

ARCHIVIO DELLA NUOVA PROCEDURA PENALE

Rivista bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione

anno XV

n. 4

luglio
agosto

in questo numero

2 0 0 4

La difesa d'ufficio nel processo penale, p. 373

L'acquisizione dei tabulati del traffico telefonico, p. 367

Intervento delle SS.UU. in tema di ammissione al patrocinio a spese dello Stato, p. 401

La remissione della querela in pendenza del ricorso per cassazione, p. 387

Rapporti fra patteggiamento e Costituzione, p. 381

Sentenza di assoluzione ed interesse dell'imputato ad impugnare, p. 440

Il giudizio abbreviato condizionato dall'assunzione di prove, p. 417

La richiesta di esclusione dal giudizio del responsabile civile, p. 421

direttori
Corrado Storza Fogliani
Pietro Dubolino
Francesco Bartolini
Piermaria Corso

direttore responsabile
Stefano Maglia



Casa Editrice La Tribuna

www.latribuna.it

Spedizione in a.p. - agevolazione tariffaria ex art. 1, c. 1, D.L. n. 353/03 - Filiale di Trento. Prezzo € 14,00

CON IL PATTEGGIAMENTO ALLARGATO SI FA STRADA LA REPRESSIONE PENALE SENZA PROCESSO.
NOTE SUL RAPPORTO TRA PATTEGGIAMENTO E COSTITUZIONE.

di Leonardo Suraci

La L. 12 giugno 2003, n. 134 ha modificato la disciplina di un modello di procedura che per esigenze di coerenza terminologica con il sistema processuale d'origine – il sistema statunitense – usiamo definire «patteggiamento».

La legge di riforma del modello alternativo disciplinato dal titolo II, libro VI c.p.p., di modesta portata se riguardata sotto il profilo delle implicazioni teorico-dogmatiche, affianca al procedimento di «applicazione della pena su richiesta delle parti», come originariamente conosciuto dal codice processuale, un sottosistema caratterizzato da profili differenziali che, sebbene marcati, non consentono di individuare un ulteriore rito alternativo, distinto dal ceppo nel quale si innesta.

Era ovvio che una modifica delle condizioni di accesso a quello che, tra tutti i riti alternativi, resta il più controverso, destasse attenzione tra gli operatori, riportando in superficie spunti di riflessione che le esigenze della pratica avevano in qualche modo sopito.

La ricerca dell'efficienza processuale, stranamente intesa come deflazione del carico giudiziario, ha ispirato la novella esattamente come la necessità di limitare la trattazione dibattimentale delle imputazioni aveva imposto, anni prima, l'introduzione di riti alternativi appetibili sul piano della beneficenza premiale.

Le esigenze pratiche sembrano piegare ogni riflessione, e poco importa che un modello di procedura presenti aspetti di dubbia conformità costituzionale. Il sistema deve reggere, è la parola d'ordine.

Vale la pena, invece, di insistere sull'esame dell'impostazione di fondo del «patteggiamento», perché cedere alla tentazione di rinunciare all'analisi in quanto un istituto è necessario al sistema significa decretare l'inutilità della ricerca scientifica in campo giuridico, ossia la fine della scienza giuridica.

Ciò vale ancor più se l'analisi persegue il fine di enucleare profili di illegittimità costituzionale di una figura giuridica: scende in campo, in questo caso, il valore caratterizzante l'ordinamento giuridico – inteso come espressione formale di interessi rilevanti – e, per ciò, impermeabile ad ogni concessione se non al prezzo di mutare l'identità dell'ordinamento stesso, ossia l'affermazione della Costituzione.

Interrogarsi sulla legittimità costituzionale del «patteggiamento» non è mero esercizio retorico poiché è l'idea stessa che lo sorregge – la negozialità sul merito – a porre in crisi il sistema dei valori costituzionali.

Sul tema, è noto, si è discusso e scritto tanto, ma niente in Costituzione è come prima. La L. cost. 23 novembre 1999, n. 2 ha stravolto l'art. 111, scrivendovi che: «La giurisdizione si attua mediante giusto processo regolato dalla legge».

Una norma fondamentale, per effetto della quale il termine «giurisdizione» diviene soggetto, astratta qualificazione («La giurisdizione») e non più riferimento di una concreta attività che viene disciplinata nel suo svolgimento.

Sul concetto di giurisdizione non si registra concordanza di idee, anche se, spostando l'attenzione dal piano giuridico a quello politico, ci si avvede del fatto che all'interno del

principio di separazione dei poteri il concetto di «funzione giurisdizionale» ha, storicamente, richiamato l'idea di un complesso organico e di un'attività finalizzati ad assicurare l'attuazione dell'ordinamento giuridico nel caso concreto.

Una constatazione solo apparentemente ovvia, al contrario figlia di profondi svolgimenti politico-sociali, che concorre a comporre il quadro degli elementi essenziali della giurisdizione: potere di realizzazione dell'ordinamento, attività, caso concreto.

Dire che lo Stato è il titolare del potere giurisdizionale in materia penale può sembrare pleonastico, ma se ci si scosta dal terreno del diritto positivo e si analizza il fenomeno sul piano storico si constata che l'attribuzione della giurisdizione penale allo Stato è operazione affatto scontata, trattandosi di un fenomeno non appartenente al mondo del fatto, bensì alla sfera dell'effetto giuridico: solo la norma, niente altro, configura il potere e lo qualifica sul piano della titolarità.

Nelle forme primordiali di vita era l'individuo a tutelare i propri beni agendo contro l'oppressore mediante la vendette o l'autodifesa: è frutto di una valutazione assiologica il conferimento allo Stato – dunque ai giudici penali dallo stesso legittimamente investiti – del monopolio della forza fisica legittima, sostituendo alla tutela personale dei beni la tutela generale dell'ordinamento.

L'altro polo della giurisdizione è costituito dal «caso concreto», quel frangente della fenomenologia umana qualificato sotto due profili:

– soggettivo, in quanto l'affermazione dell'ordinamento non può che avvenire nei confronti di uno o più soggetti determinati;

– oggettivo, poiché la giurisdizione interviene in quanto un fatto si è svolto in modo non conforme all'ordinamento.

La giurisdizione penale conosce comportamenti soggettivamente qualificati e ritenuti dal titolare del potere d'azione non conformi al precetto penale, trasferendo questo dalla sfera astratta della norma incriminatrice a quella concreta dei comportamenti.

Essa fa vivere il precetto nella realtà poiché sottoponendosi agli organi giurisdizionali la descrizione di un fatto corrispondente alla fattispecie questi dovranno stabilire se il soggetto ha commesso il fatto descritto nell'atto imputativo, concretizzando il giudizio di valore espresso nella norma.

In ciò si sostanzia la funzione del giudice penale, realizzandosi così soltanto la funzione giurisdizionale penale o, se si preferisce, il profilo finalistico della giurisdizione.

L'attività realizzativa dell'ordinamento, convenzionalmente denominata «processo», costituisce dunque una «sequenza di operazioni gnoseologiche» e la forza imperativa dell'art. 111, comma 1 Cost. risiede non soltanto nel dotare il sostantivo di una qualificazione, ma, ancora prima, nell'individuare nel processo lo strumento indefettibile di affermazione dell'ordinamento nel caso concreto.

Il programma costituzionale, avvincente di giuridicità una chiara opzione politica, è cogente: il giudice penale non può dichiarare la realtà in funzione repressiva se non mediante il processo, il fine del quale coincide con il profilo finalistico della giurisdizione penale: «l'accertamento giudi-

ziale dei fatti di reato e delle relative responsabilità» (Corte cost., sent. 2 novembre 1998, n. 361).

Così costruita la funzione del processo penale, è ovvio rilevare che il carattere qualificante di esso – il confine tra ciò che è processo e ciò che non lo è – risiede nel rapporto di necessaria coerenza che lega il compendio gnoseologico alla decisione giudiziale.

Il «processo», che riguardato sotto un profilo liturgico è *ritus*, cerimonia formalistica, da un punto di vista finalistico è essenzialmente *iudicium*.

Il processo conduce ad un accertamento destinato a sintetizzare nella decisione giudiziale finale. Un atto, quest'ultimo, costituente il compendio logico di una sequenza probatoria che, riguardata nella staticità degli elementi che la compongono, appare come strutturalmente inscindibile.

Il passaggio dalla fonte conoscitiva all'elemento di prova, deve osservarsi, può avvenire mediante l'attivazione dei mezzi di prova oppure in virtù di fattispecie negoziali destinate a produrre un fenomeno evolutivo del risultato conoscitivo acquisito dall'inquirente, per ciò investito di attitudine a divenire elemento probatorio dotato di dignità pari a quella attribuita all'elemento formato nel contraddittorio delle parti.

Ad essere incisa, in questi casi, è la fase produttiva del materiale utilizzabile dal giudice ed il mutamento del modello di formazione della prova non snatura l'essenza processuale dell'accertamento in quanto non viene intaccato il momento decisivo, la fase esplicativa del procedimento intellettuale del giudice sulle risultanze.

Esso si svolge su elementi di prova ottenuti in ossequio alle regole acquisitive e conduce a «risultati» destinati a fondare il definitivo giudizio di conclusione, ossia la valutazione finale diretta a verificare che i risultati acquisiti servano per il giudizio di verità sull'affermazione costituente la *res in iudicium deducta*.

A seguito di questo giudizio la prova si evolve da strumento gnoseologico in epilogo conoscitivo («conclusione probatoria») posto alla base della ricostruzione giudiziale del fatto.

Perché si abbia «processo» occorre che la fase decisoria sia impermeabile a regole che, intervenendo sulla sequenza probatoria, rompano il nesso di consequenzialità logica che lega i diversi elementi che la compongono.

Ciò non significa che la fase decisoria sia riottosa a qualsiasi controllo, poiché essa incontra un limite sostanziale nell'indiscutibile operare, nel nostro sistema, della regola di giudizio compendiata nella formula «oltre ogni ragionevole dubbio» ed un limite formale nell'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali.

Si vuole semplicemente dire che il momento decisivo non può sopportare interventi che, interrompendo la connessione logica tra i vari elementi della sequenza probatoria, qualificano il relativo legame in termini di contraddittorietà.

In parole più povere, la fase decisoria non tollera previsioni che impongano al giudice di statuire che «tu hai ucciso» in assenza di una conforme conclusione probatoria, dunque di un convincimento di verifica del fatto e di responsabilità dell'imputato «oltre ogni ragionevole dubbio».

Quando ciò accade, il fenomeno conoscitivo mal si presta ad un inquadramento nell'ambito della figura generale del «processo», assumendo le sembianze di una burocratica

attività di verifica di presupposti legalmente determinati in funzione dell'emanazione del provvedimento finale.

Ciò che si verifica nel «patteggiamento», un modello nella denominazione del quale il legislatore non si è sentito di inserire espressioni sintomatiche, quali «procedimento» o «giudizio».

L'omissione terminologica è indicativa della consapevolezza della singolarità del modello considerato, per cogliere la pienezza della quale occorre superare la tradizionale osservazione – ricorrente in dottrina ed in giurisprudenza – secondo cui nel rito in questione il giudice non compie alcun accertamento (S.U., 8 luglio 1998, Giangrasso; S.U., 18 aprile 1997, Bahrouni) ovvero non lo compie in maniera piena (sez. I, 22 gennaio 1999, Cosma; sez. V, 6 febbraio 1991, Santoiemma).

Invero, per approfondire l'analisi occorre distinguere la fase formativa del materiale probatorio dalla fase valutativa, sottolineando come la prima in nulla si distingua dalle corrispondenti fasi degli altri modelli processuali.

Nel momento in cui il giudice entra legittimamente in contatto con il fascicolo delle indagini preliminari si dota del supporto probatorio necessario alla ricostruzione del fatto, alla sua qualificazione ed all'attribuzione di esso all'imputato.

Dunque, il giudice accerta il fatto e la responsabilità dell'imputato, nel senso che, sia pure allo stato degli atti – uno stato che dovrà caratterizzarsi per un profilo di completezza probatoria eccezionalmente qualificato in ragione del possibile defluire del procedimento verso forme di definizione alternative all'*iter* processuale ordinario (Corte cost., sent. 9 maggio 2001, n. 115) – forma un proprio convincimento sulla *res in iudicium deducta*, in modo non difforme da quanto avviene nel giudizio abbreviato o nel rito ordinario.

È la fase decisoria a subire un intollerabile intrusione, poiché la regola stabilita dall'art. 444, comma 2 c.p.p. impedisce al giudice di enunciare in sentenza il convincimento rettammente formato qualora non si sostanzi nel «riconoscimento che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso», formula intesa come giudizio di sussistenza della prova positiva dell'innocenza (sez. VI, 5 febbraio 1991, Ascione; negli stessi termini sez. VI, 18 aprile 1991, Sputare, ove si richiede che ricorrano elementi per il proscioglimento con formula piena).

Il giudice, invero, effettua un'attività esplorativa del materiale probatorio piena ma, qualora l'epilogo conoscitivo sostanzi un giudizio di mancanza, insufficienza o contraddittorietà della prova – S.U., 28 maggio 1997, Lisuzzo, definiscono la verifica sugli atti come «preliminare» rispetto all'analisi dell'accordo – la «conclusione probatoria» non corrisponde alla determinazione espressa nel provvedimento finale poiché l'accordo prende il sopravvento, con il risultato che il giudicante enuncia un esito sulla domanda assolutamente divergente dal proprio convincimento.

In parole povere – e la povertà delle parole è preziosa – il giudice statuisce che «tu hai commesso un delitto» o, più semplicemente, che «è stato commesso un delitto» pur ritenendo, sulla base degli elementi di prova disponibili, che sia possibile o addirittura probabile che ciò non sia accaduto.

Volendo ricercare una autorevole conferma alla bontà della nostra tesi, sarebbe sufficiente cedere alle suggestioni offerte dalla sentenza della Corte costituzionale 2 luglio 1990, n. 313 in punto di doveri motivazionali del giudice

per ritenere che questi debba enunciare in motivazione il giudizio di mancanza, insufficienza o contraddittorietà della prova – dunque l'*iter* logico che sorregge il suo convincimento di possibile o probabile non verificazione del fatto ovvero di non attribuzione di esso all'imputato – per poi procedere ad una contraddittoria ed irrazionale applicazione della penale criminale in virtù di una mera verifica di tipo poco più che burocratico.

È facile individuare, da queste brevi note, l'errore d'impostazione in cui cade la Suprema Corte quando afferma, sempre più spesso negli ultimi tempi, che «nel patteggiamento, anche se non si fa luogo all'affermazione della responsabilità dell'imputato, si procede comunque all'accertamento del reato, sia pure *sui generis*, essendo fondato sulla descrizione del fatto-reato, nei suoi elementi, soggettivo o oggettivo, contenuta nel capo d'imputazione, e non contestata dalle parti, nel formulare la richiesta, perché stimata rispondente al vero o, quanto meno, non contestabile» (sez. IV, 27 maggio - 14 agosto 2003, P.G. in proc. Fortuna; sez. IV, 4 luglio - 24 settembre 2003, P.G. in proc. Ballini).

Basta ribadire, per contrastare il *dictum* della Suprema Corte, in primo luogo che l'accertamento compiuto dal giudice, lungi dall'essere *sui generis*, è pieno poiché fondato su un esame completo delle risultanze probatorie.

È *sui generis*, invece, la frattura che si crea tra gli elementi della sequenza probatoria interni alla fase decisoria e per la quale il giudice è libero di convincersi ma vincolato nel determinarsi.

Deve aggiungersi, poi, che l'opinione del giudice di legittimità risente dell'influenza esercitata dalla ricorrente necessità – dettata dalle difficoltà di inquadramento sistematico delle diverse fasi che scandiscono il modello in esame – di individuare un fattore esterno al procedimento probatorio che tenga luogo dell'accertamento e recuperi un frangente di coordinamento logico tra il momento formativo del convincimento e quello, ovviamente successivo, della pronuncia giudiziale.

In questo schema l'impiego dell'espressione «accertamento» si dimostra quanto mai sterile e fuorviante, poiché dietro la forza semantica del termine si nasconde il tentativo di sistemare dogmaticamente la scissione che si genera tra convincimento e determinazione formale facendo sì che il primo sia per intero sostituito dal giudizio di sussistenza di un accordo legittimo.

In questa sintesi, l'estraneità del «fatto concreto» a qualsiasi prospettiva di verifica sarebbe certa, non rimanendo che constatare la verità dell'assunto che vuole la pronuncia del giudice fondata esclusivamente sul burocratico controllo di esistenza e validità dell'accordo, addirittura al di fuori dell'attivazione di qualsiasi procedimento intellettuale sulle risultanze probatorie.

Che il giudice del «patteggiamento» non esamini il merito è stato, evidentemente a torto, più volte sostenuto (cfr. sez. VI, 26 febbraio 1991, Venatori; sez. II, 5 aprile 1991, Corrado ed altro; in sez. VI, 23 febbraio 1991, Polizia, si è giunti ad affermare che la funzione del giudice è limitata «a dare esecuzione alla concorde volontà delle parti») ma, stando così le cose, dovrebbe con maggiore forza osservarsi come il modello di cui ci occupiamo è ben lontano dal presentare i connotati minimi del «processo», sostanziosamente in un'attività di controllo sulle condizioni di ammissibilità del rito e sui requisiti di accettabilità – che si tratti di congruità c'è da dubitare – della sanzione criminale richiesta, e la sentenza che lo definisce in una «presa d'atto dell'accordo intervenuto tra le parti» (secondo la definizione fornita da sez. I, 11 ottobre 1990, Sansone).

Né più né meno di ciò che connota, sotto il profilo squisitamente ontologico, il procedimento amministrativo!

Con la differenza, poco edificante, che nel procedimento di applicazione della pena concordata la tensione critica del giudice si riduce al minimo e la strutturazione logica del provvedimento finale si dissolve.

Questo è il «patteggiamento», anche se la tesi dell'accertamento *sui generis* non regge ad un tentativo di sistemazione teorica in quanto fondata sull'esaltazione di una supposta rinuncia dell'imputato alla facoltà di contestare l'accusa, dunque sulla considerazione del fatto descritto nel capo d'imputazione come «pacifico» poiché cristallizzato nel consenso espresso dalle parti (in questi termini si esprimeva già S.U., 15 maggio 1992, Di Benedetto, ove si parlava, però, di «accertamento implicito»).

Pur non giungendo ad individuare nella richiesta o nell'adesione dell'imputato una ammissione di responsabilità (così, in passato, sez. VI, 15 ottobre 1990, Moncef; sez. VI, 4 marzo 1991, Nappo), la tesi del «fatto pacifico» non coglie nel segno. Infatti, il giudice potrebbe ritenere, valutando liberamente le prove, dimostrata l'innocenza dell'imputato e quindi prosciogliere sebbene vi sia una concorde richiesta delle parti: le risultanze in questo caso prevarrebbero sull'accordo e la ricostruzione del fatto in esso accettata sarebbe neutralizzata.

Inoltre, è difficile ritenere che l'imputato abbia accettato come vera la descrizione del fatto contenuta nel capo d'accusa qualora la richiesta segua, magari di poche ore, un interrogatorio nel quale la stessa persona abbia con forza contestato il fatto ovvero sia accompagnata da una memoria contenente una argomentata richiesta di proscioglimento nel merito (che ci sia consentito è confermato da sez. VI, 21 novembre 1990, Makassi).

Potrebbe sembrare ipotesi fantasiosa, ma non lo è se solo si riflette sul fatto che le ragioni che conducono ad una richiesta *ex art. 444 c.p.p.* possono essere diverse ed in alcun modo sindacabili dal giudice.

Dovrebbe essere dimostrato, oramai, che il tentativo di individuare nell'accordo una forma di accertamento, implicita o *sui generis* che sia, non soddisfa l'esigenza di rigore logico-sistematico che deve guidare l'analisi, ciò rafforzando la conclusione che il rito di cui ci siamo occupati non si presta a collocazioni nell'ambito della figura del «processo», ma esprime un singolare caso di ingerenza della funzione amministrativa nel campo dell'accertamento dei delitti e dell'applicazione delle pene.

In evidente contrasto con il divieto di «repressione penale senza processo» stabilito inderogabilmente dall'art. 111, comma 1 Cost.

Un illustre Autore, recentemente, ha manifestato scontento nel constatare che «il legislatore cerchi di realizzare l'efficienza processuale ripristinando il truglio del diritto borbonico, la cui etimologia... è: da (in)truglio nel senso di «imbroglio, inganno».

Rovistando tra le conoscenze circa la giustizia criminale nella Roma dei re, scopriamo che in caso di *perduellione* flagrante, veniva meno la necessità di provare il reato, quindi l'esigenza di un processo. Il colpevole, avvinte le mani e col capo velato, veniva subito appeso ad un albero sterile e battuto con le verghe fino alla morte.

L'accordo, oggi, come la *perduellione* flagrante nella Roma dei re, oblitera il processo.

Di alberi sterili e di verghe, per fortuna, nemmeno l'ombra».