

## Le indagini difensive nel giudizio abbreviato dopo la riforma cd. Orlando

di *Francesco Ungaretti*

**Sommario:** 1. Premessa: la riforma Orlando e le indagini difensive nel giudizio abbreviato. - 2. Il principio di completezza delle indagini. - 3. L'intervento del legislatore dopo 17 anni dall'insorgenza del problema interpretativo: *parturient montes, nascetur ridiculus mus?* - 4. Parallelismo con l'appello incidentale del pm. - 5. Il recente decreto legislativo attuativo della riforma Orlando sulle impugnazioni. - 6. Il nuovo termine per ulteriori indagini del pm: alcune problematiche nella nuova normativa.

### 1. Premessa: la riforma Orlando e le indagini difensive nel giudizio abbreviato.

Il legislatore con la riforma Orlando è intervenuto sulla disciplina del giudizio abbreviato al fine di ovviare ad un uso capzioso della possibilità di depositare *in extremis* i risultati delle predette investigazioni, circoscrivendo temporalmente l'ambito operativo del deposito stesso ed attribuendo ulteriori spazi di indagine al pubblico ministero con la finalità dichiarata di riequilibrare il "gioco delle parti".

Tale impostazione rappresenta il superamento della posizione della Corte costituzionale<sup>1</sup> che, al contrario, aveva ricostruito la disciplina delle investigazioni difensive individuando nella vigente disciplina del processo penale una fisiologica disparità di armi a svantaggio della difesa, ed aveva conseguentemente legittimato facoltà che riequilibrassero le posizioni di imputato e pubblico ministero, anche mediante il deposito del materiale raccolto appena prima della richiesta di giudizio abbreviato.

L'art. 438, comma quarto, c.p.p. recita "*sulla richiesta [di accesso al giudizio abbreviato, ndr] il giudice provvede con ordinanza con la quale dispone il giudizio abbreviato*", viene integrato con la seguente aggiunta: "*Quando l'imputato chiede il giudizio abbreviato immediatamente dopo il deposito dei risultati delle indagini difensive, il giudice provvede solo dopo che sia decorso il termine non superiore a sessanta giorni, eventualmente richiesto dal pubblico ministero, per lo svolgimento di indagini suppletive. In tal caso l'imputato ha facoltà di revocare la richiesta*".

Al pubblico ministero, viene quindi attribuito un ulteriore spazio di indagine (che si va a sommare a quelli di cui agli artt. 419, comma 3, 421 *bis*, e 422 c.p.p.) laddove la difesa richieda il giudizio abbreviato "*immediatamente dopo il deposito dei risultati delle indagini difensive*".

---

<sup>1</sup> Corte Cost. n. 117/2011.

L'attività difensiva viene limitata con l'introduzione di un termine labile, quell'"*immediatamente*" dopo il deposito dei risultati delle indagini difensive", che attribuisce al giudice un'eccessivamente ampia discrezionalità di valutazione e che non rende prevedibile l'utilità della mossa difensiva e sul quale ci soffermeremo nel corso del commento alla novità normativa<sup>2</sup>.

Questa logica di ampliamento probatorio stride con il principio di economicità processuale che è la ratio e *voluntas legis* del rito stesso: con l'introduzione di nuove indagini c'è il concreto rischio di vedere naufragato un giudizio che abbia i connotati di brevità istruttoria, ma anzi si prospetta un appesantimento tale da far pensare ad un compendio probatorio che poco invidia al dibattimento.

Questa riforma ha voluto chiarire un punto sul quale nel precedente decennio si era discusso molto: ovvero la possibilità del pubblico ministero ad avere o meno il diritto ad un termine per nuove indagini nel caso di richiesta di giudizio abbreviato cd. a sorpresa.

La nuova figura del giudizio abbreviato così delineata sembra che stravolga le originarie intenzioni del legislatore: non più un giudizio allo stato degli atti, ma un giudizio con diritto alla prova molto simile a quello del dibattimento.

## 2. Il principio di completezza delle indagini.

La genesi di tale principio è rinvenibile nella sentenza della Corte Costituzionale del 1991 n. 88: in tale sentenza, infatti, ha delineato la sussistenza di questo principio considerando che la decisione di procedere da parte del pubblico ministero presuppone non una semplice delibazione sulla manifesta infondatezza della notizia di reato, ma l'espletamento di un'attività d'indagine preliminare che, dovendo fornire elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio, deve venire effettuata in modo completo<sup>3</sup>. La Corte Costituzionale in tale sentenza che costituisce la pietra angolare di questo principio osserva che limite implicito all'obbligatorietà dell'azione penale, razionalmente intesa, è che il processo non debba essere instaurato quando si appalesi oggettivamente superfluo. Ancora, continua la Corte che gli artt. 326 e 358 c.p.p., impongono alla parte pubblica di compiere le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale, e di svolgere altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini<sup>4</sup>. La completezza delle indagini e quindi della individuazione degli elementi di prova si rivela necessaria per consentire al pubblico ministero di esercitare le varie opzioni possibili e per indurre l'imputato ad accettare i riti alternativi. Infatti, il dovere di completezza serve affinché siano raccolti elementi probatori anche in favore dell'indagato.

<sup>2</sup> F. Galluzzo, *Riforma Orlando: il giudizio abbreviato*, in [www.parolaalladifesa.it](http://www.parolaalladifesa.it), 16 giugno 2017.

<sup>3</sup> M. Bargis, *La scelta del rito nel processo penale*, in *Riv. It. Dir e proc. Pen.*, fasc. 3, 2010, pag. 1034.

<sup>4</sup> F. Siracusano, *La completezza delle indagini preliminari*, Torino, 2005.

Le investigazioni difensive sono state introdotte nel nostro ordinamento con la l. 7 dicembre del 2000 come strumento per esprimere in modo completo il contraddittorio tra le parti e dotare la difesa di un'arma adeguata alle indagini del pubblico ministero, che nonostante debbano essere complete troppo spesso non lo sono. Se questo è stato l'intento purtroppo la prassi applicativa nelle aule giudiziarie ci ha dimostrato che non si è verificata nessuna rivoluzione copernicana né un'invasione di fascicoli del difensore con indagini proprie: è rimasta una “*paper rule*”. Questa visione è stata confermata dalla giurisprudenza di legittimità che ha affermato che il dovere del pubblico ministero di svolgere attività di indagine a favore dell'indagato non è presidiato da alcuna sanzione processuale<sup>5</sup>, ma anche dalla Corte Costituzionale che ha rigettato la richiesta di dichiarazione di illegittimità dell'art. 358 c.p.p. nella parte in cui non prevede alcuna sanzione processuale in caso di mancanza di attività da parte del p.m. svolta al fine di ottenere elementi a favore dell'indagato rilevando l'erroneità dell'interpretazione del rimettente il quale aveva richiesto di “attribuire al pubblico ministero compiti e funzioni che nell'architettura del codice spettano piuttosto alla difesa, sino a sostenere che il diritto alla difesa trova la sua massima estrinsecazione proprio nell'obbligo del pubblico ministero di raccogliere anche prove a favore dell'imputato<sup>6</sup>”. Quindi se da un lato non è dovere del p.m. cercare elementi a favore dell'indagato, dall'altro non si può privare la difesa di tale strumento.

Un problema interpretativo della norma e di conseguenza esso si riversava sul piano applicativo era dato dal combinato disposto che tra le norme delle indagini difensive e quelle che con la l. 16 dicembre 1999 cd. Carotti avevano ampliato l'applicazione del giudizio abbreviato ai reati puniti con la pena dell'ergastolo, avevano escluso la necessità del consenso del pubblico ministero ed anche la convinzione da parte del giudice della possibilità di definire il giudizio allo stato degli atti come *condicio sine qua non* per l'accesso a tale rito, ispirato da una logica deflattiva, divenuta oramai sempre più necessaria visto il carico di procedimenti penali pendenti, come dimostrato dalle successive riforme in tal senso<sup>7</sup>.

Il problema interpretativo che aveva creato diversi dibattiti sia in dottrina che in giurisprudenza riguardava l'art. 438 comma 5, terza proposizione, nella parte in cui stabilisce che il pubblico ministero abbia facoltà di prova contraria rispetto alle prove integrative alla cui acquisizione l'imputato abbia subordinato la richiesta di giudizio abbreviato. Infatti, facoltà di prova contraria attribuita al pubblico ministero si presenta oltre che quale “altra faccia” del diritto alla prova, quale regola aurea che di tale diritto completa il senso nella prospettiva del contraddittorio, anche come un sostitutivo del diritto alla prova, una garanzia compensativa cui affidare la migliore tollerabilità, dal punto di vista dell'equilibrio delle parti, di un modello deliberatamente costruito escludendo l'iniziativa probatoria dell'organo dell'accusa.

<sup>5</sup> Cass. pen. Sez. II, 20 novembre 2012, n. 10061, in *Cass. Pen.* 2014, p. 244.

<sup>6</sup> Corte Cost., n. 96 del 1997, in *Giur. Cost.*, 1997, p. 953.

<sup>7</sup> L. 28 aprile 2014, con la cd. messa alla prova; d. lgs. 16 marzo 2015 n. 28 e da ultimo l'estinzione del reato per condotte riparatorie.

L'esclusione di tale facoltà, ovvero di richiedere ed ottenere integrazioni probatorie da parte dell'accusa, per un verso rispondeva all'esigenza che l'imputato sappia già *ab initio* su quali materiali probatori l'accusa potrà contare, per altro verso, risultava sistematicamente coerente e sostenibile sulla scorta del principio di completezza delle indagini preliminari. In particolare su quest'ultimo aspetto la Corte costituzionale nella sentenza 9 maggio 2001, n. 115 ha confermato la ragionevolezza della scelta legislativa di non attribuire all'organo dell'accusa poteri d'iniziativa probatoria né come contrappeso dell'instaurazione del giudizio abbreviato subita dal pubblico ministero, ma nemmeno imposta dal principio della parità delle armi *ex art.* 111 comma 2 Cost., nel caso di abbreviato con integrazione probatoria<sup>8</sup>. In tale sentenza il giudice delle leggi, dopo aver chiarito la ben diversa posizione in cui nel giudizio abbreviato l'imputato si trova rispetto al pubblico ministero, ossia che si trova ad affrontare il rischio di un giudizio e quindi una possibile condanna basata sugli atti raccolti dal pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari ed a lui va pertanto riconosciuta la facoltà di chiedere l'acquisizione di nuovi ed ulteriori elementi di prova, affermava che l'esigenza di completezza delle indagini preliminari risulta rafforzata dal riconoscimento del diritto dell'imputato ad essere giudicato, ove ne avesse fatto richiesta, con il rito abbreviato. 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 penale. Da ciò la conclusione che non costituiva 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.<sup>9</sup>

Il problema era incentrato sull'effettività del contraddittorio<sup>10</sup> nel caso di richiesta di giudizio abbreviato subordinato ad indagini difensive depositate nell'ultimo termine utile, senza che il pm potesse avere alcuna replica.

Sulla base di ciò si erano formate diverse posizioni sul punto dibattuto.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 184 del 2009 aveva affermato che “*a prescindere da qualsiasi considerazione sulla validità della concezione oggettiva del contraddittorio*”, l'enunciazione di tale principio nell'art. 111 comma 4 Cost., “*non comporta che il cosiddetto profilo oggettivo del medesimo non sia correlato con quello oggettivo, e non costituisca comunque un aspetto del diritto di difesa*”.

<sup>8</sup> F. Zacchè, *Nuovi poteri probatori nel giudizio abbreviato*, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 2603.

<sup>9</sup> T. Rafaraci, *La prova contraria*, Torino, 2004, pag. 334 e ss.

<sup>10</sup> Contraddittorio come canone epistemologico, definizione autorevolmente data osservando che “*il contraddittorio si realizza solo se le parti sono in condizione di intervenire, contrastare e discutere ogni fase del procedimento di acquisizione probatoria di fronte allo stesso giudice per il quale il contraddittorio diviene metodo esclusivo di conoscenza della vicenda processuale a fonte degli stessi elementi di giudizio*” così T. Padovani, *Il doppio grado di giurisdizione. Appello dell'imputato, appello del P.M., principio del contraddittorio*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 4031.

Nell'ambito del sistema accusatorio e dell'architettura costituzionale del giusto processo, il principio del contraddittorio è posto a fondamento della funzione cognitiva della giurisdizione, questo sulla base della convinzione che il metodo probatorio imperniato sull'apporto dialettico concorrente delle parti contrapposte costituisca la via migliore per giungere ad una ricostruzione dei fatti il più possibile prossima alla verità storica<sup>11</sup>.

Partendo dall'assunto del dovere di completezza delle indagini del pubblico ministero così come sancito dall'art. 358 c.p.p. in cui si afferma lo svolgimento di accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini, si è sostenuto che non potesse esserci alcun diritto del pubblico ministero ad una replica alle indagini difensive depositate con la richiesta di giudizio abbreviato nell'ultimo termine utile, quasi come una sanzione processuale per una pubblica accusa che non ha compiuto appieno il proprio dovere.

Un'altra posizione, radicalmente opposta, riteneva non utilizzabili le investigazioni difensive in sede di giudizio abbreviato perché non previste dalla lettera della norma. Ma anche qui vi sarebbe stata una compressione eccessiva del contraddittorio nella formazione della prova.

Altra tesi ripristinava il diritto di discrezionalità in capo al pubblico ministero sulle indagini difensive e sarebbero state ammissibili solo nel caso in cui esso avrebbe prestato tale consenso: ma lontani dalla volontà del legislatore, che aveva semplicemente lasciato un vuoto normativo.

Un'altra soluzione che avrebbe superato tale empasso era la possibilità di un diritto alla controprova in capo al pm, concedendo un breve termine per la produzione di nuove indagini, così si è assestata la maggior giurisprudenza<sup>12</sup>. Quest'ultima è la via percorsa dal legislatore nell'ultima riforma.

### **3. L'intervento del legislatore dopo 17 anni dall'insorgenza del problema interpretativo: parturient montes, nascetur ridiculus mus?**

Il nuovo art. 438 al comma 4 c.p.p., prevede che “quando l'imputato chiede il giudizio abbreviato immediatamente dopo il deposito dei risultati delle indagini difensive, il giudice provvede solo dopo che sia decorso il termine non superiore a sessanta giorni, eventualmente richiesto dal pubblico ministero, per lo svolgimento di indagini suppletive limitatamente ai temi introdotti dalla difesa. In tal caso, l'imputato ha facoltà di revocare la richiesta”.

Così, dopo oltre un decennio si arriva ad una soluzione che già era stata avanzata in sede giurisprudenziale, che può essere condivisa almeno negli intenti, poiché il risultato non è dei migliori leggendo attentamente come è stata scritta la norma.

L'avverbio “immediatamente” fa suscitare le prime perplessità: e se fossero depositate contestualmente alla richiesta di giudizio abbreviato, il giudice già

<sup>11</sup> G. Di Chiara, *Diritto processuale penale*, in Fiandaca-Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, p. 340.

<sup>12</sup> Cass., sez. II, 16 febbraio 2017, n. 9198; Cass., Sez. IV, 16 novembre 2016, n. 51950.

deciderebbe sulla loro ammissibilità ed al pm sarebbe garantito un successivo diritto alla controprova?

Ma andando oltre, se il pubblico ministero depositasse nel termine dei 60 giorni ulteriori elementi al di fuori dei limiti delle investigazioni difensive, dovrà essere consentito un ritorno al rito ordinario o anche una modifica al capo di imputazione ed in tal caso accesso a tutti i riti alternativi.

La possibilità del pubblico ministero del termine di 60 gg per ulteriori indagini, nel caso in cui il difensore dell'indagato depositi richiesta di rito abbreviato condizionato all'acquisizione di indagini difensive, risponde indubbiamente al principio della *égalité des armes*, ma deve essere contenuto negli stretti ambiti delle tematiche apportate dalle indagini difensive.

Il rischio concreto si manifesta nel caso in cui nella prassi giudiziaria si formi una nuova indagine vera e propria giustificata dallo svelare di presunte nuove ipotesi di reato che permettano il giustificativo di andare oltre al diritto di controprova, come ben delineato dalla giurisprudenza a Sezioni Unite, che afferma l'appello incidentale ha ad oggetto i soli punti della decisione oggetto dell'appello principale nonché i punti che hanno *connessione* essenziale con i punti denunciati con l'appello principale, tema che sarà approfondito nel successivo paragrafo.

#### 4. Parallelismo con l'appello incidentale del pm.

L'istituto dell'appello incidentale<sup>13</sup> del pm nasce con il codice di rito del 1930, dove era previsto all'art. 515 u.c. in favore della pubblica accusa un omologo istituto a quello poi previsto dall'art. 595 c.p.p., anche se deve sottolinearsi la sua rara casistica, dato che l'ufficio diligente del p.m. quasi mai vi ricorre<sup>14</sup>.

Se si guarda da un punto di vista più generale, avvicinandoci alla teoria del processo, si potrebbe anche affermare che tale istituto prende le mosse dal suo gemello nel campo processuale civile: l'art. 333 del c.p.c.<sup>15</sup>. Ma gli scopi sono distinti: l'appello incidentale penale è necessario per ottenere una riforma in peggio dei capi impugnati dall'imputato, ma non serve per impugnare gli altri capi, mentre l'appello civile serve al contrario per riportare in discussione dei capi non impugnati dall'appellante principale, ma non è necessario per ottenere una riforma in peggio nell'ambito dei capi impugnati<sup>16</sup>. Inoltre, per quanto riguarda in specifico la merito del secondo grado di giudizio, l'appello incidentale postula una condizione di soccombenza

<sup>13</sup> M. Bonetti, *L'irriducibile anomalia dell'appello incidentale*, in *Dir. pen. cont.*, riv. online, 14.11.2012.

<sup>14</sup> G. Bellavista, voce *Appello (diritto processuale penale)*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, p. 772.

<sup>15</sup> S. Satta voce *Impugnazione. Diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 697, richiama che, nel codice precedente, il ricorso incidentale non era previsto, ma è stato introdotto dalla spinta della prassi mano a mano maturatasi.

<sup>16</sup> G. Delitalia, *L'appello incidentale del pubblico ministero*, in *ID.*, *Diritto processuale penale. Raccolti degli scritti*, III Milano, 1976, p. 183 ss.

parziale, che rileva in quanto soccombenza pratica, che deve riguardare una diversa domanda posta dall'appellato<sup>17</sup>.

La direttiva n. 90 della legge delega 16 febbraio 1987 n. 81 prevedeva espressamente il «potere delle parti di proporre appello incidentale», con sua «perdita di efficacia ... in caso di inammissibilità o di rinuncia all'appello principale».

La Relazione al Progetto preliminare al codice motiva la reintroduzione dell'appello incidentale richiamando la necessità, il sempre attuale *lietmotiv* d'«*arginare la proliferazione degli appelli*», e dunque connotandolo come controbilanciamento all'abuso del processo di secondo grado.

Proprio a questo proposito sembra che si possa effettuare un parallelismo tra i due istituti: hanno la medesima *ratio* ma soprattutto gli stessi contorni delimitativi. L'appello incidentale, al pari delle nuove investigazioni del p.m., dovrebbe perdere efficacia in caso di inammissibilità dell'appello principale o di rinuncia allo stesso: ciò discendendo dalla sia nota di accessorietà, ma anche dal suo carattere di spiccato antagonismo<sup>18</sup>.

Sull'argomento la giurisprudenza della Suprema Corte<sup>19</sup> si è orientata nel senso che l'appello incidentale, nonostante il silenzio dell'art. 595 c.p.p., deve concernere unicamente i capi e i punti su cui si incentra l'appello principale, nei confronti del quale spiega una funzione antagonista e non deterrente.

L'appello incidentale, in effetti, non è uno strumento autonomo di impugnazione, ma ha natura accessoria rispetto a quello principale, atteso che la *ratio* dell'istituto non è quella di svolgere una funzione "*di dispetto*" rispetto al gravame proposto dall'imputato, bensì quella di ottenere un riesame in entrambe le direzioni, creando "*un completo confronto paritario*"<sup>20</sup>. Ne consegue che l'appello incidentale non può avere ad oggetto i capi della decisione, ma neanche i punti di essa che non siano stati investiti dall'appello principale<sup>21</sup>.

La Suprema Corte ha poi ribadito che l'appello incidentale è "*un tipo speciale di appello*", da cui non deriva la mera restituzione in termini nei confronti della parte decaduta dal termine per proporre impugnazione, con la conseguenza che i suoi limiti oggettivi devono coincidere con l'ambito dell'appello principale, ovvero con i punti della decisione impugnata<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> F. Luiso, voce *Appello nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Torino, 1987, p. 369.

<sup>18</sup> Sulla «*funzione antagonista dell'appello proposto dalle altre parti*» v. Cass., Sez. III, 25 febbraio 1999, Coppola, in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, p. 553.

<sup>19</sup> Cass. Sez. Un., 17/10/2006, n. 10251

<sup>20</sup> Cass. pen. Sez. VI n. 329/1992;

<sup>21</sup> Cass. pen. Sez. I, 16 dicembre 2004, in *Giur. it.*, 2005, 2366

<sup>22</sup> Cass. pen., Sez. VI, 24 ottobre 2002, Zullo, in *Cass. pen.*, 2004, 1652; Cass. pen., Sez. V, 15 aprile 1999, Bosi, in *CED Cass.*, n. 213656; Cass. pen., Sez. III, 2 febbraio 1999, Cucitro; Cass. pen., Sez. III, 25 febbraio 1999, Coppola, n. 213088; Cass. pen., Sez. III, 17 febbraio 1993, Scambolini, in *Cass. pen.*, 1994, 1227, con nota di Spangher, *I limiti oggettivi dell'appello incidentale*.

Una minoritaria ed isolata giurisprudenza ha affermato, al contrario, che l'appello incidentale non incontra alcun limite derivante dal contenuto dell'appello principale, e questo perché, in assenza di una diversa espressa previsione legislativa, non sarebbe possibile ritenere che tale impugnazione debba essere ristretta ai capi della sentenza oggetto di questo: il che, del resto, è strettamente coerente con l'esigenza di individuare strumenti processuali diretti ad evitare il ricorso all'impugnazione come "*espediente meramente dilatorio*"<sup>23</sup>.

La sentenza rileva che recentemente si è affermato un orientamento giurisprudenziale secondo cui il limite dell'appello incidentale riguarda esclusivamente il "*capo*" della sentenza investito dall'appello principale; conseguentemente il primo può ampliare il contenuto del rapporto di impugnazione inserendo all'interno di esso anche punti diversi della decisione, non attinti in via principale.

La *ratio* di tale affermazione si basa sulla natura di impugnazione propria dell'appello incidentale e sull'argomento per cui qualora l'appello incidentale dovesse necessariamente limitarsi, oltre che ai capi, anche ai punti della decisione investiti dall'impugnazione principale, "*esso non svolgerebbe una funzione eccedente l'ambito del gravame principale*".

Secondo tale tesi, infatti, l'impugnazione incidentale deve, comunque, necessariamente rivolgersi nei confronti dei soli capi investiti da quella principale, ma è ammissibile che, nell'ambito di questi, il proponente possa chiedere il riesame di punti diversi da quelli oggetto dell'appello principale: "*tanto il pubblico ministero quanto l'imputato, infatti, sono già legittimati aliunde a contrastare le contrapposte iniziative processuali e a prospettare in ogni fase del processo le ragioni rispettive dell'accusa e della difesa; l'appello incidentale aggiunge, invece, un quid novum*", che può condurre ad un esame completo di un determinato capo della sentenza<sup>24</sup>.

Svolte tali premesse, la Suprema Corte, in adesione alla tradizionale regola *tantum devolutum quantum appellatum* e richiamando il principio per cui il giudizio di appello trae origine dall'impulso e dalla "*disponibilità*" di parte connessi alle questioni che si intendono devolvere al giudice superiore, sottolinea che ai sensi dell'art. 597, comma 1, c.p.p., la cognizione del giudice di appello è limitata, quindi, "*ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti*".

Di conseguenza, la pronuncia richiama i precedenti per cui il giudizio di appello inerisce gli specifici punti della decisione di primo grado indicati nei motivi di doglianza<sup>25</sup> ovvero legati con i primi da un "*vincolo di connessione logico-giuridico*"<sup>26</sup>, sottolineando la correlata impossibilità di una nuova indagine su punti diversi da quelli che le parti ritengono di dover sottoporre a nuova valutazione.

<sup>23</sup> Cass. pen., Sez. II, 9 maggio 1992, Cersosimo, in *Cass. pen.*, 1993, 2847, n. 1962

<sup>24</sup> Cass. pen., Sez. VI, 19 gennaio 1998, Pancheri, in *CED Cass.*, n. 211706

<sup>25</sup> Cass. pen. Sez. Un., 25 giugno 1997, Gibilras.

<sup>26</sup> Cass. pen., Sez. V, 27 ottobre 1999, Kardhigi.

Dal precetto dell'art. 595, comma 3, c.p.p. (che richiama l'art. 597, comma 2, c.p.p.), si deduce che tale gravame costituisce la più rilevante eccezione al divieto di *reformatio in peius* come conseguenza dell'appello del solo imputato.

L'individuazione del perimetro entro il quale circoscrivere l'istituto è, pertanto, fondamentale poiché, se l'appello incidentale si riferisce esclusivamente al capo, entro di esso è consentito al giudice, in caso di appello incidentale del pm, rimettere in discussione tutti i punti decisi nell'ambito del singolo capo. Se, invece, l'appello incidentale dovesse essere riferito ai punti della sentenza, se ne dovrebbe dedurre una funzione meramente "*antagonistica*".

Richiamando il principio dell'art. 597, comma 1, c.p.p.: "*L'appello attribuisce al giudice di secondo grado la cognizione del procedimento limitatamente ai punti della decisione cui si riferiscono i motivi proposti*", la sentenza sottolinea come non possa porsi in discussione che l'istituto debba essere "*disegnato come omologo all'appello principale, con la necessità – in caso di pronuncia plurima o cumulativa – di indicare i capi della sentenza coinvolti dall'appello incidentale e, in ogni caso, i punti cui si riferisce il detto atto di impugnazione, alla stregua del precetto dell'art. 597, comma 1, quale ineludibile effetto della tipologia di protesta rispetto all'atto di impugnazione principale*".

La sentenza individua nella *ratio* dell'art. 624 c.p.p., riguardante l'annullamento parziale in sede di giudizio di legittimità, la sintesi dell'endiadi e "*una forza espansiva tale da esprimere un principio generale del diritto delle impugnazioni, designando il valore giuridico delle interferenze tra le varie prescrizioni della decisione investiti dal gravame, scomponibili ma talora legate da un rapporto di interdipendenza*".

Più chiaramente, la sentenza in esame sottolinea che nella locuzione "*punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti*", citata nell'indicata norma dell'art. 597, comma 1, c.p.p., "*debbono ricomprendersi non solo i punti della decisione in senso stretto, ma anche le statuizioni riguardanti i punti della sentenza che sebbene non investiti in via diretta con i motivi risultino tuttavia legati con i primi da un vincolo di connessione essenziale logico-giuridico*".

*L'appello incidentale deve intendersi limitato ai punti investiti dall'appello principale ed ai punti che risultino in connessione essenziale con i punti denunciati con l'appello principale*".

## **5. Il nuovo decreto legislativo delle impugnazioni attuativo della riforma Orlando sulle impugnazioni.**

La riforma Orlando è intervenuta anche nella sostituzione dell'attuale comma 1 dell'art. 595 c.p.p. e del comma 3 dello stesso articolo, prevedendo che l'appello incidentale potrà essere proposto dal solo imputato che non abbia proposto impugnazione.

L'appello incidentale del Procuratore, previsto dal codice Rocco per paralizzare gli effetti dell'appello del solo imputato (il divieto della *reformatio in peius*, proprio per questa ragione, unita ad altri profili della disciplina, era stato dichiarato

costituzionalmente illegittimo con la sentenza C. cost. n. 177 del 1971) è stato reintrodotta nel “nuovo” codice di rito penale, tenendo conto, in virtù della sua collocazione, delle osservazioni dei giudici costituzionali<sup>27</sup>.

In linea con l’indicazione della legge delega n. 103 del 2017<sup>28</sup> (art. 1, comma 84, n. 8, lett. h) l’istituto ora non è più previsto.

Il dato, verosimilmente, si inserisce nella visione costituzionale del Pubblico Ministero chiamato a valutare la rispondenza alla legge della decisione, prescindendo dai comportamenti processuali della difesa. Deve, tuttavia, farsi notare che, potendo il Procuratore Generale appellare in caso di mancato appello del Procuratore della Repubblica e godendo di più ampi tempi per proporre impugnazione, l’accusa potrà comunque proporre appello principale, in relazione ad un eventuale appello della difesa.

Il nuovo comma 3 dell’art. 595 c.p.p. disciplina, invece, una situazione particolare che, peraltro, aveva già trovato nella giurisprudenza la sua risposta (Cass. Sez. Un., 30 ottobre 2003, Andreotti). Premesso che l’imputato non può appellare né in via principale, né in via incidentale le sentenze di assoluzione che accertano che il fatto non sussiste o non l’ha commesso, mancherebbe, in tal caso, un efficace strumento di contrasto all’appello principale dell’accusa, sul quale il giudice sarebbe chiamato a pronunciarsi, con successiva possibilità di dedurre la questione anche con il ricorso per cassazione.

Rafforzando quanto già previsto dall’art. 121 c.p.p., si prevede, così, che «entro quindici giorni dalla notificazione dell’impugnazione presentata dalle altre parti (*ergo*, non solo il Pubblico Ministero) l’imputato possa depositare nella cancelleria del giudice memorie o richieste scritte»

Quindi, a voler seguire una logica di sistema ordinamentale si deve concludere che in caso di rinuncia al giudizio abbreviato condizionato, *post* indagini del p.m., queste debbano ritenersi escluse dal successivo giudizio ordinario. A supporto di questa interpretazione mi supporta la sentenza della Corte costituzionale n. 280/1995 nella quale, in relazione alla questione di legittimità costituzionale dell’art. 595 c.p.p., ha escluso che il potere di impugnazione del pubblico ministero si presenti per forza in modo simmetrico rispetto al diritto di difesa dell’imputato, questo proprio per le funzioni ed i poteri del pubblico ministero che sono assistiti da garanzie di intensità pari a quelle assicurate all’imputato dall’art. 24 Cost., ma si configurano in base alla legge ordinaria, censurabile per irragionevolezza solo se i poteri stessi, nel loro complesso, dovessero risultare idonei all’assolvimento dei compiti previsti dall’art. 112 Cost.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Corte Cost. n. 280/1995.

<sup>28</sup> Come espressamente previsto all’art. 1, comma 84, n. 8, lett. h).

<sup>29</sup> G. Ubertis, *Sistemi di procedura penale*, I, *Principali genarli*, II ed., Torino, 2007, p. 140.

## **6. Il nuovo termine per ulteriori indagini del pubblico ministero: alcune problematiche nella nuova normativa.**

Nel caso in cui il pubblico ministero si prenda ulteriori sessanta giorni e l'imputato opti per la revoca del rito alternativo, se non fosse garantito un diritto di riproposizione della richiesta di giudizio abbreviato, potremmo essere in un caso di incostituzionalità. La facoltà di revoca della richiesta in dipendenza dell'indagine suppletiva svolta dal pubblico ministero, esprime, dunque un atto contrario che rimuove il rito alternativo, ma non certo le investigazioni promananti dalla indagine difensiva e da quella suppletiva del pubblico ministero. Nel caso in cui il pubblico ministero effettui le indagini, l'imputato ha facoltà di revocare la richiesta. Ma se tale revoca interviene *medio tempore*, ovvero nelle more delle indagini ed all'esito delle stesse l'imputato volesse di nuovo accedere al rito, sarebbe preclusa o no tale possibilità? A parere dello scrivente deve essere ammessa la possibilità di proporre una nuova istanza: questo facendo leva sulla lettera della normativa che prevede la sua proposizione fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli artt. 421 e 422 c.p.p.

In tal senso, si era espressa in tal senso una pronuncia che aveva affermato la possibilità fare dietro front nuovamente rispetto alla richiesta ex art. 441-bis c.p.p., prima che il giudice provveda sulla stessa, non potendosi in tal caso qualificare la suddetta revoca come riproposizione della domanda di abbreviato. In questo caso, la richiesta di retrocessione dal rito avanzata ai sensi dell'art. 441-bis c.p.p. può essere validamente revocata dall'imputato prima che il giudice provveda sulla stessa, non potendosi in tal caso qualificare la suddetta revoca come riproposizione della domanda di abbreviato<sup>30</sup>. Nel definire il limite cronologico entro cui può ricorrere l'ipotesi di revoca, si conforma all'impostazione consolidata<sup>31</sup> (cfr. in cui si specifica che la richiesta è revocabile dall'imputato che l'ha presentata fino a che non abbia prodotto i propri effetti e cioè finché non sia stato emesso dal giudice il provvedimento dispositivo del rito. Sul punto, si era espressa anche la Suprema Corte a Sezioni Unite, 19 luglio 2012, n. 41461, nella quale ha espresso il principio generale per cui "*l'ordinanza di ammissione del giudizio abbreviato non può essere revocata salvo che nell'ipotesi espressamente disciplinata dall'art. 441-bis c.p.p.*"<sup>32</sup>. Se si ipotizzasse un divieto assoluto di scelta del rito abbreviato dopo la revoca, si appaleserebbe un vizio di incostituzionalità dell'art. 438 nella parte in cui non prevede che in caso di prima revoca della richiesta di abbreviato condizionato l'imputato non possa riproporre l'istanza con la richiesta sino alla dichiarazione di apertura del dibattimento.

In tal senso, già la Corte costituzionale si era espressa nella sentenza n. 54 del 2002 in caso di rigetto d parte del G.u.p. o del G.i.p.: in tale circostanza ebbe modo di precisare che se la parte riproponesse antecedentemente all'apertura del dibattimento

<sup>30</sup> Cass. Sez. V n. 24125/2012.

<sup>31</sup> Cass. Sez. V n. 13882/2012; Cass. Sez. III 9921/2009; Cass. Sez. IV, n. 19528/2008.

<sup>32</sup> R. Aprati, *Giudizio abbreviato ed esercizio del diritto al contraddittorio nella formazione della prova*, in *Cass. pen*, 2003, Milano, pag. 2358.

una nuova richiesta, non incontrerebbe ostacolo a che lo stesso giudice del dibattimento provveda a disporre il rito abbreviato condizionato. Il giudizio abbreviato non si fonda più sul consenso delle parti, ma viene instaurato sulla base della mera richiesta dell'imputato; inoltre, al giudice dell'udienza preliminare è ora attribuito il potere di assumere, anche d'ufficio, gli elementi necessari ai fini della decisione. Abbandonato quindi il parametro della definibilità allo stato degli atti, una valutazione di ammissibilità è prevista soltanto nell'ipotesi in cui la richiesta di giudizio abbreviato sia subordinata ad una integrazione probatoria; valutazione consistente nella necessità di assumere la prova ai fini della decisione e nella sua compatibilità con le finalità di economia processuale proprie del procedimento, tenuto conto degli atti già acquisiti e utilizzabili.

Quindi, nel caso di nuove integrazioni probatorie ci sarà sempre un modello di economia processuale se raffrontato al modello del giudizio dibattimentale.

Giova infine ricordare che l'imputato, nel caso di rigetto della richiesta di giudizio abbreviato subordinata ad integrazione probatoria, può sempre optare per una richiesta non condizionata, proponibile fino alla formulazione delle conclusioni, imponendo, in tal modo, al giudice di pronunciare comunque una sentenza ex art. 442 c.p.p., assicurandosi al contempo, nell'eventualità di una condanna, la riduzione di un terzo della pena finale.

In tutto ciò deve rimanere vitale la fiducia di recuperare quel giusto equilibrio tra le esigenze deflattive ed i corrispettivi aspetti premiali, cui «per genesi» tale rito avrebbe dovuto ispirarsi ma che non sempre, in concreto, è riuscito a garantire.