



5/2019

VENTI DI RIFORMA DELL'UDIENZA PRELIMINARE E DEL PATTEGGIAMENTO: UN SUBDOLO ATTACCO AL PROCESSO ACCUSATORIO (*)

di Marcello Daniele e Paolo Ferrua

SOMMARIO: 0. Due proposte insidiose. – LA RIFORMA DELL'UDIENZA PRELIMINARE – 1. Il canone dell'*in dubio pro reo* in udienza preliminare? – 2. L'inutilità della modifica: la vischiosità del rinvio a giudizio. – 3. L'effetto deleterio della modifica: il condizionamento del giudice del dibattimento. – 4. Una (contro)riforma accusatoria dell'udienza preliminare. – LA RIFORMA DEL PATTEGGIAMENTO – 5. Due modelli di patteggiamento? – 6. Il concetto di 'accertamento' e la natura 'negoziale' del patteggiamento. – 7. L'insostenibile pretesa di accertamento. – 8. Patteggiamento e ricorso in cassazione. – 9. Quale soglia per il patteggiamento?

0. Due proposte insidiose.

Nell'odierno dibattito sulla riforma del processo penale, si assiste ad una singolare convergenza della magistratura e dell'avvocatura verso alcune modifiche legislative che, nella pretesa di migliorare l'efficienza del sistema riuscendo al contempo a preservare le garanzie difensive, in realtà attaccano il cuore del modello accusatorio recepito dal nostro codice di procedura penale. Un attacco subdolo, in quanto mascherato dall'intento di conseguire un più ragionevole bilanciamento fra i valori in gioco; ma non per questo meno insidioso, anzi.

Non si vogliono negare le degenerazioni a cui i principi accusatori sono esposti nella società contemporanea. L'uso di tecniche sempre più sofisticate nell'analisi della scena del crimine, spesso, porta alla formazione di prove già nelle battute iniziali delle indagini, riducendo il contraddittorio ad una mera discussione *ex post* sulla validità dei metodi scientifici impiegati. Ma che a queste deviazioni, fisiologiche in quanto dovute agli inevitabili mutamenti indotti dal progredire della tecnologia, la legge ne aggiunga di ulteriori, svalutando ancora di più la centralità del dibattimento, appare arduo da accettare.

Difficile al momento prevedere quale sarà la portata effettiva della riforma *in itinere*, oggetto di una serrata discussione fra le eterogenee forze politiche che sostengono la maggioranza di governo. Sembra, nondimeno, delinearsi un'idea di fondo. Per garantire l'efficienza del sistema, si vorrebbe riservare la celebrazione dei dibattimenti, con la piena esplicitazione del metodo dialettico, ad un numero esiguo di casi. Per ottenere

(*)Marcello Daniele è autore dei § 1-4 e Paolo Ferrua dei § 5-9.



5/2019

questo risultato, nella riunione del 21 marzo 2019 del «tavolo ministeriale per l'intervento sui tempi del processo penale»¹ sono emerse, in particolare, due proposte: (a) inserire in udienza preliminare la regola dell'*in dubio pro reo*, in modo da ampliarne la funzione di filtro e diminuire il numero dei provvedimenti di rinvio a giudizio; (b) allargare ulteriormente il patteggiamento, allo stesso tempo prevedendo il potere di accertare la responsabilità dell'imputato in capo al giudice chiamato ad applicare la pena concordata.

Ritorna, qui, l'immagine del processo accusatorio anglosassone che già i compilatori del codice avevano in mente: quella di un processo dominato dai riti negoziali, in cui il contraddittorio dibattimentale è in grado di funzionare al meglio in quanto eccezione, e non regola². Mai come in questo caso, però, si profila il pericolo che, in un'eterogenesi dei fini, gli obiettivi perseguiti si tramutino nel loro opposto. Pare lecito nutrire forti perplessità sul fatto che riforme del genere siano capaci di diminuire in modo consistente il numero dei dibattimenti. Non solo. Come ora vedremo, esse rischiano di favorire la creazione di meccanismi decisori che di accusatorio hanno ben poco e, anzi, con ogni probabilità riuscirebbero sgraditi persino ai sostenitori del vecchio processo misto previsto dal codice del 1930.

LA RIFORMA DELL'UDIENZA PRELIMINARE

1. Il canone dell'*in dubio pro reo* in udienza preliminare?

Chi abbia un minimo di dimestichezza con la pratica dei processi penali sa bene che l'udienza preliminare si riduce, perlopiù, ad un controllo di facciata, sebbene a volte anche molto dispendioso in termini di tempi e di uso delle risorse. Nella grande maggioranza dei casi, l'epilogo è già scritto in partenza, e consiste nel rinvio a giudizio. Non è una stortura esclusiva del nostro sistema. Un analogo fallimento del vaglio preliminare dell'accusa si riscontra, in particolare, in Germania³. Ma si tratta, evidentemente, di una magra consolazione.

Ecco, pertanto, la proposta messa sul tavolo ministeriale. L'udienza preliminare non filtra abbastanza? E allora potenziamola ulteriormente, mutandone la regola di giudizio.

Certo, non si può dire che la disciplina vigente brilli per chiarezza. Nell'individuare i casi in cui va pronunciata la sentenza di non luogo a procedere, l'art.

¹ Si veda il relativo [comunicato stampa](#) dell'Unione delle Camere penali.

² Ad esempio, stando alle [statistiche](#) diffuse dal Governo britannico, in Inghilterra nel 2017 si è fatto ricorso al patteggiamento nel 67% dei procedimenti instaurati di fronte alla *Crown Court* (competente a decidere per i reati più gravi).

³ Laddove esso è, addirittura, effettuato dal medesimo organo giudicante di fronte a cui dovrebbe poi svolgersi il dibattimento (art. 203 StPO): cfr. M. VORMBAUM, *La fase intermedia nel processo penale tedesco: controllo effettivo o superfluo passaggio burocratico?*, in *Criminalia*, 2015, 103 ss.

425 comma 3 c.p.p. coniuga ambiguamente il criterio decisorio stabilito dall'art. 530 comma 2 per il dibattimento (si deve prosciogliere quando gli elementi acquisiti sono «insufficienti» o «contraddittori») con quello delineato dall'art. 125 disp. att. per l'archiviazione (si deve «comunque» prosciogliere quando gli elementi non sono «idonei a sostenere l'accusa in giudizio»).

Ad ogni modo, la circostanza che la legge richieda di motivare unicamente la decisione di prosciogliere (art. 426 comma 1 lett. d c.p.p.), e non quella di rinviare a giudizio, fa pensare che in udienza preliminare il *thema probandum* – il c.d. termine 'marcato'⁴ – consista nella presenza dei presupposti per pronunciare il non luogo a procedere. Ne deriva che si dovrebbe rinviare a giudizio in tutte le situazioni in cui questi ultimi non fossero pienamente accertati: *in dubio pro actione*, un canone che ha consentito alla Corte di cassazione di ribadire più volte come al g.u.p. sia «inibito il proscioglimento in tutti i casi in cui le fonti di prova si prestino a soluzioni alternative e aperte o, comunque, ad essere diversamente rivalutate» attraverso l'impiego delle superiori risorse cognitive disponibili in giudizio⁵.

Ebbene, a quanto pare si punterebbe a rafforzare la funzione di filtro dell'udienza preliminare obbligando il g.u.p. ad applicare il diverso canone, finora riservato al dibattimento, dell'*in dubio pro reo*. Ne discenderebbe che, qualora, in base ad una valutazione *rebus sic stantibus* del materiale investigativo raccolto, emergessero prove insufficienti o contraddittorie, si dovrebbe pronunciare il non luogo a procedere, a prescindere dalle possibili evoluzioni dibattimentali della piattaforma conoscitiva.

Per conseguire questo risultato, in una bozza governativa di una possibile legge-delega⁶ si ipotizza di limitare il rinvio a giudizio «ai casi in cui gli elementi acquisiti consentano una prognosi di accoglimento della prospettazione accusatoria». Nel comunicato stampa relativo alla riunione del 21 marzo 2019, poi, si arriva a prospettare l'introduzione di un criterio decisorio dell'udienza preliminare di tipo diagnostico e non prognostico, in modo da renderlo ancora più simile a quello del dibattimento.

I sostenitori della modifica – fra cui si annoverano l'Associazione nazionale magistrati⁷, l'Unione delle camere penali⁸ e una parte degli studiosi⁹ – pensano di riuscire

⁴ Cfr. P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, vol. I, *Struttura e procedimento*, II ed., Giappichelli, 2017, 117 ss.

⁵ Così, fra le più recenti, Cass., sez. IV, 23 novembre 2017, n. 851. V. anche Id., sez. IV, 29 maggio 2018, n. 24073.

⁶ «[Bozza iniziale di punti su cui lavorare](#)».

⁷ Si vedano le «[Proposte di riforma del processo penale](#)» elaborate dall'A.n.m. il 9 marzo 2019. L'idea è condivisa, fra i molti, da un magistrato del Tribunale di sorveglianza di Roma: cfr. M. PATERNELLO, *Quale processo penale?*, in *www.questionegiustizia.it*, 11 gennaio 2019, secondo il quale in udienza preliminare si dovrebbe operare «mediante canoni di delibazione rigorosi e realistici sulle prospettive di condanna», in sostanza effettuando, «con strumenti inquisitori», «una verifica della responsabilità penale ai soli fini della celebrazione del processo, senza formulare prognosi su ipotetiche acquisizioni dibattimentali».

⁸ Si veda il punto n. 6 dei «[Criteri direttivi dell'Unione](#)» del 2 marzo 2019, nonché il punto n. 6 delle «[Proposte di intervento](#)» della Giunta dell'U.c.p.i. del 13 marzo 2019.

⁹ Cfr. il punto n. VIII delle «[Prime indicazioni per una riforma sistematica del processo penale](#)» elaborate dall'Associazione tra gli studiosi del processo penale. Cfr. altresì, tra le voci favorevoli, F. CASSIBBA, *L'«insostenibile leggerezza» dell'udienza preliminare*, in *Criminalia*, 2015, 79 ss., nonché, già *de iure condito*, E. AMODIO, *Lineamenti della riforma*, in E. Amodio – N. Galantini (a cura di), *Giudice unico e garanzie difensive*. La

a abbinare così le esigenze difensive con l'efficienza del sistema. Ci sono, però, buoni motivi per ritenere che sia una pia illusione. Un *restyling* del genere non solo non sortirebbe l'effetto sperato, non aumentando in modo significativo il tasso di pronuncia della sentenza di non luogo a procedere. Rischierebbe pure di diminuire l'importanza del dibattimento, rafforzando irragionevolmente la pretesa punitiva e innescando una pericolosa degenerazione del sistema.

2. L'inutilità della modifica: la vischiosità del rinvio a giudizio.

Sarebbe, anzitutto, una modifica inutile per una ragione che si potrebbe definire ontologica: comunque il criterio decisorio da osservare sia declinato dalla legge, il giudice chiamato al vaglio preliminare dell'accusa è destinato a trovarsi in una posizione di inferiorità cognitiva rispetto a quella del giudice del dibattimento. Ciò valeva per la vecchia decisione istruttoria prodromica al dibattimento nel codice del 1930, pur fondata su atti dotati, già di per sé, del valore di prova; una decisione anche essa, per forza di cose, provvisoria, considerata la possibilità di acquisire in giudizio ulteriori elementi conoscitivi grazie all'oralità e al contraddittorio¹⁰. E ciò vale, a maggior ragione, nel sistema vigente, laddove la separazione tra le fasi costringe il g.u.p. a decidere sulla base di elementi strutturalmente diversi da quelli che saranno a disposizione del giudice del dibattimento¹¹.

Proprio questo è il motivo dell'enorme vischiosità del rinvio a giudizio, a cui neppure i precedenti ritocchi dell'art. 425 c.p.p.¹² sono riusciti ad ovviare. Di fronte alla possibilità che un giudice dotato di risorse epistemiche ben più potenti si occupi della questione, perché, nel dubbio, prendersi la responsabilità di prosciogliere e la briga di motivare, soprattutto quando vengano in gioco reati mediaticamente rilevanti? Così stando le cose, non stupisce che, nella prassi, la sentenza di non luogo a procedere continui ad essere pronunciata solo nelle rare ipotesi in cui il pubblico ministero abbia incautamente esercitato l'azione penale nonostante la presenza di significativi elementi a discarico.

È un *trend* che non si può sperare di cambiare limitandosi a mutare la regola di giudizio. Persino se nell'art. 425 c.p.p. venisse inserita una prescrizione del tutto identica a quella dettata dall'art. 530 comma 2 c.p.p., ci troveremmo di fronte all'ennesima riforma dell'udienza preliminare destinata al fallimento, poichè il g.u.p. continuerebbe a ragionare secondo la logica dell'*in dubio pro actione*. In ciò egli sarebbe, del resto, facilitato dalla dispensa legislativa dall'obbligo di motivazione nel caso del rinvio a

procedura penale riformata, Giuffrè, 2000, 30 ss.

¹⁰ V. P. NUVOLONE, *Contributo alla teoria della sentenza istruttoria penale*, Vita e Pensiero, 1943, 43.

¹¹ Per le implicazioni dei sistemi processuali sulla conformazione della regola di giudizio in udienza preliminare si rinvia a M. DANIELE, *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, Giappichelli, 2005, 8 ss.

¹² Da parte della l. 8 aprile 1993, n. 105 e della l. 16 dicembre 1999, n. 479, che hanno condotto alla vigente formulazione della prescrizione.

giudizio: grazie a quest'ultima, non gli sarebbe difficile nascondere nelle pieghe della decisione di autorizzare l'esercizio dell'azione penale qualsiasi situazione di incertezza in cui venisse a trovarsi.

Per dare concretezza al criterio dell'*in dubio pro reo* in udienza preliminare bisognerebbe avere il coraggio di fare un passo ulteriore, sancendo proprio l'obbligo di motivare il rinvio a giudizio. Se, però, proviamo ad ipotizzare le ripercussioni di un intervento del genere, è difficile non scorgere le distorsioni sistematiche che ne discenderebbero. L'udienza preliminare si trasformerebbe in una sorta di primo grado di giudizio fondato sulle indagini, con un massiccio impiego delle integrazioni *ex artt.* 421 *bis* e 422 c.p.p. al fine di ottenere una piattaforma conoscitiva adeguata per assolvere all'obbligo di motivazione. La decisione del g.u.p., dal canto suo, diventerebbe inquietantemente simile alla vecchia decisione istruttoria, con l'inevitabile marginalizzazione del dibattimento che ne conseguirebbe. Ci sarebbe da chiedersi, a questo punto, se non sarebbe preferibile ritornare al processo misto, dove la fase anteriore al dibattimento, in caso di impiego dell'istruzione formale, perlomeno era gestita dal giudice istruttore anziché dal pubblico ministero.

3. L'effetto deleterio della modifica: il condizionamento del giudice del dibattimento.

Si può aggiungere che, anche se non venisse prescritto l'obbligo di motivare il rinvio a giudizio, l'introduzione del canone dell'*in dubio pro reo* in udienza preliminare peggiorerebbe comunque le cose.

Ne risulterebbe, in ogni caso, aggravato il difetto capitale di qualsiasi procedura finalizzata al vaglio preliminare dell'accusa, che già molti anni fa Francesco Carrara aveva avuto modo di stigmatizzare in riferimento al codice del 1865: l'ineluttabile pregiudizio psicologico esercitato dal rinvio a giudizio sul giudice del dibattimento, dovuto alla prefigurazione, sia pure *rebus sic stantibus*, di una possibile colpevolezza dell'imputato, non solo avanzata da un organo di parte come il pubblico ministero, ma anche condivisa da un giudice. Un pregiudizio determinato «da un esame istituito senza contraddittorio», da «un processo compilato col mezzo di testimoni» «interrogati troppo spesso nel solo senso dell'accusa»; «in una parola, dal processo scritto, il quale per tal guisa continua un influsso nefasto sul processo orale e tende a denaturarlo»¹³.

Questa ipoteca sull'esito finale del giudizio, come è facile intuire, non potrebbe che aggravarsi qualora la legge imponesse al g.u.p. di prosciogliere in ogni caso di incertezza. A questa condizione, quale effetto potrebbe avere il rinvio a giudizio per il giudice del dibattimento, se non quello di certificare l'assenza di dubbi sulla colpevolezza dell'imputato? Se l'imputato avesse chiesto il giudizio abbreviato – sarebbe lecito pensare – la conclusione sarebbe stata la condanna. Si tratterebbe di uno stigma, per di più, acuito dall'assenza di motivazione del rinvio a giudizio: a causa di

¹³ F. CARRARA, *Invio a giudizio in Austria e in Italia*, in Id., *Opuscoli di diritto criminale*, III ed., vol. VI, Giachetti, 1884, p. 429.

quest'ultima, il giudice del dibattimento non si troverebbe nelle condizioni di comprendere se un dubbio nella mente del g.u.p., in realtà, vi fosse, e nonostante ciò questi avesse ugualmente autorizzato il passaggio alla fase del giudizio.

Inutile replicare che sarebbe un pregiudizio ingiustificato, poiché la colpevolezza dovrebbe essere accertata sulla base delle sole prove legittimamente acquisite in dibattimento. Resterebbe ineliminabile il pericolo che il giudice del dibattimento ne resti influenzato anche solo a livello inconscio, non riuscendo a decidere nel modo più corretto.

4. Una (contro) riforma accusatoria dell'udienza preliminare.

Rimane da domandarsi per quale motivo l'avvocatura e la magistratura potrebbero accordarsi su questa riforma dell'udienza preliminare. La risposta sta nelle tipiche attitudini mentali che, comprensibilmente, contraddistinguono le due categorie, e che in questo caso cospirano verso il medesimo risultato.

Nell'intento di salvaguardare al meglio i diritti dei propri assistiti, gli avvocati tendono a prediligere tutto ciò che è in grado di ampliare le occasioni difensive. L'udienza preliminare, con la sua funzione di scudo nei confronti dell'azione penale, vi rientra a pieno titolo. Ed ogni tentativo di potenziarla, in questa visione, non potrebbe che essere accolto con favore.

Nell'intento di conciliare le esigenze cognitive del processo con l'efficienza, dal canto loro i magistrati mostrano un'analogia apertura nei confronti di tutto ciò che consente un primo e più rapido accertamento della colpevolezza sulla base degli atti di indagine, lasciando spazio al contraddittorio solo nelle fasi successive del procedimento. È l'irresistibile attrazione, in capo a chi è chiamato ad accertare la responsabilità penale, per la formazione delle prove tramite la loro accumulazione¹⁴, anziché mediante la loro selezione qualitativa con il filtro del metodo dialettico. Tale atteggiamento, che parrebbe ispirare anche altri intenti riformatori del governo¹⁵, trova una sua naturale manifestazione nella riforma di cui si discute. Ne scaturirebbe un'udienza preliminare concepita come «prova generale del giudizio», capace di anteporre al processo fondato sulle prove raccolte in dibattimento un processo basato «sulle prove raccolte nell'indagine preliminare»¹⁶.

Questa duplice spinta, qui, sfocia nell'illusione di raddrizzare un istituto che, alla prova dei fatti, risulta incorreggibile nella sua disfunzionalità. La vera riforma dell'udienza preliminare non sarebbe irrobustirla; sarebbe, al contrario, abrogarla,

¹⁴ Si pensi alla 'non dispersione' della prova, usata come grimaldello dalla sentenza n. 255 del 1992 della Corte costituzionale per affossare il sistema accusatorio da poco introdotto dal codice del 1988.

¹⁵ Si allude all'intento di ampliare l'area applicativa del giudizio abbreviato condizionato: v., al riguardo, M. SIRAGUSA, *L'abbreviato che verrà*, in *www.ilpenalista.it*, 15 aprile 2019. A favore di una configurazione del giudizio abbreviato come rito ordinario si è espresso anche l'attuale Presidente del Tribunale di Torino: v. M. TERZI, *Trent'anni dall'entrata in vigore del codice di procedura penale. Lo stato della fase dibattimentale di primo grado dei Tribunali ordinari: analisi e proposte*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 20 febbraio 2019, 9 ss.

¹⁶ Sono espressioni di F.M. IACOVIELLO, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè, 2013, 716.

generalizzando la citazione diretta. Una soluzione che, naturalmente, andrebbe collocata nel contesto di una rivisitazione organica del sistema, considerandone attentamente tutte le implicazioni sugli istituti limitrofi ed accompagnandola, in particolare, all'eliminazione del giudizio immediato.

L'amputazione dovrebbe essere netta. Non basterebbe rendere l'udienza preliminare facoltativa, facendola operare in presenza di una specifica richiesta dell'imputato. Tale connotazione, che, in realtà, già deriva dall'attuale possibilità di rinunciare in base all'art. 419 comma 5 c.p.p., non sarebbe capace di innovare lo *status quo*: non è difficile prevedere che l'imputato, per non perdere una *chance* difensiva, nella maggior parte dei casi domanderebbe il controllo del g.u.p.

Per quanto una riforma del genere possa sembrare troppo ardita, non se devono trascurare gli effetti virtuosi. Già da tempo l'udienza preliminare è stata abrogata in Inghilterra, nella patria del processo accusatorio¹⁷. Rinunciare non significherebbe solo favorire l'efficienza¹⁸. Avrebbe anche il pregio di responsabilizzare il pubblico ministero, il quale, privato del confortante alibi del vaglio preliminare del g.u.p., di fronte al timore di un proscioglimento dibattimentale, presterebbe la massima attenzione a non esercitare l'azione penale in assenza di un adeguato supporto probatorio a sostegno della pretesa punitiva. Potrebbe, infine, contribuire a rigenerare lo spirito che aveva animato i compilatori del codice del 1988, rafforzando la premessa indispensabile per il buon funzionamento di qualunque sistema imperniato sul metodo del contraddittorio: la celebrazione del dibattimento alla minore distanza temporale possibile dalla commissione dei fatti.

LA RIFORMA DEL PATTEGGIAMENTO

5. Due modelli di patteggiamento?

Sulla base di quanto si apprende dai mass-media e dalla fonte degli stessi interessati, l'Associazione nazionale dei magistrati e l'Unione delle camere penali sarebbero d'accordo anche per un'estensione del patteggiamento, in termini tale da consentire l'applicazione di pene sino a dieci anni di reclusione; il superamento dell'attuale limite, fissato a cinque anni di reclusione, troverebbe un correttivo nel rafforzamento «del controllo del giudice sulla fondatezza della ipotesi accusatoria». Più in particolare, l'Unione delle camere penali sottolinea l'esigenza di «modificare con attenzione la disciplina del patteggiamento per sciogliere con chiarezza il nodo

¹⁷ Laddove i *committal proceedings*, finalizzati alla delibazione dell'accusa, sono stati sostituiti da una procedura semplificata di mera assegnazione del processo al giudice competente: v. T. CHRISTOU, *Il progressivo abbandono dei "committal proceedings" nella procedura penale inglese*, in *Criminalia*, 2015, 84 ss.; M. DEGANELLO, *Diritto processuale penale inglese. Prime riflessioni*, Giappichelli, 2012, 85 ss.

¹⁸ Secondo M. TERZI, *Trent'anni*, cit., 7, senza l'udienza preliminare mediante si ridurrebbe la durata dei procedimenti di circa un anno.



5/2019

dell'accertamento, in modo che pene anche molto afflittive irrogate con l'applicazione concordata della pena non lascino residuare il dubbio sulla responsabilità dell'imputato. [...] È necessario, infatti, che si introduca un meccanismo che assicuri, agli accordi per pene elevate, una base cognitiva costituita da indagini sufficienti, circostanziate e esaustive su ogni elemento della fattispecie. Il meccanismo della restituzione motivata degli atti al pubblico ministero consentirà al giudice di pretendere delle fondamenta cognitive quando applichi pene sostanziose»¹⁹.

Si affiancherebbero così due modelli di patteggiamento. Quello tradizionale, operante per i reati meno gravi, dove il giudice, nell'applicare la pena, si limita a verificare l'assenza di cause di non punibilità; e quello 'nuovo', destinato ai reati più gravi, nel quale l'applicazione della pena implicherebbe il previo accertamento della colpevolezza.

A prima vista può apparire alquanto singolare questa convergenza di due forze tradizionalmente schierate su versanti opposti, e, nondimeno, si può agevolmente spiegare. Per l'Associazione magistrati, l'estensione del patteggiamento è un mezzo per applicare direttamente la pena in un buon numero di processi con grande risparmio di tempo e di impegno; per i penalisti è l'occasione per un aumento del loro potere negoziale, garantendo una consistente riduzione della pena all'imputato di cui appaia altamente probabile la condanna in sede dibattimentale.

Resta da stabilire in quale misura l'estensione del patteggiamento sia opportuna, anche alla luce del modello di processo privilegiato dalla nostra Costituzione; e se l'accertamento della colpevolezza possa trovare effettivo riscontro nella realtà processuale o si riduca a nulla più che una pretesa.

6. Il concetto di 'accertamento' e la natura 'negoziale' del patteggiamento.

Chiariamo anzitutto il concetto di 'accertamento'. Perché la colpevolezza (come qualsiasi altra proposizione) possa dirsi processualmente accertata, occorrono due componenti, la seconda delle quali discende logicamente dalla prima: la componente 'cognitiva', con cui il giudice, in base all'evidenza disponibile, 'riconosce' come provata oltre ogni ragionevole dubbio la colpevolezza, dandone conto in motivazione²⁰; la

¹⁹ Punto n. 3 delle proposte di intervento della Giunta dell'U.c.p.i. del 13 marzo 2019, cit. V. anche il comunicato stampa relativo alla riunione del 21 marzo 2019, cit., dove si legge che il Tavolo, convocato dal Ministro Bonafede con U.c.p.i., A.n.m., C.n.f., O.c.f. ed A.i.g.a., «è concorde nella ipotesi di estensione del patteggiamento della pena fino a dieci anni, con rafforzamento – oltre i cinque anni – del controllo del giudice sulla fondatezza della ipotesi accusatoria; nonché della possibilità di concordare la pena fino alla metà se il patteggiamento interviene prima della conclusione delle indagini».

²⁰ La regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio segna il livello 'massimo' di prova che si può raggiungere nel processo penale, non essendo possibile una dimostrazione matematica, deduttiva della colpevolezza (l'aggettivo 'ragionevole' indica, appunto, questa differenza rispetto alla prova deduttiva che esclude 'ogni dubbio'); ma, al tempo stesso, segna anche il livello 'minimo', perché ammettere che una qualsiasi proposizione possa dirsi provata anche in presenza di dubbi ragionevoli equivale ad entrare nel regno delle illusioni e dei sospetti.

componente 'performativa', ossia il *fiat* con cui il giudice 'dichiara' colpevole l'imputato nel dispositivo che è, per l'appunto, un comando. L'una è esercizio di un 'sapere' che si acquisisce dalle prove, l'altra di un 'potere', in nome del quale si impone una qualifica.

Appare, quindi, del tutto illusoria l'idea – che periodicamente torna ad affiorare – di introdurre nel patteggiamento una pretesa di accertamento della colpevolezza. Il patteggiamento – intendendosi per tale l'istituto nel quale l'imputato con l'accordo dell'accusa chiede l'applicazione della pena – è e resterà sempre un rito essenzialmente anti-cognitivo, a meno di stravolgerne l'essenza, trasformandolo in una versione peggiorata del giudizio abbreviato, priva anche del semplice contraddittorio sulla prova. La sua caratteristica tipica e, in un certo senso, la sua forza stanno proprio nell'essere anti-cognitivo, ossia nel non pretendere di 'provare', ma nel reggere sul potere dispositivo dell'imputato, assunto come persona pienamente responsabile delle sue scelte (benché nei fatti a negoziare sia, più che l'imputato, il difensore).

A differenza di quanto avviene nell'abbreviato, dove l'imputato chiede di essere giudicato, rinunciando al contraddittorio nella formazione della prova, nel patteggiamento l'imputato non chiede di essere giudicato; con l'accordo del pubblico ministero chiede direttamente la pena, esonerando lo Stato dall'onere di giudicarlo. Il solo accertamento che può esservi – o meglio il controllo, perché non si tratta di accertamento nel senso appena specificato²¹ – è quello 'negativo' sull'assenza, allo stato degli atti, di una causa di non punibilità; e così, infatti, prevede nella vigente disciplina l'art. 444 comma 2 c.p.p.²².

Di qui la peculiare natura del patteggiamento. Alcuni lo considerano un rito accusatorio (per l'attivismo delle parti, rispetto alle quali il giudice funge essenzialmente da controllore dell'accordo), altri un rito inquisitorio (per la mancanza del contraddittorio nella formazione della prova)²³; ma, proprio per l'assenza di un'istanza

²¹ E come tale non figura nel dispositivo.

²² La sentenza di patteggiamento, priva di efficacia nel giudizio civile o amministrativo, la esercita invece nel giudizio disciplinare in forza del richiamo operato dall'art. 445 comma 1-bis all'art. 653 c.p.p., secondo il quale «la sentenza irrevocabile di condanna ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo abbia commesso». Tuttavia, al di là della palese intenzione del legislatore, il richiamo dell'art. 445 c.p.p. all'art. 653 c.p.p., a stretto rigore, risulta 'vuoto', proprio perché la sentenza di patteggiamento non contiene né «l'accertamento della sussistenza del fatto», né «l'affermazione che l'imputato lo abbia commesso»; a meno che il giudice ne dia conto in motivazione e lo dichiari nel dispositivo, deviando così dal modello di sentenza contemplato dall'art. 444 c.p.p. Per raggiungere il fine desiderato, il legislatore avrebbe dovuto introdurre espressamente una finzione, affermando che, ai fini del giudizio disciplinare, il fatto 'si considera' sussistente e commesso dall'imputato; ma, trattandosi di una finzione *in damno*, in tensione con i principi costituzionali, ha preferito evitarla. Come noto, la giurisprudenza, confortata da Corte cost. 336/2009, si attiene all'intenzione del legislatore, riconoscendo efficacia di giudicato alla sentenza di patteggiamento.

²³ Tra i primi v. E. AMODIO, *Il modello accusatorio statunitense e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della giustizia americana*, in E. Amodio – M.C. Bassiouni (a cura di), *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, 1988, XLIII ss.; G. PAOLOZZI, *I procedimenti speciali*, in *Giust. pen.*, 1989, III, 235; P. TONINI, *I provvedimenti semplificati*, in A. Gaito (a cura di), *Le nuove disposizioni sul processo penale*, Cedam, 1989, 104; tra i secondi, pur con diverse valutazioni, L. FERRAJOLI, *Patteggiamenti e crisi della giurisdizione*, in *Questione di giustizia*, 1989, 376 ss.; A. NAPPI, *Guida al nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, 1989, 10 ss.; S. VINCIGUERRA,

cognitiva - comune a entrambi i modelli di giustizia - il patteggiamento non è né accusatorio né inquisitorio, dovendosi inquadrare in un terzo modello di processo, quello della giustizia negoziata, fondata sul potere dispositivo delle parti. Introdurre una pretesa di accertamento equivale a convertirlo in un rito inquisitorio, dove si vorrebbe 'provare' senza l'ombra del contraddittorio, nemmeno quello 'debole' su prove già formate.

Certo, l'idea che una pena sia applicata senza la prova della colpevolezza può riuscire sconvolgente; e anche dal punto di vista costituzionale può suscitare perplessità. L'art. 111 comma 5 Cost. prevede deroghe al contraddittorio nella formazione della prova, come accade nel giudizio abbreviato, ma non all'accertamento della colpevolezza. Il principio che la pena debba seguire all'accertamento della colpevolezza, sebbene non espresso, è sicuramente implicito nel testo costituzionale.

Tuttavia, se non si vuole rinunciare al patteggiamento, come istituto distinto dall'abbreviato - sia sotto il profilo strutturale (la richiesta concordata di una pena) sia sotto il profilo temporale (per la possibilità di presentare la richiesta sin dall'inizio delle indagini) - la soluzione più corretta è di ritenere quel principio costituzionale moderatamente disponibile, ossia tale da incontrare un limite nella volontà dell'imputato che concordi con la controparte l'applicazione di una pena.

Che di tale limite non vi sia cenno nel testo costituzionale è del tutto comprensibile per la semplice ragione che neppure il principio è stato formalmente enunciato. Il rapporto di implicazione tra pena e colpevolezza va estratto in via interpretativa dalle disposizioni che lo presuppongono; ma nessuna di queste impone di formularlo in modo rigido, intollerante del limite concernente il potere dispositivo; e può, pertanto, ritenersi compatibile con la Costituzione la circostanza che, nell'applicazione della pena su accordo delle parti, il giudice si limiti a verificare, in base agli atti, l'assenza di cause di non punibilità.

7. L'insostenibile pretesa di accertamento.

Naturalmente, è anche possibile ritenere, in base ad una diversa interpretazione, che per la Costituzione nessun accordo tra le parti possa rompere il nesso indissolubile tra pena e accertamento della colpevolezza. Ma in questo caso occorre assumersi la responsabilità del passo conseguente che è l'illegittimità del patteggiamento; conclusione che nessuno pare disposto ad accettare nella consapevolezza dell'effetto preziosamente deflattivo esercitato dal rito negoziale sul pesante carico giudiziario.

Ciò che invece appare del tutto inaccettabile - e che rappresenta invece una ricorrente tentazione, ieri in via interpretativa, domani, forse, in sede di riforma - è di risolvere il problema di legittimità costituzionale con un'operazione cosmetica, ossia con una finzione volta a trasfigurare la struttura del patteggiamento, immettendovi una

Novità, difficoltà, illusioni del nuovo processo penale, in M. Garavoglia (a cura di) *Profili del nuovo processo penale*, Cedam, 1988, 22.

pretesa di accertamento della colpevolezza, destinata a rimanere sulla carta, priva di ogni effettivo riscontro nella realtà processuale: sia perché l'accordo tra imputato e pubblico ministero riguarda direttamente l'applicazione della pena e non le modalità del giudizio (come, invece, l'abbreviato); sia perché la richiesta dell'imputato può essere presentata sin dall'inizio dell'indagine e, dunque, in una fase in cui mancherebbe quasi sempre la base probatoria per ritenere 'accertata' la colpevolezza.

Vale la pena di ricordare che già in passato parte della dottrina penalistica, riluttante all'idea che una pena fosse applicata senza la prova della colpevolezza, ma, al tempo stesso, decisa a 'salvare' ad ogni costo il patteggiamento per i suoi consistenti vantaggi in termini di economia processuale, si era impegnata in un'ardita costruzione dogmatica: la richiesta di applicazione della pena rappresenterebbe soltanto una rinuncia all'esercizio del diritto di difesa tramite il contraddittorio, ma non all'accertamento della colpevolezza, a cui il giudice sarebbe comunque impegnato.

In un primo tempo la stessa Corte costituzionale parve assecondare questa prospettiva, affermando che la sentenza *ex art. 444 c.p.p.*, «quando non è decisione di proscioglimento, non può prescindere dalle prove della responsabilità» (sentenza n. 313 del 1990). Di qui una serie di gravi effetti collaterali, il primo dei quali fu quello di incoraggiare una valanga di ricorsi contro le sentenze di patteggiamento. Può stupire, ma l'imputato stesso, non appena ottenuta la pena concordata, si affrettava a lamentare l'assenza, nella motivazione della sentenza, di un'adeguata argomentazione in ordine alla prova della sua colpevolezza; doglianza alquanto singolare, ma al tempo stesso più che fondata, se davvero l'applicazione della pena avesse dovuto reggere su tale prova.

Inevitabile che a questo punto la giurisprudenza sia corsa ai ripari, respingendo gli avventurosi tentativi della dottrina di edulcorare con una 'costruzione' dogmatica la realtà dello scambio su cui regge il patteggiamento (riduzione della pena *versus* rinuncia all'accertamento della colpevolezza). Così la stessa Corte costituzionale non esitò a rettificare le precedenti affermazioni: «La giurisprudenza costituzionale [...] non ha inteso riferire alla sentenza adottata a seguito di 'patteggiamento' la natura propria della sentenza di condanna disposta sulla base di un accertamento pieno della fondatezza dell'accusa e della responsabilità dell'imputato. Al contrario, [...] questa Corte ha ripetutamente sottolineato come l'istituto dell'applicazione della pena su richiesta, anziché comportare un accertamento pieno di responsabilità, basato sul contraddittorio tra le parti, trovi il suo fondamento primario nell'accordo tra pubblico ministero ed imputato sul merito dell'imputazione» (sentenza n. 251 del 1991)²⁴.

Come accade in casi del genere, la Corte non ha trovato il coraggio per smentire radicalmente le precedenti affermazioni; ma il mutamento, anzi il capovolgimento di prospettiva è comunque evidente. L'applicazione della pena, che secondo la precedente sentenza derivava da un accertamento giurisdizionale, viene più realisticamente fondata sull'accordo delle parti; e torna così alla ribalta la logica negoziale prima eclissata dal ferreo legame che si pretendeva d'instaurare tra pena e prova della colpevolezza.

²⁴ Nell'espressione 'accertamento pieno' l'aggettivo nulla aggiunge al sostantivo; un 'accertamento non pieno', tale da ammettere la presenza di ragionevoli dubbi sulla proposizione da provare, non sarebbe un accertamento: v. *retro*, § 2.

Più deciso l'intervento della Cassazione, fortemente preoccupata dall'inflazione dei ricorsi contro le sentenze di patteggiamento. Con tre sentenze le Sezioni unite scolpirono, nel modo più netto, la fondamentale differenza tra la sentenza di condanna del rito ordinario (o del giudizio abbreviato) e quella pronunciata ai sensi dell'art. 444 c.p.p.: «di 'pena' (...) si tratta in entrambi i casi – e sta in questo la *ratio* dell'equiparazione – ma, mentre nella sentenza ordinaria la condanna è indissolubilmente legata al previo 'giudizio' (di colpevolezza), nell'altra questo 'giudizio' manca del tutto»²⁵. In altri termini, il solo accertamento che si riscontra nel patteggiamento – oltre al controllo sulla qualificazione giuridica del fatto – è quello di tipo negativo con cui il giudice verifica l'assenza di cause di non punibilità, ai sensi dell'art. 129 c.p.p.²⁶; e, infatti, anziché dichiarare colpevole l'imputato, specifica nel dispositivo che la pena è applicata su richiesta delle parti (art. 444 comma 2 c.p.p.)²⁷.

8. Patteggiamento e ricorso in cassazione.

Beninteso, il legislatore potrebbe, per motivi di chiarezza e di decoro processuale, imporre all'imputato di dichiararsi colpevole, come nel modello angloamericano; ma tale dichiarazione non equivarrebbe per nulla ad un accertamento. E quand'anche si prevedesse come obbligatoria la dichiarazione di colpevolezza nel dispositivo della sentenza, non per questo uscirebbe 'accertata' la colpevolezza. Dell'accertamento vi sarebbe solo l'atto performativo, con cui il giudice 'denomina' colpevole l'imputato (con gli effetti che ne conseguono in varie sedi); ma mancherebbe interamente la componente cognitiva, quella con cui il giudice 'riconosce' l'imputato colpevole in base all'evidenza probatoria, rendendone conto in motivazione.

Ma vi è un altro inconveniente che deriverebbe dall'introduzione nel rito patteggiato di una (irrealizzabile) pretesa di accertamento. Opportunamente, la riforma 'Orlando' (l. 23 giugno 2017, n. 103) ha limitato il ricorso in cassazione contro la sentenza di patteggiamento «solo per motivi attinenti all'espressione della volontà dell'imputato, al difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza, all'erronea qualificazione giuridica del fatto e all'illegalità della pena o della misura di sicurezza» (art. 448 comma 2 *bis* c.p.p.). Una disposizione forse superflua, perché già implicita nel sistema, ma del tutto coerente con il carattere schiettamente negoziale del patteggiamento: in un rito che non esige l'accertamento della colpevolezza, appare inammissibile una censura della

²⁵ Cass., Sez. un., 8 maggio 1996, in *Cass. pen.*, 1996, 3579 che prosegue osservando: «Ed è una differenza di così radicale portata da rendere, più che azzardata concettualmente, giuridicamente improponibile l'ipotesi di estendere l'equiparazione fra i due tipi di sentenze, proprio nel punto che in modo irriducibile le differenza, essendo nell'uno imprescindibile e nell'altro inesistente il giudizio di colpevolezza formulato dal giudice»; nello stesso senso, Sez. un., 26 febbraio 1997, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 1229; Sez. un., 28 maggio 1997, in *Cass. pen.*, 1997, 3341 ss.

²⁶ Verifica sicuramente non assimilabile ad un giudizio positivo sulla responsabilità dell'imputato.

²⁷ Sulla vicenda v. P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, III, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Giappichelli, 1997, 133 ss.

sentenza sotto il profilo del vizio di motivazione *ex art. 606 lett. e) c.p.p.*, relativo alla ricostruzione dei fatti.

Il discorso, tuttavia, muterebbe radicalmente se la legge subordinasse l'applicazione della pena concordata al previo accertamento della colpevolezza. Sarebbe allora necessario ammettere, tra i motivi di ricorso, anche quello sul vizio di motivazione; e, poiché ben difficilmente la sentenza 'patteggiata' sarebbe in grado di documentare la colpevolezza dell'imputato in base all'evidenza probatoria, si aprirebbe un infinito contenzioso capace di condurre in un buon numero di casi all'annullamento della decisione e, comunque, di vanificare gli effetti deflattivi connessi al patteggiamento.

9. Quale soglia per il patteggiamento?

Preso atto dell'impossibilità di introdurre nel patteggiamento un'effettiva istanza cognitiva sulla colpevolezza dell'imputato, ci si chiede quale spazio possa assumere tale rito all'interno del modello di processo delineato dall'art. 111 Cost.

Una volta riconosciuta la compatibilità del patteggiamento con la Costituzione diventa assai difficile individuare con precisione un limite di pena oltre il quale il patteggiamento non dovrebbe essere ammesso. Nondimeno quel limite, seppure vago e indeterminato dovrebbe esistere, se non sul piano della legittimità, per lo meno su quello della opportunità; e ciò per la medesima ragione per cui abbiamo ritenuto di definire 'moderatamente' disponibile il nesso tra pena e prova della colpevolezza.

Un conto è chiedersi cosa tolleri la Costituzione, altro cosa essa suggerisca; l'area del costituzionalmente tollerabile non coincide con quella del costituzionalmente preferibile. Ora chiunque muova dall'ottica 'cognitiva', privilegiata dalla nostra Costituzione, guarderà al patteggiamento con una diffidenza proporzionale alla gravità dei reati per cui risulta operativo, sebbene nessuna norma vieti formalmente la sua estensione oltre un certo limite. Non è dubbio, infatti, che il contraddittorio nella formazione della prova sia assunto dall'art. 111 Cost. non solo come diritto individuale ma anche come garanzia epistemica, ossia come il metodo ideale per una credibile ricostruzione dei fatti.

Nella fascia dei reati di ridotta gravità, specie quando si tratta di applicare una pena pecuniaria o una pena detentiva soggetta a sospensione condizionale, il *deficit* conoscitivo e, quindi, il rischio di errore giudiziario può in qualche modo ritenersi compensato dai sensibili vantaggi in termini di economia; non così nella fascia di media o elevata gravità, dove il medesimo rischio risulta inaccettabile. Oggi la pena da concordare, al lordo dello sconto di un terzo, può raggiungere sette anni e sei mesi; e, supponendo la concessione delle generiche o, comunque la prevalenza di attenuanti, diventa negoziabile un elevato numero di reati, con la possibilità che confluisca nel rito deflattivo la maggioranza dei procedimenti.

Elevare ulteriormente la soglia di ammissibilità del patteggiamento esporrebbe a forte rischio la funzione cognitiva del processo specie dove appare decisamente preminente l'interesse ad una corretta ricostruzione del fatto di reato. Per di più permane



5/2019

qualche dubbio sull'efficacia della riforma quanto alla riduzione del carico giudiziario. Elevato a dieci anni il limite di pena applicabile, è ipotizzabile che, a seconda delle emergenze criminose, di volta in volta veicolate dai *mass-media*, si moltiplichino parallelamente, per via legislativa, le esclusioni dal patteggiamento di una serie di reati e, per via giurisprudenziale, le condizioni a cui resta subordinato il consenso del pubblico ministero. Si attenuerebbe così l'effetto deflattivo della riforma, mentre crescerebbero le incertezze interpretative e i dubbi di legittimità costituzionale che spesso accompagnano simili esclusioni.