

**CONSENSO DEL DIFENSORE ALL'ACQUISIZIONE DIBATTIMENTALE
DEGLI ATTI D'INDAGINE E RICONOSCIMENTO
DELLE ATTENUANTI GENERICHE.
RIFLESSIONI ALL'INCROCIO TRA DIRITTO E PROCESSO PENALE**

di Fabio Nicolichia

(Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale, Università di Ferrara)

SOMMARIO: 1. Le attenuanti generiche tra diritto penale e processo.
- 2. Consenso all'acquisizione degli atti di indagine ed attenuanti generiche: rilievi in prospettiva sostanziale. - 3. "Patteggiamento sulla prova" e contraddittorio. - 4. Una preoccupante convergenza tra diritto e processo.

1. La diminvente prevista all'art. 62-bis Cp, oggetto di attenzione da parte della dottrina sin da epoca assai risalente¹, è ancora oggi al centro di dibattiti che travalicano i confini della letteratura specialistica. L'istituto è infatti spesso considerato espressione di deprecabili tendenze pietistiche o additato come causa di una lamentata ineffettività della sanzione penale in ragione del «comune equivoco» secondo cui la pena, per risultare efficace, dovrebbe essere «necessariamente lunga»².

Qui vorremmo segnalare, in diversa prospettiva, come le c.d. "generiche" vengano in realtà spesso piegate a ben più allarmanti finalità rispetto a quella del favore indiscriminato nei confronti del reo che solitamente si denuncia.

Una visione affatto opposta emerge approfondendo il tema dell'applicazione delle circostanze in discorso in rapporto al comportamento processuale dell'imputato, profilo che – come e forse più di altri – consente di portare alla luce risvolti inquietanti, talora in palese contrasto con i valori alla base del rito penale a fisionomia accusatoria e con i contenuti di alcune delle fondamentali prerogative di rango costituzionale³.

Sfogliando i repertori si scopre così che il disinteresse per la propria vicenda giudiziaria, manifestato dall'accusato con l'esercizio della legittima opzione di non

¹ Se ne dà ampiamente conto in M. N. Miletto, *Elemosina giudiziaria o trionfo dell'equità? Il ripristino delle attenuanti generiche nella penalistica italiana del secondo dopoguerra*, in AA.VV., *Attualità e storia delle circostanze del reato. Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità*, a cura di R. Bartoli e M. Pifferi, Milano 2016, 165 ss. Sul punto v. anche F. Colao, *Il problema delle circostanze del reato. Dall'arbitrium al 'potere discrezionale' del giudice nell'individuazione della pena. Un percorso italiano tra otto e novecento*, ivi, 79 ss.

² Così R. Bricchetti-L. Pistorelli, *Niente sconti automatici all'incensurato*, in *GuidaDir* 2008, f. 32, 99. Per un esempio recente basti citare il dibattito seguito a Corte d'assise d'appello di Bologna, 14 novembre 2018, in www.penalecontemporaneo.it. Tra i numerosi articoli di stampa al riguardo cfr., *Bologna, uccise una donna per una "tempesta emotiva": pena dimezzata*, apparso sull'edizione on-line del quotidiano "la Repubblica" in data 2 marzo 2019, e consultabile all'indirizzo https://bologna.repubblica.it/cronaca/2019/03/02/news/bologna_uccise_una_donna_per_una_tempesta_emotiva_pena_dimezzata-220493502/.

³ Sul tema, anche per una nutrita rassegna giurisprudenziale, P. Digiglio, *Le attenuanti generiche: strumento inflazionato o risocializzante?*, in *RP* 2012, 698 ss.

partecipare al processo⁴, viene posto dalla giurisprudenza a giustificazione del diniego delle attenuanti in discorso in quanto sintomo di inadeguata resipiscenza rispetto al fatto contestato⁵.

Del pari, l'atteggiamento dell'imputato che si ostini – nientemeno – ad esercitare il diritto di difendersi dall'addebito negando la propria responsabilità, sarebbe valutabile a suo danno quale comportamento incompatibile con la diminuzione della pena accordata dall'art. 62-bis Cp⁶.

Talvolta la ragione del mancato riconoscimento delle circostanze attenuanti è meno esibita, prende la via di costruzioni più sfumate; ad esempio quando si censurano «comportamenti obliqui e fuorvianti» o semplicemente il contegno «non collaborativo» dell'accusato⁷, secondo una logica che assume come indimostrata premessa l'esistenza di un non meglio precisato valore di «lealtà processuale» meritevole di essere preservato⁸. Per il riconoscimento delle «generiche» non ci si spinge certo sino ad esigere una condotta equiparabile ad una vera e propria collaborazione attiva in grado di ridimensionare gli effetti sostanziali dell'illecito, che assurge invece a presupposto per l'applicazione di altri istituti di favore secondo un discutibile modello punitivo tutt'ora in auge⁹. Ai nostri più limitati fini risulterà

⁴ Sul fondamento costituzionale del diritto dell'imputato a non comparire, con richiami alla pertinente giurisprudenza, D. Negri, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, Torino 2014, 303 ss.

⁵ Così Ufficio indagini preliminari Torino, 8 marzo 2012, n. 640, in www.dejure.it. Vedi anche, sebbene con motivazione alquanto sibillina, Cass. 7.6.2011 n. 29951, in www.dejure.it. Non mancano, per vero, affermazioni dal tenore diametralmente opposto all'interno della stessa giurisprudenza di legittimità, ove si sottolinea correttamente che «è illegittimo il diniego delle circostanze attenuanti generiche, fondato esclusivamente sul comportamento processuale dell'imputato rimasto contumace, poiché fa parte del diritto di difesa non presenziare al processo». In questi termini, tra le altre, Cass. 24.1.1992 n. 2667, in *CEDCass.*, m. 189640-01.

⁶ Cfr. di recente Cass. 4.4.2018 n. 20115, in *CEDCass.*, m. 272747-01, ove la mancata applicazione delle attenuanti generiche consegue dalla «condotta processuale dell'imputato che, contro ogni evidenza della sussistenza del reato, protesti la propria estraneità ai fatti». *Contra* però, in maniera ben più condivisibile, Cass. 29.10.2015 n. 50565, in *CEDCass.*, m. 265592-01. Il trattamento sanzionatorio deteriore riservato all'imputato non collaborante dimostra in effetti un'antitesi piuttosto evidente con il diritto a tacere su fatti inerenti alla propria responsabilità, da cui deriva altresì l'assenza di «obblighi di collaborazione veridica dell'imputato (o dell'indagato) con le istituzioni della giustizia penale». In questi termini, chiarendo la pacifica derivazione costituzionale della prerogativa, V. Patanè, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino 2006, 88. Sul tema anche O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano 2004, 42 ss., il quale si sofferma criticamente anche sullo specifico problema del ridimensionamento del diritto al silenzio come conseguenza del diffondersi di istituti di carattere premiale (359 ss.). Cfr. infine L. Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino 2000, 55 ss., il quale valorizza opportunamente la componente soggettivistica del diritto alla difesa, soffermandosi così in termini critici sugli «istituti processuali che non garantiscano una piena libertà non solo sull'*an*, ma anche in ordine al *quando* e al *quomodo* dell'autodifesa» (73).

⁷ Cass. 21.4.2017 n. 28388, in *CEDCass.*, m. 270339-01.

⁸ Così Cass. S.U., 29.5.2012 n. 36258, in *CEDCass.*, m. 253152-01.

⁹ Basti pensare alla causa di non punibilità recentemente introdotta ad opera della l. 9 gennaio 2019 n. 3 in favore di colui che «denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili» in relazione ai più gravi delitti contro la pubblica amministrazione, su cui L. Sturzo, *Tra istanze di efficacia e giustizia: La nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P.A.*, in *Arch. pen.* 2019, 1 ss. Più in generale, sulle caratteristiche strutturali delle forme di collaborazione in rilievo cfr. T. Padovani, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, in *RIDPP* 1981, 529 ss.; nonché Id., *Il traffico delle indulgenze. «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità*, in *RIDPP* 1986, 413 ss. Cfr. anche, entrambi con particolare attenzione ai profili di diritto comparato, A. Bernasconi, *La collaborazione processuale: incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, Milano 1995; C. Ruga Riva, *Il premio per la collaborazione processuale*,

sufficiente un contegno processuale remissivo che non “intralci” il regolare corso della giustizia, comunque indiscutibilmente in grado di limitare l’ampiezza delle facoltà difensive.

L’ambito applicativo dell’art. 62-bis Cp – tema indubbiamente dotato di una significativa rilevanza pratica, data la sua diretta incidenza sulla misura della sanzione da infliggersi all’esito del giudizio – lascia dunque emergere implicazioni di ampio respiro.

Vi si collega il dibattito in ordine al concetto di “abuso del processo”, problematica costruzione teorica volta a sanzionare l’esercizio strumentale di prerogative che pure sono formalmente riconosciute all’accusato¹⁰.

Viene più in generale a tema l’alternativa tra una concezione panpenalistica del tutto estranea alla genuina ispirazione assiologica del rito e l’opposta visione che privilegia l’autonoma dignità concettuale del sistema processuale, da intendersi quale insieme di regole eccentrico alla logica punitiva insita nelle previsioni di parte sostanziale¹¹.

Eppure, paradossalmente, proprio la svolta verso il processo di parti con il suo portato soggettivistico ha offerto una sponda decisiva alla comparsa di tentazioni, minacce e lusinghe, giustificando l’introduzione di figure negoziali e premiali ad ogni latitudine dell’accertamento¹².

Tra questi esempi, dal 1999, ne abbiamo uno ulteriore, particolarmente insidioso. Si allude al consenso prestato dal difensore dell’imputato all’acquisizione al fascicolo del dibattimento degli atti di indagine, a norma dell’art. 493 comma 3 Cpp¹³,

Milano 2002. Assai critico in ordine alla compatibilità costituzionale del trattamento sanzionatorio più mite assicurato al delatore, D. Tassinari, *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bologna 2012, 350.

¹⁰ Del resto, anche coloro che riconoscono un qualche valore al concetto di “abuso del processo” non possono non ammettere almeno sul piano concettuale che «facoltà e poteri esistono o non esistono, e conseguentemente possono o non possono essere esercitati, senza che l’eventuale sviamento si risolva, in linea generale, in fattore di preclusione o sanzionamento». Così G. Leo, *L’abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, in *DPP* 2008, 508-509. Per alcuni rilievi a tale proposito si veda anche F. Caprioli, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, in *CP* 2012, 2444 ss.; R. Orlandi, *Abuso del diritto o diritto all’abuso?*, in *CP* 2012, 3599 ss. Sul tema anche P. Calamandrei, *Il processo come giuoco*, in *RDP* 1949, 23 ss. Per una trattazione organica cfr. infine E. M. Catalano, *L’abuso del processo*, Milano 2004, *ibidem*.

¹¹ Si tornerà su questo aspetto subito *infra*, § 2, occupandosi dell’impossibilità di qualificare il contegno processuale alla stregua di condotta susseguente al fatto rilevante ai fini della commisurazione della pena in base all’art. 133 comma 2 n. 3, Cp. Mette generalmente in guardia rispetto ai rischi di una compenetrazione tra le «figure del processo» e la logica della teoria generale del reato, D. Negri, *Il processo penale come scriminante*, in *AA.VV., Il penale nella società dei diritti. Cause di giustificazione e mutamenti sociali*, a cura di M. Donini e R. Orlandi, Bologna 2010, 193 ss. Simile operazione, se da un lato possiede il merito di svelare l’aggressività di certe operazioni processuali, d’altro canto potrebbe infatti condurre a legittimare «una generica supremazia delle autorità procedenti autorizzandole implicitamente all’esercizio di tutti i poteri che si rendono necessari di volta in volta per raggiungere lo scopo preventivo e repressivo» (198).

¹² Sembrano dunque lontani i tempi in cui logiche di indisponibilità dell’oggetto del processo penale portavano la dottrina a smentire l’esistenza di penetranti poteri dispositivi delle parti. In questo senso G. Riccio, *La volontà delle parti nel processo penale*, Napoli 1969, 227 ss. Sui connotati strutturali del «processo come soluzione di conflitti» si veda invece M. R. Damaška, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna 1991, 158 ss.

¹³ Illustra bene le insidie tipiche dell’istituto D. Negri, *Deroghe al contraddittorio e consenso delle parti*, in *AA. VV., I principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma 2016, 489.

accompagnato appunto dal riconoscimento delle attenuanti generiche¹⁴. E di questo ora trattiamo.

2. Prima di passare in rassegna i risvolti prettamente processuali connessi all'eventualità in esame, sembra opportuno soffermarsi su alcuni aspetti afferenti al campo del diritto sostanziale, capaci di evidenziare con singolare chiarezza i preoccupanti equivoci alla base dell'approdo argomentativo che ammette l'applicazione della diminuzione a seguito del consenso prestato in forza dell'art. 493 comma 3 Cpp. È innanzitutto sul piano sostanziale che emergono errori "da matita blu", indizi di un preoccupante sovvertimento della grammatica penalistica verosimilmente influenzato da inclinazioni di matrice efficientista.

Come noto, risulta *in primis* discutibile la stessa possibilità di valorizzare il contegno processuale dell'imputato al fine di orientare la decisione del giudice sulla misura della pena eventualmente da infliggersi all'esito del giudizio. A ben vedere, il comportamento serbato nel corso dell'accertamento integra difatti un post-fatto estraneo al disvalore del reato e alla dimensione della colpa¹⁵. Ciò sembra valere almeno per tutte quelle condotte di generica collaborazione processuale non assistite dagli effetti sostanziali tipici del ravvedimento¹⁶ e, sicuramente, per le iniziative che si risolvono nel mero esercizio di facoltà processuali assegnate alla difesa quale è quella considerata dall'art. 493 comma 3 Cpp¹⁷.

Non sembra possibile argomentare diversamente giovandosi dell'appiglio offerto dal testo dell'art. 133 Cp, il quale annovera genericamente la condotta susseguente al reato tra i criteri di commisurazione della pena. Quella clausola, se intesa in maniera ortodossa e coerente al principio di colpevolezza, permette di valorizzare unicamente il post-fatto idoneo a condizionare la valutazione sulla personalità del reo poiché legato all'offensività della condotta tipica¹⁸. Simile ipotesi è però affatto diversa da quella qui oggetto di approfondimento, relativa appunto

¹⁴ Lo schema è particolarmente ricorrente in sede di merito, tanto da aver addirittura rappresentato il motivo di un'astensione dalle udienze indetta nel luglio 2014 dalla Camera Penale di Milano. Il testo della relativa delibera è disponibile all'indirizzo: <http://www.camerapenalemilano.it/public/file/Delibera%204%20luglio%202014%20-%20Astensione%2017%20luglio%202014.pdf>. A tale specifico riguardo anche M. L. Di Bitonto, *Osservazioni a Corte cost.*, n. 290, 18 ottobre 2011, in *CP* 2012, 1692.

¹⁵ In questo stesso senso E. Dolcini, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova 1979, 316, con riferimenti bibliografici di area tedesca, secondo cui «le obiezioni incentrate sull'estraneità al fatto [del comportamento processuale dell'imputato] appaiono difficilmente superabili». Dà conto dell'opinione adombrando però la possibilità di una differenziazione tra la «certamente illegittima punizione [...] di modalità "non collaboranti" di esercizio del diritto di difesa» ed un «favore legittimo verso scelte di collaborazione», D. Pulitanò, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *RIDPP* 1986, 1011.

¹⁶ Su cui ancora D. Pulitanò, *op. cit.*, 1007. Conformemente L. Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato*, cit., 339 ss. trattando della «complessa tematica del significato del post-fatto sul piano penalistico», con particolare riguardo al problematico istituto della confessione.

¹⁷ In aderenza a quanto già criticamente evidenziato dalla dottrina in relazione alla casistica sul diniego delle attenuanti generiche a seguito dell'esercizio del diritto al silenzio, su cui R. Lopez, *Le attenuanti generiche e il silenzio dell'imputato*, in *RIDPP* 1999, 1120 ss.

¹⁸ Come avviene del resto nelle ipotesi di ravvedimento considerate dal codice, caratterizzate da un «nesso che unisce ciascuna delle singole fattispecie "premiali" all'interesse offeso dalla condotta criminosa». Così T. Padovani, *La soave inquisizione*, cit., 533.

all'estrinsecazione di una prerogativa difensiva in quanto tale necessariamente autonoma rispetto all'illecito che giustifica la sanzione¹⁹.

L'esigenza di contenere il margine discrezionale sulla dosimetria sanzionatoria, escludendo dai criteri utili ad orientare il vaglio giudiziale legittimi atteggiamenti processuali dell'imputato, risulta impellente proprio nel caso delle attenuanti generiche. La strutturale indeterminatezza dei presupposti per l'applicazione della diminuzione favorisce, infatti, interpretazioni dirette a considerare – tanto in positivo come in negativo – condotte che sono espressione di insindacabili scelte processuali²⁰. Consapevole di ciò si è dimostrato persino il legislatore arcigno che, con intervento additivo al testo dell'art. 62-bis Cp realizzato con l. 5 dicembre 2005 n. 251, aveva proibito la valutazione del comportamento susseguente al reato ai fini del riconoscimento delle circostanze *de quibus* a favore del recidivo ex art. 99 comma 4 Cp, con formulazione poi censurata da C. cost. 10.6.2011 n. 183 ma solo in ragione della natura irragionevolmente presuntiva della preclusione allora introdotta²¹.

Sotto un diverso profilo, è comunque la provenienza soggettiva dell'accordo sulla formazione del fascicolo a disvelare un'inaccettabile forzatura interpretativa da parte della casistica che ci impegna. L'applicazione delle "generiche" a seguito del consenso acquisitivo manifestato dal difensore conduce infatti ad un trattamento sanzionatorio più benevolo per l'imputato, sebbene l'iniziativa considerata "meritoria" risulti il più delle volte ascrivibile esclusivamente al suo legale.

Al di fuori dei casi in cui sia possibile accertare una precisa partecipazione volitiva dell'assistito alla scelta palesata dall'avvocato in qualità di mero *nuncius* – circostanza difficilmente riscontrabile in assenza di apposito incarico rilasciato in favore di quest'ultimo nelle forme di cui all'art. 122 Cpp²² – si viene infatti a realizzare un contrasto con uno dei capisaldi della dogmatica penalistica costituzionalmente orientata, ossia il principio di personalità della responsabilità penale sancito dall'art. 27 comma 1 Cost., inteso come responsabilità per fatto proprio prima ancora che colpevole²³. In forza di tale fondamentale valore, le condotte idonee a determinare

¹⁹ Conformemente, con precipuo riferimento al privilegio contro l'autoincriminzazione, D. Tassinari, *op. cit.*, 340 ss., il quale non manca altresì di individuare un'inaccettabile concezione «inquisitoria» del rito alla base del contrario orientamento talvolta manifestato dalla giurisprudenza. In forza di quanto si sostiene, sembra dunque doveroso negare qualsiasi rilevanza ai fini della commisurazione della pena anche alla condotta mendace dell'imputato. Il contegno mendace sarebbe infatti comunque riconducibile all'esercizio dello *ius tacendi* secondo l'opinione maggiormente condivisibile (su cui, per tutti, V. Patanè, *op. cit.*, 91 ss.; O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, cit., 65 ss.). Analogamente, M. Nobili, *Il libero convincimento del giudice*, Milano 1974, 325. *Contra* però, proprio in tema di limiti al riconoscimento delle "generiche", G. Di Chiara, *In tema di qualificazione giuridica del mendacio dell'imputato. Aspetti processuali.*, in CP 1988, 809-810.

²⁰ L'ipotesi disciplinata dall'art. 62-bis Cp potrebbe addirittura risultare di dubbia compatibilità con il principio di colpevolezza in forza della sua formulazione volutamente generica, potenzialmente capace di pregiudicare le esigenze di prevedibilità proprie del precetto penale. Cfr. al riguardo D. Castronuovo, *Tranelli del linguaggio e "nullum crimen". Il problema delle clausole generali nel diritto penale*, in www.la legislazione penale.eu, 5 giugno 2017, 19.

²¹ L'intervento era animato da evidenti propositi di rigore verso l'imputato recidivo. Più in generale sui rapporti tra la previsione di cui all'art. 62-bis Cp ed i criteri di commisurazione della pena dettati dall'art. 133 Cp, A. Longo, *Le circostanze attenuanti generiche: concessione o riconoscimento?*, in IP 2003, 1252 ss. V. anche al riguardo M. Massa, *Le attenuanti generiche*, Napoli 1959, 64 ss.

²² Formalità però pacificamente esclusa dalla giurisprudenza come si vedrà meglio *infra*, § 4.

²³ Su cui, tra gli altri, G. Vassalli, voce *Colpevolezza*, in EG, VI, Roma 1988, 1 ss. C. F. Grosso, *Principio di*

l'entità della sanzione – nonché, *a fortiori*, la stessa possibilità di infliggere una pena – dovrebbero essere necessariamente identificate in un agire proprio oltre che antidoveroso del soggetto attivo del reato; diversamente opinando, si finirebbe per fondare una limitazione della libertà personale del reo su accadimenti estranei al suo dominio, per i quali egli non potrebbe essere considerato in alcuna maniera rimproverabile²⁴.

Non smentisce questa diagnosi il disposto dell'art. 59 comma 1 Cp, il quale pure ammette la possibilità di computare circostanze attenuanti non conosciute dall'agente ovvero ritenute insussistenti per errore²⁵. Il riconoscimento putativo della diminuzione postula infatti comunque un collegamento dell'accessorio alla condotta tipica; in questo caso, invece, essa opera non già in favore del soggetto meramente inconsapevole, bensì sulla scorta di accadimenti radicalmente estranei al suo agire.

A fronte di un conflitto così palese, cresce allora il sospetto che l'indirizzo interpretativo in questione sia dettato da esigenze efficientiste, volte a consentire un più "agile" esercizio della giurisdizione incentivando l'utilizzo degli atti unilateralmente formati dall'accusa, anche a costo di derogare al principio del *nulla poena sine culpa*.

3. Questo disallineamento soggettivo tra colui cui è il più delle volte riconducibile la paternità dell'iniziativa "meritoria" e chi beneficerà materialmente degli effetti favorevoli conseguenti all'opzione consensuale non manca di sollevare rilevanti problematiche anche in prospettiva squisitamente processuale, specie per ciò che concerne il riparto di competenze tra difensore ed assistito nell'esercizio dei poteri dispositivi delle parti.

In termini generali, spicca la singolare insistenza del legislatore sulla possibilità per le parti di addivenire al «patteggiamento sulla prova»²⁶: sancita dall'art. 431 comma 2 Cpp sin dal momento della formazione del fascicolo per il dibattimento; ribadita dall'art. 493 comma 3 Cpp in sede di richieste probatorie, peraltro senza introdurre alcuna esplicita limitazione temporale per il perfezionamento dell'accordo²⁷; ulteriormente promossa nell'ambito della disciplina relativa a contestazioni (art. 500 comma 7 Cpp) e letture (art. 513 Cpp), analoga facoltà è poi oggetto di espressa menzione anche all'interno della disciplina dedicata ai moduli procedurali

colpevolezza e personalità della responsabilità penale, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli 2006, 3 ss.

²⁴ Cfr. ancora, con particolare riguardo ai rapporti tra colpevolezza e commisurazione della sanzione, E. Dolcini, *op. cit.*, 257 ss.

²⁵ Più in generale sul tema, A. Melchionda, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova 2000, 761 ss. Si veda anche D. Castronuovo, *op. cit.*, 19.

²⁶ Adottano questa espressione, tra gli altri, B. Galgani, *Commento alla l. 16 dicembre 1999, n. 479. Titolo III - Modifiche al codice di procedura penale. Capo X - Modifiche alle disposizioni sul giudizio. Art. 40*, in LP 2000, 504; nonché A. Camon, *Accordi processuali e giustizia penale: la prova patteggiata*, in RDP 2008, 57.

²⁷ In tal senso, tra le altre, Cass. 22.11.1994 n. 2533, in CP 1996, 844. In senso conforme R. Del Coco, *Disponibilità della prova penale e accordi tra le parti*, Milano 2004, 136 ss. Critico al riguardo invece D. Negri, *Deroghe al contraddittorio e consenso delle parti*, cit., 489-490; nonché P. Bronzo, *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*, Padova 2017, 216 ss.; S. Buzzelli, *Fascicolo dibattimentale "negoziato" e acquisizione probatoria*, in IP 2001, 395 ss. Cfr. anche, diffusamente, A. Procaccino, *Il negozio probatorio dibattimentale*, Milano 2010, 65 ss.

“speciali” della citazione diretta a giudizio *ex art.* 550 ss. Cpp (art. 555 comma 4 Cpp) e del procedimento innanzi al giudice di pace (art. 29 comma 7 d.lgs. n. 274/2000). Si noti poi come l'elemento consensuale torni ad essere valorizzato anche nella recente riforma delle intercettazioni, dove l'accordo tra le parti permette l'utilizzo dei c.d. brogliacci d'ascolto della polizia dispensando dalla trascrizione delle captazioni con le forme della perizia²⁸. Colpisce dunque il richiamo quasi ossessivo alla componente negoziale nella delimitazione del materiale probatorio – espressione di una più generale tendenza caratterizzata dall'esaltazione dei profili dispositivi dell'accertamento²⁹ – quasi a voler suggerire in maniera subliminale l'opportunità di un volontario abbandono di uno dei cardini del giudizio in stile accusatorio, evidentemente percepito come fastidioso impiccio che occorre per quanto possibile limitare ad ipotesi residuali.

Analogamente a quanto già evidenziato sul fronte sostanziale, è comunque anche in questo caso la titolarità soggettiva della facoltà di concordare il contenuto del fascicolo del dibattimento a porsi in rapporto di dubbia compatibilità con le regole costituzionali del processo, ed in particolare con il principio del contraddittorio nella formazione della prova.

Taluno contesta simile impostazione, concependo l'acquisizione a norma dell'art. 493 comma 3 Cpp non già quale vera e propria deroga all'art. 111 comma 4 Cost., bensì alla stregua di una particolare modalità di esplicazione dello stesso metodo dialettico. Secondo questa visione, acconsentendo al transito dibattimentale degli atti d'indagine le parti si limiterebbero a prendere atto della superfluità dell'acquisizione partecipata, dimostrandosi acquiescenti rispetto ai contenuti unilateralmente raccolti in sede investigativa in maniera non diversa rispetto a quanto avviene qualora esse si astengano dal partecipare all'esame incrociato di una fonte dichiarativa in sede dibattimentale, che pure nessuno dubiterebbe essere assistito da un contraddittorio per così dire “sostanziale”³⁰.

La tesi si espone tuttavia a diverse obiezioni. Innanzitutto, ritenere che il principio del contraddittorio nella formazione della prova risulti osservato anche solo in presenza di un'interlocuzione limitata alle modalità acquisitive di supporti unilateralmente preformati equivale a fornire una lettura ingiustificatamente riduttiva del valore, che finisce per svilirne la dimensione euristica. L'art. 111 comma 4 Cost., non certo casualmente, si riferisce infatti al contraddittorio nello specifico momento della *formazione* della prova, in maniera coerente alla componente gnoseologica attribuita

²⁸ Così l'art. 268 comma 7 Cpp. Ancor più di recente, anche le disposizioni processuali in materia di gestione dell'emergenza epidemiologica CoViD-19 non mancano di valorizzare espressamente la possibilità per «le parti» di acconsentire alla celebrazione «da remoto» delle udienze istruttorie o di discussione finale, incidendo però in questo sulle forme del procedere. Così il d.l. 30 aprile 2022, n. 28 che ha modificato sul punto l'art. 83 comma 12-bis del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020 n. 27.

²⁹ Lo rileva, analizzando la genesi dell'istituto, P. Bronzo, *op. cit.*, 87. Sul ruolo dell'elemento negoziale all'interno del rito penale, M. L. Di Bitonto, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino 2004, *ibidem*; nonché, con specifico riguardo all'istituto in rilievo, A. Procaccino, *op. cit.*, 16 ss.

³⁰ G. M. Baccari-C. Conti, *Una nuova espressione del metodo dialettico: l'acquisizione concordata di atti di indagine*, in *DPP* 2003, 874 ss.; M. L. Di Bitonto, *op. cit.*, 185 ss.; P. Bronzo, *op. cit.*, 107 ss.

alla regola, effettivamente preservata solo qualora la sua operatività venga assicurata durante la genesi delle conoscenze spendibili in giudizio³¹.

Neppure regge il suggestivo paragone operato con riguardo al contegno inerte della parte che opti per non concorrere alla formazione dialettica delle prove dichiarative astenendosi dal rivolgere domande al teste escusso in giudizio. Tra le due fattispecie considerate permane infatti una distanza incolmabile. L'esame testimoniale "unilaterale" postula infatti pur sempre l'acquisizione di contributi istruttori formati in un contesto sensibilmente diverso e maggiormente garantito rispetto a quello che caratterizza la formazione dell'omologo atto di indagine, assistito da prescrizioni appositamente dirette a tutelare la genuinità dell'apporto conoscitivo³².

È inoltre possibile ravvisare sensibili differenze "qualitative" tra il consenso all'utilizzazione dibattimentale degli atti dell'inchiesta preliminare ed il contegno inerte serbato dalla parte nel corso dell'istruzione dibattimentale: in quest'ultimo caso, infatti, la scelta non partecipativa è pur sempre espressione di una convinzione maturata alla luce di un'attività che ha visto un diretto coinvolgimento (anche solo passivo) dell'interessato, il quale viene posto nella condizione di avere piena contezza delle modalità attraverso cui si è sviluppato l'esame e dell'atteggiamento tenuto dal dichiarante, così da orientare in maniera consapevole la propria strategia processuale. Tutto ciò non avviene invece nel caso dell'assenso all'utilizzazione di elementi confezionati durante la fase predibattimentale. In definitiva, «rinunciare al controesame non equivale ad acconsentire che i verbali di indagine tramutino in prova»³³.

Una volta chiarita la natura di vera e propria deroga al contraddittorio dell'istituto disciplinato dall'art. 493 comma 3 Cpp, non si può allora che prendere atto del suo evidente contrasto con il disposto dell'art. 111 Cost. nel caso in cui il consenso non provenga personalmente dall'imputato, bensì unicamente dal suo legale. Solo la prima ipotesi varrebbe infatti a ricondurre la fattispecie ad una delle deroghe previste dal comma 5 della medesima norma costituzionale³⁴.

³¹ Viceversa, si finirebbe per esaltare una dimensione meramente soggettiva del principio, inteso quale semplice prerogativa riconosciuta alle parti processuali, in antitesi rispetto all'ispirazione epistemologica della previsione costituzionale. Per tutti al riguardo, G. Giostra, voce *Contraddittorio (principio del)*. *Il Diritto processuale penale*, in EG, VIII, Roma 2001, 7.; Id., *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *QuestG* 2001, 1131; nonché P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*, Bologna 2012, 129. In prospettiva diversa però A. Procaccino, *op. cit.*, 44, secondo cui «la componente consensualistica» propria del meccanismo di cui agli artt. 431 comma 2 e 493 comma 2 Cpp basterebbe a realizzare «una dialettica delle parti e tra le parti».

³² Pur senza pretesa di completezza, basti rammentare la pubblicità dell'udienza dibattimentale, le formalità prodromiche all'effettuazione dell'esame testimoniale (art. 497 Cpp) nonché le regole specificamente previste in materia (art. 499 Cpp).

³³ Cfr. H. Belluta, *Contraddittorio e consenso: metodi alternativi per la formazione della prova*, in *RDP* 2003, 134.

³⁴ La facoltà sancita all'art. 493 comma 3 Cpp viene invece riconosciuta anche in capo al difensore dell'imputato, indipendentemente dalla natura fiduciaria ovvero officiosa del mandato, in forza dell'assenza di una norma che riservi specificamente al solo prevenuto l'esercizio del potere in questione. Così, *ex multis*, Cass. 11.2.2010 n. 7061, in *FI* 2010, 503, con nota critica di R. Adorno, *Sulla legittimazione del difensore dell'imputato a concordare l'acquisizione di atti al fascicolo per il dibattimento a norma dell'art. 493, 3° comma, c.p.p.* Ulteriore problematica che esula però dall'oggetto dell'analisi è poi quella relativa alla eventuale necessità di un coinvolgimento di tutte le parti del processo nel negozio probatorio, in ossequio al tenore letterale delle rilevanti disposizioni di legge. Sul tema, tra gli altri, F. M. Grifantini, *Attività preparatorie del contraddittorio dibattimentale*², Torino 2009, 60 ss.

Interpellata sul punto, la Consulta – come noto – ha tuttavia affermato la compatibilità del congegno con il dettato della Carta fondamentale in due distinte occasioni.

I giudici hanno innanzitutto escluso l'irragionevolezza della differenziazione operata tra l'acquisizione integrale degli atti delle indagini sulla base del mero assenso prestato dal difensore e l'ipotesi della rinuncia al contraddittorio dibattimentale determinata dalla richiesta di celebrazione del giudizio abbreviato, necessariamente assistita da un'espressa manifestazione di volontà dell'imputato o di un suo procuratore speciale.

La Corte ha avuto gioco facile nell'evidenziare le differenze che intercorrono tra la richiesta formulata a norma dell'art. 438 Cpp ed il consenso all'acquisizione degli atti di indagine prestato ai sensi dell'art. 493 comma 3 Cpp. In quest'ultimo caso, infatti, difetterebbe una rinuncia al diritto all'assunzione della prova nel contraddittorio, concretandosi l'iniziativa nel mero ingresso in dibattimento di elementi formati durante le indagini, fermo restando il diritto di cui all'art. 190 Cpp³⁵.

La conclusione – teoricamente ineccepibile – sembra però ispirata ad eccessivo formalismo nel momento in cui tralascia di considerare che l'acquisizione degli atti di indagine, specie se estesa all'integralità dei contenuti del fascicolo dell'accusa, rischia di frustrare in maniera determinante l'effettività del diritto alla prova. Le affermazioni della Corte costituzionale potrebbero in altri termini risultare condivisibili solo nei limiti in cui l'acquisizione disposta a norma dell'art. 493 comma 3 Cpp potesse essere considerata fattore del tutto neutrale rispetto al giudizio di ammissibilità condotto ai sensi dell'art. 190 Cpp.

Un simile esito appare difficilmente pronosticabile, finendo per scontrarsi innanzitutto con un dato di realtà. Assai difficilmente il giudice che dispone dell'intera piattaforma investigativa si dimostrerà infatti incline a consentire l'esercizio del diritto alla prova delle parti nella sua massima estensione³⁶, argomentando verosimilmente per la superfluità dell'introduzione di contributi vertenti su circostanze analoghe a quelle che costituiscono oggetto degli atti già acquisiti a norma dell'art. 493 comma 3 Cpp, se non addirittura affermando l'irrelevanza delle richieste istruttorie in base ad una distorta accezione del parametro, inteso alla stregua di una verifica inerente all'utilità dimostrativa dell'elemento di prova piuttosto che quale semplice pertinenza dello stesso in rapporto all'oggetto dell'accertamento³⁷. In buona sostanza, pare

³⁵ C. cost. (ord.), 7.6.2001 n. 182, in *CP* 2001, 2972; C. cost. (ord.), 4.11.2011 n. 290, in *GCos* 2011, 4097, con nota di V. Maffeo, *Accordi sul fascicolo e riduzione dei tempi del processo: quali spazi per una politica premiale*.

³⁶ Secondo A. Camon, *op. cit.*, 75, «è sensato pronosticare che, nella prassi, eventuali domande d'escussione verranno esaminate con scrupolo. [...] alcuni giudici spingeranno più a fondo il vaglio sulle domande d'esame, respingendole con maggior frequenza».

³⁷ Così P. Bronzo, *op. cit.*, 301. Taluno ventila addirittura la possibilità di un'«acquisizione sostitutiva» dell'atto di indagine, attraverso la quale le parti non solo consentono all'utilizzazione dibattimentale dell'atto preformato, ma «contestualmente rinunciano all'assunzione del relativo mezzo di prova». In tal senso G. M. Baccari-C. Conti, *op. cit.*, 873. Critico al riguardo A. Camon, *op. cit.*, 75. È poi vero che la formazione dialettica della prova omologa agli atti acquisiti consensualmente potrebbe essere comunque assicurata per iniziativa dello stesso giudicante in forza del disposto dell'art. 507 comma 1-bis Cpp. Occorre però considerare che l'integrazione officiosa del materiale istruttorio – oltre a rappresentare eventualità statisticamente poco frequente – non integra certo un rimedio «a costo zero». Essa postula infatti il diretto intervento del giudicante nella contesa, minacciando la sua posizione di terzietà ed imparzialità. Per questo ed altri rilievi, si veda L. Marafioti, *Prova «negoziata» e*

difficile non riconoscere la natura surrogatoria dell'acquisizione effettuata ex art. 493 comma 3 Cpp rispetto all'escussione dibattimentale della fonte.

Del resto, la giurisprudenza lascia trasparire una particolare insofferenza rispetto all'acquisizione dialettica di contributi comunque già entrati a far parte del patrimonio conoscitivo del giudice mediante semplice lettura, strutturalmente priva dei crismi dell'oralità e dell'immediatezza, persino qualora il diritto alla riassunzione risulti espressamente affermato dalle fonti normative. Si allude *in primis* alla recente pronuncia in cui le Sezioni Unite hanno subordinato la rinnovazione istruttoria a seguito del mutamento dell'organo giudicante all'indicazione delle specifiche circostanze che ne dimostrerebbero la necessità, affermazione in aperto contrasto con il diritto incondizionato sancito dall'art. 525 Cpp³⁸.

Tornando alla posizione espressa dalla Consulta con riguardo alla compatibilità costituzionale del congegno previsto dall'art. 493 Cpp, essa appare poi ancor meno persuasiva nel momento in cui si preoccupa di superare proprio le obiezioni riferite al contrasto tra l'acquisizione concordata degli atti di indagine non assistita da un'espressa manifestazione di volontà dell'imputato ed i principi sanciti agli artt. 24 e 111 Cost.

A tal fine il consenso all'acquisizione degli atti di indagine viene sbrigativamente ricondotto a mera «modalità di articolazione» della «richiesta di prove nel dibattimento», attività in cui «il ruolo tecnico del difensore assume un essenziale e pressoché esclusivo risalto».

Si arriva così a delineare un'impropria connotazione paternalistica alla funzione del legale, il cui assenso viene dotato di una singolare efficacia taumaturgica, capace di ammantare di aprioristica legittimità le scelte tecniche dal medesimo operate senza necessità di vagliare la loro effettiva incidenza sulle prerogative fondamentali dell'assistito³⁹.

Il ragionamento dei giudici costituzionali pare comunque ancor prima affetto da un equivoco di fondo: piuttosto che mera modalità di articolazione dell'attività di richiesta di prove nel dibattimento⁴⁰, il consenso manifestato dalla difesa alla trasmigrazione dibattimentale degli atti di indagine integra come si è detto una

contraddittorio, in CP 2002, 2947.

³⁸ Cass. S.U., 30.5.2019 n. 41736, in CP 2020, 1030. Collega espressamente il *dictum* ad un degrado dei valori alla base dell'ideologia accusatoria P. Ferrua, *La lenta agonia del processo accusatorio a trent'anni dall'entrata in vigore: trionfante nella Carta costituzionale, moribondo nel reale*, in PPG 2020, 9 ss. Sul tema, da ultimo ed anche con specifico riferimento al disegno di legge modificativo dell'art. 190-bis Cpp attualmente "in cantiere", M. Bargas, *Il principio di immediatezza nel caso di mutata composizione del giudice: da responsi di Corte costituzionale, Sezioni unite e Corti europee alle prospettive de iure condendo*, in SistPen. 2020, 41 ss.

³⁹ Secondo una deprecabile tendenza ben radicata anche nel *case-law* della Corte e.d.u. Nell'ambito del sistema della Convenzione i giudici di Strasburgo sono infatti soliti esaltare il ruolo del legale al fine di confermare la legittimità di scelte abdicative dei diritti processuali dell'accusato. L'assistenza tecnica dell'avvocato consentirebbe infatti di inferire l'esistenza di un sufficiente grado di consapevolezza in capo all'assistito circa le conseguenze derivanti dalle sue rinunce, anche qualora simile consapevolezza non risulti direttamente riscontrata. Questo ragionamento fonda così il presupposto per l'attribuzione di facoltà dispositive direttamente in capo al rappresentante della difesa. Al riguardo D. Negri, *Deroghe al contraddittorio e consenso delle parti*, cit., 496-497.

⁴⁰ Cfr. nella specie C. cost. (ord.), 7.6.2001, n. 182, cit.

rinuncia a prerogative processuali di rango costituzionale stabilite in favore dell'assistito⁴¹.

Non sarebbero dunque mancate le ragioni a sostegno di una posizione diversa rispetto a quella fatta propria dal giudice delle leggi⁴². Nella specie la Corte avrebbe forse potuto almeno affermare l'astratta legittimità dell'istituto in discussione, escludendo però il monopolio del legale nella scelta di una rinuncia totale ed incondizionata al metodo dialettico. Si sarebbe dunque potuta valorizzare l'importanza dell'elemento volontaristico personalmente riconducibile all'imputato, affermando la necessità di rilasciare apposita procura speciale nelle forme dell'art. 122 Cpp in favore del difensore al fine di poter concludere validamente il patto probatorio⁴³.

Una soluzione "compromissoria" e più equilibrata, tesa quantomeno ad ammettere l'impossibilità di un consenso indiscriminato all'acquisizione degli atti di indagine, ossia riferito alla integralità del contenuto del fascicolo del pubblico ministero e non assistito da alcuna ulteriore istanza istruttoria, si sarebbe poi dimostrata coerente con lo stesso tenore letterale dell'art. 493 comma 3 Cpp nel momento in cui tale disposizione si riferisce esplicitamente al consenso all'acquisizione di singoli «atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero», e non già alle risultanze investigative intese nel loro complesso⁴⁴.

Il *dictum* della Corte finisce invece per suffragare la compatibilità costituzionale di un pericoloso quanto formidabile congegno potenzialmente utile a piegare il processo a logiche assai distanti rispetto a quelle che dovrebbero caratterizzare l'accertamento penale.

Tale diagnosi, improntata in apparenza ad eccessivo pessimismo, riceve tuttavia una preoccupante conferma considerando che l'eccessiva responsabilizzazione del difensore avallata dalla Consulta si pone assai di frequente alla base di generalizzate rinunce alla piena esplicazione del metodo dialettico, specie nel caso di procedimenti celebrati a carico di imputati assenti assistiti da difensori nominati d'ufficio⁴⁵.

⁴¹ Analogamente R. Adorno, *L'ammissione della prova in dibattimento*, Torino 2012, 229 ss.;

⁴² Parla di «secca risposta della Corte delle leggi», E. Marzaduri, *La prova negoziata e l'art. 111 Cost.: tra deroga al contraddittorio e valorizzazione dei profili dispositivi dell'accertamento penale*, in AA.VV., *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di G. Di Chiara, Torino 2009, 214.

⁴³ Su questa linea A. Procaccino, *op. cit.*, 236 ss.

⁴⁴ Certo ciò avrebbe obbligato ad assolvere il non agevole compito di individuare «il limite quantitativo, oltre il quale l'istituto non dovrebbe operare». Lo evidenzia rivendicando la legittimità di un accordo ricomprendente l'integralità dei contenuti del fascicolo della parte pubblica G. L. Fanuli, *Riflessioni sull'istituto dell'acquisizione di atti su accordo delle parti*, in CP 2001, 358.

⁴⁵ Cfr. *retro* il documento citato alla nota n. 14. Sintomatiche della tendenza in esame sono altresì le risultanze dell'indagine statistica condotta da Eurispes ed Unione Camere Penali Italiane raccolte nel documento "*Rapporto sul processo penale in Italia*", consultabile on-line all'indirizzo: http://www.ristretti.it/commenti/2008/settembre/pdf7/ucpi_eurispes.pdf (ultimo accesso all'URL in data 14 maggio 2019). Sebbene con specifico riferimento all'istituto del consenso alla lettura degli atti processuali in caso di mutamento del giudice, i dati evidenziano infatti una percentuale di acquiescenza alla lettura da parte delle difese d'ufficio superiore al 90% dei casi esaminati. Pare ragionevole ritenere in via inferenziale che analoghe proporzioni caratterizzino l'atteggiamento del legale sprovvisto di nomina fiduciaria in occasione della valutazione condotta a norma degli artt. 431 comma 2 e 493 comma 3 Cpp. Concorde anche D. Negri, *I fascicoli*, in AA.VV., *Fondamenti di procedura penale*, Milano 2019, 521.

4. È proprio il connubio tra formazione negoziata del fascicolo per il dibattimento su impulso del legale e riconoscimento delle attenuanti generiche a contribuire in maniera decisiva a tale eventualità, generando un binomio assai problematico.

La diminuzione della pena operata in forza del consenso del difensore all'utilizzazione degli atti delle indagini fonda infatti le premesse teoriche per legittimare il diniego delle predette attenuanti motivato dall'assenza di una tale manifestazione di volontà, facendo così mutare l'applicazione delle circostanze da benevola concessione ad odioso ricatto nei confronti di coloro che si dimostrassero poco inclini ad assentire alla traslazione dibattimentale delle risultanze investigative. Il c.d. patteggiamento sulla prova si presta così a costituire l'occasione per lusinghe, adescamenti e minacce⁴⁶ all'interno di una dinamica negoziale già istituzionalmente sbilanciata in favore dell'accusa⁴⁷, assegnando al legale un improprio monopolio coinvolgente cruciali valutazioni che potrebbero essere persino condizionate da considerazioni estranee al mero interesse dell'assistito⁴⁸.

Al di fuori della situazione patologica da ultimo delineata, sembra comunque più che verosimile ritenere che il difensore, specie ove non legato all'assistito da rapporto fiduciario e magari privo di un'approfondita conoscenza degli atti di causa, risulterà il più delle volte incline ad assecondare la traslazione dibattimentale delle risultanze investigative se non altro al fine di scongiurare l'applicazione di un trattamento sanzionatorio più rigoroso all'imputato inconsapevole.

Ciò consente allora di comprendere l'eccesso di ottimismo di cui pecca una visione che si limiti a considerare gli accordi sulla composizione del fascicolo alla stregua di una mera valutazione delle parti in ordine alla superfluità di un'acquisizione partecipata degli elementi di prova⁴⁹. Esse saranno inevitabilmente guidate nella loro scelta da interessi egoistici il più delle volte estranei alla tutela dell'efficacia dimostrativa del contributo istruttorio⁵⁰, tra cui non potrà che assumere un rilievo decisivo appunto l'interesse ad assicurarsi lo sconto di pena accordato in occasione del consenso all'utilizzazione dibattimentale di atti delle indagini (o, specularmente, ad evitare il trattamento di rigore riservato all'intransigente).

Il sostanziale abbandono del principio sancito dall'art. 27 comma 1 Cost. e la contestuale rinuncia al metodo di formazione dialettica della prova anche al di fuori

⁴⁶ B. Galgani, *op. cit.*, 505.

⁴⁷ A. Camon, *op. cit.*, 63.

⁴⁸ Esempio classico è quello del difensore che presti acquiescenza al fine di «sbarazzarsi di una causa non lucrativa», descritto in P. Morosini, *Il giudice del dibattimento*, in *QuestG2001*, 1260. Ulteriore casistica è quella del patrono incline ad atteggiamenti processuali remissivi in una determinata sede unicamente al fine di guadagnarsi il favore del giudicante in altro procedimento, magari cronologicamente prossimo, di assai maggiore importanza per la posta (anche economica) in gioco. Più genericamente critico A. Scella, *La formazione in contraddittorio del fascicolo per il dibattimento*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico (l. 16 dicembre 1999 n. 479)*, a cura di F. Peroni, Padova 2000, 438, il quale individua «l'unico obiettivo avuto di mira» attraverso l'introduzione dell'istituto dell'acquisizione concordata in «quello del risparmio dei tempi processuali».

⁴⁹ Si sofferma su tale aspetto G. Giostra, *Contraddittorio*, cit., 9.

⁵⁰ Sottolinea gli interessi egoistici delle parti sottesi al consenso acquisitivo D. Negri, *I fascicoli*, cit., 520.

delle ipotesi ammesse dall'art. 111 comma 5 Cost. rappresentano allora in quest'ottica null'altro che due facce della stessa medaglia. Da un lato l'applicazione di un trattamento sanzionatorio più favorevole a beneficio di un soggetto che potrebbe non prendere parte alla scelta che lo giustifica costituisce il prezzo da pagare per incentivare la scelta abdicativa remunerando in qualche maniera chi ne patirà le conseguenze; dall'altro lato l'impropria esaltazione del ruolo processuale del difensore consente invece di garantire la massima estensione applicativa agli accordi sulla composizione del fascicolo. L'autonoma legittimazione riconosciuta in capo al legale, oltre a demandare l'opzione rinunciataria ad un soggetto che potrebbe dimostrarsi assai più accondiscendente rispetto al titolare del diritto al contraddittorio, consente infatti di percorrere la via dell'acquisizione semplificata anche in tutti i casi in cui non sarebbe possibile ottenere direttamente dall'imputato il consenso prescritto dall'art. 111 comma 5 Cost., come avviene tipicamente quando egli risulta irreperibile.

Norme sostanziali e istituti processuali finiscono così per saldarsi dando vita ad una preoccupante convergenza, animata dallo scopo – ormai dilagante – di imprimere efficienza e funzionalità al sistema punitivo⁵¹, pure a costo di sacrificare su quell'altare la coerente attuazione dei valori basilari affermati dalla Carta fondamentale con riguardo ad entrambi i settori dell'ordinamento penale⁵².

⁵¹ D. Negri, *Splendori e miserie della legalità processuale*, in AA.VV., *Legge e potere nel processo penale. Atti del convegno, Bologna 4 e 5 novembre 2016*, Milano 2017, p. 74. L'impietosa diagnosi è condivisa da L. Marafioti, *Prova «negoziata»*, cit., 2945 ss.

⁵² Sulla stessa linea, per quanto riguarda nella specie il settore della procedura penale, si vedano le considerazioni espresse a margine di C. cost., 29.5.2019, n. 132 da O. Mazza, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in *Arch. pen.* 2019, 1;