

INTRODUZIONE

Il codice di procedura penale vigente nasce sotto la spinta di una nuova cultura fondata sulla Costituzione, con la chiara intenzione di adeguare la struttura procedurale ai principi espressi dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalle Convenzioni internazionali. Un processo autoritario, legato ad un sistema totalitario, non poteva, infatti, più reggere il confronto con i mutati assetti giuridici e culturali.

Le novità introdotte dalla nuova architettura dello Stato hanno seguito le orme della filosofia accusatoria e spesso sono state dirompenti rispetto al vecchio ordinamento.

Uno degli architravi del codice di procedura penale del 1988 risulta essere l'idea di superare il modello procedurale unico, a favore di una pluralità di segmenti giurisdizionali ispirati a logiche premiali o di efficienza complessiva del sistema processuale. La ragione d'essere dichiarata è stata quella di tentare di accelerare la risoluzione delle vicende per compensare il naturale maggiore dispendio dei tempi dovuto dalle scansioni tipiche, e più complesse, di un modello processuale accusatorio, fondato sul continuo confronto dialettico tra parti e giudice.

Il legislatore, nell'ottica descritta, ha effettuato un'iniziale differenziazione dei modelli procedurali ispirandosi, per un verso, alla logica premiale - patteggiamento, decreto penale di condanna e giudizio abbreviato - e, per altro verso, a quella della accelerazione fondata sulla evidenza probatoria - giudizio direttissimo e immediato - scelta quest'ultima, comunque indirettamente finalizzata a portare l'imputato verso soluzioni autenticamente deflative.

Sicuramente l'idea di limitare il ricorso al rito ordinario rappresenta un'esigenza indubbia e centrale in ogni sistema processuale ispirato al principio della ragionevole durata del processo¹.

Lo snodo critico tuttavia, non riguarda il "se" ma il "come" e non coinvolge l'idea ma la sua modalità attuativa.

L'esigenza oggettiva avvertita dal legislatore italiano ha indotto ad un confronto con i sistemi giuridici di altri paesi, in particolare con gli istituti di ordinamenti di *common law*, ove poche unità percentuali di *regiudicande* approdano al dibattimento, lasciando invece tutte le altre alle cure di meccanismi di "giustizia negoziata": caratterizzati dalla definizione anticipata del processo attraverso accordi tra le parti per selezionare vicende ed evitare un intasamento del dibattimento.

Tra i riti introdotti dal legislatore italiano, quello che doveva assicurare un maggior effetto deflattivo con un dispendio minimo di energie giurisdizionali, era proprio quello dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, il c.d. patteggiamento, anch'esso appartenete al *genus* della "giustizia negoziata" e di dichiarata ispirazione nordamericana.

Si riteneva che questo istituto, pur nelle vistose anomalie che ne caratterizzavano la struttura procedurale, fosse quello che meglio si prestasse al raggiungimento delle finalità richiamate e che il prezzo da pagare ai principi della giurisdizione fosse mitigato dalla limitata entità delle pene irrogabili, cioè fino a due anni di reclusione.

Purtroppo, l'evoluzione normativa, passata attraverso il varo della legge 134 del 2003 sul c.d. patteggiamento allargato, che ha esteso l'ambito di ricorso a tale rito, riguardando pene fino a cinque anni di reclusione, ha destrutturato l'argomentazione implementando notevolmente e significativamente le antiche

¹ Cfr. A. DE CARO, *Le linee politiche della legge n.134 del 2003. Principi fondamentali e nuovo "patteggiamento"*, in *Patteggiamento allargato e sistema penale*, a cura di A.De Caro, Giuffrè Milano, 2004, p.1.

perplessità².

La prassi applicativa ha, contemporaneamente, mostrato in modo drastico come la percentuale di accesso ai riti deflattivi, ed al patteggiamento in particolare fosse lontana da quella auspicata.

Al naufragio della ragion d'essere spesa dal legislatore del 1988, corrisponde un aumento di riflessioni e dubbi riguardo tale istituto, che può essere ritenuto più vicino alle antiche esperienze borboniche che alla modernità americana ove, peraltro, la logica e i principi processuali sono completamente diversi da quelli italiani.

Al riguardo, è opportuno riflettere sull'utilità concreta di questo istituto e sui collaterali danni culturali che esso può generare.

Il punto dolente del patteggiamento è rappresentato dalla mancanza di “un pieno accertamento di responsabilità”, fatto che rappresenta, secondo la tradizione giuridica italiana, un ostacolo oggettivo all'applicazione di una pena che può arrivare anche a cinque anni di reclusione.

Il legislatore, tuttavia, ha escluso da questa possibilità fasce di reati e di soggetti quasi che fosse “*un regalo insopportabile*”³ se riconosciuto rispetto a fattispecie oggettive e soggettive particolari.

Il punto centrale della riflessione è sull'estrema difficoltà del sistema giuridico di riconoscere, sul piano soprattutto costituzionale, l'idea di una condanna senza giudizio, diffidenza che aumenta in proporzione all'aumentare della sanzione irrogabile attraverso questo percorso.

Tali meccanismi procedurali finalizzati a tradurre quest'idea di fondo, per quanto utili all'efficienza, mettono in crisi l'elemento nucleare ed irrinunciabile della giurisdizione nostrana: la decisione deve essere assunta da un giudice terzo ed imparziale, dopo un confronto dialettico tra le parti in posizione di parità.

² Al riguardo, A. DE CARO, in *Le “aporie” del patteggiamento*, G. Cecanese, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p.11.

³ In tema A. DE CARO, *Le linee politiche della legge n.134 del 2003. Principi fondamentali e nuovo “patteggiamento”*, in *Patteggiamento allargato e sistema penale*, a cura di A. De Caro, Giuffrè, Milano, 2004, p.16.

Tale caratteristica si scontra con il carattere saliente del patteggiamento, ove il naturale confronto dialettico sulla responsabilità, è sostituito da una mera “composizione sulla pena”⁴: si passa ad un accordo sulla pena tra le parti, solo osservato dal giudice terzo e imparziale.

Invero, l’efficienza del sistema dovrebbe essere raggiunta anche senza sacrificare i presidi essenziali della giurisdizione, ed è questa la strada auspicabile per ottenere nel processo penale una dimensione di civiltà.

L’analisi si muove all’interno delle incertezze del patteggiamento e i ruoli dei protagonisti che tale istituto coinvolge, per cercare di ricomporre le logiche di un rito nato per deflazionare il sistema e diventato uno specchio ove può osservarsi, riflessa, la crisi del processo penale italiano.

⁴ A. DE CARO, in *Le “aporie” del patteggiamento*, di G. Cecanese, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p.12.

CAPITOLO PRIMO

Matrici e raffronti del negoziato sulla pena

1.1 Le insospettabili radici: il truglio borbonico

Per rintracciare la storia politica dell'istituto in esame e le sue premesse è necessario guardare al passato e volgere l'attenzione all'epoca del Regno delle due Sicilie, durante la dominazione borbonica, in piena epoca illuminista.

Infatti, è proprio nella nostra storia che si annidano le radici della giustizia negoziata, vero incipit dell'attuale patteggiamento: nel truglio borbonico⁵.

Anche a quell'epoca era sentita la necessità di rinnovare il “sistema giustizia” ed era connessa al progressivo affermarsi di quella regola di “economia di mercato” a cui si è ispirato, successivamente, anche il sistema giuridico americano introducendo meccanismi deflattivi del dibattimento sotto lo slogan di “efficienza della e nella giustizia”⁶.

Dunque, seppure il c.d. “patteggiamento” possa dirsi simile al *plea bargaining* statunitense, non è necessario guardare troppo oltre i confini della nostra esperienza giudiziaria per comprendere la ragion d'essere e la logica dell'istituto,

⁵ Al riguardo, ampiamente, D. PALAZZO, *Il truglio*, in *Giust. e Cost.*, Milano, n.2, 1981, p.32.

⁶ In questi termini, D. PALAZZO, *Il truglio*, in *Giust. e Cost.*, Milano, n.2, 1981, p.34.

in quanto in realtà la nostra società aveva già sperimentato i meccanismi deflattivi che molti autori ritengono prodotti esclusivi nel made in U.S.A.⁷. Basti pensare che alcuni degli aspetti più ambigui e discussi del truglio borbonico coincidono, perfettamente, con gli aspetti più incerti e dibattuti dell'attuale patteggiamento.

Invero, di questo veniva dato un giudizio non lusinghiero proprio per la sua capacità di determinare una condanna senza giudizio; ne conseguiva che uno dei principali motivi di ricorso alla Corte di cassazione da parte dei difensori di alcuni "trugliati" riguardava la natura transattiva di accordo e non di decisione di condanna della pronuncia emessa a seguito di un procedimento eccezionale sprovvisto di parentesi cognitive⁸.

La stessa definizione etimologica che viene data dell'istituto ne mette in luce una vocazione assai prossima alle moderne forme di giustizia negoziata⁹: «procedimento straordinario al quale si ricorreva anticamente, nel Napoletano, quando le carceri traboccavano di detenuti in attesa di giudizio: consisteva nel venire ad accordi con gli imputati circa la pena da infliggere loro, senza processo e sulla base dei soli indizi, per i delitti di cui erano accusati»¹⁰.

Come si nota, la ratio sottesa al procedimento straordinario utilizzato nello Stato borbonico, si fondava sulla necessità di porre rimedio al sovraffollamento delle carceri e alla giustizia sempre più ingolfata dall'elevato numero di procedimenti penali in corso¹¹, e consisteva in accordi con gli imputati circa la pena da

⁷ In tema cfr., J. BROWN, *Meriti e limiti del patteggiamento*, in *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di E. Amodio Cherif, M. C. Bassiouni, Giuffrè, Milano, 1988, p.22.

⁸ Cfr. G. CECANESE, *Le "aporie" del patteggiamento*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p.22.

⁹ Al riguardo A. DE CARO, *Le linee politiche della legge n.134 del 2003. Principi fondamentali e nuovo "patteggiamento"*, in *Patteggiamento allargato e sistema penale*, a cura di A. De Caro, Giuffrè, Milano, 2004, p.30.

¹⁰ Così la voce *Truglio*, in *Vocabolario della lingua ital.*, Treccani, Roma, v.IV,1994, p.999.

¹¹ Secondo F. M. PAGANO, *Principi del Codice penale, e logica de' probabili*, da Torchi di Raffaello di Napoli, Napoli, 1823, p. 99. L'autore afferma come esistono forme di "pena mercanteggiata" già in diritto romano in merito solo a delitti di sangue e adulterio, mentre negli altri casi la transazione si reputava come confessione dato che tacitamente confessa il delitto chi palesa il timore del giudizio. Secondo l'autore il truglio andava adoperato nei casi in cui la prova fosse di difficile acquisizione, determinando, con la sua applicazione non solo il venir meno dell'accusa, ma anche l'estinzione del reato.

infliggere loro senza alcun processo, ma sulla base di soli indizi¹².

In verità, il “truglio” fu introdotto nel XV secolo alla Gran Corte della Vicaria ma subito venne traslato e regolamentato nel Regno delle Due Sicilie con il duplice obiettivo di ridurre drasticamente il numero dei detenuti per i “misfatti comuni” che popolavano le carceri del Regno, in modo da riuscire ad ottenere una rapida definizione dei processi che non potevano essere efficacemente trattati per carenza di tempo, personale e strutture con il rito ordinario, di già appesantito da numerose incertezze procedurali¹³.

Esso si traduceva in una negoziazione tra le parti sotto l’egida dell’organo giudicante nella quale è facile scorgere i semi dell’istituto *recepto*, successivamente, dal codice del 1888 e codificato negli artt. 444 e 448 c.p.p..

La “transazione borbonica” presentava una forte connotazione consuetudinaria e restava, per quanto riguarda la sua menzione in documenti formali, relegata solo all’emanazione di alcuni “sparuti rescritti, prammatiche e decreti espressione, in tali casi, di veri e propri atti di clemenza sovrana”¹⁴.

Invero, esso poteva essere applicato ai reati di minor allarme sociale¹⁵ e la tendenza che prevaleva era quella di affidarlo, principalmente, alla prassi. In questo modo, il ricorso a tale strumento era sempre più frequente e, di conseguenza, non si sentiva l’esigenza di disciplinarlo rigorosamente: anzi, l’affidarsi al costume consuetudinario sottolineava come il Regno considerasse il truglio alla stregua di una forma di degenerazione di fatto dell’impianto giuridico di cui vergognarsi e doversi liberare senza lasciare traccia¹⁶. Per questo motivo

¹² In tema si veda I.PALMIERI, voce *Truglio*, in *DTG*, Milano, 1993, p.515.

¹³ Cfr., S.LORUSSO, *Il processo penale italiano tra prassi e consuetudine*, in *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale italiano tra 800 e 900*, a cura di M.N. Milletti, Milano, 2006, p.531 e ss.

¹⁴ N. PERRONE, *Il Truglio. Infami, delatori e pentiti nel Regno di Napoli*, cit.,p.26, Palermo,2000.

¹⁵ Infatti, secondo la norma contenuta nell’art. 2 del Decreto Reale n.209 della Collezione delle leggi e dei decreti reali del Regno delle due Sicilie del 1822 n.32, erano esclusi dal truglio “*i misfatti a pena di morte o di ergastolo, e quei che sono di competenza delle corti marziali*”. In argomento, N. NICOLINI, *Della procedura penale nel Regno delle due Sicilie*, dalla stamperia di Criscuolo M., Napoli, 1828, vol. I., p. 253.

¹⁶ Secondo, N.PERRONE, *Il Truglio. Infami, delatori e pentiti nel Regno di Napoli*, Sellerio editore Palermo, Palermo, 2000, p.68.

l'istituto, pur potendosi attivare in ogni stato del processo veniva, di fatto, applicato prima e fuori del dibattimento - cioè senza alcun processo - a seguito di una intesa tra il magistrato e l'accusato: quest'ultimo, talvolta anche in cambio di una delazione, otteneva una sostanziale riduzione di pena ovvero la sua commutazione in servizio militare, in particolar modo sulle navi della Real Marina, ovvero, infine l'impunità o il salvataggio della vita nei casi di delitti puniti con la pena capitale¹⁷.

È dunque necessario evidenziare alcune analogie con l'attuale patteggiamento: la previsione di escludere gli illeciti penali più gravi dalla sua previsione e i correlativi divieti, oggettivi e soggettivi, previsti dall'attuale art.444 comma 1-*bis* c.p.p. cui fa seguito la diversa peculiarità con l'istituto d'oltre oceano che ammette l'utilizzo del *pela bargaining* anche per i reati puniti con la pena capitale¹⁸. Altra caratteristica tipica dell'istituto borbonico che lo assimila all'attuale patteggiamento, era rappresentata dall'obbligatorio consenso scritto del condannato e del suo avvocato attestato ai cancellieri¹⁹ cui faceva seguito l'applicazione della pena, diminuita da uno a tre gradi, con sentenza inoppugnabile²⁰. Un ulteriore aspetto che accomuna i due istituti è rappresentato dal contenuto della decisione: qui i punti di convergenza sono costituiti dalle norme contenute degli artt.444 co. 2 ultimo periodo e 546 c.p.p. visto che il

¹⁷ Cfr., N.PERRONE, *Il Truglio. Infami, delatori e pentiti nel Regno di Napoli*, Sellerio editore Palermo, 2000, p.81, secondo cui l'estensione del truglio ai reati con previsione di pena capitale avveniva con una "*obbliganza penes acta*" istituto di matrice civilistica con il quale giudice ed accusato potevano accordarsi di chiudere un processo criminale con una fittizia decisione di "*forgiudica*", preceduta dal giuramento del reo che si impegnavano all'esilio immediato, pena di morte.

¹⁸ Un'altra similitudine è costituita dal fatto di poter utilizzare il truglio per ottenere una testimonianza nei confronti degli altri complici in occasione, soprattutto, di reati politici. Negli U.S.A. la pratica è nota come "crown fitness". Cfr., F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, in *Procedure penali d'Europa*, cura di M. Delmas Marty e J.R. Spencer, Cambridge, 2005, p. 502 e ss.

¹⁹ Secondo l'art. 4 del Decreto Reale n.209 della Collezione delle leggi e dei decreti reali del Regno delle due Sicilie del 1822 n.32, per eseguirsi la concordia è essenziale il consentimento del ministero pubblico, quello dell'imputato assistito dall'avvocato officioso e l'accessione della Gran Corte Criminale.

²⁰ Cfr. art. 10 del Decreto Reale n. 209 della Collezione delle leggi e dei decreti reali del Regno delle due Sicilie del 1822 n.32, ove si rileva che avverso le decisioni di concordia pronunciate della Gran Corte criminale non è aperto l'adito al ricorso per annullamento: esse verranno immediatamente seguite.

truglio doveva contenere la definizione del misfatto, la menzione della concordia, le indicazioni della pena che il colpevole avrebbe meritato se fosse stato giudicato con il rito ordinario, la condanna alla pena che gli si irrogava in forza del procedimento eccezionale nonché quella relativa al ristoro delle spese di giustizia e danni²¹.

In quest'ultimo caso, ciò che stupisce è la previsione del pagamento delle spese processuali in favore della parte civile, sancita per l'attuale istituto, da un intervento della Corte Costituzionale²².

A questi dati, occorre aggiungere che il truglio, così come il suo discendente attuale, si basava su indizi e non su prove. Erano invero, i soli elementi raccolti dall'accusa a costituire la piattaforma dell'imputazione e l'iter processuale si arrestava, al momento dell'accordo, con una decisione che, oggi, diremo, presa "allo stato degli atti": immediata si percepisce l'analogia soprattutto quando l'attuale patteggiamento viene attivato nel corso delle indagini preliminari (art. 447 c.p.p.).

Infine, va menzionato anche il carattere riabilitativo del truglio, poiché capace di permettere al condannato di "scampare all'onta della prigione" e scontare la colpa dell'illecito commesso in maniera differente attraverso la sostituzione della pena carceraria in servizio militare sulle navi²³: accade, in questo modo, che il reo che avesse compiuto il proprio dovere di soldato ligio e fedele poteva riscattare la colpa del misfatto compiuto e tornare ad occuparsi della propria vita familiare e sociale²⁴.

È evidente che gli aspetti del discendente moderno vanno individuati nell'art. 444

²¹ In tema N. PERRONE, *Il Truglio. Infami, delatori e pentiti nel Regno di Napoli*, Sellerio editore Palermo, Palermo, 2000, p.152.

²² Ci si riferisce alla sentenza Corte costituzionale 12 ottobre 1990, n.443, con la quale è stato dichiarato illegittimo l'art. 444 comma 2 c.p.p. nella parte in cui non prevede che il giudice possa condannare l'imputato al pagamento delle spese processuali in favore della parte civile.

²³ A tal proposito, S. LORUSSO, *Il processo penale italiano tra prassi e consuetudine*, in *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale italiano tra 800 e 900*, a cura di M.N. Milletti, Milano, 2006, p.531.

²⁴ Ove, invece, si fosse reso immeritevole demeritato sarebbe stato avviato a scontare la pena in carcere nella misura dell'intera condanna.

comma 2 c.p.p. così come modificato da un noto intervento della Corte costituzionale, avvenuto con la sentenza n.313 del 1990 con la quale si è riconosciuto al giudice il potere di statuire sulla congruità della pena in relazione alla sua funzione rieducativa: tema quest'ultimo, ancor oggi al centro di un caldo dibattito, dottrinario e giurisprudenziale, con opinioni non sempre convergenti. Ovviamente, pur avendo la consapevolezza di trovarsi di fronte a contesti storici, giuridici e sociali differenti, la ragione di questa similitudine è lampante: i problemi che oggi interessano il patteggiamento sono gli stessi che attanagliavano il truglio: speditezza dei processi, malfunzionamento della macchina giudiziaria, pubblicità dei giudizi, limiti alla legislazione premiale, potere di controllo del giudice, tutela della parte civile, finalità rieducativa-risocializzante della pena e pronunce non fondate su prove e, che lo si chiami truglio o applicazione della pena su richiesta delle parti, la questione più controversa riguarda la natura della decisione che consegue ad un accertamento della responsabilità dell'imputato con conseguente condanna ovvero ad una ratifica dell'accordo sprovvisto di un accertamento effettivo²⁵.

Questo antecedente storico è assai emblematico ed evocativo. Come significativa è la riflessione che ne viene tratta: «desta sconforto cercare di realizzare l'efficienza processuale ripristinando il "truglio" di diritto borbonico, la cui etimologia è da (in) truglio nel senso di imbroglio, inganno»²⁶.

Tuttavia, per comprendere in modo più completo gli elementi essenziali del patteggiamento può essere utile volgere uno sguardo ad altre realtà legislative ed alle opportune differenze con l'istituto italiano.

²⁵ Cfr., L. Busetto, *Natura giuridica del c.d. patteggiamento e revoca della sospensione condizionale della pena: le Sezioni unite ribadiscono una conclusione discutibile*, in *Gazz. Giur.*, 1997, n. 8, p.21.

²⁶ Sono le parole di G. Lozzi, *Patteggiamento allargato: nessun beneficio dall'applicazione di una giustizia negoziale*, in *Guida dir.*, 2003, sez. 9, p.30.

1.2 Oltre i confini europei: il fascino del *plea bargaining*

Come si è anticipato, il rito dell'applicazione della pena su richiesta è stato introdotto per la prima volta tra gli istituti del nostro diritto processuale dai codificatori del 1988.

L'istituto era già noto nei sistemi di *common law*, ma i codificatori del 1930 si ritennero soddisfatti dell'introduzione innovativa del solo decreto penale di condanna.

Essi, infatti, guardavano con sospetto l'istituto anglosassone, in cui si mercanteggiava su responsabilità e pena, tra giudice e imputato, desiderosi il primo di diminuire il carico processuale e il secondo la sanzione che gli sarebbe stata inflitta.

Veniva messo in rilievo che nei casi di patteggiamento sarebbe stata minorata la tutela della persona lesa.

<<È facile intravedere a priori il pericolo che l'istituto degeneri in una forma illecita di convenzione fra il giudice e l'accusato, in cui il primo guadagna tempo e il secondo mitigazione di condanna. È altrettanto facile riconoscere l'ingiustizia del trattamento che ne deriverebbe per la parte lesa, la quale così si troverebbe tagliata fuori dal giudizio penale, dove con economia e brevità può ottenere la reintegrazione delle proprie ragioni civili, e sarebbe obbligata alle lunghe e dispendiose formalità del giudizio civile, con l'onere delle prove non assunte in sede penale.>>²⁷

Dottrina e giurisprudenza concordano sul fatto che l'istituto cui il legislatore si è ispirato è quello del *plea bargaining*, ma non nella sua integrità²⁸: questo si sostanzia in un accordo tra il *prosecutor*, l'accusa, e il *defendant*, l'accusato, sul presupposto della dichiarazione di colpevolezza, al fine di ridurre il carico delle imputazioni o di ridurne la gravità.

²⁷ Si legge nella Relazione al progetto del codice di procedura penale del 1911, citata da P. FILIPPI, *Il patteggiamento*, Cedam, Padova, 2000, p. 2.

²⁸ Cfr., L. GRILLI, *I procedimenti speciali. I riti alternativi nel giudizio penale*, Cedam, Padova, 2011, p. 30.