

QUESITI

RAFFAELE COPPOLA

La continuazione tra reati definiti con rito ordinario e applicazione della pena su richiesta delle parti

Qualora il patteggiamento determini l'aumento di pena per il reato satellite, la natura negoziale del rito non consente di applicare ad esso i principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. un., 22 febbraio 2018, Cesarano) nel caso di continuazione - riconosciuta in fase di cognizione o di esecuzione - tra giudicati definiti con rito ordinario e rito abbreviato.

The continuation between crimes defined with ordinary ritual and application of penalty at the request of the parties

Continuation recognized among judged defined by ordinary procedure and plea deal.

If plea deal determines an increase of penalty for the secondary crime, negotiation attitude of it does not allow to apply in it, the principles, developed by legitimacy's body of laws (Cass., Sez. un., 22 febbraio 2018, Cesarano), in the case of continuation - recognized in case of jurisdiction or execution phase - among judged people defined by abbreviated or ordinary procedure.

SOMMARIO: 1. Il vincolo della continuazione secondo la sentenza della Cass., Sez. un., 22 febbraio 2018, n. 35852 - 2. Distinzioni ontologiche tra rito abbreviato e patteggiamento - 3. La natura processuale della diminuzione di pena - 4. La continuazione tra reati definiti con le sentenze di patteggiamento.

1. *Il vincolo della continuazione secondo la sentenza della Cass., Sez. un., 22 febbraio 2018, n. 35852.* Di recente la Suprema Corte¹ è intervenuta mettendo un punto fermo al contrasto giurisprudenziale sorto in ordine alle modalità di computo della pena in sede esecutiva nel caso di continuazione tra un reato per il quale sia intervenuta sentenza di condanna in seguito a rito abbreviato ed un altro il cui procedimento sia stato definito con rito ordinario. La predetta pronuncia, per quanto limitata nella sua portata al rito abbreviato, non può esimere l'interprete dal verificare, servendosi delle norme di sistema, se essa in qualche modo lambisca il procedimento di esecuzione avente però ad oggetto uno o più giudicati definiti con applicazione della pena su richiesta delle parti (da ora in poi "patteggiamento").

A tal fine, punto di partenza è il percorso logico seguito alla Corte di cassazione e l'esame sistematico delle norme sulle quali esso si fonda, in modo da verificare se si attagli anche al caso prospettato.

Un primo dato evidenziato dalla Corte di cassazione è la possibilità che la continuazione tra più reati coperti da giudicato possa intervenire tanto in fase di cognizione - allorché uno dei due sia ancora *sub iudice* - che in fase esecutiva; mentre, infatti, la continuazione tra più reati oggetto di sentenze di con-

¹ Cass., Sez. un., 22 febbraio 2018, Cesarano, in *www.giustizia.it*.

danna irrevocabili pronunciate a seguito di differenti processi, alcuni celebrati con rito ordinario e altri con rito alternativo, è ammessa in sede di esecuzione dal codice di rito all'art. 671, la possibilità che ciò avvenga dinanzi al giudice della cognizione era stata in passato riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità² nella vigenza del precedente codice, ed estesa anche ai casi in cui la sentenza irrevocabile di condanna fosse stata pronunciata per fatto meno grave di quello oggetto del giudizio di cognizione³.

Successivamente le Sezioni unite⁴ hanno affermato l'obbligo del giudice dell'impugnazione di pronunciarsi sul motivo di gravame relativo alla mancata applicazione della continuazione e l'impossibilità di riservarne la soluzione al giudice dell'esecuzione, insegnamento più volte ribadito e supportato dalla considerazione che il giudice dell'esecuzione non potrebbe disporre, in concreto, di elementi diversi e più perspicui di quelli già noti al giudice della cognizione⁵.

Insomma, situazioni identiche ove il giudice della cognizione, ai fini del riconoscimento della continuazione tra i reati oggetto del suo giudizio e reati oggetto di diverse sentenze irrevocabili di condanna, operi per i fatti già giudicati allo stesso modo del giudice dell'esecuzione e con gli stessi poteri e doveri, la cui decisione è affidata alla scelta discrezionale dell'imputato, che è libero di chiedere il riconoscimento della continuazione nel procedimento di cognizione o nella fase di esecuzione.

Assodato, quindi, che la continuazione tra più reati, alcuni dei quali o tutti, coperti da giudicato, possa operare tanto in fase di esecuzione quanto in fase di cognizione, un primo dato di non poco conto è che le Sezioni unite non si siano soffermate sull'ipotesi in cui giudice della cognizione o dell'esecuzione, riconosciuta l'esistenza della continuazione, ritenga reato più grave quello giudicato con il rito ordinario, posto che, in questo caso, la giurisprudenza di legittimità è univocamente orientata nel senso che la diminuzione di un terzo per il rito alternativo debba operare esclusivamente sull'aumento calcolato per i reati satelliti giudicati con tale rito e non anche per il reato base giudicato con rito ordinario⁶.

Il contrasto ha riguardato, in realtà, l'ipotesi in cui il reato più grave sia quello giudicato con rito abbreviato, in quanto una parte della giurisprudenza - ve-

² Cass., Sez. un., 19 giugno 1982, n. 9559, in www.giustizia.it.

³ Cass., Sez. un., 21 giugno 1986, n. 7682, in www.giustizia.it.

⁴ Cass., Sez. un., 19 gennaio 2000, n. 1, in www.giustizia.it.

⁵ Cass., Sez. VI, 21 gennaio 2011, n. 6843, in www.giustizia.it.

⁶ Cass., Sez. I, del 13 marzo 2015, n. 12591; Id., Cass., Sez. III, 20 novembre 2012, n. 9038, in www.giustizia.it.

rosimilmente indotta dalla tradizionale impostazione ermeneutica secondo cui il reato satellite perderebbe la sua autonomia e seguirebbe la sorte sanzionatoria di quello che ha determinato la pena base - ha ritenuto che la riduzione di un terzo ai sensi dell'art. 442, co. 2, c.p.p. debba operare nel caso in esame per tutti i reati, come ultima operazione aritmetica da seguire sulla pena complessiva determinata aumentando la pena base per la continuazione con i "reati satelliti"⁷. Le argomentazioni addotte a sostegno di tale tesi sono state sia l'implicito richiamo operato dall'art. 442, co. 2, c.p.p. alla previsione del secondo comma dell'art. 533 c.p.p. - che faceva ritenere che l'operazione riduttiva per la scelta del rito fosse un *posterius* rispetto ad altre operazioni di dosimetria della pena che la legge attribuisce al giudice - sia la circostanza che l'applicazione della continuazione tra reato giudicato e reato *sub iudice* implicasse una riconsiderazione del fatto, sebbene limitatamente alla determinazione del trattamento sanzionatorio già definitivamente accertato, sia pure al solo fine di riconoscerne la dipendenza da un unico disegno criminoso, restando solo precluso un giudizio sul fatto costituente reato.

Le Sezioni unite, ribadendo la natura processuale del beneficio della diminuzione della pena, hanno ritenuto di condividere l'opposto e maggioritario orientamento secondo cui soltanto nei confronti dei giudicati con rito abbreviato debba operare la riduzione di un terzo della pena a norma dell'art. 442 co. 2 c.p.p..

Innanzitutto, richiamando quanto sostenuto dalla Cass., Sez. un., Volpe⁸, è stato chiarito che «la *ratio legis* dell'art. 442, co. 2, c.p.p. è [...] quella di garantire all'imputato in ogni singolo processo un vantaggio conseguente alla scelta strategica del rito alternativo in ordine a tutte le imputazioni contestate in quello specifico processo, e questo vantaggio viene assicurato in ciascuno dei processi celebrati con tale rito e conclusisi con la condanna, all'esito di ognuno dei quali si determina la pena applicando la relativa diminuzione; quest'ultima opera, dunque, in modo identico nei confronti di tutti coloro che si trovano nel medesimo contesto processuale, ma non può, viceversa, per alcun profilo essere duplicata in sede esecutiva, laddove si debba procedere al cumulo materiale o giuridico delle pene inflitte per più reati in distinti procedimenti, nei quali l'imputato ha di volta in volta ritenuto di attivare, o non, la scelta deflattiva del rito speciale».

In secondo luogo, anche il richiamo al testo degli artt. 442, co. 2, e 533, co. 2, c.p.p. appare improprio. Non vi è dubbio, infatti, che nel rito abbreviato il

⁷ Cass., Sez. V, 28 novembre 2016, n. 12592, in www.giustizia.it.

⁸ Cass., Sez. un., 21 maggio 1991, n. 7707, in www.giustizia.it.

giudice opera la riduzione della pena ai sensi dell'art. 442, co. 2 c.p.p. dopo aver tenuto conto “di tutte le circostanze”, dovendosi ritenere compresi in detta espressione anche l'eventuale riconoscimento e la conseguente applicazione della continuazione tra i reati contestati, nonostante l'art. 442, co. 2 c.p.p. non ne faccia menzione: la norma opera un implicito, ma integrale, richiamo al disposto dell'art. 533, co. 2, c.p.p., come è stato affermato espressamente⁹, ma ritenuto implicitamente in numerose sentenze¹⁰. «Tuttavia, la riduzione della pena è operata per tali reati perché sono stati tutti giudicati nell'ambito di un unico processo celebrato con il rito alternativo; se, invece, la continuazione fosse riconosciuta con riferimento a reati separatamente giudicati con rito ordinario, la riduzione ai sensi dell'art. 442, co. 2, c.p.p. non troverebbe più alcuna giustificazione». In altre parole, l'ordine che il giudice deve seguire nelle operazioni di calcolo della pena, nel quale la diminuzione del rito è successiva a tutte le altre, è funzionale ad un processo in cui siano stati giudicati tutti i reati riuniti per continuazione al fine di determinare una pena complessiva; non lo è più se alcuni reati siano stati giudicati in separati processi celebrati con rito ordinario.

Si comprende, allora, come il tentativo di ritenere anche quei reati separatamente giudicati “oggetto del rito speciale”, cioè inseriti nel giudizio abbreviato che si è celebrato e, quindi, “meritevoli” di beneficiare della riduzione per il rito alternativo, si risolva in una ricostruzione che non soltanto è artificiosa e non ha alcuna base normativa, ma che appare in irriducibile contrasto con la natura e la *ratio* dell'istituto premiale.

Benché i precedenti fatti siano riconsiderati dal giudice del giudizio abbreviato che sta giudicando altri reati, al fine di verificare la sussistenza del vincolo della continuazione, e benché il giudice possa intervenire sulle pene inflitte per tali reati con le sentenze irrevocabili, è evidente che per essi non si celebra affatto un nuovo processo, né sarebbe possibile farlo. Così come non celebra un nuovo processo il giudice dell'esecuzione che, in forza dell'art. 671 c.p.p., verifica la sussistenza del vincolo della continuazione tra reati definitivamente ma separatamente giudicati e ridetermina la pena complessiva. E si è già sottolineato che il giudice della cognizione che ritiene la continuazione tra i reati giudicati e quelli oggetto di sentenze di condanna irrevocabili opera con gli stessi poteri del giudice dell'esecuzione. Se, quindi, quei reati sono stati giudicati in un diverso processo, nel corso del quale l'imputato aveva scelto di non chiedere l'ammissione al rito alternativo, non vi è ragione di operare sulle

⁹ Cass., Sez. I, 29 gennaio 1993, n. 3101, in *www.giustizia.it*.

¹⁰ Cass., Sez. V, 09 dicembre 2003, n. 18368, in *www.giustizia.it*.

pene per essi inflitte la riduzione di cui all'art. 442 comma 2 c.p.p. che è, appunto, una diminuzione processuale legata ad una scelta operata dall'imputato nel processo di cognizione entro limiti temporali rigidamente fissati dal codice di rito, pena la violazione del principio di eguaglianza che, così come postula trattamenti eguali ad eguali situazioni, al contempo presuppone trattamenti diversi nel caso in cui le situazioni siano diverse.

2. *Distinzioni ontologiche tra rito abbreviato e patteggiamento.* Richiamate le condivisibili argomentazioni della Corte di cassazione, diversa è la soluzione da adottare laddove la continuazione debba essere applicata tra reati definiti con rito ordinario e altri definitivi con applicazione della pena su richiesta delle parti, la quale è fortemente condizionata dalla natura negoziale di quest'ultimi.

Come noto, il Codice di procedura penale assegna ampio spazio alla c.d. giustizia consensuale, nella quale è possibile ravvisare una propensione, culturale e politica, a dilatare il potere dispositivo delle parti sulle situazioni processuali e sugli esiti del processo. Se si guarda al recente passato è agevole constatare che lo spazio riservato dal legislatore alla "negoziabilità" delle situazioni processuali è andato aumentando via via che i principi dello Stato autoritario e assistenziale hanno lasciato spazio ad un rapporto cittadino-autorità basato sul progressivo coinvolgimento dell'individuo nei problemi di funzionamento della giurisdizione penale¹¹.

A tale concezione dei rapporti dello Stato con l'individuo appartiene anche l'applicazione della pena su richiesta delle parti, la quale si risolve in una rinuncia dell'imputato a contestare l'accusa.

La disciplina attuale è il risultato di un'evoluzione legislativa la cui prima tappa risale alla normativa che, sul finire del 1981, attribuiva all'imputato la facoltà di provocare una chiusura anticipata del processo e, segnatamente, di evitare il dibattimento, chiedendo l'applicazione di sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi (art. 77, legge n. 689 del 1981). L'esperienza positiva che ne seguì indusse il legislatore ad estendere l'operatività dell'istituto, inserendolo nel codice del 1988 e dotandolo di una più puntuale regolamentazione, assicurandone una ulteriore estensione con la legge n. 134/2003.

Ora, mentre il rito abbreviato è avviato solo a domanda dell'imputato che chiede un giudizio nel merito suscettibile di condurre ad un esito aperto sia alla condanna (con la pena non predeterminata), sia al proscioglimento, il pat-

¹¹ CONSO, GREVI, BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Milano, 2016, 598.

teggiamiento muove da un accordo delle parti, originato da una richiesta di una di esse, che il giudice può accogliere o rigettare.

In passato, quando era imprescindibile l'assenza di un dissenso del pubblico ministero per la definizione del giudizio abbreviato, esso veniva qualificato come un patteggiamento sul rito, in quanto l'imputato aveva l'opportunità di scegliere di essere giudicato nel merito sul materiale dell'accusa, al quale dava il consenso (*ex art. 111 Cost.*); per il rito *ex art. 444 c.p.p.* si fava e di fa ancora oggi riferimento ad un patteggiamento sulla pena, oltre che a quello sul rito, che infatti il giudice non può modificare ma solo ritenere congrua¹².

Il patteggiamento e il rito abbreviato sono oggi accomunati dal fine di consentire la sollecita definizione del giudizio, escludendo il dibattimento, ciò che è compensato da una riduzione della pena, nel primo caso fino ad un terzo, nel secondo di un terzo¹³. Nondimeno, il principale carattere distintivo del patteggiamento rispetto all'abbreviato è da rintracciare nei riferimenti negoziali della *res iudicanda*: richiesta, formulabile indifferentemente da pubblico ministero e imputato, e consenso *ab altera parte* (art. 446 co. 1 c.p.p.) o richiesta congiunta (art. 447, co. 1, c.p.p.). Come sostenuto da autorevole dottrina¹⁴, «consenso alla richiesta e richieste congiunte implicano possibili negoziati e, in logica prettamente negoziale, ogni proposta non ancora accettata è revocabile (art. 1328. co. 1, c.c.), ragion per cui fino all'adesione l'istante recede, se vuole, ma concluso l'accordo risultano impossibili evasioni unilaterali; nondimeno, laddove non esiste ancora una imputazione, il legislatore prevede l'impossibilità di revoca del consenso prima della scadenza del termine fissato dal giudice all'altra parte per esprimere il consenso o il dissenso *ex art. 447, co. 3, c.p.p.*».

Comune ad entrambi i riti è la finalità deflattiva dell'udienza preliminare, del dibattimento e per il patteggiamento anche di parte della fase delle indagini preliminari; tuttavia, mentre il rito abbreviato si caratterizza quasi esclusivamente per l'abbattimento "secco" di un terzo della pena che il giudice avrebbe ritenuto equo applicare, nel c.d. patteggiamento *minus* - oltre alla riduzione concordata fino ad un terzo della pena - la premialità si connota di vari altri elementi, compendati nell'art. 445 c.p.p.

Nondimeno, la distinzione di maggior peso tra la sentenza che definisce il rito abbreviato e quella che accoglie la richiesta di pena delle parti è da rintracciare nelle contrapposte regole di giudizio su cui esse si fondano: mentre la sen-

¹² SPANGHER, *I procedimenti speciali*, in *Procedura Penale*, IV ed., Torino, 2015, 535.

¹³ NOBILI, *La Nuova Procedura Penale. Lezione agli studenti*, Bologna 1988, 31.

¹⁴ CORDERO, *Procedura Penale*, IX ed., Milano, 2012, 1034.

tenza di condanna che definisce il rito abbreviato postula un accertamento pieno di responsabilità secondo la regola di giudizio dell'assenza di un ragionevole dubbio stilizzata nell'art. 533 c.p.p., la natura della sentenza di patteggiamento è affrontata solo con "apparente" linearità dalla legge, che la equipara «a una sentenza di condanna», venendo di contro condizionata in modo pregnante dai poteri conferiti dall'art. 129 c.p.p. al giudice destinatario della richiesta¹⁵.

A ben vedere, infatti, il legislatore non poteva adottare una definizione più equivoca, perché ha dichiarato che la sentenza ex art. 444 c.p.p. non è né di proscioglimento né di condanna, e, posto di fronte al problema di dare un risposta in positivo, si è guardato bene dal farlo, limitandosi ad affermare una "equiparazione" alle sentenze di condanna.

«Preso alla lettera, la disposizione impone di ravvisare nella sentenza di patteggiamento una condanna, tutte le volte che la legge collega certi effetti all'esistenza, per l'appunto, di una sentenza condannatoria: ad esempio, in

¹⁵ La dottrina, quasi in modo unanime, pur con argomenti differenti, amovera la sentenza resa ai sensi dell'art. 444 co. 2 c.p.p. tra quelle di condanna: Conso, *È in corso il dibattito sul progetto preliminare del 1988*, in *Giust. pen.*, 1988, I, 94; CORDERO, *Procedura Penale*, VII ed., Milano, 003, 1011 ss.; COVINO, "Patteggiamento" e giudizio abbreviato, Torino, 1995, 69 ss.; FANCHIOTTI, *Il nuovo patteggiamento alla ricerca di un'identità*, in *Cass. pen.*, 1991, II 29, 11; Fazio, *L'equità della pena nel patteggiamento*, in *Cass. pen.*, 1992, 1949, 1057; FURGIUELE, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, Napoli, 2000; LORUSSO, *Provvedimenti allo stato degli atti e processo penale di parti*, Milano, 1995; LOZZI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, 55; Lupo, *Il giudizio abbreviato e l'applicazione della pena negoziata*, in *I giudizi semplificati*, a cura di Gaito. Padova, 1989, 78; MACCHIA, *Il Patteggiamento*, Milano, 1992, 54 ss.; MARZADURI, *Brevi considerazioni sui poteri del giudice nell'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Cass. pen.*, 1990, 729 ss.; MONTI, *La sentenza di patteggiamento come sentenza di condanna: una soluzione che sembra l'unica possibile*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1992, 175 ss; PACILEO, *L'alternativa tra applicazione della pena su richiesta di parte e proscioglimento*, in *Cass. pen.*, 1991, 354 ss.; PAULESU, *Applicazione della pena su richiesta delle parti e fascicolo per il dibattimento*, in *Giur. it.*, 1994, II, 688 ss.; PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, Padova, 1999; POGGI, *Proscioglimento nel merito a fronte di una richiesta di applicazione della pena*, in *Giur. it.*, 1996, 367; SEGRETO, *Ancora sulla natura della sentenza di patteggiamento*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2000, 113 ss.; SMERIGLIO, *Dalla richiesta di applicazione della pena ex art. 444 al proscioglimento dell'imputato con formula di merito: ammissibilità di una valutazione probatoria*, in *Giur. it.*, 1996, II, 160; STURIALE, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti e la responsabilità dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 1990, II, 334, 133; TAORMINA, *Qualche riflessione in tema di natura giuridica della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Giust. pen.*, 1990, III, 271 ss.; TONINI, *I procedimenti semplificati*, in *Studi in memoria di Pietro Nivolone*, III, Milano, 1991, 483.

Contra, tra chi non annovera la sentenza in questione tra quelle di condanna, v.: ALTIERI, *Natura della decisione ex art. 444 c.p.p.*, in *Arch. Nuova proc. pen.*, 1992, 325 ss.; BOSCHI, *Sentenza di condanna atipica per l'applicazione di pena patteggiata*, in *Giust. pen.*, 1990, III, 645; FANIZZI, *Atipicità della sentenza di patteggiamento e principi costituzionali* in *Riv. pen.*, 1994, 117 ss.; MACCARONE, *Ancora sulla natura della sentenza emessa ex art. 444 c.p.p.*, in *Giust. pen.*, 1994, III, 413.

tema di esecuzione della pena (art. 656 co. 1), o di iscrizione nel casellario giudiziale (art. 3 co. 1 lett. a d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313) o, ancora, di effetti pregiudiziali nel procedimento cautelare personale (art. 300 co. 4). In certi casi, però, la legge (penale o processuale) connette determinati effetti alla condanna, non tanto in ragion del fatto che esiste una sentenza di quel formale tenore, quanto piuttosto per l'accertamento di responsabilità che la sentenza racchiude e, al contempo, documenta. Evidentemente essa non può spiegare simili effetti, se non contiene quell'accertamento»¹⁶.

In altre parole, se non è una sentenza di condanna, comunque produce gli effetti di essa, tanto che la norma esordisce con la precisazione che tale regola vale fin quando non vi sono specifiche norme che diano una risposta contraria.

Non sono mai sorti dubbi in dottrina sul fatto che la sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 444 c.p.p. non rientrasse tra quelle di proscioglimento, tuttavia, sostenendo che in essa difetterebbe l'accertamento puntuale e positivo della responsabilità che consenta di qualificarla in termini di condanna, secondo alcuni parteciperebbe a un *tertium genus*, dette "sentenze in ipotesi di responsabilità"¹⁷.

Tale conclusione ha trovato fondamento nel richiamo all'art. 129 c.p.p., posto che, a fronte di un controllo positivo sugli aspetti formali e sostanziali dell'accordo, vi sarebbe quello negativo che riguarda l'applicabilità di tale norma¹⁸. Infatti, «la pronuncia di una sentenza di patteggiamento non esige che il giudice effettui un positivo accertamento della responsabilità dell'accusato patteggiante, ma solo che all'esito di una rapida scorsa del materiale probatorio, riscontri l'inesistenza in negativo di macroscopiche ragioni di proscioglimento»¹⁹. «Una verifica più approfondita si renderebbe necessaria solo allorché dagli atti o dalle dichiarazioni delle parti risultassero elementi in ordine alla concreta possibilità di applicazione di detta norma»²⁰. In altre parole, poiché l'art. 129 c.p.p. non sarebbe applicabile ai casi in cui, ai sensi dell'art. 530 co. 2 c.p.p., «manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato», deve essere pronunciata sentenza di assoluzione nei soli casi di cui all'art. 530 co. 1 c.p.p., ove è richiesta la prova piena delle cause di assoluzione; di-

¹⁶ CONSO, GREVI, BARGIS, *Compendio di procedura penale*, cit., 663.

¹⁷ VIGONI, *L'applicazione delle pena su richiesta delle parti*, in Pisani, *I procedimenti speciali in materia penale*, Milano, II ed., 2003, 235.

¹⁸ MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit. 119.

¹⁹ MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit. 119.

²⁰ MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit. 120.

scende che il richiamo all'art. 129 c.p.p. non potrebbe essere utilizzato a sostegno della presenza nella sentenza *de qua* di un accertamento limpido dei fatti costitutivi di responsabilità del richiedente, perché, altrimenti, si sostiene che il giudice, in assenza della prova dei fatti costitutivi di responsabilità, dovrebbe adottare sempre una sentenza di assoluzione ai sensi dell'art. 129 c.p.p..

Sennonché, non mancano in dottrina voci dissonanti con la predetta impostazione ermeneutica, che, facendo leva sull'applicabilità dell'art. 129 co. 1 c.p.p. anche quando si verta nelle ipotesi di cui all'art. 530 co. c.p.p., sostiene che la richiesta di patteggiamento possa essere accolta solo qualora siano provati i fatti costitutivi di responsabilità²¹.

In realtà, al netto delle differenti regole di giudizio che caratterizzano il rito abbreviato e il patteggiamento, sono i poteri del giudice in essi declinabili che consentono di accomunare le due sentenze nella loro natura giuridica e nel fatto che in entrambe sia sostenibile, seppur in forme differenti, una forma di accertamento della responsabilità.

Un primo profilo attiene al *nomen* del provvedimento con il quale viene accolta la richiesta di applicazione della pena e cioè la sentenza, la cui principale cautela è la presenza di una motivazione. Il giudice, infatti, deve dare conto dei motivi che lo hanno indotto a scegliere di assolvere o di condannare. Pertanto, anche la sentenza *ex art.* 444 c.p.p. deve essere motivata, non solo ai sensi dell'art. 125 c.p.p. co. 2 c.p.p., ma anche ai sensi dell'art. 111 co. 6 Cost. In essa si deve dar conto dei fatti dai quali risulti la responsabilità, la loro qualificazione giuridica, al presenza di circostanze, il giudizio di comparazione e, infine, la valutazione di congruità della pena in funzione del suo obiettivo che è quello della rieducazione del condannato.²² Soprattutto tale ultima finalità, sancita dall'art. 27, co. 3, Cost., non può non fondarsi su di un accertamento di responsabilità, posto che una pena è ammissibile soltanto se mira a rieducare il condannato, il quale potrà essere rieducato solo se sarà accertata la sua colpevolezza, intesa in termini di rimproverabilità per aver commesso il fatto²³.

D'altro canto, come evidenziato dalla dottrina²⁴, se la sentenza ad una pena

²¹ LOZZI, *Il patteggiamento e l'accertamento di responsabilità: un equivoco che persiste*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 1401. A sostegno di tale tesi si fa leva sul fatto che solo il comma 2 dell'art. 129 c.p.p. fa riferimento ad una evidenza di una causa di proscioglimento, laddove il comma 1 richiede un riconoscimento che postuli un vaglio.

²² MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit. 185.

²³ Corte cost., sent. n. 364 del 1988.

²⁴ LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, XI ed., Torino, 2006, 486 ss.

patteggiata potesse prescindere da un accertamento di responsabilità, l'art. 444 c.p.p. risulterebbe incostituzionale sotto un triplice profilo e, cioè, in relazione all'art. 13 co. 1, 27 co. 2 e 111 co. 6 Cost.

Sotto il primo profilo, se si interpreta l'art. 13 co. 1 Cost. («la libertà personale è inviolabile») nel senso che l'inviolabilità comporta l'indisponibilità della libertà stessa, ne consegue che contrasterebbe con siffatta indisponibilità la sentenza che applicasse una pena patteggiata in mancanza di un previo accertamento di responsabilità; sotto il secondo profilo, l'art. 27 co. 2 Cost. («l'imputato è considerato colpevole sino alla condanna definitiva») stabilisce una regola di giudizio in virtù della quale il giudice ha il dovere di considerare non colpevole l'imputato sino a quando non vi sia una condanna definitiva intesa in termini di accertamento definitivo di responsabilità; sotto il terzo profilo, la carenza di accertamento giudiziale comporterebbe una violazione dell'art. 111 Cost. («tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati»), nel senso di esplicitare le argomentazioni utilizzate per arrivare all'affermazione della sussistenza del fatto e della responsabilità dell'imputato. In tale ottica, tutta la teoria costituzionale della responsabilità penale conduce alla conclusione che alcuna sentenza applicativa di una sanzione penale possa essere adottata prescindendo dall'accertamento dei fatti costitutivi e che la riserva dell'art. 129 c.p.p. contenuta nell'art. 444 c.p.p. ha proprio questa funzione: impedire che il giudice possa adottare una sentenza di applicazione della pena prescindendo dall'accertamento dei fatti costitutivi della responsabilità.²⁵

Anche il controllo sulla corretta qualificazione giuridica del fatto, la sussistenza delle circostanze e la loro comparazione rientra tra i poteri di cognizione del giudice nei procedimenti ordinari o nel rito abbreviato. L'unica differenza con il patteggiamento consiste - come accennato - nel modo di declinare tale potere, posto che il giudice non può qualificare il fatto diversamente, escludere alcune circostanze o operare un diverso bilanciamento, dovendosi limitare a rigettare la richiesta delle parti.

Pertanto, a fronte dell'argomentazione addotta dalla tesi contraria - secondo la quale non sarebbe necessario l'accertamento dei fatti costitutivi di responsabilità dell'imputato per accogliere il patteggiamento, in quanto la richiesta può essere formulata in momenti processuali (come le indagini preliminari) nei quali il parametro sulla base del quale agisce il pubblico ministero è quello della giudicabilità e non della responsabilità dell'imputato -, si evidenzia

²⁵ CORDERO, *Procedura Penale*, cit. 1011.

che eventuali richieste strumentali della difesa potrebbero essere precluse dal dissenso del pubblico ministero all'accordo qualora le indagini non abbiano raggiunto la dimensione di completezza²⁶.

Peraltro, anche il giudice che dovesse decidere se accogliere o meno una richiesta di applicazione della pena sulla base di atti incompleti, dovrebbe avere il potere di non accoglierla, per impedire che ricadano sull'imputato le conseguenze di indagini frettolose o sommarie²⁷. Il giudice, in questo caso, avrebbe il potere di rigettare la richiesta per consentire in sede dibattimentale l'integrazione del materiale probatorio che potrebbe portare al proscioglimento dell'imputato, posto che, stabilendo l'art. 444, co. 2, c.p.p. che il giudice decide «sulla base degli atti», vuole dire che gli atti devono essere stati compiuti in modo tendenzialmente completo, tali da giustificare l'accertamento positivo di responsabilità.

Peraltro, chi sostiene che risultano applicabili all'art. 129 c.p.p. anche le regole di giudizio di cui all'art. 530 co. 2 e 3 c.p.p. perviene ad una conclusione identica a quella pocanzi accennata, ma postulando, piuttosto che un rigetto dell'istanza, l'obbligo del giudice di pronunciare una sentenza di proscioglimento, ragion per cui il pubblico ministero dovrà prestare il consenso alla richiesta dell'imputato solo quando ritenga che le indagini preliminari valutate come prova siano sufficienti a giustificare un accertamento di responsabilità²⁸.

In conclusione, il fatto che la Costituzione consenta di “allentare” il legame tra pena e prova – perché non prevede né l'entità della prova né il momento in cui essa possa considerarsi integrata – sta a significare che pur non risultando incostituzionale un “accertamento incompleto”, non significa che non sia consentita una condanna senza accertamento di responsabilità²⁹, ciò che accade proprio per la sentenza di patteggiamento.

3. *La natura processuale della diminuzione di pena.* Come accennato, tra i vari benefici riconosciuti dal legislatore all'imputato che, pervenendo ad un accordo con il pubblico ministero sulla pena da applicare, rinunci al dibattimento, vi è la riduzione della pena concordata fino ad un terzo, la cui natura

²⁶ MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., 197; LOZZI, *La Legittimità costituzionale del c.d. patteggiamento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 1604, secondo cui «il P.M. dovrà richiedere il patteggiamento o prestare consenso alla richiesta dell'imputato solo quando ritenga che le indagini preliminari valutate come prove siano sufficienti a giustificare un accertamento di responsabilità».

²⁷ MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit. 200.

²⁸ LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., 491.

²⁹ LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., 491.

evoca quella tratteggiata dalla Cass., Sez. un. Cesarano per la riduzione di un terzo tipica del rito abbreviato. Per quest'ultimo, infatti, la natura di "diminuente processuale" della riduzione prevista dall'art. 442 co. 2 c.p.p. è stata sottolineata dalla Corte costituzionale fin dalle prime pronunce. Basterà ricordare che, nel giudicare legittimo l'art. 247 disp. att. c.p.p. - che, per i procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del codice di procedura penale, aveva consentito il giudizio abbreviato solo per quelli nei quali non erano state compiute le formalità di apertura del dibattimento - la Corte cost. n. 277 del 1990 osservava che «poiché lo scopo dell'istituto del procedimento abbreviato è quello di consentire la sollecita definizione del giudizio, escludendo la fase dibattimentale, è del tutto razionale che, per i reati pregressi e per i procedimenti in corso, tale istituto sia stato reso applicabile soltanto quando il suo scopo possa essere ugualmente perseguito, e cioè soltanto quando non si sia ancora giunti al dibattimento»; ed escludeva, di conseguenza, che la tematica coinvolgesse l'art. 2, secondo e terzo comma, c.p.. Nel giudicare, quindi, della legittimità dell'art. 442 comma 2, c.p.p., la Corte cost. n. 284 del 1990 sottolineava che «l'adozione del rito abbreviato col conseguente beneficio, in caso di condanna, della riduzione della pena, non che estranea alla condotta dell'imputato, presuppone al contrario l'impulso costituito dalla richiesta dell'imputato stesso. Tale richiesta comporta la rinuncia alle maggiori possibilità di verifica dei fatti offerte dal dibattimento, nonché una limitazione del potere di proporre appello contro la sentenza pronunciata a conclusione del giudizio. Che poi si tratti di un'attività dell'imputato in sede processuale, non attinente perciò alla commissione del reato, è altra questione che [...] rappresenta uno degli elementi caratterizzanti il nuovo istituto». La natura processuale della diminuente, nei primi anni di attuazione del nuovo Codice di procedura penale, è stata ribadita dalla Cass., Sez. un. Volpe, che ha escluso che la stessa, per la sua sostanziale e funzionale diversità rispetto alle circostanze del reato, fosse a queste assimilabile e potesse, quindi, essere considerata ai fini della determinazione della pena rilevante per l'individuazione del tempo necessario alla prescrizione del reato, ai sensi dell'art. 157 co. 2 c.p.p. nel testo allora vigente, osservando che «la diminuente ex art. 442, co. 2 c.p.p. [...] risponde a una esigenza utilitaristica di sollecita definizione dei giudizi, proponendo all'imputato uno sconto secco della pena, già determinata, come premio della scelta del rito abbreviato contro la rinuncia alle maggiori garanzie del dibattimento. L'istituto - che nel nostro ordinamento giuridico ha carattere di assoluta originalità - assolve, nell'intendimento del legislatore, alla funzione di prevenzione generale correlata alla stessa definizione rapida dei

processi, per la quale la sollecita assicurazione della pronunzia di condanna o di proscioglimento realizza più e meglio di tardive e pesanti condanne o di snervantemente attesi proscioglimenti, il conseguimento dello scopo del processo penale teso a garantire la effettività dell'attuazione corretta e incisiva del diritto penale sostanziale. La definizione della diminvente come incentivo al cosiddetto “patteggiamento sul rito”, congeniale all'obiettivo della deflazione processuale, trova conferma esplicita nella legge delega 16 febbraio 1987, n. 81 (art. 2, direttiva 53) e nella relazione al progetto preliminare».

La posizione assunta dalla Cass., Sez. un. Cesarano si pone nel medesimo solco tracciato già in passato dalla Cass., Sez. un. Chiodi³⁰ chiamate a pronunciarsi sul se, nel caso di reato continuato, ai fini dell'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 7 c.p. e delle attenuanti di cui all'art. 62 nn. 4 e 6 c.p., dovesse tenersi conto del danno complessivo ovvero di quello cagionato da ogni singolo reato. In tal caso, la Corte di cassazione, a fronte di variegate posizioni giurisprudenziali, ha chiarito che fosse da ritenersi ormai superata la concezione unitaria del reato continuato, ragion per cui le singole violazioni dovessero mantenere la loro autonomia -fermo restando la valutazione unitaria solo per gli effetti previsti dalla legge, come quelli relativi alla determinazione della pena -, mentre per tutti gli altri effetti la considerazione unitaria potesse essere ammessa a condizione che garantisse un risultato favorevole al reo. È chiaro, tuttavia, che nel caso in esame la Corte di cassazione considerava solo gli effetti previsti dalla legge o favorevoli al reo derivanti da una disciplina sostanziale e non processuale - come quella invece del beneficio della diminuzione in seguito al rito abbreviato - ciò spiega la ragione per la quale la Cass., Sez. un., Cesarano, si siano premurate fin dalle prime argomentazioni addotte di ribadire la natura processuale della predetta diminuzione, dunque non rientrante in nessuna delle due ipotesi che consentisse di mantenere ferma la concezione unitaria della continuazione.

I principi sopra richiamati valgono anche per la riduzione di pena prevista per il patteggiamento, col distinguo che il “beneficio processuale”, essendo consentito entro un *range* di un terzo, dalle parti diversamente modulabile, l'accordo dovrà intervenire anche su di esso, in modo che il limite di pena al di sotto del quale sarà consentito il patteggiamento (anni 2 o 5 di reclusione con maggiori benefici nel primo caso previsti dall'art. 445 c.p.p.) tenga conto della pena complessivamente negoziata dalle parti.

³⁰ Cass. pen., Sez. un., 27 novembre 2008, n. 3286, in www.giustizia.it.

4. *La continuazione tra reati definiti con le sentenze di patteggiamento.* Proprio la natura negoziale del patteggiamento e quella processuale della diminuente rendono ragionevole la disciplina prevista dall'art. 188 disp. att. c.p.p. per la continuazione in fase di esecuzione tra più reati per i quali siano intervenuti diversi giudicati definiti ex artt. 444 ss. c.p.p.. Coerentemente alla fase di cognizione - ove richiesta la continuazione tra un reato per il quale sia intervenuta una sentenza di patteggiamento passata in giudicato e reati *sub iudice* ex art. 444 c.p.p., l'accordo dovrà contemplare anche il primo, "sciogliendo" il patteggiamento e richiedendo una pena che contempri tutti i reati -, anche in fase di esecuzione l'art. 188 disp. att. c.p.p. dispone che nel caso di più sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti pronunciate in procedimenti distinti, l'imputato e il pubblico ministero potranno chiedere l'applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato solo con un nuovo accordo che rispetti il limite di pena di 2 o 5 anni al di sotto del quale il rito è consentito.

Tale norma, come accennato, è proiezione della natura negoziale del patteggiamento, consentendo di incidere sul giudicato solo qualora intervenga tra le parti un nuovo accordo che contempri tutti i reati autonomamente definiti su richiesta delle parti, in modo tale che si garantisca il rispetto del beneficio processuale e non si snaturi il prodotto finale, che non potrà prescindere dalle scelte processuali sul rito effettuate in fase di cognizione. Che il nuovo accordo vada, poi, a sostituire gli altri è un dato confermato dall'art. 137 co. 1 disp. att. c.p.p., il quale stabilisce che il termine di estinzione previsto dall'art. 445 co. 2 c.p.p. decorre nuovamente per tutti i reati dalla data in cui è divenuta irrevocabile l'ultima sentenza.

Di contro, nel caso in cui la continuazione sia richiesta tra una sentenza che abbia definito il procedimento con rito ordinario o abbreviato e un'altra con patteggiamento, la norma di riferimento è l'art. 137 co. 2 disp. att. c.p.p., la quale si limita a prevedere la possibilità di applicazione del concorso formale o del reato continuato. Ancorché tale disciplina appaia scontata, la sua rilevanza è apprezzabile alla luce dell'art. 188 disp. att. c.p.p. che, prevedendo espressamente un nuovo accordo nel caso di più sentenze di patteggiamento, avrebbe ragionevolmente indotto a ritenere non applicabile la disciplina della continuazione nel caso in cui solo uno dei reati fosse stato definito con patteggiamento, data l'impossibilità di sostituire quest'ultimo con un diverso accordo che ricomprendesse anche l'altro reato.

Che la disciplina prevista dall'art. 137 co. 2 disp. att. c.p.p. sia diversa da quella dell'art. 188 disp. att. c.p.p., e che, quindi, alcun nuovo accordo sia richie-

sto alle parti, è evincibile dall'*incipit* introduttivo di tale ultima norma, laddove la clausola di esclusione delle ipotesi disciplinate dall'art. 137 disp. att. c.p.p. - dunque anche del secondo comma di tale norma - depone per la eccezionalità della previsione di un accordo nuovo che, scalzando i precedenti, consenta il riconoscimento del vincolo della continuazione.

Un primo dato incontrovertibile che emerge dall'art. 137 co. 2 disp. att. c.p.p. è la possibilità di applicare la continuazione senza necessità per le parti di addivenire ad una nuova richiesta congiunta, spettando al giudice dell'esecuzione rideterminare la pena, avendo quali unici limiti quelli previsti dagli artt. 671 c.p.p. e 78 c.p.p..

Tale conclusione deve indurre a ritenere che, contrariamente alla *vexata quaestio* risolta dalla Cass., Sez. un., Casarano, la difficoltà non attiene all'ipotesi in cui la pena più grave sia quella applicata con il patteggiamento, ma al caso inverso.

Ciò perché, oltre alle argomentazioni spese dalla Corte di cassazione - le quali ben possono essere estese anche al rito del patteggiamento per la comune natura processuale della diminuzione di pena - ipotizzare che il giudice della esecuzione (ma in realtà il ragionamento vale anche per il giudice della cognizione) possa estendere la riduzione anche all'aumento di pena per il reato satellite, definito con rito ordinario, significherebbe non solo riconoscere per quest'ultimo un beneficio che gli estraneo, ma anche ammettere una rimodulazione dell'accordo delle parti che verrebbe sostituito da una figura "stravagante", in quanto espressione una "volontà tripartita," ove il giudice, potendo discrezionalmente incidere sull'accordo originario intervenuto tra le parti, fornirebbe un contributo che non si limiti a sindacare quanto da costoro deciso, ma inciderebbe sul contenuto del negozio con la propria volontà, che unitamente a quelle dell'imputato e del pubblico ministero, andrebbe poi a sostituire l'originaria "volontà bipartita". Insomma, una ipotesi fuori dal sistema e priva di un sostegno normativo, che consentirebbe in fase di esecuzione di fare ciò che in fase di cognizione sarebbe inammissibile, essendo il giudice - in quest'ultimo caso - limitato ad accogliere o meno la richiesta delle parti senza potervi apportare alcuna modifica. La soluzione quindi vincolata è quella di partire dalla pena concordata dalle parti, comprensiva della riduzione per il rito, e ad essa aggiungere l'aumento per il reato satellite, soluzione ammessa proprio dal legislatore all'art. 137, co. 2, disp. att. c.p.p..

Diverso il caso in cui il patteggiamento riguardi il reato satellite e la pena più grave sia stata inflitta per il reato il cui giudizio sia stato definito con rito ordinario o abbreviato, che, pertanto, ai sensi dell'art. 187 disp. att. c.p.p., diverrà

la pena base dalla quale il giudice dell'esecuzione dovrà partire per poi disporre l'aumento per il reato satellite.

Come accennato, con riferimento al rito abbreviato la giurisprudenza sembra uniforme nel ritenere che la riduzione di un terzo debba operare solo sul reato satellite e non anche sulla pena base, a tal fine richiamando l'art. 187 disp. att. c.p.p., laddove, nel dettare i criteri per individuare il reato più grave, contempla anche le ipotesi in cui per alcuni di essi si sia proceduto con rito abbreviato. Tuttavia, il legislatore tace nel caso di patteggiamento, non indicando se l'aumento per il reato satellite debba o meno considerare il beneficio della diminuzione processuale previsto dall'art. 442, co. 2, c.p.p.. La soluzione potrebbe essere rintracciata nel tentativo di mantenere ferma la natura di rito alternativo derivante dall'accordo delle parti, e poiché, contrariamente al rito abbreviato, la diminuzione non è di un terzo ma fino ad un terzo, essa dovrebbe operare in termini proporzionali a quelli concordati originariamente dalle parti.

Tuttavia, tale esito contrasterebbe non solo con la natura negoziale del patteggiamento ma, soprattutto, con le norme di sistema.

In ordine al primo profilo, il legislatore non ha contemplato l'istituto del patteggiamento in termini parzialmente negoziali, cioè limitati alla pena base, ma ha ritenuto che l'accordo dovesse inerire tutta la disciplina sanzionatoria, a tal fine prevedendo un *rage* di riduzione a titolo di beneficio che consentisse alle parti di accordarsi anche su di esso, in modo tale da pervenire ad una pena che, complessivamente considerata, sia frutto di un accordo "puro".

Ora, ipotizzare che il giudice, dell'esecuzione o della cognizione, possa discrezionalmente stabilire l'aumento per la continuazione per il reato satellite, ma poi ridurlo per un ammontare che sia proiezione della originaria volontà delle parti, significherebbe pervenire ad un risultato ibrido, privo di un postulato imprescindibile: l'accordo delle parti sulle modalità di determinazione della pena in termini di congruità della pena base, di eventuali aumenti ex art. 81 c.p. per i reati satelliti, di bilanciamento delle circostanze.

In buona sostanza, una riduzione proporzionale sarebbe giustificata se essa fosse parte di un più ampio accordo delle parti che involga, quindi, tutta la pena complessivamente considerata (ciò che a titolo esemplificativo è previsto dall'art 188 disp. att. c.p.p.), ma non anche laddove il legislatore consente l'applicazione della continuazione a prescindere da un accordo tra imputato e pubblico ministero: in quest'ultimo caso, infatti, al fine di consentire all'imputato di beneficiare dell'originaria riduzione di pena concordata, il giudice preleverebbe dal patteggiamento solo tale segmento dell'accordo e lo

innesterebbe sul *quantum* dell'aumento per la continuazione, sul quale alcun incontro di volontà è intervenuto e alcuna possibilità di veto è riconosciuto al pubblico ministero. Insomma, pur di assicurare all'imputato il beneficio derivante dal rito prescelto, si ammetterebbe una "frammentabile" volontà espressa dalle parti nel patteggiamento, non considerando che tale beneficio sussiste quale segmento di un più ampio accordo, privo di una sua autonomia giuridica.

In conclusione, la natura del patteggiamento, quale accordo tra le parti al quale il giudice rimane estraneo nella determinazione dei contenuti, non consente di ritenere pienamente applicabili ad esso i criteri che la giurisprudenza ha mutuato dalle norme di sistema per il rito abbreviato, in caso contrario si rischierebbe di snaturare il rito pur di assicurare un beneficio che, in realtà, è già assicurato dal riconoscimento del vincolo della continuazione.

Tale conclusione è agevolmente desumibile dall'art. 187 disp. att. c.p.p., il quale, stabilendo che si «considera violazione più grave quella per la quale è stata inflitta la pena più grave, anche quando per alcuni reati si è proceduto con giudizio abbreviato», considera quale reato più grave quello con pena maggiore anche laddove a tale risultato si pervenga in ragione della riduzione processuale applicata all'altro reato. Su tale norma la giurisprudenza ha fondato le proprie argomentazioni volte a giustificare, nel caso di continuazione in sede esecutiva, la non estensione alla pena più grave della riduzione di un terzo ex art. 438 c.p.p. applicata al solo reato satellite. Nel momento in cui il legislatore ha espressamente previsto la riduzione di un terzo per la pena aumentata per il reato satellite solo nel caso di rito abbreviato, non ha contemplato anche il rito patteggiamento, consapevole che non fosse possibile considerare una riduzione proporzionale a quella concordata dalle parti in assenza di un accordo a monte sulla pena complessiva.