo apprezzamento intorno alla possibile influenza della inosservanza della legge sull'esito del procedimento, si risolverebbe nella più completa esautorazione della legge medesima e nel disconoscimento delle guarentigie da essa stabilite». Del resto, la tesi del pregiudizio effettivo presenta «due gravi inconvenienti: l'innegabile difficoltà di valutare, nella maggior parte dei casi, l'influenza della violazione formale sulla decisione impugnata; il pericolo di abbandonare completamente alla discrezione del magistrato la valutazione del pregiudizio» (così, nel corso dei lavori preparatori del codice del 1913, la *Relazione ministeriale al progetto 1905*, in *Commento al codice di procedura penale*, II, a cura di Mortara, Torino, 1913, 106).

<sup>169</sup> Come sottolineato anche da Corte EDU, sent. 22 giugno 2000, Coeme e altri c. Belgio, § 102, la regolamentazione del processo penale ha proprio lo scopo di proteggere la persona inquisita contro i rischi degli abusi di potere. Cfr., inoltre, MAZZA, *I protagonisti del processo*, cit., 64. V., più in generale, NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, cit., 181 ss.

<sup>170</sup> Significativa è la presa di posizione della Corte costituzionale sul tema: «le situazioni prospettate come patologiche, proprio perché non attinenti al normale funzionamento della disciplina denunciata, non possono essere poste a base di una pronuncia di illegittimità costituzionale» (Corte cost., n. 16 del 2006, in *Giur. cost.*, 2006, 122), poiché gli interventi diretti ad impedire gli abusi «sono ri-

trettanto vero, però, che «il divieto di abuso [...] nella sua funzione di vincolo all'esercizio della discrezionalità legislativa» non può essere «sottostimato»: la predisposizione di congegni legali che favoriscano manovre abusive costituisce senz'altro un «vizio effettivo del quadro normativo»<sup>171</sup>; e, pertanto, dà luogo a una violazione dell'art. 111, comma 1, Cost.<sup>172</sup>

Se si muove da questa premessa, i dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 438, comma 6 *bis*, c.p.p. sono tutt'altro che infondati.

La previsione invece di prevenire e sanzionare possibili abusi attribuisce un indebito vantaggio al pubblico ministero che, nel corso delle indagini preliminari (o comunque prima della formulazione dell'istanza ex 438 c.p.p. da parte della difesa), abbia violato norme processuali sancite a pena di nullità (relativa o intermedia). Le conseguenze di simili inosservanze ricadono tutte sull'imputato. Quest'ultimo, nell'ipotesi in cui il giudice dell'udienza preliminare erroneamente rigetti le tempestive deduzioni, deve rinunciare al rito speciale, se intende ancora dolersi delle avvenute violazioni. Il rilievo coglie maggiormente nel segno se si pensa alle ipotesi in cui si proceda ai sensi degli artt. 453 ss. e 459 ss. c.p.p.: qui la posizione dell'imputato è ancor meno tutelata, poiché dal compimento di atti nulli da parte dell'organo d'accusa discende *ex lege* l'immediata compressione delle prerogative difensive; il tutto a causa dell'assenza di un contesto nel quale sia possibile dedurre le nullità prima della formulazione dell'istanza di accesso al giudizio abbreviato.

Detto altrimenti, la norma consente all'autorità pubblica di imporre all'imputato una scelta tra la deroga al contraddittorio nella formazione del e il rispetto della legalità processuale, quasi che quest'ultima fosse un valore disponibile<sup>173</sup>. Ma v'è di più. La previsione spoglia di una facoltà processuale, non già la parte che ha violato le regole procedurali, bensì quella

servat[i] alla discrezionalità del legislatore» (Corte cost., n. 281 del 2009, *ivi*, 2009, 3915).

<sup>171</sup> In questi termini, CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, cit., 2461.

<sup>172</sup> Cfr. GREVI, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di "giusto processo" penale (tra "ragionevole durata", diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, in ID., *Alla ricerca di un processo penale «giusto»*, Milano, 2000, 327 ss. Cfr., inoltre, CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004, 62 ss., secondo la quale le norme che si prestano ad agevolare manovre abusive sarebbero costituzionalmente sindacabili sotto il profilo della necessaria «razionalità».

<sup>173</sup> Tocca rammentare che è sempre la legge – e non la discrezionalità del giudice – a dover regolare «i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato» (art. 111, comma 5, Cost.): cfr. Busetto, *Il contraddittorio per la legalità, la legalità per il contraddittorio*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2017, 353. La disciplina legale è elemento costitutivo di ogni svolgimento giurisdizionale. Del resto, «nessuno auspicherebbe un processo fondato sul *bon plaisir* del giudice, alla cui discrezionalità fosse rimessa l'individuazione delle garanzie di volta in volta ritenute idonee»: così, Ferrua, *Il "giusto processo"*, cit., 95.



che ha subito tali violazioni. È evidente allora l'incentivo, per l'organo requirente, all'inosservanza delle norme codicistiche. Altresì palese è la violazione del corollario della determinatezza<sup>174</sup>, la cui finalità è proprio quella di frenare «l'arbitrio del magistrato, così da difendere l'individuo presunto innocente contro gli abusi di autorità»<sup>175</sup>.

Inevitabile, poi, il contrasto con gli altri caratteri «universalizzabili»<sup>176</sup> del giusto processo. L'art. 438, comma 6 *bis*, c.p.p. trasforma un'incomprimibile forma di esercizio del diritto di difesa<sup>177</sup>, la richiesta del rito alternativo, in una rinuncia alle garanzie costituzionali presidiate dalle disposizioni in materia di nullità. Dal compimento di atti nulli da parte del pubblico ministero deriva un'ingiustificata limitazione del diritto di difesa dell'imputato, il quale è posto di fronte a una decisione *tranchante*<sup>178</sup>. Detto altrimenti, l'ampiezza delle facoltà difensive di ciascun individuo accusato è determinata da una scelta discrezionale dell'autorità pubblica. Da qui l'inosservanza del vincolo discendente dall'art. 111, comma 3, Cost., nella parte in cui prevede che l'imputato debba disporre delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa<sup>179</sup>. È sempre bene ricordare che, nel giudi-

<sup>174</sup> La stessa critica - si badi - sarebbe mossa anche qualora la norma attribuisse un indebito vantaggio alla parte privata e, dunque, si prestasse a un abuso del diritto di difesa (sulla distinzione tra abuso del processo e abuso del diritto v. ORLANDI, *I diritti processuali e il loro abuso nella recente esperienza italiana*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, n. 3, 51-52). Pure in quel caso il legislatore avrebbe il dovere di predisporre degli antidoti o, comunque, delle «opportune “contropinte”»: ORLANDI, *Abuso del diritto o diritto all'abuso?*, in *Cass. pen.*, 2012, 3604. V., inoltre, FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 117; nonché CHIAVARIO, *Garanzie individuali ed efficienza del processo*, in *Cass. pen.*, 1998, 1526. Cfr., in chiave problematica, AMODIO, *L'abuso delle forme degli atti processuali penali*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2016, 630 ss.

<sup>175</sup> NEGRI, *Dallo 'scandalo' della vicenda Taricco risorge il principio di legalità processuale*, cit., 10.

<sup>176</sup> FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 91. Il concetto di “giusto processo” si sostanzia non solo nei valori già sanciti in Costituzione e nelle fonti internazionali, ma anche «in tutta una serie di garanzie che vanno al di là di quelle esplicitamente enunciate»: UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., 133. L'art. 111, comma 1, Cost. impone, dunque, una riserva di legge rinforzata in materia processuale: FOIS, *Il modello costituzionale di giusto processo*, in *Rass. parl.*, 2000, 575.

<sup>177</sup> Cfr., *ex plurimis*, Corte cost., n. 333 del 2009, in *Giur. cost.*, 2009, 4952, con nota di CAIANIELLO; Corte cost., n. 148 del 2004, *ivi*, 2004, 1557-1558, con osservazioni di ESPOSITO; Corte cost., n. 70 del 1996, *ivi*, 1996, 659 ss., con nota di AMATO; Corte cost., n. 497 del 1995, *ivi*, 1995, 4236, con nota di SCALFATI; Corte cost., n. 265 del 1994, *ivi*, 1994, 2162, con nota di RETICO; Corte cost., n. 214 del 1993, *ivi*, 1993, 1603 ss., con nota di RIVELLO; Corte cost., n. 76 del 1993, *ivi*, 1993, 687 ss., con nota di MARGARITELLI; Corte cost., n. 277 del 1990, *ivi*, 1990, 1677.

<sup>178</sup> V., anche se con riguardo alla preclusione di «ogni questione sulla competenza per territorio», CARACENI, *La legge 103/2017 e i significativi ritocchi alla disciplina del giudizio abbreviato*, cit., 17.

<sup>179</sup> La previsione costituzionale costituisce un'opportuna specificazione della solenne - ma opaca - proclamazione dell'inviolabilità del diritto di difesa ex art. 24, comma 2, Cost.: cfr., FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 122; SCARAPONE, *Il diritto di difesa dell'imputato nella Costituzione e nelle Convenzioni internazionali*, in AA.VV., *Il diritto di difesa dalle indagini preliminari ai riti alternativi*, in

zio di bilanciamento tra interessi contrapposti volto a individuare i tempi e le condizioni ex art. 111, comma 3, Cost., le esigenze di speditezza processuale svolgono un ruolo «sussidiario»<sup>180</sup>. Il legislatore avrebbe dovuto, quantomeno, salvaguardare il nucleo essenziale delle singole prerogative costituzionali<sup>181</sup>. Così non è stato: forzare l'imputato, mercé la disposizione in parola, a rinunciare a un diritto costituzionalmente garantito affinché sia assicurato il rispetto della legalità processuale significa prevedere delle condizioni per la difesa tutt'altro che ragionevoli<sup>182</sup>.

Inoltre, se è vero che la presunzione d'innocenza implica la legalità del processo<sup>183</sup>, l'art. 438, comma 6 *bis*, c.p.p. suscita ulteriori dubbi di legitti-

memoria di Pisapia, Milano, 1997, 25; UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., 183-184. Se così è, allora giunge al medesimo approdo LAVARINI, *Il nuovo "volto" del giudizio abbreviato*, cit., 174-175, secondo cui «non appare conforme all'art. 24 comma 2 Cost. costringere l'imputato a scegliere irrevocabilmente se optare per il rito speciale o far valere l'invalidità». Per uno spunto in questo senso, prima della l. n. 103 del 2017, cfr. DI PAOLO, *La sanatoria delle nullità nel processo penale*, cit., 187; TODARO, *Il volto attuale del giudizio abbreviato tra questioni deducibili e implicazioni di sistema*, cit., 585.

<sup>180</sup> FERRUA, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, cit., 112-113; nonché Corte cost., n. 317 del 2009, cit., 4762; cfr., in senso contrario, GREVI, *Spunti problematici sul nuovo modello costituzionale di "giusto processo" penale (tra "ragionevole durata", diritti dell'imputato e garanzia del contraddittorio)*, cit. 327; RICCIO, *Note sulla ragionevole durata del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2011, 4524 ss. Ciò, ovviamente, se si parte dalla premessa che la ragionevole durata del processo costituisca una garanzia «oggettiva» di buon funzionamento della giustizia (condividono questa tesi, fra i tanti, FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 108 ss.; PULITANÒ, *Tempi ragionevoli e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 507 ss.; TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2015, 43-44; v., invece, per la concezione soggettiva della ragionevole durata, AMODIO, *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 797 ss.; MAFFEI, *Il diritto al confronto con l'accusatore*, Piacenza, 2003, 290 ss.

<sup>181</sup> FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 114.

<sup>182</sup> È sempre bene tenere a mente il monito della Consulta: «Un processo non 'giusto', perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata» (Corte cost., n. 317 del 2009, cit., 4762; v., altresì, Corte cost., n. 318 del 2008, cit., 2008, spec. 3411). Insomma, il legislatore, per dare attuazione al principio della ragionevole durata, non può imporre all'imputato la rinuncia a una facoltà difensiva costituzionalmente garantita. Sulla necessaria ragionevolezza delle condizioni legali per la difesa v., anche con particolare riferimento alla conoscenza dei termini stabiliti a pena di decadenza, Corte cost., n. 446 del 1997, in *Giur. cost.*, 1997, 3945 ss.; Corte EDU, sent. 17 dicembre 1996, Vacher c. Francia, § 28.

<sup>183</sup> «La presunzione d'innocenza [...] si pone a fondamento del canone *nullum crimen, nulla poena sine iudicio*». Come risulta anche dalla previsione contenuta nell'art. 6, comma 2, Conv. eur. dir. uomo (e analogamente nell'art. 14, comma 2, Patto intern. dir. civ. pol.), essa «si connette strettamente alle esigenze di legalità processuale»: così, UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., 223. V., poi, la nota pronuncia Corte EDU, sent. 22 giugno 2000, Coeme e altri c. Belgio, § 102. Cfr., in dottrina, BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di Kostoris, Milano, 2014, 103; CASSIBBA, *Commento all'art. 6 Cedu*, in Buzzelli-Casiraghi-Cassibba-Concolino-Presacco, *Art. 6 - Diritto a un equo processo*, in AA.VV., *Corte di Strasburgo*

mità costituzionale. Al di là del contrasto con l'art. 6, comma 2, Conv. eur. dir. uomo (che, di per sé, giustificerebbe la declaratoria di incostituzionalità per violazione dell'art. 117 Cost.<sup>184</sup>), viene in gioco, ancor prima, l'art. 27, comma 2, Cost., da leggersi in combinato disposto con l'art. 111, comma 1, Cost.<sup>185</sup> Arduo sostenere che la colpevolezza nel giudizio abbreviato sia «legalmente accertata» se il giudice decide sulla base di atti invalidi, ma non più deducibili né rilevabili, data la presunzione *iuris et de iure* di volontà sanante.

Infine, anche dal punto di vista della ragionevolezza la disposizione presta il fianco a critiche. Stante la sinergia tra l'art. 111, comma 1, Cost. e l'art. 3 Cost.<sup>186</sup>, dalla mancata osservanza da parte del legislatore del canone della determinatezza discendono «ingiustificabili effetti discriminatori»<sup>187</sup>. Se l'ampiezza delle garanzie difensive dipende dalla condotta del pubblico ministero (e del giudice dell'udienza preliminare), il rischio di una disparità di trattamento tra imputati nella medesima situazione non può essere scongiurato. In breve, l'art. 438, comma 6 *bis*, c.p.p. è foriero di disuguaglianze<sup>188</sup>.

Auspicato un intervento della Corte costituzionale, appare, però, opportuna una precisazione. La dichiarazione d'illegittimità costituzionale della

*e giustizia penale*, a cura di Ubertis-Viganò, Torino, 164; MAZZA, *I protagonisti del processo*, cit., 64.

<sup>184</sup> Cfr. Corte cost., n. 348 del 2007, cit., 3475; Corte cost., n. 349 del 2007, cit., 3535. Sull'ampio dibattito circa l'idoneità a fungere da parametro interposto nello scrutinio di costituzionalità, alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost., delle interpretazioni fornite dalla Corte europea (a proposito dei requisiti dell'equità processuale di cui all'art. 6 Conv. eur. dir. uomo) si rimanda alle robuste prese di posizione di FERRUA, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, n. 4, 121; EAD., *Le dichiarazioni dei testi 'assenti': criteri di valutazione e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 395; UBERTIS, *La "Rivoluzione d'ottobre" della Corte costituzionale e alcune discutibili reazioni*, in *Cass. pen.*, 2012, 19 ss. Cfr., inoltre, Corte cost., n. 210 del 2013, in *Giur. cost.*, 2013, 2933; Corte cost., n. 49 del 2015, cit., 408. V., infine, assai di recente, Corte cost., n. 36 del 2016, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>185</sup> L'assenza nell'art. 27, comma 2, Cost. di un esplicito riferimento alla legalità dell'accertamento penale non ne implica affatto il disconoscimento: così, CASSIBBA, *Commento all'art. 6 Cedu*, cit., 164.

<sup>186</sup> FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 92.

<sup>187</sup> Cass., Sez. un., 29 marzo 2012, n. 27996, Forcelli, cit., 572 ss.; nonché, sempre con riferimento alla preclusione di ogni questione sulla competenza per territorio, CARACENI, *La legge 103/2017 e i significativi ritocchi alla disciplina del giudizio abbreviato*, cit., 17. Sull'estensibilità degli argomenti alle nullità v. *supra*, § 4.

<sup>188</sup> Vi saranno taluni imputati, "più fortunati", che potranno optare per il giudizio abbreviato senza rinunciare ad alcunché; e altri, invece, che, a causa delle intervenute violazioni di norme poste a loro tutela e presidiate da apposite nullità, saranno forzati ad abdicare a un diritto costituzionalmente garantito.

previsione in parola per violazione dei soli principi di cui agli artt. 3, 24, comma 2, 27, comma 2, e 111, comma 3, Cost. sarebbe insoddisfacente: non verrebbe scongiurato il rischio di nuove prassi devianti e di nuove manovre legislative volte a recepirle.

Pertanto, occorre spostare il baricentro delle critiche dalla salvaguardia delle garanzie che connotano il giusto processo all'indispensabile precondizione per la loro effettiva tutela: il rispetto della legalità processuale<sup>189</sup>. Se le disposizioni processuali costituiscono la linfa e al contempo demarcano il potere del giudice<sup>190</sup>, il legislatore non può esimersi dal dovere costituzionale di formulare fattispecie idonee ad assicurare la massima fedeltà al testo scritto da parte dell'interprete<sup>191</sup>. Previsioni dal contenuto vago e norme, come quella in esame, che consentono e, addirittura, favoriscono l'inosservanza delle disposizioni codicistiche devono essere fermamente censurate dalla Consulta per violazione, *in primis*, del vincolo di determinatezza, di cui all'art. 111, comma 1, Cost.<sup>192</sup>

<sup>189</sup> Del resto, «la tutela della difesa e della libertà [...] non ha equivalenti al di fuori della legalità»: così, NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, cit., 36. Cfr., inoltre, Busetto, *Il contraddittorio per la legalità, la legalità per il contraddittorio*, 353, secondo cui «il diritto alla difesa e il contraddittorio rimangono incompiuti e fragili, quando refluisc[ono] nelle rigorose e robuste maglie della legalità processuale».

<sup>190</sup> In questi termini, LORUSSO, *Interpretazione, legalità processuale e convincimento del giudice*, cit., 11.

<sup>191</sup> V., in tal senso, Corte cost., n. 24 del 2017, cit., dietro il cui monito rivive l'intero filone di pensiero che, a partire dal Settecento riformatore, ha costantemente identificato nella determinatezza delle fattispecie processuali la precondizione per la tutela dei diritti dell'individuo presunto innocente: in tal senso, NEGRI, *Dallo 'scandalo' della vicenda Taricco risorge il principio di legalità processuale*, cit., 10. Per una ricostruzione di questa genealogia di pensiero, v. NOBILI, *Introduzione*, in Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*, Bologna, 2004, 17 ss., il quale ne riafferma la validità. Cfr., inoltre, GALGANI, *Diritto probatorio e successioni delle leggi nel tempo. Tempus regis actum?*, Torino, 2012, 43 ss.

È bene rammentare che la lacunosità della legge processuale penale è stata censurata anche dalla Corte di Strasburgo (Corte EDU, sent. 22 giugno 2000, Coeme e altri c. Belgio, § 102-103, sulla quale v. *supra*, nota 39). Tuttavia, mentre sul piano sopranazionale la prevedibilità del diritto processuale può essere garantita da un indirizzo consolidato della giurisprudenza (v. Corte EDU, sent. 2 giugno 2005, Claes c. Belgio, § 41; sent. 16 dicembre 1997, Tejedor Garcia c. Spagna, § 31), l'art. 111 Cost. affida al solo legislatore il compito di assicurare la certezza del diritto: NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, cit., 35-36.

<sup>192</sup> Non risultano, finora, declaratorie d'illegittimità costituzionale di una norma processuale per violazione del vincolo di cui all'art. 111, comma 1, Cost. Si registra – ma al di fuori dell'ambito processuale penale – un'ordinanza della Consulta che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento anche all'art. 111, comma 1, Cost.: Corte cost., n. 170 del 2009, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). Sui problemi che, nella dottrina processualciviltistica, ha sollevato la formula «regolato dalla legge» in rapporto al procedimento in camera di consiglio disciplinato dagli artt. 737 ss. c.p.c., v., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, DENTI, *La giustizia ci-*

A oggi, tuttavia, la soluzione è difficilmente attuabile<sup>193</sup>: l'effettiva tutela della legalità è ormai lasciata al solo diritto vivente<sup>194</sup>. Se questa è la direzione intrapresa, tocca allo studioso invertire la rotta. Del resto, la normativa costituzionale è più che mai «attrezzata»<sup>195</sup>. È giunto il momento che la scienza giuridica provi a dotare la legalità processuale di uno specifico statuto metodologico destinato a governare sia la legge sia l'interprete<sup>196</sup>. Solo così il legislatore potrà riacquistare la forza e le «capacità regolative» idonee a reprimere le prassi devianti<sup>197</sup>. Diversamente, il destino di ogni individuo presunto innocente continuerà ad essere rimesso all'arbitrio dell'autorità.

---

*vile: lezioni introduttive*, a cura di Cuomo Ulloa-Gamba-Passanante-Rota-Silvestri-Taruffo, Bologna, 2004, 78 ss.

<sup>193</sup> La soluzione presenta un limite: rimette al sindacato del giudice *a quo* l'effettiva tutela del canone della legalità formale.

<sup>194</sup> L'asse della legalità, nel corso degli anni, si è sempre più spostato verso la giurisprudenza: v., in chiave critica, tra gli ultimi, CAPRIOLI, *Il giudice e la legge processuale: il paradigma rovesciato*, cit., 978-979; FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e distinzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, cit., 1273; nonché MAZZA, *Il pregiudizio effettivo fra legalità processuale e discrezionalità del giudice*, cit., 700. Il tutto per una sorta di eterogenesi dei fini: il *Tribunal de Cassation* nacque in Francia, nel 1790, proprio allo scopo di reprimere le violazioni di legge e garantire la subordinazione del potere giudiziario alle previsioni legali (MAZZA, *Ideologie della riforma Orlando*, cit., 231).

<sup>195</sup> GARUTI, *Proposte per la ricostruzione sistematica del processo accusatorio: la fonte costituzionale*, cit., 14, secondo cui, però, «in presenza di questa mentalità, qualsiasi ulteriore arricchimento normativo in grado di assumere le caratteristiche del vincolo per il giudice, potrebbe essere facilmente bypassato in ragione delle più svariate giustificazioni».

<sup>196</sup> Evidenzia tale necessità, NEGRI, *Il processo penale a venticinque anni dalla riforma del codice*, in *Criminalia*, 2014, 229.

<sup>197</sup> FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, 2016, 178.