

L'applicazione della pena su richiesta delle parti: uno "speciale" paradigma processuale cognitivo

Francesco Callari

SOMMARIO: 1. Giustizia negoziata e funzione cognitiva del processo penale: parallelismi e divergenze tra modelli stranieri e realtà italiana. – 2. La connotazione negoziale del rito alternativo non esclude il carattere cognitivo. – 3. *Segue*: ... né l'affermazione di una verità processuale. – 4. Le contrazioni procedurali del rito semplificato non precludono la *cognitio facti*.

1. Giustizia negoziata e funzione cognitiva del processo penale: parallelismi e divergenze tra modelli stranieri e realtà italiana.

Il processo è il luogo rituale dell'esperienza umana dove il diritto è conosciuto, dichiarato e ricondotto dall'empireo delle norme generali ed astratte alla fattispecie concreta della *quaestio facti*¹. Nel sistema penale, il fenomeno del vivere della realtà giuridica attraverso cui il diritto sostanziale afferma se stesso come giustizia viene ad incarnarsi nel giudizio, quel giudizio sul caso concreto, sull'ipotesi particolare e tangibile, che, per tradizione secolare, si presenta ed organizza sotto forma di rito processuale. Il processo ed il giudizio costituiscono, perciò, due entità da ricomporre nella sintesi di un'unica realtà istituzionale dell'ordinamento giuridico, in cui gradualmente si porta a compimento quella funzione di *iurisdictio in criminalibus* che all'attività nomopoietica è necessaria e complementare o, *rectius*, necessaria perché complementare: *nulla poena sine iudicio*.

Tale formula latina enuncia, quindi, uno dei canoni fondamentali della giurisdizione penale: la funzione insostituibile del fenomeno processuale del giudizio rispetto alla realizzazione dello *ius*². Di regola, la sanzione penale può

¹ Sulla correlazione tra diritto sostanziale e processo cfr., in particolare, P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, 105 ss.; G. CAPOGRASSI, *Il quid ius e il quid iuris in una recente sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, I, 57 ss.; F. CARNELUTTI, *Nuove riflessioni sul giudizio giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, 81 ss.; F. CAVALLA, *La prospettiva processuale del diritto*, Padova, 1991, 3; P. FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in L. Gianformaggio (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, 1993, 214 ss.; A. GIULIANI, *Prova e convincimento: profili logici e storici*, in *Quad. C.S.M.*, 1997, n. 98, 235 ss.; S. SATTA, *Il mistero del processo*, *Riv. dir. proc.*, 1949, I, 273 ss.; M. TARUFFO, voce *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, 1989, 3 ss.

² Già Cicerone afferma che, in base al diritto pubblico ed alle leggi che reggono la comunità politica romana, nessun cittadino può subire sanzioni personali o patrimoniali in assenza di giudizio del senato, del popolo o di giudici istituiti per singoli illeciti: «*nego potuisse iure publico, legibus iis, quibus haec civitas utitur, quemquam civem ulla eius modi calamitate adfici sine iudicio; hoc iuris in hac civitate etiam tum, cum reges essent, dico fuisse, hoc nobis esse a maioribus traditum, hoc esse denique proprium liberae civitatis, ut nihil de capite civis aut de bonis sine iudicio senatus aut populi aut eorum, qui de quaque re constituti iudices sint, detrahi possit*» (*De domo*, 13.33). Come, efficacemente mette in rilievo P. CERAMI, *Diritto al processo e diritto ad un "giusto" processo: radici romane di una problematica attuale*, in L. Vacca (a cura di), *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto eu-*

essere applicata soltanto in esito ad un giudizio che – attraverso norme procedurali, forme, predeterminazioni dell'ordine, organizzazione delle funzioni – accerti la responsabilità personale per un fatto previsto dalla legge come reato. In generale, mentre nell'ambito del diritto civile può consentirsi che l'individuazione di un comportamento come illecito e l'applicazione della conseguente sanzione passino anche solo attraverso la spontanea ricognizione del primo e la volontaria accettazione della seconda da parte del soggetto interessato, nell'ordinamento penale non sono, invece, ammessi automatismi nell'accertamento del disvalore criminale di un fatto e della sua punibilità, né mere autodeterminazioni circa l'assoggettamento personale al relativo fio: «giudizio e pena sono i due indissolubili aspetti d'un fenomeno solo»³.

Con particolare riguardo all'esperienza dell'ordinamento italiano, l'inderogabilità del giudizio – e la sua infungibilità come dimensione cognitiva di indagine sulla colpevolezza – non rischia alcun naufragio nell'orizzonte potestativo delle parti nemmeno per effetto del «mutamento di paradigma»⁴ del nostro sistema punitivo, generato dall'introduzione di meccanismi processuali di negoziazione della pena.

Certo, all'indomani della codificazione dell'istituto dell'applicazione della pena su richiesta delle parti – anche solo leggendo il passaggio della Relazione al Progetto preliminare in cui si enunciava espressamente «che al giudice non va riconosciuto alcun sindacato sulla congruità della pena richiesta, trattandosi di materia riservata alla determinazione esclusiva delle parti»⁵ – si poteva facilmente giungere a ritenere che con tale rito «nasce il negozio giuridico-penale e, correlativamente, regredisce l'oracolo giusdicente»⁶, divenendo imputato e

ropeo, *Atti delle Giornate di studio in ricordo di Giovanni Pugliese*, Padova, 2008, 44, in base ai principi dell'ordinamento costituzionale della *libera res publica*, «il diritto al processo, sotteso al *ius provocationis*, poteva ritenersi soddisfatto in tutti i casi in cui, al di fuori dell'esercizio arbitrario dei poteri coercitivi del magistrato, la condanna costituisse il “risultato” rituale di un effettivo procedimento giurisdizionale». Compiendo un “agile balzo” nell'esperienza del diritto intermedio, è possibile notare come anche nel mirabile monumento giuridico della *Magna Charta Libertatum* del 15 giugno 1215 sia scolpito a chiare lettere che «*nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legalem iudicium parium suorum, vel per legem terre*» (art. 39).

³ F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, vol. I, Roma, 1947, 92.

⁴ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 1989, 781.

⁵ *Rel. prog. prel. c.p.p.*, in *G.U., Serie gen.*, 24 ottobre 1988, n. 250, *Suppl. ord.*, n. 2, 107.

⁶ F. CORDERO, *Strutture d'un codice*, in *Indice pen.*, 1989, 23. Come osserva anche M.R. DAMAŠKA, *Negotiated Justice in International Criminal Courts*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2004, 1025, tale istituto giudiziario apparve come un «*corpus alienum*» rispetto alle «*traditional domestic institutions*».

p.m. i manovratori delle «leve di comando»⁷ dei congegni del processo.

Ben presto, però, i giudici della Consulta, chiamati a confrontarsi con queste inedite potestà delle parti e, soprattutto, a verificarne la compatibilità con i principi irrinunciabili della giurisdizione penale, riaffermarono la «signoria»⁸ dell'organo giudicante, dichiarando – mediante un intervento destinato a divenire un caposaldo per le successive elaborazioni, dogmatiche e giurisprudenziali, tanto da essere poi formalizzato esplicitamente nel dettato codicistico della legge 16 dicembre 1999, n. 479 – l'illegittimità costituzionale della disciplina di cui all'art. 444, co. 2, c.p.p. nella parte in cui non prevedeva che il giudice potesse valutare la congruità della pena indicata dalle parti e di rigettare la richiesta in ipotesi d'esito sfavorevole⁹. In tal modo, la sanzione applicata nel patteggiamento diveniva il frutto di un'operazione commisurativa correlata ad un accertamento dei fatti e della responsabilità, seppur condotto *re-bus sic stantibus*.

Per di più, oltre a conferire un sindacato forte sulla congruità della pena, la Corte costituzionale rinsaldò, definitivamente, nelle mani del giudice il potere-dovere di accertare l'assenza di elementi per un proscioglimento allo stato degli atti, e di valutare la correttezza della qualificazione giuridica del fatto che scaturisce dalle risultanze, la sussistenza di circostanze attenuanti e la retta applicazione dei criteri utilizzati nella prospettazione di un giudizio di bilanciamento con le circostanze aggravanti. Insomma, al fine di evitare «il rischio di compromettere esigenze di giustizia sostanziale subordinandole ad esigenze di funzionalità del processo»¹⁰, la Corte costituzionale ha, fin da subito e senza indugio, operato in modo da riequilibrare la portata cognitiva del rito, pure se ciò, inevitabilmente, ha comportato consegnare al sistema giuridico un modulo processuale profondamente “speciale”.

Anche attraverso i successivi interventi legislativi, che hanno corroborato tale impostazione, si è compiutamente delineato un istituto processuale assai diverso dall'archetipo di giustizia negoziale statunitense¹¹, cui si era originaria-

⁷ P. CALAMANDREI, *Il processo inquisitorio e il diritto civile*, in *Giur. it.*, 1939, IV, 237.

⁸ G. DI CHIARA, *Il nuovo codice di procedura penale alla vigilia del primo triennio: gli itinerari della giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 1992, I, 1658.

⁹ Corte cost., sent. 2 luglio 1990, n. 313, in *Foro it.*, 1990, I, 2385.

¹⁰ G. TRANCHINA, *I procedimenti alternativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *I nuovi binari del processo tra giurisprudenza costituzionale e riforme*, Atti del Convegno (Caserta-Napoli, 8-10 dicembre 1995). In ricordo di Gian Domenico Pisapia, Milano, 1996, 120.

¹¹ Sul debole grado di affinità del patteggiamento “nostrano” con il *plea bargaining* 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*, Milano,

mente ispirato l'intervento codificatorio, ma che (forse) si adatta meglio alla vocazione tradizionale del nostro ordinamento, saldamente improntato ad un ideale di giustizia che non consente ad alcun *pactum* di surrogarsi completamente all'accertamento giudiziale della verità, soprattutto in una prospettiva di *favor innocentiae*¹².

Il paradigma processuale elaborato è, infatti, differente rispetto al *plea bargaining*, che è il pilastro fondamentale della giustizia nordamericana, anzi nell'esperienza giuridica statunitense «*is the criminal justice system*»¹³.

Secondo la celebre formula del *Black's Law Dictionary*, il *plea bargaining* viene così definito: «*[t]he process whereby the accused and the prosecutor in a criminal case work out a mutually satisfactory disposition of the case subject to court approval. It usually involves the defendant's pleading guilty to a lesser offense or to only one or some of the counts of a multi-count indictment in return for a lighter sentence than that possible for the graver charge*». Esso, invero, nella sua accezione più tipica, costituisce una pura forma di negoziazione (*contract*) tra il *prosecutor* (organo dell'accusa) ed il *defendant* (l'accusato) a seguito della quale l'imputato si dichiara colpevole di un reato (*plea of guilty*), rinunciando al compiuto dispiegamento delle garanzie processuali tipiche del *due process of law* e, quindi, all'ordinario accertamento in dibattimento della sua responsabilità, in cambio della promessa di una più benevola riformulazione del capo d'imputazione o di una raccomandazione al giudice per una pena meno severa in sede di *sentencing*.

In base ad una consolidata tradizione giuridica e soprattutto secondo la disciplina positiva di cui alla *Rule 11* delle *Federal Rules of Criminal Procedure*, in sede di *arraignment*, il giudice, preso atto dell'accordo concluso dalle parti,

1988, XLI ss.; M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009, 219 ss.; F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, 1030; R. DALEY, *Il plea bargaining: uno strumento di giustizia senza dibattimento*, in E. Amodio, M.C. Bassiouni (a cura di), *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, cit., 152 ss.; V. FANCHIOTTI, *Spunti per un dibattito sul plea bargaining*, *ivi*, 271 ss.; ID., *Osservazioni sul «patteggiamento» previsto dal nuovo codice di procedura penale e sui suoi «modelli»*, in *Cass. pen.*, 1992, 723 ss.; G. FISHER, *Plea bargaining's triumph. A history of plea bargaining in America*, Stanford, 2003, 91 ss.; R. GAMBINI MUSSO, *Il "Plea bargaining" tra common law e civil law*, Milano, 1985, 3 ss.; V. GREVI, *Riflessioni e suggestioni in margine all'esperienza nordamericana del plea bargaining*, in E. Amodio, M.C. Bassiouni (a cura di), *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, cit., 299 ss.; A. MACCHIA, *Il patteggiamento*, Milano, 1992, 5; G. MANNOZZI, *Commisurazione e negoziato sulla pena nell'esperienza statunitense: spunti di riflessione con riferimento alla legge n. 134 del 2003*, in F. Peroni (a cura di), *Patteggiamento "allargato" e giustizia penale*, Torino, 2004, 155 ss.

¹² In tal senso, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1038, afferma che «ripugnano al sistema sottomissioni convenzionali alla pena».

¹³ RE. SCOTT, W.J. STUNTZ, *Plea Bargaining as Contract*, in *Yale L.J.*, 101, 1992, 1912.

si limita ad accertare che la volontà dell'accusato di dichiararsi colpevole sia effettiva e non frutto di coercizione, inganno o pressioni indebite, che questi sia consapevole delle conseguenze della scelta effettuata, e che sussista una *factual basis* per dell'auto-incriminazione, emanando così la sentenza sulla base della pattuizione, a meno che ritenga la pena stabilita irragionevole e contraria all'ordine pubblico.

Nel classico *plea bargaining* il giudice non è obbligato a conformarsi alle richieste dell'organo dell'accusa, frutto dell'accordo con l'imputato (anche se nella prassi vige una regola non scritta, in base alla quale la corte non si discosta quasi mai dalla richiesta del *prosecutor*), ma non può disconoscere il valore vincolante della dichiarazione di colpevolezza resa nel rispetto delle norme e dei principi del sistema. Il *guilty plea*, infatti, costituisce, in generale, prova della responsabilità penale dell'imputato e solleva l'accusa dall'onere di convincere la giuria della di lui colpevolezza *beyond any reasonable doubt*¹⁴.

L'esistenza, poi, di una *factual basis* costituisce un requisito (poco definito) che riguarda i fini e l'oggetto dell'indagine rimessa al giudice, il quale non è tenuto ad accertare che l'imputato sia effettivamente colpevole, ma è chiamato a scrutinare la corrispondenza e congruità dell'ammissione di colpevolezza dell'imputato con il materiale informativo offerto.

Diverso è il caso – più affine, sotto alcuni aspetti, al patteggiamento italiano – del *nolo contendere* o *nolo contendere plea*, in cui un imputato, senza confessare espressamente la colpevolezza, rinuncia a contestare l'impianto accusatorio, manifestando la disponibilità a subire una sanzione ridotta¹⁵. Secondo la disciplina delle *Federal Rules*, si tratta di un strumento negoziale in cui il giudice, considerati la posizione delle parti e l'interesse pubblico ad un'efficace amministrazione della giustizia, è chiamato a verificare – come nel caso del classico *plea bargaining* – la volontarietà dell'impegno assunto dal *defendant*, e che questi abbia compreso il capo di imputazione e le conseguenze della dichiarazione, ma senza alcuna necessità che sia riscontrata una *factual basis*, permettendo così all'imputato di aggirare completamente la questione

¹⁴ In tal senso si ritiene che «a *plea of guilty is more than a confession which admits that the accused did various acts; it is itself a conviction; nothing remains but to give judgment and determine a punishment*» (*Boykin v. Alabama*, 395 U.S. 238, 89 S.Ct. 1709, 23 L.Ed. 2d 274, 1969).

¹⁵ Sul parallelismo tra patteggiamento e *nolo contendere* v. S. VITTORINI GIULIANO, *La richiesta di patteggiamento come espressione di un nolo contendere*, in *Cass. pen.*, 1992, 107; L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, Milano, 96; R. ORLANDI, *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Atti del Convegno di studio. Casarano-Gallipoli, 27-29 ottobre 2000, Milano, 2002, 257; D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in M. Pisani (a cura di), *I procedimenti speciali in materia penale*, II ed., Milano, 2003, 109.

concernente l'accertamento della sua colpevolezza o innocenza¹⁶.

Tale istituto rispecchia fedelmente un ideale di efficienza del sistema che, in omaggio ad esigenze di celerità nell'applicazione di una sanzione certa ed in un'ottica di privatizzazione della giustizia penale, lascia alle parti il controllo sugli esiti della "disputa" giudiziaria, intesa quest'ultima secondo l'accezione agonistica ed antiepistemica del processo, propria della *sporting theory of justice* di cui parla (in modo critico) Roscoe Pound¹⁷. Dunque, in tale dimensione processuale prettamente acognitiva, il patto fra accusa e difesa elimina la necessità dell'accertamento della verità storica in giudizio, considerata disponibile dalle parti, ed è sufficiente, da solo e di per sé, per riconoscere come legittima l'irrogazione di una sanzione penale anche grave.

2. La connotazione negoziale del rito alternativo non esclude il carattere cognitivo.

In ordine al modello italiano di giustizia negoziata, non pare condivisibile l'idea che nel procedimento di applicazione della pena su richiesta – per finalità di deflazione ed economia processuale – vi sia una «rinuncia» delle parti ad «un accertamento giudiziale dei fatti e della responsabilità»¹⁸, incardinata in una «una procedura nettamente anticognitiva»¹⁹, che perviene ad «una pronuncia giurisdizionale "senza giudizio"»²⁰.

¹⁶ In tal senso, in una celebre pronuncia giurisprudenziale, si è affermato: «*throughout its history, that is, the plea of nolo contendere has been viewed not as an express admission of guilt but as a consent by the defendant that he may be punished as if he were guilty and a prayer for leniency. Fed. Rule Crim. Proc. 11 preserves this distinction in its requirement that a court cannot accept a guilty plea "unless it is satisfied that there is a factual basis for the plea"; there is no similar requirement for pleas of nolo contendere, since it was thought desirable to permit defendants to plead nolo without making any inquiry into their actual guilt*» (*North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25, 91 S.Ct. 160, 27 L.Ed. 2d 162, 1970).

¹⁷ R. POUND, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, in *American Bar Association Reports*, 29, 1906, 404 ss.

¹⁸ Cass., Sez. VI, 4 dicembre 2006, Tambaro, in *Giust. pen.*, 2007, III, 704.

¹⁹ P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, II ed., Bologna, 2007, 75. In senso analogo v. R.E. KOSTORIS, *Con il nuovo "patteggiamento allargato" il rischio di una gigantesca negoziazione*, in *Guida al diritto*, 2003 (25), 9; P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, II ed., Torino, 2009, 296.

²⁰ Cass., Sez. Un., 8 maggio 1996, De Leo, in *Cass. pen.*, 1996, 3579; così pure Cass., Sez. Un., 22 novembre 2000, Sormani, in *Cass. pen.*, 2001, 3013; Id., Sez. Un., 25 marzo 1998, Giangrasso, *iv*, 1998, 2897. Nella giurisprudenza di legittimità, si è presto affermata l'idea secondo cui «mentre nella sentenza ordinaria la condanna è indissolubilmente legata al previo 'giudizio' (di colpevolezza)» nella sentenza pronunciata ex art. 444 c.p.p. «questo 'giudizio' manca del tutto» (Cass., Sez. Un., 8 maggio 1996, De Leo, cit.). Secondo tale posizione, la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti sarebbe «assimilabile a una sentenza di condanna solo sotto l'astratto profilo del provvedimento giurisdizionale con il quale si dispone l'applicazione della pena nei confronti di un soggetto per un determinato reato»,

Invero, l'assenza di un accertamento cadenzato secondo le dinamiche della disciplina generale sul procedimento probatorio non comporta alcuna fatale compromissione dell'attività giurisdizionale riguardo al profilo del giudizio sul fatto, mentre giustifica, ad esempio, le limitazioni all'impugnabilità della sentenza di patteggiamento²¹, la quale rappresenta comunque un epilogo decisivo diametralmente alternativo alle pronunce di proscioglimento – contraddistinto dalla valutazione del materiale informativo acquisito nel rispetto delle relative forme procedurali²² – ed un'espressione genuina del merito del processo.

Il rito del patteggiamento presuppone un accordo tra le parti sul metodo di rappresentazione del *thema probandum* (mentre il *thema decidendi* è vincolato dai *petita* delle stesse) che compulsa la comune fisiologia della giurisdizione *in criminalibus*, ma non annichilisce affatto il ruolo cognitivo del giudi-

ma da quella si dissocerebbe «per la mancanza di una essenziale componente, l'accertamento giudiziale della responsabilità penale» (Cass., Sez. Un., 26 febbraio 1997, Bahrouni, in *Cass. pen.*, 1997, 2666). D'altronde, non sono mancate delle significative aperture sul fronte negazionista di ogni profilo cognitivo nel rito negoziale. Si è sostenuto, infatti, 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 e oggettivo, contenuta nel capo d'imputazione, e non contestata dalle parti, nel formulare la richiesta» (Cass., Sez. IV, 27 maggio 2003, Fortuna, in *Guida al diritto*, 2003 (47), 74); in altri termini, si è affermato che la pronuncia *de qua* «è pur sempre sentenza in cui il fatto contestato viene accertato anche se l'accertamento non è completo» (Cass., Sez. Un., 21 giugno 2000, Carboni, in *Cass. pen.*, 2001, 1441).

²¹ Riguardo al tema della generale inappellabilità della sentenza di patteggiamento v., in particolare, R.M. GERACI, *L'appello contro la sentenza che applica la pena su richiesta*, Padova, 2011, 2 ss.; G. SPANGHER, voce *Doppio grado di giurisdizione (principio del) II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XII, 2001, 5; G. TRANCHINA, G. DI CHIARA, voce *Appello (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Agg. III, 1999, 203.

²² Invero, ritenere quale effetto implicito dell'accordo una sorta di totalizzante *sanatio in radice*, in grado di paralizzare qualsivoglia possibilità futura di rilevare vizi degli atti posti a base del *pactum*, condurrebbe a «degradare l'osservanza delle norme imperative alla stregua di materia negoziabile» (F. PERONI, *Patteggiamento e confisca dei proventi del reato: le sezioni unite cambiano rotta*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 464, nt. 17; sul punto v. A. BEVERE, *Il patteggiamento: la gestione negoziale degli affari penali, le parti e i loro diritti; i poteri e i doveri del giudice*, in *Quest. giust.*, 1992, 363 ss.; G. DI CHIARA, *L'architettura dei presupposti*, in P. Pittaro, G. Di Chiara, F. Rigo, F. Peroni, G. Spangher, *Il patteggiamento*, Milano, 1999, 58 ss.; V. FANCHIOTTI, *Osservazioni sul «patteggiamento» previsto dal nuovo codice di procedura penale e sui suoi «modelli»*, cit., 724; G.L. FANULI, *Inutilizzabilità e nullità della prova. Nel giudizio abbreviato, nel «patteggiamento» e nell'istituto della acquisizione degli atti su accordo delle parti*, Milano, 2004, 49 ss.). Di contro, secondo un orientamento giurisprudenziale, l'applicazione concordata della pena postula la rinuncia a far valere qualunque eccezione di nullità – anche assoluta – diversa da quelle attinenti alla richiesta di patteggiamento ed al consenso ad essa prestato, atteso che le suddette nullità, se eventualmente verificatesi, dovrebbero ritenersi superate dall'accordo intervenuto tra le parti (Cass., Sez. VI, 25 giugno 2003, Simone, in *Mass. Uff.*, n. 226508; Id., Sez. V, 29 dicembre 1998, Ben Hamidi, in *Cass. pen.*, 2000, 2346).

ce, il quale – oltre che depositario della potestà di verifica della correttezza della “cornice” giuridica – resta l’artefice del riconoscimento della pretesa punitiva dello Stato secondo una «inflexibile tensione tra prova e libero convincimento», in cui quest’ultimo rimane pur sempre stretto «a valle dalla imputazione e a monte dall’obbligo di motivazione»²³.

La richiesta di applicazione della pena costituisce l’estrinsecazione del consenso come strumento – elevato a dignità costituzionale dall’art. 111, co. 5, Cost.²⁴ – di rinuncia al principio epistemologico del contraddittorio (con correlativa metamorfosi delle risultanze d’indagine in materiale probatorio *tout court*), ma non implica alcun abbandono dell’accertamento del fatto²⁵, che rimane prerogativa esclusiva ed irrinunciabile del giudice, in modo da non far

²³ G. RICCIO, *Premesse di metodo al tema della prova penale*, in V. Maffeo (a cura di), *Il procedimento probatorio nel processo penale*, Napoli, 2006, 48 e 46.

²⁴ Con riguardo al “consenso dell’imputato” come fonte di legittimazione costituzionale della deroga alla “regola del contraddittorio” in relazione al modello processuale del patteggiamento v., in particolare, M. CHIAVARO, *Un “giusto processo” dal futuro ancora incerto*, in *Corr. giur.*, 2000, 7; C. CONTI, voce *Giusto processo* b) *Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, V Agg., 2001, 638; V. GREVI, *Dichiarazioni dell’imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio (dagli insegnamenti della Corte costituzionale al progettato nuovo modello di “giusto processo”)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 845; E. MARZADURI, *Giusto processo: un’attuazione da calibrare per evitare un possibile effetto boomerang*, in *Guida al diritto*, 2000 (1), 6; O. MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, 20; S. QUATTROCOLO, A.I. LUACES GUTIÉRREZ, *Conformidad e patteggiamento: spunti per un’analisi comparata tra Spagna e Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 369 ss.; G. SPANGHER, *Il “giusto processo” penale*, in *Studium Iuris*, 2000, 257; P. TONINI, *Patteggiamento, come si cambia*, in *Dir. e giust.*, 2003 (27), 110; G. UBERTIS, voce *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, Ann. II, t. I, 2008, 440. Di contro, A. SCILLA, *Patteggiamento, contraddittorio per la prova e consenso dell’imputato*, in G. Di Chiara (a cura di), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, Torino, 2009, 120 ss., ritiene che «non è corretto far derivare la legittimità del rito patteggiato dall’art. 111, co. 5, Cost.»; secondo l’Autore, posto che «il patteggiamento esibisce una struttura impermeabile rispetto all’esigenza cognitiva efficacemente scolpita dall’art. 111, co. 4, Cost.», non avrebbe senso alcuno «sostenerne la legittimità costituzionale sulla scorta di una fattispecie derogatoria che esonera dal rispetto del metodo del contraddittorio nell’elaborazione della prova». Tale lucida tesi parte dall’assunto che il patteggiamento sia un «luogo nel quale avviene una rinuncia all’accertamento» – e non solo una rinuncia alla formazione dialettica della prova – determinante «l’eclissarsi o, quanto meno, un sostanziale attenuarsi della dimensione epistemica del processo». Tuttavia, anche se indubbiamente l’assetto normativo del rito in esame non richiede la prova della colpevolezza dell’imputato, reclama pur sempre un profilo cognitivo di accertamento riguardo all’esclusione (sulla base dello “stato degli atti”) dell’esistenza di cause di non punibilità, e ciò non costituisce un annichilimento né un affievolirsi di un’idealtipica “dimensione epistemica del processo”, bensì – più semplicemente – una differente realtà epistemica processuale, dotata di un’autonoma dignità ontologica.

²⁵ I contenuti premiali connessi al *pactum* del rito in esame non costituiscono il “corrispettivo” per il mancato accertamento della responsabilità penale, bensì rappresentano il “prezzo” dell’accelerazione che la macchina giudiziaria consegue per effetto della rinuncia dell’imputato alle garanzie del dibattimento. Come sostiene P. TONINI, *Patteggiamento, come si cambia*, cit., 111, «le parti hanno il potere di accordarsi, ma non di disporre dell’accertamento del fatto», che «resta comunque affidato al giudice».

trasfigurare l'opera giurisdizionale in una mera forma di acquiescenza giudiziale alle scelte delle parti²⁶, cui sarebbe altrimenti riconosciuto un potere di transazione della colpevolezza al di fuori di ogni dettato costituzionale.

I giudici della Consulta hanno esaminato espressamente la doglianza secondo cui nel patteggiamento vi sarebbe attribuzione di una pena a se stesso da parte dell'imputato, e hanno escluso categoricamente che il giudice rimanga estraneo alla determinazione della sanzione penale, sostenendo che comunque «anche l'accertamento diretto ad escludere che sussistano, acquisiti agli atti, elementi che negano la responsabilità o la punibilità, integra una importante partecipazione del giudice all'indagine di responsabilità», ed aggiungendo, poi, che la pronuncia *ex art. 444 c.p.p.* «quando non è decisione di proscioglimento, non può prescindere dalle prove della responsabilità»²⁷.

In seguito, la stessa Corte ha, nondimeno, precisato che «la presenza di autonomi e consistenti poteri di controllo dell'organo giudicante» non può condurre a disconoscere o sminuire «un profilo di “negozialità” che spiega il fatto che, in questo rito, proprio in conseguenza dell'accordo raggiunto tra le parti sulla specie e la misura della pena, l'indagine del giudice in ordine alla responsabilità dell'imputato possa essere limitata a profili determinati, senza investire quell'accertamento pieno e incondizionato sui fatti e sulle prove che rappresenta, nel rito ordinario, la premessa necessaria per l'applicazione della sanzione penale»²⁸. In realtà, anche quando – alla luce dell'esperienza del patteggiamento “allargato” – i giudici della Consulta sostengono l'assenza di «un vaglio completo del fondamento dell'accusa, destinato a sfociare in un accertamento pieno di responsabilità e che lasci integro il potere del giudice di autonoma determinazione del trattamento punitivo»²⁹, non negano affatto il carattere cognitivo della procedura, bensì non fanno altro che rimarcare la peculiarità del rito, che giustifica gli effetti speciali scaturenti dalla sentenza che applica la pena patteggiata, senza che ciò comporti la necessità di stabilire un oscuramento del binomio pena-accertamento della colpevolezza. D'altro can-

²⁶ Come mette in rilievo E. MARZADURI, *Sub artt. 1-3 l. 12 giugno 2003 n. 134*, in *Leg. pen.*, 2004, 248, «il dato normativo non sembra affatto imporre soluzioni così avvilenti per il ruolo del giudice nella gestione del rito speciale». Al riguardo, R. ORLANDI, *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, cit., 268 ss., osserva che «l'accertamento che ha luogo nei riti negoziali è il risultato combinato di atti di conoscenza misti ad atti di volontà d'una o d'entrambe le parti», in perfetta consonanza ad una visione delle relazioni tra cittadino ed autorità che tende a coinvolgere l'individuo «nei processi decisionali che toccano i suoi interessi».

²⁷ Corte cost., sent. 2 luglio 1990, n. 313, cit.

²⁸ Corte cost., sent. 6 giugno 1991, n. 251, in *Giur. cost.*, 1991, 2056.

²⁹ Corte cost., ord. 28 dicembre 2006, n. 455, in *Cass. pen.*, 2007, 1056.

to, più di recente, la Corte costituzionale ha riconosciuto che «la sentenza di patteggiamento presuppone pur sempre la responsabilità dell'imputato [...] e contiene un accertamento del fatto lesivo dell'interesse pubblico»³⁰.

Non esiste un modello monolitico di processo cui l'ordinamento attribuisce in via esclusiva la patente di conformità ai principi costituzionali. L'idea di una "giustizia negoziata" può, però, essere accolta in seno al rito penale solo a patto di non travolgere l'essenza stessa della giurisdizione *in criminalibus* e le sue coordinate nel sistema delle *Grundnormen*. Diversi parametri costituzionali che concorrono a connotare la giurisdizione penale tracciano, infatti, un legame inscindibile tra momento sanzionatorio ed accertamento del fatto e della responsabilità. Configurare la possibilità di disancorare l'irrogazione della sanzione penale da un qualsiasi accertamento giudiziale dei fatti e della responsabilità – sia pure circoscritto e sommario – non solo condurrebbe a mortificare i principi costituzionali funzionali alla commisurazione ed alle finalità della pena (art. 27, co. 1 e 3, Cost.), ma mostrerebbe potenzialità dirompenti della generale architettura costituzionale della giurisdizione (finendo per condizionare ogni ancoraggio normativo del rito speciale), in ordine ai profili di indisponibilità dell'oggetto del processo che si manifestano, sul versante del titolare dell'accusa, nella legalità dell'azione penale (art. 112 Cost.) e, su quello dell'imputato, nelle garanzie inalienabili che attengono alla libertà personale (art. 13 Cost.), al diritto alla difesa (art. 24, co. 2, Cost.) ed alla presunzione di non colpevolezza (art. 27, co. 2, Cost.).

In particolare, riguardo a quest'ultimo profilo, il silenzio del dato testuale della Costituzione sugli indici idonei a fornire una soluzione univoca circa l'entità della piattaforma necessaria e sufficiente a fondare una pronuncia di condanna consente di configurare, in sede normativa ordinaria, moduli differenti di accertamento in ragione di diverse esigenze ordinamentali. Se, però, il sistema delle *Grundnormen* appare compatibile con il riconoscimento, in capo alle parti, di spazi di disponibilità negoziale nella dimensione operativa degli strumenti di tecnica processuale che conducano a stabilire modelli di accertamento meno articolati, è pur sempre necessario che questi siano adeguati a soglie di cognizione non fittizia. L'art. 111, co. 5, Cost. «attribuisce all'imputato il potere di disporre dell'interesse difensivo al ricorso alla più garantistica tecnica di formazione della prova: quindi, di legittimare una condanna sulla base di un accertamento meno garantito di quello che l'ordinamento gli avrebbe assicurato. Ma nulla di più»; nel senso che «risulta piuttosto improba-

³⁰ Corte cost., ord. 4 luglio 2007, n. 282, in *Giur. cost.*, 2007, 2771.

bile» ipotizzare una disponibilità della regola che a livello costituzionale subordina l'applicazione della pena alla prova della colpevolezza «sino al punto di escludere la necessità di un accertamento della responsabilità, a fronte della possibile irrogazione di pene limitative della libertà personale»³¹.

Inoltre, l'indefettibilità di una cognizione nel merito pare desumibile anche dall'obbligo di motivazione sancito, per tutti i provvedimenti giurisdizionali, dall'art. 111, co. 6, Cost., poiché si ritiene che «l'assoggettamento del giudice a canoni argomentativi razionali nella manifestazione del proprio convincimento si associ ad un'attività cognitiva non circoscrivibile alla sfera dell'interpretazione della norma»³².

Infine, sul piano della finalità costituzionale di «rieducazione del condannato», se fosse l'imputato ad attribuirsi una pena, senza alcuna "importante" partecipazione del giudice all'indagine sulla responsabilità, svincolando cioè la sanzione da ogni accertamento della colpevolezza, si potrebbe raggiungere il risultato paradossale di un'esecuzione penale «depauperata di ogni componente risocializzante»³³.

Per di più, posto che il finalismo rieducativo della pena, se correttamente inteso, comporta non solo un'individualizzazione del trattamento in fase esecutiva, in modo da facilitare il più possibile il riadattamento del reo, ma anche che – nella fase antecedente della commisurazione giudiziale – l'organo giudicante funzionalizzi al medesimo obiettivo la scelta del tipo e della misura della sanzione³⁴, «che senso avrebbe preoccuparsi delle potenzialità specialpreventive di una pena che il reo mai potrebbe sentire come meritata, ove la sentenza che l'applica dovesse basarsi su un'affermazione di responsabilità del tutto ipotetica e fittizia?»³⁵. Dunque, perseguire una ricostruzione del rito patteggiato che, esasperando le dinamiche transattive, scinda momento sanzionatorio ed ogni profilo di accertamento della responsabilità, non solo condurrebbe a delineare un istituto totalmente eccentrico – una monade – rispetto alle logiche ed ai principi generali propri del diritto processuale penale, ma determinerebbe inammissibili flessioni di un'irrinunciabile esigenza di ortodossia costituzionale del sistema.

³¹ E. MARZADURI, *Sub artt. 1-3 l. 12 giugno 2003 n. 134*, cit., 251.

³² F. PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, Padova, 1999, 9.

³³ F. PERONI, *La fisionomia della sentenza*, in P. Pittaro, G. Di Chiara, F. Rigo, F. Peroni, G. Spangher, *Il patteggiamento*, cit., 150; sul punto cfr. A. PAGLIARO, *Riflessi del nuovo processo sul diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 42.

³⁴ Così Corte cost., sent. 2 luglio 1990, n. 313, cit.

³⁵ G. FIANDACA, *Pena «patteggiata» e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it.*, 1990, I, 2393.

Per quanto autorevole dottrina sostenga, con lucido vigore, che nel patteggiamento manca l'accertamento, «limitandosi il giudice ad una verifica negativa sulle cause di non punibilità, ad un controllo sommario sull'assenza di contrasti tra l'ipotesi fattuale prospettata dalle parti e gli atti dell'indagine»³⁶, proprio il richiamo (contenuto nell'art. 444, co. 2, c.p.p.) all'art. 129 c.p.p. – unitamente alla precisazione che l'esame giudiziale avviene «sulla base degli atti»³⁷ – sembra invece rappresentare l'indice più palese dell'indispensabilità e indisponibilità della cognizione giurisdizionale anche in un procedimento di matrice negoziale.

Il fatto che il giudice non svolga una mera funzione “notarile” dell'accordo tra le parti, ma che debba comunque valutare l'insussistenza delle condizioni per il proscioglimento immediato (fatto non sussistente, fatto non commesso dall'imputato, fatto non costituente reato, fatto non previsto dalla legge come reato, reato estinto, mancanza di una condizione di procedibilità), non costituisce «un coinvolgimento [...] nella logica negoziale, che distorce l'istituto in senso inquisitorio»³⁸, piuttosto rappresenta il chiaro riconoscimento di uno spettro di poteri cognitivi³⁹ – che culmina in un determinato accertamento, sia pur sommario⁴⁰ ed incompleto⁴¹ – e la conoscenza è la norma naturale del giudizio, ossia è ciò che naturalmente determina il giudizio⁴².

³⁶ P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 147.

³⁷ In proposito, E. MARZADURI, *Brevi considerazioni sui poteri del giudice nell'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Cass. pen.*, 1990, 731, sottolinea che proprio tale indicazione costituisce «un dato letterale più che sufficiente per concludere che nel caso di applicazione della pena l'esame degli atti deve aver permesso la formulazione di un giudizio di colpevolezza dell'imputato».

³⁸ P. FERRUA, *Il nuovo processo penale e la riforma del diritto penale sostanziale*, in *Studi sul processo penale*, vol. II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, 33.

³⁹ Sullo «sviluppo cognitivo» nel momento del controllo giurisdizionale v. S. QUATTROCOLO, A.I. LUCAS GUTIÉRREZ, *Conformidad e patteggiamento: spunti per un'analisi comparata tra Spagna e Italia*, cit., 369 ss.

⁴⁰ In ordine alla sommarietà dell'accertamento v., in particolare, E. AMODIO, *Giustizia penale negoziata e ragionevole durata del processo*, in *Cass. pen.*, 2006, 3409; S. LORUSSO, *Provvedimenti "allo stato degli atti" e processo penale di parti*, Milano, 1995, 641.

⁴¹ Sull'incompletezza dell'accertamento v. G. LOZZI, *Una sentenza sorprendente in tema di patteggiamento allargato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 673; D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., 256.

⁴² Peraltro, secondo una diversa ricostruzione dottrinale, nel patteggiamento non vi è «un vero e proprio giudizio», perché l'attività giurisdizionale avrebbe ad oggetto non direttamente la *res iudicanda*, bensì soltanto un «controllo su un progetto di sentenza il cui contenuto è fissato dalle parti», mentre il ruolo dell'organo giudiziario del rito negoziale verrebbe assimilato a quello del «giudice di un'impugnazione rescindente» (M. GIALUZ, *La virata delle Sezioni unite in tema di patteggiamento e revoca della sospensione condizionale: verso l'abbandono dell'orientamento anticognitivo?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 385). Tale suggestiva posizione conduce, però, proprio a ridimensionare (se non a travisare) la verifica, in base allo stato degli atti, delle cause di proscioglimento immediato ex art. 129 c.p.p., un e-

Il «fulcro» della procedura del patteggiamento è sì l'accordo delle parti⁴³, ma questo non esonera il giudice da ogni accertamento di responsabilità, piuttosto «costituisce un presupposto: il resto è accertamento giurisdizionale»⁴⁴. Non si tratta, perciò, di voler celare la realtà del patteggiamento dietro una fittizia costruzione dogmatica, né tantomeno di abbandonarsi alla «illusione referenziale di credere 'reale' ciò che viene semplicemente nominato»⁴⁵, piuttosto occorre riconoscere l'essenza vivente del patteggiamento, al di là di raffinate visioni manichee che configurano poli incomunicabili e senza sfumature tra l'accertamento pieno della responsabilità e la mera dinamica negoziale.

L'individuazione di un adeguato ancoraggio cognitivo nelle risultanze d'indagine (che si consolida via via che il procedimento avanza dal segmento investigativo alla fase dell'udienza preliminare e a quella successiva del giudizio) ridimensiona fortemente l'esigenza di rinvenire *aliunde* un pilastro fattuale atto a fondare il profilo di accertamento della decisione che applica la pena patteggiata.

Per riconoscere carattere cognitivo al patteggiamento non è, pertanto, in alcun modo necessario rivolgersi all'ingenuo artificio di una pronuncia «in ipotesi di responsabilità»⁴⁶, quasi che sia davvero possibile «distinguere una responsabilità "ipotetica" da una "categorica", sulla falsariga degli imperativi kantiani»⁴⁷, né tanto meno vale ricorrere alla suggestiva *fiction iuris* di un accertamento "implicito" della responsabilità – in una sorta di inversione logica tra colpevolezza e pena – legato all'esistenza di fatti pacifici e non contestati⁴⁸, ostandovi, a tacer d'altro, l'impossibilità di disporre dell'oggetto su cui un simile accertamento dovrebbe cadere. La valutazione giudiziale sull'esclusione delle condizioni di non punibilità, già da sola, erode *funditus* la possibilità di configurare il patteggiamento alla stregua di un istituto negoziale che scinde ogni nesso tra

same che esorbita e sovrasta il *pactum* delle parti, mentre sembra addirittura una forzatura presentare come termini antitetici "giudizio" e "controllo".

⁴³ R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, V ed., Padova, 2010, 661.

⁴⁴ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1030.

⁴⁵ P. FERRUA, *La giustizia negoziata nella crisi della funzione cognitiva del processo penale*, in *Studi sul processo penale*, vol. III, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, 1997, 139.

⁴⁶ Così Cass., Sez. Un., 21 giugno 2000, Cerboni, in *Cass. pen.*, 2001, 1446; Id., Sez. Un., 27 maggio 1998, Bosio, in *Mass. Uff.*, n. 210981.

⁴⁷ A. MACCHIA, *Il patteggiamento*, cit., 51. In senso critico v., inoltre, A.M. SIAGURA, *Ancora sull'equiparabilità degli effetti della sentenza c.d. di patteggiamento a quelli di una sentenza di condanna*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2008, 75.

⁴⁸ Sul punto v. D. SIRACUSANO, *Diritto di difesa e formazione della prova nella fase dibattimentale*, in *Cass. pen.*, 1989, 1591.

accertamento di responsabilità ed applicazione della pena.

3. *Segue: ... né l'affermazione di una verità processuale.*

L'esistenza di un'attività di accertamento giudiziale – sia pur radicalmente limitato rispetto a quello dibattimentale – rende superflua, oltretutto del tutto impropria, la connotazione della richiesta di applicazione della pena in termini di «implicita ammissione di responsabilità»⁴⁹, connotazione che, invece, è «inevitabilmente enfatizzata da chi, svalutando il momento accertativo, non può fare a meno di vedere nell'ammissione in parola un surrogato dell'accertamento stesso»⁵⁰.

La richiesta (o consenso) dell'imputato ai fini dell'applicazione della pena *ex art. 444 c.p.p.* non significa condivisione implicita, «riconoscimento della fondatezza dell'accusa»⁵¹, né importa una «confessione di responsabilità per fatti concludenti»⁵² alla stregua di una fattispecie di novella prova legale. La richiesta dell'imputato (o comunque la sua partecipazione all'accordo), non implica alcun suo «farsi colpevole», sottendendo solo una convenzionale rinuncia ad avvalersi della facoltà di contestare il fondamento dell'accusa (*nolo contendere*), al fine di beneficiare di alcuni vantaggi offerti dal sistema; rinuncia, beninteso, che ha ad oggetto non la presunzione di non colpevolezza sancita nell'art. 27, co. 2, Cost. (una garanzia costituzionale indisponibile che, quindi, non può costituire oggetto di alcuna rinuncia negoziata, in ossequio ad un «diritto di difendersi negoziando»⁵³), ma il diritto dell'esercizio del contraddittorio per la prova e sulla prova (il diritto, cioè, ad elaborare in contraddittorio i dati cognitivi utilizzabili e ad argomentare su quelli già acquisiti).

In dottrina, si è generalmente negato che l'ordito codicistico offra spunti testuali o sistematici atti a giustificare qualsiasi assimilazione della richiesta (o del consenso) dell'imputato ad una forma di riconoscimento implicito di responsabilità in ordine al reato ascrittogli⁵⁴.

⁴⁹ M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Enc. dir.*, Ann. II, t. I, 2008, 26.

⁵⁰ V. FANCHIOTTI, *Osservazioni sul «patteggiamento» previsto dal nuovo codice di procedura penale e sui suoi «modelli»*, cit., 727.

⁵¹ C. TAORMINA, *Qualche altra riflessione sulla natura giuridica della sentenza di patteggiamento*, in *Giust. pen.*, 1990, III, 652.

⁵² M. BOSCHI, *Sentenza di condanna atipica per l'applicazione di pena patteggiata*, in *Giust. pen.*, 1990, 645.

⁵³ M. PISANI, *Il diritto di difendersi negoziando*, in ID., «Italian style»: figure e forme del nuovo processo penale, Padova, 1998, 91 ss.

⁵⁴ R. BETTIOL, *Riflessioni aperte dalla legge in materia di applicazione della pena su richiesta*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 230; G. DI CHIARA, *L'architettura dei presupposti*, cit., 58; V. FANCHIOTTI, *Osservazioni sul «patteggiamento» previsto dal nuovo codice di procedura penale e sui suoi «modelli»*, cit., 723.

In giurisprudenza, in ordine alla valenza della manifestazione della volontà dell'imputato, si sono, invece, registrati orientamenti diversi.

Forse, in conseguenza di equivoci fondati su ingenue pretese di ricollegare l'istituto nostrano di giustizia negoziata ad ascendenze dirette nelle esperienze giuridiche d'oltreoceano, si è affermato un orientamento interpretativo incline a ritenere che la richiesta dell'imputato sottenda un'implicita ammissione di responsabilità. Se la Corte costituzionale ha asserito in modo laconico che «con il chiedere l'applicazione di una pena, l'imputato non nega sostanzialmente la sua responsabilità, ed è, anzi, persino consapevole di rinunciare all'impugnazione se la richiesta viene accettata»⁵⁵, la Cassazione – a tinte ancor più forti – ha rimarcato che con la concorde richiesta delle parti, da un lato, «l'imputato non nega la sua responsabilità ed esonera l'accusa dall'onere della prova e, dall'altro, il pubblico ministero riconosce il contributo recato alla sollecita definizione del caso»⁵⁶; si è giunti, non di rado, addirittura ad affermare che «la richiesta di applicazione della pena da parte dell'imputato costituisce una forma di ammissione di responsabilità, contestuale ad un'implicita e volontaria rinuncia alla garanzia costituzionale della presunzione di non colpevolezza»⁵⁷.

Avverso tale posizione si è comunque enucleato un differente indirizzo, in base al quale la richiesta di applicazione della pena da parte dell'imputato non può essere considerata ammissione di colpevolezza, né tantomeno confessione per fatti concludenti, ma solamente rinuncia a difendersi e accettazione di una pena «scontata» in cambio delle energie e del tempo fatto risparmiare nell'interesse generale dell'amministrazione della giustizia⁵⁸.

Ad ogni modo, se non si intende accogliere una strana cultura della giurisdizione, in cui lo *ius dicere* cambia natura e significato a seconda della scelta del

ss.; A. FURGIUELE, *L'applicazione di pena su richiesta delle parti*, Napoli, 2000, 95; G. LOZZI, *Il giusto processo e i riti speciali dell'attività del dibattimento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 1169; A. MACCHIA, *Il patteggiamento*, cit., 30; F. PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, cit., 30.

⁵⁵ Corte cost., sent. 2 luglio 1990, n. 313, cit.

⁵⁶ Cass., Sez. Un., 27 febbraio 1992, Di Benedetto, in *Giur. it.*, 1993, II, 203.

⁵⁷ Cass., Sez. VI, 8 novembre 1990, Nappo, in *Cass. pen.*, 1992, 722; così pure Cass., Sez. I, 3 novembre 1995, Nulli Moroni, in *Mass. Uff.*, n. 203026; Id., Sez. VI, 12 luglio 1995, Fiorani, in *Cass. pen.*, 1996, 3065; Id., Sez. I, 22 marzo 1993, Perruzzo, *ivi*, 1994, 3075; Id., VI, 29 maggio 1991, Gualtieri, *ivi*, 1992, 1284; Id., Sez. I, 14 maggio 1991, Criscuolo, in *Riv. pen.*, 1992, 491.

⁵⁸ Cass., Sez. Un., 26 febbraio 1997, Bahrouni, cit.; Id., Sez. VI, 27 novembre 1995, Birba, in *Cass. pen.*, 1997, 1831; Id., Sez. VI, 26 giugno 1995, Capriglia, *ivi*, 1996, 3421; Id., Sez. I, 6 giugno 1994, Lo Monaco, *ivi*, 1996, 1912; Id., Sez. III, 22 ottobre 1993, Giglione, in *Mass. Uff.*, n. 196931; Id., Sez. IV, 21 maggio 1993, Paone, in *Cass. pen.*, 1995, 651; Id., Sez. IV, 11 marzo 1992, Maradona, *ivi*, 1993, 2060; Id., Sez. I, 28 giugno 1991, Del Sorbo, *ivi*, 1992, 373.

rito, non si può parlare, con riguardo al patteggiamento, di una sorta di “verità negoziata”⁵⁹, come affermazione (anche in termini di *facta concludentia*) di una parte non contestata dall’altra, perché in ambito giudiziario esiste sempre e soltanto una “verità processuale”, che in questo caso – e come non mai – assume una connotazione esternamente formale, limitata e relativa. Non si tratta, allora, di contrapporre un modello di processo teso alla ricerca della verità materiale ed un altro che si accontenta di una verità convenzionale o peggio di un semplice accordo senza alcuna valenza epistemica, quasi che si tratti di una “merce” nella disponibilità delle parti.

Anche nel processo penale “comune” l’attività conoscitiva giudiziaria opera in un contesto altamente formalizzato laddove gli enunciati sul fatto sono accertati esclusivamente entro prestabilite coordinate logiche e temporali e, soprattutto, solo mediante gli strumenti probatori che il legislatore ha in precedenza selezionato e rigorosamente stabilito; «al mondo delle norme sostanziali, che necessariamente circoscrive la sfera della rilevanza penale, si aggiunge così un mondo di procedure, di riti e liturgie, che non sempre necessariamente e talora insensatamente condiziona e distorce la ricerca della verità processuale»⁶⁰. Non solo, infatti, il flusso delle asserzioni fattuali, oggetto di cognizione giudiziale, non deve esondare dagli argini dell’ipotesi di lavoro – compendiata nel capo di imputazione – da cui muove il processo penale, ma cogenti criteri di ammissione ed esclusione del materiale probatorio, posti a tutela di diritti fondamentali della persona o comunque di interessi pubblici superiori, impongono di rinunciare a determinati elementi informativi, a prescindere dalla loro idoneità a produrre accertamenti attendibili.

Insomma, l’intero sistema processuale, nel predisporre le “regole del gioco”, risulta intessuto di «una costellazione di limiti normativi (e perciò convenzionali) alla libera ricerca del vero, sotto forma ora di argini procedurali, ora di vere e proprie *exclusionary rules* a tutela di interessi diversi, individuati dal legislatore in termini generali e astratti»⁶¹. Emerge così l’ineliminabile carattere

⁵⁹ Sul tema cfr., in particolare, A.I. GOLDMAN, *Knowledge in a Social World*, Oxford, 1999, 11 ss.; S. HAACK, *Manifesto of a Passionate Moderate. Unfashionable Essays*, Chicago, 1998, 18 ss.; R. RORTY, *Is Truth a Goal of Inquiry? Donald Davidson versus Crispin Wright*, in *Philosophical Quarterly*, 45, 1995, 281 ss.; M. TARUFFO, *Verità negoziata?*, in *Accordi di parte e processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, num. spec., 70 ss.; B. WILLIAMS, *Truth and Truthfulness. An Essay in Genealogy*, Princeton, 2002, 59 ss.

⁶⁰ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 35.

⁶¹ G. DI CHIARA, *Le regole del «giusto processo» e la garanzia del contraddittorio: l’asse prospettico dell’art. 111 Cost.*, in G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, 340. In tal senso v., inoltre, S. SOTTANI, *Un sistema in*

“formale” della verità del processo, dal momento che costituisce pur sempre «una verità raggiunta con il rispetto di regole precise e relativa ai soli fatti e circostanze ritagliati dalla legge come penalmente rilevanti»⁶².

In una prospettiva di generale consonanza della funzione cognitiva nell'esercizio della giurisdizione penale, sia pure condotta agli estremi delle sue potenzialità, è possibile riconoscere che dalla sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti scaturisce un dato epistemico, considerevolmente limitato e parziale, ma comunque valido. In ordine al patteggiamento, non si tratta, invero, di accogliere uno schema operativo e concettuale di natura “convenzionale”, assolutamente indipendente dalla realtà dei fatti. Comunque, il giudice, per comminare la pena negoziata, è chiamato a valutare la corrispondenza tra gli enunciati storici integranti il *thema probandum* e le proposizioni fattuali che descrivono i dati informativi legittimamente acquisiti, sia pure alla luce del criterio previsto dall'art. 129 c.p.p.

Infine, come per il rito comune, anche per la sentenza di patteggiamento opera un criterio oggettivo o realistico di accettazione della verità, che indica le condizioni di uso del termine “vero”, quale che sia l'epistemologia adottata. Anche la sentenza di patteggiamento “all'italiana” rappresenta una verità processuale non definitiva ma contingente, non assoluta ma relativa allo stato delle conoscenze ed esperienze compiute: insomma, una verità “approssimativa” – ed in grado di essere perfezionata – rispetto ad un «limite ideale»⁶³. Lo dimostra il fatto che il legislatore, con la riforma del 2003, ha interpolato l'art. 629 c.p.p. prevedendo l'operatività della revisione anche per la sentenza di patteggiamento. In tal modo, si è respinta l'idea di «pretendere di mantenere ferma l'efficacia di quel consenso, di “cristallizzare” in un certo modo la posizione dell'imputato che, a suo tempo, ha aderito all'applicazione di una pena negoziata, quando si impongono all'attenzione del giudice elementi e circostanze seriamente sintomatiche della fallacia della decisione»⁶⁴.

Secondo l'impostazione accolta dal legislatore, il fatto di avere accettato il rischio di una pronuncia allo stato degli atti, rinunciando all'eventualità che il giudizio ordinario potesse condurre all'acquisizione di prove di innocenza,

trasformazione, in A. Gaito (trattato diretto da), *Le impugnazioni penali*, vol. I, Torino, 1998, 33.

⁶² L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 17.

⁶³ A. TARSKI, *The Semantic Conception of Truth and the Foundation of Semantics*, in *Philosophy and Phenomenological Research* (1944), trad. it., *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica*, in L. Linski (a cura di), *Semantica e filosofia del linguaggio*, Milano, 1969, 62.

⁶⁴ K. MAMBRUCCHI, *Sui limiti alla revisione delle sentenze di “patteggiamento”*, cit., 237; in senso analogo v. D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, Milano, 2000, 406.

non può significare la definitiva perdita della possibilità di attivarsi per dimostrare che il mutamento della situazione dei dati informativi giustifica la rivisitazione del giudicato in funzione del proscioglimento. Dunque, la sentenza di patteggiamento non fonda un ordine artificiale totalmente chiuso nei confronti di qualsiasi rimando dell'esperienza giuridica ad un contesto comunicativo ove operino pretese di verità e giustizia sostanziale; il correlativo accertamento processuale, in termini di concreta corrispondenza della pronuncia giudiziale alle reali connotazioni fattuali della vicenda, rimane pur sempre aperto – sullo sfondo epistemologico del metodo falsificazionista – alla futura revisione in presenza di situazioni tipiche, ritenute sintomatiche della probabilità di errore giudiziario e dell'ingiustizia della decisione⁶⁵.

In conclusione, entrambi i riti, “comune” e “negoziato”, in una dimensione operativa sistematica, perseguono una perdurante corrispondenza tra l'accertamento processuale e la realtà dei fatti, quantomeno come principio ideale e regolativo; tuttavia, sempre in entrambi, seppure in misura significativamente diversa, le regole e le procedure che disciplinano l'esercizio della giurisdizione penale imprimono, comunque, alla verità giudiziale un profilo (tendenzialmente) autoritativo (*rectius*, performativo) e convenzionale in contrasto con quello della pura “corrispondenza”.

4. Le contrazioni procedurali del rito semplificato non precludono la *cognitio facti*.

Negare la dimensione cognitiva del patteggiamento adducendo l'assenza di un

⁶⁵ La revisione delle sentenze di patteggiamento costituisce un tema dibattuto da lungo tempo, che l'art. 3 della legge n. 134 del 2003 ha risolto, con una sorta di «interpretazione autentica» (Cass., Sez. Un., 29 novembre 2005, Diop Oumar, in *Cass. pen.*, 2006, 2769), inserendo *sic et simpliciter* nell'art. 629 c.p.p. il riferimento alle sentenze emesse ai sensi dell'art. 444, co. 2, c.p.p. Oggi più che mai, allora, «l'autentico problema sta nel commisurare il concetto di *novum* alle caratteristiche del rito speciale in questione, nel quale la sentenza non è frutto della elaborazione probatoria, ma dell'accordo *quoad poenam* tra le parti» (G. DEAN, *La revisione*, Padova, 1999, 50). In particolare, un consolidato orientamento giurisprudenziale sostiene che in sede di revisione della sentenza patteggiata sono da considerare come «nuove» ai sensi dell'art. 630 lett. c c.p.p. soltanto le prove sopravvenute alla sentenza definitiva o quelle scoperte successivamente ad esse, argomentando che a fronte dei vantaggi ottenuti dall'imputato stanno i rischi da quest'ultimo volontariamente accettati con la rinuncia al giudizio ordinario e, quindi, all'acquisizione delle prove nella pienezza del contraddittorio (Cass., Sez. VI, 4 dicembre 2006, Tambaro, cit.). Di recente, poi, la Cassazione ha ribadito che la revisione della sentenza di patteggiamento, richiesta per la sopravvenienza o la scoperta di nuove prove, comporta una valutazione di queste ultime alla luce della regola di giudizio posta per il rito alternativo, sicché le stesse devono consistere in elementi tali da dimostrare che l'interessato deve essere prosciolto secondo il parametro di giudizio dell'art. 129 c.p.p. (Cass., Sez. VI, 24 maggio 2011, C., in *Mass. Uff.*, n. 250684; Id., Sez. VI, 4 dicembre 2006, Tambaro, cit.).

«positivo accertamento della responsabilità penale»⁶⁶ e la correlativa presenza solo di un accertamento negativo sulle cause di non punibilità finisce per ridursi in un arido paralogismo, se soltanto si considera che in dibattimento il giudice deve condannare unicamente quando manchino le condizioni della colpevolezza (art. 533, co. 1, c.p.p.), e che l'udienza preliminare sfocia nel non luogo a procedere allorché vengano meno adeguati presupposti per sostenere l'accusa in giudizio (art. 425, co. 1 e 3, c.p.p.)⁶⁷.

A tal riguardo, inoltre, è possibile osservare che la connotazione “negativa” dell'accertamento non evoca tanto un *iter* più o meno rigoroso a seconda dell'esito processuale, bensì fa riferimento *tout court* al risultato della verifica circa l'esistenza del fatto storico, e quindi viene ad individuare il segno della relativa decisione e non il percorso cognitivo che la precede: «sul piano ricostruttivo la verifica circa l'inesistenza del fatto non è metodologicamente differente da quella sull'esistenza del medesimo. L'una è speculare all'altra perché in entrambi i casi occorre misurare la congruità della ricostruzione proposta dall'accusa rispetto all'insieme delle prove acquisite»⁶⁸.

Per di più, anche riconoscendo che “escludere la possibilità di prosciogliere” ed “affermare la necessità di punire” rappresentano soluzioni linguistiche per esprimere differenti fenomeni epistemici, è parimenti irrefutabile che nella sentenza applicativa della pena su richiesta delle parti, «pur mancando innegabilmente un accertamento pieno di responsabilità basato su una valutazione probatoria di analoga pregnanza rispetto a quella svolta nel giudizio dibattimentale o nel rito abbreviato, non sono [...] assenti aspetti di una pronuncia di merito e anche, sia pure in forma di controllo del contenuto dell'accordo delle parti, aspetti di una pronuncia statuyente sulla pena»⁶⁹.

D'altra parte, il carattere “anticognitivo” di un processo non può essere legato *tout court* all'incompletezza dell'accertamento, all'inosservanza di una determinata regola di giudizio, o alla laconicità dello statuto formale di giustificazione razionale. Anche ammettendo che esista un modello di “classica” funzione cognitiva del processo penale, non può disconoscersi che, parimenti, vi sono nell'odierno “*ordo iudiciorum publicorum*” paradigmi cognitivi differenti, che variano secondo i diversi contesti epistemologici delineati. Del re-

⁶⁶ *Rel. prog. prel.*, loc. ult. cit.

⁶⁷ Sul punto v. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1038 e G. LOZZI, *Il patteggiamento e l'accertamento di responsabilità: un equivoco che persiste*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 1402.

⁶⁸ A. SANNA, *Applicazione dell'art. 129 c.p.p. e regole di giudizio: gli spazi per la verifica sul fatto nel patteggiamento*, in *Indice pen.*, 2009, 144.

⁶⁹ Corte cost., sent. 20 maggio 1996, n. 155, in *Giur. cost.*, 1996, 1464.

sto, la conferma della presenza di moduli variamente complessi di cognizione giudiziale risulta d'immediata costatazione se solo si considera l'ordito codicistico che disegna la dinamica procedimentale del rito per decreto, ove si assiste all'irrogazione di una sanzione penale sulla scorta di un accertamento sommario e contenuto, giustificato da una rinuncia al contraddittorio dibattimentale che si struttura come eventuale rifiuto di presentare opposizione⁷⁰.

Senza ricercare operazioni di "cosmesi processuale" o, peggio ancora, "avventurose" costruzioni concettuali, è possibile affermare che l'oggetto ed i criteri di giudizio, come pure i canoni di giustificazione, di sicuro incidono profondamente – condizionandone l'entità ed il grado – sulla cognizione giudiziale (ed in genere su ogni altra indagine ricostruttiva), tuttavia, se configurati in una dimensione coerente e razionale, non possono mai annichilirli del tutto; sotto un profilo ontologico, ciò che connota una procedura come "cognitiva" è la capacità di enucleare validi risultati epistemici comunicabili.

Nel rito comune il giudice, *trier of fact*, man mano che si acquisiscono nuovi elementi di conoscenza, controlla, corregge e riformula convincimenti sulla verità o falsità degli enunciati fattuali incorporati nell'ipotesi di responsabilità penale – da confermare o falsificare – in vista della decisione. Nel patteggiamento, invece, le reciproche volontà delle parti si consacrano in un *pactum* che – attraverso una rigida contrazione dei dati cognitivi disponibili – cristallizza una *factual basis*, uno "stato degli atti" sul quale andrà a maturarsi la decisione del giudice circa l'esclusione di responsabilità del soggetto, introducendo così una sorta di "meta-limite", oltre le condizioni ed i filtri propri delle regole generali che presiedono al procedimento probatorio⁷¹.

Il carattere "anticognitivo" del patteggiamento non può ricavarsi nemmeno dagli indubbi profili di contrazione della sua *pars motiva*, se solo si osserva che gli *standards* legali, preposti a definire la correlazione quantitativa tra discorso giustificativo e relativo oggetto, sono necessariamente destinati ad assumere una diversa configurazione a seconda dello specifico schema procedimentale adottato, e che, di conseguenza, in un ordinamento contrassegnato da moduli alternativi di processo penale il requisito della completezza della motivazione possiede un'intrinseca accezione relativistica, purché sia coerente

⁷⁰ In tal senso, tra i tanti, v. F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 89 ss.; F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1074 ss.; F. PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, cit., 36; E. SELVAGGI, *Sub art. 459 c.p.p.*, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. IV, Torino, 1990, 860.

⁷¹ Sul punto v. G. DI CHIARA, "Giusto processo", "giusta decisione" e riti "a prova contratta", in *Indice pen.*, 1996, 839.

con il contesto dell'itinerario di riferimento; ebbene, il sistema codicistico prevede che la sentenza di patteggiamento sia corredata di un apparato argomentativo consono ad un accertamento incompleto e sommario dei fatti. Nel patteggiamento, l'obbligo di motivazione – espressione del principio democratico del controllo popolare sull'amministrazione della giustizia – non può ritenersi assolto semplicemente nel dare atto della richiesta delle parti e dell'adesione dell'organo giudicante allo schema negoziale delineato dalle stesse, se non «in forza di una distorta impostazione in base alla quale il controllo giurisdizionale assume, nell'iconografia del rito semplificato, una portata meramente formale e notarile»⁷². L'obbligo di *rationem reddere*, non esaurendosi nella sola segnalazione dell'esistenza del *pactum* tra le parti, trova, infatti, concreta attuazione, oltre che nell'indicazione delle ragioni per le quali risultano fondate le scelte espresse dalle stesse, anche negli elementi che hanno convinto il giudice dell'insussistenza delle cause di proscioglimento. Nonostante le indubbie peculiarità e le esigenze deflative del rito, sembra ragionevole ritenere che, «in assenza di specifiche disposizioni al riguardo, l'indagine si incanali nell'alveo delle regole generali preposte a definire la forma della sentenza e i relativi vizi», opportunamente calibrate⁷³.

⁷² R. DEL COCO, *Obbligo di motivare la sentenza di patteggiamento in ordine all'attenuante del risarcimento del danno*, in *Giur. it.*, 2002, 374.

⁷³ F. PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, cit., 25. In giurisprudenza, inizialmente, si era delineato un orientamento che tendeva ad escludere l'obbligo di motivazione o comunque a ritenerla implicita allorché venisse accolta la richiesta delle parti (Cass., Sez. VI, 26 giugno 1990, Goievic, in *Mass. Uff.*, n. 185939; Id., Sez. I, 16 marzo 1990, Marnisi, in *Cass. pen.*, 1991, 627), di modo che il dovere di *rationem reddere* veniva, invece, ritenuto sussistente nel solo caso in cui il giudice respingesse l'accordo, per la necessità di rendere note le ragioni di tale diniego (Cass., Sez. VI, 19 settembre 1990, P.M. in proc. Borsoni, in *Mass. Uff.*, n. 186547). A questo indirizzo giurisprudenziale si era affiancato un altro che, pur riconoscendo l'ineluttabilità dell'obbligo di motivazione, ne svalutava sostanzialmente il contenuto concreto, ammettendo che potesse essere assolto nel semplice dare atto della richiesta delle parti e dell'avvenuta verifica positiva della correttezza dei parametri legislativamente previsti (Cass., Sez. I, 17 maggio 1990, Dridi Youssef, in *Giust. pen.*, 1990, III, 532). Ben presto, però, si è generalmente affermata la posizione – avallata sostanzialmente anche dalle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 27 febbraio 1992, Di Benedetto, cit.) – per cui il giudice non può limitarsi a giustificare la sua decisione ricorrendo a mere formule di stile, ma deve pur sempre confrontarsi con il generale obbligo di motivazione delle sentenze tenendo conto delle peculiarità del rito speciale (Cass., Sez. VI, 18 marzo 1991, Pace, in *Mass. Uff.*, n. 187223; conf. Cass., Sez. IV, 21 aprile 2010, Amarici, in *Mass. Uff.*, n. 248198). Merita, allora, richiamare le puntuali riflessioni di L. FERRAJOLI, *Giurisdizione e consenso*, in *Quest. giust.*, 2009, 12, il quale – mentre sottolinea che «le leggi, i regolamenti, i negozi privati e gran parte dei provvedimenti amministrativi sono atti solamente precettivi, né veri né falsi, la cui validità giuridica dipende dal solo rispetto delle norme sulla loro formazione e la cui legittimazione politica dipende, nella sfera privata dall'autonomia dei loro autori e, in quella pubblica, dalla loro opportunità e aderenza agli interessi generali» – ribadisce che «le sentenze [...] sono sempre accertamenti di una violazione, ed esigono quindi una motivazione fondata su argomenti cognitivi in fatto e ri-cognitivi in diritto, dalla cui verità, sia pure

Dunque, nel rito del patteggiamento non vi è alcuna «privatizzazione evidente del monopolio punitivo statale»⁷⁴, né si può dire che la potestà giudiziale si sottomette alla signoria della volontà delle parti: «gli accordi sulla pena non sono dei “*plea bargaining*” davanti a cui il giudice funga da notaio; né configurano negozi da omologare»; siamo, comunque, di fronte ad un «accertamento giurisdizionale»⁷⁵ nel merito della reg Giudicanda devoluta.

Come la dottrina più attenta ha costantemente sostenuto⁷⁶ e come anche le Sezioni Unite hanno cominciato (timidamente) a riconoscere⁷⁷, le coordinate logiche e sistematiche nelle quali si iscrive la disciplina dell'applicazione del-

approssimativa come è ogni verità empirica, dipende sia la loro validità o legittimazione giuridica, sia la loro giustizia o legittimazione politica».

⁷⁴ C.E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovo o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 1230.

⁷⁵ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1037.

⁷⁶ Così, in particolare, F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, cit., 78 ss.; G. DI CHIARA, *L'architettura dei presupposti*, cit., 43 ss.; G. LOZZI, *Il patteggiamento e l'accertamento di responsabilità: un equivoco che persiste*, cit., 1396 ss.; A. MACCHIA, *Il patteggiamento*, cit., 54; E. MARZADURI, *Brevi considerazioni sui poteri del giudice nell'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., 729 ss.; F. PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, cit., 34 ss.

⁷⁷ Cass., Sez. Un., 29 novembre 2005, Diop Oumar, in *Cass. pen.*, 2006, 2769. I giudici di legittimità, con tale decisione, bene si sono guardati dal compiere “scomode” affermazioni di principio che potessero sconfiggere quanto, in passato, avevano generalmente negato. Nondimeno, «dall'articolato percorso motivazionale della pronuncia si ricava che la Corte ha riconosciuto implicitamente la natura accertativa della sentenza di patteggiamento», dato che il riconoscimento dell'effetto risolutivo della sospensione condizionale della pena precedentemente concessa da altro giudice «ha come presupposto l'accertamento della commissione da parte dell'imputato di un nuovo reato che fa venir meno la prognosi di ravvedimento e mina le basi del giudizio di meritevolezza che aveva portato a concedere il beneficio» (P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, XII ed., Milano, 2011, 742). Ad ogni modo, le Sezioni Unite non si sono volte direttamente a risolvere i dubbi sulla natura della pronuncia ex art. 444 c.p.p., bensì si sono concentrate sulla corretta interpretazione della norma che “equipara” il provvedimento conclusivo del rito negoziale ad una condanna (art. 445, co. 1-bis, c.p.p.), tradendo, però, al contempo – nei chiaroscuri dei tratti discorsivi della motivazione – l'idea di non negare, nel patteggiamento, l'esistenza di un significativo profilo di accertamento giudiziale. La Corte ha, infatti, abbandonato il percorso argomentativo ultradecennale teso ad escludere che dalla pronuncia ex art. 444 c.p.p. derivino effetti penali (ovviamente, non ricompresi tra quelli già espressamente preclusi dal codice) con essa ontologicamente incompatibili, in quanto collegati ad un accertamento di colpevolezza dell'imputato, e ha, invece, sostenuto come la clausola di “equiparazione” abbia una valenza esclusivamente normativa che l'interprete non può limitare attraverso il riferimento alle connotazioni strutturali della sentenza di patteggiamento, poiché, così facendo, finirebbe per trascendere la volontà del legislatore, il quale, ben consapevole delle innegabili diversità ontologiche tra le due pronunce, ha comunque scelto di assimilarle completamente sul piano giuridico, salve le eccezioni tassativamente previste. D'altro canto, è bene notare che, anche nelle pronunce in cui le Sezioni Unite hanno ribadito la carenza di un vero e proprio accertamento di responsabilità, hanno comunque ammesso che nel patteggiamento «non può certamente ritenersi che [...] manchino l'accertamento dei fatti e la valutazione di merito della reg Giudicanda sia pure non finalizzata alla affermazione della colpevolezza dell'imputato e alla pronuncia di una condanna» (Cass., Sez. Un., 27 ottobre 1999, Fraccari, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2000, 36).

la pena su richiesta delle parti sono inconciliabili – sempre più apertamente dopo le riforme intervenute per mezzo della l. 27 marzo 2001, n. 97 e della l. 12 giugno 2003, n. 134 – con l’idea che la sentenza patteggiata prescinda da qualsivoglia accertamento dei fatti e della responsabilità.

Oltre ai pregnanti poteri cognitivi esercitati dal giudice in relazione alla verifica delle cause di proscioglimento immediato ex art. 129 c.p.p., altri elementi della disciplina sistemica sul procedimento di applicazione della pena su richiesta delle parti svelano come il profilo dell’accertamento fattuale sia intrinsecamente connotato al rito speciale *de quo*.

Invero, l’art. 444, co. 2, c.p.p., nell’imporre al giudice un vaglio della congruità della pena, comporta un esame di merito – sulla base degli atti di indagine – puntellato dai parametri di commisurazione di cui all’art. 133 c.p. (quali quelli relativi alla «gravità del reato» ed alla «capacità a delinquere del colpevole»), che presuppongono comunque un accertamento in termini di responsabilità. Del pari, l’art. 444, co. 3, c.p.p., che consente di includere nell’accordo delle parti la richiesta di sospensione condizionale della pena, mal si concilierebbe con una ricostruzione del rito che sganciasse l’applicazione della pena da ogni verifica dei fatti e delle responsabilità, dato che in base all’art. 164, co. 1, c.p., ai fini della concessione di tale beneficio, il giudice è tenuto ad effettuare un esame sempre sulla base dei criteri fissati dall’art. 133 c.p. D’altronde, la necessità dell’accertamento del fatto è inderogabilmente postulata ai fini del controllo stesso dell’esattezza della qualificazione giuridica, la quale si attua attraverso la verifica della corrispondenza del fatto accertato con la fattispecie legale, nonché ai fini dell’applicazione di eventuali sanzioni amministrative.

Inoltre, un combinato disposto come quello previsto, ai sensi della novella legislativa del 2001, dagli artt. 445, co. 1-*bis* e 653, co. 1-*bis*, c.p.p. – secondo cui anche la sentenza di patteggiamento fa stato nei procedimenti disciplinari «quanto all’accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all’affermazione che l’imputato lo ha commesso» – non avrebbe significato alcuno senza al contempo non configurare nel rito speciale la presenza di un giudizio storico sulla responsabilità penale⁷⁸.

⁷⁸ Così, in particolare, M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell’accertamento penale*, Torino, 2005, 120. Di recente, i giudici della Consulta hanno affermato che il vincolo di giudicato stabilito dall’art. 653 co. 1-*bis*, c.p.p. nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità è conforme alla Carta costituzionale, proprio in quanto pure la sentenza di patteggiamento (rispetto alla configurazione originaria) nell’attuale «dimensione più “matura”», delineata dal legislatore, poggia su una salda “base fattuale” (Corte cost., sent. 18 dicembre 2009, n. 336, in *Giur. cost.*, 2009, 4992).

Infine, anche il legislatore del 2003, disponendo l'ammissibilità della revisione della sentenza patteggiata per tutti i casi previsti dall'art. 630 c.p.p. — ivi compresa, quindi, l'ipotesi riguardante il conflitto teorico tra giudicati — non ha che riconosciuto, ancora una volta, come la sentenza di patteggiamento «enunci fatti»⁷⁹ idonei a dimostrare la responsabilità dell'imputato.

Dunque, sia nell'ipotesi "tradizionale" di patteggiamento a pena non superiore ai due anni sia — e *a fortiori* — nell'ipotesi "allargata" introdotta nel 2003⁸⁰ è presente un accertamento giurisdizionale (inteso quale percorso attivamente orientato verso la certezza come conoscenza non problematica di fenomeni della realtà), benché «basato su regole diverse e meno garantistiche di quelle previste per il dibattimento»⁸¹, ed incompleto, in quanto circoscritto alla situazione probatoria esistente nel momento in cui matura l'intesa tra le parti.

Pertanto, sembra potersi escludere ogni deroga di matrice negoziale al canone *nulla poena sine iudicio*. Quantunque, oggi, si versi in un sistema stellare nel quale il rito che tradizionalmente viene individuato come tipico o ordinario si configura in realtà come uno tra le diverse possibilità di definizione del procedimento penale, nonostante si assista ad una prismatica configurazione dei differenti moduli processuali, commisurati sia alle esigenze di economia e semplificazione sia alla varietà delle forme con cui si esprime il fenomeno criminoso, l'esercizio della giurisdizione tesa alla comminazione di una pena resta pur sempre cognizione, *id est* accertamento dei fatti.

⁷⁹ G. LOZZI, *Patteggiamento allargato: nessun beneficio dall'applicazione di una giustizia «negoziale»*, in *Guida al diritto*, 2003 (30), 10.

⁸⁰ Invero, anche chi dovesse mantenere perplessità e riserve a riconoscere un pregnante profilo cognitivo alla sentenza di applicazione della pena detentiva entro il limite dei due anni (patteggiamento "tradizionale") non potrebbe che convenire, con riguardo alla decisione di applicazione della pena oltre quel limite, che rispetto alla comune pronuncia di condanna «si profila quale fondamentale base comune alle due sentenze l'accertamento della responsabilità in ragione della sostanziale corrispondenza di effetti» (D. VIGONI, *Patteggiamento «allargato»: riflessi sul sistema e sull'identità della sentenza*, in *Cass. pen.*, 2004, 716; riguardo a tale profilo v., inoltre, E. AMODIO, *I due volti della giustizia negoziata nella riforma del patteggiamento*, in *Cass. pen.*, 2004, 702). Per di più, posto che con la riforma del 2003 la sentenza patteggiata può applicare una pena detentiva fino a cinque anni, «risulterà più difficile sostenere che si possano irrogare anni di galera senza un accertamento [...] di reità» (P. TONINI, *Patteggiamento, come si cambia*, cit., 110). D'altro canto, occorre comunque evitare attentamente il paradosso di ammettere solo per il patteggiamento "allargato" l'esistenza di un accertamento di responsabilità, perché «non sembra logico asserire e, comunque, non è giustificato dalla normativa vigente, che un patteggiamento a due anni di reclusione [...] non presupponga una dichiarazione di colpevolezza, che, invece, sarebbe indispensabile per un patteggiamento a due anni e un mese» (G. LOZZI, *Una sentenza sorprendente in tema di patteggiamento allargato*, cit., 675).

⁸¹ V. FANCHIOTTI, *Il «nuovo patteggiamento» alla ricerca di un'identità*, in *Cass. pen.*, 1991, 35.