

QUESITI

RAFFAELE PILLONI

Giustizia penale negoziata e divieto di giudizio abbreviato per i delitti puniti con l'ergastolo

Dietro il tema imposto dalla recente novella che nega agli imputati di delitti puniti con l'ergastolo l'accesso al rito abbreviato germoglia il simbolismo nostalgico dell'intransigenza punitiva che, costruito intorno alla pena dell'ergastolo, si autoproclama come argine davanti al debordare di fallimentari - almeno sul piano dell'efficacia preventiva - forme di giustizia negoziata che conducono a una diminuzione premiale della pena, compresa quella perpetua. La struttura dogmatica del giudizio abbreviato, sottraendo quest'ultimo alle influenze evocative di locuzioni come "giustizia negoziata" o "rito premiale", offre una prospettiva di partenza che, con lucidità, permette di scorgere non pochi dubbi sulla ragionevolezza di una scelta legislativa che mira, in via del tutto irrazionale, a sottrarre una data categoria di imputati all'ambito di applicazione del giudizio abbreviato.

Negotiated criminal justice and the prohibition of the summary trial to crimes punished with life imprisonment.

Behind the topic imposed by the recent amendment that denies to the defendants for crimes punished with life imprisonment the access to summary trial, it's possibile to observe the nostalgic symbolism of punitive intransigence which, built around the life imprisonment, is self-proclaimed as a barrier before the overflow of failed - at least in terms of preventive effectiveness - forms of negotiated justice that lead to a decrease of the punishment, even if perpetual. The dogmatic structure of the summary trial, by subtracting the latter from the evocative influences of expressions such as "negotiated justice" or "reward trial", offers a starting perspective which, clearly, allows to discern many doubts about the reasonableness of a legislative choice which aims, in a completely irrational way, to remove a given category of defendants from the scope of the summary trial.

SOMMARIO: 1. Una novella annunciata. - 2. Fisionomia anegoziale del rito abbreviato: cenni. - 3. Giudizio abbreviato e patteggiamento: premialità e linee generali di confronto. - 4. Spunti di irragionevolezza del divieto di giudizio abbreviato per i delitti puniti con l'ergastolo. - 5. Giudizio abbreviato e pena dell'ergastolo: quando la razionalità cede alle emozioni dei simboli.

1. *Una novella annunciata.* La legge 12 aprile 2019, n. 33, ha introdotto il divieto di giudizio abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo (art. 438, co. 1-*bis*, c.p.p.). Al divieto, che trova applicazione solo per i fatti commessi dopo l'entrata in vigore della legge, si somma l'abrogazione del secondo e del terzo periodo del secondo comma del medesimo articolo che disciplinava un meccanismo di riduzione della pena irrogata in concreto dall'ergastolo a trenta anni di reclusione e dall'ergastolo con isolamento diurno all'ergastolo.

Il legislatore inoltre è intervenuto con alcuni adattamenti normativi richiesti dall'eventuale modifica dell'imputazione e della qualificazione giuridica del fatto in senso favorevole all'accesso al rito abbreviato.

Il primo incide sul sesto comma dell'art. 438 c.p.p. e prevede che in caso di dichiarazione di inammissibilità della richiesta di giudizio abbreviato, trattandosi di reato punito con l'ergastolo, la nuova richiesta possa essere riproposta fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli articoli 421 e 422 c.p.p. Il secondo adattamento invece introduce nell'art. 438 c.p.p. il comma 6-ter. Qualora la richiesta di giudizio abbreviato proposta nell'udienza preliminare sia stata dichiarata inammissibile il giudice, se all'esito del dibattimento ritiene che per il fatto accertato sia ammissibile il giudizio abbreviato, applica la riduzione della pena ai sensi dell'articolo 442, comma 2, c.p.p.

Altra modifica, attesa e speculare a quelle appena riportate, riguarda l'art. 441-bis, comma 1-bis, c.p.p.: se, a seguito delle contestazioni, si procede per delitti puniti con la pena dell'ergastolo il giudice revoca, anche d'ufficio, l'ordinanza con cui era stato disposto il giudizio abbreviato e fissa l'udienza preliminare o la sua eventuale prosecuzione.

Infine il nuovo comma 2-bis dell'art. 429 c.p.p. stabilisce che, se si procede per delitto punito con la pena dell'ergastolo e il giudice conferisce al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione, tale da rendere ammissibile il giudizio abbreviato, il decreto che dispone il giudizio contiene anche l'avviso che l'imputato può chiedere il giudizio abbreviato entro quindici giorni dalla lettura del provvedimento o dalla sua notificazione e si applicano le disposizioni previste per la richiesta di giudizio abbreviato a seguito della notizia del decreto che dispone il giudizio immediato (art. 458 c.p.p.).

La novella ha sollevato non poche perplessità già nelle prime riflessioni e a queste seguiranno, prevedibilmente, laboriosi interventi giurisprudenziali¹. Il tema che, più di tutti, suscita un morboso interesse è proprio quello imposto dal “principio madre” della riforma ossia la scelta di inibire l'accesso al giudi-

¹ Si rinvia, in particolare, alle succinte ma complete osservazioni di SPANGHER, *Esclusi dall'abbreviato i riti puniti con l'ergastolo (l. n. 33 del 2019)*, in *Il processo*, 2, 489 ss. In chiave critica, sui temi posti dalla novella v. altresì CHIARA, *Giudizio abbreviato, reati “da ergastolo”, populismo penale e Stato di diritto*, in *Proc. pen. giust.*, 5, 2019, 1037 ss.; ZACCHE, *Inammissibile l'abbreviato per i reati puniti con l'ergastolo: osservazioni a margine della l.12 aprile 2019, n. 33*, in *Proc. pen. giust.*, 5, 2019, 1202 ss.; DE CARO, *Le ambigue linee di politica penale dell'attuale legislatore: giudizio abbreviato e reati puniti con la pena dell'ergastolo*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1627 ss.; TRIGGIANI, *Considerazioni sulle proposte di legge in tema di inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo*, in *Annali Dipart. Jonico*, 2018, 629 ss.; GIUNCHEDI, *De profundis per i procedimenti speciali. Considerazioni a margine della legge di inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con l'ergastolo*, in questa *Rivista*, 2, 2019, 1 ss.; CISTERNA, *I consistenti impatti di una novella sulle corti di assise*, in *Guida dir.*, 21, 2019, 22 ss.; SCALFATI, *L'uso strategico dei procedimenti “differenziati”*, in questa *Rivista*, 3, 2019, 5 ss.

zio abbreviato agli imputati di reati puniti con l'ergastolo.

Quello dei rapporti tra rito abbreviato e pena dell'ergastolo non è certo un tema nuovo². La legge delega per il codice di procedura penale non stabiliva alcunché circa la riduzione della pena in caso di reati puniti con l'ergastolo se non la riduzione “secca” o aritmetica di un terzo, evidentemente inapplicabile a una sanzione - l'ergastolo - storicamente appellata come “pena perpetua”. Eppure il legislatore del 1988, ricorrendo a una misura fissa che fosse capace di soddisfare esigenze di prevenzione generale, finì col prevedere - in via del tutto ultronea rispetto alle previsioni della legge delega - la diminuzione dall'ergastolo a trent'anni di reclusione in caso di condanna all'esito del rito abbreviato, richiamandosi al limite massimo previsto dall'art. 66 c.p. per la pena della reclusione³.

La scelta fu foriera di immediate critiche di incostituzionalità, poi recepite dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 176/1991 che dichiarò la illegittimità dell'art. 442, comma 2, c.p.p. proprio per eccesso di delega⁴.

² Sulla evoluzione normativa del giudizio abbreviato, anche con riferimento ai rapporti con la pena dell'ergastolo, la produzione bibliografica è molto ricca. Tra le opere monografiche, i contributi enciclopedici o di carattere generale, v. MAFFEO, *Il giudizio abbreviato*, Napoli, 2004; ZACCHE', *Il giudizio abbreviato*, Milano, 2004, 17 ss.; BRICCHETTI-PISTORELLI, *Giudizio abbreviato. Profili teorico-pratici*, Milano, 2005, 1 ss.; CANZIO, voce *Giudizio abbreviato*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, 617 ss.; MAFFEO, voce *Giudizio abbreviato*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Roma, 2003, 1 ss.; M. MONTAGNA, voce *Giudizio abbreviato*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. II, Torino, 2004, 326 ss.; PISTORELLI-BRICCHETTI, *Giudizio abbreviato*, in (diretto da) SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, vol. IV, t. I, 2008, 63 ss.; NEGRI, *Il “nuovo” giudizio abbreviato: un diritto dell'imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economia processuale*, in (a cura di) PERONI, *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Padova, 2000, 441 ss.; BASSI-D'ARCANGELO, *Il giudizio abbreviato*, in (a cura di) BASSI-PARODI, *I procedimenti speciali*, Milano, 2013, 23 ss.; GIUNCHEDI, *Giudizio abbreviato*, in (coordinata da) ID., *La giustizia penale differenziata. I procedimenti speciali*, tomo I, Torino, 2010, 655 ss.

³ Cfr. Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale e a quello a carico degli imputati minorenni, (in *Gazz. uff.*, Suppl. ord. n. 93 del 24.10.1988, n. 250), dove si legge: «Si è posto allora il problema di rendere possibile la riduzione del terzo rispetto ai reati per i quali il giudice debba infliggere l'ergastolo. L'applicabilità del criterio di diminuzione previsto dall'art. 65 n. 2 c.p. (reclusione da venti a ventiquattro anni) è stata scartata anche per la considerazione che la delega prevede una diminuzione “secca” (di un terzo), onde è sembrato preferibile determinare in modo fisso la pena da sostituire all'ergastolo. L'entità della pena indicata nell'art. 437 (trenta anni) è motivata da esigenze di prevenzione generale, che giustificano il richiamo al limite massimo della pena della reclusione consentito dal nostro ordinamento penale (art. 66 c.p.)».

⁴ Corte cost., n. 171 del 1991, in *Cass. pen.*, 1992, 592, dove si precisa che la direttiva della legge della, «nella sua chiara formulazione, è tale da far ritenere che la previsione del giudizio abbreviato riguardi solo i reati punibili con pene detentive temporanee o pecuniarie, essendo la diminuzione di un terzo concepibile solo se riferita ai reati punibili con una pena quantitativamente determinata e non, quindi, ai reati punibili con l'ergastolo. [...] La sostituzione invece operata, con la pena di trent'anni di reclusione, è stata quindi il frutto di una scelta alternativa ad altra (reclusione da venti a ventiquattro anni), che

La legge 16 dicembre 1999, n. 479 (meglio nota come “legge Carotti”), reintrodusse anche per i reati puniti con l’ergastolo gli effetti premiali derivanti dalla scelta del rito abbreviato: nello specifico, si è già detto sopra, in caso di condanna alla pena dell’ergastolo il regime premiale del rito comportava l’applicazione della reclusione nella misura di trent’anni; in caso di condanna all’ergastolo con isolamento diurno, la pena dell’ergastolo.

La nuova previsione normativa generò non pochi problemi interpretativi sia con riferimento all’applicabilità del rito in caso di pena dell’ergastolo con isolamento diurno⁵, sia in tema di retroattività della legge penale più favorevole per gli imputati e i condannati all’ergastolo che avessero fatto richiesta di giudizio abbreviato prima dell’entrata in vigore della legge Carotti, inaugurando una fertile stagione di importanti pronunce giudiziali anche sovranazionali⁶.

L’abbattimento dell’ostacolo frapposto all’accesso al giudizio abbreviato anche per gli imputati di reati puniti con l’ergastolo è uno dei punti che raccordano la storia di questo rito alla inarrestabile tendenza politica volta a favorire le deviazioni dalla strada maestra del procedimento ordinario, investendo sulla cosiddetta “giustizia differenziata” considerati i benefici raggiungibili in termini di deflazione del carico della giustizia penale⁷. Nella stessa direzione si è posta l’abrogazione - sempre per opera della legge Carotti - della disposizione che subordinava l’accesso al rito abbreviato al consenso del pubblico ministero, anche se la Consulta aveva già dichiarato l’incostituzionalità della medesi-

pur era stata presa in considerazione, senza però che entrambe trovassero riscontro in altri principi o criteri dettati, anche se ad altri fini, dal delegante. Scelta quindi, arbitraria rispetto alla legge di delega, non bastando a giustificarla il riferimento ad altre ipotesi di sostituzione della pena dell’ergastolo, quali previste nel codice penale in relazione a profili in nessun modo collegabili alla diminuzione di un terzo indicata dalla delega per il giudizio abbreviato».

⁵ Questione definitivamente risolta dal d. l. n. 341/2000, poi convertito in legge (l. n.4/2001), dove si è chiarito che il termine “ergastolo” è riferito all’ergastolo semplice mentre, nel caso di ergastolo con isolamento diurno, nel caso di giudizio abbreviato, verrà applicata la pena dell’ergastolo.

⁶ La vicenda, molto nota, è quella del “caso Scoppola”, che ha occupato dottrina e giurisprudenza per anni, v. ampiamente GAMBARDILLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, 2013, 47 ss., CARLIZZI, *La teoria della successione di leggi nel tempo sul banco di prova del “caso Scoppola” e dei casi analoghi*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2, 2013, 27 ss. e, sugli sviluppi successivi, VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni unite che chiude la saga sei “fratelli minori” di Scoppola*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1, 2014, 250 ss.

⁷ I riti speciali, globalmente considerati e sciverati delle tendenze più o meno inquisitorie, convergono verso impellenti esigenze deflative che pongono come presupposto il superamento di un «ideologismo processuale che continuava a privilegiare lo sbocco dibattimentale come unica forma di definizione del procedimento», GREVI-NEPPI MODONA, *Introduzione al progetto preliminare del 1988*, in (a cura di) IDD., *Il nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1988, 71, allo scopo di lasciare pervenire al giudizio dibattimentale solo una minima parte dei procedimenti sulla falsariga del sistema nordamericano. Cfr. LOZZI, *Giudizi speciali e deflazione del dibattimento*, in (a cura di) CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, IV, Torino, 1990, 757 ss.

ma disposizione nella parte in cui non prevedeva che il pubblico ministero motivasse un eventuale dissenso all'accesso al rito⁸.

Pure davanti alle critiche di buona parte della dottrina penale, sostanziale e processuale, ostile, talvolta anche in via del tutto ideologica, a un "mercanteggiamento" della giustizia penale o almeno a un ampliamento delle maglie della giustizia negoziata⁹, la strada della differenziazione dal rito ordinario con forme più o meno chiare di giustizia negoziata è parso il lume più acceso anche delle recenti riforme¹⁰.

La legge n. 33/2019, escludendo il giudizio abbreviato per gli imputati di reati puniti con l'ergastolo, si inserisce invece nell'attuale trend della politica penale e processualpenale incline, viceversa, a un ripensamento dello spirito riformatore poc'anzi richiamato.

Spesso animato dallo spasmodico interesse per il consenso sociale¹¹, malcelato dietro il mito della sicurezza e della certezza della pena¹², l'intervento controriformatore si è orientato, nel diritto sostanziale, verso un inasprimento

8 Cfr. ampiamente MAFFEO, *Il giudizio abbreviato*, in (a cura di) NORMANDO, *Le recenti modifiche al codice di procedura penale. Commento alla legge 16 dicembre 1999, n. n. 479 (legge Carotti). Le innovazioni in tema di riti alternativi*, vol. III, Milano, 2000, 41 ss.

9 In particolare, a causa dell'elemento "anticognitivo" imputato specialmente ai riti speciali c.d. negoziati v. per tutti le note posizioni di FERRUA, *La giustizia negoziata nella crisi della funzione cognitiva del processo pena*, in (a cura di) MOCCIA, *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, Napoli, 1998, 49 ss., nonché, sempre in chiave critica, FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Per una teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 752 ss.; per un approccio comparativo e critico GAMBINI MUSSO, *Poteri dispositivi delle parti e giudice nei modelli a schema negoziato*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 495 ss.

10 Dopo l'introduzione del patteggiamento c.d. "allargato", oramai risalente al lontano 2003, recentemente la legge delega n. 67/2014 ha previsto - tra le altre misure - il rito speciale della "sospensione del procedimento con messa alla prova", formalmente ispirato da logiche riparatorie o latamente conciliatorie ma sostanzialmente proiettato verso il dichiarato scopo deflativo, tipicamente riferibile all'area della giustizia negoziata. Sulla prevalente finalità deflativa della messa alla prova v. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in (a cura di) CONSO-GREVI-BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2016, 645; sulla riconduzione dell'istituto alle logiche della giustizia negoziata, seppure con alcuni distinguo rispetto al patteggiamento v., da ultimo, PASTA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e "rieducazione degli imputati": conmiato dalla semantica e dalla logica dualistica del processo*, in *Cass. pen.*, 2019, 2326.

11 Cfr., recentemente, PALAZZO-VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018, 25 ss.; sui rapporti tra consenso sociale e legislazione in materia penale v. altresì ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, 413 ss.; PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 849 ss.; ID., *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed "effetti penali" dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 467 ss.; MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 80 ss.

12 PULITANÒ, *Idee per un manifesto sulle politiche del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 371. Sull'influenza dei dogmi della sicurezza e della certezza della pena nelle politiche sulle sanzioni penali v. TRAPANI, *La rieducazione del condannato tra "ideologia correzionalistica" del trattamento e "garanzie" costituzionali di legalità e sicurezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1710 ss.

delle pene e più in generale verso un consolidamento dell'intervento penale a cui è specularmente seguita, nel diritto processuale, una restrizione degli spazi di applicazione - ad esempio - delle misure alternative alla detenzione e, da ultimo, del giudizio abbreviato¹³.

Ritornando proprio al giudizio abbreviato e alla novella più recente, l'impronta di una simile impostazione politica è letteralmente trascritta nella relazione alla proposta di legge: «Si è voluto, quindi, che per certi reati per cui la legge prevede la pena in astratto dell'ergastolo - si parla, ad esempio, di stragi, di femminicidi efferati, di altri gravi atti che riguardano il terrorismo - si celebri il processo, si accertino le responsabilità e ci sia la pena congrua, proporzionata alla gravità del fatto»¹⁴.

Anche nella precedente proposta di legge, sulla quale sembra fondarsi quella più recente, si osserva che «la presente proposta di legge intende stabilire l'impossibilità di ricorrere a tale rito per i delitti più gravi puniti con l'ergastolo, come l'omicidio volontario. Se, infatti, consentire la scelta del giudizio abbreviato risulta giustificabile in via generale per motivi legati a esigenze deflative, ciò non sembra accettabile per reati che, in ragione della loro gravità, il codice penale punisce tanto severamente e che creano un grave allarme sociale nell'opinione pubblica. Desta sconcerto l'applicazione, molte volte, di pene notevolmente ridotte rispetto alla pena perpetua inizialmente prevista

13 In generale, sulle più recenti iniziative legislative e in termini critici v. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, 2019; DOLCINI, *La pena ai tempi del diritto penale illiberale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 22 maggio 2019; ID., *Il sistema sanzionatorio penale tra minacce di involuzione e l'antidoto offerto dalla Carta costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2091, 501 ss.; PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Dir. pen. cont.*, 3, 2019, 235 ss.; STORTONI, *Il diritto penale sotto il segno dell'efficienza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 379 ss. Con particolare riferimento alle limitazioni previste in materia di benefici penitenziari nei confronti dei condannati per delitti contro la p.a. v. MANES, *L'estensione dell'art. 41bis ord. penit. ai delitti contro la p.a. Profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2019, 105 ss., nonché PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in questa *Rivista*, 3, 2018, 1 ss.; MANNA, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in questa *Rivista*, 2, 2018, 1 ss.; PELISSERO, *Politica, consenso sociale e dottrina: un dialogo difficile sulle riforme attuate e mancate del sistema sanzionatorio*, in questa *Rivista*, 1, 2019, 1 ss.; RICCIO, *La crisi della giustizia tra pressioni comunitarie e recessioni interne*, in questa *Rivista*, 3, 2019, 1 ss.; CALAZZA, *Governo populista e legislazione penale: un primo bilancio*, in *Dir. pen. proc.*, 5, 2019, 589 ss.; BIANCHETTI, *Sentimenti, risentimenti e politica criminale: un'indagine quali-quantitativa in tema di legislazione penale compulsiva*, in questa *Rivista*, 1, 2019, 1 ss.; BARGI, *Le insidiose oscillazioni della recente legislazione populista tra tutela della "sicurezza" e garanzia dei diritti fondamentali*, in questa *Rivista*, 3, 2019, 1 ss.

14 Così la proposta di legge n. 460 presentata nel corso della XVIII legislatura, in data 3 aprile 2018, alla Camera dei deputati, a.c. 460, d'iniziativa della deputata Morani recante "Modifiche al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di inapplicabilità e di svolgimento del giudizio abbreviato".

dal codice penale»¹⁵.

La questione che rimane sullo sfondo, in un dibattito assorbito dalle critiche attente a sviscerare gli effetti pratici derivanti dall'aver interdetto agli imputati di reati puniti con l'ergastolo la via deflativa del rito abbreviato, attiene alla ragionevolezza costituzionale di una simile opzione legislativa.

A ben vedere già la Corte costituzionale, prima della entrata in vigore della legge Carotti, ritenne che il regime di inapplicabilità del giudizio abbreviato ai reati punibili con la pena dell'ergastolo non fosse in sé irragionevole, né che l'esclusione di alcune categorie di reati, come attualmente quelli punibili con l'ergastolo, in ragione della maggiore gravità di essi, determinasse una ingiustificata disparità di trattamento rispetto agli altri reati, trattandosi di situazioni non omogenee¹⁶. Nelle pronunce successive la Consulta confermò le stesse conclusioni, non essendo stati adottati nuovi argomenti che potessero indurre la Corte a decisioni differenti¹⁷.

La lente della ragionevolezza, se posata sulla recente novella legislativa a di-

15 Così la relazione alla proposta di legge n. 392 presentata nel corso della XVIII legislatura, in data 27 marzo 2018, alla Camera dei deputati, a.c. 392, primo firmatario il deputato Molteni, recante "Modifiche agli articoli 438 e 442 del codice di procedura penale. Inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo".

16 Corte cost., n. 163 del 1992, in *Giur. cost.*, 1992, 1251, con nota di B. LAVARMI. La questione di costituzionalità, dichiarata manifestamente infondata dalla Corte, è stata sollevata in riferimento all'art. 2, punto 53, della legge delega 16 febbraio 1987, n. 81, nonché agli artt. 438, 439, 440 e 442 c.p.p. all'epoca vigenti, vista la mancata previsione della definibilità con giudizio abbreviato anche dei processi per delitti puniti con la pena dell'ergastolo. Secondo i giudici rimettenti si tratta di una esclusione contraria in primo luogo all'art. 3 Cost., per la disparità di trattamento rispetto a quei reati non punibili con l'ergastolo e quindi ammessi al rito abbreviato e alla riduzione della pena, ma che, di fatto, risultano puniti con una pena anche superiore a quella concretamente irrogata per i primi; inoltre - sempre secondo i giudici rimettenti - l'ammissibilità risulta esclusivamente e insindacabilmente dipendente dalla configurazione del reato fornita dal pubblico ministero all'atto della formulazione dell'imputazione, con evidente sperequazione rispetto a quegli imputati che, pur avendo commesso lo stesso tipo di reato, sono tratti a giudizio senza contestazione dell'aggravante che ha effetti preclusivi del rito speciale; infine i giudici evidenziano un'ingiustificata disparità di trattamento tra accusa e difesa, dal momento che, mentre le ragioni di quest'ultima sono sempre e comunque sottoposte al vaglio del giudice, quelle del pubblico ministero non consentono, nella specie, alcuna verifica. Altro profilo di incostituzionalità sollevato riguarda l'art. 24 della Costituzione, in quanto, rappresentando la richiesta di giudizio abbreviato un vero e proprio diritto soggettivo, l'impossibilità di ricorrere a tale rito finisce per privare l'imputato di un'importante opzione difensiva. Altra violazione riguarda l'art. 25, primo comma, Cost., giacché i predetti imputati vengono stati sottratti al giudice dell'udienza preliminare e, cioè, al loro giudice naturale, qualora il pubblico ministero decida, mediante la contestazione del reato, di evitare che il processo sia definito con il giudizio abbreviato. Infine è stata sollevata la violazione dell'art. 101, secondo comma, Cost., in quanto si consentirebbe al pubblico ministero - attraverso la contestazione del reato - di imporre un preciso rito processuale e una determinazione sanzionatoria (che impedisce la riduzione di pena), così sconfinando nell'attività decisoria esclusivamente riservata al giudice.

17 Cfr. Corte cost., n. 12 del 1993, in *www.giurcost.org*.

stanza di quasi un ventennio dalle rammentate pronunce della Corte costituzionale, sembra rivelare nuovi e diversi elementi di dubbio sulla costituzionalità del divieto di giudizio abbreviato per i delitti puniti con l'ergastolo, tenuto conto sia dei capisaldi dogmatici oramai elaborati e raccolti intorno al rito abbreviato sia della irrefrenabile crisi della pena perpetua nell'ordinamento.

Si tratta di una nuova prospettiva che richiede una propedeutica riflessione critica sulla superficialità del contesto socio-culturale entro cui si è sviluppato il proposito di inibire il giudizio abbreviato per i delitti puniti con l'ergastolo, influenzato anche da un lessico e da locuzioni improprie o almeno imprecise. L'assunta natura "negoziale" del rito abbreviato nonché l'esaltazione della sua portata "premiale" costituiscono ormai veri luoghi comuni che celano, invece, grossolane semplificazioni e soprattutto suggestioni capaci di condizionare la determinazione degli scopi politico-criminali da parte del legislatore e le esigenze di qualificazione che caratterizzano l'opera dell'interprete.

2. Fisionomia anegoziale del giudizio abbreviato: cenni. Il richiamo continuo nella manualistica, nei contributi scientifici e nelle pronunce giurisprudenziali al carattere negoziale di alcuni riti speciali, soprattutto il giudizio abbreviato e l'applicazione della pena su richiesta delle parti, merita di essere sottoposto a una rigida prova di resistenza.

La categoria del negozio giuridico, se aiuta a rendere esplicita la vigorosa incidenza dell'autonomia e del potere dispositivo delle parti nel "nuovo" processo penale¹⁸, porta con sé non solo tutte le imprecisioni di una trasposizione concettuale finalizzata a una semplificazione scolastica o evocativa di un'evoluzione storica, ma anche un possibile e agevolato travisamento della fisionomia di istituti processuali come il giudizio abbreviato.

L'avvento del nuovo codice e l'assunta centralità della fase dibattimentale, luogo deputato alla formazione della prova nel contraddittorio tra le parti, ha richiesto al legislatore della riforma codicistica un cospicuo investimento sui riti alternativi al fine di destinare al dibattimento solo una minuta parte dei processi evitando il congestionamento dell'intero sistema.

Il consenso dell'imputato divenne, fin da subito, la via obbligata per introdurre nuovi riti speciali come il giudizio abbreviato e il cosiddetto patteggiamen-

18 Il riferimento alla categoria del negozio giuridico o al carattere della negozialità nasconde, in verità, «un valore evocativo, di carattere concettuale e simbolico», VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, Milano, 2000, 50, che sottolinea comunque «l'utilità e la funzione di richiamo, di un concetto base, quello del negozio, che sinteticamente consente di identificare una determinata fenomenologia caratterizzata dall'incidenza negli sviluppi processuali del consenso delle parti», *ibid.*, 52.

to. Rinunciando alla formazione della prova nel contraddittorio, l'imputato perde la garanzia di un giudizio misurato su un patrimonio cognitivo forgiato all'esito del dibattimento ma guadagna uno "sconto" sulla pena in caso di condanna (giudizio abbreviato) ovvero di mera applicazione della pena (patteggiamento).

Insomma, l'appello alla negozialità e la locuzione "giustizia negoziata" aiuta a rappresentare, in via assolutamente enfatica, l'avvenuta eversione nel classico rapporto giuridico penale tra l'imputato e lo Stato, ossia l'avvicendamento tra soggezione del primo alla potestà punitiva del secondo e mero baratto tra i due soggetti¹⁹; ma si rivela del tutto inadeguato sul piano tecnico e teorico.

La diversità tra le esigenze di tutela e gli scopi da raggiungere nel procedimento penale rispetto al settore privatistico, nonché «il modo in cui vengono a porsi i principi della responsabilità e dell'affidamento dei destinatari»²⁰, paiono argomenti insuperabili per ogni tentativo di applicazione analogica della fattispecie negoziale²¹.

Il potere dell'imputato esercitato in quella vicenda processuale che segna la richiesta di giudizio abbreviato non presenta alcun carattere di negozialità. La richiesta è rivolta al giudice e provoca il dovere di quest'ultimo, soddisfatti i soli requisiti temporali (almeno nel caso del giudizio abbreviato ordinario o non subordinato a una integrazione probatoria), di ammettere l'imputato al rito speciale prescelto. Si tratta di un atto giuridico unilaterale non negoziale

19 Si è bene osservato, in questo senso, che l'espressione "giustizia negoziata" è «omnicomprensiva e potrebbe includere ogni situazione in cui la volontà o il consenso delle parti incide sul processo, influenzando su una o più delle sue fasi, oppure disciplinandone uno o più aspetti o momenti particolari», MARAFIOTI, *Giustizia penale negoziata e verità processuale selettiva*, in *Cass. pen.*, 2013, 2497. In definitiva le locuzioni "giustizia negoziata", "giustizia consensuale", "giustizia contrattata" etc. tendono a rappresentare, seppure con sfumature e prospettive differenti, lo stesso fenomeno, v. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e ripartiva all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010, 37 ss. Sulla giustizia negoziata e sulle nozioni fondamentali della materia v. soprattutto MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, Milano, 1992, 16 ss.; PERONI, *Nozione fondamentali*, in (a cura di) ID.-GIALUZ, *La giustizia penale consensuale*, Torino, 2004, 3 ss.; FONTI, *Vizi della volontà e giustizia penale negoziata*, in (coordinata da) GIUNCHEDI, *La giustizia penale differenziata. I procedimenti speciali*, cit., 277 ss. Per uno sguardo d'insieme sulle coordinate fondamentali della materia TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, in (a cura di) DELMAS-MARTY, *Procedure penali d'Europa*, in (a cura di) CHIAVARIO, ed. it., Padova, 2001, 619 ss.

20 CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, 75, il quale predica cautela nell'utilizzo delle categorie civilistiche all'interno del processo penale.

21 Il dibattito appartiene agli studi meno recenti. Si oppongono al trasferimento della categoria del negozio giuridico nel processo penale, tra gli altri, RICCIO, *La volontà delle parti nel processo penale*, Napoli, 1969, 51 ss.; CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, cit., 71 ss. *Contra* MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, III, Torino, 1970, 6; LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, I, Napoli, 1961, p. 597; FROSALI, *Sistema penale italiano*, IV, Torino, 1958, 200.

poiché l'imputato, chiedendo di essere giudicato secondo le forme del giudizio abbreviato, aderisce a uno schema processuale i cui effetti sono pre-determinati dalla legge²².

L'ordinamento processuale infatti attribuisce rilevanza solo alla volontarietà dell'atto, non alla volontà del risultato che il soggetto persegue con la richiesta di giudizio abbreviato (ad esempio lo sconto finale nella determinazione della pena, oppure una sentenza di assoluzione visto il materiale raccolto nel corso delle indagini preliminari etc.)²³. Inoltre, anche a voler discorrere della funzione dell'atto al fine di distinguere tra atti negoziali e non, l'assenza di una autoregolamentazione degli interessi da parte dell'imputato, considerata l'indisponibilità della libertà personale e dell'accertamento della responsabilità penale, escluderebbe la presenza di una componente strettamente negoziale²⁴.

22 In questo senso BRICCHETTI-PISTORELLI, *Giudizio abbreviato. Profili teorico-pratici*, Milano, 2005, 74 ss. nonché IDD., *Giudizio abbreviato*, in (a cura di) SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, vol. IV, t. I, Torino, 2008, 123. Similmente, nel senso che il giudizio abbreviato non conserva alcun carattere negoziale, BONETTI, *Il giudizio abbreviato*, in (a cura di) PISANI, *I procedimenti speciali in materia penale*, Milano, 2003, 5, che definisce il rito una «occasione di giustizia flessibile» introdotta su scelta univoca dell'imputato. *Contra*, nel senso di ricondurre la manifestazione di volontà dell'imputato ex art. 438 c.p.p. alla categoria del negozio giuridico unilaterale NEGRI, *Il "nuovo" giudizio abbreviato: un diritto dell'imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economia processuale*, cit., 456; CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003, 1044; ZACCHE', *Nuovi poteri probatori nel rito abbreviato*, in Cass. pen., 2001, p. 2610; MAFFEO, voce *Giudizio abbreviato*, cit., p. 3. Sul tema e sui caratteri distintivi dell'atto giuridico unilaterale non negoziale si rinvia, per tutti, a MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955.

23 Sulla diversa rilevanza dell'elemento volitivo nel negozio giuridico rispetto all'atto giuridico in senso stretto v. in particolare, SANTORO-PASSARELLI, voce *Atto giuridico*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 205 ss., ove si espone la posizione tradizionale della dottrina. Nell'atto giuridico non negoziale la legge attribuisce rilievo soltanto alla volontarietà dell'atto, indipendentemente dall'ulteriore ed eventuale volontà del risultato perseguita dall'agente. Nel negozio giuridico invece la legge attribuisce rilievo anche alla direzione della volontà dell'agente verso un determinato risultato, riconoscendo e producendo proprio quegli effetti giuridici. *Contra*, rispetto a una posizione eccessivamente "dogmatica" in tema di volontà, SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in GROSSO-SANTORO-PASSARELLI, *Trattato di diritto civile*, Milano, 1972, 48 ss., il quale sottolinea che anche negli atti giuridici non negoziali, pur permanendo una predeterminazione degli effetti legali, residua un margine per l'agente di esprimere una volontà coincidenze e diretta alla produzione proprio di quegli effetti già predeterminati.

24 Sui problemi e sul dibattito derivanti, in particolare, dalla ritenuta indisponibilità dell'accertamento processualpenale una volta correlata ai riti speciali e in particolare alle logiche della cosiddetta "giustizia negoziata" v. soprattutto, ampiamente, DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino, 2004, in particolare 112 ss. Per una giustificazione in ordine alla compatibilità tra indisponibilità dell'accertamento penale e riti speciali v. 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, 270 ss., che rinviene nella signoria delle parti nella elaborazione della prova, riconosciuta anche dalla Costituzione (art. 111, comma 2 e 5), un motivo di coerenza e non contraddizione dell'intero sistema. Il ruolo determinante riconosciuto alle parti in materia di elaborazione

Pertanto, ragionando secondo le categorie del diritto civile (il corsivo è nostro) «la richiesta *di giudizio abbreviato* costituisce, invero, il mezzo offerto dall'ordinamento per utilizzare una disciplina che è frutto non già di autonomia ma, come si suol dire, di eteronomia, intendendosi per regola eteronoma quella dettata da poteri diversi ed esterni all'autonomia del privato, in particolare, quindi, dal potere legislativo. Nel caso del negozio giuridico è invece il soggetto che crea che disciplina gli interessi perseguiti, cosicché gli effetti che ne conseguono non potranno, di regola, non corrispondere all'intento»²⁵. Similmente, anche nell'applicazione della pena su richiesta delle parti la richiesta dell'imputato costituisce un atto giuridico unilaterale non negoziale, eventualmente convergente con quello espresso dal pubblico ministero e diretto al giudice²⁶.

zione probatoria, se finisce per condizionare la decisione finale sia in termini di esercizio delle prerogative a loro riconosciute, come accade nel giudizio dibattimentale, sia in termini di rinuncia alle medesime prerogative, come accade nei riti speciali, non arriva fino a disporre in via assoluta della *res iudicanda*, proprio a causa della indisponibilità della norma penale. Sulla differente funzione degli atti giuridici in senso stretto rispetto a quella propria degli atti negoziali, rispettivamente semplice tutela della propria sfera di interessi e mero elemento della fattispecie legale il primo, autoregolazione dei propri interessi nell'ambito dell'autonomia privata il secondo, v. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., 44 ss.

25 BRICCHETTI-PISTORELLI, *Giudizio abbreviato. Profili teorico-pratici*, cit., 75

26 In questo senso, nella giurisprudenza, Cass., Sez. I, 24.6.1991, *Grossi*, in *Cass. pen.*, 1992, 715, con nota di SELVAGGI, *È revocabile la richiesta di patteggiamento?*, ove si esclude il ricorso alla categoria del negozio giuridico e si ammette la revocabilità della richiesta di applicazione della pena fino alla decisione. Sul tema v. altresì CAPRIOLI, *Il consenso dell'imputato all'applicazione della pena: revocabile o no?*, in *Giur. it.*, II, 1993, 29, il quale, dubitando del ricorso alle categorie civilistiche nel ricostruire e qualificare le situazioni soggettive processuali, opta per la revocabilità della domanda dell'imputato quantomeno fino a che la stessa non abbia prodotto effetti irreversibili, ossia fino alla sentenza di applicazione della pena. Esclude la natura negoziale della richiesta di applicazione della pena anche TAORMINA, *Procedura penale*, Torino, 2015, 266. La posizione pressoché unanime della giurisprudenza tende a qualificare il patteggiamento come un negozio giuridico processuale recettizio che, pervenuto a conoscenza dell'altra parte, non può essere né revocato, né modificato unilateralmente ed è sottoposto solo al controllo giudiziale, v. tra le tante Cass., Sez. IV, 3.7.2012, n. 38051, *Fiorentini*, in *Mass. Uff.* n. 254367; Cass., Sez. IV, 11.7.2012, *Parascenzo*, n. 38070, in *Mass. Uff.* n. 254371; Cass., Sez. III, 4.6.2009, n. 39730, *Bevilacqua*, in *Mass. Uff.* n. 244892; Cass., Sez. I, 17.12.2008, n. 1066, *Quintano*, in *Mass. Uff.* n. 244139; nella letteratura v. DI CHIARA, *L'architettura dei presupposti*, in (a cura di) PITTARO-ID.-RIGO-PERONI-SPANGHER, *Il patteggiamento*, Milano, 1999, 33. La natura sinallagmatica del rito invece è stata messa in discussione fin dall'originaria introduzione del patteggiamento nel nuovo codice, cfr. tra gli altri VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., 24 ss.; MANISCALCO, *Il patteggiamento*, Torino, 2006, 180; CREMONESI, *Il patteggiamento nel processo penale*, Padova, 2005, 335. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Enc. dir.*, Annali, II.1, Milano, 2008, 43. Argomenta a favore della natura sinallagmatica del patteggiamento richiamando le disposizioni civilistiche in tema di contratto, pur senza alcuna pretesa di trasporre intere categorie in un altro ramo dell'ordinamento, NORCIO, *L'accordo delle parti e la revocabilità del consenso nel c.d. "patteggiamento sui motivi"* ex art. 599 c.p.p., in *Cass. pen.*, 2009, 1667. Talvolta il patteggiamento è stato qualificato come *actus trium personarum*, quale negozio giuridico plurilaterale che valorizza anche la volontà del giudice v. CONFALONIERI, *Volontà delle parti e controlli del giudice nel patteggiamento*, in

Con il predetto atto (e qui sorge l'equivoco sulla natura negoziale dello stesso!) l'imputato non chiede solamente che si proceda secondo le forme del cosiddetto patteggiamento, ma indica anche la pena da applicare nel caso concreto individuata tra un minimo e un massimo edittale, tenuto conto del bilanciamento delle circostanze del reato o degli aumenti di pena in caso di reato continuato e diminuita fino a un terzo. Il contenuto della richiesta viene letteralmente trasposto nella sentenza di applicazione della pena che il giudice emetterà all'esito della fase processuale. Sui termini della pena indicati nella richiesta dell'imputato il giudice non conserva alcun potere modificativo.

Se la corrispondenza tra quanto richiesto (dall'imputato) e quanto applicato (dal giudice) può far sorgere, almeno sotto il profilo dell'elemento intenzionale, una possibile convergenza del patteggiamento verso logiche puramente negoziali, merita di essere rimarcata la situazione giuridica processuale del giudice richiesto della applicazione della pena. Questi ha il dovere di pronunciarsi e accertare le condizioni oggettive e soggettive di accesso al rito, la corretta qualificazione giuridica del fatto, l'assenza di cause di immediata declaratoria di non punibilità ai sensi dell'art. 129 c.p.p. e la congruità della pena secondo i canoni individuati dall'art. 133 c.p. La carenza di uno solo di tali requisiti comporta il rigetto della richiesta di applicazione della pena.

Il dovere del giudice di accertare, prima dell'emissione della sentenza di applicazione della pena, i requisiti anzidetti e disciplinati a monte dalla legge certifica, unitamente alla premessa indisponibilità della libertà personale e dell'accertamento processualpenale, l'assenza di pura negozialità anche nel patteggiamento, inibendo ogni forma di autoregolazione da parte dell'imputato²⁷.

3. *Giudizio abbreviato e patteggiamento: premialità e linee generali di con-*

Cass., pen., 1994, 1000; CARCANO, *Art. 444 c.p.p.*, in (diretto da) LATTANZI-LUPO, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, vol V, Milano, 1997, 131.

²⁷ L'intervento del giudice è un limite frapposto al potere dispositivo delle parti, v. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, cit., 122, dal momento che «gli accordi sulla pena non sono dei *plea bargaining* davanti a cui il giudice funge da notaio; né configurano negozi da omologare; siamo davanti a dei *petita* accoglibili o no», così CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1037. In questo senso il ruolo del giudice nel patteggiamento preserva la garanzia del valore primario della giurisdizione, v. anche Corte cost., n. 313 del 1990, in *Foro it.*, 1990, 2385. Ampiamente, sulle dissertazioni dottrinali e sulle varie pronunce giurisprudenziali in merito al ruolo del giudice nel patteggiamento v. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009, in particolare 347 ss. e 535 ss.; MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata. L'accertamento della responsabilità nell'applicazione della pena su richiesta delle parti tra ricerca di efficienza ed esigenze di garanzia*, Milano, 2005, 113 ss.

fronto. Esulando da una concezione della giustizia penale negoziata che pare suggerire, oltre a una fuorviante caricatura simil-civilistica del rito abbreviato, una magnificazione dei poteri dell'imputato nella autoregolamentazione delle vicende processuali e sostanziali che lo riguardano, può essere utile strappare la riflessione sulla fisionomia del rito speciale alla posizione dell'imputato per riportarla, con lucidità, sul piano della diversificazione dei modelli processuali inaugurata dal nuovo codice.

Il fenomeno della giustizia negoziata infatti esalta straordinariamente solo gli effetti premiali di cui l'imputato beneficia in taluni riti speciali: la nota riduzione della pena, in particolare, metterebbe in rilievo la posizione di vantaggio di un imputato rispetto a un altro che, soprattutto a causa di una preclusione legislativa, non può accedere a tali riti. Una rilettura così superficiale, per poter essere arricchita e semmai confutata, necessita proprio di un'opera di trasposizione del discorso sul piano dei modelli processuali.

L'ordinamento processuale, specialmente quello inaugurato dal codice del 1988, non può essere ridotto a un modello rigidamente unitario da cui si diparte un regime di *favor*, mediante l'accesso ai riti premiali, e uno di *disfavor* che preclude l'accesso a tali riti per dirottare necessariamente l'imputato verso il dibattimento. Si tratterebbe all'evidenza di un giudizio totalmente inquinato non solo da valutazioni di puro interesse riferibili all'imputato ma, ancora prima, da logiche che designano l'imputato come già colpevole e in ricerca di una via d'uscita immediata e vantaggiosa.

Certo lo spirito delle novelle più recenti, animato da sentimenti di vendetta che rivendicano la massima efficienza del processo, propone una visione dell'imputato come «nemico del popolo»²⁸, come «presunto colpevole»²⁹ il cui statuto di garanzie processuali rappresenta solo uno «scudo protettivo»³⁰ che allontana o perfino elimina il momento punitivo che l'imputato dovrebbe,

28 Così AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, cit., 131-136.

29 Così, proprio con riferimento all'efficientismo processuale, BARGI, *La ragionevole durata del processo tra efficienza e garanzia*, in (a cura di) DINACCI, *Processo e Costituzione*, Milano, 2010, 470: «L'efficienza viene contrabbandata, cioè, come criterio funzionale al conseguimento della "certezza della pena", quale risultato della "celerità" del processo, sull'erroneo implicito presupposto di considerare "presunto colpevole" la persona sottoposta a giudizio; tanto in evidente contrasto con l'opposta previsione dell'art. 27, comma 2, Cost. che, viceversa, come è noto, ancora il trattamento e la regola di giudizio che devono caratterizzare l'accertamento processuale alla presunzione di non colpevolezza del soggetto sino alla condanna definitiva».

30 Ancora AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, cit., 131-132, che a tale proposito osserva: «Un sistema imperniato sul furore punitivo, con la sua ossessione per la certezza della condanna, la massima severità della pena e l'elevazione del carcere al rango di medicina sociale non può essere sensibile all'esigenza di uno scudo protettivo come quello delle garanzie che impediscono lo slittamento verso soprusi o errori giudiziari».

invece, inesorabilmente subire. Sulla stessa falsariga anche lo sconto di pena nei riti speciali diviene “un premio”, un privilegio per l'imputato che, già colpevole, può scampare dal processo e quindi da una pena che sarebbe stata, all'esito di un processo ordinario, ben più severa.

Si tratta di una visione molto diffusa che consolida il paradosso per cui l'attuazione delle massime garanzie nell'ambito del processo ordinario, come la formazione della prova nel contraddittorio tra le parti, rientra in una logica di sfavore per l'imputato.

Nel rito abbreviato non è certo in discussione la presenza, tra le varie ragioni che giustificano la riduzione della pena, dell'ovvia necessità di rendere appetibile per l'imputato una rinuncia così gravosa alle garanzie dibattimentali agitando la certa riduzione della pena in caso di condanna³¹. Su tale aspetto premiale, del resto, si è innestata una visione così distorta dei riti speciali; ma si tratta pur sempre di una sola delle varie ragioni che giustificano la sanzione ridotta.

Tra le altre vi sono sia la prontezza e certezza di una sanzione irrogata a distanza di breve tempo dalla commissione del fatto, capace di esplicare effetti pratici di prevenzione generale certo più incisivi di una sanzione più severa ma incerta nella sua effettiva e immediata irrogazione, sia le positive indicazioni intorno alla personalità di un imputato che manifesta la disponibilità a «dialogare con l'ordinamento giuridico, evitando di assumere posizioni di negazione aprioristica o di furbesco ostruzionismo»³².

La stessa logica di contraccambio che condiziona la riduzione di pena nel giudizio abbreviato o nel patteggiamento è intrisa di una valenza positiva di collaborazione dell'imputato «a un più efficiente funzionamento del sistema penale nel suo complesso e, quindi, per uno scopo di prevenzione generale»³³.

La premialità allora si appalesa non quale deformazione di un modello pro-

31 Naturalmente la rinuncia dell'imputato alla formazione della prova nel contraddittorio tra le parti, quindi la concreta esperibilità dei riti compresi nella categoria del modello c.d. funzional-garantista, non può che dipendere indissolubilmente da un «consenso premiato», ossia dalla prospettiva certa di raggiungere uno sconto di pena in caso di condanna, così MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, 20 ss.; ma già FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2015, 143.

32 Sono questi i tre elementi che fondano la *ratio* della sanzione premiale, come precisato da PAGLIARO, *Riflessi del nuovo processo sul diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 42. Sul tema, pur con sfumature in parte differenti v. altresì, tra gli altri, PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 933 ss.; ORLANDI, *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, cit., 257 ss.; BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto sostanziale*, ID., *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997, 1641 ss.

33 Ancora PAGLIARO, *Riflessi del nuovo processo sul diritto penale sostanziale*, cit., 42.

cessuale unico, caratterizzato dal giudizio dibattimentale a cui segue una sanzione finale “piena”, ma è indicativo della compresenza di due distinti modelli di processo, uno «formale-garantista» e l’altro «funzional-garantista», nettamente distinguibili dopo la riforma codicistica e ai quali corrisponde, paradigmaticamente, un «doppio ordine di pena edittale» in caso di condanna³⁴.

Il primo modello, che si sviluppa intorno al principio di massima espansione delle garanzie per l’imputato, tende a prolungare i tempi del processo nuocendo alla efficienza del sistema penale e della funzione preventiva della pena: in questo caso si giustifica l’adozione dei normali livelli di penale edittale. Il modello funzional-garantista invece, vista la rinuncia dell’imputato a tante tra le garanzie riconosciutegli nel modello precedente, agevola l’immediata definizione del processo e l’applicazione di una pena dotata di quei stimati caratteri di prontezza e certezza che rafforzano l’efficienza del sistema e gli effetti pratici di prevenzione generale. In questo caso si giustifica un livello di pena inferiore rispetto al modello precedente: una sanzione “premiale” se si preferisce, ma solo alla condizione di limitare tale appellativo al minor grado di severità della pena, non estendendolo fino a ricomprendervi una posizione di vantaggio o privilegio per l’imputato³⁵.

In conclusione l’idea, in verità molto diffusa, per cui nei riti premiali non si applica al condannato una pena “giusta” ma si adotta un trattamento differente e di favore rispetto al condannato che ha scelto la via maestra del procedimento ordinario, può essere superata se si condivide che «il livello giusto di pena non è una quantità astrattamente qualificabile a prescindere dalle relazioni con la certezza e la prontezza di applicazione e a prescindere dall’atteggiamento del reo nei confronti della giustizia penale»; pertanto «una pena certa, pronta e applicata a seguito di un atteggiamento di collaborazione assunto dall’imputato è altrettanto “giusta” di una pena più grave, ma alla quale si è potuti giungere con molte difficoltà per l’apparato statale, a distanza di

34 GREVI, *Il problema della lentezza dei procedimenti penali: cause, rimedi e prospettive di riforma*, in *Giust. pen.*, 1981, III, 597-599, che accenna, rispetto ai due modelli, anche a un corrispondente e «doppio ordine di pena edittale». Approfonditamente, per un approccio storico, AMODIO, *Il modello accusatorio nel nuovo codice di procedura penale*, in (diretto da) AMODIO-DOMINIONI, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. I, Milano, 1989, XXVI. A questo proposito, dal punto di vista della teoria generale, la tematica della specialità di taluni riti previsti dal codice può essere ricostruita in questi termini: molti dei riti denominati “speciali” dal legislatore (giudizio abbreviato e patteggiamento ad esempio) non integrano, in realtà, ipotesi di specialità strettamente intese, viste le evidenti dissonanze tra i principi, i caratteri e le forme che regolano questi procedimenti rispetto a quello ordinario, così FURFARO, *La specialità nella teoria generale del diritto*, (coordinata da) GIUNCHEDI, *La giustizia penale differenziata. I procedimenti speciali*, cit., 32.

35 In questo senso PAGLIARO, *Riflessi del nuovo processo sul diritto penale sostanziale*, cit., 40 ss.

molti anni e a fronte di un atteggiamento quanto meno di non collaborazione da parte dell'imputato»³⁶.

È bene precisare, però, che lo sconto di pena previsto nel giudizio abbreviato e nel patteggiamento non si atteggia a “premio” conseguente a un'azione positiva: la rinuncia alle garanzie del giudizio dibattimentale mediante la scelta di un rito speciale non può considerarsi di per sé un comportamento meritorio e da premiare, *ex post*, poiché conforme a un dato valore dell'ordinamento. Piuttosto, trattandosi - lo sconto di pena - di un beneficio promesso *ex ante* e collegato all'adesione a un dato modello processuale (rito abbreviato o patteggiamento) a cui seguono effetti pratici positivi per l'ordinamento in termini di celerità e decongestionamento della giustizia penale, la sua qualificazione, nella teorica della premialità³⁷ impone di costringerlo entro la categoria degli “incentivi”.

Nel momento in cui si passa dal premio all'incentivo, il beneficio costituito dallo sconto di pena non rientra più nella logica esclusiva della posizione dell'imputato a cui si riconosce una pena ridotta, un privilegio, che tuttavia si fatica a ricondurre a un dato comportamento meritorio; piuttosto appartiene alla logica della diversificazione dei modelli processuali che, perseguendo scopi pratici (decongestionamento della giustizia penale etc.), mirano a promuovere, mediante incentivi appunto, l'adesione a tali schemi differenziati³⁸.

Il giudizio abbreviato e il patteggiamento, pur rientrando nella categoria del modello funzional-garantista, si distinguono per le notevoli differenze evincibili su molteplici piani.

36 Precisamente PAGLIARO, *Riflessi del nuovo processo sul diritto penale sostanziale*, cit., 44. Parzialmente critico rispetto a tale posizione, PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in AA. VV., *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Milano, 2006, 37-38, poiché farebbe dipendere la “giustizia” della pena dal mero decorso del tempo mentre, realisticamente, lo sconto di pena nei riti premiali crea una frattura nei criteri di giustizia sostanziale nonché possibili effetti negativi sulla efficacia general-preventiva della pena e di credibilità del sistema: pur attuando, quantomeno, un possibile effetto positivo e globale sulla efficienza del sistema.

37 Il tema della premialità è stato sviluppato non solo nella teoria generale, v. per tutti BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto e sulle sanzioni positive*, in ID., *Dalla struttura alla funzione*, Milano, 1977, 81, ma anche specificatamente nella materia penale, v. tra gli altri RUGA RIVA, *La premialità nell'ordinamento penale*, in AA. VV., *Saggi in onore di Aristide Tanzi*, Milano, 2009, 519 ss.; PISANI, *Studi di diritto premiale*, Milano, 2001; ID., *Diritto penale e sistema premiale: rapporti e intersezioni*, in *Ind. pen.*, 1981, 197 ss.; GAVAZZI, *Diritto premiale e diritto promozionale*, in AA. VV., *Diritto premiale e sistema penale. Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penali*, Milano, 1983, 47 ss.; BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto premiale*, in AA. VV., *Diritto premiale e sistema penale. Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penali*, cit., 135 ss.

38 Se si preferisce, richiamando le conclusioni di RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002, 10, si passa di una «razionalità rispetto al valore», difficilmente applicabile nei gangli dei riti speciali o premiali, a una più onesta «razionalità rispetto allo scopo».

Se al giudizio abbreviato può accomunarsi il patteggiamento almeno con riferimento all'assenza di componenti tecnicamente negoziali, non v'è dubbio che l'incidenza finale delle scelte dell'imputato sull'esito del processo sono necessariamente assolute nel caso del patteggiamento dove la sentenza, esclusa ovviamente l'ipotesi di rigetto della richiesta, dovrà necessariamente coincidere con i termini di pena oggetto della domanda dell'imputato (patteggiamento sulla pena); mentre nel giudizio abbreviato la scelta dell'imputato finisce per incidere solo relativamente, cioè sulla forma del procedimento, a nulla rilevando rispetto a quanto statuito dal giudice nella sentenza di condanna o proscioglimento (patteggiamento sul rito, ricorrendo a vecchie locuzioni ancora in uso).

Nel patteggiamento, a differenza del giudizio abbreviato, la perfetta sovrapposizione tra i termini della richiesta dell'imputato e le statuizioni contenute nella sentenza che applica la pena, pur non integrando un'autonoma regolazione di interessi vista la indisponibilità degli stessi e visto il filtro del controllo giurisdizionale, finisce per attrarli nell'area della "disponibilità" dell'imputato. Una disponibilità, sia chiaro, non da intendersi in senso tecnico ma riferibile alla percezione diffusa e comune che gravita intorno al patteggiamento, dettata dall'immagine di una pena irrogata all'esito di un rito in cui è lo stesso imputato a proporre di essere punito e a indicare financo la misura della sanzione che dovrà sopportare.

Le forti limitazioni all'accesso al rito del patteggiamento possono essere comprese proprio tenendo conto della proiezione di quest'ultimo dato all'esterno. L'immagine dell'imputato artefice della propria vicenda processuale, accompagnata dal lessico privatistico che spesso rincorre il patteggiamento ("accordo", "patto negoziale" etc.) e dalla imperfezione del rito che si cala nella quotidianità del processo, tra controlli dell'autorità giudiziaria latamente intesa più o meno penetranti sulla congruità della pena e sul merito della vicenda sostanziale, non può che allarmare circa la potenza distruttiva del rito sul piano della funzione di prevenzione generale e speciale³⁹. E si tratta di un allarme

39 Criticamente in tema di effetti del patteggiamento sulla funzione preventiva della pena e riforme tendenti all'ampliamento dei margini di applicazione del rito v., tra gli altri, GIUNTA, *I nodi del "patteggiamento" giungono al pettine*, in *Leg. pen.*, 2004, 858 ss.; PAPA, *La crescita miracolosa del bonsai: l'albero del patteggiamento allarga vistosamente la chioma ma stenta a sviluppare le radici*, in *Leg. pen.*, 2004, 864; RISICATO, *I riflessi sostanziali del c.d. patteggiamento "allargato": l'irriducibile attrito tra giustizia penale negoziale, funzione della pena e tutela della vittima*, in *Leg. pen.*, 2004, 875 ss.; MARI-NUCCI, *Riforma o collasso del controllo penale?*, in *Dir. pen. e processo*, 1998, 1064. Recentemente anche PERONI, *La peripezia del patteggiamento in un trentennio di sperimentazione*, in questa *Rivista*, 3, 2019, p. 5, ha osservato che «per un verso, infatti, la connotazione premiale del patteggiamento mal si presta a essere ricondotta a esigenze di prevenzione speciale, non foss'altro per la difficoltà di rinvenire,

che è stato capace di promuovere l'apposizione di importanti limitazioni al debordare della straordinaria appetibilità deflativa del rito.

Dal patteggiamento infatti il legislatore si è cautelato: sono escluse determinate categorie di soggetti e di reati ed è prevista una soglia massima per la pena patteggiabile distribuita tra patteggiamento ordinario e "allargato", rispettivamente due e cinque anni di reclusione⁴⁰.

Una simile diffidenza non ha accompagnato il giudizio abbreviato, almeno fino alla recente limitazione introdotta dalla legge n. 33/2019. Le ragioni sembrano chiare se si considera che, si è già accennato, l'imputato nel giudizio abbreviato non stende la minuta della sentenza come accade - almeno in punto di pena - nel patteggiamento, ma si limita a esercitare un potere di impulso mediante la scelta del rito coprendo solo il campo dello *ius procedendi* senza alcuna invasione *ius puniendi*. Ciò è dimostrato chiaramente dall'argomento dello sconto di pena che, predeterminato in misura fissa dalla legge processuale nel giudizio abbreviato, è sottratto alle parti e al sindacato del giudice; mentre nel patteggiamento la diminuzione della pena "fino" a un terzo è lasciata alla libera determinazione dell'imputato che, poi, investe il giudice di una richiesta affinché si pronunci sulla congruità anche di tale sconto di pena seguendo i criteri previsti dalla legge sostanziale di cui all'art. 133 c.p.⁴¹.

Ne segue che la minore carica - si precisa - prettamente dimostrativa della di-

nelle opzioni di strategia processuale dell'imputato, alcun indicatore di adattamento sociale; per l'altro, è legittimo il dubbio che, nella distinta sfera delle esigenze di prevenzione generale, la speditezza dei tempi della giustizia, compensata da sconti di pena e benefici vari, possa tradursi in un positivo fattore di orientamento culturale dei consociati». Il tema viene ricostruito e discusso approfonditamente da CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, cit., 367 ss.

40 La Corte costituzionale ha dichiarato non irragionevole l'allargamento del patteggiamento proprio in ragione del controllo esercitato dal pubblico ministero, del successivo vaglio giurisdizionale e delle cautele introdotte dal legislatore (in particolare le esclusioni oggettive e soggettive e l'assenza di alcuni effetti premiali), v. criticamente LORUSSO, *Arriva dalla Corte costituzionale il placet alla giurisdizione penale "acognitiva"*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 633; MAZZA, *Il patteggiamento allargato supera l'esame della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2004, 2327.

41 Nel giudizio abbreviato la diminuzione della pena avrebbe natura prettamente processuale, sottraendosi al sindacato del giudice, v. Cass., Sez. III, 15.2.2002, n.11515, in *Cass. pen.*, 2003, 556. Diversamente nel patteggiamento la diminuzione della pena è prevista in misura variabile "fino a un terzo", cosicché l'imputato nella sua richiesta può modularla entro quella sub-cornice: il giudice, a differenza del giudizio abbreviato, è tenuto a valutare di congruità della pena finale e quindi comprensiva anche della diminuzione ex art. 444, comma 1, c.p.p., v. Cass., Sez. III, 28.5.2009, n. 28641, *Cass. pen.*, 2010, 3190; più recente Cass., Sez. VI, 31.1.2013, n. 7401, *Gjataj*, in *Mass. UII*, n. 254879. Addirittura, seppure isolatamente, si è affermato che la diminuzione della pena determinata con il consenso dell'imputato è sottratta al giudizio di congruità del giudice, v. Cass., Sez. I, 26.6.2015, n. 32172, in *Cass. pen.*, 2016, 2159.

sponibilità in capo all'imputato degli interessi sostanziali in gioco nel giudizio abbreviato ha reso immune - almeno fino oggi - tale rito da possibili limitazioni causate da ipotetici pericoli per la funzione preventiva della pena.

Dall'esame delle ulteriori differenze che separano i due riti speciali si evince che il giudizio abbreviato presenta un giudizio di accertamento tipico sulla responsabilità dell'imputato dove vige la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, a differenza del patteggiamento in cui, pur non negandosi in assoluto una funzione cognitiva, è indubbio che questa risulti in tale rito almeno seriamente degradata sul piano del pregio gnoseologico⁴².

Ancora nel rito abbreviato, a differenza del patteggiamento, il giudice, essendo svincolato da qualsivoglia accordo sulla pena, emetterà una sentenza di condanna a una pena tendenzialmente idonea a liberare effetti di prevenzione generale e speciale pure a fronte dello sconto fisso; nondimeno, in ordine all'esito del giudizio abbreviato può essere esercitato un controllo sociale sui modi di esercizio della giurisdizione che manca del tutto nell'ipotesi di patteggiamento⁴³.

42 Il tema afferente alla discussa natura acognitiva del patteggiamento è un perno argomentativo del dibattito dottrinale e in parte giurisprudenziale in materia di applicazione della pena su richiesta delle parti, v. ampiamente CAPRIOLI, voce *Condanna (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali II.I, Milano, 2008, 106 ss., nonché GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., 17 ss. Tra i sostenitori della tesi acognitiva del patteggiamento, paventando l'incostituzionalità del rito, spicca, tra gli altri, FERRUA, *La giustizia negoziata nella crisi della funzione cognitiva del processo*, cit., 49 ss. *Contra*, seppure con sfumature in parte differenti, v. in particolare, VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., 104; FURGIUELE, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, Napoli, 2000, 52; LOZZI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in ID., *Riflessioni sul nuovo processo penale*, Torino, 1990, 13. Simili distanze si registrano anche con riferimento alla estensibilità del canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio al patteggiamento tra chi nega tale estensione, dal momento che le parti rinunciano al contraddittorio sulla prova, v. tra gli altri DI CHIARA, *L'architettura dei presupposti*, cit., 49; FERRUA, *Patteggiamento allargato, legge tre volte irrazionale*, *Dir. e giust.*, 2003, 29, 14; R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, cit., 671. *Contra*, soprattutto, CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 78 ss., dal momento che «ciò che cambia, rispetto al giudizio dibattimentale, non è la regola di giudizio, ma la qualità dell'accertamento condotto dal giudice e dalle parti sulle questioni di fatto», così CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, cit., p. 554.

43 In questo senso v. AMODIO, *I due volti della giustizia negoziata nella riforma del patteggiamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 715, osserva (il corsivo è nostro): «Né vale obiettare che, comunque, le preclusioni previste dall'art. 444 comma 1- bis c.p.p., tra cui i procedimenti per i delitti elencati nell'art. 51, comma 3-bis e 3-quater c.p.p. e altri gravi delitti contro la libertà individuale nonché i procedimenti contro coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali e per tendenza o recidivi ai sensi dell'art. 99, quarto comma, c.p., stridono al confronto della illimitata facoltà di accedere al parallelo rito abbreviato, concessa anche per i reati sintomatici di allarme sociale e in favore di imputati pericolosi. A ben vedere, questo apparente favor non è ingiustificato perché nel giudizio abbreviato l'imputato che consegue la diminuzione processuale, preclusagli invece nel patteggiamento speciale, si assoggetta a un rito nel quale viene pronunciata una sentenza ad accertamento pieno, con esposizione delle risultan-

In conclusione, se entrambi i riti conservano non trascurabili distanze strutturali che si avvertono sugli effetti pratici specialmente in chiave di prevenzione generale e speciale, continuano a essere ambivalentemente uniti sotto le spoglie della vischiosa categoria della giustizia negoziata e della famigerata famiglia dei riti premiali: quindi comunemente percepiti come attratti dalle logiche privatistiche o mercatorie che pongono l'imputato nelle condizioni sia di trattare sulla propria posizione giuridica processuale, sottraendosi al processo, sia sulla propria posizione giuridica sostanziale, lucrando un premio sulla pena finale pur senza alcun merito.

4. *Spunti di irragionevolezza del divieto di giudizio abbreviato per i delitti puniti con l'ergastolo.* Le recenti politiche che hanno interessato il processo penale sono gravide di una contraddizione che balza immediatamente agli occhi. Alle limitazioni dirette a comprimere l'accesso al rito abbreviato per gli imputati di reati puniti con l'ergastolo si affiancano proposte di riforma dirette ad allargare considerevolmente le maglie della pena patteggiabile⁴⁴.

ze processuali ed enunciazione dei motivi in punto di responsabilità. Non solo quindi nel procedimento di cui all'art. 438 c.p.p. il giudice esercita un potere discrezionale nella determinazione del trattamento sanzionatorio, che non viene congelato dall'accordo delle parti e può dunque soddisfare meglio le esigenze di prevenzione, ma in ordine al suo esito può essere esercitato un controllo sociale sui modi di esercizio della giurisdizione che manca del tutto nell'ipotesi di patteggiamento».

44 Cfr. disegno di legge C. 2435, "Delega al governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello", presentato il 13 marzo 2020, che estende a otto anni di reclusione, sola o congiunta a pena pecuniaria, il limite di pena applicabile su richiesta delle parti ai sensi dell'art. 444, comma 1, c.p.p., pur prevedendo alcune preclusioni oggettive, v. GIALUZ-DELLA TORRE, *Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla camera: per avere processi rapidi (e giusti) serve un cambio di passo*, in *Sist. pen.*, 4, 2020, 169 ss.. Per un esame delle più recenti proposte in tema di patteggiamento si rinvia ai vari documenti (tra i quali la bozza ministeriale nominata "schema relativo agli ambiti di intervento in ordine ai quali si sta già lavorando in via Arenula"; "proposte di riforma del processo penale" elaborate da A.n.m. il 9.3.2019; "criteri diretti dell'Unione" del 2.3.2019 e "proposte di intervento" della giunta U.c.p.i. del 13.3.2019) presentati e discussi durante il tavolo convocato dal ministro della giustizia che si è concluso con l'accoglimento delle varie proposte ivi presentate, comprese quelle in tema di patteggiamento, e con l'impegno del rappresentante del governo alla predisposizione di un bozza di legge delega per la riforma del processo penale che si è poi tradotta in diverse bozze. Sulle iniziative di riforma poc'anzi citate e, soprattutto, sulle modifiche al rito del patteggiamento si rinvia a FERRUA, *La riforma del patteggiamento*, in DANIELE-ID, *Venti di riforma dell'udienza preliminare e del patteggiamento: un subdolo attacco al processo accusatorio*, in *Dir. pen. cont.*, 5, 2019, 81 ss., il quale critica la previsione di due modelli di patteggiamento: «quello tradizionale, operante per i reati meno gravi, dove il giudice, nell'applicare la pena, si limita a verificare l'assenza di cause di non punibilità; e quello "nuovo", destinato ai reati più gravi, nel quale l'applicazione della pena implicherebbe il previo accertamento della colpevolezza», *ibid.*, 82. Tale accertamento della colpevolezza infatti sarebbe, secondo la nota posizione dell'autore in tema di portata acognitiva del patteggiamento, «un'operazione cosmetica» ossia «una finzione volta a trasfigurare la struttura del patteggiamento, immettendovi una pretesa di accertamento

Se la celerità e lo smaltimento del carico della giustizia penale costituiscono gli obiettivi che animano il rafforzamento in chiave evidentemente deflativa del patteggiamento⁴⁵, l'esclusione del giudizio abbreviato per i delitti puniti con l'ergastolo incide negativamente sul carico di lavoro delle corti di assise e sui tempi del processo, oltre a rendere più difficili le collaborazioni nei processi di criminalità organizzata⁴⁶.

Non solo: perseverando in una sorta di chiasmo della contraddittorietà riformatrice, all'assunta necessità di preservare la funzione e soprattutto l'efficacia preventiva della pena irrogata nel giudizio abbreviato mediante l'esclusione dei delitti puniti con l'ergastolo, principio ispiratore della legge n. 33/2019, corrisponde l'investimento sul patteggiamento, rito già di per sé foriero di un forte indebolimento della medesima funzione della pena.

A monte delle singole disposizioni persiste un difetto di coerenza che, oltre le dichiarazioni roboanti e i propositi innescati da emergenze più o meno chiare e più o meno reali, mette a nudo l'assenza di un lume nelle scelte politiche in campo penale e processualpenale.

La mancanza di un'attenta riflessione è già manifesta nelle relazioni alle proposte di legge in tema di giudizio abbreviato per i reati puniti con l'ergastolo, richiamate poco sopra: che un simile divieto debba essere introdotto affinché «si celebri il processo, si accertino le responsabilità e ci sia la pena congrua, proporzionata alla gravità del fatto» denota un'evidente lacuna conoscitiva, dal momento che nel giudizio abbreviato non solo si celebra un "processo", ma si accertano le responsabilità e viene irrogata una pena che, in caso di reato punito con ergastolo, poteva concretizzarsi in trent'anni di reclusione o, in caso di reato punito con l'ergastolo con isolamento diurno, nell'ergastolo.

Simile lacuna si coglie anche nell'opera di giustificazione del divieto di giudizio abbreviato per i delitti puniti con l'ergastolo mediante il riferimento alla

della colpevolezza, destinata a rimanere sulla carta, priva di ogni effettivo riscontro nella realtà processuale: sia perché l'accordo tra imputato e pubblico ministero riguarda direttamente l'applicazione della pena e non le modalità del giudizio (come, invece, l'abbreviato); sia perché la richiesta dell'imputato può essere presentata sin dall'inizio dell'indagine e, dunque, in una fase in cui mancherebbe quasi sempre la base probatoria per ritenere "accertata" la colpevolezza», *ibid.*, 84-85.

45 Già in precedenza, con la cosiddetta "riforma Orlando", è stata intrapresa una revisione dei riti speciali con modifiche sempre dirette alla deflazione processuale e con nuovi istituti (il concordato in appello su tutti) proiettati nel senso di favorire la deviazione dal procedimento ordinario o dal suo ordinario sviluppo, v. approfonditamente SCALFATI (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017*, n. 103, Torino, 2017.

46 Così, tra gli altri, SPANGHER, *Esclusi dall'abbreviato i riti puniti con l'ergastolo (l. n. 33 del 2019)*, cit., 495; DE CARO, *Le ambigue linee di politica penale dell'attuale legislatore: giudizio abbreviato e reati puniti con la pena dell'ergastolo*, cit., 1632 ss.

circostanza per cui questi «creano un grave allarme sociale nell'opinione pubblica» e infatti «sono puniti così severamente dal codice penale»; come se la gravità del tipo di pena o la sua cornice edittale non fossero solo alcuni degli indici utili per saggiare la gravità del reato, visto che anche altre fattispecie criminose paiono oltremodo gravi e capaci di allarmare i consociati⁴⁷.

Che desti «sconcerto l'applicazione, molte volte, di pene notevolmente ridotte rispetto alla pena perpetua inizialmente prevista dal codice penale» non sembra quindi, *prima facie*, un motivo tale da limitare l'accesso al rito abbreviato: sul trattamento sanzionatorio, è ovvio, influisce anche il ricorso ai criteri indicati dall'art. 133 c.p., alle circostanze e al loro bilanciamento e, certamente, non solo la riduzione di pena prevista dal rito. Se si adottassero per il patteggiamento gli stessi elementi critici utilizzati per il giudizio abbreviato in caso di reati puniti con l'ergastolo, le conclusioni - in termini di prospettive di riforma - sarebbero diametralmente opposte rispetto a quelle abbracciate nelle recenti proposte. Nel patteggiamento non solo è assente la componente della celebrazione del processo, potendo financo applicarsi la pena durante le indagini preliminari, ma sotto il profilo dell'accertamento della responsabilità la portata epistemologica del rito non è certo quella di un giudizio, sebbene abbreviato.

La diffidenza verso gli indirizzi che hanno retto le recenti scelte politiche ricadenti sul processo penale non consiglia di confidare, senza alcuna cautela, nella ragionevolezza delle disposizioni normative che ne costituiscono la diretta emanazione. Rimanendo alla previsione che inibisce l'accesso al giudizio abbreviato agli imputati di reati puniti con l'ergastolo, non è insomma prudente liquidare ogni possibile profilo di irragionevolezza di tale divieto accontentandosi dell'ovvia considerazione per cui il legislatore è libero di modulare l'accesso al rito alternativo, escludendo eventualmente gli imputati di reati gravi, col solo limite della ragionevolezza di tale scelta: affermazione che pare, piuttosto, un vero e proprio tautologismo.

47 In questo senso DE CARO, *Le ambigue linee di politica penale dell'attuale legislatore: giudizio abbreviato e reati puniti con la pena dell'ergastolo*, cit., 1635, rileva: «Non sempre i reati puniti con la pena dell'ergastolo sono quelli che destano maggior allarme sociale e che mettono in pericolo significativo l'ordine pubblico o la pubblica tranquillità. La loro gravità è sicuramente connessa al valore supremo del bene - la vita - che ledono. Ma sul versante dell'ordine pubblico o dell'allarme sociale, ci sono altri reati puniti con pene temporanee - associazione mafiosa, associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, associazione terroristica, sequestro di persona a scopo di estorsione - che sono di uguale, se non maggiore gravità. La disciplina codicistica in materia di libertà personale, infatti, contempla, all'art. 275, comma 3, c.p.p., un'unica presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari e di scelta della custodia carceraria e non riguarda reati puniti con la pena dell'ergastolo, ma il delitto di associazione di stampo mafioso puniti con pena temporanea».

Seguendo l'arco della ragionevolezza interna o intrinseca della legge di riforma del giudizio abbreviato e in particolare del bilanciamento tra mezzo e fine ricercato dal legislatore, è possibile scorgere un manifesto difetto primariamente di coerenza, razionalità e comunque di proporzionalità tra mezzo utilizzato e scopo perseguito⁴⁸. Infatti dall'abrogazione della diminuzione della pena che operava sull'ergastolo nella precedente disciplina del rito abbreviato non può passare il rafforzamento dell'efficacia preventiva della pena, vero scopo a cui mira la novella in discorso.

In primo luogo rimangono intatti, almeno sul piano astratto, la funzione e gli effetti di prevenzione generale legati al momento della minaccia legale della pena dell'ergastolo contenuta nelle varie norme penali incriminatrici, che non sono mutate con la novella che ha modificato il rito abbreviato.

Un rafforzamento della prevenzione mediante intimidazione potrebbe - e sembra che il legislatore della riforma ne sia convinto - in via ipotetica collocarsi nel momento dell'inflizione della sanzione, più strettamente collegato alla sfera processuale: con la recente modifica normativa l'imputato non verrà punito con trent'anni di reclusione ma con l'ergastolo. Tradizionalmente, si può aggiungere, l'inflizione della sanzione è considerata un momento irrinunciabile nell'opera di intimidazione generale a cui è legata la funzione preventiva della pena⁴⁹.

Eppure non solo la minaccia ma anche la successiva inflizione della pena dell'ergastolo non sembrano capaci di esplicare dimostrabili effetti pratici di prevenzione generale e speciale maggiori rispetto a quelli riferibili alle pene temporanee di lunga durata e in particolare rispetto alla reclusione per trent'anni come nel caso del giudizio abbreviato⁵⁰; anche perché difficilmente,

48 Sul giudizio ragionevolezza e in particolare sulla ragionevolezza interna o intrinseca si rinvia soprattutto a PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir., Agg.*, vol. I, Milano, 1997, 907 ss.; LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII, Torino, 1997, 347 ss.; MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 186 ss.; MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 16 ss.

49 Cfr. soprattutto C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 430 ss. Già PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2016, 16, icasticamente osserva: «L'inflizione e l'esecuzione successive nei confronti del singolo soggetto autore dell'illecito costituiscono un momento irrinunciabile al fine di mantenere efficace intimidativa generale alla minaccia della pena. In effetti, se quest'ultima non venisse poi eseguita, col tempo la minaccia perderebbe di credibilità». La prevenzione generale negativa si compone quindi di due momenti: quello della minaccia e quello della inflizione della pena: «il loro nesso è funzionalmente inscindibile», *ibid.*, 16.

50 Cfr., per tutti, DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trin.*, 3, 2018, 24: «Dubito tuttavia che l'intimidazione esercitata dalla pena perpetua sia nettamente superiore di quella esercitata da una pena detentiva di lunga durata: tanto più se si considera che l'efficacia general-preventiva della pena in termini di intimidazione è ampiamente

considerati i benefici penitenziari applicabili, l'ergastolo minacciato e comminato si tradurrà nel concreto in una pena perpetua. Oggi ancor meno visto che la pena dell'ergastolo, anche nelle sue forme più rigide come "l'ergastolo ostativo", è oggetto di portentosi attacchi non solo nella letteratura scientifica ma indirettamente nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale. Circostanze che ne fanno presagire la sua definitiva caduta⁵¹.

Ecco: proprio con riferimento al momento dell'inflizione, il giudizio abbreviato quale rito acceleratorio è invece capace di comprimere straordinariamente i tempi che separano il momento della commissione del reato da quello della inflizione della pena. Nondimeno il rito speciale è in grado di avvicinare anche il momento del giudicato e della concreta esecuzione della pena, altro punto fondamentale nell'opera di intimidazione assegnata alla pena in funzione preventiva.

Differentemente, fuori dal giudizio abbreviato, la durata del procedimento ordinario dilata enormemente lo iato temporale che separa il momento di commissione del reato da quello della inflizione della pena e, ancor di più,

condizionata da fattori diversi rispetto alla sua severità e varia in modo radicale a seconda delle tipologie di reato. Azzardo dunque la conclusione che una difesa dell'ergastolo incentrata sulla sua forza di intimidazione appare debole, se l'ergastolo viene messo a confronto, ad esempio, con trent'anni di reclusione, come prevede oggi la legge italiana (art. 442 co. 2 c.p.p.) nel caso in cui per un reato punito con l'ergastolo si proceda con rito abbreviato». V. altresì RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1238, che aggiunge: «Al di là della reale efficacia deterrente dell'ergastolo, storicamente non dimostrabile in un periodo storico che vede il calo netto di tutti gli omicidi dolosi a fronte dell'*exploit* di quelli colposi, è inevitabile chiedersi come mai l'ordinamento sacrifichi queste istanze sull'altare della celerità del processo - l'ergastolo è quasi del tutto escluso dal rito abbreviato - e senza alcuna controindicazione: un massimo edittale di trent'anni di reclusione soddisfa pienamente le istanze retributive senza presentarsi, ipso facto, come pena perpetua».

51 Gli studi sulla pena dell'ergastolo sono risultati, specialmente negli ultimi anni, particolarmente fiorenti e tendenti a porre in discussione la conservazione stessa dell'istituto nell'ordinamento. Sul piano dell'evoluzione storica v. in particolare PISANI, *La pena dell'ergastolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 575 ss.; criticamente sul mantenimento della pena perpetua nell'ordinamento v. per tutti il recente contributo collettaneo di DOLCINI-FASSONE-GALLIANI-PINTO DE ALBUQUERQUE-PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019. Un ultimo colpo alla pena dell'ergastolo è stato recentemente inferto dalla Consulta al c.d. ergastolo ostativo, v. Corte cost., n. 253 del 2019, in *Gazz. Uff.*, 11.12.2019, n. 50, che ha dichiarato l'illegittimità dell'articolo 4-bis, comma 1, dell'ordinamento penitenziario nella parte in cui non prevede la concessione di permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia anche se sono stati acquisiti elementi tali da escludere sia l'attualità della partecipazione all'associazione criminale sia, più in generale, il pericolo del ripristino di collegamenti con la criminalità organizzata. Sempre che, ovviamente, il condannato abbia dato piena prova di partecipazione al percorso rieducativo. La Corte europea dei diritti dell'uomo, è noto, ha ritenuto l'ergastolo c.d. ostativo contrario alla Convenzione, v. DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 925 ss.

della sua concreta esecuzione: contribuendo, come è noto fin dagli studi classici, alla perdita di effettività della pena e della sua funzione preventiva⁵².

Pertanto, pur riconoscendo la concezione *polifunzionale* della pena ai sensi dell'art. 27 Cost., che ammette un investimento del legislatore teso all'irrobustimento della funzione di prevenzione generale negativa, il divieto di giudizio abbreviato nel caso di reati puniti con l'ergastolo si pone completamente al di fuori dell'attuale assetto punitivo vivente nell'ordinamento, propagandando con la pena perpetua (mezzo) l'illusorio raggiungimento di un maggiore livello di prevenzione generale (scopo).

Lo scompensamento tra mezzo e fine perseguito dal legislatore si riversa anche sul giudizio di proporzionalità in senso stretto, ossia il necessario giudizio di bilanciamento tra i sacrifici imposti a un altro diritto o interesse in gioco rispetto ai benefici derivanti dal raggiungimento dell'obiettivo perseguito dal legislatore⁵³.

Ebbene, una volta soppesata la nullità dei benefici, almeno in termini di efficacia preventiva, vietare il giudizio abbreviato per i delitti puniti con l'ergastolo potrebbe imporre anche un sacrificio insopportabile anzitutto per il diritto di difesa (art. 24 Cost.) entro cui si inserisce la richiesta dell'imputato di essere giudicato allo stato degli atti rinunciando, ai sensi dell'art. 111, comma 5, Cost., alla formazione della prova nel contraddittorio tra le parti⁵⁴.

Anche la presunzione di non colpevolezza, intesa come regola di trattamento che vieta ogni equiparazione tra imputato e colpevole (art. 27, comma 2, Cost.), potrebbe essere sproporzionalmente compressa, tenuto conto della sterilità dell'intervento normativo rispetto agli obiettivi di prevenzione prefissati. Nei confronti dell'imputato di delitto punito con l'ergastolo pende esclusivamente una richiesta di rinvio a giudizio formulata dal pubblico ministero che reca un'imputazione riflettente il materiale conoscitivo tendenzialmente formato dalla stessa accusa: troppo poco, sul piano cognitivo, per escludere che il divieto di giudizio abbreviato non rappresenti un'anticipazione ingiustificata del trattamento dell'imputato di delitto punito con l'ergastolo quale col-

52 V. per tutti PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, cit., 29 ss.

53 Sulla nozione di proporzionalità in senso stretto v. per tutti SCACCIA, *Gli strumenti della "ragionevolezza" nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 288.

54 In questo senso DE CARO, *Le ambigue linee di politica penale dell'attuale legislatore: giudizio abbreviato e reati puniti con la pena dell'ergastolo*, cit., 1636, ritiene che vietare l'accesso al rito abbreviato «solo per poche fattispecie di reato equivale e violare il diritto di difesa degli imputati ai quali vengono contestate le fattispecie escluse. Una delle caratteristiche minime del diritto sancito dall'art. 24, comma 2, Cost. è proprio quella di non subire ostacoli irragionevoli nel percorso che consente di azionare i diritti procedurali. Quello di poter accedere, su richiesta, al rito deflativo premiale rappresenta uno dei profili garantiti e non conculcabili (anche per le ulteriori commessioni costituzionali già evidenziate). Si può discutere di entità del premio, ma della sua fruibilità».

pevole del medesimo delitto⁵⁵.

La legge n. 33/2019 - si potrebbe obiettare - prevede alcuni meccanismi di “recupero” della diminuzione premiale della pena nel caso in cui, a seguito della riqualificazione giuridica del fatto, la nuova fattispecie incriminatrice non commini la pena dell’ergastolo. È sufficiente ricordare però che la violazione del diritto di difesa, della presunzione di non colpevolezza e del diritto a un trattamento eguale rispetto agli altri imputati si sarebbe intanto già cristallizzata nell’udienza preliminare conducendo l’imputato sui binari del giudizio ordinario mentre questi avrebbe avuto diritto di essere giudicato nelle forme del giudizio abbreviato.

Gli argomenti attinenti alla violazione del diritto di difesa e alla presunzione di non colpevolezza, se ripresi nell’ambito della interazione tra i soggetti del processo, rivelano gli effetti che possono derivare dalla estensione dei poteri oggi riservati al pubblico ministero grazie alla novella in discorso, capaci di coprire anche le scelte difensive che, come la richiesta giudizio abbreviato, dovrebbero costituire un diritto esclusivo dell’imputato.

Il pubblico ministero infatti potrebbe non rispettare l’obbligo di completezza investigativa e, in assenza di un controllo preventivo sull’imputazione così formulata, influenzare le scelte dell’imputato, reso incapace di «effettuare prognosi serie sulle quali articolare le richieste» e posto dinanzi alla «incertezza di un futuro panorama probatorio ampliabile dal completamento disposto dal giudice in supplenza»⁵⁶. Naturalmente uno scenario così instabile, oltre a far dipendere il ricorso al giudizio abbreviato dalla solerzia del pubblico ministero nell’attività di indagine e nella conseguente formulazione dell’imputazione, è anche idoneo a innestare un rito che, tra supplementi probatori d’ufficio o su richiesta dell’imputato, modifiche dell’imputazione e sopravvenute preclusioni attenti alla pena dell’ergastolo che importano la celebrazione del rito ordinario, collega stabilmente la brevità dell’epilogo giudiziario specialmente alle scelte del pubblico ministero⁵⁷.

Un ultimo aspetto, pertanto, attiene proprio alla violazione del principio di

⁵⁵ In questo senso DE CARO, *Le ambigue linee di politica penale dell’attuale legislatore: giudizio abbreviato e reati puniti con la pena dell’ergastolo*, cit., 1636, che osserva: «La costruzione dell’irrazionalità del rito abbreviato per i reati puniti con la pena dell’ergastolo solo o prevalentemente nella prospettiva della possibile condanna (laddove l’attenzione viene focalizzata in prevalenza sulla riduzione della pena) si scontra, poi, inevitabilmente con la presunzione di non colpevolezza prevista dall’art. 27, comma 2, Cost., principio che si oppone a qualsiasi equiparazione tra imputato e colpevole».

⁵⁶ Così SCALFATI, *L’uso strategico dei procedimenti “differenziati”*, cit., 6.

⁵⁷ Cfr. SCALFATI, *L’uso strategico dei procedimenti “differenziati”*, cit., 6-7.

ragionevole durata del processo che la legge deve invece assicurare (art. 111, comma 2 Cost.). Salvo quanto appena osservato, la sottrazione dei delitti puniti con l'ergastolo al giudizio abbreviato, oltre a non apportare alcun beneficio alla prevenzione dei reati, impone un costo notevole e sproporzionato all'ordinamento che si misura e si misurerà sulla durata dei processi: non solo quelli sottratti al giudizio abbreviato dalla recente novella, ma su tutti i procedimenti e più in generale sulla celerità della giustizia penale⁵⁸.

Infine, la novella si rivela non meno irragionevole sul fronte del tipico giudizio di eguaglianza-ragionevolezza, profilo sollevato anche in una recente ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale⁵⁹.

Assumendo come *tertium comparationis* la disposizione che ammette il giudizio abbreviato per tutte le altre fattispecie di reato che non sono punite con l'ergastolo, specialmente i delitti particolarmente gravi (ad esempio episodi di riduzione o mantenimento in schiavitù (art. 600 c.p.), di tratta di persone (art. 601 c.p.), oppure gravi vicende di violenza sessuale o fatti aggravati di associazione di tipo mafioso, per citarne solo alcuni), capaci di provocare - come affermato nei lavori parlamentari - un «grave allarme sociale nell'opinione pubblica» almeno quanto taluni delitti puniti con l'ergastolo (ad esempio un omicidio), ogni differenziazione nell'accesso al rito speciale fondata sul discrimine attinente alla sola e astratta previsione della pena perpetua al fine di conseguire un rafforzamento negli effetti di prevenzione generale sembra possa cagionare in talune situazioni, tenuto conto anche di quanto appena registrato proprio in riferimento alla evoluzione dell'ergastolo, la lesione del canone fondamentale dell'uguaglianza nel trattamento degli imputati, illuminando un'ulteriore spia della irragionevolezza della novella⁶⁰.

58 Cfr. DE CARO, *Le ambigue linee di politica penale dell'attuale legislatore: giudizio abbreviato e reati puniti con la pena dell'ergastolo*, cit., 1635-1636.

59 Trib. La Spezia, Sez. g.i.p.-g.u.p., 6.11.2019, in Gazz. Uff., 22.1.2020, n. 4. L'ordinanza ha ritenuto non manifestamente infondata (tra le altre) la questione di legittimità costituzionale cadente sul divieto di giudizio abbreviato per i delitti puniti con l'ergastolo (art. 438, comma 1-*bis*, c.p.p.) rispetto agli articoli 3 e 111, comma 2, Cost., vista non solo la previsione di un trattamento diseguale di situazioni omogenee fondato solo sulla specie di pena comminata in astratto dal legislatore (il giudice rimettente si sofferma sul reato di omicidio volontario aggravato, «che comprende una serie di ipotesi che, in concreto, pur nella comunanza dell'evento tipico, si differenziano profondamente per modalità dell'azione e per la configurazione dell'elemento psicologico», trattandosi di «diversificazioni che, benché accomunate dalla comminatoria della pena massimamente afflittiva, individualizzano singole ipotesi il cui disvalore non appare di certo omogeneo»), ma tenuto conto anche degli effetti sulla ragionevole durata dei processi e quindi sulla efficienza dell'amministrazione della giustizia che, dalla recente novella, subirebbe un vero congestionamento.

60 Cfr. DI CHIARA, *Giudizio abbreviato, reati "da ergastolo", populismo penale e Stato di diritto*, cit., 1041, che in via esemplificativa osserva: «Basterà, qui, a titolo esemplificativo, porre a raffronto le fatti-

5. *Giudizio abbreviato e pena dell'ergastolo: quando la razionalità cede alle emozioni dei simboli.* Sul terreno del divieto di giudizio abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo sembra si combattano due simboli nettamente contrapposti. L'uso dello strumento penale in chiave espressivo-simbolica non è certo una novità, anzi: è già patrimonio della letteratura scientifica che, è noto, tende da tempo a delegittimare tale pratica⁶¹.

Nella scena allestita per l'entrata in vigore della legge n. 33/2019 troviamo da un lato il giudizio abbreviato, che simboleggia la negozialità come mercanteggiamento della giustizia penale. Per mezzo di reciproche concessioni attinenti rispettivamente alla potestà punitiva e al diritto di difendersi nel giudizio dibattimentale contribuendo alla formazione della prova nel contraddittorio, lo Stato "scende a patti" e ammette che, davanti a una forma di giudizio contrattata, l'imputato ottenga uno sconto sulla pena.

La pena dell'ergastolo, dall'altro lato, incarna il simbolo di quell'intransigenza punitiva riorbita negli ultimi anni ed espressiva della più rigida repressione e stigmatizzazione di comportamenti devianti in vista della sicurezza sociale, proiettando l'immagine di uno Stato forte che non scende mai a patti con i criminali⁶².

specie di omicidio volontario del coniuge divorziato e di omicidio del coniuge separato: nel primo caso, prevedendosi una pena edittale da 24 a 30 anni di reclusione, l'accesso al giudizio abbreviato è ammesso, sicché, in esito al rito speciale, applicata la diminuzione premiale, la fascia sanzionatoria spazierà da 16 a 20 anni di reclusione; nel caso, invece, dell'omicidio volontario del coniuge separato che si consumi prima della sentenza di divorzio, la pena edittale permarrà l'ergastolo, insuscettibile di riduzione premiale in quanto, per effetto della l. n. 33 del 2019, l'accesso al giudizio abbreviato risulta qui radicalmente interdetto. Quale ragionevolezza, dunque? Può dirsi che, attraverso la novella del 2019, si sia ricondotto il sistema a più coerenti standard di accettabilità sociale? Non si propone ancora, pur sotto altre spoglie, a fronte di due condotte - l'omicidio del coniuge separato e del coniuge divorziato - che non sembrano giustificare solchi così radicali, la già stigmatizzata banda oscura che separa, in questo caso, i 16 anni di reclusione frutto della diminuzione premiale e l'irriducibilità dell'ergastolo reso insuscettibile di qualsiasi flessione?».

61 Il tema del c.d. "simbolismo penale" è stato ampiamente sviluppato negli studi anche meno recenti, v. in particolare gli studi "classici" di PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, cit., p. 849 ss.; ID., *Il principio di effettività nel diritto penale*, cit., 430 ss.; MUSCO, *Consensus e legislazione penale*, cit., 85 ss.

62 Cfr. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, cit., 25, il quale, con riferimento al tema della possibile rinuncia alla pena dell'ergastolo, sintetizza il pensiero alimentato anche nella dottrina ove si paventa il rischio che tale rinuncia rappresenti «una sorta di cedimento dello Stato nei confronti delle forme più gravi di criminalità». DI CHIARA, *Giudizio abbreviato, reati "da ergastolo", populismo penale e Stato di diritto*, cit., 1038, il quale, nell'ambito della recente novella che inibisce il rito abbreviato per i reati puniti con l'ergastolo, precisa: «L'ergastolo, politicamente e ideologicamente, è uno snodo di coagulo della categoria dell'inesorabile: le sfilacciate del suo plumbeo background storico non mancano di mostrarlo con nitidezza. Il populismo penale dell'ultimo scorcio, consapevole della dimensione simbolica della pena "a vita", dei suoi impatti radianti

La contrapposizione tra i due simboli si è risolta, nella recente novella, con la inscalfibilità della pena dell'ergastolo davanti alla premialità imposta dal giudizio abbreviato: una emblematica o iconica riscrittura di un equilibrio che passa da una deplorable giustizia penale debole con i delinquenti al ritorno della intransigenza punitiva⁶³.

Ogni simbolo, però, «mette in movimento quel genere di energie che appartengono alla sfera spirituale non speculativa e calcolatrice ma a quella immaginifica»⁶⁴, accusando un'intrinseca approssimazione propria del messaggio che tende a veicolare, fino a occultare alcuni aspetti della realtà⁶⁵. Così la disciplina positiva del giudizio abbreviato, come si è ampiamente discusso sopra, non prevede una vera autoregolazione in termini negoziali della vicenda punitiva da parte dell'imputato né assegna alcun premio ingiustificato all'imputato ma semplicemente incentiva, promuovendolo, l'adesione a un preciso e predefinito modello processuale differenziato; così l'ergastolo non conserva più, oggi, quella rigida severità propria di una pena perpetua.

Ciononostante locuzioni come "giustizia negoziata", "sconto di pena" o "rito premiale", germogliate nel gergo della cultura processualpenalistica per finalità teorico-pratiche più o meno precise di qualificazione, racchiudono nella loro straordinaria capacità di sintesi una forza dimostrativa che espone gli istituti di riferimento, come il giudizio abbreviato, al furore distruttivo di una politica criminale più attenta a cacciare e abbattere simboli o financo a crearne alcuni ai quali contrapporre degli altri, che a ponderare le ragioni e gli effetti pratici di una data scelta politico-legislativa.

Una iniziativa che si lasci coinvolgere nel vortice di una simile e apparente contrapposizione tra simboli, assumendone come guida uno in forte antitesi all'altro, si espone pertanto al rischio di scelte legislative miopi rispetto alla realtà empirico-fattuale che i simboli, nella loro carica enfatica ed emozionale, tendono a offuscare. Infatti, il divieto di giudizio abbreviato per i delitti puniti con l'ergastolo non produrrà alcun apprezzabile effetto di prevenzione gene-

nell'immaginario sociale e delle sue ricadute politico-elettoralistiche, ha investito sul consolidamento dell'ergastolo, coltivando allo scopo una gamma diversificata di manovre».

63 Cfr. DI CHIARA, *Giudizio abbreviato, reati "da ergastolo", populismo penale e Stato di diritto*, cit., 1037 ss., che parla di «ruolo iconico» della legge n. 33/2019 supportato dalla «furia iconoclasta» del legislatore. Sul fatto che la novella vanta tutti i segni caratteristici delle recenti politiche in materia penale v. *supra* e in particolare i riferimenti bibliografici indicati nella nota n. 13.

64 ZAGREBELSKY, *Simboli al potere. Politica, fiducia, speranza*, Torino, 2012, 24.

65 Cfr. soprattutto FEDEL, *Simboli e politica*, Napoli, 1991, 59. ZAGREBELSKY, *Simboli al potere. Politica, fiducia, speranza*, cit., 24, parla a tale proposito di «eccesso di significato» dei simboli «rispetto a quello che di per sé vale la cosa che si assume come simbolo e rispetto alla parola che questa cosa indica precisamente».

rale o speciale ma solo l'irragionevole esclusione di una categoria di imputati dall'esercizio di un diritto difensivo a cui si accompagnerà, assieme ai possibili effetti negativi sulla prevenzione generale, un diffuso appesantimento dell'intero sistema della giustizia penale.

Il diritto penale minimo, inteso come modello normativo di diritto penale che designa l'insieme delle garanzie sostanziali e processuali che perseguono scopi di prevenzione negativa e di eliminazione delle sofferenze inutili⁶⁶, è incompatibile con previsioni normative che non sono orientate al soddisfacimento di tali obiettivi finali e che risultano, in definitiva, né giustificate né giustificabili razionalmente. Il rischio che si corre è di vedere surclassata, nell'agire legislativo, la razionalità propria del diritto penale minimo dalla (ir)razionalità dell'emozione, del messaggio moralistico o da Stato etico di cui lo strumento penale, sostanziale e processuale, si presta a essere un ottimo vettore⁶⁷.

Il divieto di giudizio abbreviato per gli imputati di reati puniti con l'ergastolo, proponendosi fermamente di inibire lo sconto di pena a una data categoria di imputati di gravi reati, sembra voler proiettare nel processo proprio questo particolare messaggio stigmatizzante e intriso di contenuti prettamente etici ma privo di alcuna ponderazione quantomeno empirico-criminologica in ottica di prevenzione⁶⁸.

Si assiste - volendo abbozzare una riflessione più penetrante - alla manifestazione di una precisa forma di "diritto penale del nemico" che si propone di combattere contro una categoria di autori di determinati delitti particolarmente gravi e puniti con l'ergastolo estromettendoli, con una vera e propria *capitis deminutio*, dal giudizio abbreviato e dallo sconto di pena a esso collegato per il sol motivo che risultano accusati di un fatto che è oggetto di una «estemporanea recrudescenza punitiva [...]»: per colpire fatti si etichettano come nemici

66 Così FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in (a cura di) CURI-PALOMBARINI, *Diritto penale minimo*, Roma, 2002, 10, che declina il concetto di "diritto penale minimo" in due significati differenti: uno, per l'appunto, come modello normativo di diritto penale; l'altro come paradigma meta-teorico, come «dottrina che giustifica il diritto penale se e sole se è in grado di realizzare due scopi: la prevenzione negativa [...] e la prevenzione e minimizzazione delle punizioni arbitrarie». Fondamentale, sul tema del diritto penale minimo, BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 3, 1985, 443 ss.

67 Si rinvia alle osservazioni estremamente attuali di DONINI, *Populismo e ragione pubblica*, Modena, 2019, il quale, osservando l'epoca presente post-illuminista, vede nella minaccia della pena «la *sanctio* per la violazione di nuovi valori morali», come tale lontana dall'obiettivo del diritto penale quale ultima ratio, *ibid.*, 57.

68 Con preciso riferimento alla legge n. 33/2019, definisce il divieto di giudizio abbreviato per i delitti puniti con l'ergastolo «scelta propugnata dallo Stato etico, secondo cui i reati puniti così gravemente non meritano sconti», SCALFATI, *L'uso strategico dei procedimenti "differenziati"*, cit., 5-6.

i loro autori, strumentalizzando la loro persona»⁶⁹. I lavori parlamentari entro cui è maturata la novella in discorso si riferiscono infatti agli autori di stragi, femminicidi efferati e altri gravi atti che riguardano il terrorismo, unificati dal comune denominatore della pena dell'ergastolo. Gli imputati di simili reati, puniti con la pena perpetua, diventano i nemici contro cui combattere, i portatori del fardello del "male" a cui non può essere concessa alcuna clemenza o sconto poiché, allo scopo di far trionfare il "bene" e riaffermare i valori violati, deve applicarsi la pena più severa che non può ammettere alcuna attenuazione o riduzione.

L'uso in chiave simbolica dell'ergastolo, del carcere a vita, si può dire «a scopo meramente placativo, per dare messaggi rassicuranti sull'effettività della tutela, nella consapevolezza della sua ineffettività»⁷⁰, finisce per coinvolgere anche il processo che, nell'ottica di un legislatore penale incurante dei possibili effetti pratici ricadenti sull'ordinamento processuale, riveste la posizione avilente di mero esecutore delle istanze vacuamente repressive e securitarie consolidate a monte: rievocando il ritorno del processo al ruolo di «servo muto» che si reputava, da tempo, superato⁷¹.

69 DONINI, *Il diritto penale del nemico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 762. L'autore declina la locuzione "diritto penale del nemico" in almeno tre significati: il primo attiene a «un diritto penale non della colpevolezza, né della retribuzione, ma della pericolosità, della prevenzione e dello "stigma"»; nel secondo significato il diritto penale del nemico, per colpire i fatti, etichetta «come nemici i loro autori, strumentalizzando la loro persona», mentre il terzo significato allude al delinquente per «convinzione» che, a differenza del delinquente «comune», collocandosi fuori dall'ordine sociale minacciandolo costantemente, va trattato come un nemico contro il quale condurre una vera e propria lotta, *ibid.*, 735 ss. Il tema del diritto penale del nemico è stato ampiamente sviluppato nella letteratura, v. in particolare per i profili anche internazionali, DONINI-PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007. Fondamentali spunti critici si trovano altresì in FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico": un'abdicazione della ragione*, in (a cura di) BERNARDI-PASTORE-PUGIOTTO, *Legalità penale e crisi del diritto*, Milano, 2008, 161 ss., e FIANDACA, *Diritto penale del nemico: una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere*, in (a cura di) GAMBERINI-ORLANDI, *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, 191 ss.

70 PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, cit., 891.

71 In questo senso v. DI CHIARA, *Giudizio abbreviato, reati "da ergastolo", populismo penale e Stato di diritto*, cit., 1042: «L'interferenza tra le due anime del sistema penale assume, allora, connotati peculiari. L'esigenza di solidificare effetti *tranchant* sul terreno sostanziale - con ogni sbandierato risolto in termini di orientamento culturale dei consociati - strumentalizza le regole processuali, rendendone recessiva l'intrinseca funzione, e riduce nuovamente il processo penale a servo muto - riprendendo una metafora suggestiva - del diritto penale sostanziale: un riflusso a uno stato servile, una regressione delle ere geologiche dai solchi di una penalità di sistema all'evo oscuro di un'afasia del processuale asservito a una spettacolarizzazione degli scopi repressivi». La metafora richiamata è ovviamente del PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 431 ss., il quale riassume figurativamente i passi del rapporto tra diritto sostanziale e processuale come progressivamente segnati, per quest'ultimo, dal ruolo di «servo muto», «socio paritario» e infine «socio tiranno». Sull'attuale modificazione dei rapporti tra

diritto sostanziale e processuale, non più riconducibili a una mera strumentalità del secondo rispetto al primo, piuttosto a una "strumentalità inversa" v. in particolare il fondamentale scritto di NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 191 ss.; PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 959 ss., nonché - per una visione d'insieme - si rinvia a DANOVÌ (a cura di), *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, Torino, 2015.