

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA
IN SISTEMA PENALE INTEGRATO E PROCESSO:
“VOLONTÀ E SISTEMA PENALE”

CAPITOLO I

1.Premessa.— 2. La nozione di “giurisdizione” nei contributi offerti dalla teoria generale del processo. — 2.1. (Segue). La nozione di “giurisdizione penale”. — 3. Primi cenni in ordine agli effetti della volontà sui connotati di essenza della giurisdizione penale. — 4. Il “consenso dell’imputato” quale consacrazione della rilevanza costituzionale della volontà in ambito processuale penale.

CAPITOLO II

1. Ricostruzione storicizzata del valore della “negozialità” fra procedura e diritto penale — 2. Categoria del “negozio giuridico” e sua inapplicabilità alla procedura penale. —3. Dal principio dispositivo alla “dispositività”: mutamenti di prospettive.

CAPITOLO III

1. Il recupero del contraddittorio (in senso soggettivo) ad opera di una manifestazione unilaterale di volontà: il riesame delle misure cautelari personali.— 2. Il recupero del contraddittorio (come metodo cognitivo) ad opera di una manifestazione unilaterale di volontà: il procedimento per decreto. —3. “Accordo processuale” e timide prospettive del suo superamento nell’evoluzione normativa sottesa all’applicazione di pena su richiesta delle parti. —4. Il “patteggiamento probatorio” ed i suoi riflessi sul principio di “disomogeneità fasica”. — 4.1 (Segue) Gli ambiti soggettivi ed oggettivi di operatività dell’istituto. — 4.2. (Segue) L’indisponibilità del metodo cognitivo nel corso del dibattimento: il comma *Ibis* dell’art. 507 c.p.p. — 5. La progressiva affermazione di un processo penale dell’imputato: la fisionomia del giudizio abbreviato a seguito delle modifiche apportate dalla l. n. 479 del 1999. — 5.1 (Segue). L’art. 441*bis* c.p.p. come istituto di sintesi delle nuove istanze volontaristiche sottese all’idea del processo “dell’imputato”. — 6. Conclusioni e prospettive *de iure condendo*.

BIBLIOGRAFIA

CAPITOLO I

1.Premessa.— 2. La nozione di “giurisdizione” nei contributi offerti dalla teoria generale del processo. — 2.1. (Segue). La nozione di “giurisdizione penale”. — 3. Primi cenni sugli effetti della volontà sui connotati di essenza della giurisdizione penale. — 4. Il “consenso dell’imputato” quale consacrazione della rilevanza costituzionale della volontà in ambito processuale penale.

1.Premessa.

La giurisdizione è certamente momento essenziale della organizzazione della *societas*, perché senza di essa verrebbe meno la giuridicità dell’ordinamento e, quindi, la sua capacità di affermarsi¹. Per tale ruolo, la giurisdizione riceve riconoscimento costituzionale sia sotto il profilo delle garanzie della organizzazione dell’ordine delegato a gestirla (art. 102 s.. Cost.), sia sotto il profilo delle garanzie dei soggetti che la attuano (artt. 101 e 112; 109 Cost.), sia, infine, sotto il profilo delle regole fondamentali che la guidano (art. 111 Cost.) e della tutela dei diritti inviolabili dell’individuo (artt. 24, 25, 13 ss. Cost.).

Dal che si inferisce la funzione di garanzia della giurisdizione penale ma anche la sua funzione ermeneutica nel riconoscimento o la “creazione” del diritto.

In questi termini, se giurisdizione e processo rappresentano funzione e suo luogo di esercizio² (ed in ciò sono distinguibili secondo una logica strumentale di fine e mezzo), giurisdizione e procedura non appaiono distinguibili, nella misura in cui le regole per il suo esercizio (= la procedura) sono fonte della legittimazione della funzione (= la giurisdizione), che raccoglie la delega che la società affida al suo potere (= la legalità)³.

Ed allora, allo scopo di determinarne gli elementi di essenza della “funzione”, si ritiene necessario, anzitutto, tentare di fornire una definizione della categoria “giurisdizione” per poi soffermarsi, in una prospettiva storicizzata, sull’evoluzione che la stessa ha avuto in ambito processuale penale. Infine, si passeranno in disamina i principi costituzionali inscriventi la fisionomia della giurisdizione nei suoi profili ordinamentali, statici e dinamici,

¹ RICCIO, *La procedura penale fra storia e politica*, Napoli, 2010, 179 ss.

² Secondo DALIA-PIERRO, *Giurisdizione penale* (Voce), in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1989, 1, «nel tempo il “concetto giuridico” di giurisdizione penale è stato lo specchio dell’idea stessa di processo penale fino al dissolvimento in quest’ultimo».

³ RICCIO, *La procedura penale fra storia e politica*, cit., 180.

cui seguirà, di volta in volta, la trattazione dei singoli istituti codicistici che di essa costituiscono attuazione.

2. La nozione di “giurisdizione” nelle posizioni di teoria generale.

La scienza giuridica ha da sempre cercato (e continua a cercare) una “definizione” della giurisdizione nel tentativo di ridurre a mero concetto un momento essenziale della vita sociale e giuridica, che non può essere compreso se non nella «integrale contemplazione di quella vita e delle sue profonde strutture»⁴. La più comune e la più generale manifestazione di questa tendenza è quella di ricondurre la giurisdizione allo Stato, qualificando la stessa come una sua “funzione” di cui si ricerca il contenuto specifico, in contrapposto ad altre particolari funzioni: «la giurisdizione può definirsi come la funzione destinata all’attuazione della norma concreta di legge, attuazione che ha carattere sostitutivo o surrogatorio: carattere distintivo, essenziale, della funzione è appunto quest’ultimo»⁵.

Questo atteggiamento, al quale sono dovuti gli sforzi tesi a fissare in vario modo lo “scopo” della giurisdizione, non è stato considerato di per sé illegittimo, né le definizioni che ne risultano apparirebbero fuorvianti; esse, però, sembrerebbero possedere un carattere più o meno convenzionale procedendo, cioè, «dal dato intuitivo di una differenza fra le funzioni dello Stato» e cercando «di tradurre in una formula quello che sembra essere il *proprium* della funzione giurisdizionale, per cui essa si distingue dall’amministrazione e dalla legislazione»⁶. In pratica, coloro che considerano la giurisdizione come una funzione dello Stato, corrono il rischio di “entificare” quest’ultimo, incorrendo nell’errore di considerarlo valore a sé e come tale al di fuori della “vita giuridica”; laddove, viceversa, il riferimento allo Stato si rivela imprescindibile quantomeno sul piano dell’esercizio del potere implicato dall’esercizio della funzione.

Sulla scorta di tale impostazione critica e volendo richiamare le sole teorie funzionalistiche di maggiore spessore, si è identificata l’essenza della giurisdizione nella “attuazione del diritto”, nella “composizione della lite”, nella “realizzazione delle sanzioni”, nella

⁴ In particolare REDENTI, *Intorno al concetto di giurisdizione*, in *Studi in onore di V. Simoncelli*, Napoli, 1916.

⁵ La definizione è di SEGNI, *Giurisdizione (in generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VII, Torino, 1959, 987.

⁶ Sul punto SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 218, secondo cui alla base di questi tentativi definitivi vi è un comune, diffusissimo equivoco: quello di considerare la giurisdizione come una funzione dello Stato, entificando quest’ultimo e mettendolo con ciò stesso, fuori della vita nella quale il fenomeno giurisdizionale si manifesta.

“sostituzione dell’attività pubblica all’attività altrui”; così come si sono posti in evidenza ora la garanzia esteriore della funzione (indipendenza del funzionario, contraddittorio, ecc.), ora la natura dell’interesse (pubblica per l’amministrazione, privata per la giurisdizione); ora il procedimento logico che precede l’atto (vincolo alla norma di legge e discrezionalità); ora la prevalenza del giudizio sulla volontà⁷. Questa pluralità di connotati induce a ritenere come essi siano tutti caratteri che evidentemente contengono elementi di verità, perché ciascuno di essi si ritrova nella giurisdizione, pur non essendo esclusivo di essa; pur tuttavia, la preferenza accordata all’una o all’altro è in definitiva il frutto di una opzione tra vari possibili, quindi, recherebbe in sé qualche cosa di arbitrario, tale da rendere ogni definizione per ciò solo inappropriata⁸.

Prendendo in considerazione, ad esempio, l’asserto secondo cui la giurisdizione consisterebbe nella “risoluzione di controversie”, di conflitti tra diritti subiettivi, si rivelerebbe subito come tale criterio, abbastanza comune, non possa accettarsi perché vi sono giudizi senza che vi sia una controversia o un conflitto di diritti subiettivi (es.: art. 282 c.p.c. 1865, art. 216 c.p.c. 1942), mentre si può avere risoluzione di controversie anche al di fuori del processo (per es., in materia di assicurazioni sociali; d.l. 4.10.1935, n. 1827, artt. 98 e 99)⁹.

Specularmente può argomentarsi se si reputa che la giurisdizione abbia per fine la “giusta” composizione della lite. La teoria, affine alla precedente, — che pure ha avuto una brillante ed autorevole formulazione¹⁰ — non è accolta nella letteratura più recente, essendosi obiettato che essa non si adatterebbe al processo penale ed al processo esecutivo oltre che a taluni tipici processi civili di cognizione nei quali non vi è lite¹¹.

La giurisdizione, poi, è stata identificata con l’«attuazione della legge mediante la sostituzione dell’attività degli organi pubblici all’attività altrui»¹². Il criterio distintivo della funzione, quindi, verrebbe riscontrato — secondo l’impostazione in discorso — nel

⁷ Le posizioni sono espresse, riepilogativamente da CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 259.

⁸ SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, cit., 218 ss.

⁹ Se alle caratteristiche sopra ricordate si aggiungesse anche quella che la risoluzione delle controversie è definitiva, questo sarebbe un effetto della natura giurisdizionale della decisione, e per ciò stesso inutile per identificare la natura dell’atto dal quale l’effetto sorge, natura che dovrebbe esser determinata in base a elementi intrinseci dell’atto stesso (le conclusioni sono di SEGNI, *Giurisdizione*, cit., 987).

¹⁰ CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1942, 99 ss. e 140 ss.

¹¹ Per una ricognizione critica sul punto, PISANI, *Problemi della giurisdizione penale*, Padova, 1987, 4 ss; cfr. SEGNI, *Giurisdizione*, cit., 988.

¹² Cfr. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., 301.

carattere di sostituzione, comune a tutte le forme di giurisdizione. Né parrebbe contrastare con questa concezione l'esistenza, ove sia ammessa, di giurisdizioni di diritto obiettivo nelle quali cioè non è in discussione un diritto subiettivo di una parte verso l'altra; anche qui l'organo giurisdizionale giudica su una norma che regola rapporti ai quali esso è estraneo; la caratteristica di questi processi è che dalla norma obiettiva non sorge alcun diritto di un soggetto verso altri.

La definizione "chiovendiana", nonostante tutto, è stata oggetto di notevoli obiezioni.

Innanzitutto, è apparsa alquanto singolare l'idea che nella "cognizione" si realizzi la sostituzione definitiva e obbligatoria dell'attività intellettuale del giudice all'attività intellettuale non solo delle parti, ma di tutti i cittadini nell'affermare esistente o non esistente una volontà di legge concernente le parti¹³.

Va detto, però, che sotto questo profilo la stranezza è più apparente che reale e che la formula "sostituzione di attività" si ridurrebbe ad un mero stilema, come tale innocuo ed accettabile; il punto di rottura dell'indirizzo considerato è dato dal fatto che, nella riferita definizione, la legge verrebbe concepita come una volontà esaustiva di tutta la realtà, un esterno comando posto in rapporto meramente formale con la giurisdizione, la quale si limiterebbe, appunto, ad attuare quel comando; «è come se si riducesse l'ordinamento ad uno spettacolare giuoco delle parti, di cui una pone la legge, l'altra l'applica, l'una comanda, l'altra trasmette il comando e obbedisce o fa obbedire. Lo stesso può dirsi per la composizione della lite o per l'attuazione di sanzioni, in che altri fa consistere, come si è detto, l'essenza della giurisdizione»¹⁴. Si riaffermerebbe, così, quell'idea illuministica della giurisdizione e del giudice messa in crisi da quando si è rivelata la limitatezza della "neutralità" del giudice¹⁵.

In ragione di tali premesse, si ritiene che l'approccio metodologico al tema debba essere diverso, reputandosi indispensabile per l'indagine il doveroso richiamo alla Costituzione ove l'insieme delle norme relative alla magistratura ed all'apparato giurisdizionale nonché

¹³ CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., II, 8.

¹⁴ Al riguardo, SATTA, *Giurisdizione*, cit., 220.

¹⁵ L'aspirazione al superamento della neutralità del giudice ha da sempre (v. TARELLO, *Atteggiamenti culturali sulla funzione del giurista-interprete*, in *Diritti enunciati, usi*, Bologna, 1974) espresso non solo l'esigenza di riempire gli spazi che le norme lasciano a disposizione dell'interprete (in questi termini, anche CONSO, *Dubbi in via di superamento: neutralità della scienza, neutralità del giurista*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970), ma anche la necessità di una ricostruzione del sistema normativo o giuridico in termini globali e l'opportunità di una decisa scoperta dell'ideologia che lo motiva, della logica che lo sostiene, degli strumenti che lo realizzano (così, RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Napoli, 1982).

alla giurisdizione in senso stretto lascia trasparire la corrispondenza tra la stessa e la “giustizia” (art. 101 Cost.: “la giustizia è amministrata in nome del popolo”). Di qui la considerazione che l’espressione non abbia natura filosofica né sia termine vagamente generico, quale talvolta tutti adoperiamo prescindendo da ogni ordinamento giuridico o magari in opposizione ad esso: «qui vi è una consapevole identificazione della giurisdizione con la giustizia (poiché tutto quello che nelle norme si dispone riguarda “la” giurisdizione), onde il termine ha un valore strettamente giuridico, assurge ad un autentico sinonimo dell’ordinamento»¹⁶.

L’assunto verrebbe giustificato da dati testuali offerti dal diritto positivo e, precisamente, dall’art. 65 ord. giud. dove è detto che la Cassazione «quale organo supremo della giustizia, assicura l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge». Il riferimento assume rilievo in quanto porrebbe in modo assai chiaro, e positivamente non trascurabile, la relazione tra legge (attuazione della legge, attraverso la sua osservanza e interpretazione) e giurisdizione — cioè giustizia — riempiendo, però, di nuovi contenuti la formula “attuazione della legge”, essendo riservato al giudice il compito di concretamento della legge, funzione attuata attraverso l’interpretazione.

Quest’opera di mediazione per l’attuazione della legge riceverebbe conferma dal ruolo stesso della Cassazione che, contestualmente, svolge il compito di organo supremo della giustizia e di realizzazione della uniformità della interpretazione.

In termini di teoria generale, l’osservazione non sarebbe di poco conto perché condurrebbe a valutare criticamente l’espressione “attuazione della legge”, alla quale tutte le altre possibili funzioni si possono ricondurre. Ad un’attenta analisi, essa rivelerebbe come la legge sia personificata, o comunque oggettivata in un comando, esterno alla realtà, che si attua; cioè si uniforma alla stessa la realtà, attraverso un’operazione meramente formale, qual è appunto quella di chi “interpreta” la volontà altrui. Se sono esatti tali rilievi, la risoluzione della giurisdizione nella giustizia implicherebbe la radicale negazione di ogni rapporto formale e, dunque, la totale ricreazione del diritto nel fatto¹⁷.

Ebbene, lasciando da parte le disquisizioni che sono state dedicate ai destinatari delle norme giuridiche, si suole rilevare che se è indiscutibile che le leggi esistono, comunque, costituisce attuazione della legge anche il non fare, l’inerzia. Ogni azione umana, presa in sé

¹⁶ Testualmente, SATTA, *Giurisdizione*, cit., 219.

¹⁷ Questa è l’opinione espressa da SATTA, *Giurisdizione*, cit., 221.

stessa, nel suo prodursi (o nel suo non prodursi), infatti, non è né giuridica né antiggiuridica: essa è quello che è, ed il diritto nelle sue componenti non c'entra né punto né poco. Così, anche quando si stipula un contratto, non si attua nessuna legge e nemmeno si pone una legge ma si tende ad assicurarsi un certo bene, qualunque esso sia, e a tal fine si cerca di realizzare le condizioni stabilite dalla legge per il riconoscimento dell'accordo: che si riesca o non si riesca (che il contratto ci sia o non ci sia) nessuno lo può dire, e questo significa che nessuno *dicit ius*, cioè siamo in un mondo nel quale ancora non opera, se non indirettamente, il diritto.

Ed allora, l'epilogo degli sforzi profusi nella presa d'atto dei percorsi ricostruttivi intrapresi nel tentativo del corretto dimensionamento della giurisdizione non può che condurre alla esaltazione del “fondamento organizzativo”¹⁸ della categoria.

Accantonata l'idea totalizzante di funzione, accantonato lo stesso Stato, nella equivoca e pericolosa entificazione che se ne fa, la giurisdizione-(giustizia) esprimerebbe l'affermazione dell'ordinamento nel caso concreto: essa sarebbe, quindi, come tale, l'unico momento essenziale della organizzazione della *societas*, perché senza la giurisdizione verrebbe meno lo stesso ordinamento, o meglio la giuridicità dell'ordinamento, che è giuridico solo in quanto può (e deve) essere affermato.

In ragione di tali considerazioni è possibile, dunque, ricostruire il concetto costituzionale di giurisdizione nonché l'idea stessa di giudice, includendovi il compito di tutela degli interessi e dei diritti del singolo rispetto a tutti i soggetti che con esso possono collidere. Invero, l'abbandono di obsolete strumentalità neutrali tra legislazione e giurisdizione da una parte — nel profilo della indipendenza — esalta l'esclusione di ingerenze di altri poteri; dall'altra — nel profilo del contenuto — rivolge attenzione al tipo ed al modo di produzione degli strumenti che affievoliscono od elidono la tutela degli interessi e dei diritti del cittadino. Questa duplice ma confluyente direzione riconosce portata e vigore all'idea della sottoposizione del giudice alla legge — costituzionalmente valida — testimoniata dal raccordo con la fonte e con il titolo della responsabilità penale.

2.1. (Segue). La nozione di “giurisdizione penale”.

¹⁸ Per una diffusa disamina di tali problemi, SATTA, *La giurisdizione volontaria nell'unità dell'ordinamento*, in *Quaderni del processo civile*, Padova, 1968, 1 ss.

Trasferito il ragionamento sul concreto atteggiarsi della giurisdizione in “materia penale”¹⁹ non possono non considerarsi i risultati conseguiti sul fronte della disamina degli arresti speculativi formati intorno alla più generale categoria “giurisdizione”; che forniscono indispensabili strumenti di indagine per esplorare i profili istituzionali delle dinamiche di manifestazione della decisione penale²⁰.

Sicché, l’identificazione della fisionomia della nozione di giurisdizione penale, come ogni altro problema inerente alla concettualizzazione dell’esperienza giuridica, si risolve, soprattutto, nella sua storia²¹ ovvero nell’individuazione della trama strutturale e delle condizioni di possibilità che, nel tempo, ne hanno permesso le diverse elaborazioni sistematiche²². L’attenzione al tema, dunque, deve vertere inevitabilmente intorno alla nuova dimensione problematica aperta dalla radicale trasformazione del rito penale.

Si comprende in tal modo perché, per chiarire il concetto di giurisdizione penale, l’accento vada posto, innanzitutto e necessariamente, sull’art. 1 c.p.p.

La pregevole sintesi tra istituzione, soggetti e norme, contenuta nella norma impone l’itinerario per cogliere il concetto di giurisdizione in materia penale e la sua legittimazione democratica²³.

La norma esprime una “rivoluzione” che trova il suo primo sintomo nella nuova sistematica codicistica, proiettata ad esaltare il valore giurisdizionale del processo, in netta contrapposizione con quella del codice del 1930 che tendeva, al contrario, ad accentuare il carattere meramente strumentale dell’intervento giurisdizionale rispetto al conseguimento dei fini della pubblica accusa.

Non può certamente essere privo di significato il fatto che il nuovo codice di rito penale dedichi le sue disposizioni introduttive proprio al tema della giurisdizione, specificando chi la esercita, qual è la sua cognizione e come sono regolate le questioni pregiudiziali. L’art. 1

¹⁹ Va chiarito, però, che la terminologia (convenzione) è usata nel diritto punitivo nel senso di compito al servizio in via primaria ed esclusiva dello Stato moderno. Su questi termini, la “convenzione” semantica è rinunciabile.

²⁰ Secondo REDENTI, *Intorno al concetto di giurisdizione*, cit., ad una mancanza di chiarezza e di concordia di idee sul concetto di giurisdizione, all’inizio del secolo scorso, ha fatto seguito la tendenza negativa a «ricondurre la giurisdizione allo Stato, qualificandola come sua “funzione” di cui si ricerca il contenuto specifico, in contrapposto ad altre particolari funzioni».

²¹ ORESTANO, *L’azione in generale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 816.

²² Sul concetto di “griglia strutturale”, inteso quale complesso di principi ordinativi che consentono la formazione e la trasformazione interna della totalità organizzata e coerente di un sistema, cfr. FOUCAULT, *Le parole e le cose. Una archeologia delle scienze umane*, trad. it. a cura di Panaitescu, Milano, 1970, ss. — costituiscono la premessa obbligata di un discorso ricostruttivo della nozione di giurisdizione penale.

²³ RICCIO, *Sub art. 1*, in *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2007.

c.p.p., invero, stabilisce che la giurisdizione penale è esercitata dai giudici previsti dalle leggi di ordinamento giudiziario chiarendosi, poi, all'art. 2 c.p.p., che il giudice penale risolve ogni questione da cui dipende la decisione, salvo che sia diversamente stabilito.

L'innovazione è profonda: l'art. 1 del codice del 1930 affermava il principio di officialità dell'azione penale, «che è pubblica e, quando non sia necessaria la querela, la richiesta o l'istanza, è iniziata di ufficio, a seguito di rapporto, denuncia, referto o altra notizia di reato»; l'art. 1 del codice del 1988 evidenzia, invece, la centralità della giurisdizione.

Perciò secondo tale rinnovata ottica, giurisdizione-giudice-processo sono termini che evocano non solo un contesto organizzativo ma la rappresentazione — dal punto di vista oggettivo, soggettivo e strumentale — di un momento essenziale della vita sociale e giuridica «che non può essere compreso se non nella integrale contemplazione di quella vita e delle sue profonde strutture»²⁴, oltre al senso della legittimazione democratica della giurisdizione penale, perché solo attraverso essa nel processo si realizza il controllo diffuso della validità istituzionale delle leggi.

In tal senso, la giurisdizione penale assume particolare evidenza, rivolgendosi ad essa il complesso di istituti e di garanzie che il Costituente ha voluto fissare, prendendo a base gli interessi che la società tutela: in questi termini «l'espressione contenuta nella disposizione di cui all'art. 1 c.p.p. è impiegata per sostituire “giurisdizione in materia penale”, quale parte del più vasto campo della giurisdizione, e, quindi della funzione giurisdizionale»²⁵.

Che non si tratti di una mera scelta sistematica, ma, piuttosto, di una presa di posizione, precipuamente finalizzata ad enunciare uno scopo del processo indicativo di una differente funzione della giurisdizione penale, è constatazione agevolmente intuibile.

Si condivide, perciò, il pensiero di chi²⁶ reputa che, attraverso una norma “essenzialmente ricognitiva” — l'art. 1 c.p.p., appunto, —, il legislatore della riforma abbia inteso rimarcare il recupero di centralità che caratterizza il ruolo del giudice in funzione garantista²⁷, accentuandone le connotazioni di terzietà, tipiche di un processo di

²⁴ Testualmente, REDENTI, *Intorno al concetto di giurisdizione*, cit., 227.

²⁵ V. PISANI, *Giurisdizione*, op ult. loc. cit.

²⁶ MACCHIA, *Sub art. 1*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, cit., 6.

²⁷ Sul punto, CHIAVARIO, *La riforma del processo penale*, Torino, 1990, 64; GIARDA, *Astratte modellistiche e principi costituzionali nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 890.

parti²⁸, con una marcata compressione dei poteri di iniziativa che caratterizzavano l'intervento giurisdizionale nel previgente sistema processuale.

Dunque, la scelta — condivisa — di evitare una disposizione definitoria come *input* del codice di procedura penale esalta la identità ontologica tra giurisdizione e giustizia dal momento che la indirizza — quanto ai soggetti legittimati ad esercitarla — sulla legge di ordinamento giudiziario e — quanto al suo esercizio — sulle norme del codice.

Ad ogni modo, pur a seguito della rinnovata prospettiva nella quale è stato rivisitato il ruolo — e le prerogative — del giudice penale, la letteratura tradizionale²⁹ non chiarisce le dinamiche attraverso le quali la funzione dello *ius dicere* trovi attuazione nel mondo giuridico. In tale direzione, allora, l'itinerario da seguire deve essere volto a stabilire l'*ubi consistam* della giurisdizione penale ossia a parametrare la esatta delimitazione degli ambiti di essenza della medesima.

In tale prospettiva, qualsiasi ragionamento sulla giurisdizione penale dovrà tenere in debito conto una distinzione semantica già in voga sotto la vigenza del codice di rito del 1930, dovendosi necessariamente distinguere tra attività giurisdizionale in senso lato ed attività giurisdizionale in senso stretto. Quest'ultima trova la sua sintesi, ed al contempo il suo tipico contrassegno, nella statuizione imperativa (*dictio*) operata da determinati organi (i giudici penali) forniti di specifica legittimazione: ma poiché, com'è ovvio, non si tratta di attività carismatica, che procede per folgorazioni, essa rende necessaria una molteplice attività di preparazione (istruttoria, ordinatoria, cautelare e coercitiva) la quale, purché compiuta da giudici, ed in quanto idonea a confluire nella sintesi espressa dalla statuizione imperativa, può definirsi come attività giurisdizionale in senso lato³⁰. Viceversa, l'attività preparatoria compiuta da organi diversi dai giudici, vale a dire dalla polizia giudiziaria, nonché dal pubblico ministero, pur costituendo attività *lato sensu* giudiziaria, non è propriamente attività giurisdizionale, ma soltanto ausiliare rispetto alla medesima, potendo essere legata a quest'ultima in rapporto di più o meno stretta e necessaria integrazione.

²⁸ Cfr. SIRACUSANO, *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, Milano, 1989, VI ed anche CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2004, 106.

²⁹ In questa prospettiva si anticipa subito come si reputi meritevole di avallo la metodologia speculativa che conduce ad individuare nel momento cognitivo ed in quello potestativo i momenti di sintesi della "funzione giurisdizionale" (così RICCIO, *Sub art. 1 c.p.p.*, cit.).

³⁰ PISANI, *Giurisdizione*, cit., 389.

Insomma, dall'*excursus* che precede si inferisce, da un lato, la difficoltà di “definire” la giurisdizione, dall'altro, la possibilità di poterne soltanto individuare i momenti di essenza. In tale prospettiva, la giurisdizione, intesa sotto il profilo organizzativo, ovvero come affermazione dell'ordinamento o come concretamento dell'ordine giuridico, non potrà mai rinunciare ai suoi connotati di essenza: momento cognitivo e momento potestativo.

Riconducendo a sintesi il discorso sin qui sviluppato deve segnalarsi come la giurisdizione penale sia il perno intorno a cui ruoti tutto il sistema individuato dal legislatore del 1988; nell'invertire, infatti, l'ordine di trattazione contenuto nel vecchio codice ed esordendo con la disciplina concernente i soggetti ed in particolare il giudice, esso esalta proprio la prevalente funzione di garanzia alla medesima attribuita.

In modo specifico, la giurisdizione, intesa come potere attribuito al giudice imparziale di risolvere la controversia con una cognizione dei fatti in contraddittorio tra le parti poste in posizione di parità, si attua mediante il processo, e più esattamente, a norma dell'art. 111 comma 1 Cost., “mediante il giusto processo regolato dalla legge”.

Così, mentre la giurisdizione è unica, i moduli procedimentali nei quali essa si svolge possono essere diversi, perché diverse sono le fattispecie concrete, e tale diversità si riflette fortemente nel modo in cui la giurisdizione si esplica.

In conclusione, nell'idea di giurisdizione penale cui si è fatto cenno, come emerge anche dalla lettera dell'art. 111 Cost., balzano evidenti due concorrenti funzioni, una cognitiva ed una potestativa. Perché si attui una piena giurisdizione, entrambe devono essere presenti: questo è il canone aureo della decisione che definisce la controversia.

Certo, esistono alcuni atti del processo in cui appare prevalente l'una o l'altra funzione, a seconda degli scopi del singolo atto. Soltanto, però, dalla concorrente presenza dell'una e dell'altra si può dire realizzata la garanzia propria della giurisdizione, che è, soprattutto, tutela del diritto delle parti al processo.

4. Primi cenni in ordine agli effetti della volontà sui connotati di essenza della giurisdizione penale.

La giurisdizione, intesa come potere attribuito al giudice imparziale di risolvere la controversia con una cognizione dei fatti in contraddittorio tra le parti poste in posizione di parità, si attua, a norma dell'art. 111 comma I Cost., “mediante il giusto processo regolato dalla legge”. Così, mentre la giurisdizione è unica, i moduli procedimentali nei quali essa si

svolge possono essere diversi, perché diverse sono le fattispecie concrete, e tale diversità si riflette direttamente nel modo in cui la giurisdizione si esplica. Anche nel campo dell'accertamento penale deve valere il principio di efficacia degli strumenti rispetto allo scopo, il che comporta una pluralità di modelli codicistici correlati alla varietà e complessità delle tipologie concrete.

Ad ogni modo, nell'idea di giurisdizione penale cui si è fatto cenno, come emerge anche dalla lettera dell'art. 111 Cost., balzano evidenti due concorrenti funzioni, una cognitiva ed una potestativa. Perché si attui una piena giurisdizione, entrambe devono essere presenti. La rilevanza della funzione cognitiva può facilmente cogliersi nella disciplina che, anche in un processo di parti, attribuisce al giudice l'ordinario e generale potere di acquisire la prova d'ufficio.

Certo, esistono alcuni atti del processo in cui appare prevalente l'una o l'altra funzione, a seconda degli scopi del singolo atto. Soltanto, però, dalla concorrente presenza dell'una e dell'altra si può dire realizzata la garanzia propria della giurisdizione. Le considerazioni valgono certamente per la fase della cognizione — dove vengono in rilievo i temi del diritto al processo e dei diritti nel processo — e per la fase dell'esecuzione — dove emerge urgente la necessità di assicurare l'effettività della pena, ma non trascurare la protezione dei diritti del condannato.

In una differente prospettiva, però, il legislatore del 1988 realizza il mutamento di osservazione del fenomeno giurisdizionale attraverso la “creazione” della richiamata giurisdizione di garanzia, propria del segmento procedimentale e fisiologicamente svincolata dall'acquisizione del materiale idoneo a fondare la statuizione ultima sull'oggetto dell'azione penale.

E, così, l'articolazione della giurisdizione di garanzia, emblema delle articolazioni orizzontali dell'organizzazione per compiti di istituto della giurisdizione penale, sembrerebbe mettere in crisi la conclusione concernente la riconducibilità dei momenti di sintesi della “funzione” al rapporto tra cognizione e potestà; è nell'inversione dei due profili che il momento cognitivo si appalesa valore (temporaneamente) rinunciabile in presenza di istanze sovraordinate di compressione della libertà personale.

Il peculiare modo di operare della giurisdizione *de libertate*, insomma, che pur deve essere ricondotto all'istanza di soddisfare le esigenze di “difesa sociale” e di tutela della collettività, sollecita una rivisitazione complessiva del sistema, soprattutto all'indomani

della novella dell'art. 111 Cost. la quale ha posto un suggello indelebile al processo di matrice accusatoria proprio attraverso la esaltazione del confronto dialettico tra le parti.

A tale ultimo riguardo, si ribadisce come la “peculiarità accusatoria” del modello introdotto nel 1988 si ricavi 1) dalla necessità che la prova sia assunta dinanzi ad un giudice “terzo ed imparziale” e 2) dalla necessità che la prova sia assunta in “contraddittorio tra le parti” o, in altre parole, che l'imputato abbia avuto la possibilità di controesaminare il dichiarante “a carico”. In questo senso, si è visto, deve essere inteso il canone costituzionale del “giusto processo”, codificato dall'art. 111 Cost., ma mutuato dall'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

Sicché, concentrando l'attenzione sulla metodologia — dialettica — di formazione del materiale cognitivo, elevata oggi a momento di orientamento imprescindibile della potestà giurisdizionale, non si erra nell'affermare come la cognizione “partecipata” rappresenti il connotato di essenza della giurisdizione penale.

Sulla spinta dei “nuovi” valori costituzionali, l'audizione della parte destinataria della pronuncia giurisdizionale diviene il programma politico declamato nel passaggio dal modello con istruzione a quello a fasi disomogenee; i momenti di sintesi della funzione evolvono il concetto di giurisdizione facendo, via via, affiorare l'idea che la decisione “giusta” sia soltanto quella che rispecchi il canone supremo del “contraddittorio tra le parti”. “Contraddittorio” che in tale accezione non si connette soltanto alle articolazioni probatorie tipiche della vicenda dibattimentale ma diviene connotato di essenza di qualsivoglia pronuncia giurisdizionale.

Qualsiasi espressione della giurisdizione deve rispettare il canone dell'*audiatur et altera parte*; una pronuncia del giudice elusiva della metodologia dialettica sarebbe per ciò solo avulsa dai paradigmi della giurisdizionalità.

In questa ottica, va letta l'operazione — come già detto — “ricognitiva”, effettuata con la riforma dell'art. 111 Cost. La cognizione dialettica, già ricavabile dall'articolato costituzionale in vigore nel 1949, riceve, oggi, esplicito riconoscimento come valore distintivo del nuovo modello³¹.

³¹ Secondo tali direttrici, l'originaria formulazione dell'art. 500 c.p.p. già esprimeva, inequivocabilmente, la rinnovata visione della funzione giurisdizionale nella misura in cui precludeva al prodotto cognitivo unilateralmente acquisito di fondare il convincimento del giudice.

E se il meccanismo è stato messo in crisi dai richiamati interventi della Corte costituzionale, emblematici nel tentativo di recupero del vetusto concetto di “giurisdizione unilaterale”, a fugare ogni perplessità è intervenuta la novella di cui alla l. n. 2 del 1999.

Detto altrimenti, è sul modo di intendere la giurisdizione che durante gli anni '90 si consuma la tenzone tra Corte costituzionale e legislatore, ove, al tentativo di ricondurre la funzione nell'alveo della cognizione autoritativa, si è contrapposta la spinta ideologica tesa ad affermare in maniera assoluta quella disomogeneità fasica strumentale alla piena realizzazione del “valore partecipativo” dell'accertamento giurisdizionale.

E' sul terreno della giurisdizione e sulle peculiarità del momento cognitivo, insomma, che viene giocata la partita tra Giudice delle leggi e Legislatore ed è rispetto ad essa che viene posta la parola “fine” ad opera del legislatore costituzionale.

L'art. 111 Cost., invero, nel fornire esplicito riconoscimento alla metodologia dialettica, esplicita nel contraddittorio tra le parti il presupposto indefettibile della statuizione giurisdizionale. La cognizione “partecipata” appare strumentale alla funzione giudicante nella misura in cui si rivela anticostituzionale discorrere di giurisdizione senza “contraddittorio”. Il contraddittorio, consacrato *ex professo* nella Carta fondamentale, è principio basilare dell'ordinamento: «l'inequivocabile scelta di fondo compiuta dal legislatore costituzionale è stata quella di fare del contraddittorio l'elemento nucleare della giurisdizione»³².

In particolare, la regola codificata nel secondo comma dell'art. 111 Cost. è, come noto, applicabile ad ogni processo³³, e riferibile ad ogni ipotesi di esercizio della funzione giurisdizionale.

A differenza del quarto comma dell'articolo che ha costituzionalizzato, con riguardo al processo penale, il principio del contraddittorio nella formazione della prova, l'art. 111 comma 2 Cost. intende fare riferimento all'accezione più ampia e generale del principio in commento: si vuole cioè alludere all'intervento dialettico delle parti, alla partecipazione

³² Così GIOSTRA, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Questione giustizia*, 2001, 6, 1130; altresì, ID, voce *Contraddittorio (dir. proc. pen.)*, cit., 6.

³³ Nel senso che i primi due commi dell'art. 111 Cost. abbiano portata generale e, in quanto tale, debbano essere riferiti ad ogni processo — anzi ad ogni ipotesi di esercizio di potestà giurisdizionale — v., tra gli altri, CECCHETTI, voce *Giusto processo, (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. V Agg., Milano, 2001, 615; VASSALLI, *Introduzione al tema*, in AA.VV., *Il giusto processo*. Accademia Nazionale dei Lincei, 2003, 22. Secondo quest'ultimo, i primi due commi dell'articolo 111 Cost. «hanno chiaramente valore generalissimo, per ogni tipo di giurisdizione e per ogni materia sottoposta a controllo giurisdizionale».

paritetica del soggetto in ordine all'adozione di un provvedimento giurisdizionale destinato ad esplicitare gli effetti nella sua sfera giuridica.

Nello statuire che «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale», l'art. 111 comma II Cost. eleva il contraddittorio ad elemento indefettibile, connotato essenziale, *mudus essendi* della giurisdizione³⁴: «il contraddittorio è canone oggettivo indeclinabile per l'esercizio della funzione giurisdizionale»³⁵.

Il discorso complessivo sulla giurisdizione, dunque, non può non approdare ad una lettura dell'art. 111 Cost. come norma di orientamento delle direttrici politiche del sistema processuale; la legittimazione del modello accusatorio si connette alla articolazione della giurisdizione secondo i momenti che ne legittimano l'espletamento.

La previsione costituzionale è norma “per” la giurisdizione in quanto esprime la sede di raccolta di tutte le regole funzionali all'espletamento di essa, e la sua collocazione sistematica ne costituisce la riprova. Pur non negandosi che gli articoli 25 comma 1, 24 comma 2, 27 comma I e 27 comma III Cost. costituiscano altrettante previsioni dedicate alla giurisdizione, ragioni culturali, costituzionali e politiche — sottese allo stesso dibattito di riforma dell'art. 111 Cost. — oltre che di ri-assetto di sistema hanno suggerito la conclusione che il luogo naturale di riconoscimento del metodo fosse l'art. 111 Cost. che esalta la strumentalità della cognizione ai fini giurisdizionali.

Soltanto nell'ambito di siffatte premesse è possibile articolare il discorso sul rapporto volontà-processo penale, muovendo da quella peculiare manifestazione della potestà giurisdizionale costituita dagli “atti a formazione progressiva”.

Come accennato, rispetto a talune manifestazioni giurisdizionali, il consenso, nel riferirsi ad un potere potestativo già esplicitatosi, apparirebbe strumento “legalizzato” teso ad orientare la statuizione giudiziale attraverso la rinuncia al momento cognitivo.

³⁴ Peraltro, anche prima della costituzionalizzazione del principio nella formula su riferita, era acquisito alla dottrina processualpenalistica che, con il proclamare la inviolabilità del diritto di difesa, l'art. 24 comma 2 Cost. avesse elevato il principio del contraddittorio al rango di principio costituzionale: ILLUMINATI, *I principi generali del sistema processuale penale italiano*, in *Pol. dir.*, 1999, 2, 301 ss. che rimarca il nesso inscindibile tra presunzione di innocenza, diritto di difesa e contraddittorio tra le parti.

³⁵ TODARO, *Sospensione dei termini di custodia cautelare e contraddittorio: da un contrasto giurisprudenziale le ragioni di una riflessione*, in *Cass. pen.*, 2007, 10, 3794 il quale sulla scorta di una simile considerazione reputa il “contraddittorio” strumento imprescindibile per qualsivoglia espressione della funzione giurisdizionale e, dunque, anche ai fini della sospensione dei termini custodiali, *ex art. 304 commi 1 e 2 c.p.p.*

La volontà, in altri termini, interagirebbe con la cognizione, attraverso la rinuncia alla medesima ad opera del titolare della situazione soggettiva protetta: l'interferenza con il momento cognitivo si realizzerebbe mediante la rinuncia al "contraddittorio".

In tal senso, se le disposizioni concernenti le misure cautelari soddisfano peculiari esigenze processuali che autorizzano l'espletamento della potestà decisoria sulla base della "unilaterale" cognizione degli elementi addotti dalla parte richiedente la restrizione cautelare, il soggetto ristretto nella libertà personale potrà soltanto sollecitare l'attuazione "postuma" della cognizione pretermessa; la volontà, allora, si esplicherà in termini di accettazione o di ripristino del metodo decisorio rispetto ad un potere potestativo rivelatosi nell'inversione dell'ordine di realizzazione dei parametri di essenza della giurisdizione.

L'esposizione dimostra come le articolazioni del procedimento cautelare influenzino la giurisdizione nella misura in cui la realizzazione del momento cognitivo, che dovrebbe precedere l'adozione della statuizione, succede alla potestà già espressa dall'organo decidente; in tal caso, comunque, la attuazione del momento cognitivo dipenderà, esclusivamente, dalla scelta dell'interessato il quale potrà disporre dello strumento di controllo sul corretto esercizio del potere potestativo.

Le vicende giurisdizionali in oggetto, in sintesi, palesano come il modello influenzi la giurisdizione attraverso l'inversione, nei casi considerati, dei dati di essenza della stessa.

In questa direzione, un ulteriore esempio di "inversione" sarebbe fornito dalle disposizioni disciplinanti il decreto penale di condanna.

Si può qui accennare come esso, nel conservare la tradizionale destinazione a consentire l'anticipazione della condanna, renda successivo il "confronto dialettico".

Ad ogni buon conto, se la tecnica di conoscenza — che all'indomani della novella dell'art. 111 Cost. è rappresentata dal contraddittorio — si può affievolire soltanto allorquando ciò sia imposto dalla necessità di tutelare un valore parimenti meritevole di attenzione — per cui la deflazione non deve interferire con la cognizione — è chiaro come il procedimento per decreto possa apparire, per ciò solo, una struttura anacronisticamente inquisitoria.

Ebbene, la ricostruzione sin qui operata si connette al tema dei rapporti tra volontà e processo penale nella misura in cui il ristabilimento dei valori minimi della giurisdizione è rimesso alla "disponibilità" del soggetto destinatario del provvedimento giudiziale. In tale ambito, a seguito della inversione dei momenti di essenza della funzione, pur a fronte di una statuizione "giurisdizionale" già espressa, la volontà potrà operare in una duplice direzione:

rafforzare il potere potestativo già manifestatosi — in assenza di cognizione — oppure far rivivere il momento cognitivo, sacrificato in nome di istanze ordinamentali repute meritevoli di tutela.

Se, allora, il consenso esprime la potestà del soggetto di rinunciare al metodo e, dunque, alla cognizione, sarà opportuno stabilire — nel corso della indagine successiva — in che modo essa opererà nelle diverse articolazioni processuali.

Il fulcro del problema si incentra tutto sulla difficile composizione del rapporto dispositività (dei mezzi)-indisponibilità (dell'oggetto) rispetto alle logiche del processo di parti che richiede, come antefatto imprescindibile, di prendere le mosse proprio dal ragionamento sulle articolazioni della giurisdizione penale.

Già questi primi approcci, invero, rivelano come il tema delle interferenze della volontà con la giurisdizione richieda una trattazione autonoma delle diverse situazioni nelle quali il legislatore conferisce risalto al profilo “consensuale”.

Diversi, infatti, sono i livelli di interscambio tra volontà e processo penale, a seconda delle diversità strutturali che autorizzano l'ingresso della volontà nei diversi segmenti del procedimento penale. Variegati, pertanto, saranno i piani di osservazione rispetto ai quali dovranno vagliarsi le tecniche legislative attraverso le quali si è tentato di introdurre meccanismi capaci di condizionare le modalità di accertamento.

Soltanto su queste premesse si può tentare di spiegare il rapporto assunto a premessa del ragionamento secondo cui alla dispositività dei “mezzi” corrisponde la indisponibilità della funzione: pur a fronte di meccanismi capaci di condizionare la statuizione giudiziale, un dato è certo, il giudizio non potrà mai essere sottratto alla potestà del giudice. In tal senso, la giurisdizione costituisce valore indisponibile.

Sicché, muovendo dalla constatazione secondo cui se anche uno soltanto dei connotati di essenza della giurisdizione dovesse difettare la stessa funzione sarebbe esposta al rischio della disponibilità, si tenterà di dimostrare come la volontà non potrà mai determinare la rinuncia alla “funzione giurisdizionale” propriamente intesa.

Detto altrimenti, il “giudizio” giammai potrà essere oggetto di disponibilità, pur potendo essere “condizionato” dalla iniziativa delle parti.

Proprio dalle connotazioni dei meccanismi processuali poc'anzi richiamati emerge come le parti possano acconsentire soltanto in relazione a quegli strumenti dei quali possono

disporre, nel senso che la “dispositività” quanto ai loro diritti non può privare il giudice della propria capacità di decidere.

Il giudice, dunque, conserva il proprio potere valutativo che, a volte, rende il contraddittorio servente rispetto alle istanze della giurisdizione; la trasmigrazione di un atto da un fascicolo all'altro, ad esempio, pur essendo espressione di un diritto delle parti, può contribuire a realizzare, come detto, la dimensione sociale del contraddittorio nella misura in cui al giudice è riconosciuto il potere di rendere vana la manifestazione consensuale al fine di realizzare le sue istanze cognitive.

Giammai si può evocare il processo di parti in senso civilistico per cui, volontà non è sinonimo di “disponibilità” — della giurisdizione —, bensì, di dispositività del “mezzo” fino al limite dell'istanza cognitiva del giudice.

Ecco che il tema rimanda, ancora una volta, al concetto di giurisdizione come ricostruito sui due poli irrinunciabili del momento cognitivo e del momento potestativo: quand'anche ci si trovi in presenza di meccanismi capaci di invertire il rapporto tra cognizione e potestà ovvero di condizionare il *dictum* giurisdizionale, la dispositività non potrà mai estendersi al giudizio che rimarrà, pertanto, sempre valore indisponibile.

Non potrà mai essere sottratta al giudice la “decisione-attività³⁶” ossia il procedimento logico, psicologico, conoscitivo e valutativo, mediante il quale lo stesso sceglie e determina la decisione-risultato (giudizio-risultato); essa rappresenterà l'enunciazione finale della scelta del giudice intorno alla questione controversa, ed assume la forma di un'enunciazione sullo stato della situazione oggetto della controversia³⁷.

³⁶ Sul punto TARUFFO, *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 1, il quale prima di affrontare le tematiche afferenti al concreto operare del giudizio — giudizio di fatto e giudizio di diritto — si pone un problema essenzialmente definitorio. All'uopo, si osserva che «giudizio indica il risultato finale cui il processo mette capo, e quindi equivale a decisione. Si tratta di una versione particolare in quanto la decisione risulta dalla qualificazione di un soggetto mediante un predicato. Le sue particolarità discendono però dal fatto che la decisione: a) è la soluzione di una controversia, e quindi presuppone la scelta tra più ipotesi contrastanti o diverse intorno ad una situazione giuridica; b) è il risultato di un processo nel senso tecnico-giuridico del termine; c) è normalmente la sintesi di un insieme complesso di “giudizi” semplici “di fatto” e “di diritto”; d) è normalmente opera di un “giudice”, ossia di un organo cui l'ordinamento giuridico conferisce istituzionalmente ed in via esclusiva la funzione di giudicare risolvendo controversie secondo la metodologia legale costituita dal processo».

³⁷ Il processo penale è una istituzione che, accanto ad una componente cognitiva (esso mira ad accrescere la conoscenza in relazione a determinati accadimenti fattuali), persegue un'istanza decisionista, essendo per la sua stessa struttura ed effettività proiettato verso la decisione che va assunta in tempi ragionevoli. Di conseguenza, proprio perché l'accertamento che si realizza nel processo penale secondo le cadenze stabilite dal legislatore non esprime soltanto un percorso epistemico, ma contiene un atto di imperio del giudice: la decisione che genera conseguenze nel mondo esterno. In quest'ottica: CRICRÌ, *Errore giudiziario*, in *Enc. giur.*, Aggiornamenti 2007, 1.

L'attività-giudizio, comunque, si articola in un procedimento che non è puramente logico-deduttivo, ma neppure sfugge a criteri razionali, anche se, data l'eterogeneità delle scelte che in esso rientrano, non si può pensare ad un concetto unitario ed onnicomprensivo di razionalità. Si tratta, invece, di un procedimento euristico eterogeneo, ipotetico e deliberativo, attraverso il quale il giudice perviene alla scelta della decisione più adeguata al caso concreto. La natura euristica del giudizio, allora, deriva dal fatto che esso non muove da premesse "date", ma deve anche "scoprire" e fissare le premesse ed i criteri in base ai quali verrà formulata la decisione finale. Gli elementi atomici da cui muove il giudizio sono enunciati "inqualificati" di fatto e di diritto: gli enunciati inqualificati di fatto riguardano la descrizione di circostanze di fatto (es. la dichiarazione di un teste), sui quali nel giudizio si compie la complessa operazione tesa a determinarne il rispettivo valore di "verità", e ad inferirne conclusioni "vere" intorno ai fatti della causa. Gli enunciati inqualificati di diritto sono la formulazione letterale delle norme o regole giuridiche: su di essi si compie la complessa operazione interpretativa diretta a scoprirne il significato proprio³⁸.

Di tanto non si potrà mai disporre; per cui, interrogarsi sull'enunciato in virtù del quale alla dispositività dei "mezzi" corrisponde l'indisponibilità dell'oggetto significa constatare come la giurisdizione sia indisponibile nella misura in cui sia intangibile il valore del giudizio. Anche se l' "agilità" del modello del 1988 consente di invertire i momenti di essenza della funzione ed anche se la volontà può condizionare gli strumenti di controllo sulla statuizione penale già espressa, se non addirittura lo stesso *dictum* giurisdizionale, il valore minimo della funzione rimane comunque refrattario a qualsiasi condizionamento volontaristico.

4. Il "consenso dell'imputato" quale consacrazione della rilevanza costituzionale della volontà in ambito processuale penale.

Il Costituente del 1999 ha dato copertura costituzionale agli istituti volontaristici mediante il comma V dell'art. 111 Cost. Invero, la maggior parte degli autori individua in esso una deroga e/o un'eccezione al contraddittorio³⁹.

³⁸ La distinzione è operata da TARUFFO, *Giudizio (teoria generale)*, cit., 6 s.

³⁹ Per un'analisi del complesso quadro dottrinario e giurisprudenziale allignatosi sulla corretta ricostruzione del rapporto intercorrente tra i commi IV e V dell'art. 111 Cost. si veda FURGIUELE, *Deroghe al contraddittorio nella formazione della prova e verifiche incidentali: dalla "accertata impossibilità di natura oggettiva" alla "provata condotta illecita"*, in *La Giustizia Penale differenziata*, Torino, I, 165 ss.

Sovente, in maniera alquanto semplicistica, si è parlato di eccezione ispirata all'esigenza di assicurare un tempo ragionevole al processo; trascurando, in tal modo, di considerare la reale portata dell'intervento realizzato nel 1999.

Secondo tale *ratio*, connessa alla realizzazione di esigenze di economia processuale⁴⁰, la dichiarazione di volontà di colui che, pur avendone diritto, abbia rinunciato alla partecipazione attiva alla formazione della prova esprimerebbe un contegno acquiescente, tale da attribuire valore probatorio ad elementi che geneticamente ne sarebbero sprovvisti.

Il disposto costituzionale, in pratica, realizzerebbe un bilanciamento tra esigenze processuali di segno diverso: da una parte, la necessità di un corretto accertamento dei fatti; dall'altra, quella di contenere i tempi e le risorse impiegati nel processo penale.

Piuttosto, l'interpolazione costituzionale ha prodotto una previsione normativa di livello preminente attraverso la quale si è conferito avallo alle "strutture consensuali", emblema del carattere dispositivo del processo penale.

Il contraddittorio nella formazione della prova è posto dall'art. 111 comma IV Cost. come un requisito indispensabile della giurisdizione, almeno di quella penale.

La Costituzione ci pone dinanzi ad una scelta obbligata: il mezzo (contraddittorio) è indispensabile per raggiungere il fine (accertamento). Il contraddittorio deve prevalere su qualsiasi altra esigenza, a meno che non ricorrano quelle situazioni che sono indicate anch'esse tassativamente in Costituzione. Come è noto, si può prescindere dal

⁴⁰ Su tutti CONTI, *Le due "anime" del contraddittorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 200. La coesistenza delle "due anime" del contraddittorio nell'ambito della medesima disposizione costituzionale non è però pacifica in dottrina. Recentemente, infatti, una nota sentenza della Consulta (Corte Cost., 26 giugno 2009, n. 184), in tema di utilizzabilità dei risultati delle investigazioni difensive nel giudizio abbreviato, ha innescato una vera e propria disputa dottrina in ordine ai caratteri d'essenza del principio. Secondo un primo orientamento il contraddittorio deve essere inteso precipuamente (*rectius* esclusivamente) in senso soggettivo (AMODIO, *Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A Proposito di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 17 ss.); e ciò, anzitutto, per ragioni di ordine storico. Invero, l'Autore sostiene che, essendo i principi del "giusto processo" diretta derivazione dell'art. 6 C.E.D.U, il contraddittorio dovrebbe avere necessariamente natura di diritto soggettivo, al pari delle altre situazioni giuridiche soggettive richiamate nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali. Inoltre, l'esattezza della ricostruzione dommatica appena enunciata troverebbe conferma nella stessa lettera del comma quinto dell'art. 111 Cost. che, nel riferirsi al *solo* "consenso dell'imputato", ricondurrebbe il contraddittorio nella sfera di disponibilità della parte.

Al contrario, altra dottrina – che qui si condivide – ritiene che il contraddittorio debba essere inteso anche (*rectius* soprattutto) in senso oggettivo (GREVI, *Ancora su contraddittorio e investigazioni difensive nel giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1287; ID., *Basta il solo "consenso dell'imputato" per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato?*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3671), non solo perché nei lavori preparatori alla riforma costituzionale è evidente l'intenzione del legislatore costituenete di erigerlo a metodo cognitivo della giurisdizione, ma soprattutto perché, ragionando altrimenti, si finirebbe per svuotare di significato l'inequivoca semantica del comma quarto dell'art. 111 Cost.

contraddittorio nella formazione della prova in caso di accertata impossibilità oggettiva, in ipotesi di provata condotta illecita o, infine, se vi è il consenso dell'imputato.

Ebbene, il codice del 1988 nel suo testo originario aveva imboccato in più occasioni la strada del "processo di parti". Il consenso, il dissenso o l'inerzia di una parte costituiva la manifestazione di un potere dispositivo sulla prova e sull'accertamento del fatto di reato. Ciò accadeva a prescindere dal rilievo che l'oggetto del processo penale fosse un diritto non disponibile come la libertà personale.

Si rammenti, per sintesi, l'art. 507 c.p.p. nell'interpretazione originaria: di fronte alla totale assenza di iniziativa delle parti, il giudice non poteva assumere prove d'ufficio. E ancora, l'art. 438 c.p.p.: il pubblico ministero, con il suo diniego non motivato, aveva un potere di veto sul giudizio abbreviato. Infine, l'art. 444 c.p.p.: intervenuto il c.d. patteggiamento, il giudice non poteva controllare la congruità della pena.

La Corte costituzionale, però, è intervenuta con risolutezza affermando che le parti non possono disporre dell'accertamento della responsabilità penale: l'ultima parola deve restare al giudice⁴¹. La Corte, così, ha fornito al legislatore le indicazioni necessarie per percorrere la strada della "giustizia consensuale".

A partire dalla fine degli anni '90, così, si sono introdotte a più riprese norme basate sull'accordo delle parti o sul consenso in tema di prova. È stato un fiorire che ha assunto un carattere disordinato: prima il "consenso" nell'art. 513 comma 1 c.p.p., quindi l'"accordo" nell'art. 513 comma 2 c.p.p., poi l'acquisizione concordata nell'art. 493 c.p.p., e ancora la "rinuncia alla prova" nell'art. 495 comma 4-bis c.p.p.; infine accordo e consenso in più disposizioni introdotte o modificate dalla legge di attuazione del giusto processo (n. 63 del 2001).

Oggi questo fiorire disordinato deve essere razionalizzato; deve essere in qualche modo ricondotto ai principi nel quadro delle prescrizioni contenute nel nuovo art. 111 Cost.

Si possono rammentare, sinteticamente, i principi fondamentali della giustizia consensuale: all'interno della "giustizia consensuale", in prima battuta, la parola spetta alle parti, che

⁴¹ In particolare, Corte cost., 26 marzo 1993, n. 111, in *Giur. it.*, 1994, I, 8, osserva come «il potere del giudice di disporre l'assunzione di mezzi di prova dovrebbe consentire, in quanto finalizzato alla "ricerca della verità", di supplire ad eventuali inerzie o insufficienze delle parti»; tale potere, dunque, non potrebbe essere confinato dal giudice «nei limiti di un'attività integrativa delle richieste istruttorie delle parti, alle quali, in ragione dell'indisponibilità degli interessi protetti, non può essere riconosciuta la disponibilità del processo penale».

possono rinunciare o consentire. In seconda battuta, la parola spetta al giudice che ha un potere di “controllo” esercitabile anche d’ufficio.

Già da questo primo approccio discende come il contraddittorio pur potendo essere considerato rinunciabile, non è disponibile ad opera delle parti. Queste con il loro consenso non possono escludere quel metodo cognitivo che sia necessario per accertare il reato. A chiusura del sistema, infatti, è posto il potere del giudice di disporre, anche d’ufficio, l’assunzione di mezzi di prova relativi agli atti acquisiti su accordo delle parti. In questo quadro, il potere officioso dell’organo giudicante costituisce il presidio del contraddittorio nella formazione della prova, inteso come metodo non disponibile di accertamento dei fatti. In definitiva, le parti contribuiscono ad individuare il “limite massimo” del contraddittorio. Allo stesso tempo, quello che potremmo definire il limite minimo ed imprescindibile del metodo è presidiato dal potere officioso del giudice che può introdurre elementi di prova all’interno del processo; ed ecco perché non si può condividere il “generico” riferimento al “contemperamento di istanze connesse alla ragionevole durata”, imponendosi doverose puntualizzazioni al riguardo.

Oggi, infatti, le parti “consentono”, “rinunciano”, ma non “dispongono”, ed il garante di questa “dispositività” è il giudice che vigila, in una situazione di equidistanza, all’esterno degli accordi e non all’interno di essi.

Ad ogni modo, contestualmente all’espansione di quello che convenzionalmente si definisce “modello negoziale” all’interno della disciplina del dibattimento, l’inserimento in Costituzione di un esplicito riferimento al consenso dell’imputato quale possibile fondamento giustificativo della deroga al canone del contraddittorio nella formazione della prova (art. 111 comma 5 Cost.) suscita la convinzione che i vari tipi di “accordi” o “consensi” in ambito probatorio trovino tutti nella richiamata previsione costituzionale la loro comune matrice⁴²; e che essi debbano esser considerati l’esplicitazione, a livello di legislazione ordinaria, di quello che è stabilito in via generale al livello più alto del sistema delle fonti.

Dunque, le varieguate forme di deviazione dal modello ordinario di approvvigionamento probatorio, fondate sul consenso di uno o più dei protagonisti della contesa giudiziaria

⁴² BARGIS, *Commento alla l. 1/3/2001, n. 63, sub art. 16*, in *Legisl. pen.*, 2002, 304; SCAGLIONE, *Il regime di utilizzabilità degli atti delle indagini preliminari a contenuto dichiarativo*, in *Cass. Pen.*, 2003, 338; BELLUTTA, *Commento alla l. 1/3/2001, n. 63, sub art. 9*, in *Legisl. pen.*, 2002, 243; ID., *Contraddittorio e consenso: metodi alternativi per la formazione della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 136 ss.

sarebbero tutte riconducibili all'impiego da parte del legislatore del suo potere di disciplinare «i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato».

Sicché, all'interno del variegato panorama della “prova negoziata”⁴³ — categoria nella quale sono ricomprese genericamente le differenti ipotesi in cui il consenso assume rilievo ai fini del procedimento probatorio — l'acquisizione concordata al fascicolo per il dibattimento degli atti d'indagine compiuti dal pubblico ministero o dal difensore rappresenta un istituto centrale; si potrebbe quasi definire il modello tipico di “patteggiamento sulla prova”.

Le ragioni di questo favore sono eminentemente deflative: nella intenzione dei loro redattori, gli artt. 431 comma 2, 493 comma 3, 555 comma 4 e 500 comma 7 c.p.p. sono funzionali ad alleggerire il carico dibattimentale, consentendo di evitare attività superflue quando gli elementi di prova da assumere risultino scontati per le parti. In effetti, se si considera che per utilizzare ai fini della decisione gli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento è sufficiente la lettura, ne risulta che il reciproco consenso permette alle parti di derogare all'ordinaria modalità di formazione dibattimentale della prova, introducendo tra le conoscenze a disposizione dell'organo decidente gli atti unilateralmente formati da ciascuna di esse; resta, tuttavia, salvo il potere del giudice di disporre l'escussione orale della persona la cui deposizione in sede d'indagine è stata acquisita al fascicolo per il dibattimento (art. 507 comma 1-*bis* c.p.p.), per consentirgli di verificare direttamente le circostanze risultanti dai verbali del pubblico ministero o dalla documentazione del difensore.

Il consenso delle parti sull'acquisizione al fascicolo per il dibattimento delle risultanze investigative costituisce condizione necessaria ma non sufficiente a propiziare l'utilizzabilità probatoria dell'atto. Quest'ultima può legittimamente realizzarsi solo dopo che si sia perfezionata la procedura acquisitiva di cui all'art. 511 c.p.p. la quale non costituisce un mero adempimento vuoto e senza valore, ma un momento di effettiva partecipazione delle parti al procedimento. Le parti, quindi, prestano il proprio contributo alla formazione della prova, dapprima, accordandosi sull'acquisizione dell'atto al fascicolo

⁴³ Si riferisce alla “prova negoziata” NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 12.

per il dibattimento; in seconda battuta, ufficializzando attraverso la lettura l'innesto nella dinamica probatoria dibattimentale della risultanza investigativa.

Ora, stabilire che la prova debba formarsi in contraddittorio costituisce un'opzione a favore del metodo che affida ai contrapposti protagonisti del processo il potere di forgiare la conoscenza giudiziale secondo tempi, modalità e contenuti autonomamente prescelti, tra i quali non possono non essere ricompresi anche moduli consensuali.

Se all'interno del processo civile, i titolari di diritti soggettivi privati sono muniti del potere di disposizione, che consente loro di "costituire regolare o estinguere un rapporto giuridico"⁴⁴, nel processo penale le parti risultano titolari di poteri di "disposizione negoziale" proprio in ragione delle prerogative probatorie loro riconosciute, pur non potendo disporre dell'accertamento e, dunque, della giurisdizione. In tal senso, la "dispositività" riconosciuta alle parti nel processo penale costituisce, come detto, paradigma distinto dalla "disponibilità" che rimane, pur a seguito delle innovazioni introdotte, prerogativa esclusiva del processo civile.

L'articolazione della disciplina processuale secondo una pluralità di modelli consensuali di definizione della regiudicanda, poi, rappresenta sul piano della struttura del processo niente più che il corollario della disponibilità della prova. Allo stesso modo, nella disciplina del rito ordinario, l'insopprimibile vocazione cognitiva dell'accertamento penale che si realizza affidando alle parti il compito di selezionare il materiale probatorio da porre a base della decisione non trova nel modello di escussione dibattimentale l'unica forma di attuazione, poiché la partecipazione di tutte le parti alla formazione della prova può avere luogo secondo modalità sia antagoniste che consensuali.

Il principio del contraddittorio nella formazione della prova può esser derogato su consenso dell'imputato *ex art. 111 comma V Cost.* solo se questi accetta l'utilizzazione ai fini probatori delle risultanze della controparte, poiché il consenso all'impiego probatorio di un atto unilateralmente formato dalla stessa parte che manifesta l'assenso, non essendo epistemologicamente significativo, non può costituire valido succedaneo della prova formata dialetticamente⁴⁵.

⁴⁴ SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Ristampa, Napoli, 1989, 179 s.; FERRI, *Libertà e autorità nel diritto civile e le idee di Francesco Santoro-Passarelli*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, 349.

⁴⁵ GIOSTRA, *Prova e contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2002, 3290.

Secondo questa lettura il comma V dell'art. 111 Cost. stabilirebbe come regola basilare in tema di “negozialità probatoria” che l'imputato presti il proprio consenso o accettando l'atto del pubblico ministero oppure offrendo un proprio atto al consenso della controparte.

Sotto diverso profilo, infine, il consenso dell'imputato di cui al comma V dell'art. 111 Cost. serve a conferire esplicita copertura costituzionale ai riti alternativi⁴⁶, attribuendo all'imputato la facoltà di rinunciare al metodo dialettico di formazione della prova, che ha luogo nel procedimento ordinario, a favore di altre modalità di definizione del procedimento. La previsione in esame sancirebbe, così, definitivamente la compatibilità con il modello costituzionale di giusto processo delle procedure premiali disciplinate nel codice di rito.

Sembra di poter dire che quei controversi istituti rappresentati dai riti alternativi comincino a trovare un qualche assestamento nel sistema processuale attraverso la copertura costituzionale fornita dal quinto comma del nuovo art. 111 Cost.

I riti alternativi mettono in evidenza non più soltanto — com'era e com'è nel vecchio e nel nuovo giudizio direttissimo — più o meno sensibili varianti nella struttura del procedimento. In tutti si valorizza la dispositività delle parti, scorgendosi una sorta di compensazione, tra i “premi” più o meno consistenti che vengono offerti all'imputato disposto ad avvalersene e le rinunce, da parte sua, all'uso di strumenti difensivi, altrimenti a sua disposizione. Nel giudizio abbreviato, il processo può essere definito anche sulla base delle sole risultanze delle indagini condotte dal pubblico ministero. Nel procedimento per decreto penale, la condanna — a sua volta, sorretta unicamente da risultanze di queste sole indagini — è pronunciata addirittura senza sentire l'imputato, ed è soltanto l'esercizio del potere di opposizione che può azzerarla. Nell'applicazione della pena su richiesta delle parti, infine, accusa e difesa si accordano su una pena per la quale il giudice ha il solo dovere di accertare se rispetti certi canoni legali di calcolo e se sia “congrua” in rapporto alla finalità istituzionali ad essa sottese: questo, a meno che non risultino ragioni per prosciogliere *ex abrupto* l'imputato. Preminente, allora, è il ruolo della “negoziante” tra le

⁴⁶ V., in questo senso, ORLANDI, *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. II, Milano, 2000, 577. I lavori parlamentari evidenziano che la problematica delle eccezioni al principio della formazione dialettica della prova si è sviluppata, in primo luogo, per far fronte all'esigenza di attribuire fondamento costituzionale all'instaurazione dei riti alternativi: v. in questo senso MARZADURI, *Appunti sulla riforma costituzionale del processo penale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino, 2001, 480.

parti al di fuori del contatto con il giudice e lo esprime bene il nome che l'istituto ha assunto, nel linguaggio corrente anche tra i tecnici: "patteggiamento".

Insomma, sono le previsioni contenute nel comma V dell'art. 111 Cost. a fornire il viatico per considerare "costituzionalmente coperti" tutti gli istituti di matrice consensuale di cui ci si dovrà occupare.

CAPITOLO II

1. Ricostruzione storicizzata del valore della “negozialità” fra procedura e diritto penale —
2. Categoria del “negozio giuridico” e sua inapplicabilità alla procedura penale. —3. Dal principio dispositivo alla dispositività: mutamenti di prospettive.

1. Ricostruzione storicizzata del valore della “negozialità” fra procedura e diritto sostanziale.

All'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale la dottrina ha identificato nella “negozialità”⁴⁷ l'elemento maggiormente caratterizzante il “processo di parti” di matrice accusatoria.

Invero, il fenomeno della sempre più frequente adozione di “schemi negoziali” ha interessato non soltanto la procedura penale, ma anche altri settori del diritto pubblico⁴⁸, in corrispondenza del progressivo rafforzamento delle garanzie individuali di salvaguardia del singolo nei rapporti con la pubblica amministrazione⁴⁹.

Infatti, il progressivo ampliamento delle facoltà riconosciute ai singoli in seno al procedimento penale è stato inserito nell'ambito di un più vasto panorama di trasformazione degli strumenti e degli istituti giuridici dell'intero ordinamento giuridico. Si è passati, infatti, da un'impostazione autoritario-assistenziale della relazione cittadino-autorità, ad un'altra basata sul crescente coinvolgimento dell'individuo nei problemi di funzionamento degli uffici pubblici, ivi compresi quelli giudiziari: «da ciò, la sempre più frequente adozione di schemi negoziali anche in ambiti ad essi tradizionalmente estranei»⁵⁰.

⁴⁷ Con tale espressione — così come con il riferimento omologo alla “contrattualità” — si intendono richiamare, *in primis*, gli istituti capaci di assicurare una definizione alternativa della vicenda processuale ed, in ogni caso, tutti i congegni processuali incentrati sulla attivazione volontaristica delle parti — ovvero sul consenso unilateralmente espresso da una soltanto di esse.

⁴⁸ In argomento v. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Torino, 2003, 77 ss.

⁴⁹ Per una panoramica v. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997. V., inoltre, LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *F. amm.*, 1997, 1273 ss.; nonché FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 553 ss.; BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. V, Milano, 2001, 1 ss. Sulle implicazioni dogmatiche del fenomeno v. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, 198 ss.

⁵⁰ ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in Conso-Grevi (a cura di), *Compendio di procedura penale*, II, Padova, 2003, 559; ID., *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, 268; ID., *Giustizia penale e ruolo dello Stato: un rapporto in crisi*, in *il Mulino*, 2002, 867 ss. In senso analogo v. anche TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, in AA.VV., *Procedure penali d'Europa*, Edizione italiana a cura di Chiavario, Padova, 1998, 582 ss.

L'incremento delle facoltà “dispositive” delle parti si è sviluppato, infatti, di pari passo con l'ampliamento delle prerogative ad esse riconosciute nei confronti dell'autorità statale.

Insomma, il sempre più marcato riconoscimento in capo al cittadino di un ruolo non già subalterno, ma attivo e paritario nei confronti dello Stato è parsa una tendenza generalizzata⁵¹.

E questo è stato il fenomeno — del tutto nuovo — sul quale sono state misurate le profonde trasformazioni del processo penale, attraverso l'asserito ampliamento dei “moduli negoziali” in esso operanti.

Addirittura, nel costante innalzamento del tasso di “negozialità” presente nel sistema processuale è stato visto, oltre che il riflesso più o meno diretto di un'evoluzione normativa che aveva dovuto fare i conti con l'esperienza del terrorismo e della legislazione dell'emergenza, l'espressione della stessa giurisdizionalità del fenomeno processuale, «rappresentando il coerente ed inevitabile sviluppo dei suoi tratti essenziali e irrinunciabili»⁵²; ad ogni modo, «il processo penale per essere espressione di giurisdizione deve rispettare nelle sue articolazioni il principio del contraddittorio»⁵³.

In tale ottica, non stupisce che in sistemi processuali marcatamente distanti dal modello accusatorio — come quello disciplinato dal codice Rocco -, fossero rinvenibili istituti capaci di attribuire — sia pure in via del tutto residuale — rilievo decisivo alle determinazioni di imputato e pubblico ministero nonché all'accordo eventualmente intercorso tra gli stessi.

All'interno del richiamato contesto normativo, però, è ovvio che i paradigmi della “negozialità” venivano inferiti sulla base di una astrusa operazione ermeneutica, stanti i peculiari connotati del sistema che affidava al giudice — alla stregua del pubblico ministero — la raccolta materiale della prova, riconoscendo alle parti la sola possibilità di interloquire sul dato cognitivo già cristallizzato. Sicché, venivano individuati ambiti di interferenza di pubblico ministero ed imputato con riguardo a tradizionali canoni obiettivi della giurisdizione, quali l'imparzialità dell'organo giudicante e la generale inderogabilità delle competenze⁵⁴.

⁵¹ Cfr. AZZARITI, *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello stato costituzionale*, Torino, 2000, 92

⁵² Così, DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino, 2004, 15.

⁵³ LEMMO, *I profili atipici dei procedimenti pretorili*, Milano, 1986, 9.

⁵⁴ La garanzia del giudice naturale e quella dell'imparzialità dell'organo giudicante sono configurate come disponibili negli istituti della riconsuazione e della rimessione del processo, v. AMODIO, *Giusto processo*,

Che del processo risultasse investito un soggetto *in medio cognoscens* dipendeva dall'insindacabile opzione di una delle parti di presentare istanza di ricusazione tutte le volte in cui difettesse la spontanea iniziativa del giudice *suspectus*, la cui imparzialità risultasse pregiudicata dalla sua particolare vicinanza con una delle due posizioni antagoniste; allo stesso modo, nel caso in cui il giudice avesse ommesso di rilevare la propria incompetenza territoriale, dipendeva dalla scelta di imputato o pubblico ministero di eccepire, tempestivamente, l'incompetenza *de qua*. Inoltre, nell'esclusiva disponibilità delle parti era lasciata l'esperibilità della rimessione, vale a dire di un tradizionale strumento di salvaguardia dell'imparzialità del giudice⁵⁵.

Esigui spazi di influenza sembravano poi residuare alle parti nella disciplina del procedimento probatorio tutte le volte in cui la legge sanzionava con la nullità l'inosservanza di talune prescrizioni concernenti il procedimento acquisitivo della prova. In tali casi, infatti, l'utilizzabilità probatoria del dato istruttorio invalidamente costituito sarebbe stata possibile a seconda che la parte investita del potere di eccepire la nullità lo avesse fatto oppure no⁵⁶.

Inoltre, già sotto la vigenza del codice di procedura penale del 1930, era dato rinvenirsi una forma, sia pure embrionale, di procedura consensuale, come il procedimento per decreto, nel quale la finalità di economia processuale si sarebbe perseguita attribuendo rilievo decisivo alla volontà dell'imputato, la cui adesione alla irrogazione della pena pecuniaria agevolava la rapida definizione del processo.

A seguito della novella del 27 luglio 1984, n. 397, poi, il consenso dell'imputato avrebbe assunto rilievo determinante ai fini del rito direttissimo, nel caso di esito negativo della procedura di convalida (art. 505 comma 6 c.p.p. abr.). Infine, il sistema delle impugnazioni si strutturava demandando esclusivamente alle parti il potere di instaurare i gradi di giudizio successivi al primo e di delimitarne l'oggetto, rimanendo il giudice titolare di limitati poteri officiosi, in tema di nullità e di immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità ai sensi dell'art. 152 c.p.p. abr.⁵⁷

procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale, in *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, 139.

⁵⁵ Su questo carattere della rimessione, GIULIANI, *Rimessione del processo*, in *Dig. disc. pen.*, XII, Torino, 1997, 306.

⁵⁶ CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 74.

⁵⁷ A tal proposito, v. le riflessioni di FOSCHINI, *Sistema di diritto processuale penale*, II ed., vol. I e II, Milano, 1965-1968.

E' certo che le tradizionali categorie dommatiche avallate dal "vecchio" codice sono state irreparabilmente travolte allorché la valorizzazione della iniziativa di parte riceve rinnovato impulso dall'entrata in vigore del codice del 1988. Il "nuovo" strumento normativo trasforma radicalmente la percezione della funzione cognitiva del processo: diviene sempre più evidente che la ricostruzione dei fatti rilevanti per l'accertamento della responsabilità penale dipende da una complessa combinazione di fattori, molti dei quali connessi alle modalità concrete con cui le parti utilizzano le rispettive prerogative per convincere il giudice della fondatezza delle rispettive tesi⁵⁸.

Va, tuttavia, sottolineato che prima che questi impulsi trovassero riscontro positivo nella codificazione del 1988, le parti già erano diventate titolari dei più incisivi poteri mai riconosciuti loro nel nostro ordinamento in forza di un gruppo di previsioni inserite all'interno della legge 24 novembre 1981, n. 689. La fissazione dello stesso contenuto della sentenza conclusiva del procedimento penale, in ordine all'*an* ed al *quantum* di pena da applicare nel caso concreto, sembrava essere rimessa alle convergenti ed esplicite determinazioni di pubblico ministero ed imputato⁵⁹, incentivato a presentare la richiesta di applicazione della sanzione sostitutiva⁶⁰ dalla prospettiva di godere di particolari benefici.

A dire il vero, negli ordinamenti continentali il fenomeno delle "trattative negoziali" sulla pena non poteva considerarsi del tutto nuovo⁶¹, posto che in ogni epoca si sono affermate pratiche di questo tipo, in forme più o meno palesi⁶².

⁵⁸ ORLANDI, *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, 269.

In questo contesto, «alla verità intesa in senso 'forte' (la cosiddetta verità materiale, che già nella definizione sembra designare un'entità fisica esistente in *rerum natura*) subentra una verità 'debole', 'relativa', intesa come esito delle schermaglie dialettiche che hanno animato la controversia» (Corte cost., 18 marzo 1957, n. 46, in *Giur cost.*, 1957, 587).

⁵⁹ Il riferimento è all'istituto dell'applicazione di sanzioni sostitutive su richiesta dell'imputato *ex artt.* 77 ss. legge 24 novembre 1981, n. 689. In argomento, per tutti, MARZADURI, *L'applicazione di sanzioni sostitutive su richiesta dell'imputato*, Milano, 1983.

⁶⁰ Sulla natura giuridica di pene criminali in senso stretto delle sanzioni sostitutive TRAPANI, *Le sanzioni penali sostitutive*, Padova, 1985, 298 ss.

⁶¹ Negli ordinamenti di *common law*, in particolare in quello statunitense, il fenomeno delle contrattazioni tra accusa e difesa è abbastanza risalente e consolidato. Cfr. GAMBINI MUSSO, *Il "plea bargaining" tra common law e civil law*, Milano, 1985, nonché FURGIUELE, "L'applicazione di pena su richiesta delle parti", Napoli, 2000. 13 ss.

⁶² ORLANDI, *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, cit., p. 5. L'Autore menziona il "giudizio per truglio o in concordia" che erano particolari forme transattive adottate nella giustizia napoletana dal sec. XVII alla prima metà del sec. XIX. Il truglio era un mezzo straordinario avente la natura di istituto di clemenza sovrana, come l'amnistia e l'indulto, di cui ripeteva la finalità di riduzione della popolazione carceraria nei momenti di crisi del sistema penitenziario. Ciò avveniva sulla base di un vero e proprio compromesso tra

Del tutto nuova, però, apparve l'espressa disciplina legale della "negoziante" contenuta nella legge di riforma del sistema penale e la previsione di congrui incentivi che ne propiziassero la applicazione frequente.

Non si trascura, allora, che il momento di svolta cui è stata collegata la comparsa di "logiche negoziali" in tale ambito, sia pure a livello embrionale, è stato individuato nella legge di riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975. Essa, prevedendo le prime forme d'interazione tra singolo individuo e Stato con riguardo alla durata ed alle modalità applicative della pena inflitta, attraverso un articolato ventaglio di istituti tesi a sollecitare un ruolo attivo del condannato, ha collegato alla sua adesione al programma di trattamento penitenziario il conseguimento di considerevoli vantaggi. Il richiamato provvedimento legislativo avrebbe ribaltato i tradizionali rapporti tra detenuto ed amministrazione: nella concezione autoritaria del guardasigilli Rocco il recluso veniva inteso quale mero soggetto passivo dell'esecuzione penitenziaria; dal 1975 in poi, al contrario, egli sarebbe divenuto protagonista attivo dell'esecuzione, autore del proprio reinserimento.

Queste innovazioni hanno profondamente modificato la comune percezione del diritto penale. Com'è stato dimostrato da numerosi studi empirici, la cosiddetta funzione di orientamento del sistema penale è risultata condizionata essenzialmente dal grado di certezza e dalla quantità delle pene concretamente inflitte⁶³.

Sicché, il riconoscimento al condannato del potere di influire con il proprio comportamento sulla stessa entità della pena da espiare sembrerebbe aver attenuato fortemente i caratteri di indisponibilità che tradizionalmente caratterizzavano il diritto penale e questo fenomeno avrebbe assunto dimensioni ancor più vistose a seguito della successiva evoluzione normativa.

Invero, superando gli orientamenti culturali confluiti nella riforma dell'ordinamento penitenziario, nel cui ambito la flessibilità della pena in fase esecutiva si giustificava esclusivamente per finalità rieducative, allo scopo di fronteggiare l'emergenza criminale ha avuto ingresso nel nostro ordinamento una nuova concezione dell'esecuzione, che ammette la possibilità di irrogazione in concreto di una pena del tutto diversa da quella "meritata" per il fatto reato, in funzione di valutazioni eminentemente utilitaristiche, volte a "premiare" il

giudice, organo dell'accusa e difesa, in forza del quale veniva irrogata una pena inferiore a quella che l'imputato avrebbe meritato se fosse stato giudicato in via ordinaria.

⁶³ Per un richiamo a tali aspetti v. PALIERO, *Metodologia de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 16.

condannato al di fuori di ogni prospettiva rieducativa, consentendo di fatto la “negoziabilità” della pena⁶⁴. Questa tendenza ha riguardato, essenzialmente, la disciplina relativa alla criminalità associata, di stampo mafioso o di carattere terroristico eversivo, ma ha teso a superare i confini suoi propri, estendendosi negli altri settori della giustizia penale tanto da far paventare l’avvento di un vero e proprio diritto penale negoziale sempre e ovunque. Infatti, rispetto a tutta una serie di situazioni (ad esempio in materia di sicurezza e prevenzione nei luoghi di lavoro, in campo edilizio, in ambito tributario), sembrerebbe che il legislatore abbia sovente fatto ricorso allo strumento premiale per sottrarre all’area della punibilità comportamenti penalmente tipici, antiggiuridici e colpevoli in corrispondenza di condotte *lato sensu* riparatorie poste in essere dall’agente⁶⁵.

Da qualche parte, pertanto, si è osservato che «la potestà punitiva, da funzione pubblica esercitata per l’interesse obiettivo alla repressione dei reati si sia trasformata in una sorta di diritto soggettivo la cui unica nota di “pubblicità” consiste nell’essere attribuito allo Stato-persona: così come un tempo veniva concepito il potere punitivo della pubblica

⁶⁴ In argomento, BERNASCONI, *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l’esperienza statunitense*, Milano, 1995, 79 ss.; PAVARINI, *Lotta alla criminalità organizzata e “negoziazione” della pena*, in *Crit. dir.*, 2000, 129 ss. Analogamente, MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, 187.

⁶⁵ In argomento, DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Indice pen.*, 2001, 1035 ss.; EUSEBI, *Forme e problemi della premialità nel diritto penale*, in Armellini-Di Giandomenico (a cura di), “*Ripensare la premialità*”. *Le prospettive giuridiche, politiche e filosofiche della problematica*, Torino, 2002, 81 ss. V. anche BONINI, *Forme di manifestazione e contenuti della giustizia penale consensuale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino, 2001, 59 ss.

Per una compiuta analisi del fenomeno v. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 419 ss.; nonché GIUNTA, *L’effettività della pena nell’epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, *ivi*, 1998, 414 ss.

Di conseguenza, i caratteri di obiettività e certezza che tradizionalmente contraddistinguevano la dinamica di passaggio dal reato alla pena vanno progressivamente in crisi proprio perché all’imperatività dell’apparato sanzionatorio tende sempre più a sostituirsi la sua flessibilità in funzione delle più disparate contingenze.

Pur senza approfondire le origini sociali e politiche di questa trasformazione, è indubbio che essa rappresenta il risultato di una stratificazione normativa che dal finire degli anni ‘70 in poi ha profondamente alterato il modello classico della legalità penale, fondata sul primato dell’offesa e sulla dimensione realistica dell’illecito, attraverso un’esasperata individualizzazione dei moduli repressivi cui si accompagna l’impiego sempre più frequente da parte del legislatore della punibilità — costituente il dover essere della pena — quale merce di scambio da offrire agli autori dei reati in funzione di prevenzione generale (PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di “ravvedimento”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 529 ss. In senso fortemente critico verso questo fenomeno FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, III ed., Laterza, 1996, 858 ss.; cfr. PAGLIARO, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, 480 ed ancora, PADOVANI, “Premio” e “corrispettivo” nella dinamica della punibilità, in AA.VV., *La legislazione premiale*, Milano, 1987, 39 ss. In tempi più recenti l’argomento è affrontato nelle sue diverse prospettive in AA.V.V., *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, a cura di Moccia, Napoli, 1998).

amministrazione. Metaforicamente, si potrebbe quasi suggerire l'immagine dell'anomalo passaggio di un bene dal demanio necessario al patrimonio disponibile»⁶⁶.

Nell'impostazione classica dell'apparato punitivo le manifestazioni di volontà dei soggetti coinvolti nel fatto di reato assumevano un rilievo del tutto marginale, esclusivamente con riguardo a talune «reminiscenze privatistiche» — il consenso dell'avente diritto, la querela e l'oblazione — in cui l'insorgenza delle conseguenze penali collegate alla commissione dell'illecito era subordinata all'atto dispositivo del privato.

Le tendenze più recenti, pertanto, hanno spinto molti autori ad evidenziare il sensibile spostamento del sistema verso una sua «generalizzata soggettivizzazione, che ne accentua i tratti “dispositivi” collegati al rilievo sempre maggiore assunto dalle “scelte” — e quindi dagli atti d'iniziativa — adottate dai soggetti variamente coinvolti nella vicenda penale (autorità giudiziaria, offeso o danneggiato, imputato, condannato, autorità di polizia e/o penitenziaria, ecc.)»⁶⁷.

Perfino nel settore sostanziale, dunque, meno suscettibile di quello processuale ad essere studiato in una prospettiva volontaristica, è stato valorizzato l'aumento del tasso di “negozialità”.

Si ponevano, così, le premesse di quel copioso e fecondo dibattito i cui risultati sarebbero poi confluiti nella messa a punto di uno degli aspetti più qualificanti della riforma del 1988: l'idea di un sistema flessibile, in cui il controllo sulle situazioni processuali non sia più rimesso esclusivamente al giudice ma dipenda dalle iniziative di cui imputato e pubblico ministero siano rispettivamente titolari; di un processo articolato secondo una pluralità di modelli di definizione della regudicanda, diversamente attivabili su iniziativa di una o di entrambe le parti, in modo da garantire la massima aderenza delle cadenze procedurali alle esigenze concrete di ciascuna vicenda.

Ulteriore stimolo all'ampliamento delle ipotesi di intervento rimesse all'attivazione volontaristica delle parti deriva, poi, dal tenore dei provvedimenti legislativi susseguitisi negli ultimi anni⁶⁸.

⁶⁶ È questa un'espressione usata da BETTIOL, *In tema di antinomie penalistiche*, in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Antolisei*, vol. I, Milano, 1965, 22.

⁶⁷ Testualmente, DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., 15.

⁶⁸ Evidenzia l'espansione dell'area negoziale in ambito processuale penale connessa alle recenti novellazioni VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, Milano, 2000, 59 ss.

Il primo, per ordine di tempo ed importanza, è quello che ha modificato l'art. 111 Cost. inserendovi i principi del giusto processo, articolati in sei distinti commi che ora precedono i due originari. A parte le implicazioni derivanti dall'esplicita previsione nella Carta fondamentale della necessaria struttura triadica dell'ufficio giudiziario⁶⁹, che deve inderogabilmente comporsi di accusa, difesa e giudice, e dalla consacrazione del principio del contraddittorio nella formazione della prova, preliminarmente va posto in risalto che tra le facoltà spettanti all'imputato risultano ora compiutamente costituzionalizzate alcune tipiche "iniziative di parte", come il diritto di ottenere la convocazione davanti al giudice di testi o altri soggetti e di interrogarli o farli interrogare; quello di far acquisire altri mezzi di prova a propria difesa; il potere di derogare con il proprio consenso alla formazione della prova in contraddittorio.

Nel senso della valorizzazione del contributo proveniente dalle parti muoverebbe anche la considerevole novellazione del codice di procedura penale che ha accompagnato il varo dell'istituzione del giudice unico togato di primo grado in sede penale — il riferimento è alla legge 16 dicembre 1999, n. 479, ed alle sue "correzioni" operate in sede di conversione del d.l. 7 aprile 2000, n. 82 (legge 5 giugno 2000, n. 144).

In una rinnovata prospettiva, invero, è stato attribuito alle parti il compito di selezionare e formare le conoscenze da sottoporre al giudice al fine della decisione, condizionando il procedimento d'introduzione e acquisizione della prova alle determinazioni unilaterali di ciascun polo dialettico.

Ne è disceso che la fisionomia del sistema processuale riformato, superando la granitica monoliticità espressa dal codice del 1930, è apparsa con marcati tratti "negoziali", rinvenibili nella previsione di una molteplicità di istituti incentrati sulla volontà delle parti.

Già nell'originaria versione del 1988, i "procedimenti speciali" avevano indotto a ritenere addirittura disponibile l'intero armamentario delle garanzie dibattimentali, solo che imputato e pubblico ministero fossero d'accordo a definire il procedimento in via alternativa⁷⁰. Anche all'interno di altri settori della disciplina codicistica, poi, taluni istituti avrebbero consentito alle parti di derogare alle modalità acquisitive della prova dibattimentale facendo leva sul reciproco consenso. Ad esempio, il potere di veto della

⁶⁹ Denomina in tal modo l'insieme degli uffici dell'accusa e della difesa e quello del giudice FOSCHINI, *Premessa*, in *Sistema del diritto processuale penale*, cit., XI.

⁷⁰ Sul punto si rimanda alla ricostruzione della tematica operata da ORLANDI, *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, cit.

persona sottoposta alle indagini in ordine alla realizzazione dell'accertamento tecnico irripetibile (art. 360 commi 4 e 5 c.p.p.), ove non esercitato, configurerebbe una sorta di consenso di parte all'utilizzabilità probatoria piena di atti la cui rilevanza sarebbe stata destinata ad esaurirsi nella fase procedimentale. Allo stesso modo, la disciplina dell'escussione orale del teste di riferimento in caso di testimonianza indiretta, epletabile su richiesta di parte — sempre che il giudice non si avvalga dei poteri officiosi di cui all'art. 195 comma 2 c.p.p., la cui attivazione, però, non costituisce condizione di utilizzabilità della deposizione *de auditu*⁷¹ — sembrerebbe un congegno “negoziale” nella misura in cui l'ordinamento subordina l'operatività della clausola d'inutilizzabilità della testimonianza *de relato* alla concorde scelta delle parti di non esaminare in dibattimento la persona alle cui dichiarazioni il teste si riferisca nella propria deposizione. Se le parti concordano, inoltre, può essere modificato l'ordine di assunzione delle prove fissato dall'art. 493 comma 2 c.p.p. (art. 496 comma 2 c.p.p.). Su accordo delle parti, infine, si possono semplificare le modalità acquisitive degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento, impiegando in luogo della lettura la mera indicazione ai sensi dell'art. 511 comma 5 c.p.p., e si può derogare alla *cross-examination* legittimando la conduzione dell'esame ad opera del giudice monocratico (art. 559 comma 3 c.p.p., nonché originaria formulazione dell'art. 567 comma 3 c.p.p.). Al di fuori di questi casi, comunque, nel codice appena riformato il rilievo della volontà appariva particolarmente pregnante rispetto alle modalità di attuazione dei cd. “riti differenziati”⁷².

Profondamente trasformata è la situazione attuale. Accanto ai casi di “negoziante” per così dire implicita, prima segnalati, ora è previsto che le parti possono concordare l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, nonché della documentazione relativa alle investigazioni difensive (artt. 431 comma 2, 493 comma 3, art. 555 comma 4 c.p.p.)⁷³.

Sempre su accordo delle parti, le dichiarazioni precedentemente rese dalla persona informata sui fatti — pur non utilizzate per le contestazioni — e contenute nel fascicolo

⁷¹ GIULIANI, *Utilizzabilità e valutazione delle dichiarazioni de relato tra principio di oralità e libero convincimento del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 292. Secondo un diverso orientamento dottrinale, però, la deposizione *de relato* sarebbe sempre inutilizzabile in mancanza dell'esame del teste di riferimento, a meno che la comparizione di quest'ultimo non risulti impossibilitata per morte, infermità o irripetibilità. Cfr. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003, 679 ss.

⁷² ORLANDI, *Procedimenti speciali*, cit.

⁷³ Con riguardo a tale istituto taluno parla di “contratto tra accusa e difesa”. Così DI BUGNO, *Commento alla l. 16/12/1999, n. 479, sub art. 26*, in *Legisl. pen.*, 2000, 427.

delle indagini possono essere acquisite al fascicolo per il dibattimento *ex art.* 500 comma 7 c.p.p.; allo stesso modo, nel caso in cui il teste rifiuti di sottoporsi all'esame o al controesame di una delle parti, le relative dichiarazioni risultano utilizzabili solo se la parte che non ha avuto risposta lo accetti (art. 500 comma 3 c.p.p.). Inoltre, relativamente alle prove di altri procedimenti, fuori dalle ipotesi in cui è ammesso l'impiego dei relativi verbali, è permessa l'utilizzazione dibattimentale di quelli altrimenti inutilizzabili nei confronti dell'imputato che vi acconsenta (art. 238 comma 4 c.p.p.). Infine, quando si procede a lettura di verbali di dichiarazioni rese dall'imputato che sia rimasto assente, contumace o che abbia rifiutato di sottoporsi ad esame, tali dichiarazioni possono essere utilizzate nei confronti di altri solo con il loro consenso (art. 513 comma 1 c.p.p.); su accordo di tutte le parti, invece, e non solo col consenso della persona nei cui confronti la dichiarazione deve essere utilizzata, è possibile procedere, attraverso la lettura, all'acquisizione dibattimentale delle dichiarazioni rese dal coimputato nel medesimo reato (ipotesi di connessione di cui all'art. 12 comma 1 lett. a c.p.p.), nei cui confronti si sia proceduto separatamente (art. 513 comma 2 c.p.p.).

Dall'*excursus* che precede discende che l'idea di "contrattualità", pur trovando terreno fertile con il codice del 1988, comunque abbia ricevuto rinnovata linfa dall'introduzione degli istituti "consensuali" di cui alla cd. legge Carotti oltre che dalla entrata in vigore della l. n. 63 del 2001.

Non v'è chi non veda, però, come la speculazione sul tema si sia ulteriormente arricchita con il d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, che ha introdotto nel nostro ordinamento la giurisdizione penale del giudice pace⁷⁴, disciplinandone la competenza per materia, il relativo procedimento e la tipologia delle sanzioni irrogabili al suo esito. Si tratterebbe, anche in questo caso, di una piccola rivoluzione che ha delineato istituti di indubbia originalità, non solo modulando variamente la ripartizione dei poteri spettanti a giudice e parti; «ma, altresì, operando un'innovativa concorrenza di prerogative tra parte privata e

⁷⁴ Sugli aspetti negoziali introdotti con tale riforma v. GALLUCCI, *Diritto penale minore e processo: verso una giustizia negoziata?*, in *Cass. pen.*, 2002, 3593. Sui caratteri conciliativi della giurisdizione penale v. PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, in AA.VV., *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, a cura di Giostra-Illuminati, Torino, 2001, XIV; PRESUTTI, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa: il ruolo del giudice e della persona offesa*, in AA.VV., *Verso una giustizia penale "conciliativa"*, a cura di Ricotti-Spangher, Milano, 2002, 177 ss.

parte pubblica, ovvero, con esclusivo riguardo a quest'ultima, tra ufficio del pubblico ministero e organi di polizia giudiziaria»⁷⁵.

Da ultimo, non può mancare il riferimento al gran numero di interventi normativi che hanno visto la luce negli ultimi mesi della XIII legislatura⁷⁶, riguardanti il procedimento penale in tutta la sua estensione, modificandone i delicati equilibri ed incidendo, conseguentemente, sui criteri di distribuzione dei relativi poteri d'iniziativa⁷⁷ tra i vari protagonisti del processo. Nonostante la disarmonica stratificazione di leggi e la difficoltà di desumerne i comuni criteri informativi, c'è stata concordia nel ritenere che le numerose innovazioni abbiano ribadito, ed anzi reso più esplicita, la scelta del codice del 1988 a favore del cospicuo rafforzamento del ruolo delle parti nel processo, «titolari di incisivi poteri suscettibili di essere esercitati secondo schemi negoziali, che tendono a divenire un tratto sempre più ricorrente dei modelli di esplicazione della funzione giurisdizionale»⁷⁸.

Può dirsi, allora, che gli istituti di matrice consensualistica abbiano ormai sul piano quantitativo un rilievo tale da imporre una riflessione approfondita ed aggiornata tenuto conto, oltretutto, che l'evoluzione in senso dispositivo ha interessato non soltanto la disciplina processuale ma anche quella sostanziale.

2. L'inadattabilità dommatica della categoria del “negozio giuridico” agli istituti di diritto processuale penale. — La ricostruzione che precede appare emblematica nel palesare la coerenza dell'atteggiamento della dottrina formatasi all'indomani dell'entrata in vigore del codice del 1988 laddove ha individuato nel connotato “contrattualistico” il marchio distintivo del prodotto normativo di nuovo conio.

⁷⁵ DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, cit., 36.

⁷⁶ L'ultimo scorcio della XIII legislatura è stato contrassegnato da quella che è stata definita come una vera e propria “convulsa ondata di leggi” (in questo senso v. *Premessa*, in CONSO GREVI (a cura di), *Compendio di procedura penale. Appendice di aggiornamento*, Padova, 2001). Per una panoramica sul tema v. CHIAVARIO, *La giustizia penale in Parlamento: che cosa dopo l'(iper)attività di questi anni?*, in *Legisl. pen.*, 2001, 494 ss. Ai fini che interessano in questa sede l'intervento più significativo non può che essere individuato nella disciplina attuativa dei principi del “giusto processo”, in tema di formazione e valutazione della prova. In argomento v. AA.VV., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura Kostoris, Torino, 2002; nonché AA.VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, a cura di Tonini, Padova, 2001.

⁷⁷ Tuttavia, la complessa evoluzione legislativa richiamata non si sviluppa secondo un disegno coerente: la tecnica interpolativa delle novellazioni che si sono susseguite a ritmo quasi frenetico, ha, infatti, determinato ingenti ricadute anche sulle disposizioni rimaste immodificate, col risultato di rendere sempre meno comprensibile il sistema normativo e più problematica l'individuazione delle sue linee portanti.

⁷⁸ LORUSSO, *Provvedimenti “allo stato degli atti” e processo penale di parti*, Milano, 1995, 41 ss.; MACCHIA, *I poteri dispositivi delle parti. profili di legittimità costituzionale*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2003, 183; SPANGHER, *Verso un processo di parti*, in *Studium iuris*, 2002, 469 ss.

Invero, se le prerogative volontaristiche del codice del 1930 sono state storicamente ancorate all' indisponibilità della giurisdizione — connessa alla sostanziale estraneità delle parti dall'accertamento e, dunque, alla presenza “dominante” ed “autosufficiente” dell'organo giurisdizionale — di diverso tenore è stato l'intendimento della negozialità alla luce dell'entrata in vigore del codice accusatorio.

Non di rado, infatti, la possibilità riconosciuta alle parti di condizionare le modalità di definizione della regiudicanda ovvero le acquisizioni degli elementi di conoscenza utili alla decisione, è stata confusa con la potestà civilistica di disporre dell'accertamento. In tal senso, la possibilità di gestione di strumenti in grado di condizionare le “forme” dell'accertamento è stata capziosamente ricondotta al fattore disponibile del giudizio.

Premessa necessaria alla risoluzione delle problematiche connesse al tema della “negozialità”, dunque, è una breve analisi delle posizioni espresse dalla letteratura processual-civilistica in tema di negozio giuridico.

Sotto tale profilo, è chiaro che qualsiasi nozione si accetti di negozio giuridico — di manifestazione di volontà o di esplicazione di diritto soggettivo o comunque di potere, di atto di autonomia privata cui il diritto ricollega effetti destinati ad attuare una funzione socialmente utile o di negozio come fonte di norme — si può concordare nel ritenere che la categoria porti con sé corollari che costituiscono punti inamovibili nella considerazione della struttura⁷⁹.

Un primo dato di riferimento è costituito dalla volontarietà degli effetti al negozio ricollegati. E' questo argomento certamente non controverso. Qualsiasi nozione, infatti, si dia di negozio giuridico è certo che esso tende a regolare tra le parti effetti dalle stesse voluti. Accordo completo vi è ancora circa la disciplina delle nullità od annullabilità⁸⁰ per vizi (errore, dolo o violenza), o per i casi di divergenza fra manifestazione o dichiarazione ed interno volere (*ioci causa, docendi causa*, ecc.), come pure a proposito della conservazione e della conversione dei negozi giuridici.

Quanto all'annullabilità del negozio giuridico, la dottrina è parimenti concorde nel ritenere che le norme dettate dal codice civile (artt. 1427-1440 c.c.) sull'errore, violenza o dolo a

⁷⁹ A tal fine, illuminante la ricostruzione effettuata da PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2005, 335 ss.

⁸⁰ Si veda in proposito SACCO, *Nullità ed annullabilità*, voce del *Novissimo Dig. It.*, XI, p. 456. Ad ogni modo, non si farà riferimento a tutta la problematica della annullabilità (assoluta o relativa) né della inefficacia. Per la netta distinzione si veda TONDO, *Invalità ed inefficacia del negozio giuridico*, voce del *Novissimo Dig. It.*, VIII, 994 ss.

proposito dei contratti trovino applicazione anche per il negozio in generale, ove non ne siano espressamente previste⁸¹.

Ciò soprattutto partendo dalla considerazione che il riconoscimento del negozio da parte dell'ordinamento assolve alla funzione di rendere giuridicamente realizzabile il voluto, di permettere cioè il raggiungimento sul piano giuridico del risultato previsto nello stesso⁸².

Si vuole affermare, dunque, che in tanto si parla di negozio giuridico, in quanto ad esso siano applicabili alcuni principi e, dunque, che in tanto un discorso sul negozio sia valido in quanto ad esso sia riconducibile ed applicabile tutta la complessa sistemica dei vizi⁸³.

Muovendo da questo inconfutabile asserto⁸⁴, le finalità dell'indagine impongono, a questo punto, di considerare gli sforzi esperiti per la individuazione della categoria "negozio processuale".

Sotto questo profilo si può subito rilevare l'infedeltà della impostazione secondo la quale gli atti giuridici si distinguerebbero in atti pubblici e negozi giuridici, e questi ultimi in processuali o extraprocessuali, in senso materiale, costituiti cioè da manifestazioni o dichiarazioni di volontà, ovvero da attestazioni di verità, produttive di conseguenze giuridiche, emesse da un privato e da lui documentate immediatamente, ovvero ricevute da un pubblico ufficiale⁸⁵.

Dal che discende la conseguenza che il negozio potrebbe consistere tanto in una dichiarazione, quanto in una manifestazione di volontà; potrebbe, anzi, consistere in una attestazione di verità, con la conseguenza che anche una perizia dovrebbe essere un negozio, al pari di una testimonianza⁸⁶.

E però, le difficoltà definitorie nascono proprio dal fatto che la letteratura tradizionale non ha contribuito a chiarire il concetto di negozio giuridico processuale penale. Essa, infatti,

⁸¹ Per i particolari problemi in riferimento alle singole figure rinviamo alla dottrina civilistica. Si veda, tra gli altri, CRISCUOLI, *Precisazioni in tema di annullabilità parziale del negozio giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 364.

⁸² CRISCUOLI, *Precisazioni in tema di annullabilità*, cit., 382 ss.

⁸³ La conclusione è di RICCIO, *La volontà delle parti nel processo penale*, Napoli, 1969, 23 al quale si rinvia per i corollari relativi all'impossibilità di attingere istituti civilistici alle dinamiche del processo penale.

⁸⁴ Scrive acutamente CONSO (*I fatti giuridici processuali*, Milano, 1955, 80): «il valore di una qualifica dipende dalla sicurezza e dalla precisione con cui essa sintetizza uno o più elementi comuni ai fatti giuridici che le si riconducono. Ciò che importa veramente non è lo stabilire se un dato fatto giuridico sia un negozio o un fatto in senso stretto o un atto lecito in senso stretto, ma il determinare se esso implichi o prescinda dalla volontarietà del comportamento».

⁸⁵ MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, Torino, 1949, I, 87-88 il quale afferma: «tali manifestazioni o attestazioni sono talora presunte dalla legge, dati certi atteggiamenti individuali, come nel caso di inattività dell'interessato, del suo silenzio, della conciliazione extraprocessuale».

⁸⁶ RICCIO, *La volontà delle parti nel processo penale*, cit., 23.

troppo spesso si è adagiata su definizioni civilistiche, richiamandosi ora al concetto di atto che costituisce, modifica od estingue rapporti processuali, ora alla teoria della manifestazione di volontà, senza rendersi conto che alla definizione dovevano far seguito, come ovvi corollari, le soluzioni di numerosi interrogativi che non sono stati nemmeno intravisti⁸⁷.

Ora, la rilevanza dei vizi della volontà degli atti processuali non opera automaticamente, né produce senz'altro la inesistenza o la nullità dell'atto, in quanto al giudice sarebbe consentito il libero apprezzamento delle imperfezioni volitive di esse. Pertanto, i vizi della volontà, che eventualmente affettino gli atti processuali, sono denunziabili e riparabili, se e fino a che la struttura tecnica del processo lo ammetta; ma essi non assurgono mai a motivi che di per sé annullino o esautorino l'atto, anche dovendo il difetto essere materia di valutazione giudiziale⁸⁸.

Il problema, allora, scivola verso soluzioni che col campo del negozio processuale non hanno nulla in comune. Si afferma, ad esempio, che, nei confronti di una querela, carpita con l'inganno, può sempre servire il rimedio della remissione⁸⁹.

Senonché, il *punctum dolens* non consiste nel sapere se un diverso atto può distruggere gli effetti del primo, ma quali siano gli effetti che il primo produce e se esista non già un secondo negozio, destinato a sistemare i vizi del primo, ma un *quid*, diverso da un negozio, cioè un provvedimento del giudice che ponga rimedio al negozio viziato nell'interesse di colui la cui volontà (ammesso sempre che il negozio sia dichiarazione di volontà) era viziata da violenza, errore o dolo⁹⁰. A questo problema non si risponde, limitandosi ad affermare, per inciso, «che il termine di tre mesi, stabilito per la querela, essendo di decadenza, non potrebbe subire prolungamenti anche se l'inattività fosse effetto di violenza»⁹¹.

In tale prospettiva, la letteratura sviluppatasi in argomento ha risolto con il ricorso all'analogia il problema concernente l'applicabilità agli atti processuali penali delle norme del codice civile in tema di violenza, errore e dolo⁹².

Ma questa risposta, in sostanza, non centra il problema. Infatti, negata l'equazione secondo cui ogni atto giuridico processuale è un negozio giuridico processuale, riferita l'applicazione

⁸⁷ SANTORO, *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, 1954, 322 ss.

⁸⁸ SANTORO, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 325-326.

⁸⁹ SANTORO, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 326.

⁹⁰ Il quesito è posto da RICCIO, *La volontà delle parti nel processo penale*, cit., 23.

⁹¹ SANTORO, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 328.

⁹² PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, Napoli, 1933, 234-235.

analogica a tutti gli atti processuali penali e non solo ai negozi, è chiaro che la risposta positiva non serve a stabilire quale sia l'utilità dell'elaborazione del negozio giuridico processuale. A tal proposito, si rammenta quella concezione in virtù della quale, dopo essere stata ammessa l'esistenza della categoria⁹³, si conclude che per i vizi della volontà non valgono le norme del diritto privato, quante volte il diritto penale non disponga diversamente, poiché il regime dei negozi di diritto privato non si estende e di regola non si applica agli atti processuali, che sono destinati a produrre effetti diversi da quelli.

E' difficile comprendere a cosa possano servire i negozi processuali se devono essere sottratti al regime dei negozi. Inutilità ancora più evidente quando ci si accorge che, riconosciuta la categoria dei negozi processuali, non si riesce a darne una valida giustificazione sulla base di un trattamento diverso che l'ordinamento giuridico dovrebbe riservare a queste manifestazioni di volontà⁹⁴.

Per cui non rimane che avvertire i pericoli della trasposizione di una etichetta sulla quale non sembra possibile raggiungere un accordo⁹⁵, osservando come il codice di procedura penale non conosca la categoria dei negozi processuali⁹⁶; è inutile, ed a volte pericoloso, definire negozio questa o quella attività, questa o quella dichiarazione che ai fini della identificazione del processo e della volontà delle parti nel processo ciò a nulla giova.

⁹³ RANIERI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 1965, 260.

⁹⁴ Così il PETROCELLI, *I vizi della volontà nel processo penale*, in *La Corte di Appello*, anno XXIX, pag. 35, afferma che: «è naturale che il negozio giuridico processuale abbia un modo di essere e di svolgersi e un'efficacia subordinati ai fini ed alle forme del processo ed alla presenza in esso di soggetti pubblici. Ma questo modo di essere e di svolgersi del negozio giuridico nel processo e la sua azione ed efficacia più o meno stretta ad interferenze dell'azione degli organi pubblici non vale a togliere a certe manifestazioni della volontà privata nel processo il carattere essenziale di negozio giuridico».

⁹⁵ HANS SPERL, *Il processo civile nel sistema del diritto*, in *Studi in onore di Chiovenda*, 809 ss. sottolinea il grave pericolo derivante dall'accogliere i concetti e le espressioni privatistiche senza adattamenti ed oltre le necessità di una istruttiva analogia. Ciò, secondo l'autore, ritarderebbe la integrale comprensione di numerosi atti processuali.

⁹⁶ DINACCI, *Brevi spunti sull'atto processuale penale e civile*, in *Dir. circ. trasp.*, 1965, 396 ritiene di scarsissima utilità l'istituto dei negozi giuridici processuali in quanto tutto si ridurrebbe alla utilizzazione, nel campo processuale, di un metodo mediante il quale rendere possibile una classificazione. In Italia, uno dei primi autori a criticare la categoria del negozio giuridico processuale fu il MIRTO, considerando che la sua formulazione dipendesse da una erronea concezione del processo penale, configurato come una serie continua di negozi giuridici processuali, in quanto gli effetti processuali sarebbero conseguenza di determinate manifestazioni di volontà (*Teoria degli atti processuali penali*, in *La Procedura Penale Italiana*, 1923, 337 ss.). Senonché, a ben guardare nessuno degli autori che ammettono la esistenza di negozi processuali ha mai parlato di "una serie continua di negozi". Pur tuttavia, il merito di questo autore è l'aver posto in rilievo che l'atto processuale posto in essere da un soggetto privato o è una condizione alla quale la legge subordina l'attualità di un diritto, o è una pura manifestazione di volontà, la quale è una condizione da cui la legge fa dipendere lo svolgimento dell'esercizio della funzione giurisdizionale in uno dei suoi svariati aspetti.

Una dichiarazione di volontà può “disporre” — nel modo che ritiene più opportuno colui che la emette — una certa regolamentazione di interessi: e questo è il negozio giuridico. Può darsi, invece, che nel sistema della legge siano le norme che disciplinano interamente e compiutamente una certa categoria di interessi. Quando queste norme, per trovare concreta attuazione, hanno bisogno che un soggetto emetta una dichiarazione di volontà, questo atto deve essere qualificato atto giuridico in senso stretto, nel senso che la dichiarazione serve solo come presupposto di un effetto che si verifica interamente in virtù di una norma, non della dichiarazione.

E del resto, anche se l'idea del negozio si associa a quella di contrattazione, il contratto, che comunque è la specie più importante del negozio, si fonda sulla libertà delle parti nel determinarne l'oggetto. Nulla di tutto questo sembra potersi dire per gli atti giuridici in senso stretto, in cui tutti gli effetti, di qualsiasi specie e natura, sono predisposti dall'ordinamento giuridico.

Sicché appare irrilevante stabilire, per il processo penale, se il negozio costituisca un mezzo per la modificazione, costituzione ed attuazione di rapporti giuridici, ovvero tenda ad un fine protetto dall'ordinamento giuridico.

La conferma la si ricava dalla disciplina delle impugnazioni ove nessun effetto si verifica in virtù della dichiarazione. Essa costituisce il presupposto, la condizione che consente il pratico operare di un gruppo di comandi delle norme; ma, di per sé, la dichiarazione è improduttiva di effetti giuridici, essendo produttiva soltanto di quelle conseguenze sancite dalla legge⁹⁷.

In dottrina si è ritenuto che l'impugnazione sia certamente un negozio, così come l'acquiescenza al provvedimento (esercizio negativo del diritto di impugnazione) non potrebbe a sua volta non essere che un negozio⁹⁸.

⁹⁷ RICCIO, *La volontà delle parti nel processo penale*, cit., 54 il quale osserva come «l'effetto sospensivo, quello estensivo e quello devolutivo si verificano *ex lege*, anche se non sono previsti, anzi anche se, almeno i primi, non sono voluti. Il dovere di riesaminare il merito (nei limiti consentiti da ogni singolo mezzo di impugnazione) nasce nel giudice *ad quem* come dovere funzionale, non nei confronti di colui che ha emesso la dichiarazione. E' da escludere, pertanto che l'impugnante abbia qualcosa in più di un potere a richiedere un riesame del merito rispetto alla *res in iudicium deducta*. E', sì vero che con l'impugnazione la parte stabilisce i limiti alla cognizione del giudice, ma questo potere deriva dalla legge, in virtù di un particolare riconoscimento all'interesse della parte, non della qualificazione dell'impugnazione come negozio. Di questo, insomma, essa ha, al più, la caratteristica della libertà del contenuto, non tutte le altre, necessarie ed indefettibili peculiarità».

⁹⁸ MASSA, *L'acquiescenza nel processo penale*, Napoli, 1954, 39-40. Per una ricostruzione della categoria dell'acquiescenza nell'attuale sistema processuale penale si veda FUGIELE, *Concetto e limiti dell'acquiescenza nel processo penale*, Napoli, 1998.

Di negozio giuridico si è parlato anche a proposito di rinuncia alla impugnazione⁹⁹. Anzi, «la possibilità di acquiescenza e di rinuncia concessa anche al pubblico ministero testimonierebbero del carattere negoziale anche dell'impugnazione del pubblico ministero: dal carattere negoziale delle prime si ricaverebbe il carattere negoziale della seconda»¹⁰⁰.

Anche a proposito delle impugnazioni, però, sorge il problema pratico innanzi accennato.

Pur a voler ammettere, in linea di principio, la possibilità di una estensione analogica della disciplina dell'annullamento dei negozi con volontà viziata al diritto processuale penale, non si saprebbe, né lo si spiega, come ed a chi verrebbe proposta la domanda di annullamento del negozio viziato. Nel diritto civile, come detto, l'accertamento sul vizio è fatto dal giudice il quale decide con sentenza su quel particolare oggetto; nel diritto penale, invece, la sentenza ha soltanto un contenuto: la decisione sull'oggetto del processo. Così impostato il problema, si reputa, nella specie, che la categoria dei negozi giuridici debba essere negata dal momento che questa "qualifica" non attribuisce all'atto i corollari che da essa naturalmente derivano. La negazione della categoria è, insomma, *in re ipsa*¹⁰¹.

Né il problema si risolve osservando come un notevole complesso di casi in cui emerge un vizio della volontà trovi risoluzione in altri istituti¹⁰².

Anzi è proprio questa la riprova di quanto affermato: è del tutto inutile il riferimento ad una categoria di altro ramo del diritto, quando, poi, non serve per la risoluzione di quei problemi che essa stessa pone. Il ricorso alla riparabilità o ad eventuali rimedi riscontrabili nel nostro diritto processuale avrebbe valore se si dimostrasse, da un lato, la loro applicabilità ai

⁹⁹ MASSA, *Il principio dispositivo nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 396.

¹⁰⁰ MASSA, *Il principio dispositivo nel processo penale*, cit., 397-398 secondo il quale «il pubblico ministero può rinunciare al diritto di impugnazione nel duplice atteggiamento dell'acquiescenza e della rinuncia propria. Ed è evidente che non può rinunciarsi ad un'attività doverosa e che rinunciabilità postula discrezionalità. Nessun dubbio può pertanto sussistere sul carattere negoziale della domanda d'impugnazione dei pubblico ministero».

¹⁰¹ RICCIO, *La volontà delle parti nel processo penale*, cit., 54, osserva che «la formulazione della irrilevanza è comunque, a dir poco, semplicistica. Non tanto (o non solo) perché ripugna alla coscienza giuridica conferire valore ed efficacia ad atti che traggono origine da una volontà viziata da errore o coartata, ma soprattutto perché i vizi dovrebbero incidere su di un atto quando lo si definisce negozio, in quanto questo proprio perché è un negozio non dovrebbe lasciar dubbi della intenzione delle parti. E del resto incidono, e come, nei negozi di diritto privato».

¹⁰² LEONE fa questi esempi: «a) per gli atti compiuti sotto l'influenza di un vizio della volontà, quando sia riconosciuto un potere dispositivo, è in questo che si trova la soluzione del problema; ad es.: una costituzione di parte civile o una querela fatta sotto violenza morale o per dolo può essere revocata o rimessa; b) per il mancato compimento di atti determinati da un vizio della volontà può farsi ricorso al ripristinato istituto della restituzione in termine, quando cioè il vizio della volontà rientra nel caso fortuito o nella forza maggiore (vi rientra certamente la violenza morale; sotto taluni aspetti anche il dolo)» (*Trattato di diritto processuale penale*, vol. I, Napoli, 1961, 711).

negozi e non anche a tutti gli atti e, dall'altro, che esso non si riferisce ad una specifica disposizione per un caso specifico, ma, invece, ad un numero indefinito di casi.

Non si può che concludere, allora, per la infecondità della inclusione di certi atti nella categoria dei negozi giuridici processuali penali: nessuna delle regole proprie dei negozi, in materia di vizi della volontà, potrebbe essere applicata, sia pure in via di analogia, agli atti processuali penali.

Se così non fosse si dovrebbe affermare che quando un determinato atto, qualificato negozio, fosse affetto da errore, dolo o violenza ecc. esso atto, in sé, dovrebbe essere annullabile. Il che condurrebbe alla affermazione, dommaticamente assurda, che una querela od una impugnazione dovrebbe essere dichiarata nulla nel caso si provasse che essa fu dovuta ad errore, dolo o fu strappata con la violenza.

Questa conclusione, che dovrebbe essere l'unica ovvia per coloro che ammettono la categoria dei negozi giuridici, non è autorizzata da alcuna interpretazione del diritto processuale vigente, al quale non importa perché la querela o la impugnazione fu proposta: di fronte a quell'atto il giudice deve giudicare, tranne che colui che lo pose in essere non lo rimetta o non vi rinunci.

La categoria del negozio nel processo penale non esiste. Il volerla a tutti i costi adottare, oltre ad essere inutile, in quanto nessun apporto interpretativo e sistematico essa dà, è soprattutto pericoloso. Si pensi, infatti, a quei tentativi che per il negozio hanno trovato soluzioni che non sono consentite dal diritto positivo neanche per la categoria degli atti processuali: il negozio reca in sé la tutela dei vizi e predetermina gli effetti; per l'atto processuale, la tutela dei vizi non è contemplata e gli effetti sono connessi ad una specifica predisposizione normativa.

3. . Dal principio dispositivo alla dispositività: mutamenti di prospettive.

La dottrina del processo civile sembra ormai aver raggiunto un accordo sostanziale sul significato da riconoscere al principio dispositivo. Esso può essere riassunto, nei suoi punti salienti, in queste formulazioni: a) innanzitutto, nel potere di proporre la domanda e quindi di rinunciare alla domanda stessa od al giudizio e, pertanto, di influire sullo sviluppo del rapporto processuale; b) nel legame del giudice alla domanda giurisdizionale, oltre e fuori della quale non può decidere; c) nel legame del giudice all'iniziativa delle parti nella

formazione del materiale cognitivo; sono le parti, cioè, che devono fornire la prova dei loro assunti: si parla appunto di onere della prova (art. 2697 c.c.). Quest'ultimo elemento sembra più di ogni altro caratterizzare quella che è stata definita la "direttiva prevalente" del processo civile, cioè il canone dispositivo¹⁰³ il quale è niente altro che la proiezione sul piano processuale del potere di disposizione accordato alle parti sui diritti oggetto del processo¹⁰⁴: le parti, in sostanza, sono "arbitre" del processo.

Se questo è il valore della dispositività civilistica, la dottrina maggioritaria ne ha propugnato la inadattabilità al processo penale, soprattutto in considerazione della peculiare funzione di questo. Si è correttamente rilevato, infatti, che mentre le parti possono regolare come meglio credono i rapporti di natura civilistica anche al di fuori dell'intervento del giudice; in materia penale il ricorso alla funzione giurisdizionale «non può essere appreso come un'eccezione o come caso patologico della vita del diritto, bensì come normale attuazione, anzi come unica attuazione possibile del nucleo sanzionatorio della norma penale»¹⁰⁵.

Da tanto, l'impossibilità di riferire il potere dispositivo al pubblico ministero per il promovimento dell'azione penale: si parla di "dovere" o più propriamente di "obbligo", in relazione all'art. 112 della Costituzione, nel quale è appunto sancito che «il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale»¹⁰⁶.

Né appare riferibile al processo penale l'altro carattere peculiare del principio dispositivo di tipo civilistico. Nel processo penale, infatti, la parte non ha il potere di rinunciare all'azione, pur potendo disporre dei mezzi probatori.

Tuttavia, queste diversità non vengono colte allorché si risolve in senso positivo la disputa concernente la presenza della "disponibilità" nel giudizio penale di impugnazione, quando lo «si riporta a determinare se, una volta che il processo sia instaurato, il giudice chiamato a conoscere del fatto delittuoso, che ne costituisce l'obbietto, trovi un limite alla volontà delle

¹⁰³ CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 35.

¹⁰⁴ Sul principio dispositivo nel processo civile cfr.: ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, 1959, 167; SATTA, *Diritto processuale civile*, 1957, 134 ss. e *Teoria e pratica nel processo*, 1940, 430-431.

¹⁰⁵ LEONE, *Trattato*, cit., 7.

¹⁰⁶ Né riteniamo che il potere di archiviazione sia stato sottratto al pubblico ministero in ragione di questo suo «dovere» di promuovere l'azione. Così, invece, MASSA, *Il principio dispositivo*, cit., 367-368. La dottrina prevalente ritiene infatti che essa sia stata affidata al giudice per «predisporre un congegno di controllo, inteso a scongiurare l'alea di dispotiche valutazioni *contra legem*» (CORDERO, voce *Archiviazione*, in *Enc. dir.*, II, 1028). Per una visione completa della dottrina circa la natura dell'archiviazione, cfr. CARULLI, *L'archiviazione*, Milano, 1958, 75 ss., nonché DALIA, *Il decreto di archiviazione*, Milano, 1964, *passim*.

parti per quanto concerne: a) la determinazione dei fatti su cui deve giudicare; b) l'accertamento di questi fatti; c) la determinazione delle norme da applicare»¹⁰⁷.

Per cui la dottrina, nella quasi totalità, si riferisce, in tale contesto, al principio dispositivo¹⁰⁸.

Il giudice sarebbe, infatti, legato ai punti della decisione del giudice “inferiore” alla quale si riferiscono i motivi di impugnazione. Di conseguenza, il controllo del giudice sarebbe comunque limitato alle iniziative delle parti; il che sembrerebbe tanto più evidente se si considera che nel compito del giudice «non rientra l'approfondimento dell'oggettiva esattezza della decisione impugnata: egli non svolge alcun controllo in tal senso e, perciò, se si accorge che le risultanze processuali sono tali da suggerire una soluzione diametralmente opposta a quella pretesa dall'imputato, se ne accorge solo occasionalmente»¹⁰⁹.

Ad ogni modo, la finalità dell'impugnazione è evidentemente legata alla soddisfazione dell'interesse proprio ed esclusivo della parte che impugna, il quale consiste nella «utilità che la parte si ripromette dall'esercizio del diritto d'impugnazione»¹¹⁰.

Detto altrimenti, il codice di rito penale, nel far riferimento all'interesse (art. 568 comma 4 c.p.p.) di ciascuna parte, riconosce ad ognuna il potere d'impugnare una decisione che sia pregiudizievole dei propri diritti e che consenta di ricavare un vantaggio in concreto. Per cui, nelle impugnazioni, non basta solo ricercare la legittimazione per il compimento di un atto necessario per la prospettiva di convergenza verso il “bene processuale”, ma bisogna anche individuare il soggetto, meglio la parte, che dalla pronuncia abbia ricevuto pregiudizio, che non può non riferirsi alla sua posizione sostanziale. In definitiva, se il giudizio d'impugnazione è “controllo”, lo è in quanto una parte sia abilitata a chiederlo, abbia cioè ricevuto, in concreto, un pregiudizio. La prospettiva di vantaggio che questa si ripromette, quindi, non va riguardata quale *beneficium commune* o in ragione dell'interesse dello Stato alla giustizia della decisione; essa è esclusiva della parte impugnante, nel senso che il potere d'impugnazione è concesso a quest'ultima solo se in concreto possa ricavare un vantaggio dalla attivazione della procedura impugnativa.

In questa prospettiva, l'interesse ad impugnare fornisce la misura della utilità pratica che l'impugnante si ripromette¹¹¹: l'impugnazione proposta da parte di un soggetto carente

¹⁰⁷ Così DELITALA, *Il divieto della reformatio in pejus*, Padova, 1949, p. 148 ss.

¹⁰⁸ Così, BELLAVISTA, voce *Appello*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1960, p. 767 ss.

¹⁰⁹ Cfr. PISANI, *Il divieto della «reformatio in pejus» nel processo penale italiano*, Milano, 1963, p. 24.

¹¹⁰ In tal senso, SABATINI, GIUS., *Sul concetto di interesse ad impugnare*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, p. 172.

d'interesse, e che perciò non poteva esercitarla non essendogli derivato alcun pregiudizio dalla precedente pronuncia, non deve essere esaminata nel merito, in quanto mai quel soggetto potrebbe giovare concretamente della riforma della decisione¹¹².

L'art. 568 comma 4 c.p.p. fa riferimento all'interesse sostanziale di ciascuna parte — pubblica e privata — in virtù del quale ad ognuna è concesso il potere di impugnare una decisione che sia pregiudizievole dei propri diritti allorché dalla impugnazione si riprometta di ricavare un vantaggio, in concreto¹¹³.

Le parti, comunque, non hanno il potere di limitare la funzione giurisdizionale nel suo contenuto, anche se la rinuncia e la revoca di un'impugnazione certamente sottraggono al giudice il processo — il che è possibile perché nelle impugnazioni l'ordinamento riconosce alle parti il potere di accettare o meno gli effetti della pronuncia del precedente giudice.

Tuttavia, la possibilità di disporre del mezzo vale fino a quando non arrechi pregiudizio alla libertà del giudice; alle parti è concesso di far tutto ciò che non si risolva in pregiudizio del potere del giudice¹¹⁴.

Non si vuole, così, negare l'esistenza del principio dispositivo in ambito penale ma se ne vogliono evidenziare le peculiarità rispetto al processo civile.

Invero, se in nome ed in vista dell'interesse primario del processo, cioè giungere all'accertamento della "verità", fossero conferiti al giudice tutti i poteri utili al perseguimento di questa finalità, non avrebbe alcun senso parlare di principio dispositivo. Viceversa, in un sistema normativo come quello vigente, costruito in modo da conferire ampio spazio ai poteri delle parti, riservando al giudice un ruolo di controllo e di supplenza, è ovvio che non appare peregrino discorrere di "dispositività".

In altri termini, il sistema processuale in vigore riconosce alle parti diritti assai ampi, ma essi trovano il loro limite nelle autonome prerogative del giudice.

¹¹¹ L'espressione è di CONSO, *Appunti sui motivi di appello*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1955, p. 406 ss.

¹¹² Sul tema dell' "interesse" ad impugnare in generale, v. ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 167; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 35; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, cit., 9 ss.; CARNELUTTI, *Profilo dei rapporti tra scienza e metodo sul tema del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 371; CORDERO, *Linee di un processo accusatorio*, in *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, IV, 1965, 61-62; FOSCHINI, *Il pubblico ministero in un processo a struttura giurisdizionale*, in *Iustitia*, 1967, 30; ROCCO ALF., *L'interpretazione delle leggi processuali*, cit., 128; SATTA, *Diritto processuale civile*, cit., 134 ss.; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, cit., 378.

¹¹³ La distinzione tra interesse e legittimazione è operata da RICCIO, *Il confine del potere dispositivo delle parti nel processo penale*, cit., 172.

¹¹⁴ RICCIO, *Il confine del potere dispositivo delle parti nel processo penale*, cit., 220.

La devoluzione della parte non può condizionare i poteri ufficiosi del giudice posti a presidio non soltanto della legalità dell'accertamento (es. art. 179 c.p.p.) ma anche della giustizia della decisione (es. artt. 507 e 603 c.p.p.), costituendo gli stessi momenti irrinunciabili dell'esercizio della funzione giurisdizionale.

Per tornare al tema delle impugnazioni, neppure l'acquiescenza parziale creerebbe preclusione; anche in un processo dispositivo, la parte non può mai sottrarre al giudice i poteri allo stesso conferiti dalla legge.

Le situazioni rilevabili d'ufficio dal giudice dell'impugnazione, oltre a poter essere termine di riferimento della normale devoluzione, costituiscono oggetto di una forma di cognizione appartenente alla "legalità" dell'accertamento e, pertanto, non incompatibile con quella fondata sulla legittimazione e sull'interesse ad impugnare: le caratteristiche del principio devolutivo non sembrano offuscate dai poteri del giudice di valutare *errores in procedendo*, tra i quali i difetti di competenza o le questioni equiparate ai vizi procedurali¹¹⁵, né dal permanere di poteri *ex officio*, quali quello di cui all'art. 603 c.p.p. o, più in generale, quello *ex art. 129 c.p.p.*

Sicché, tra le situazioni non suscettive di compressione rientrano i temi tradizionali delle nullità d'ordine generale (art. 178 c.p.p.), delle pregiudizialità obbligatorie (art. 3 c.p.p.), del *ne bis in idem* (art. 649 c.p.p.), dell'incompetenza per materia (art. 21 comma 1 c.p.p.) e delle cause di non punibilità (art. 129 c.p.p.)¹¹⁶. Ad esse si possono aggiungere le questioni affrontabili *ex officio* ai sensi dell'art. 597 comma 5 c.p.p., nelle quali affluiscono situazioni di diritto sostanziale: la sospensione condizionale della pena, la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale, l'applicazione delle circostanze attenuanti, il giudizio di comparazione a norma dell'art. 69 c.p.

In generale, può dirsi che ogni potere conferito dalla legge al giudice, sia che attenga alla verifica della legalità del processo sia che riguardi la giustizia della decisione, rimane integro a fronte della delimitazione della cognizione realizzata con la proposizione dell'atto di gravame; tali situazioni, invero, svincolano di fatto la valutazione del giudice da

¹¹⁵ Siffatta equiparazione avviene nell'ambito del sindacato *ex art. 604 c.p.p.*

¹¹⁶ Per un tradizionale elenco di questioni esaminabili *ex officio* già in rapporto al codice abrogato, cfr. FERRUA, voce *Appello*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, 11 ss.

limitazioni tematiche fissate con i motivi¹¹⁷; ma, nel contempo, non sono sufficienti ad invalidare il principio della devoluzione.

Sulla scorta di tali premesse, allora, si può argomentare la centralità della pronuncia *ex art.* 129 c.p.p. rispetto alla declaratoria di inammissibilità della domanda di impugnazione.

In realtà, esistendo anche a seguito della domanda inammissibile un complesso di situazioni soggettive non invalide di per sé, in quanto legittimate a prescindere dall'atto propulsivo viziato, in via dogmatica non potrebbe ritenersi che la declaratoria immediata di cause di non punibilità sia preclusa nella fase iniziale del grado d'impugnazione sul presupposto che essa non sia validamente introdotta, proprio perché il proscioglimento immediato, dunque, che ha contenuto di merito, non sarebbe conseguenza diretta della domanda inammissibile¹¹⁸, ma obbligo di comportamento imposto al giudice proprio dall'art. 129 c.p.p.

Sotto diverso profilo, nel processo penale è dato riscontrare un potere dispositivo circa gli strumenti in dotazione delle parti e, dunque, a contenuto strettamente "formale". Questo potere, che abbiamo visto scaturire, naturalmente, dalla normativa sulle impugnazioni si ritiene viga anche nel giudizio di primo grado¹¹⁹.

Al riguardo si suole osservare che, «se il potere dispositivo è la manifestazione dell'autonomia della volontà delle parti anche nel processo penale esistono atti processuali

¹¹⁷ In funzione della segnalata differenza di cognizione, alla quale si riannoda ogni caso in cui, prima, si effettui un *iudicium rescindens* analogo a quello che si svolge in ultima istanza e, quindi, la sostituzione di parte o di tutta la sentenza impugnata, alcuni ritengono, in maniera opinabile, che nelle ipotesi di declaratoria di incompetenza per materia o di difetto di giurisdizione o di incompetenza per territorio, non opererebbe il criterio del *tantum devolutum quantum appellatum* ed, invece, quando si individui una nullità relativa non sanata con parziale rinnovazione degli atti investiti dal vizio, si riespanderebbe il fenomeno della limitata devoluzione (in questi termini, SPANGHER, voce *Appello*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991).

¹¹⁸ In questo senso, va corretta l'affermazione di quella dottrina secondo cui l'emanazione dell'accennata declaratoria ufficioso dà luogo «ad un giudizio di merito, ma non sulla domanda fatta valere attraverso l'impugnazione, sibbene, dichiarandone l'infondatezza, su quella rivolta al giudice attraverso l'instaurazione e l'esercizio dell'azione penale» (GALLO, *Sulla pregiudizialità della declaratoria di cause di non punibilità rispetto alla declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione*, in *Giur. it.* 1948, II, 107-109).

¹¹⁹ Sotto la vigenza del codice del 1930 — ad eccezione dell'onere della prova in relazione alle cause di giustificazione — si parlava di indisponibilità della prova nel senso dell'«esclusione di qualsiasi potere delle parti di influire col proprio comportamento sulla sorte sia del rapporto processuale sia del rapporto sostanziale dedotto nel processo», traducendosi esso «nella: a) esclusione di qualsiasi discrezionalità nel proporre la domanda o nell'esercitare l'azione e quindi nell'esclusione del potere di rinunciare all'azione e di influire sullo sviluppo del rapporto processuale; b) libertà del giudice dall'iniziativa delle parti nella formazione del materiale di cognizione» (LEONE, *Trattato*, cit., I, 178).

Ciò nonostante si riteneva che «nello stesso procedimento di primo grado si possono riscontrare taluni profili, sia pure rarissimi, di potere dispositivo delle parti» e si faceva riferimento alle «sanatorie delle nullità relative e, in particolare, al requisito dell'interesse a dedurre la nullità relativa» (LEONE, *Trattato*, cit., I, 187).

di parte i cui effetti sono collegati direttamente alla manifestazione di volontà della parte stessa (es. rinuncia ad un termine; rinuncia ad una forma di notificazione, rinuncia all'impugnazione, ecc.)»¹²⁰.

Né si può determinare il principio dispositivo tracciando «i limiti tra l'interesse all'accertamento della verità e l'interesse delle parti all'attuazione dei poteri che l'ordinamento processuale penale loro accorda e riconosce»¹²¹. Pur nella certezza che i compiti e i fini del giudice e delle parti sono istituzionalmente diversi, l'ordinamento non autorizza alcuna “contrapposizione” tra i vari soggetti del processo, se è vero che le parti di solito convergono, sia pure per fini ed interessi differenti, verso la pronuncia del giudice. Per cui si ritiene che «le parti possono agire secondo la propria visione dell'interesse che perseguono liberamente, purché non delimitino, condizionino o annullino il potere del giudice di accertare la verità»¹²².

Ora, sembrerebbe che in tal modo si svuoti di ogni significato il principio stesso, in quanto esso vuol significare proprio il contrario e cioè condizionamento dell'operato del giudice o delle altre parti alla propria volontà. A nulla varrebbe, infatti, definire “dispositivo” un potere che in tanto ha vita in quanto non condiziona niente, quando cioè si usa quel termine in una accezione del tutto opposta a quella che possiede anche lessicalmente.

Qui si vuol soltanto porre in evidenza che, così impostato il problema, il principio lo si applica al processo penale in più accezioni se è vero che ora gli si attribuisce il significato di disponibilità del contenuto del processo, o delle sue forme, ora lo si identifica nel potere di iniziativa, ora ad esso si fa riferimento per attività extraprocessuale¹²³; pur tuttavia, il punto

¹²⁰ MASSA, *Il principio dispositivo*, cit., 371.

¹²¹ MASSA, *Il principio dispositivo*, cit., 371-372.

¹²² MASSA, *Il principio dispositivo*, cit., 372.

¹²³ RICCIO, *La volontà delle parti nel processo penale*, cit., 219: «Anche in questo caso il problema si riduce ad una questione semplicemente di natura terminologica. Il tentativo è sempre lo stesso: quello di introdurre indebitamente, e senza controllarne la validità, concetti propri di un altro ramo del diritto, col risultato di riferire al principio dispositivo ogni atto che sia estrinsecazione della volontà di una delle parti. Volontà, però, intesa in un suo presunto significato: come iniziativa della parte. Senza considerare che, se ci si vuole riferire necessariamente a questo concetto per individuare alcune caratteristiche dell'attività del pubblico ministero, bisogna accogliere questo stesso concetto in un significato certamente diverso. A noi non resta, in proposito, che ripetere quanto affermato all'inizio e cioè che non è la constatazione della rilevanza della volontà a permettere un discorso in chiave dispositiva. Il quale potrà essere autorizzato solo dalla osservazione della normativa, se ed in quanto la si riscontri identica a quella che ha permesso il riferimento a quel principio e la individuazione dei suoi caratteri. Insomma, non ogni atto volontario o facoltativo è emanazione del potere dispositivo: tanto varrebbe affermare che esso è l'opposto di un comportamento doveroso».

fermo dal quale bisogna muovere è rappresentato dall'aspetto indisponibile dell'accertamento giurisdizionale penale¹²⁴.

Invero, un conto è rilevare l'eventuale preminenza accordata alle parti in ordine all'instaurazione del procedimento, alla sua conduzione ed alla selezione del materiale probatorio necessario alla decisione; altro è costruire l'intero processo sull'assunto che il suo avvio e tutto quanto avviene al suo interno dipendano esclusivamente dal contegno assunto dalle parti. Ed allora, se la preminenza assoluta ed inderogabile delle parti nella dinamica processuale realizza il connotato della dispositività del processo penale, al contempo, non sarebbe corretto parlare di un fondamento disponibile del sistema processuale.

E il fondamento della indisponibilità del processo penale discende dalla indissolubile compenetrazione tra diritto sostanziale e processo. Che quest'ultimo rappresenti in ambito penalistico lo strumento unico ed esclusivo per l'attuazione del diritto punitivo costituisce, infatti, il necessario punto di partenza per la conduzione dell'indagine.

Ebbene, all'effettiva tutela dei diritti dei cittadini non è sufficiente il solo principio di legalità, ma occorre altresì che la decisione tragga la sua forza persuasiva dal rispetto di canoni che assicurino la bontà del risultato¹²⁵. Pertanto, l'esigenza eminentemente sostanziale di garantire l'intangibilità del cittadino non colpevole da punizioni arbitrarie¹²⁶ e di assoggettare a pena esclusivamente chi abbia davvero posto in essere colpevolmente il

¹²⁴ MASSA, *Il principio dispositivo*, cit., 373. Secondo l'Autore, «le parti sarebbero investite di un potere dispositivo: a) nei casi di diritti, poteri o facoltà concernenti aspetti del processo non incidenti sul potere del giudice di accertare la verità (si passa qui da una situazione massima di disponibilità in tema di rapporto processuale civile inserito in sede penale a situazioni minori o più modeste concernenti i momenti del processo di carattere marginale (es., in tema di nullità relative, formalità, ecc.); b) nei casi di diritti, poteri o facoltà concernenti aspetti del processo nei quali sul comportamento delle parti sovrasta il potere del giudice di supplire alla loro eventuale inerzia. Così, ad esempio, se la parte per aver prestato acquiescenza, per essere incorsa in una decadenza, per avervi rinunciato non può portare prove, il giudice può assumerle anche di ufficio, se necessario (art. 457 cpv. c.p.p.); c) nei casi di diritti, poteri e facoltà concernenti l'impugnazione dei provvedimenti del giudice. In queste ipotesi, la presunzione di approssimazione a giustizia del provvedimento del giudice giustifica la disponibilità dei negozi di impugnazione» (*ivi*, pp. 372-373). Di diverso avviso RICCIO, *La volontà delle parti nel processo penale*, cit., 220, secondo il quale, invece, nel primo caso, proprio perché la volontà della parte non incide sul potere del giudice, non si può parlare di disponibilità; nel secondo, avendo il giudice un potere "sostitutivo" (si può ritenere, invece, che il potere sia esclusivamente suo, potendo la parte solo prospettare la convenienza dell'acquisizione di un mezzo di prova), di conseguenza, è negato ogni potere dispositivo della parte in quanto il potere si pone in termini di esclusività; nella terza proposizione, non è "la presunzione di approssimazione a giustizia del provvedimento" a giustificare il potere dispositivo ma, invece, l'incidenza che quel provvedimento ha sull'interesse sostanziale, autonomo ed esclusivo di ciascuna parte.

¹²⁵ ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Torino, 1979, 79.

¹²⁶ FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 19.

fatto di reato tassativamente individuato dalla legge impone alla giurisdizione penale di essere cognitiva¹²⁷, di essere cioè il luogo della verifica o falsificazione empirica della ipotesi accusatoria¹²⁸, non essendo ammessi né lo spontaneo assoggettamento alla pena, né una punizione inflitta *ex abrupto (nulla poena sine iudicio)*¹²⁹.

Questa ineludibile istanza dello Stato di diritto è sancita nel nostro ordinamento dall'art. 27 comma 2 Cost. che assai significativamente enuncia la presunzione di non colpevolezza nel secondo comma, subito dopo la affermazione del principio di personalità della responsabilità penale (art. 27 comma 1 Cost.) e prima della disposizione riguardante l'esecuzione della pena (art. 27 comma 3 Cost.)¹³⁰.

La presunzione di non colpevolezza, infatti, non solo impone al processo di esprimersi come accertamento, ma delinea altresì le modalità attraverso le quali detto accertamento deve avere luogo, connotandole, parimenti, in termini di indisponibilità.

Tale assunto risulta ora confermato in maniera ancor più esplicita a seguito dell'inserimento nell'art. 111 Cost. dei cosiddetti principi del giusto processo che traducono in canoni oggettivi di legittimità del procedimento giurisdizionale quei diritti che erano stati in precedenza concepiti in chiave di garanzia individuale. La solenne affermazione che «il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova» dimostra, ulteriormente, se mai ce ne fosse bisogno, che la vocazione cognitiva del processo penale rappresenta un connotato indefettibile che travalica l'interesse individuale di chi vi è assoggettato.

In definitiva, il nesso di implicazione che lega la presunzione di non colpevolezza al tema dell'indisponibilità dell'accertamento opera in senso biunivoco: non solo esso impone al processo di esprimersi come accertamento, rendendo quest'ultimo indisponibile; ma l'ineludibile presupposto perché il processo possa operare come accertamento giurisdizionale è che sia garantita l'effettività della presunzione di non colpevolezza¹³¹.

¹²⁷ FERRAJOLI, *L'etica della giurisdizione penale (contributi per una definizione della deontologia dei magistrati)*, in *Quest. giust.*, 1999, 486.

¹²⁸ FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 550.

¹²⁹ CORDERO, *Procedura penale*, 1987, cit., 8.

¹³⁰ ORLANDI, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, 2000, 133.

¹³¹ Nel senso che la presunzione di non colpevolezza esprime un principio di salvaguardia della stessa giurisdizione, nella misura in cui esige un'attività di giudizio ancora da compiere e bandisce la disinvoltata verifica di un pre-giudizio v. PISANI, *Giurisdizione penale*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 387.

Sicché, è indiscutibile che la presunzione in oggetto individui il fondamento indisponibile del processo penale.

Ciò non vuol dire, naturalmente, che l'obbligatorietà dell'azione penale sia estranea al tema dell'indisponibilità nel processo penale: al contrario, il sistema assicura, indefettibilmente, la funzione cognitiva del processo proprio rendendo quest'ultimo indisponibile sia da parte dell'imputato che del pubblico ministero.

In ultima analisi, la vocazione cognitiva del processo penale si realizza al meglio recependo, anche in campo probatorio, i moduli del principio dispositivo. Affidare alle parti l'iniziativa in ordine ai mezzi di prova da assumere nel processo costituisce l'opzione tecnica più rispondente a criteri razionali, in quanto il confronto dialettico stimola maggiormente il vaglio critico del giudice e, conseguentemente, pone le condizioni più favorevoli perché il giudizio si concluda con una sentenza "giusta". E però, il peculiare connotato della giurisdizione penale, prima individuato nel carattere indisponibile dell'accertamento che in essa si compie, delinea il canone dispositivo a mo' di strumento espansivo dei poteri delle parti e non quale limite preclusivo dell'accertamento fattuale; sicché, le prerogative di imputato e pubblico ministero giammai possono inibire al giudice l'attivazione di poteri strumentali alla decisione, necessariamente adottabile.

CAPITOLO III

1. Il recupero del contraddittorio (*in senso lato*) ad opera di una manifestazione unilaterale di volontà: il riesame delle misure cautelari personali.— 2. Il recupero del contraddittorio (come metodo cognitivo) ad opera di una manifestazione unilaterale di volontà: il procedimento per decreto. —3. “Accordo processuale” e timide prospettive del suo superamento nell’evoluzione normativa sottesa all’applicazione di pena su richiesta delle parti. —4. Il “patteggiamento probatorio” ed i suoi riflessi sul principio di “disomogeneità fasica”. — 4.1 (Segue) Gli ambiti soggettivi ed oggettivi di operatività dell’istituto. — 4.2. (Segue) L’indisponibilità del metodo cognitivo durante il dibattimento: il comma *Ibis* dell’art. 507 c.p.p. — 5. La progressiva affermazione di un processo penale dell’imputato: la fisionomia del giudizio abbreviato a seguito delle modifiche apportate dalla l. n. 479 del 1999. — 5.1 (Segue). L’art. 441*bis* c.p.p. come istituto di sintesi delle nuove istanze volontaristiche sottese all’idea del processo “dell’imputato”. — 6. Conclusioni e prospettive *de iure condendo*.

1. Il recupero del contraddittorio (*in senso lato*) ad opera di una manifestazione unilaterale di volontà: il riesame delle misure cautelari personali.

Gli aspetti che devono precipuamente essere posti in rilievo nella disamina della giurisdizione *de libertate* attengono al concreto operare della volontà, unilateralmente espressa, rispetto alla statuizione limitativa della libertà personale.

Ebbene, sotto tale profilo, il codice dell’88 ha profondamente innovato l’impostazione del codice del ‘30, passando da una concezione di assoluta prevalenza degli interessi dello Stato rispetto a quelli dell’individuo, con la conseguente collocazione delle misure restrittive della libertà personale in sede istruttoria — quasi come uno strumento d’indagine —, ad una esaltazione delle esigenze primarie di difesa delle libertà fondamentali del cittadino, conformemente alla nuova visione personalistica delle garanzie riconosciute dalla Carta costituzionale del 1948. Ciò è avvenuto mediante la sistemazione delle varie misure coercitive ed interdittive in un autonomo libro, impostato esclusivamente in funzione cautelare di beni ed interessi costituzionalmente rilevanti e sempre nel rispetto del canone del minimo sacrificio per la libertà personale.

In tale prospettiva, il legislatore ancora la disciplina cautelare ad un rigido “principio di giurisdizionalità”, giacché, a differenza di quanto previsto in passato, soltanto il giudice, in una posizione del tutto terza rispetto alle parti, ha il potere di applicare le misure cautelari. La giurisdizionalità non dipende solo dalla titolarità esclusiva del potere in capo ad un organo *iudicante* (“il giudice che procede”) ma anche dal carattere e dal contenuto decisorio dell’ordinanza applicativa delle misure¹³². Infatti, il giudice non può provvedere di propria iniziativa, non solo nella fase delle indagini preliminari — quando non ha piena conoscenza dei fatti — ma neanche in quella del giudizio in cui si “forma la prova”. Egli acquista il potere solo in seguito ad una richiesta di parte (del pubblico ministero), che fa scattare il potere-dovere di decidere.

Ad ogni modo, anche se il giudice è vincolato all’iniziativa del richiedente, non può prescindere, nella sua valutazione, dagli interessi di cui è portatrice la controparte destinataria del provvedimento.

E, dunque, la decisione in ordine alla richiesta di applicazione di misura cautelare possiede carattere marcatamente “valutativo” nella misura in cui la potestà giurisdizionale si appunta sul materiale unilateralmente prodotto dall’organo di accusa senza l’audizione del soggetto interessato alla eventuale restrizione cautelare. Ci si trova, insomma, al cospetto di una potestà giurisdizionale dirimente un conflitto tra situazioni soggettive protette¹³³ basata su di una cognizione “esclusiva” degli elementi posti a sostegno della richiesta di coercizione.

L’esame degli istituti connessi alla disciplina delle misure cautelari personali mette in luce, invero, come la loro applicazione — che può addirittura concretizzarsi nella totale privazione della libertà personale — si verifichi sulla base di un provvedimento del giudice non preceduto da “contraddittorio”.

Così, la giurisdizione subisce l’influenza del modello proprio avuto riguardo ai momenti di espletamento della cd “giurisdizione di garanzia”; nel caso dei provvedimenti restrittivi della libertà personale, invero, la “cognizione” delle ragioni del soggetto destinatario della limitazione cautelare viene sacrificata in ragione delle esigenze sottese all’“immediato” espletamento della potestà giudiziale.

Ciò premesso, l’analisi della normativa impone di tenere conto della necessità di un coordinamento fra l’interesse alla tutela delle esigenze processuali e l’istanza — funzionale

¹³² Sul punto, ARICÒ, *L’ordinanza nel processo penale*, Napoli, 1974, 31 ss.

¹³³ V. RICCIO, *Ideologie e modelli*, cit.

alla giurisdizione — di realizzazione di una “cognizione piena”; necessità che il legislatore ha ritenuto di soddisfare con la previsione dell’istituto del “riesame”, istituto di natura giuridica assai controversa, tanto da essere definito una «figura ibrida dai confini quasi indefinibili, sfuggente a qualsiasi tentativo di classificazione dogmatica»¹³⁴.

Tale particolare meccanismo, introdotto nell’ordinamento processuale penale italiano ad opera della l. 12 agosto 1982, n. 532, ed assegnatario proprio del peculiare compito di ristabilimento dei valori di essenza della giurisdizione¹³⁵, è individuato quale rimedio giuridico attribuito alle parti per rimuovere un pregiudizio nascente da una decisione unilaterale del giudice, avendo come suo presupposto lo svantaggio derivante da un provvedimento giurisdizionale e come finalità la sua rimozione.

La dottrina prevalente ha ritenuto di ricondurlo allo schema delle impugnazioni¹³⁶ ovvero di annoverarlo nella categoria dei c.d. “gravami puri”, pur rilevando le peculiarità implicate da una definizione di rimedio atipico¹³⁷.

Senonché gli elementi di maggiore discordanza con lo schema generale delle impugnazioni sono di notevole rilievo.

Il primo insiste sulla non necessità dei motivi come requisito di ammissibilità della richiesta e nel correlativo potere del giudice di decidere *extra petita*. L’art. 309 c.p.p., infatti, non pretende, come l’art. 310 c.p.p., i motivi, la cui presentazione è solo facoltativa.

¹³⁴ Così CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Milano, 1993, 35.

L’istituto del riesame, sin dal suo inserimento nel codice abrogato ha formato oggetto di una vastissima elaborazione dottrina: COPPETTA, *Primi appunti sul «Tribunale della libertà»*, in *Giust. pen.*, 1982, III, 532; GHIARA, *Prime osservazioni sulla legge 12 agosto 1982 n. 532 (sul c.d. «tribunale della libertà»)*, in *Quest. giust.*, 1982, 521; GREVI, *Tribunale della libertà, custodia preventiva e garanzie individuali: una prima svolta dopo l'emergenza*, in AA.VV., *Tribunale della libertà e garanzie individuali*, a cura di Grevi, Bologna 1982, 3; GRILLI, *Il tribunale della libertà*, in *Giust. pen.* 1982, III, 718; IZZO, *Tribunale della libertà, appunti sulla natura giuridica del procedimento di riesame*, in *Quad. giust.* 1982, n. 14, 20; Per una completa ricostruzione dell’istituto in esame si veda FURGIUELE, *il Riesame*, in *Trattato di procedura penale* a cura di Spangher, Torino, 2010, II, 532 ss. e la bibliografia citata.

¹³⁵ Tra le proposte sul tappeto vi era anche quella di condizionare la decisione sulla cautela alla decisione di un organo collegiale. La circostanza, tuttavia, pur potendo garantire una maggiore ponderazione nella valutazione concernente l’applicabilità di misure cautelari ne avrebbe potuto comunque determinare una inamovibilità vanificando, di fatto, le “ragioni” del controllo postumo.

¹³⁶ L’orientamento secondo il quale il riesame sarebbe da inquadrarsi nei novero dei mezzi di impugnazione è decisamente prevalente nella dottrina che se ne è occupata, sia durante la vigenza del codice abrogato sia di quello del 1988: v. GARAVELLI, voce *Riesame dei provvedimenti limitativi della libertà personale*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano 1989, 784; AMATO, *Commento all’art. 309 c.p.p.*, in AAA.VV., *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Amodio e Dominioni, vol. III, Milano 1990, 200; SCIONE-DE BIASE, *La libertà personale nel nuovo processo penale*, Milano, 1990, 315; SPANGHER, *Appunti sul nuovo processo penale*, Gorizia, 1990, 198. *Contra* FURGIUELE, *Il riesame*, cit., 535.

¹³⁷ L’inserimento dell’istituto del riesame nella categoria dei “gravami puri” è sostenuto da FERRUA, voce *Appello*, cit., 3; CORDERO, *Procedura penale*, (1991), cit., 492.

Secondo. Il procedimento di riesame ripete un rito camerale in cui le parti o i difensori e gli altri soggetti interessati sono sentiti solo se compaiono.

Infine, il comma 10 dell'art. 309 c.p.p. stabilisce che, se la decisione sulla richiesta di riesame non interviene entro i termini previsti, il provvedimento restrittivo cessa di avere efficacia.

Sicché, la statuizione del giudice precedente può costituire un momento provvisorio, anticipativo della misura, che può acquisire effetti “definitivi” attraverso il riesame il quale diventa l'ultimo atto — eventuale — di un provvedimento a “formazione progressiva”; in questo senso si può dire che il procedimento di riesame giurisdizionalizza, “nel modo”, la decisione impositiva della cautela.

Stante tale natura del procedimento *ex art. 309 c.p.p.*, è chiaro che esso dovrà necessariamente esplicitarsi — sul provvedimento *a quo* — attraverso l'immissione del collegio giudicante nei poteri spettanti al giudice emittente, ed è questa una ulteriore peculiarità che lo differenzia dalla disciplina generale in tema di impugnazioni.

Scevro da condizionamenti connessi ai limiti cognitivi posti dalla devoluzione “parziale”, il tribunale del riesame adotterà le proprie determinazioni secondo un angolo prospettico speculare a quello dal quale aveva tratto scaturigine il provvedimento limitativo della libertà personale.

La lettera del comma 5 dell'art. 309 c.p.p. è eloquente nel palesare come la verifica — di merito e di legittimità — del tribunale del riesame debba appuntarsi proprio su quel materiale cognitivo che aveva determinato l'adozione dell'ordinanza cautelare.

Invero, la limitazione cautelare consegue ad un provvedimento adottato *inaudita altera parte* sulla scorta di una valutazione unilaterale delle deduzioni formulate dal rappresentante della pubblica accusa, per cui il procedimento disciplinato dall'art. 309 c.p.p. costituisce un rimedio riconosciuto al solo fine di consentire la realizzazione del controllo successivo — ed eventuale — in favore del soggetto sottoposto a limitazione cautelare. Dal che consegue che trattandosi di uno strumento predisposto per “sanare” il *deficit* cognitivo caratterizzante il provvedimento genetico applicativo della cautela, esso potrà esplicitarsi, oltre che sugli elementi trasmessi con la richiesta di applicazione della misura cautelare *ex art. 291 c.p.p.*, soltanto sulle integrazioni di segno “positivo” per l'imputato-indagato, a beneficio del quale il procedimento è congegnato.

In questa prospettiva, costituendo il riesame l'“occasione” fornita alla parte difesa per controdedurre in ordine alle statuizioni poste a sostegno della decisione cautelare, esso non ammetterà ulteriori acquisizioni *in damno*, appuntandosi sul quadro investigativo cristallizzato con la richiesta di applicazione di misura cautelare.

D'altro canto, se nel momento genetico del procedimento cautelare al pubblico ministero è concesso di selezionare la *discovery* degli atti di indagine, egli, in tal modo, condizionerà la piattaforma decisoria precludendone il mutamento *in peius*; il soggetto attinto da misura cautelare, cioè, sarà l'unico legittimato ad introdurre elementi nuovi ed ulteriori.

La sintesi del ragionamento può essere sviluppata nella constatazione secondo cui l'art. 309 c.p.p. esprime un mutamento di prospettiva del legislatore sul soggetto destinatario della misura cautelare. Mentre il rapporto — unidirezionale — giudice-pubblico ministero si esaurisce nella fase instaurativa del procedimento cautelare, *ex art. 291 e segg. c.p.p.* — attraverso la richiesta di applicazione di misura cautelare rivolta al giudice funzionalmente competente — l'interferenza, effettiva, della difesa sulla vicenda si realizza soltanto attraverso la partecipazione all'udienza disciplinata dall'art. 309 c.p.p.¹³⁸

Il riesame, insomma, ha la funzione di consentire l'esercizio delle facoltà difensive da parte del soggetto al quale, in nome di interessi pubblici ritenuti prevalenti, sia stata preclusa la possibilità di esercitare il diritto ad esporre le proprie ragioni prima di una decisione del giudice sulla richiesta della controparte, idonea, comunque, a pregiudicare un suo diritto soggettivo.

Di tal che, il procedimento incidentale per l'applicazione delle misure cautelari può non esaurirsi con l'emissione del provvedimento applicativo della restrizione cautelare, bensì essere “integrato” dalla realizzazione del momento cognitivo a garanzia del destinatario della misura: è in questi termini che il provvedimento finale potrebbe essere ricondotto — sia pure convenzionalmente — alla nozione di “atto a formazione progressiva”¹³⁹.

In effetti, l'efficacia dell'ordinanza del giudice, comunque immediatamente esecutiva, sarebbe sottoposta ad una sorta di condizione dipendente dall'iniziativa che il destinatario intenda adottare. Quest'ultimo avrà la possibilità di accettare l'esecuzione del

¹³⁸ Di tal che, allorquando il legislatore riconosce la possibilità di “annullamento” o di “riforma” dell'ordinanza cautelare, anche per motivi diversi rispetto a quelli adottati a sostegno della dichiarazione di riesame, esprime la necessità che il giudice del riesame, posto nelle stesse condizioni del giudice *a quo*, espliciti il controllo affidatogli, “ascoltando” le ragioni del soggetto sottoposto a cautela.

¹³⁹ Sul punto, FURGIUELE, *Concetto e limiti dell'acquiescenza*, cit., 108 ss.

provvedimento ovvero di proporre istanza di riesame. In questo secondo caso, l'originario provvedimento continuerà a produrre i suoi effetti per un tempo estremamente limitato, strettamente necessario perché sia emesso il provvedimento definitivo, all'esito dell'udienza camerale.

L'esposizione che precede dimostra come le articolazioni della vicenda cautelare incidano sulla giurisdizione nella misura in cui la realizzazione del momento cognitivo, che dovrebbe precedere l'adozione della statuizione del giudice, succede alla manifestazione potestativa dello stesso; in tal caso, comunque, la piena attuazione della cognizione dipenderà, esclusivamente, dalla scelta dell'interessato al quale è concesso di disporre dello strumento di controllo sul corretto esercizio del potere potestativo.

In questo senso, non si erra nell'affermare come una delle più rilevanti innovazioni del codice del 1988 riguardi proprio l'attuazione della funzione giurisdizionale nell'esercizio del potere di limitare la libertà dell'imputato-indagato. Invero, se per l'arresto e il fermo le ragioni di urgenza impongono un rinvio dell'intervento giurisdizionale — nelle due funzioni, cognitiva e potestativa — ad un momento immediatamente successivo alla esecuzione della restrizione, conformemente, peraltro, al 3° comma dell'art. 13 Cost., appare arduo dover riconoscere che per le altre misure restrittive delle libertà della persona sussistano ragionevoli elementi per sostenere un sacrificio della funzione cognitiva del giudice rinviandola ad un eventuale controllo successivo.

Ed è proprio in ragione di tanto che il legislatore prevede al comma 10 dell'art. 309 c.p.p. la perdita di efficacia dell'ordinanza che dispone la misura coercitiva in caso di mancato rispetto dei termini perentori indicati nei commi 5 e 9 dello stesso articolo. Ciò dimostra che con l'inoltro della richiesta di riesame, l'ordinanza applicativa della misura, pur perdurandone gli effetti, è precaria rispetto al tempo strettamente necessario a consentire l'integrazione del "contraddittorio" e la decisione del tribunale; la perdita di efficacia, di tal che, rappresenta un effetto automatico del decorso del tempo, senza presupporre la dichiarazione di annullamento del provvedimento da parte di un organo giurisdizionale.

La *ratio* della sanzione, da questo punto di vista, è connessa, allora, proprio alla peculiare progressione caratterizzante il "procedimento" limitativo della libertà personale.

Caratterizzazione, quest'ultima, riconnettibile al procedimento espansivo delle garanzie a seguito di restrizione della libertà personale, in ordine al quale la *ratio* della sanzione

(inefficacia) contribuisce a chiarire i termini entro i quali l'attivazione volontaristica può condizionare la "giurisdizionalità" del provvedimento cautelare.

2. Il recupero del contraddittorio (come metodo cognitivo) ad opera di una manifestazione unilaterale di volontà: il procedimento per decreto.

Ulteriore esempio di fattispecie processuale rispetto alla quale l'attuazione della garanzia cognitiva è rimessa alla determinazione esclusiva del destinatario del provvedimento giudiziale — nella specie, di condanna — è dato dal rito disciplinato dal titolo quinto del libro sesto del codice di procedura penale.

Nel caso del decreto penale di condanna, la funzione assegnata alla scelta del condannato-imputato, anzi, assume valore ben più rilevante rispetto alla operatività del profilo volontaristico in seno ai meccanismi di rivisitazione del tema cautelare in quanto dalla attivazione o non del titolare della situazione soggettiva interessata potrà dipendere la stabilità di un pronunciamento di responsabilità adottato *inaudita altera parte*.

Anche nel caso del decreto penale di condanna, quindi, si realizza una "inversione" dei momenti di sintesi della funzione giurisdizionale; pur tuttavia, ciò che connota il procedimento in discorso è che l'attuazione della cognizione dialettica succede, addirittura, ad un "condanna anticipata", la cui rimozione è rimessa alla volontà di colui il quale un tale decisione abbia già, inconsapevolmente, subito.

Il soggetto attinto dal decreto penale di condanna diviene l'arbitro della piena realizzazione delle "garanzie cognitive" e sulla scelta del medesimo ricade la decisione di attivare l'istruzione probatoria, da compiersi nel pieno ossequio del principio della contrapposizione dialettica dibattimentale.

Anche rispetto al procedimento per decreto, dunque, la volontà si atteggia a mo' di strumento di controllo rispetto ad una statuizione — di condanna — già adottata tendendo essa a realizzare quella rappresentazione dialettica che la struttura del rito conduce inevitabilmente a sacrificare. Ed allora, è proprio riguardo alle dinamiche implicate dalla esternazione volontaristica all'interno del rito monitorio che si sono appuntate le argomentazioni di volta in volta fornite dalla Corte costituzionale per riconoscere la piena conformità a Costituzione dell'istituto "alternativo" in discorso.

In tale atteggiamento della Corte costituzionale, è dato cogliere la esaltazione della volontà quale veicolo di realizzazione del diritto di difesa — pretermesso in ragione del

soddisfacimento di esigenze di economia processuale — nonché strumento atto a rimuovere una decisione connotata da una cognizione “semipiena” dell’organo giudicante.

Da tale punto di vista, nel vagliare la conformità della disciplina monitoria ai valori sovraordinati, non si possono non tenere in adeguato conto le indicazioni sistematiche ricavabili dall’assetto complessivo del modello congegnato nel 1988 nonché dalla — successiva — riforma costituzionale del 1999.

A tale ultimo riguardo, si è acutamente osservato come il quinto comma dell’art. 111 Cost. — nel contemplare il consenso dell’imputato quale deroga alla formazione della prova in contraddittorio — renda senz’altro compatibili con il nuovo quadro costituzionale il giudizio abbreviato e l’applicazione di pena concordata, mentre non irrilevanti dubbi ingenererebbe relativamente, appunto, alla procedura che impone una condanna *inaudita altera parte*¹⁴⁰.

Insomma, ponendosi l’accento — come, in effetti, sembrerebbe richiedere il dato letterale della previsione in oggetto — sulla volontà dell’imputato «espressa al momento formativo della prova, non sfugge come il procedimento per decreto, esigendo l’utilizzo senza previo consenso di “materiale probatorio” unilateralmente approvvigionato, implichi uno sviamento dell’istituto dal modello accertativo richiesto dalla Costituzione»¹⁴¹.

S’intuisce, del resto, come, sotto l’indicato profilo, il rilievo assuma caratteri di novità di fronte all’orientamento radicatosi sotto la vigenza del codice del 1930 in ragione del quale, facendosi leva sull’art. 24 comma 2 Cost., si riteneva che l’opposizione, e la conseguente garanzia del dibattimento, fossero mezzi sufficienti ad assicurare le facoltà difensive dell’imputato¹⁴²; ora ci si trova dinanzi ad una più evoluta prospettiva in ragione della quale il contraddittorio per la prova, assumendo un ruolo centrale, può essere incrinato solo alle condizioni tracciate in sede sovraordinamentale. Correlativamente, è indubbio, quanto alla disciplina del decreto penale, che, a differenza delle ulteriori “procedure alternative”, la volontà dell’imputato «all’utilizzazione come prove degli atti compiuti dal pubblico ministero, non è preventiva, bensì successiva alla pronuncia del giudice»¹⁴³.

¹⁴⁰ V. GREVI, *Quelle rigidità del «giusto processo» che portano a risultati paradossali*, cit., 12.

¹⁴¹ Cfr. GREVI, *Dichiarazioni dell’imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio (dagli insegnamenti della Corte costituzionale al progettato nuovo modello di «giusto processo»)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 843.

¹⁴² Corte cost., sent. 17 marzo 1966 n. 27; Corte cost., sent. 12 dicembre 1963 n. 170.

¹⁴³ PAOLOZZI, *Procedimento per decreto*, Milano, 328.

Pur tuttavia, in un'ottica decisamente "salvifica" del meccanismo in discorso, si suole ritenere che una esegesi elastica del testo costituzionale consenta di concepire la mancata opposizione quale forma tacita di consenso, «nella prospettiva di non inasprire i tempi nei quali si articola la rinuncia al contraddittorio»¹⁴⁴; non pare, in altri termini, che la ragion d'essere della nuova disposizione costituzionale sia vulnerata se il potere di scelta circa i modelli probatori "differenziati" si eserciti in seconda battuta. In tale versante, l'acquiescenza non assumerebbe solo caratteri di condotta negativa da cui far discendere gli effetti del decreto¹⁴⁵, ma si rivelerebbe a mo' di manifestazione postuma di rinuncia verso il più garantito sistema formativo della prova e del giudizio¹⁴⁶; d'altra parte, si evidenzia, una soluzione così ipotizzata realizzerebbe un equo bilanciamento tra le regole inserite nel nuovo art. 111 comma 5 Cost. e le esigenze, non meno significative, concernenti la funzionalità e la durata stessa del processo¹⁴⁷.

Il profilo è stato oggetto di interesse anche da parte della giurisprudenza costituzionale; anche il Giudice delle leggi, infatti, si è occupato a più riprese della struttura del rito monitorio nella parte in cui essa parebbe confliggere con i principi del "giusto processo"¹⁴⁸.

In plurime circostanze, sono state sollevate questioni di legittimità costituzionale per l'asserita contrarietà della disciplina del decreto penale di condanna agli artt. [3](#), [24](#), [111](#) comma 2, 3 e 4 Cost. in quanto carente di congegni tali da consentire all'indagato di esporre, in via preliminare, le ragioni idonee ad orientare il pubblico ministero verso il non esercizio dell'azione penale. Segnatamente, le censure hanno interessato la compromissione delle istanze difensive, *rectius*, del diritto di informare l'indagato nel più breve tempo possibile della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico (art. [111](#) comma 3 Cost.) derivante dalla omessa previsione del diritto all'avviso della conclusione delle indagini (art. [415-bis](#) c.p.p.).

¹⁴⁴ V. GREVI, *Processo penale, «giusto processo» e revisione costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1999, 3317.

¹⁴⁵ Prevalentemente in questi termini, in rapporto alla mancata opposizione, FURGIUELE, *Concetto e limiti dell'acquiescenza*, cit., 153-154.

¹⁴⁶ In quest'ambito, la comune identità "consensuale" tra decreto penale, giudizio abbreviato e patteggiamento, è stata segnalata soprattutto da RICCIO, *Procedimenti speciali*, in AA.VV., *Profili del nuovo codice di procedura penale*, cit., 543.

¹⁴⁷ La conclusione è di SCALFATI, *Le nuove prospettive del decreto penale*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Padova, 2000, 531.

¹⁴⁸ NICOLUCCI, *Il decreto penale di condanna tra principio del contraddittorio e diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1019.

La Corte costituzionale ha riconosciuto — secondo quanto già sostenuto in merito al giudizio immediato¹⁴⁹ — l'ortodossia costituzionale del rito alternativo in quanto conforme agli artt. [3](#) e [24](#) Cost. Secondo la Corte la disciplina del “giudizio speciale” reggerebbe al confronto con le citate disposizioni costituzionali (artt. [3](#), [24](#) e [111](#) Cost.) dal momento che le stesse non imporrebbero che l'intervento dell'imputato si espliciti con le medesime modalità in ogni tipo di procedimento né, soprattutto, che esso debba essere sempre collocato nella fase iniziale del procedimento, potendo essere diversamente modulato in relazione alla peculiare struttura dei singoli riti alternativi¹⁵⁰.

Conformemente a tale arresto, si è ritenuto che poiché le forme di esercizio del diritto di difesa possono essere articolate sulle caratteristiche dei singoli “procedimenti speciali”, nel procedimento per decreto l'avviso di conclusione delle indagini preliminari si porrebbe in antinomia con i presupposti che giustificano la costruzione del rito alla stregua di criteri di massima celerità e semplificazione, con la conseguente esclusione di ogni violazione del principio di eguaglianza e dell'inviolabilità del diritto di difesa¹⁵¹; di conseguenza, ad opinione della Consulta, non risulterebbero violati, in relazione a tale mancanza, i principi del “giusto processo”, giacché il diritto dell'indagato ad essere informato nel più breve tempo possibile dei motivi dell'accusa può essere variamente modulato dal legislatore ordinario in relazione ai singoli riti¹⁵².

Sulla scorta di tale indirizzo, si è ritenuta, in una diversa occasione, la manifesta infondatezza della questione di legittimità degli artt. [459](#) e [460](#) c.p.p. sollevata in relazione agli artt. [3](#), [24](#) e [111](#) Cost. nella parte in cui non prevedono la nullità della richiesta di decreto penale e del successivo decreto in caso di omissione dell'avviso di conclusione delle indagini (art. [415 bis](#) c.p.p.) ovvero dell'invito a presentarsi per rendere interrogatorio (art. [375](#) comma 3 c.p.p.) qualora la persona sottoposta alle indagini lo abbia richiesto entro il termine di cui all'art. [415-bis](#) comma 3 c.p.p. Nella specie, secondo la Corte costituzionale la mancata previsione di un contraddittorio anticipato rispetto al procedimento monitorio risponderebbe alla struttura ed alla finalità dello stesso — tendenzialmente funzionale ad

¹⁴⁹ Corte cost., 9 maggio 2002, n. 203, in *Giur. cost.*, 2002, 1601.

¹⁵⁰ Corte cost., 13 gennaio 2003, n. 8, in *Giur. cost.*, 2003, 2132. In senso adesivo, BRICCHETTI, *La Consulta ribadisce la compatibilità con i nuovi principi costituzionali*, in *Guida dir.*, 2003, n. 9, 71.

¹⁵¹ Corte cost., 16 gennaio 2003, n. 32, in *Giur. cost.*, 2003, 201.

¹⁵² Corte cost., 13 gennaio 2003, n. 8, cit.; cfr. Corte cost., 16 gennaio 2003, n. 32, cit.; una netta censura dell'impostazione costituzionale è formulata da MOLINARI, *Procedimento per decreto e diritto al contraddittorio nell'ottica del “giusto processo”*, in *Giur. cost.*, 2003, 1116.

eliminare ogni dilatazione temporale — e non risulterebbe neppure imposto dalla esigenza di attuare il diritto dell'indagato ad essere informato nel più breve tempo possibile dell'accusa elevata a suo carico¹⁵³. Invero, ad opinione del Giudice delle leggi, non si realizzerebbe, nel caso considerato, alcuna violazione dell'art. [24](#) Cost. in quanto «in tale procedimento l'esigenza di garantire la conoscenza dell'indagine si trasferisce sulla fase processuale conseguente all'esercizio dell'opposizione, operando il decreto quale mezzo di contestazione dell'accusa definitiva essenziale per garantire il diritto di difesa»¹⁵⁴.

Ebbene, muovendo dal presupposto in virtù del quale appare “singolare” un provvedimento di condanna adottato senza l'ascolto del relativo destinatario — situazione che oggi concerne la diretta applicabilità delle previsioni contenute nell'art. 111 Cost.¹⁵⁵, nonché i principi sanciti nelle Carte internazionali — la scarsa persuasività degli argomenti posti a base delle richiamate pronunce della Corte costituzionale induce a ritenere paradossale che

¹⁵³ Corte cost., 27 marzo 2003, n. 131, in *Giur. cost.*, 2003, 981.

¹⁵⁴ Parimenti, Corte cost., 2 luglio 2003, n. 257, in *Giust. pen.*, 2003, I, 301 ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità sollevata in relazione agli artt. [24](#) e [111](#) Cost. dell'art. [459](#) c.p.p. nella parte in cui non prevede che il giudice per le indagini preliminari, prima di emettere il decreto, debba consentire l'intervento dell'imputato perché possa eventualmente interloquire sulla fondatezza dell'assunto accusatorio, in quanto il procedimento monitorio, configurato come rito a contraddittorio eventuale e differito ed improntato a criteri di economia processuale e di massima speditezza, non si pone in contrasto con il diritto di difesa e con le garanzie del giusto processo, potendo sempre essere instaurata, a seguito dell'esercizio del diritto di opposizione da parte dell'imputato, una fase processuale nella quale quei diritti trovano piena estrinsecazione.

Le impostazioni si conformano alla posizione già assunta, nel passato, dalla Consulta in merito alla questione di legittimità costituzionale degli artt. [459](#) e [555](#) c.p.p. in riferimento agli artt. [3](#), [24](#) e [111](#) Cost., nella parte in cui non prevedono che il pubblico ministero, prima di richiedere l'emissione del decreto penale di condanna, debba formulare l'invito all'indagato a presentarsi per rendere interrogatorio, a norma dell'art. [375](#) comma 3 c.p.p. Preso atto della mancata inclusione del procedimento per decreto penale tra quelli per i quali è stato stabilito, quale requisito di validità dell'instaurazione, l'obbligo di effettuare l'invito all'indagato di presentarsi per rendere interrogatorio, così come invece è stato previsto per il procedimento ordinario; considerato che anteriormente all'ordinanza di rimessione, è intervenuta la l. 16 dicembre 1999 n. 479 la quale ha modificato sia le norme denunciate di incostituzionalità, sia più in generale la disciplina assunta a termine di raffronto ai fini della questione e che la nuova normativa prevede che il previo invito non costituisce più un obbligo incondizionato per il pubblico ministero, bensì un atto eventuale da emettere solo a seguito di specifica richiesta da parte dell'indagato, cui deve essere comunicato l'“avviso della conclusione delle indagini preliminari” ex art. [415-bis](#) c.p.p.; ed ancora che la richiamata legge stabilisce una nuova e diversa disciplina circa la nullità degli atti di citazione a giudizio, nei casi di omissione dell'avviso anzidetto e dell'eventuale invito a presentarsi (artt. [416](#) comma 1 e [552](#) comma 2 c.p.p., quest'ultimo sostitutivo dell'impugnato art. [555](#) c.p.p. 1930, come modificati dagli artt. 17 c. 3 e 44 della l. 479/1999) la Corte (Corte cost., 22 giugno 2000, n. 253, in *Gazz. Uff.* 2000, n. 49, 72) ha concluso nel senso della manifesta inammissibilità della questione. Sul punto, cfr anche Corte cost., 16 luglio 1999, n. 326, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1241; Corte cost., 7 luglio 1999, n. 325, *ivi*, 1241), ed ancora, Corte cost., 14 dicembre 1998, n. 432, in *Giur. cost.*, 1998, 3669; Corte cost., 26 giugno 1996, n. 277, *ivi*, 2421; Corte cost., 11 luglio 1991, n. 344, *ivi*, 1991, 2743.

¹⁵⁵ Per un approfondimento sul punto, v. MARZADURI, *Commento all'art. 1 L. cost. 23.11.99*, n. 2, in *Legisl. pen.*, 2000, 767.

la regola prevista dall'art. 415-*bis* c.p.p. non operi, “soprattutto”, per il procedimento per decreto¹⁵⁶.

Se la richiesta di emissione del decreto di condanna costituisce esercizio dell'azione penale e determina il sorgere della fase processuale in senso proprio, il decreto del giudice è decisione di condanna sul fatto e sulla responsabilità, provvedimento che, per il suo contenuto, impone il rispetto delle garanzie minime dell'art. 111 Cost., in assenza di consenso, che deve essere necessariamente presunto come non dato.

Insomma, un'interpretazione logico-sistematica, nonché costituzionalmente orientata delle disposizioni concernenti gli istituti di cui agli artt. 415 *bis* e 459 e segg. c.p.p., induce a ritenere che anche per il procedimento per decreto — anzi, soprattutto per esso — sia dovuto l'avviso di conclusione delle indagini, dal momento che svolgendo in questo caso l'art. 415 *bis* c.p.p. appieno la funzione assegnatagli dall'ordinamento, si consentirebbe — in via indiretta — un recupero del rito ai valori accusatori consacrati negli artt. 2, 3, 24 e 111 Cost.¹⁵⁷

Senonché, la Corte costituzionale non ha percepito — o non ha voluto percepire — il vero nocciolo della questione che si dipanava sul doppio e contestuale fronte della conoscenza del procedimento e della razionalità sistematica. Nel senso che, se si è reputato necessario l'avviso per chi si approccia al processo, a maggior ragione esso risulta dovuto per una pronuncia di condanna.

In questo atteggiamento si può leggere un *self-restraint* del Giudice delle leggi sul terreno dell'efficienza del processo, più che una ferma condivisione della soluzione fornita. Invero,

¹⁵⁶ In tal senso, CAPRIOLI, *Nuovi epiloghi della fase investigativa: procedimento contro ignoti e avviso di conclusione delle indagini*, in Aa.Vv., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Padova, 2000, 274. Palesano, viceversa, incondizionata adesione alle conclusioni della giurisprudenza costituzionale, CASARTELLI, *L'avviso all'indagato della conclusione delle indagini*, in AA.VV., *Giudice unico e garanzie difensive*, Milano, 2000, 79; NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, cit., 584 ss.

¹⁵⁷ Sul punto, RICCIO, *Lezioni di procedura penale, 2007-2008, in corso di pubblicazione*, cit. *Contra*, CAPRIOLI, *Nuovi epiloghi della fase investigativa: procedimento contro ignoti e avviso di conclusione delle indagini*, cit., 274, il quale ritiene che ragioni di razionalità sistemica e di eguaglianza di trattamento dovessero presiedere alla applicabilità — particolarmente in questa procedura — del nuovo istituto dell'avviso di conclusione delle indagini (art. 415-*bis* c.p.p.).

In tale solco sembra attestata anche la giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. III, 8 novembre 2006, Poscia, in *Cass. pen.*, 2007, 11, 4254). In essa si legge «L'avviso all'indagato di chiusura delle indagini ai sensi dell'art. 415-*bis* c.p.p. non è compatibile con la struttura del procedimento per decreto, sia perché questo si caratterizza per un contraddittorio posticipato all'opposizione e per una conoscenza completa del fascicolo del pubblico ministero, sia perché il decreto penale di condanna contiene tutti gli elementi utili ad orientare la difesa ed è accompagnato da un congruo termine che consente la presa visione del fascicolo e l'estrazione di copie».

se il fronte del diritto di difesa può (ma non è così) ritenersi soddisfatto dal potere di opposizione al decreto, le nuove regole per la giurisdizione — particolarmente quella del terzo comma dell'art. 111 Cost. invocata nella questione — avrebbero dovuto spostare l'ottica critica del giudice costituzionale sul fronte della “partecipazione”, intesa come esigenza prioritaria e preventiva rispetto ad una pronuncia di condanna i cui effetti — il più delle volte — non sono percepiti da chi riceve il decreto.

Pur tuttavia, gli opinabili indirizzi della giurisprudenza costituzionale sul rito monitorio appaiono illuminanti ai fini della corretta decodificazione della “filosofia” sottesa al singolare strumento di condanna “senza contraddittorio”.

In questa prospettiva, se da un lato la Corte si palesa irremovibile sul fronte della generale realizzazione delle istanze di economia processuale, sotto diverso profilo, essa esalta, ancora una volta, il “consenso unilaterale” del soggetto titolare della situazione soggettiva compromessa dalla pronuncia giurisdizionale, questa volta, però, in funzione di acquiescenza o di rimozione di un pronunciamento di responsabilità — e non di una decisione incidentale.

Sicché, pur sciorinandosi una certa coerenza quanto al recepimento dei profili volontaristici disciplinati dal novellato strumento codicistico, certamente, sembra opinabile la indiscriminata ed assoluta prevalenza accordata alle esigenze di deflazione.

Non si contesta il privilegio accordato al concreto *modus operandi* della volontà dell'imputato né che la stessa intervenga rispetto ad una statuizione giurisdizionale già manifestatasi; ciò che sembra discutibile, viceversa, è che essa venga riconnessa ad un meccanismo implicante la totale elusione del diritto ad interloquire in funzione di un “tipo” di decisione non imposta da indifferibili esigenze processuali.

Anche rispetto al procedimento per decreto, dunque, la volontà si atteggia a mo' di veicolo di controllo rispetto ad una statuizione — di condanna — già adottata e tende a realizzare quella rappresentazione dialettica che le peculiarità strutturali del rito conducono palesemente a comprimere.

E però, se la soppressione — o meglio, la eventuale temporanea limitazione — del momento cognitivo si giustifica (nell'ottica della restrizione cautelare), ai fini dell'assicurazione di una tutela prevalente rispetto ad un interesse di pari rango, ciò non è dato riscontrare rispetto al decreto penale di condanna ove le istanze di “ragionevole durata”

— sia pure costituzionalmente riconosciute — non possono certamente pregiudicare i fondamentali diritti di “conoscenza” e di “ascolto” spettanti al soggetto proposto per l’adozione di una vera e propria pronuncia di responsabilità.

Invero, senza “scomodare” la natura accusatoria del processo del 1988, appare oltremodo inconferente rispetto ad un ordinamento giuridico moderno l’idea di una condanna senza processo, soprattutto allorché il legislatore si adopera per introdurre strumenti operativi diretti ad ampliare la dialettica processuale. E’ certamente irrazionale e disparitario un sistema che ampli le garanzie per la fase dibattimentale, segmento di certo più garantito, e le elimini per quelle meno garantite, addirittura nel caso in cui una di queste sfoci in un provvedimento di condanna *inaudita altera parte* svincolato dalla tutela di valori, almeno equipollenti¹⁵⁸.

Se la tecnica di conoscenza — che all’indomani della novella dell’art. 111 Cost. è rappresentata dal contraddittorio — si può affievolire soltanto allorché ciò sia imposto dalla necessità di tutelare un valore parimenti meritevole di attenzione è chiaro come il procedimento per decreto si connota per una struttura anacronisticamente inquisitoria¹⁵⁹ (non potendosi concepire che la deflazione interferisca con la cognizione).

In ultima analisi, è innegabile la difficoltà di inquadrare tale procedura nell’ambito della giurisdizione essendo elevato il dubbio che si tratti di un processo senza azione e/o di un giudizio senza accertamento, dal momento che la mancata “esposizione” della imputazione non fa nascere l’azione e che, nel giudizio che porta al decreto non v’è giurisdizione in senso oggettivo mancando qualunque forma — anche embrionale — di contraddittorio e di rinuncia ad esso.

In una prospettiva *de iure condendo*, questi insegnamenti non possono essere disattesi, imponendo una approfondita riflessione sul fronte dei valori costituzionali in gioco e, dunque, dell’eguaglianza delle opportunità partecipative alla vicenda-processo, resa possibile sfruttando la previa conoscenza della vicenda ed il consenso dell’“imputando”.

3. “Accordo processuale” e timide prospettive del suo superamento nell’evoluzione normativa sottesa all’applicazione di pena su richiesta delle parti.

¹⁵⁸ Sul punto, RICCIO, *Lezioni di procedura penale*, 2007-2008, in corso di pubblicazione, cit.

¹⁵⁹ A meno di non voler ritenere che l’istanza di ragionevole durata legittimi l’adozione di una statuizione di condanna a tutti gli effetti, inaudito il soggetto destinatario della stessa.

Le vicissitudini del “patteggiamento” consentono di cogliere appieno le fondamentali evoluzioni ideologiche in tema di processo penale che hanno condotto, nel corso degli anni, ad una graduale ridefinizione della struttura del rito, fino addirittura ad alterarne l’originaria fisionomia di istituto incentrato sulla necessaria convergenza della volontà di imputato e pubblico ministero.

Particolare attenzione, ancora una volta, va accordata alla incisiva opera svolta dalla Corte costituzionale; la quale ha influenzato, in maniera determinante, le scelte legislative nonché il progressivo mutamento della filosofia di fondo sottesa al rito.

I dubbi di legittimità costituzionale, prospettati in relazione all’originaria disciplina dell’applicazione di pena su richiesta delle parti, si compendiano, innanzitutto, in varie ordinanze di trasmissione di atti alla Corte costituzionale con le quali veniva dichiarata la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, sia dell’art. 444 c.p.p. sia dell’art. 248 d.lgs. n. 271 del 1989¹⁶⁰.

L’esame delle stesse fu effettuato, in maniera unitaria, dalla Corte e su di esse la decisione intervenne con la sentenza n. 313 del 26 giugno-2 luglio 1990¹⁶¹.

Il Giudice delle leggi, chiamato nella specie a verificare la conformità del “patteggiamento” rispetto ai principi costituzionali in tema di giurisdizione, dichiarò la illegittimità della disciplina di cui agli artt. 444 ss. c.p.p. «nella parte in cui priva il giudice del potere di sindacare la congruità della pena da applicare all’imputato e di rigettare la richiesta indicata dalle parti in caso di sfavorevole valutazione».

Nella medesima prospettiva, poi, la Corte nel respingere una serie di questioni per carenza di contrasto con il dettato costituzionale — escludendo, in particolare, la denunciata violazione dell’art. 101 comma 2 della Costituzione — affermava come «la disciplina codicistica non ritaglia al giudice un potere di controllo meramente formale e relativo alla sola “cornice giuridica” del fatto».

Lo studio di tale pronuncia appare di estremo interesse perché con essa la Corte ha riconosciuto diritto di cittadinanza all’istituto del “patteggiamento” nell’ordinamento giuridico italiano, stabilendone i confini di costituzionalità. D’altra parte, però, accogliendo particolari profili di illegittimità, ne ha sensibilmente ridisegnato la fisionomia privandolo

¹⁶⁰ Questa norma contemplava la possibilità di avvalersi del patteggiamento anche in quei processi ancora regolati dal codice del 1930. La disciplina si differenziava da quella prevista dagli art. 444 e segg. c.p.p. soltanto per aspetti procedurali, necessari per rendere il nuovo istituto compatibile col rito abrogato.

¹⁶¹ Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313, in *Foro it.*, 1990, I, 2385.

delle connotazioni peculiari di novità maggiormente in dissidio con la tradizione culturale e giuridica del Paese¹⁶².

Secondo il pensiero della Corte, il riconoscimento di più ampi poteri al giudice giammai potrebbe legittimare interventi capaci di anteporre il suo apprezzamento rispetto al *petitum* delle parti: ogni volta che il giudice non ritenga giuridicamente corretto ciò che pubblico ministero e l'imputato abbiano richiesto non potrà fare altro che rigettare la proposta formulata dai medesimi. Il giudice, cioè, non ha mai, almeno formalmente, un potere propositivo o di stimolo e, come non può mai partecipare alle trattative fra le parti, così non può mai variare il contenuto della pattuizione tra di esse intercorsa. Dunque, in caso di esito negativo del controllo, l'unica strada da percorrere resterà quella del rigetto della richiesta.

Non v'è chi non veda, quindi, come la Corte abbia offerto importanti indicazioni per l'interpretazione della disciplina, dirette alla complessiva rivalutazione del ruolo e della funzione del giudice. Ciò è tanto più evidente ove ci si concentri sugli arresti della Corte scaturiti dall'esame delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in riferimento agli articoli 13 comma 1, 24 comma 2, 27 comma 2 e 111 Cost ed involgenti la natura della sentenza di "patteggiamento". Si è così affermato che la sentenza con cui si applica la pena presupporrebbe un accertamento di responsabilità giacchè «con il richiedere l'applicazione di una pena l'imputato non nega sostanzialmente la sua responsabilità» e, quindi, «la decisione di cui all'art. 444 c.p.p. quando non è decisione di proscioglimento, non può prescindere dalle prove della responsabilità»¹⁶³.

Alla luce dei riportati profili dommatici abbracciati dalla Corte costituzionale, appare evidente come l'orientamento costante della Cassazione, che ha individuato nella sentenza

¹⁶² L'estrema importanza della pronuncia ha richiamato l'attenzione della dottrina, che, rispetto ad essa, si è variamente posta. Fra gli altri cfr. FURGIUELE, *L'applicazione di pena su richiesta delle parti*, cit., 113 ss.; LOZZI, *Il patteggiamento tra anomalie ed eccessi*, in *Diritto penale e processo*, 1995, 861; GIARDA, *Un passo avanti o uno indietro per il nuovo rito penale?*, in *Il corriere giuridico*, 1990, 901; CONSO, *La giustizia costituzionale nel 1990 con riguardo al sistema penale*, in *Giust. pen.*, 1990, I, 84.

¹⁶³ Anche prima della sentenza della Corte costituzionale, la dottrina aveva rilevato che l'orientamento manifestato dal legislatore in ordine alla portata e valenza dei poteri delle parti, risultava inevitabilmente in contrasto con il dettato costituzionale, che non consentiva l'applicazione di una pena senza un previo positivo accertamento della responsabilità penale sulla base di prove legittimamente assunte. A meno che non si fosse considerata — pure in assenza di qualsiasi espressa indicazione del legislatore — la richiesta o il consenso dell'imputato come una sorta di confessione, con valenza di vera e propria prova legale. Per altro verso, al fine di escludere che la pronuncia del giudice fosse ancorata al solo accordo delle parti, si è ritenuto che l'imputato, con la propria manifestazione di volontà di rinunciare a «difendersi-provando», attribuisse dignità di prova agli atti raccolti dal pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari. In tal modo, il giudice avrebbe adottato la sua decisione sulla base di elementi così divenuti prove (RICCIO, *Procedimenti speciali*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, cit., 522).

di applicazione di pena una sentenza meramente “dichiarativa”, e non di “accertamento” della responsabilità dell’imputato, interpreti la normativa in maniera tale da rendere l’istituto stesso incostituzionale¹⁶⁴.

Non a diverse conclusioni, d’altro canto, si perviene prestando attenzione al profilo processuale, giacché il primo — e principale — oggetto del giudizio a cui è chiamato il giudice penale, nel caso di richiesta di applicazione di pena, è rappresentato dalla verifica della innocenza dell’imputato¹⁶⁵.

Per comprendere, allora, quale sia il ruolo effettivamente assegnato dal legislatore alla giurisdizione in tale peculiare rito alternativo, è necessario far riferimento all’art. 129 c.p.p.¹⁶⁶, disposizione espressamente richiamata dall’art. 444 c.p.p.

E’, infatti, esclusivamente sulla base di tale norma che il giudice compie la verifica circa la consistenza degli elementi cognitivi da cui risulti la responsabilità dell’imputato e, quindi, accerta la sussistenza del presupposto necessario e sufficiente perché la pena venga applicata nel rispetto dell’art. 27 Cost.¹⁶⁷.

¹⁶⁴ CARCANO, *La sentenza di patteggiamento non è titolo per la revoca di una precedente sospensione condizionale: una soluzione da rivedere?*, nota a Cass., Sez. Un., 26 febbraio 1997, Bahrouni, in *Cass. pen.*, 1997, 2677, criticamente, osserva che «le sezioni unite definiscono la sentenza di condanna, con la quale è definito il procedimento speciale di applicazione di pena su richiesta delle parti, una “mera ipotesi” di commissione del reato oggetto dell’imputazione. Il giudice sarebbe, dunque, chiamato ad effettuare una “fittizia” verifica di congruità della pena alla stregua dei parametri previsti dall’art. 133 c.p. e una altrettanto «virtuale” valutazione sulle potenzialità di risocializzazione della stessa nei confronti di persona che potrebbe soltanto “ipoteticamente” essere responsabile del reato per il quale è stata condannata a scontare una pena detentiva». Lo stesso Autore, coerentemente, conclude che «le sezioni unite, giunte alla conclusione che la sentenza di condanna a pena patteggiata è espressione di una “mera ipotesi” di commissione del reato da parte dell’imputato, avrebbero dovuto rimettere la questione alla Corte costituzionale per manifesta illegittimità».

¹⁶⁵ Cfr. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 931, il quale perentoriamente afferma che: «le pene applicate a richiesta postulano dei reati: è materia indisponibile; ripugnano al sistema sottomissioni convenzionali alla pena».

¹⁶⁶ Questa è l’impostazione seguita da FURGIUELE, *L’applicazione di pena su richiesta delle parti*, cit., 135 ss. ss. Secondo DI CHIARA, *L’architettura dei presupposti*, in AA.VV. *Il patteggiamento*, Milano, 1999, 49: «è palese, dunque, come nel rito patteggiato non si tratta di accertare la responsabilità, ma solo, sulla base degli atti, l’esclusione di responsabilità del soggetto[...]essendo diverse le logiche decisorie sottese all’art. 129 e all’art. 530 c.p.p.». Anche la giurisprudenza di legittimità (Cass, sez. VI, n. 1321 del 28 novembre 1997, in *Giust. pen.*, 1999, III, 46) è attestata sulla medesima posizione: «a fronte di una richiesta di patteggiamento il giudice, in una situazione di dichiarata incertezza e insufficienza probatoria, allo stato degli atti non può pronunciare sentenza di esclusione della responsabilità dell’imputato, residuandogli la sola alternativa fra recepimento del patto (ove ne ricorrano i presupposti) e, in caso contrario, prosieguo del processo nelle forme ordinarie».

¹⁶⁷ Cfr. FIANDACA, *Pena “patteggiata” e principio rieducativo; un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, (nota a Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313), in *Foro it.*, 1990, 9, 2392, il quale afferma: «l’assunzione del principio rieducativo al limite del potere dispositivo delle parti, ha anche implicazioni rispetto alla natura della sentenza di patteggiamento. In effetti la tesi, ribadita in giurisprudenza da una recente presa di posizione della Cassazione, che esclude si tratti di sentenza di condanna in quanto

Sicché, il menzionato riferimento operato dalla Corte costituzionale — nella richiamata pronuncia del 1990 — alla funzione rieducativa della pena induce alla inevitabile conclusione che la sentenza applicativa della pena su richiesta non può mancare di un preventivo accertamento sulla responsabilità penale dell'imputato.

Siffatte indicazioni sono state recepite dal legislatore che con l'intervento novellatore del 1999 ha inciso sulla disciplina preesistente cercando essenzialmente di adeguarla agli indirizzi espressi dalla Corte costituzionale: in via diretta, uniformandola alle specifiche declaratorie di incostituzionalità; in via indiretta, modificando la struttura del rito in modo da valorizzare il ruolo del giudice rispetto a quello del pubblico ministero.

Basti pensare che proprio in conformità alla pronuncia n. 313 del 1990 è stato previsto che il giudice sia tenuto ad effettuare un controllo di merito anche sulla congruità della pena¹⁶⁸.

Ma forse, la vera novità introdotta dalla legge cd Carotti è costituita dalla novellazione del comma 1 dell'art. 448 c.p.p. la cui disciplina pone non poche problematiche di ordine interpretativo.

La norma prevede che, «nel caso di dissenso da parte del pubblico ministero o di rigetto della richiesta da parte del giudice per le indagini preliminari, l'imputato, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, può rinnovare la richiesta e il giudice, se la ritiene fondata, pronuncia immediatamente sentenza».

Non sorgono difficoltà ermeneutiche in ordine alla ribadita volontà del legislatore di restituire centralità al ruolo del giudice del merito, consentendogli di riconoscere i benefici premiali non solo quando il rito patteggiato non si sia potuto celebrare per il dissenso del pubblico ministero ma anche quando ciò sia dipeso dalla decisione del giudice a cui originariamente la richiesta delle parti fosse stata inoltrata.

La questione, invece, riguarda la possibilità o meno di rinnovazione della richiesta in caso di rigetto della stessa da parte del giudice dell'udienza preliminare. La norma non vi fa riferimento, riferendosi esclusivamente al di rigetto da parte del giudice per le indagini preliminari; tuttavia, si è sostenuto che la mancanza di espressa statuizione al riguardo non

l'applicazione della pena non conseguirebbe a un vero accertamento di responsabilità, mal si concilia con l'esigenza che il giudice controlli la compatibilità tra pena patteggiata e principio rieducativo: che senso avrebbe preoccuparsi delle potenzialità specialpreventive di una pena che il reo mai potrebbe sentire come meritata, ove la sentenza che l'applica dovesse basarsi su un'affermazione di responsabilità del tutto ipotetica e fittizia?».

¹⁶⁸ Per una approfondita analisi delle modifiche apportate dalla legge n. 479 del 1999 all'istituto del patteggiamento, v. PERONI, *Le novità in tema di patteggiamento: tra suggestioni giurisprudenziali e razionalizzazione dell'esistente*, Cass. Pen., 1999, 505 ss.

sia significativa, dipendendo, esclusivamente, dal fatto che la previsione «tratta anche di itinerari procedurali sprovvisti dell'udienza preliminare»¹⁶⁹.

Altro, e forse più spinoso problema, è quello relativo alla nozione di “rinnovazione”, con riferimento alla possibilità, per l'imputato che abbia in precedenza inoltrato istanza di applicazione di pena su richiesta, di avanzarla ulteriormente innanzi al giudice del dibattimento. Si deve, cioè, stabilire se debba necessariamente essere riproposta dall'imputato nei medesimi termini di quella in precedenza inoltrata e sulla quale il pubblico ministero non abbia prestato il consenso ovvero si sia verificato il rigetto da parte del giudice.

E' stata prospettata l'interpretazione più rigorosa — nel senso della immodificabilità della proposta in ragione di due considerazioni. Si è sostenuto che, sotto un profilo lessicale, la scelta del legislatore sembrerebbe chiara dal momento che ha usato l'espressione “rinnovazione” anziché “ripresentazione” della richiesta. Inoltre, alla medesima conclusione condurrebbero ragioni di ordine logico-sistematico, in quanto «l'ammettere che l'istanza possa riformularsi con contenuti difforni dai precedenti si risolverebbe nella vanificazione dei termini imposti dall'art. 446 comma 1 c.p.p.»¹⁷⁰.

La tesi non sembra convincente, già sotto un profilo strettamente lessicale. L'espressione “rinnovare” non è un sinonimo di “reiterare”, in quanto, anche soltanto prestando attenzione all'etimologia, sembra riferirsi ad un comportamento che presenti un *quid novi* rispetto ad altro in precedenza tenuto. In ogni caso, si può al più convenire che il verbo usato dal legislatore presenti caratteri di equivocità, ma non certo che sia idoneo a configurare un espresso divieto a che la nuova richiesta presenti un contenuto diverso rispetto a quella precedentemente formulata. Pertanto, anche se mancassero altri indici, comunque si dovrebbe privilegiare una interpretazione più conforme al principio generale del *favor rei* ed in linea con la funzione essenzialmente deflattiva alla quale, indiscutibilmente, è ispirata tutta la disciplina dell'istituto¹⁷¹.

In una diversa prospettiva, nonostante il tenore letterale della previsione di cui al comma 1 dell'art. 448 c.p.p. faccia esclusivo riferimento alla “richiesta dell'imputato” non è mancato chi ha ritenuto che in caso di rinnovazione dell'istanza al giudice del dibattimento — nella

¹⁶⁹ PERONI, *Le novità in tema di patteggiamento*, cit., 513.

¹⁷⁰ Cfr. BRICCHETTI, *Il patteggiamento si adegua alla Consulta*, in *Guida dir.*, 2000, n. 1, LXV.

¹⁷¹ La conclusione è di FURGUELE, *L'applicazione di pena su richiesta delle parti*, cit., 74 ss.

fase introduttiva al dibattimento — «affinché il giudice possa accogliere la rinnovata richiesta è ancora necessario l'accordo tra le parti, non essendo superabile (perché non previsto) il dissenso del pubblico ministero»¹⁷².

L'arresto non convince per due ordini di motivi. Innanzitutto si deve segnalare, come detto, che la norma fa espresso riferimento alla volontà esclusiva dell'imputato e non già (come avviene nel periodo immediatamente precedente dello stesso comma 1 dell'art. 448 c.p.p.) alla "richiesta prevista dall'art. 444, comma 1 c.p.p.", che è quella risultante dall'accordo delle parti. Inoltre, non si fa menzione della necessità del consenso da parte del pubblico ministero, menzione che sarebbe stata dovuta in quanto una delle premesse per la rinnovazione della domanda è rappresentata proprio dall'ipotesi di un suo precedente dissenso. In altri termini, non avrebbe alcun senso prevedere la possibilità di rinnovazione della richiesta nella fase preliminare al giudizio richiedendo che essa debba essere comunque subordinata a quel consenso già negato dal pubblico ministero nella fase immediatamente precedente e sulla base del "medesimo quadro probatorio". Tutto lascia pensare, invece, che il legislatore, prendendo le mosse dall'ampliamento dei poteri del giudice sancito dalla sentenza n. 313 del 1990 della Corte costituzionale, abbia inteso perseguire finalità deflattive, escludendo che nella fase del giudizio il pubblico ministero possa, magari pretestuosamente, impedire la conclusione anticipata del processo e determinare la celebrazione di un inutile dibattimento¹⁷³.

Il profilo offre lo spunto per un adeguato approfondimento dogmatico della previsione in discorso.

Ciò che deve porsi in rilievo, infatti, è il rinnovato valore acquisito dalla volontà dell'imputato — prescindente dal consenso del pubblico ministero — rispetto alle due ipotesi considerate: di richiesta avanzata *in limine* al dibattimento e/o all'esito del giudizio di merito nonché di impugnazione¹⁷⁴.

¹⁷² Così, CARCANO, *L'imputato «dominus» dei procedimenti speciali con il rito abbreviato senza consenso del Pm*, in *Dir giust.*, 2000, n. 2, 64.

¹⁷³ Cfr. PERONI, *Le novità in tema di patteggiamento*, cit., 513 e 514).

¹⁷⁴ Al riguardo, non si è ommesso di osservare (VIGONI, *L'applicazione di pena su richiesta delle parti*, in *I procedimenti speciali in materia penale*, cit., 174) come «l'inedito schema a due (imputato e giudice), che spoglia il pubblico ministero del potere di indirizzo dell'azione penale e del contraddittorio in dibattimento, rivela una particolare carica dirompente degli equilibri sottostanti al rito». Ciò perché, come è noto, a differenza che nell'abbreviato secondo l'originaria formulazione, il parere del pubblico ministero non determina soltanto un mutamento del giudizio, ma va addirittura a cooperare nella determinazione della sanzione, salvo poi il filtro del giudice relativamente alla congruità della pena. In tal senso, quindi, il patto è

Sulla scorta delle premesse sopra evidenziate e tenendo conto delle implicazioni storiche sottese all'istituto dell'applicazione di pena, sembra anacronistico utilizzare l'espressione di sintesi coniata spontaneamente dopo l'entrata in vigore del codice 1988, di "patteggiamento", apparendo maggiormente appropriato discorrere soltanto di "applicazione di pena su richiesta"; per poi distinguere fra le due fattispecie procedurali dell'"applicazione di pena su richiesta delle parti" e dell'"applicazione di pena su richiesta dell'imputato". Entrambe hanno come presupposto la manifestazione di volontà dell'imputato di rinunciare a contrastare la tesi accusatoria sia mediante la partecipazione attiva e propulsiva nella fase di formazione della prova sia anche con la sola confutazione della valenza probatoria degli elementi su cui si fonda l'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero.

In altri termini, una volta chiarito, da un lato, che il presupposto indefettibile per la celebrazione del rito differenziato (nel giudizio) è rappresentato dalla dichiarazione di volontà dell'imputato e, dall'altro, che il giudice è arbitro unico nella valutazione della richiesta da quest'ultimo formulata, si deve concludere che il ruolo del pubblico ministero, nell'ambito della struttura dell'istituto, ne esce fortemente ridimensionato.

Sulla scorta di una siffatta premessa, riesce difficile non cedere alla tentazione di discorrere, già in riferimento al struttura del rito così come rimodellata a seguito degli interventi della Corte costituzionale, di "pena a richiesta dell'imputato".

La conseguenza di queste osservazioni, invero, è che il reale interlocutore dell'imputato si identifica nel giudice e non più nel pubblico ministero al quale residua, eventualmente, la possibilità di proporre appello avverso al sentenza pronunciata nonostante il suo "originario" dissenso (art. 448 comma 2 c.p.p.), laddove l'impugnazione nel merito resta preclusa nel caso di sentenza pronunciata sull'accordo delle parti. Il giudice, però, è un interlocutore "muto", nel senso che con lui non è possibile alcuna trattativa¹⁷⁵. Per l'imputato, dunque, l'esigenza primaria non è quella di ottenere il consenso dal pubblico ministero, bensì quella di formulare una richiesta il cui contenuto, presumibilmente, possa essere ritenuto equilibrato dal giudice.

l'oggetto primario dell'esame del giudice, per cui, laddove esso manchi, muta l'intera natura del provvedimento finale, che è privo di quei connotati "negoziali" che gli sono propri.

¹⁷⁵ Sul punto, CORDERO, *Procedura penale*, 1998, cit., 931.

L'iter espositivo sulla evoluzione della disciplina prevista dagli articoli 444 segg. c.p.p. consente, allora, di concludere come a seguito degli interventi della Corte costituzionale, prima, e del legislatore, poi, la stessa fisionomia dell'istituto risulti totalmente modificata, per un verso, dalla valorizzazione della volontà dell'imputato, per altro, dalla riaffermazione della centralità del giudice, realizzata mediante la generale rivalutazione del ruolo giurisdizionale nella struttura della fattispecie.

Un simile epilogo sollecita, evidentemente, l'esplorazione dei possibili piani di incidenza esperibili sulla funzione giurisdizionale ad opera dei meccanismi disciplinati dagli artt. 444 e segg. c.p.p. Le peculiarità connesse al particolare modo di operare degli istituti "concordatari", invero, impongono la penetrazione del difficile rapporto volontà-giurisdizione al fine di dimensionare compiutamente le potenzialità esplicative degli apparati consensuali rispetto alla fondamentale funzione dello *ius dicere*.

Sotto tale profilo, nell'ipotesi di applicazione di pena su richiesta delle parti, l'accordo delle parti sarebbe in grado di "condizionare" in maniera sostanziale il potere potestativo nella misura in cui le stesse concordano la pena che il giudice deve infliggere¹⁷⁶.

Espressa con apposita richiesta, la volontà sarebbe trasfusa, dal giudice, in una pronuncia formalmente giurisdizionale, ma apparentemente assunta al di fuori delle regole che governano il processo, per processo intendendo quello che si svolge secondo valutazioni conseguite nel rispetto dei principi naturali del giudizio.

Si chiarisce subito, però, che anche in siffatta evenienza, la volontà non opererà in modo da rendere "disponibile" la giurisdizione, conservando, comunque, il giudice "intatto" il potere decisorio. In altri termini, l'accordo delle parti sulla pena da irrogare, non intacca il valore "giudizio" in quanto tale *modus operandi*, pur essendo in grado di condizionare il potere potestativo, giammai spoglierà il giudice delle sue prerogative di valutazione sulla regiudicanda.

Egli, come detto, innanzitutto, conserva il potere di prosciogliere — ai sensi dell'art. 129 c.p.p. — l'imputato nonostante la richiesta di applicazione della pena. A tal riguardo, il controllo non sarà meramente formale, dovendo rappresentare il risultato di un vero e proprio accertamento giurisdizionale nel merito, sulla base degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero. Sicché, il rito patteggiato non può comportare alcuna deroga rispetto alle ordinarie regole di giudizio in ordine all'accertamento della responsabilità e punibilità

¹⁷⁶ Sul punto, SIRACUSANO, *Le prove*, in AA.VV., *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 387.

dell'imputato; l'unico limite, invece, potendo riguardare il materiale probatorio posto a disposizione del giudice, che deve decidere “allo stato degli atti”.

D'altro canto, rispetto alla pena di cui le parti chiedono l'applicazione, il giudice può ritenere la stessa incongrua, ovvero accoglierla, pur ritenendo diversa la qualificazione giuridica del fatto o la configurabilità di circostanze del reato ed il loro bilanciamento; lo stesso giudice, pertanto, potrà dichiarare l'estinzione del reato ove essa rappresenti il risultato della diversa qualificazione giuridica del fatto o dell'applicazione delle attenuanti.

La conclusione che ne discende è che neppure nell'ipotesi in cui il potere potestativo parrebbe rimesso alla mercè delle parti potrà disporsi dell'oggetto della giurisdizione.

Dall'*excursus* che precede si possono ricavare due significative indicazioni.

Alla inconfutabile centralità del ruolo del giudice fa da sfondo un percorso giurisprudenziale e legislativo capace di condurre ad una profonda rimediazione dell'istituto. Non più soltanto accordo tra le parti bensì possibilità di definizione della regiudicanda a seguito di richiesta unilaterale dell'imputato: il fulcro dell'istituto va, via via, decentrandosi rispetto al piano dei rapporti tra imputato e pubblico ministero per assestarsi sull'asse imputato-giudice. Da qui, la indispensabilità del pieno recupero della giurisdizionalità dell'accertamento sollecitato dalla «richiesta di applicazione di pena dell'imputato».

Tale connotato — in termini di valorizzazione del consenso unilaterale dell'imputato — come si vedrà, sarà, poi, maggiormente accentuato negli arresti giurisprudenziali caratterizzanti il — “nuovo” — giudizio abbreviato. In ultima analisi, la collocazione — espositiva — dell'istituto disciplinato dagli artt. 444 segg. c.p.p. tra le ipotesi basate sul paradigma dell'accordo processuale si rivela “impropria” in ragione del carattere “ibrido” del rito in oggetto, da un lato, applicazione di pena concordata con l'organo di accusa, dall'altro, applicazione di pena su — “semplice” — richiesta dell'imputato.

4. Il “patteggiamento probatorio” ed i suoi riflessi sul principio di “disomogeneità fasica”.

Il sistema processuale penale consente alle parti di concordare l'allegazione al fascicolo per il dibattimento di atti raccolti nella fase delle indagini preliminari. Tale congegno permette

di conferire valore probatorio agli atti “omologhi” ai mezzi di prova¹⁷⁷ sulla base di una uniformità di vedute sui risultati già palesatisi nella fase investigativa.

E’ bene ribadire, tuttavia, che la casistica del codice valorizza le manifestazioni volontaristiche in campo probatorio, talvolta, quali espressioni della volontà unilaterale del soggetto processuale nei cui confronti è destinato a produrre efficacia l’atto sfornito dei requisiti di utilizzabilità probatoria, talaltra, in termini di convergenza dell’assenso di tutte le parti processuali interessate, così da integrare un vero e proprio “accordo processuale”. Sicché, le norme del codice consentono di distinguere gli istituti probatori nei quali risalta il “consenso” (unilaterale) dalle ipotesi di accordo-acquisitivo¹⁷⁸.

Gli esempi del primo tipo sono rinvenibili laddove si ammette l’opzione tra lettura ed assunzione diretta della “prova dichiarativa” (art. 511, commi 2 e 3, c.p.p.), oppure si prevede che i verbali di dichiarazioni ripetibili, rese in altro procedimento in assenza del difensore del coimputato, siano utilizzabili in dibattimento soltanto su consenso di quest’ultimo (art. 238, comma 4, c.p.p.), ovvero si riconosce alla parte, in determinati procedimenti (art. 51, comma 3-*bis* c.p.p.), e sulla base di specifiche esigenze, di chiedere l’esame di un soggetto che abbia reso dichiarazioni in altra sede (art. 190-*bis* c.p.p.).

La previsione circa la “indicazione di utilizzabilità”, *ex* art. 511 comma 5 c.p.p., poi, contiene un riferimento alla volontà di parte la quale, non richiedendo la lettura dei verbali contenenti dichiarazioni, incide sulla concreta fruibilità degli stessi in assenza di un controllo sulla ritualità della formazione dell’elemento di prova.

Nonostante gli interventi della Corte costituzionale e le modifiche introdotte dalla legge sul “giusto processo” (l. n. 63 del 2001), il criterio del consenso accolto dall’articolo 513 comma 1 c.p.p. rimane inalterato, sia con riguardo all’imputato che abbia reso dichiarazioni sul fatto proprio e che con il “disinteresse” al suo processo, implicitamente, ammette la lettura delle dichiarazioni precedenti che lo riguardano (art. 513, comma 1, c.p.p.), sia con riguardo al coimputato che abbia reso dichiarazioni *contra alios* e che non può essere testimone: anche in questo caso è necessario il consenso alla lettura ed alla utilizzazione da parte di colui contro il quale le dichiarazioni siano state rese, salvo che le stesse provengano da un contesto «sospetto», secondo quanto dispone l’art. 500 comma 4 c.p.p.

¹⁷⁷ Cfr DALIA-FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 489.

¹⁷⁸ Questa impostazione è seguita anche da GALANTINI, *Limiti e deroghe al contraddittorio*, cit., 1850.

Le forme attraverso le quali il consenso si manifesta in modo implicito sono collegate all'assenza di opposizione o di eccezione — attraverso il mancato ricorso alla procedura incidentale di risoluzione della questione, (art. 478 c.p.p.) — che sottintende la ratifica della regola giudiziale applicata.

Passando al secondo ordine di istituti, è bene sottolineare come rispetto a talune situazioni processuali la volontà unilateralmente espressa non si riveli sufficiente a produrre gli effetti previsti dall'ordinamento, richiedendosi la necessaria convergenza dell'assenso di tutte le parti interessate; il che si verifica, ad esempio, per acquisire le dichiarazioni già rese dall'imputato in procedimento connesso, *ex art. 12 comma 1, lett. a), c.p.p.* che in sede di esame (art. 210 c.p.p.) si sia avvalso della facoltà di non rispondere (art. 513 comma 2 c.p.p. — *ex lege* n. 63 del 2001, cd. legge sul “giusto processo”).

Ma certamente i casi emblematici su tale versante sono forniti dalle disposizioni che consentono la concorde acquisizione al fascicolo del dibattimento di atti di indagine compiuti dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria nonché della documentazione relativa alle investigazioni difensive.

Oltre alla richiamata ipotesi introdotta dalla legge n. 63 del 2001, l'accordo finalizzato all'acquisizione di dichiarazioni precedentemente rese, o di “attività” precedentemente svolte, può materializzarsi, ai sensi dell'art. 431 comma 2 c.p.p., già al termine dell'udienza preliminare, in contraddittorio tra le parti.

L'accordo intervenuto in questa sede non genera, tuttavia, effetti acquisitivi in senso proprio, poiché è riconosciuta alle parti la possibilità di proporre in sede di questioni preliminari (art. 491, comma 2, c.p.p.), le eventuali eccezioni già sollevate nel contesto di formazione del fascicolo. Che il consenso dato all'“acquisizione” possa essere revocato emerge, poi, nei casi di procedimenti connessi riuniti in fase dibattimentale e provenienti da udienze preliminari distinte con fascicoli separati: è indiscutibile che l'accordo intervenuto tra le parti diverse non può vincolare le parti rimaste a questo estranee che devono poter rivedere le proprie scelte alla luce delle scelte altrui¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Fatta eccezione per questa specifica ipotesi, come si tenterà di dimostrare in seguito, una volta formalizzata la volontà di consentire l'acquisizione al fascicolo del dibattimento di un atto contenuto nel fascicolo delle indagini, la stessa non può essere più ritrattata.

Va, inoltre, accennato che al giudice comunque spettano poteri di controllo in ordine all'oggetto sul quale ricade l'accordo¹⁸⁰, garantendosi in tal modo quel necessario intervento giurisdizionale che funge da garanzia per l'intero procedimento probatorio.

In realtà la singolarità di simili meccanismi, prima che sul fronte della rinuncia al contraddittorio, si manifesta nell'assenza di una richiesta ammissiva del mezzo di prova, foriera della verifica della manifesta superfluità o irrilevanza, secondo le ordinarie scansioni codicistiche ed i paradigmi canonici del "procedimento probatorio"¹⁸¹.

L'accordo probatorio, quale strumento per introdurre elementi di prova senza formarli in contraddittorio, costituisce una connotazione tipica dei sistemi accusatori ed appare speculare alla regola civilistica della "non contestazione": se le parti reputano determinati fatti non controversi ovvero irrilevanti ai fini della loro strategia difensiva, offrono al giudice informazioni evitando la citazione a giudizio delle fonti da cui promanano.

In sostanza, la manifestazione di volontà formulata dalle parti, che esprime una vera e propria rinuncia alla formazione della prova nel contraddittorio dinanzi al giudice competente ad emettere la decisione, trova, come detto, il suo presupposto nel mancato contrasto esistente sull'elemento di prova oggetto della volontà comune.

La prospettiva entro la quale ci si muove — in termini di risparmio di risorse processuali — sembrerebbe porre in crisi, però, proprio la capacità di tenuta dell'idea del 1988, ancorata su di una suddivisione gnoseologica capace di rendere visibile l'opzione accusatoria ispiratrice del nuovo modello¹⁸².

Il meccanismo del doppio fascicolo, attraverso il quale si è realizzata una delle scelte più significative e qualificanti del nuovo codice di procedura penale¹⁸³, ha subito la prima incrinazione nel 1992, attraverso l'incremento dei verbali che nel corso dell'istruzione dibattimentale sarebbero potuti transitare nel *dossier* processuale. In quell'anno, insomma,

¹⁸⁰ Tale aspetto sarà approfondito successivamente, quando saranno trattate le problematiche relative al meccanismo dell'accordo-acquisizione.

¹⁸¹ L'espressione è coniata da CORDERO, *Procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, cit., il quale sottolinea come lo stacco esistente tra momento ammissivo e momento acquisitivo si risolva in una successione di atti, poiché una cosa è disporre che una persona sia interrogata, altro è l'interrogare il teste.

¹⁸² Sulle peculiarità del sistema accusatorio, avuto specifico riguardo alla separazione dei fascicoli, DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparativa del processo*, trad. it., Bologna, 1991, 102; FRANCHIOTTI, *Lineamenti del processo penale statunitense*, Torino, 1987, 119; SCCELLA, *La formazione in contraddittorio del fascicolo per il dibattimento*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di Peroni, Torino, 422.

¹⁸³ In tal senso Corte cost., 20 luglio 1999, n. 338, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1446, con nota di GIARDA, *I Giudici della Consulta recuperano qualche carattere del sistema accusatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1449.

per effetto del decreto legge n. 306, convertito in legge n. 356 e delle sentenze costituzionali n. 24, 254 e 255, sono stati divelti alcuni degli argini posti a difesa della separazione delle fasi, aprendo, così, le porte ai meccanismi di cui agli artt. 500 comma 4 e 5, 512, 512-bis e 513 c.p.p.¹⁸⁴

Gli interventi che sono seguiti, nel 1995 e nel 1997, per nulla hanno contribuito a ripristinare la stabilità originaria del sistema, anzi, con la legge 16 dicembre 1999 n. 479, sono stati introdotti elementi ulteriori in grado di snaturare, ancora di più, i caratteri distintivi della sequenza procedimentale “ordinaria”¹⁸⁵.

Anche se l’impianto processuale continua a reggersi sul doppio fascicolo, nel senso di un fascicolo processuale distinto rispetto a quello nel quale confluiscono gli atti di indagine, non è peregrino considerare come il fascicolo del dibattimento possa accrescersi attraverso un nuovo itinerario¹⁸⁶ che affianca la formazione dello stesso nel contraddittorio tra le parti e che conduce alla metamorfosi del materiale investigativo dell’accusa e della difesa.

Tutte le “carte”, dapprima rimaste fuori dal fascicolo destinato al giudice del dibattimento, non essendo ricomprese nella previsione di cui all’art. 431 c.p.p. (annotazioni, comunicazioni di reato, accertamenti tossicologici, sommarie informazioni, verbali di prove assunte nel corso dell’udienza preliminare ed, infine, documentazione relativa all’attività difensiva) sono recuperabili purché le parti lo vogliano attraverso il raggiungimento dell’accordo probatorio¹⁸⁷.

L’elenco previsto dall’articolo 431 c.p.p. perde, così, qualsiasi connotato di rigidità e l’effetto è la conseguenza dell’indebolimento del sistema delle letture consentite che corre il rischio di essere soppiantato dalla logica del «patteggiamento sulla prova»¹⁸⁸, rappresentata

¹⁸⁴ Cfr BUZZELLI, *Fascicolo dibattimentale “negoziato” e acquisizione probatoria*, in *Indice pen.*, 2001, 391; cfr NOBILI, *L’accusatorio sulle labbra l’inquisitorio nel cuore*, in *Crit. dir.*, 1992, 4/5, 11

¹⁸⁵ Per una analisi introduttiva del tema, GALANTINI, *La nuova udienza preliminare*, in AA.VV., *Giudice unico e garanzie difensive*, a cura di Amodio-Galantini, Milano, 2000, 114.

¹⁸⁶ Così CASARTELLI, *Le innovazioni riguardanti il dibattimento*, in AA.VV., *Giudice unico e garanzie difensive*, a cura di Amodio-Galantini, cit., 185.

¹⁸⁷ In proposito, APRILE, *Giudice unico e processo penale*, Milano, 2000, 231; BRICCHETTI, *Udienza preliminare protagonista in deflazione*, in *Guida dir.*, 2000, 1, 58; CIANI, *Le nuove disposizioni sul giudizio*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, cit., 578; ILLUMINATI, *Giudizio*, in AA.VV., *Compendio al codice di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, cit., 631; PANSINI, *Con i poteri istruttori attribuiti al GUP il codice retrocede allo schema inquisitorio*, in *Dir. giust.*, 2000, 2, 61.

¹⁸⁸ Così BORRACCETTI, *Quale legalità. Relazione per il XII congresso nazionale di Magistratura democratica*, in *Quest. giust.*, 1998, 281. Anche CAROFIGLIO, *Le conoscenze processuali fra scelte accusatorie e scelte inquisitorie (Spunti di riforma del processo penale)*, in *Quest. giust.*, 1992, 330, avanzava la proposta di un patteggiamento sulla prova per sgombrare il campo del processo accusatorio da una serie di accertamenti di fatto che nessuno ha interesse che siano effettuati con modalità dialettiche,

dai meccanismi di cui agli artt. 431 e 493 c.p.p. sui quali, quindi, appare indispensabile un ulteriore approfondimento.

4.1 (Segue) Gli ambiti soggettivi ed oggettivi di operatività dell'istituto.

L'accordo di cui agli artt. 431 comma 2 e 493 comma 3 c.p.p., rientrando nell'attività di difesa tecnica, ben può intercorrere tra pubblico ministero e difesa anche nell'ipotesi di assenza o contumacia dell'imputato, rappresentato, in tale evenienza, dal difensore medesimo. In tale prospettiva, il difensore potrebbe concordare con il pubblico ministero l'acquisizione di qualsiasi atto contenuto nel fascicolo delle indagini.

La soluzione interpretativa prospettata non sembra immune da censure di irrazionalità poiché se il difensore può chiedere, solo in forza di una procura speciale conferitagli dall'imputato, che il processo venga definito nelle forme previste dall'art. 438 e ss. c.p.p. non si comprende come mai allo stesso sia consentito di concordare con il pubblico ministero l'acquisizione di tutti gli atti contenuti nel fascicolo delle indagini ed ottenere, in pratica, che il processo sia ugualmente definito allo stato degli atti.

In pratica, potrebbe verificarsi che il difensore, che senza procura speciale non può chiedere che il processo venga definito allo stato degli atti, con il conseguente sconto di pena, concordi con il pubblico ministero l'acquisizione di tutti gli atti contenuti nel fascicolo di cui all'art. 433 c.p.p. e, quindi, nella sostanza, che il processo venga definito *rebus sic stantibus*. A tale conclusione, irrazionale, si aggiunge il potenziale pregiudizio che potrebbe essere arrecato ai diritti dell'imputato nei casi in cui il ricorso "all'accordo onnicomprensivo" si traducesse in una scomoda scorciatoia nei processi a carico di soggetti contumaci o, meglio, irreperibili, assistiti da un occasionale difensore di ufficio.

A ciò aggiungasi che, nelle ipotesi in cui l'istruzione dibattimentale è totalmente assente, può verificarsi, ad esempio, che la prova del fatto sia fornita dagli atti irripetibili contenuti nel fascicolo del dibattimento e che le parti non avanzino la richiesta di sentire, come testi, i verbalizzanti. Ciò può, ad esempio, verificarsi se le richieste di prova siano limitate alla acquisizione, *ex art.* 238 c.p.p., dei verbali di prova di altro procedimento.

consentendo, in tal modo, di concentrare sforzi ed attenzione dei soggetti processuali sui punti realmente controversi e sui quali realmente si gioca la partita del processo

Di conseguenza, le distorsioni denunciate, pur tollerate dalla Corte costituzionale¹⁸⁹, possono esser superate soltanto confidando nella responsabilità e nella professionalità dei soggetti processuali ai quali sono attribuite le facoltà in esame poiché, come già detto, anche interpretando le richiamate norme nel senso di consentire la possibilità di concordare l'acquisizione di singoli e specifici atti, si registra la materiale impossibilità di dare attuazione al dettato normativo così inteso.

Sotto diverso profilo, ulteriori dubbi sorgono in ordine alla formula utilizzata dal legislatore «le parti possono concordare» la quale utilizzando genericamente il termine *parti* non distingue con chiarezza i soggetti dai quali debba promanare l'assenso ai fini dell'acquisizione di elementi formati all'esterno del dibattimento.

In dottrina, dunque, è stato espresso il dubbio sul se l'accordo in oggetto debba vedere coinvolte, o meno, tutte le parti costituite.

Ebbene, il dato letterale della norma sembrerebbe deporre a favore di un accordo collettivo promanante da tutti i soggetti processuali costituiti; pur tuttavia, non mancano dati testuali idonei a ricavare il potere di veto soltanto in capo ad alcune parti processuali.

Nel codice di rito, infatti, sono già previsti casi di “utilizzabilità soggettiva” di elementi formati fuori dal contraddittorio: tale è il disposto di cui all'art. 513 comma 1 c.p.p. che consente, previo consenso delle parti interessate, l'utilizzo delle dichiarazioni etero-accusatorie dell'imputato silente e di tenore analogo è la previsione di cui all'art. 403 c.p.p. che limita l'efficacia degli elementi di prova assunti nell'incidente probatorio alle parti i cui difensori abbiano partecipato all'assunzione degli stessi.

Avuto riguardo alla norma di cui all'art. 493 comma 3 c.p.p. deve ritenersi che l'accordo debba intervenire soltanto tra le parti direttamente interessate allo specifico elemento probatorio escludendo pertanto rilevanza all'eventuale dissenso espresso da altri soggetti processuali, giacché il *simultaneus processus* non fa venir meno l'autonomia di ciascuno

¹⁸⁹ Il Giudice delle leggi si è così espresso: «I due istituti processuali posti a raffronto – rito abbreviato ed accordo sulla prova – risultano assolutamente disomogenei e non assimilabili, posto che gli accordi che possono intervenire tra le parti in ordine alla formazione del fascicolo per il dibattimento non escludono affatto il diritto di ciascuna di esse di articolare pienamente i rispettivi mezzi di prova secondo l'originario, ampio potere loro assegnato per la fase dibattimentale; ciò a differenza di quanto avviene per il rito abbreviato, la cui peculiarità consiste proprio nel fatto di essere un modello alternativo al dibattimento che — oltre a fondarsi sull'intero materiale raccolto nel corso delle indagini, a prescindere da qualsiasi meccanismo di tipo pattizio — consente una limitata acquisizione di elementi integrativi, che lo configurano quale rito a prova contratta». Corte cost., 8 giugno 2001, n. 182, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 974.

specifico rapporto processuale¹⁹⁰. In pratica, ogni singolo soggetto può fornire il consenso all'utilizzabilità, nei propri confronti, della documentazione da cui ritiene possa trarre benefici dal punto di vista processuale, di modo che «portatori di interessi contrapposti ritengono che la elaborazione dialettica della medesima prova non sarebbe in grado di produrre risultati apprezzabilmente diversi»¹⁹¹ da quelli cristallizzati nell'atto di indagine. Sarebbe veramente paradossale dover ammettere che ogni singola parte privata possa opporsi a che atti irrilevanti rispetto alla sua posizione siano collocati nel fascicolo dibattimentale. Come detto, prestando il loro consenso, le parti attestano, implicitamente, la superfluità dell'instaurazione del contraddittorio per la prova; e sarebbe, dunque, incoerente concludere che ciascuna di esse goda di un potere di veto non strettamente funzionale alle proprie esigenze difensive. Appare così preferibile la soluzione, coerente con il principio sotteso dagli artt. 182 comma 1 e 568 comma 4 c.p.p., secondo cui il dissenso manifestato dalla parte priva di interesse non sortisca alcun effetto ai fini dell'acquisizione dell'atto investigativo.

Esaurita l'analisi dei profili soggettivi inerenti tale peculiare tipologia di accordo, è necessario passare all'individuazione dell'ambito oggettivo dello stesso. In un'ottica squisitamente contenutistica, la formula normativa utilizzata dal legislatore indica due specie di mezzi acquisibili: quelli contenuti nel fascicolo del pubblico ministero — chiamati atti — e quelli contenuti nel fascicolo del difensore — chiamata documentazione¹⁹².

Le norme di cui agli artt. 431 e 493 c.p.p., dunque, non sembrano lasciar dubbi: attraverso l'accordo delle parti potranno essere acquisiti al fascicolo per il dibattimento tutti gli atti di indagine del pubblico ministero e tutta l'attività di investigazione difensiva. Il riferimento generico agli «atti», nonché alla “documentazione”, esclude che possano esservi preclusioni connesse alla forma dell'atto, che non necessariamente deve essere costituito dal

¹⁹⁰ Tali sono state anche le conclusioni della giurisprudenza di merito: su tutte, Trib. Piacenza, 21 febbraio 2000, Cremonini, in *Cass. pen.*, 2001, 1633.

¹⁹¹ In tal senso GIOSTRA, *Quale contraddittorio dopo la sentenza 361/1998 della Corte costituzionale?*, in *Quest. Giust.*, 1999, 199.

¹⁹² Oggetto dell'accordo possono essere “tutti gli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero in grado di dispiegare un qualche effetto probatorio” (CORBETTA, *Il processo penale dopo la legge Carotti, Artt. 30-40*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 408). L'uso di tale generica locuzione, in luogo dello specifico richiamo all'art. 38 n. att. c.p.p., si collocava, al momento dell'entrata in vigore della l. n. 479 del 1999, in una prospettiva *de iure condendo*, avente riguardo ad una prossima riforma della materia (CASARTELLI, *Le innovazioni riguardanti il dibattimento*, in Amodio-Galantini (a cura di), *Giudice unico e garanzie difensive. La procedura penale riformata*, cit., 175).

“verbale”, ben potendo consistere in un’annotazione di polizia giudiziaria, in una informativa di reato, in una relazione di servizio ecc.¹⁹³

In tal senso si può cogliere l’assenza di preclusioni codicistiche legate al *nomen* dell’atto da acquisire.

4.2. (Segue) L’indisponibilità del metodo cognitivo durante il dibattimento: il comma *Ibis* dell’art. 507 c.p.p.

Da tutto quanto precede appare evidente che l’intervento cui è chiamato l’organo giudicante, a fronte di un accordo probatorio, si sostanzia in una duplice dimensione: oltre a dover verificare la sua esistenza, il giudice deve operare la verifica richiesta dall’art. 190 c.p.p. ossia valutare la non manifesta superfluità o irrilevanza dell’elemento di prova, non potendo costituire l’accordo un *escamotage* capace di aggirare l’adozione dei provvedimenti di ammissione probatoria.

Analizzando le scansioni procedurali in cui le parti possono raggiungere l’accordo probatorio (l’udienza preliminare, allorché venga formato il fascicolo per il dibattimento, la fase di ammissione dei mezzi di prova e l’istruzione dibattimentale, dinanzi al giudice del dibattimento), non è arduo constatare quanto diverso possa essere l’intervento che il giudice è chiamato ad esperire.

Ed, infatti, se al momento di formazione del fascicolo processuale, *ex art.* 431 comma 2 c.p.p., il giudice dell’udienza preliminare si limita a raccogliere gli atti espressamente elencati dalla legge e non può decidere l’esclusione di quanto le parti hanno concordato di ammettere in relazione alle prospettive processuali della fase successiva, viceversa, al momento dell’ammissione dei mezzi di prova si consuma quel giudizio prognostico di cui all’art. 190 c.p.p. attraverso il quale il giudice individua gli strumenti che in modo proficuo possono condurre alla ricostruzione della vicenda oggetto di contestazione. Infine, qualora l’accordo intervenga nel corso dell’istruzione dibattimentale, il giudice effettuerà la propria valutazione in base a tutto il materiale già acquisito al fascicolo del dibattimento.

¹⁹³ E’ controverso, invece, stabilire se le parti consenzienti possano citare e chiedere comunque l’escussione dibattimentale del dichiarante.

Sul punto, DI BUGNO, *Sub art. 26 della l. 16.12.1999 n. 479*, in *Legisl. pen.*, 2000, 430. In senso contrario, sembra agevole considerare come l’accoglimento della tesi esposta frustrerebbe le finalità di economia processuale volute dalla norma. Di sicuro non è preclusa alle parti la possibilità di chiedere l’ammissione del testimone su circostanze diverse su quelle già acquisite attraverso l’accordo: diversamente opinando, verrebbe aggirata la specifica previsione dell’art. 190 cpp in ordine alla inammissibilità delle prove manifestamente superflue, ai fini del giudizio.

La portata dell'intervento in sede di ammissione chiarisce la sopravvivenza di un ruolo centrale del giudice anche all'interno di quella *species* di procedimento probatorio connotato dalla convergenza della volontà delle parti, ruolo che riceve conferma dal potere di integrazione probatoria, *ex officio*, esercitabile dal giudice il quale, in relazione alle iniziative *ex art. 493 comma 3 c.p.p.*, può attivarsi, ai sensi dell'*art. 507 comma 1-bis c.p.p.* disponendo l'assunzione di quei mezzi di prova relativi agli atti acquisiti su volontà concorde delle parti.

La *ratio* della norma che, diversamente rispetto al primo comma dell'articolo 507 c.p.p., non contiene alcun esplicito richiamo al parametro della "assoluta necessità"¹⁹⁴, va individuata nell'esigenza di salvaguardia del valore della immediatezza e, cioè, nella possibilità riconosciuta all'organo giurisdizionale di ottenere chiarimenti "diretti" sul materiale probatorio preconfezionato e fornitogli dalle parti, di comune accordo. Essa, quindi, dal punto di vista "politico" contribuisce a riaffermare la preminenza della posizione del giudice il quale, agendo sempre in modo neutrale, può adoperarsi al fine di stemperare l'assolutezza dei vantaggi conseguiti dalle parti sul piano probatorio e formare il proprio convincimento su prove vive, assunte a seguito di una verifica ulteriore dei protocolli acquisitivi.

In siffatto contesto, dunque, non sembra che le tecniche di "formazione concordata della prova" possano influire sulla giurisdizione nel senso di condizionarne i requisiti di essenza in chiave di disponibilità del metodo. In mancanza di un siffatto potere, infatti, nelle situazioni in descrizione, la volontà delle parti finirebbe per degradare la cognizione a momento rimesso alla loro totale disponibilità. Di guisa che, ad esse sarebbe concesso il potere di condizionare surrettiziamente il giudizio e, dunque, disporre dell'oggetto stesso della funzione giurisdizionale.

Ed allora, è proprio attraverso la menzionata previsione di cui all'*art. 507 comma 1-bis c.p.p.* che il legislatore contempla la possibilità, per il giudice, di recuperare il momento cognitivo, "infirmato" dall'accordo delle parti.

¹⁹⁴ Il riferimento alla "assoluta necessità" non è esplicito bensì implicitamente contenuto nella previsione in oggetto nel senso che il valore dimostrativo del mezzo di prova da assumere deve risultare, con evidenza, dagli atti formati nella fase anteriore al giudizio, di cui le parti hanno concordato l'acquisizione al fascicolo processuale (tra gli altri, CASARTELLI, *Le innovazioni riguardanti il dibattimento*, cit., 196; CIANI, *Le nuove disposizioni sul giudizio*, cit., 582; RUSSO, *L'ampliamento dell'ambito di assunzione di nuovi mezzi di prova*, in AA. VV., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale. Commento alla Legge 16 dicembre 1999, n. 479*, a cura di Pierro, vol. II, 2000, 223).

Nonostante la volontà congiunta espressa dalle parti, il giudice, per compensare il *deficit* di affidabilità di un atto che non sia stato acquisito in contraddittorio e, quindi, in dispregio del principio di oralità-immediatezza, potrà sottoporre lo stesso ad ulteriori verifiche qualora le stesse siano imposte dalla necessità di soddisfare proprie istanze cognitive.

Il “potere giurisdizionale”, insomma, non viene messo in crisi dall’attivazione delle parti in quanto è riconosciuta, in capo al giudice, la possibilità di affrancare il metodo di formazione della prova da condizionamenti provocati dalla convergenza degli interessi probatori.

Da tutto quanto precede, appare evidente come gli strumenti consensuali introdotti dalla legge n. 479 del 1999 non abbiano prodotto alcuna lesione dei profili istituzionali della indisponibilità della giurisdizione penale, in quanto il suo metodo ed il suo oggetto rimangono intangibili.

Ad ogni modo, l’acquisizione del dato probatorio confluito nel fascicolo del dibattimento su accordo delle parti si realizza mediante il ricorso alla lettura, come previsto dall’art. 511 comma 1 c.p.p.¹⁹⁵: la stessa norma, tra l’altro, prevede, al comma 2, che qualora si tratti di atti aventi contenuto dichiarativo, la lettura dibattimentale segue l’esame della persona che ha reso le dichiarazioni, salvo che l’esame non abbia luogo.

A ben vedere, però, muovendosi nell’ambito di una prospettiva dicotomica tra “essere” e “dover essere”, il ricorso alla lettura dibattimentale realizza una *fictio iuris* attraverso la quale si consuma il tentativo di costruire, artificiosamente, un meccanismo incentrato sull’assunzione del mezzo di prova, orale, immediata ed in contraddittorio tra le parti.

L’accordo raggiunto dalle parti esprime uno sforzo sinergico volto ad evitare proprio il passaggio dell’elemento dimostrativo attraverso il setaccio dibattimentale e, dunque, l’esposizione alle regole naturali che presiedono alla fase processuale. Ed allora, se il ricorso alla lettura non è capace di sopperire al *deficit* di oralità e di immediatezza che contraddistingue il momento dell’accordo, non si può negare come consenta, sia pure in via postuma, un controllo reciproco di utilizzabilità.

Si tratta, tuttavia, di un recupero formale (oltre che “tardivo”) del “contraddittorio orale” poiché, trattandosi di atti i cui effetti non nuociono alle parti costituite, appare arduo ipotizzare una casistica di scontro sul terreno della utilizzabilità avuto riguardo non soltanto

¹⁹⁵ Secondo CORBETTA, *Il processo penale dopo la legge Carotti*, 411-412, posto che «la lettura è lo strumento attraverso il quale si realizza il contraddittorio tra le parti circa la sussistenza delle condizioni di utilizzabilità dell’atto, nel caso in esame il consenso manifestato tra le parti realizza le medesime finalità della lettura, che, dunque, può essere omessa».

ai gestori del meccanismo concordatario bensì anche agli ulteriori protagonisti del momento processuale i quali, proprio perché non diretti destinatari degli effetti degli atti, sono estromessi dal paradigma acquisitivo.

La considerazione che viene indotta dall'analisi del meccanismo in oggetto attiene al come, attraverso lo stesso, il baricentro del processo si allontani dal dibattimento, determinando l'impoverimento degli aspetti più autentici della fase del giudizio.

Una tale presa di coscienza suscita allarme maggiore se viene attribuito al principio del contraddittorio il giusto valore euristico, quale strumento di ricerca della verità¹⁹⁶, rifuggendo la tentazione di restringerlo a mera garanzia individuale, in nome della quale, poter invocare ragioni di economia processuale¹⁹⁷.

Residua, allora, soltanto la possibilità, per il giudice, di rilevare, *ex officio*, vizi di utilizzabilità non rimessi alla mercé delle parti¹⁹⁸.

Il legislatore, di regola, nel fissare la disciplina dei vizi degli atti, distingue le ipotesi in cui è rimesso alle parti il potere di far valere il vizio dai casi in cui gli interessi in gioco esigono che si affidi al giudice il potere-dovere di rilevare lo stesso.

Ora, se attraverso l'accordo delle parti qualsiasi atto di indagine può essere acquisito al fascicolo per il dibattimento, in un processo qual è quello penale, per sua natura attinente a beni di valore primario, la volontà delle parti non può assumere efficacia sanante di ogni tipo di invalidità di cui gli atti siano affetti. Ed, allora, si tratta di verificare la rilevanza dell'accordo-acquisitivo rispetto alle varie patologie degli atti, dando precedenza, quasi di diritto, alla categoria rappresentata dalla più grave sanzione della inutilizzabilità¹⁹⁹.

L'inutilizzabilità può essere intesa in due modi: in una prima accezione c.d. inutilizzabilità patologica rappresenta la sanzione comminata per gli atti probatori acquisiti *contra legem*, trovando come norma generale di riferimento quella di cui all'art. 191 c.p.p. che, inserita tra le disposizioni generali sulle prove, sancisce la inutilizzabilità per tutti gli elementi di prova

¹⁹⁶ V., UBERTIS, *Verso un "giusto processo" penale*, Torino, 1997, 159.

¹⁹⁷ Critico rispetto ad una concezione individualistica del contraddittorio è MARZADURI, *Tutti i rischi legati all'attuazione dei principi*, in *Guida dir.*, 1999, n. 9, 40.

¹⁹⁸ Sul punto, NOBILI, *Il "diritto delle prove" ed un rinnovato concetto di prova*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, vol. II, Torino, 1990, 384.

¹⁹⁹ Sulla categoria della inutilizzabilità, GALANTINI, *Inutilizzabilità*, in *Enc. dir.*, Milano 1997, I, 690; GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992; GIRONI, *Linee sistematiche ed orientamenti giurisprudenziali sull'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, in *Foro it.*, 2000, II, 218; GRIFANTINI, *Inutilizzabilità*, in *Dig. pen.*, Torino, 1993, VII, 242.

acquisiti in violazione dei divieti stabiliti dalla legge e la rilevabilità del vizio, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento.

Secondo un diverso significato, la inutilizzabilità fisiologica individua il fenomeno per cui gli atti assunti nella fase delle indagini non possono essere utilizzati ai fini della decisione. La norma di riferimento è quella di cui all'art. 526 c.p.p. la quale prevede che il giudice non può utilizzare, ai fini della decisione, prove diverse da quelle legittimamente acquisite in dibattimento²⁰⁰.

Avuto riguardo alla inutilizzabilità patologica, è indubbio che trattandosi di categoria connotata dalle menzionate caratteristiche, l'accordo delle parti non può esplicitare alcuna efficacia sanante. Infatti, anche se queste ultime si accordano sull'acquisizione di un determinato atto, accettando che lo stesso rientri nel novero delle risultanze probatorie utilizzabili ai fini della decisione, non manlevano il giudice dal potere-dovere di rilevare,

²⁰⁰ Particolare menzione meritano quelle specifiche disposizioni normative che escludono l'utilizzazione dibattimentale di specifici atti di indagine, come ad esempio, l'art. 350 comma 7 c.p.p., in materia di spontanee dichiarazioni rese dall'indagato alla polizia giudiziaria oppure l'art. 360 comma 5 c.p.p. in tema di accertamenti tecnici non ripetibili disposti dal pubblico ministero.

Si tratta della tipizzazione normativa di specifiche ipotesi di inutilizzabilità fisiologica, espressione del più generale principio secondo il quale la validità degli atti raccolti nel corso delle indagini preliminari, è limitata alla fase medesima. La tassatività del divieto, prevista per tali ipotesi e non stabilita per gli altri atti di indagine, induce a ricondurre le stesse nell'alveo della inutilizzabilità patologica.

Ora, se per effetto dell'accordo, gli atti delle indagini preliminari devono considerarsi legittimamente acquisiti al fascicolo del dibattimento, a norma dell'art. 526 c.p.p., non può certo sostenersi che da tale meccanismo discenda l'automatica ed indistinta utilizzabilità degli stessi ai fini decisori.

Le specifiche disposizioni concernenti il momento della "utilizzazione", logicamente e cronologicamente successivo a quello "acquisitivo", escludono la utilizzabilità dibattimentale dei risultati conoscitivi raggiunti in sede investigativa: non si vede come l'accordo delle parti possa superare la preclusione alla utilizzabilità dibattimentale e, dunque, il disposto di cui al secondo comma dell'art. 191 c.p.p.

In pratica, le disposizioni considerate, sembrano configurare una sorta di *tertium genus* di inutilizzabilità, sicuramente assimilabile alla inutilizzabilità fisiologica nei riti alternativi del patteggiamento e del giudizio abbreviato ma con effetti analoghi alla inutilizzabilità patologica, relativa all'ordinario giudizio dibattimentale, e, come tale, insanabile per l'effetto dell'accordo ex artt. 431 comma 2 e 493 comma 3 c.p.p. nonché soggetta al regime di rilevabilità di cui al ricordato art. 191 comma 2 c.p.p.

A conclusioni analoghe a quelle cui si è pervenuti a proposito della inutilizzabilità, deve pervenirsi per quanto riguarda le nullità assolute, anch'esse insanabili e rilevabili, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento (art. 179 c.p.p.).

L'accordo delle parti, infatti, non può integrare una ipotesi generale di sanatoria delle nullità di cui all'art. 183 c.p.p. giacché tale norma esclude che qualsiasi sanatoria possa operare in riferimento alle nullità assolute, dichiarate espressamente insanabili dall'art. 179 comma 1 c.p.p.

Discorso a parte, invece, meritano le nullità intermedie e le nullità relative per le quali l'accordo delle parti integra l'ipotesi di sanatoria di carattere generale di cui all'art. 183, lett. a), seconda parte, c.p.p.: «se la parte interessata ha accettato gli effetti dell'atto».

Si tratta, in sostanza di una sanatoria per accettazione degli effetti dell'atto nullo che è stata correttamente qualificata come una tipica ipotesi di acquiescenza con la quale l'interessato regola i propri interessi.

d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento, l'inutilizzabilità dello stesso *ex art.* 191 comma 2 c.p.p.²⁰¹

Diverso è il discorso che attiene alla inutilizzabilità fisiologica.

Infatti, se l'art. 526 c.p.p. impone al giudice il divieto di utilizzare prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento, non vi possono essere dubbi sul fatto che l'art. 493 comma 3, c.p.p. rappresenti, per l'appunto, una modalità di legittima assunzione di "elementi di prova" al dibattimento.

5. La progressiva affermazione di un processo penale dell'imputato: la fisionomia del giudizio abbreviato a seguito delle modifiche apportate dalla l. n. 479 del 1999.

Il rito abbreviato ha costituito una sorta di "laboratorio codicistico" nel quale si sono consumati i tentativi di sperimentazione di una nuova idea di processo; già nel passaggio dal modello coniato dal legislatore del 1988 alla "rivoluzione carottiana" del 1999, infatti, è possibile leggere un radicale mutamento di prospettiva, capace d'influenzare ogni successivo sviluppo in tema di accertamento penale.

Dalla fucina del giudizio abbreviato viene ponderata e forgiata una nuova idea di processo sapidamente ipostatizzata nell'istituto del "rito a richiesta". Non può essere più il dissenso opposto dall'organo di accusa — nonché titolare della investigazione — a frustrare le ambizioni deflative dell'imputato il quale diviene, per ciò solo, l'arbitro incontrastato della propria, personale, vicenda processuale.

Ed, invero, la fisionomia originaria del rito, eccessivamente arroccata allo schema dell'accordo delle parti, provocò degli atteggiamenti della Corte costituzionale²⁰² di vera e propria "insofferenza".

Da questo punto di vista, particolare interesse hanno suscitato gli interventi — talvolta additivi — della giurisprudenza costituzionale di vera e propria denuncia nei riguardi della

²⁰¹ Secondo DEL COCO, *Disponibilità della prova documentale e accordo tra le parti*, Milano, 2004, 210 ss., l'accordo delle parti può far venir meno l'inutilizzabilità cd. "fisiologica", non quella "patologica", vale a dire, determinata da violazione di divieti probatori stabiliti dalla legge. A questo proposito, rimane sempre il dovere del giudice di controllare, *ex art.* 190 comma 1 c.p.p., l'ammissibilità o non dei documenti di cui le parti hanno pattuito l'acquisizione e di escludere quelli contrari alla legge o manifestamente superflui o irrilevanti.

²⁰² A tal proposito, si rimanda specificamente alle considerazioni sviluppate a proposito delle pronunce del Giudice delle leggi concernenti il giudizio immediato — *ex art.* 419 comma 5 c.p.p. — e l'applicazione di pena su richiesta delle parti.

scarsa cautela adottata dal legislatore del 1988 nel riconoscimento del potere di veto del pubblico ministero e del controllo del giudice sulla decidibilità allo stato degli atti.

In questi termini, le peculiarità del giudizio abbreviato introdotte dall'intervento riformatore del 1999 ed, in modo specifico, il riconoscimento della scelta alternativa a mo' di diritto processuale sottendono, *de iure condendo*, non esigue potenzialità in termini di rivisitazione complessiva del sistema.

Da qui il precipuo interesse ad esplorare i passaggi maggiormente significativi che hanno contrassegnato il consolidamento del rito a seguito dell'intervento riformatore del 1999 e delle conseguenti pronunce della Corte costituzionale²⁰³.

Ebbene, il legislatore di fine anni '90, nell'eliminare il consenso del pubblico ministero come presupposto del rito, ha inteso soddisfare la doppia esigenza di consentire all'imputato — se condannato — di ottenere la riduzione di pena tutte le volte in cui avesse avanzato la richiesta di giudizio abbreviato nonché di realizzare la deflazione del processo e, quindi, la riduzione del numero di dibattimenti. Se dal punto di vista dogmatico, allora, non può negarsi come il presupposto della richiesta consista nel riconoscimento di un vero e proprio diritto dell'imputato, sotto un profilo squisitamente politico, va ricordato che i vantaggi della nuova disciplina sembrano riguardare non solo quel soggetto, ma il sistema nel suo complesso. Mediante l'eliminazione dei vincoli alla scelta del giudizio abbreviato, il legislatore ristabilisce innanzitutto quel rapporto di necessaria dipendenza tra l'adozione del modulo processuale semplificato e la riduzione premiale di un terzo della pena²⁰⁴.

La previsione, tuttavia, ha immediatamente generato in dottrina²⁰⁵ dubbi di legittimità costituzionale anche se, si chiarisce subito, nulla autorizza a ritenere che la previsione del consenso del pubblico ministero nel giudizio abbreviato fosse imposta da principi sovraordinati. Invero, la Costituzione non riserva al pubblico ministero la scelta del rito, dal

²⁰³ Sul tema, ampiamente, MAFFEO, *Giudizio abbreviato*, in *Enc. giur.*, Roma, 2004; cfr. BIRITTERI, *Il giudizio abbreviato*, Relazione all'incontro di studio «Giudice unico e riforme processuali», Frascati 15-16 dicembre 2000, BONETTI, *Il giudizio abbreviato*, Milano, 2003; CANANZI, *Il nuovo rito abbreviato*, Napoli, 2000; CANZIO, *Giudizio abbreviato*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, IV, Milano, 2000, 617-636; LANDOLFI, *Giudizio abbreviato, integrazione probatoria e definibilità allo stato degli atti dopo l'avvento della legge n. 479 del 1999 (cd. legge Carotti)*, in *Giur. merito*, 2000, 266; LOZZI, *Il giudizio abbreviato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 449 ss.

²⁰⁴ V. MAFFEO, *Giudizio abbreviato*, cit., 7.

²⁰⁵ MARZADURI, *Autonomia del giudizio abbreviato e termini di durata della custodia cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 681; NEGRI, *Il «nuovo» giudizio penale abbreviato: un diritto dell'imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economia processuale*, in *Il processo dopo la riforma del giudice unico*, a cura di Peroni, Padova, 2000, 558 ss.

momento che il comma V dell'art. 111 Cost. si riferisce esclusivamente alla opzione volontaristica dell'imputato e non anche all'assenso dell'organo di accusa; in secondo luogo, la titolarità esclusiva dell'azione penale, voluta dall'art. 112 Cost., riguarda l'*an* ma non può riguardare il *modus procedendi*.

A ben vedere, la legge n. 479 del 1999 vuole un pubblico ministero che non venga colto alla sprovvista da una richiesta di giudizio abbreviato; pretende, cioè, in via di tendenza, la completezza delle indagini preliminari fino al punto da attribuire al giudice un potere surrogatorio di "integrazione probatoria" ai fini della decisione. Di talché, se il nuovo sistema, da un punto di vista dogmatico, impone di riscrivere la teoria sulla indefettibilità del consenso delle parti nell'adozione di tale forma semplificata, da un punto di vista descrittivo, ci si può agevolmente rendere conto che l'eccesso di potere dell'imputato può costituire in realtà fattore di riequilibrio in termini sistematici, soprattutto se si analizza la meccanica interna al rito²⁰⁶.

L'estraneità alle dinamiche del rito da parte dell'organo di accusa, pertanto, non comporta alcuna violazione del canone della parità delle parti, se rettamente inteso nel significato ora dichiarato dall'art. 111 Cost. e come confermato, d'altronde, dalla giurisprudenza costituzionale sul tema.

L'analisi delle decisioni dei giudici costituzionali sul nuovo giudizio abbreviato, allora, costituisce un passaggio indispensabile per cogliere la filosofia sottesa non tanto alla estromissione della volontà del pubblico ministero dal meccanismo di accesso al rito, quanto alla valorizzazione, in termini generali, della volontà unilaterale dell'imputato.

Innanzitutto, però, bisogna muovere dalla sentenza della Corte costituzionale n. 33 del 1998²⁰⁷, di significativa rilevanza in quanto resa allorché il dibattito parlamentare verso la riforma del 1999 era già abbondantemente avviato.

Nella specie, veniva prospettata, da parte dei giudici *a quibus*, la illegittimità costituzionale dell'art. 438 c.p.p. al fine di eliminare «dai presupposti di ammissibilità del giudizio abbreviato il consenso del pubblico ministero, così da superare una disciplina che accorda all'organo di accusa un insindacabile potere di veto sull'esperibilità del giudizio speciale». La Corte nel tacciare la richiesta di eliminazione del consenso del pubblico ministero come

²⁰⁶ MAFFEO, *Giudizio abbreviato*, cit., 7.

²⁰⁷ Corte cost., 26 febbraio 1998, n. 33, in *Giur. cost.*, 1998, 208. Sul tema della "parità delle parti" si rimanda anche alle considerazioni sviluppate nella prima parte del capitolo.

«eccentrica ed impropria» asseriva come «la pura e semplice eliminazione del presupposto del consenso del pubblico ministero verrebbe a determinare ulteriori disarmonie di dubbia costituzionalità nel sistema, poiché alla perdita, per l'accusa, della facoltà di interloquire sulla scelta del rito, dovrebbero accompagnarsi una nuova disciplina sull'esercizio del diritto alla prova e una modifica delle limitazioni alla facoltà di impugnazione».

La decisione è di enorme rilevanza.

Se, per un verso, questo pronunciamento sembra esprimere un atteggiamento di attesa della Corte rispetto a possibili future valutazioni dell'assetto del nuovo giudizio abbreviato; per altro, esso appare come una preventiva autorizzazione alla eliminazione del consenso del pubblico ministero, a condizione che la operazione si armonizzasse col sistema complessivo dei poteri delle parti e del giudice rispetto al "nuovo rito"²⁰⁸.

Collocandosi in tale prospettiva, la Corte costituzionale²⁰⁹, sollecitata ad intervenire a seguito della novella del 1999, ha tenuto testa ad una miriade di questioni di legittimità sollevate da più parti e concernenti una molteplicità di segmenti normativi inerenti al

²⁰⁸ Perciò, si dice (MAGI, *Specialità dei riti: accordo delle parti e poteri del giudice*. Relazione all'incontro di studi «Linee di tendenza del processo penale alla luce d'oltre un decennio di sperimentazione», Frascati, 27-31 marzo 2000) che il confronto con la previsione costituzionale in tema di parità delle condizioni tra le parti (art. 111 Cost.) può risultare del tutto positivo, se si considera che:

a) il giudizio abbreviato, a differenza dell'applicazione della pena su richiesta, non comporta la — sia pure mediata, in virtù dell'ampia possibilità di intervento giudiziale — disponibilità dell'oggetto del processo, rimanendo una opzione semplificata a soluzione aperta circa gli esiti;

b) il pubblico ministero è soggetto motore dell'intera fase delle indagini preliminari, durante la quale si formano, in massima parte, le conoscenze spendibili nella eventuale decisione *de qua* (in ipotesi di richiesta «allo stato degli atti»), con modalità prevalentemente unilaterali e, dunque, gestite dallo stesso soggetto investigante;

c) la fase delle indagini prevede, di regola, l'ascolto sull'*an* dell'azione penale (art. 415-*bis* c.p.p.), il che costituisce fattore di potenziale accrescimento della conoscenza, anche per lo stesso titolare del potere di accusa, determinando un più ragionato esercizio dell'azione penale;

d) in sede di udienza preliminare rimane possibile, anche per il pubblico ministero, l'espletamento dell'incidente probatorio, ove se ne ravvisi la necessità, in virtù della sentenza della Corte costituzionale n. 77 del 1994;

e) in ipotesi di accrescimento di materiale probatorio, dopo l'adozione dell'abbreviato, derivante dall'iniziativa del giudice (al fine di colmare eventuali lacune conoscitive in prospettiva decisoria), il pubblico ministero può legittimamente aggravare l'imputazione ai sensi dell'art. 423 c.p.p.

f) in ipotesi di accoglimento di una richiesta «condizionata», oltre a mantenere il potere di modifica dell'imputazione, il pubblico ministero può chiedere l'ammissione di prova contraria».

²⁰⁹ Corte cost., 9 maggio 2001, n. 115, in *Giur. cost.*, 2001, 918 ss.

“riformato” rito alternativo²¹⁰, questioni spesso attinte più da un atteggiamento psicologico di “fuga ermeneutica” che da reali esigenze di controllo²¹¹.

Di questa significativa pronuncia risultano qui decisive talune affermazioni della Corte quanto alla richiesta e quanto al consenso del pubblico ministero.

I giudici di palazzo della Consulta, invero, hanno stabilito come dal punto di vista costituzionale siano perfettamente rinunciabili sia la discrezionalità del giudice nell'accogliere la richiesta incondizionata dell'imputato che il consenso del pubblico ministero.

In particolare, sul primo fronte, essa non esita a definire la relativa richiesta come “diritto di essere giudicato mediante il rito abbreviato”, a cui è ancora connesso il beneficio premiale.

Sul fronte della mancata previsione del consenso dell'organo di accusa, in particolare, si stabilisce che «la scelta legislativa di non prevedere interventi del pubblico ministero ostativi alla introduzione del giudizio abbreviato va ricollegata alla dichiarazione di incostituzionalità della disciplina relativa al dissenso immotivato del pubblico ministero e alle rilevate distonie dell'istituto con i principi costituzionali, per essere lo stesso pubblico ministero arbitro della “definibilità” del procedimento allo stato degli atti»²¹²; e che «l'eventuale “veto” del pubblico ministero riprodurrebbe profili di illegittimità costituzionali derivanti dal sacrificio del diritto dell'imputato». La Corte — come in altre occasioni²¹³ — sottolinea, poi, molto opportunamente, che «il principio del contraddittorio tra le parti enunciato dal comma 2 dell'art. 111 Cost. non è evocabile in relazione ad una disciplina che attiene alle forme introduttive del giudizio abbreviato, quale si è venuta delineando, a seguito degli interventi della giurisprudenza costituzionale e delle successive

²¹⁰ Cfr. le ordinanze dei G.u.p. dei Tribunali di Roma, di Bologna, di Imperia e del Tribunale di Firenze emesse in data 4 aprile, 19 e 14 gennaio, 16, 10 e 9 maggio 2000, iscritte rispettivamente ai nn. 279, 305, 405, 464, 474 e 607 del registro delle ordinanze del 2000 e pubblicate in *Gazz. Uff.*, 2002, nn. 23, 24, 29, 37, 38 e 44, 1' serie speciale.

²¹¹ Sul punto, RICCIO, *Giusto processo: quando il giudice di merito decide di non decidere*, in *Dir. giust.*, 2002, 24, 12 ss.

²¹² Corte cost., 9 maggio 2001, n. 115, cit., 933. La stessa Corte ritiene che il potere di veto del pubblico ministero sulla richiesta di giudizio abbreviato riprodurrebbe i profili di illegittimità costituzionale già discussi; tant'è che la scelta legislativa di non prevedere interventi del pubblico ministero ostativi all'introduzione del rito appare ricollegata alla giurisprudenza dichiarativa della incostituzionalità della disciplina relativa al dissenso immotivato del pubblico ministero e alle distonie dell'istituto con i principi costituzionali.

²¹³ Commentando altra decisione della Corte costituzionale — specificamente l'ordinanza n. 203 del 16 maggio 2002 — Riccio, *Giusto processo: quando il giudice di merito decide di non decidere*, cit., 12 e ss., denuncia «cadute metodologiche e persistenti equivoci dogmatici nell'approccio alla questione di legittimità costituzionale da parte dei giudici rimettenti e vizi del ragionamento di solito sorretti da disattenzioni circa il valore semantico del dato sistematico nella opera ermeneutica».

scelte legislative, dall'originario accordo tra le parti alla richiesta dell'imputato, e che si pone come diretta conseguenza della specificità di tale rito»²¹⁴.

La chiara e decisa — oltre che autorevole — presa di posizione della Corte ha convinto — sul punto — anche quella parte della dottrina che non ha condiviso tutto il contenuto della decisione ora richiamata²¹⁵.

Aderendo all'indirizzo espresso dal Giudice delle leggi e riproposto il problema del rapporto tra forme introduttive del giudizio e diritto al contraddittorio si argomenta, in modo rafforzativo, per dimostrare la difficoltà di «negare come il modello processuale collegato al rito abbreviato riconosca ampi spazi di intervento al pubblico ministero e che tale rito non si risolva in una udienza che si svolge di regola *inaudita altera parte*»²¹⁶.

Dunque, il rito, non solo non contrasta con l'art. 111 Cost., ma non è neanche irrazionale, dal momento che è rispettato l'equilibrio dei poteri delle parti, di spinta e contropinta processuale.

In questo senso, le indicazioni fornite dalla Corte costituzionale esprimono un importante sostrato dogmatico sul quale operare le dovute riflessioni circa gli sviluppi concernenti il tema della volontà.

Gli indirizzi della giurisprudenza costituzionale e le menzionate opzioni legislative evidenziano, allora, il percorso “costituzionalmente corretto” che consente di privilegiare, in vece dell'accordo tra le parti, la nuda volontà dell'imputato.

E' la posizione istituzionale del pubblico ministero, in ragione soprattutto del ruolo svolto nel segmento investigativo, a favorire la riflessione sistematica circa la sua estromissione dalle scelte processuali dell'imputato.

²¹⁴ Questa nuova dimensione del giudizio abbreviato costituisce monito al pubblico ministero per la scelta dei comportamenti utili a far fronte alla «nuova» finalità delle indagini preliminari. Secondo la Corte, infatti, «il pubblico ministero dovrà tenere conto, nello svolgere le indagini preliminari, che sulla base degli elementi raccolti l'imputato potrà chiedere ed ottenere di essere giudicato con tale rito e non potrà, quindi, esimersi dal predisporre un esaustivo quadro probatorio in vista dell'esercizio dell'azione penale. Ne deriva che non costituisce irragionevole discriminazione tra le parti la mancata attribuzione all'organo dell'accusa di uno specifico potere di iniziativa probatoria per controbilanciare il diritto dell'imputato al giudizio abbreviato» (Corte cost., 9 maggio 2001, n. 115, cit., 933).

Critica la sentenza della Corte costituzionale COSTANTINI, *Dubbi di costituzionalità sul nuovo giudizio abbreviato: una sentenza deludente della Corte costituzionale*, in *Legisl. pen.*, 2002, 489, per il quale la Corte ha risolto il problema della sperequazione in danno del pubblico ministero misurandolo sul parametro del diritto al contraddittorio, mentre avrebbe dovuto verificare l'eventuale violazione del principio di parità tra le parti, pure fissato al comma 2 dell'an. 111 della Costituzione.

²¹⁵ Specificamente, GARUTI, *La Corte costituzionale promuove la struttura del «nuovo» rito abbreviato*, in *Giur. cost.*, 2001, 936 ss.

²¹⁶ Testualmente, GARUTI, *La Corte costituzionale promuove la struttura del «nuovo» rito abbreviato*, cit., 943.

Seguendo una tale prospettiva, si è potuto osservare come la vicenda del giudizio abbreviato costituisca un fondamentale punto di orientamento sul quale misurare le scelte di politica processuale ispirate dal canone volontaristico recepito al comma V dell'art. 111 Cost.

E così, se l'imputato diviene, nella rinnovata visione costituzionale, il tutore incontrastato del proprio destino processuale, è chiaro che le opzioni legislative in merito dovranno ispirarsi alla valorizzazione massima delle prerogative del protagonista della vicenda processuale.

5.1 (Segue). L'art. 441bis c.p.p. come istituto di sintesi delle nuove istanze volontaristiche sottese all'idea del processo "dell'imputato".

Nell'ambito di siffatta prospettiva si colloca, allora, l'istituto della rinuncia al rito abbreviato a seguito della modifica dell'imputazione, *ex art. 441-bis c.p.p.* — questa volta introdotto con la l. 5 giugno 2000, n. 144 —, il quale, coerentemente rispetto ai risultati conseguiti sul fronte della disciplina del giudizio abbreviato, costituisce esempio ulteriore della esaltazione della volontà dell'imputato, e delle scelte processuali allo stesso riconnettibili.

Con la previsione in discorso, invero, il legislatore ha ulteriormente ampliato le garanzie riconosciute all'imputato nell'ambito del giudizio abbreviato, specificamente nel caso in cui il pubblico ministero, a seguito dell'attività di integrazione probatoria disposta ai sensi dell'art. 438 comma 5 e 441 comma 5 c.p.p., proceda alla modifica dell'imputazione attraverso la contestazione del fatto diverso, di una imputazione connessa a norma dell'art. 12 comma 1, lett. b), c.p.p. o di una circostanza aggravante (art. 423 comma 1 c.p.p.).

L'ipotesi della rinuncia al rito, nella predetta evenienza, non era contemplata dalla disciplina delle nuove contestazioni nel rito abbreviato, introdotta dalla legge n. 479 del 1999. Così, all'indomani dell'entrata in vigore della stessa, nel caso in cui il pubblico ministero avesse proceduto a modificare l'imputazione a seguito delle risultanze dell'integrazione probatoria, l'imputato veniva a trovarsi in una posizione di assoluta soggezione, non avendo alcuna possibilità di reazione e non avendo, in particolare, il potere di ripensare alla scelta del rito già effettuata. Di qui, l'auspicio affinché il legislatore ponesse rimedio alla situazione.

Essa, invero, non era paragonabile a quella in virtù della quale nel corso del dibattimento sono consentite modifiche *ex artt. 516 e 517 c.p.p.* Nel dibattimento l'imputato non rinuncia

ad alcuna garanzia; l'istruzione si svolge nel pieno contraddittorio delle parti, il giudice terzo vigila sul rispetto delle regole processuali e può attivare poteri istruttori *ex officio* solo come estrema *ratio*.

Dunque, la non omologabilità delle situazioni deriva dal fatto che nel giudizio abbreviato l'imputato rinuncia proprio a queste garanzie, perciò, in caso di mutazione dell'imputazione si trova di fronte ad una nuova situazione nella quale i tre elementi ora citati si modificano senza possibilità di "contromossa"²¹⁷.

Di qui la soluzione introdotta con legge 5 giugno 2000, n. 144 che ha inserito l'art. 441-*bis* c.p.p. il quale prevede la rinuncia — unilaterale — al rito nel caso di modifica dell'imputazione.

La norma non è esente da problematiche interpretative.

In primo luogo, ne va individuato l'esatto campo di operatività chiarendo come la sua applicazione sia limitata ai soli casi di modifica della imputazione previsti dall'art. 423 comma 1 c.p.p. In altri termini, il ricorso all'art. 441-*bis* c.p.p. sarebbe subordinato alla sussistenza di due condizioni: per un verso, la definizione del giudizio abbreviato deve essere preceduta da un'attività di integrazione probatoria richiesta dall'imputato (art. 438 comma 5 c.p.p.) o disposta di ufficio dal giudice (art. 441 comma 5 c.p.p. — poiché nel caso di giudizio svolto "allo stato degli atti" risulterebbe preclusa l'applicabilità dell'art. 423 c.p.p. — art. 441 comma 1 c.p.p.); per altro verso, è necessario che il pubblico ministero, a seguito dell'attività istruttoria, proceda a nuove contestazioni, limitatamente però, alle ipotesi di cui al comma 1 dell'art. 423 c.p.p., dovendosi escludere che l'art. 441-*bis* c.p.p. possa operare nel caso di contestazione all'imputato di un fatto nuovo (art. 423 comma 2 c.p.p.).

Quanto al fatto nuovo, invero, la norma di cui all'art. 441-*bis* c.p.p. nulla statuisce.

E però, essa segue, nel caso di specie, le linee ordinamentali già scritte negli artt. 423 comma 2 e 518 c.p.p. E ciò perché, di fronte all'emergere di un fatto nuovo nel corso del giudizio abbreviato, l'imputato, il quale non intenda subire la soluzione anticipata del processo anche in ordine a quel fatto, può non prestare il proprio consenso alla nuova contestazione. Viceversa, presterà tale consenso qualora accetti di essere giudicato con le forme del giudizio abbreviato, pure in relazione al nuovo addebito²¹⁸. La regola è dunque

²¹⁷ In tal senso, BONZANO, *Note critiche sul nuovo giudizio abbreviato*, in *Giur. mer.*, 2000, 752.

²¹⁸ Cfr. ORLANDI, *Sub art. 27 l. 16.12.99 n. 479*, in *Legisl. pen.*, 2000, 459.

quella secondo cui “il pubblico ministero procede nelle forme ordinarie” (art. 518 comma 1 c.p.p.) e, solo subordinatamente, se “ne fa richiesta” (artt. 423 comma 2 c.p.p. e 518 comma 2 c.p.p.) e se vi è consenso dell’imputato e autorizzazione del giudice si procede nel luogo ove avviene la contestazione.

In questo versante il consenso dell’imputato serve a rimuovere il vizio di azione, sempreché il pubblico ministero chieda di proseguire per il fatto nuovo nello stesso giudizio.

Sicché, se per l’ipotesi di fatto nuovo il consenso già serve per la contestazione della nuova imputazione — ne è addirittura il presupposto — è evidente che esso si pone in un momento antecedente alla scelta del rito; del resto è così anche per il dibattimento; la scelta strategica dell’imputato è rinviata alla nuova sede processuale²¹⁹.

L’art. 441-*bis* c.p.p. affida alla volontà dell’imputato la possibilità di optare tra il giudizio abbreviato e la prosecuzione del processo con le forme del rito ordinario per l’ipotesi di modifica dell’imputazione ai sensi dell’art. 423 comma 1 c.p.p. che nel corso del giudizio abbreviato sia contestata all’imputato²²⁰. Di fronte alla contestazione di un fatto diverso, di un reato connesso a norma dell’art. 12 comma 1 lett. b) c.p.p. o di una circostanza aggravante, la scelta della forma processuale da seguire ritorna, così, nelle mani dell’imputato la cui volontà condiziona la proseguibilità del rito²²¹.

Subito dopo la contestazione “suppletiva”, l’imputato — personalmente o a mezzo di procuratore speciale — se presente, può rinunciare al giudizio abbreviato manifestando, in maniera espressa, la volontà a che il processo prosegua nelle forme ordinarie.

Al di là di questa ipotesi, l’imputato ed il suo difensore possono chiedere un termine a difesa — che il giudice è obbligato a concedere — al fine di riflettere sulla strategia più opportuna ovvero non formulare alcuna istanza, consentendo che il giudizio abbreviato prosegua allo stato degli atti.

Va specificato che al contrario della richiesta di prosecuzione del processo nelle forme ordinarie, quella di essere giudicato con le forme del rito abbreviato, anche in relazione ai fatti successivamente contestati, non è soggetta ad alcuna formalità, ma può desumersi

²¹⁹ V. MAFFEO, *Il giudizio abbreviato*, cit., 309.

²²⁰ Posizione critica nei riguardi della norma in questione è assunta da GIANNONE, *Giudizio abbreviato, custodia cautelare e conclusione delle indagini preliminari. Modifiche «in corsa» alla «legge Carotti»*, in *Legisl. pen.*, 2000, 649. Per l’autore, in particolare, in questo modo si è esasperata la strumentalizzazione del processo all’arbitrio dell’imputato, cui si garantisce una facoltà di respingere la «contestazione» che non gli è riconosciuta nel dibattimento, e che avrebbe dovuto più opportunamente essere ridotta assicurando, come nel giudizio ordinario, l’esercizio del diritto alla prova.

²²¹ Così, NEGRI, *Garanzie dell’imputato e modifica dell’accusa*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 686.

anche dal silenzio dell'imputato. E che il silenzio implichi la volontà di adesione al rito lo si desume a *contrario* dalla lettura dell'art. 441-*bis* commi 1 e 4 c.p.p., i quali indicano come oggetto specifico della richiesta il fatto che "il procedimento prosegua nelle forme ordinarie", oltre che dal successivo comma 5. Ed invero, l'espressione "se il procedimento prosegue nelle forme del giudizio abbreviato", lì utilizzata, sta a significare, sostanzialmente, che se l'imputato non ha richiesto che il procedimento prosegua nelle forme ordinarie, esso prosegue nelle forme del giudizio abbreviato nel quale l'imputato può chiedere l'ammissione di nuove prove²²².

Certamente più problematica è la situazione nel caso di assenza dell'imputato; tant'è che l'espresso richiamo contenuto nell'art. 441-*bis* c.p.p. alle forme di contestazione per questa evenienza disciplinate nell'art. 423 comma 1 c.p.p. farebbe avvertire la necessità di una riforma legislativa, dal momento che nel rito abbreviato l'imputato assente subirebbe la sorte dell'imputato contumace nell'udienza preliminare.

Sotto tale profilo, parte della dottrina ritiene che, non avendo la legge n. 144 del 2000 modificato il regime delle contestazioni all'imputato assente e/o contumace e, quindi, essendo l'art. 423 c.p.p. applicabile al giudizio abbreviato, ne conseguirebbe una divaricazione all'interno della sequenza che va dalla modifica dell'imputazione alla scelta dell'imputato sul *modus procedendi*: mentre il difensore rappresenta *ex lege* l'imputato ai fini della contestazione, ossia della conoscenza dell'atto con il quale il pubblico ministero modifica l'accusa, non altrettanto avviene per la manifestazione della volontà di recedere dal giudizio abbreviato, che richiede, quantomeno, il conferimento di procura speciale²²³.

Si reputa, però, del tutto illogico il richiamo all'art. 423 c.p.p. quanto alla disciplina della contestazione della modifica dell'imputazione all'imputato assente o contumace.

Invero, l'applicabilità dell'art. 423 c.p.p., richiamato rispettivamente dall'ultima parte delle disposizioni di cui al quinto comma dell'art. 438 c.p.p. e dal quinto dell'art. 441 c.p.p., nonché dai commi 1 e 5 dell'art. 441-*bis* c.p.p., riguarda le situazioni ivi descritte, non la

²²² In tal senso, DE CARO, *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, Napoli, 2003, 188).

Invero, il riferimento all'ammissione di mezzi istruttori «anche oltre i limiti previsti dall'art. 438 comma 5», sta a significare che in questo caso non operano i requisiti della «necessità ai fini della decisione» e della «compatibilità con le finalità di economia processuale» proprie del rito abbreviato (alla medesima conclusione pervengono BRICCHETTI, *Contestazioni suppletive: «slalom» all'abbreviato*, in *Guida dir.*, 2000, 22, 48 ss. e NEGRI, *Garanzie dell'imputato e modifica dell'accusa*, cit., 688).

²²³ NEGRI, *Garanzie dell'imputato e modifica dell'accusa*, cit., 688.

specifica disciplina dell'art. 423 c.p.p. in materia di imputato assente e contumace: nei primi casi il richiamo fa salva la possibilità della contestazione “suppletiva”; nei secondi, il verificarsi della situazione modificativa di cui all'art. 423 c.p.p. non può non attribuire i poteri di modificare il rito e di iniziativa probatoria.

In caso contrario, si realizzerebbe una ingiustificata ed irrazionale compressione delle facoltà dell'imputato ed, in particolare, della possibilità dello stesso di esprimere la propria volontà in ordine al concreto *modus procedendi*.

Nell'udienza preliminare, infatti, è consentita la «diversa» contestazione al difensore in quanto essa non pregiudica le potenzialità probatorie dell'imputato, che, nel caso di specie, verrà a conoscenza della imputazione attraverso il decreto di citazione a giudizio ai sensi dell'art. 429 c.p.p., presupposto di ogni sua ulteriore iniziativa probatoria. Dunque, in tal caso non vi è nessun pregiudizio né per le scelte strategiche né per le richieste probatorie che ineriscono alla difesa dell'imputato.

Se si volesse applicare questo schema operativo al giudizio abbreviato emergerebbero palesi dubbi di legittimità costituzionale, dal momento che in questa occasione la contestazione avviene “nel” e “per” il giudizio, non nell'udienza. Sicché, a voler ritenere possibile la contestazione suppletiva nel rito abbreviato all'imputato assente o contumace, deve essere richiamata la disciplina dell'art. 520 c.p.p.²²⁴ che, appunto, regola quelle contestazioni in presenza di una situazione soggettiva non partecipativa dell'imputato al giudizio.

Se non si adottasse questa linea interpretativa — poiché il giudizio rimane “abbreviato” ogni qualvolta non ne venga chiesta la prosecuzione nelle forme ordinarie — l'imputato assente o contumace non sarebbe messo nelle condizioni di effettuare la propria opzione volontaristica, con pregiudizio dei suoi diritti costituzionalmente riconosciuti; nella ipotesi, cioè, se fosse contestato all'imputato — a sua insaputa — un fatto diverso o ulteriore rispetto a quello in relazione al quale aveva chiesto il rito stesso, verrebbe meno la possibilità di espansione delle garanzie difensive e del contraddittorio nella formazione della prova.

In conclusione, le problematiche ermeneutiche poste dall'istituto di cui all'art. 441-*bis* c.p.p. forniscono una ulteriore conferma della univoca tendenza legislativa verso l'adozione di schemi che valorizzino al massimo grado l'attivazione unilaterale del protagonista della vicenda processuale.

²²⁴ Tra gli altri, v. FILIPPI, *Commento all'art. 19 della legge n. 479 del 1999*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 2, 194.

6. Conclusioni e prospettive *de iure condendo*.

Il legislatore del 1988, seguendo un *modus procedendi* tutt'affatto lineare, giacché svincolato da direttrici ideologiche e sistematiche ricavabili dal medesimo tessuto normativo, ha articolato le previsioni direttamente riconducibili al paradigma volontaristico secondo uno schema dualistico. Da un lato, infatti, ha valorizzato il “consenso” in termini di scelta unilaterale del destinatario della statuizione incidente sulla situazione soggettiva di volta in volta venuta in considerazione; dall'altro, ha contemplato istituti presupponenti la necessaria convergenza della volontà delle parti in contesa.

Dalla presa d'atto di tale impostazione sistematica è scaturita una metodologia d'indagine ancorata alle opzioni fatte proprie dal legislatore, pur se proiettata verso il superamento del modello ancipite, evocato, in favore della piena affermazione del “processo dell'imputato”, unilateralmente condizionato dalle scelte di quest'ultimo. Ciò che suscita perplessità nel richiamato atteggiamento legislativo non è tanto l'aver sovrapposto, indiscriminatamente, i piani di rilievo della volontà — ora come consenso unilaterale, ora come accordo — quanto, piuttosto, l'aver operato in assenza di una linea ispiratrice coerente, evincibile dal prodotto codicistico ed ostensiva di pregnanti istanze di ordine dommatico e sistematico.

Se, invero, il profilo dell'attuazione delle “garanzie a richiesta” è parso coerente rispetto al sistema delle cautele, ove, come visto, indefettibili esigenze processuali legittimano la pretermissione — momentanea — della cognizione dialettica la cui attuazione — postuma — è rimessa, appunto, alla scelta insindacabile del soggetto ristretto nella libertà personale, maggiore attenzione certamente ha meritato la disciplina dei riti alternativi; rispetto ad essi, infatti, l'alternativa tra “consenso” (unilaterale) ed “accordo”(plurilaterale) è apparsa, per certi aspetti, irragionevole oltre che fuorviante sotto il profilo della ricavabilità delle scelte di fondo del sistema.

Su queste dinamiche si innestano le decisioni della Corte costituzionale in tema di rito abbreviato e di applicazione di pena su richiesta delle parti, foriere, come si è tentato di dimostrare, del superamento della logica dell'accordo, in favore della preminenza delle opzioni unilaterali dell'imputato.

Rispetto a tali tendenze, di certo non appaiono distonici gli interventi riformistici attuati nel 1999 in campo probatorio. Invero, all'affermazione del rito abbreviato come scelta dell'imputato fa da *pendant* la salvaguardia degli spazi di intervento del pubblico ministero

nell'unico settore — quello probatorio — nel quale i risvolti del metodo di formazione dialettica della prova impongono la necessaria convergenza della volontà delle parti (interessate).

Il principio della parità processuale, interpretato alla luce del disposto costituzionale di cui all'art. 111 comma IV Cost., impone, necessariamente, che in ambito probatorio il valore dialettico, laddove non possa trovare compiuta attuazione attraverso la formazione “orale” ed “immediata” della prova, comunque, ottenga realizzazione attraverso il conseguimento di una volontà congiunta che permetta di veicolare un atto investigativo, unilateralmente formato, al fascicolo dibattimentale.

In questa prospettiva, il messaggio dommatico promanante dall'opera riformatrice costituzionale e del tessuto codicistico si compendia nel bisogno sistematico di attuare i “diritti costituzionali”, combinando efficienza e garanzia nell'ottica della giurisdizione e nel rispetto di una parità delle parti “flessibile”.

La linea di tendenza appena segnalata, trova la sua manifestazione più eclatante nel rito abbreviato che diviene lo schema di riferimento dei binari alternativi e paralleli al dibattimento. A seguito degli interventi della Corte Costituzionale si è suggerita una nuova “idea” di rito nella diversa ottica citata. È questa la nuova “ordinarietà” del giudizio abbreviato, caratterizzato dall'obbligo del giudice di ammetterlo senza uscita, se non per volontà dell'imputato.

Siffatte tendenze, certamente, disvelano le loro potenzialità espansive, *de iure condendo*, in relazione alle prospettive di rivisitazione dell'intero assetto codicistico.

Partendo, cioè, dalla osservazione delle vicende del rito abbreviato — oltre che dell'applicazione di pena su richiesta delle parti — l'ottica dovrà essere quella di favorire la deflazione attraverso la valorizzazione delle scelte dell'imputato.

Prediligendo, infatti, una prospettiva ermeneutica che elimini qualsiasi forma di “accordo” in tema di opzioni alternative, si riesce a contemperare l'istanza di ragionevole durata contemplata dall'art. 111 comma II Cost. con il rilievo volontaristico di cui al comma V del medesimo articolo.

Sulla scorta, infatti, delle indicazioni fornite nel corso degli anni '90 dalla Corte costituzionale e recepite dal legislatore nella l. n. 479 del 1999, anche in una prospettiva *de iure condendo*, i “giudizi speciali” si dovrebbero incentrare sulla attivazione volontaristica unilaterale dell'imputato.

Tale conclusione esprime la sintesi scaturita dall'analisi della disordinata linea di tendenza seguita dal legislatore nei provvedimenti alluvionali concernenti, anche indirettamente, il tema della volontà, e segnala l'avvenuto passaggio, sul piano ideologico, da un processo di parti ad un processo dell'imputato.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Trattato di procedura penale*, Torino, 2010.
- AA.VV., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura Kostoris, Torino, 2002.
- AA.VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, a cura di Tonini, Padova, 2001.
- AA.VV., *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, a cura di Moccia, Napoli, 1998.
- AMATO, *Commento all'art. 309 c.p.p.*, in AAA.VV., *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Amodio e Dominioni, vol. III, Milano 1990.
- AMODIO, *Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A Proposito di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2010, 17.
- AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale*, in *Processo penale, diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003.
- ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Torino, I, 1959.
- APRILE, *Giudice unico e processo penale*, Milano, 2000.
- ARICÒ, *L'ordinanza nel processo penale*, Napoli, 1974.
- AZZARITI, *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello stato costituzionale*, Torino, 2000.
- BARGIS, *Commento alla l. 1/3/2001, n. 63, sub art. 16*, in *Legisl. pen.*, 2002, 304.
- BELLAVISTA, voce *Appello*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1960.
- BELLUTTA, *Commento alla l. 1/3/2001, n. 63, sub art. 9*, in *Legisl. pen.*, 2002, 243.
- BELLUTTA, *Contraddittorio e consenso: metodi alternativi per la formazione della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 136.
- BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002.
- BERNASCONI, *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, Milano, 1995.
- BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. V, Milano, 2001.
- BETTIOL, *In tema di antinomie penalistiche*, in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Antolisei*, vol. I, Milano, 1965, 22.
- BIRRITTERI, *Il giudizio abbreviato*, Relazione all'incontro di studio «Giudice unico e riforme processuali», Frascati 15-16 dicembre 2000.
- BONETTI, *Il giudizio abbreviato*, Milano, 2003.
- BONINI, *Forme di manifestazione e contenuti della giustizia penale consensuale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino, 2001, 59.
- BONZANO, *Note critiche sul nuovo giudizio abbreviato*, in *Giur. mer.*, 2000, 752.
- BORRACCETTI, *Quale legalità. Relazione per il XII congresso nazionale di Magistratura democratica*, in *Quest. giust.*, 1998, 281.
- BRICCHETTI, *La Consulta ribadisce la compatibilità con i nuovi principi costituzionali*, in *Guida dir.*, 2003, n. 9, 71.
- BRICCHETTI, *Il patteggiamento si adegua alla Consulta*, in *Guida dir.*, 2000, n. 1, LXV.
- BUZZELLI, *Fascicolo dibattimentale "negoziato" e acquisizione probatoria*, in *Indice pen.*, 2001, 391.
- CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Torino, 2003.
- CANANZI, *Il nuovo rito abbreviato*, Napoli, 2000.

- CANZIO, *Giudizio abbreviato*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, IV, Milano, 2000.
- CAPRIOLI, *Nuovi epiloghi della fase investigativa: procedimento contro ignoti e avviso di conclusione delle indagini*, in *Aa.Vv.*, *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Padova, 2000, 274.
- CARCANO, *L'imputato «dominus» dei procedimenti speciali con il rito abbreviato senza consenso del Pm*, in *Dir giust.*, 2000, n. 2, 64.
- CARCANO, *La sentenza di patteggiamento non è titolo per la revoca di una precedente sospensione condizionale: una soluzione da rimeditare?*, in *Cass. pen.*, 1997, 2677.
- CARNELUTTI, *Profilo dei rapporti tra scienza e metodo sul tema del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 371.
- CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1942.
- CAROFILIO, *Le conoscenze processuali fra scelte accusatorie e scelte inquisitorie (Spunti di riforma del processo penale)*, in *Quest. giust.*, 1992, 330.
- CARULLI, *L'archiviazione*, Milano, 1958.
- CASARTELLI, *L'avviso all'indagato della conclusione delle indagini*, in *AA.VV.*, *Giudice unico e garanzie difensive*, Milano, 2000.
- CECCHETTI, voce *Giusto processo*, (*dir. cost.*), in *Enc. dir.*, vol. V Agg., Milano, 2001.
- CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Milano, 1993.
- CHIAVARIO, *La giustizia penale in Parlamento: che cosa dopo l'(iper)attività di questi anni?*, in *Legisl. pen.*, 2001, 494.
- CHIAVARIO, *La riforma del processo penale*, Torino, 1990.
- CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923.
- CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997.
- CONSO, *La giustizia costituzionale nel 1990 con riguardo al sistema penale*, in *Giust. pen.*, 1990, I, 84.
- CONSO, *Dubbi in via di superamento: neutralità della scienza, neutralità del giurista*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 326.
- CONSO, *I fatti giuridici processuali*, Milano, 1955.
- CONSO, *Appunti sui motivi di appello*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1955, 406.
- CONSO - GREVI (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Padova, 2011.
- CONTI, *Le due "anime" del contraddittorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 200.
- COPPETTA, *Primi appunti sul «Tribunale della libertà»*, in *Giust. pen.*, 1982, III, 532.
- CORBETTA, *Il processo penale dopo la legge Carotti, Artt. 30-40*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 408.
- CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2004.
- CORDERO, *Linee di un processo accusatorio*, in *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, IV 1965, 61.
- CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963.
- COSTANTINI, *Dubbi di costituzionalità sul nuovo giudizio abbreviato: una sentenza deludente della Corte costituzionale*, in *Legisl. pen.*, 2002, 489.
- CRICRÌ, *Errore giudiziario*, in *Enc. giur.*, Aggiornamenti 2007.
- CRISCUOLI, *Precisazioni in tema di annullabilità parziale del negozio giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 364.
- DALIA, *Il decreto di archiviazione*, Milano, 1964.
- DALIA-PIERRO, *Giurisdizione penale (Voce)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1989.

- DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparativa del processo*, trad. it., Bologna, 1991 102.
- DEL COCO, *Disponibilità della prova documentale e accordo tra le parti*, Milano, 2004.
- DELITALA, *Il divieto della reformatio in pejus*, Padova, 1949.
- DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino, 2004.
- DI BUGNO, *Commento alla l. 16/12/1999, n. 479, sub art. 26*, in *Legisl. pen.*, 2000, 427.
- DI CHIARA, *L'architettura dei presupposti*, in AA.VV. *Il patteggiamento*, Milano, 1999.
- DINACCI, *Brevi spunti sull'atto processuale penale e civile*, in *Dir. circ. trasp.*, 1965, 396.
- DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Indice pen.*, 2001, 1035.
- EUSEBI, *Forme e problemi della premialità nel diritto penale*, in Armellini-Di Giandomenico (a cura di), *"Ripensare la premialità". Le prospettive giuridiche, politiche e filosofiche della problematica*, Torino, 2002, 81.
- FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993.
- FERRAJOLI, *L'etica della giurisdizione penale (contributi per una definizione della deontologia dei magistrati)*, in *Quest. giust.*, 1999.
- FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, III ed., Laterza, 1996, 858.
- FERRUA, voce *Appello*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960.
- FERRI, *Libertà e autorità nel diritto civile e le idee di Francesco Santoro-Passarelli*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, 349.
- FIANDACA, *Pena "patteggiata" e principio rieducativo; un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it.*, 1990, 9, 2392.
- FOSCHINI, *Sistema di diritto processuale penale*, vol. I e II, Milano, 1965-1968.
- FOSCHINI, *Il pubblico ministero in un processo a struttura giurisdizionale*, in *Iustitia*, 1967, 30.
- FOUCAULT, *Le parole e le cose. Una archeologia delle scienze umane*, trad. it. a cura di Panaitescu, Milano, 1970.
- FRANCHIOTTI, *Lineamenti del processo penale statunitense*, Torino, 1987.
- FURGIUELE, *Deroghe al contraddittorio nella formazione della prova e verifiche incidentali: dalla "accertata impossibilità di natura oggettiva" alla "provata condotta illecita"*, in *La Giustizia Penale differenziata*, Torino, 2011, I.
- FURGIUELE, *I principi del giudizio penale per la realizzazione del giusto processo*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, Milano, 2010, I, 344.
- FURGIUELE, *Il riesame*, in *Trattato di procedura penale* a cura di Spangher, Torino, 2010, II, 532.
- FURGIUELE, *La prova per il giudizio nel processo penale*, Napoli, 2007.
- FURGIUELE, *L'applicazione di pena su richiesta delle parti*, Napoli, 2000.
- FURGIUELE, *Concetto e limiti dell'acquiescenza nel processo penale*, Napoli, 1998.
- GALANTINI, *La nuova udienza preliminare*, in AA.VV., *Giudice unico e garanzie difensive*, a cura di Amodio-Galantini, Milano, 2000, 114.
- GALANTINI, *Inutilizzabilità*, in *Enc. dir.*, Milano 1997, I, 690.
- GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992.
- GALLO, *Sulla pregiudizialità della declaratoria di cause di non punibilità rispetto alla declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione*, in *Giur. it.* 1948, II, 107.
- GALLUCCI, *Diritto penale minore e processo: verso una giustizia negoziata?*, in *Cass. pen.*, 2002, 3593.
- GAMBINI MUSSO, *Il "plea bargaining" tra common law e civil law*, Milano, 1985.

GARAVELLI, voce *Riesame dei provvedimenti limitativi della libertà personale*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano 1989.

GARUTI, *La Corte costituzionale promuove la struttura del «nuovo» rito abbreviato*, in *Giur. cost.*, 2001, 936.

GHIARA, *Prime osservazioni sulla legge 12 agosto 1982 n. 532 (sul c.d. «tribunale della libertà»)*, in *Quest. giust.*, 1982, 521.

GIANNONE, *Giudizio abbreviato, custodia cautelare e conclusione delle indagini preliminari. Modifiche «in corsa» alla «legge Carotti»*, in *Legisl. pen.*, 2000, 649.

GIARDA, *I Giudici della Consulta recuperano qualche carattere del sistema accusatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1449.

GIARDA, *Astratte modellistiche e principi costituzionali nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 890.

GIARDA, *Un passo avanti o uno indietro per il nuovo rito penale?*, in *Il corriere giuridico*, 1990, 901;

GIOSTRA, *Prova e contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2002, 3290.

GIOSTRA, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Questione giustizia*, 2001, 6, 1130.

GIOSTRA, *Quale contraddittorio dopo la sentenza 361/1998 della Corte costituzionale?*, in *Quest. Giust.*, 1999, 199.

GIRONI, *Linee sistematiche ed orientamenti giurisprudenziali sull'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, in *Foro it.*, 2000, II, 218.

GIULIANI, *Rimessione del processo*, in *Dig. disc. pen.*, XII, Torino, 1997.

GIULIANI, *Utilizzabilità e valutazione delle dichiarazioni de relato tra principio di oralità e libero convincimento del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 292.

GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Cass. pen.*, 1998, 414.

GREVI, *Ancora su contraddittorio e investigazioni difensive nel giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2010, 1287.

GREVI, *Basta il solo «consenso dell'imputato» per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato?*, in *Cass. pen.*, 2009, 3671.

GREVI, *Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio (dagli insegnamenti della Corte costituzionale al progettato nuovo modello di «giusto processo»)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 843.

GREVI, *Processo penale, «giusto processo» e revisione costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1999, 3317.

GREVI, *Tribunale della libertà, custodia preventiva e garanzie individuali: una prima svolta dopo l'emergenza*, in AA.VV., *Tribunale della libertà e garanzie individuali*, a cura di Grevi, Bologna 1982.

GRIFANTINI, *Inutilizzabilità*, in *Dig. pen.*, Torino, 1993, VII, 242.

GRILLI, *Il tribunale della libertà*, in *Giust. pen.* 1982, III, 718.

GROSSO, *L'udienza preliminare*, Milano, 1991.

ILLUMINATI, *I principi generali del sistema processuale penale italiano*, in *Pol. dir.*, 1999, 2, 301.

ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Torino, 1979.

IZZO, *Tribunale della libertà, appunti sulla natura giuridica del procedimento di riesame*, in *Quad. giust.* 1982, n. 14, 20.

LANDOLFI, *Giudizio abbreviato, integrazione probatoria e definibilità allo stato degli atti dopo l'avvento della legge n. 479 del 1999 (cd. legge Carotti)*, in *Giur. merito*, 2000, 266.

LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *F. amm.*, 1997, 1273.

LEMMO, *I profili atipici dei procedimenti pretorili*, Milano, 1986.

LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli, 1961.

LORUSSO, *Provvedimenti "allo stato degli atti" e processo penale di parti*, Milano, 1995.

LOZZI, *Il giudizio abbreviato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 449.

LOZZI, *Il patteggiamento tra anomalie ed eccessi*, in *Diritto penale e processo*, 1995, 861.

MACCHIA, *Sub art. 1*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Milano, 2007.

MACCHIA, *I poteri dispositivi delle parti. profili di legittimità costituzionale*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2003, 183.

MAFFEO, *Giudizio abbreviato*, in *Enc. giur.*, Roma, 2004.

MAGI, *Specialità dei riti: accordo delle parti e poteri del giudice*. Relazione all'incontro di studi «Linee di tendenza del processo penale alla luce d'oltre un decennio di sperimentazione», Frascati, 27-31 marzo 2000.

MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, Torino, 1949.

MARZADURI, *Appunti sulla riforma costituzionale del processo penale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino, 2001.

MARZADURI, *Autonomia del giudizio abbreviato e termini di durata della custodia cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 681.

MARZADURI, *Tutti i rischi legati all'attuazione dei principi*, in *Guida dir.*, 1999, n. 9, 40.

MARZADURI, *L'applicazione di sanzioni sostitutive su richiesta dell'imputato*, Milano, 1983.

MASSA, *Il principio dispositivo nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 396.

MASSA, *L'acquiescenza nel processo penale*, Napoli, 1954.

MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, 187.

MOLINARI, *Procedimento per decreto e diritto al contraddittorio nell'ottica del "giusto processo"*, in *Giur. cost.*, 2003, 1116.

NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2007.

NEGRI, *Il «nuovo» giudizio penale abbreviato: un diritto dell'imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economia processuale*, in *Il processo dopo la riforma del giudice unico*, a cura di Peroni, Padova, 2000.

NEGRI, *Garanzie dell'imputato e modifica dell'accusa*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 686.

NICOLUCCI, *Il decreto penale di condanna tra principio del contraddittorio e diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1019.

NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 12.

NOBILI, *L'accusatorio sulle labbra l'inquisitorio nel cuore*, in *Crit. dir.*, 1992, 4/5, 11.

NOBILI, *Il "diritto delle prove" ed un rinnovato concetto di prova*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, vol. II, Torino, 1990, 384.

ORESTANO, *L'azione in generale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.

ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in Conso-Grevi (a cura di), *Compendio di procedura penale*, II, Padova, 2003, 559.

ORLANDI, *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, 268.

ORLANDI, *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. II, Milano, 2000.

ORLANDI, *Sub art. 27 l. 16.12.99 n. 479*, in *Legisl. pen.*, 2000, 459.

ORLANDI, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, 2000, 133.

ORLANDI, *Giustizia penale e ruolo dello Stato: un rapporto in crisi*, in *il Mulino*, 2002, 867.

PISANI, *Problemi della giurisdizione penale*, Padova, 1987.

PADOVANI, *Premesse introduttive alla giurisdizione penale di pace*, in AA.VV., *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, a cura di Giostra-Illuminati, Torino, 2001, XIV.

PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 419.

PADOVANI, “Premio” e “corrispettivo” nella dinamica della punibilità, in AA.VV., *La legislazione premiale*, Milano, 1987, 39.

PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di “ravvedimento”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 529.

PAGLIARO, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, 480.

PALIERO, *Metodologia de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 16.

PANNAIN, *Le sanzioni degli atti processuali penali*, Napoli, 1933.

PANSINI, *Con i poteri istruttori attribuiti al GUP il codice retrocede allo schema inquisitorio*, in *Dir. giust.*, 2000, 2, 61.

PAOLOZZI, *Procedimento per decreto*, Milano, 2003.

PAVARINI, *Lotta alla criminalità organizzata e “negoiazione” della pena*, in *Crit. dir.*, 2000, 129.

PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2005.

PERONI, *Le novità in tema di patteggiamento: tra suggestioni giurisprudenziali e razionalizzazione dell’esistente*, *Cass. Pen.*, 1999, 505.

PISANI, *Giurisdizione penale*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970.

PISANI, *Il divieto della «reformatio in peius» nel processo penale italiano*, Milano, 1963.

PRESUTTI, *Attori e strumenti della giurisdizione conciliativa: il ruolo del giudice e della persona offesa*, in AA.VV., *Verso una giustizia penale “conciliativa”*, a cura di Ricotti-Spangher, Milano, 2002, 177.

RANIERI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 1965.

REDENTI, *Intorno al concetto di giurisdizione*, in *Studi in onore di V. Simoncelli*, Napoli, 1916.

RICCIO, *La procedura penale fra storia e politica*, Napoli, 2010.

RICCIO, *Sub art. 1*, in *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2007.

RICCIO, *Giusto processo: quando il giudice di merito decide di non decidere*, in *Dir. giust.*, 2002, 24, 12.

RICCIO, *Ideologie e modelli del processo penale. Scritti.*, Napoli, 1995.

RICCIO, *Politica penale dell’emergenza e Costituzione*, Napoli, 1982.

RICCIO, *La volontà delle parti nel processo penale*, Napoli, 1969, 23.

RUSSO, *L’ampliamento dell’ambito di assunzione di nuovi mezzi di prova*, in AA. VV., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale. Commento alla Legge 16 dicembre 1999, n. 479*, a cura di Pierro, vol. II, 2000, 223.

SABATINI, GIUS., *Sul concetto di interesse ad impugnare*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, 172.

SACCO, *Nullità ed annullabilità*, voce del *Novissimo Dig. It.*, XI, 456.

SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970.

SATTA, *La giurisdizione volontaria nell'unità dell'ordinamento*, in *Quaderni del processo civile*, Padova, 1968.

SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Ristampa, Napoli, 1989.

SANTORO, *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, 1954, 322 ss.

SCAGLIONE, *Il regime di utilizzabilità degli atti delle indagini preliminari a contenuto dichiarativo*, in *Cass. Pen.*, 2003, 338.

SCELLA, *La formazione in contraddittorio del fascicolo per il dibattimento*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di Peroni, Torino, 422.

SEGNI, *Giurisdizione (in generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VII, Torino, 1959.

SIRACUSANO, *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, Milano, 1989.

SCALFATI, *Le nuove prospettive del decreto penale*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Padova, 2000, 531.

SCIONE-DE BIASE, *La libertà personale nel nuovo processo penale*, Milano, 1990.

SPANGHER, *Verso un processo di parti*, in *Studium iuris*, 2002, 469.

SPANGHER, voce *Appello*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991.

SPANGHER, *Appunti sul nuovo processo penale*, Gorizia, 1990.

TARELLO, *Atteggiamenti culturali sulla funzione del giurista-interprete*, in *Diritti enunciati, usi*, Bologna, 1974.

TARUFFO, *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989.

TODARO, *Sospensione dei termini di custodia cautelare e contraddittorio: da un contrasto giurisprudenziale le ragioni di una riflessione*, in *Cass. pen.*, 2007, 10, 3794.

TONDO, *Invalidità ed inefficacia del negozio giuridico*, voce del *Novissimo Dig. It.*, VIII, 994.

TRAPANI, *Le sanzioni penali sostitutive*, Padova, 1985, 298 ss.

TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, in AA.VV., *Procedure penali d'Europa*, Edizione italiana a cura di Chiavario, Padova, 1998, 582.

UBERTIS, *Verso un "giusto processo" penale*, Torino, 1997.

VASSALLI, *Introduzione al tema*, in AA.VV., *Il giusto processo*. Accademia Nazionale dei Lincei, 2003.

VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, Milano, 2000.
