

PATTEGGIAMENTO E CANONE DECISORIO DELL'“OLTRE OGNI RAGIONEVOLE DUBBIO”: I TERMINI DI UN BINOMIO “IMPOSSIBILE”

di Francesco Callari

SOMMARIO: 1. Accordo *quoad poenam* e giurisdizione. – 2. La fisionomia della regola di giudizio nel patteggiamento. – 3. La “speciale” dinamica procedimentale dell'applicazione della pena su richiesta delle parti ed il criterio generale dell'“oltre ogni ragionevole dubbio”.

1. Accordo *quoad poenam* e giurisdizione.

Nell'ambito di una trasfigurazione di matrice negoziale del processo come *actus trium personarum*, il patteggiamento si delinea alla stregua di una figura triangolare che coinvolge, al suo apice, l'organo giudicante cui è rimessa la valutazione della richiesta delle parti. Nella prospettiva di questa costruzione triadica, il giudice non si limita ad esercitare una funzione di carattere “notarile”, *id est* di puro recepimento delle volontà negoziali, bensì valuta la legittimità e la fondatezza del *pactum* sulla base di tutti gli atti contenuti nel fascicolo delle indagini e, quindi, anche sulla base dell'eventuale documentazione delle investigazioni difensive.

Sia in ordine alla dimensione di un vaglio di pura legittimità sia anche sotto il profilo pregnante del merito, è possibile constatare, senza difficoltà, che, nell'applicazione della pena su richiesta delle parti, il giudice esercita un'autentica funzione giurisdizionale, e per di più si tratta «di una funzione determinante, dato che senza di essa le parti non avrebbero alcuna possibilità di definire il giudizio, mentre è proprio questo il momento qualificante della funzione giurisdizionale»¹.

Nell'ambito del controllo, dal punto di vista sia soggettivo sia oggettivo (in relazione, cioè, ai requisiti legali di legittimazione, tempo, forma e contenuto), sull'ammissibilità della domanda di definizione negoziale del procedimento penale, le fondamentali attribuzioni giudiziali che connotano la dimensione prettamente giurisdizionale del patteggiamento – consentendo, quindi, di ritenere ormai definitivamente superata la vetusta opinione secondo cui la sentenza di applicazione

¹ Corte cost., sent. 2 luglio 1990, n. 313, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2385. Come sostiene efficacemente, F. Cordero, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, 2012, p. 1037, «gli accordi sulla pena non sono dei “plea bargaining” davanti a cui il giudice funga da notaio; né configurano negozi da omologare; siamo davanti a dei *petita*, accoglibili o no. Accertamento giurisdizionale, dunque».

della pena su richiesta delle parti costituirebbe una sorta di semplice “omologazione” dell’accordo raggiunto nelle dinamiche del rito alternativo – riguardano, essenzialmente, il vaglio critico circa la qualificazione giuridica del fatto, l’applicazione e comparazione delle circostanze prospettate, la congruità della pena e, soprattutto, l’eventuale sussistenza delle cause di non punibilità *ex art. 129 c.p.p.* In sostanza, acquisita la richiesta ed il consenso (o la richiesta congiunta di entrambe le parti), prima di pronunciare la sentenza di patteggiamento, il giudice, oltre ad accertare l’esistenza della propria competenza, è chiamato ad eseguire un’articolata verifica giurisdizionale dell’osservanza dei limiti di legittimità e della fondatezza della proposta di pena concordata.

Non v’è dubbio come dalla lettura dell’art. 446 comma 5 c.p.p. possa desumersi che, tra le preliminari attività di controllo del giudice che procede alla delibazione della richiesta di patteggiamento, sia ricompresa anche la valutazione dell’effettiva volontarietà della richiesta o del consenso al patteggiamento. Si deve, però, parimenti riconoscere la non obbligatorietà di tale operazione, posto che la suddetta disposizione prevede espressamente che «il giudice, se ritiene opportuno verificare la volontarietà della richiesta o del consenso, dispone la comparizione dell’imputato»².

È chiaro che questa disposizione può trovare applicazione proprio laddove l’imputato abbia presentato la richiesta o abbia manifestato il suo consenso per iscritto o per mezzo di un procuratore speciale. Comunque sia, il tenore letterale della disposizione in esame pare non lasciare dubbi in ordine all’insussistenza di alcun obbligo in capo al giudice di verificare la volontarietà della richiesta, ovvero, del consenso, dal momento che allo stesso è rimessa una mera facoltà in ordine a tale verifica, senza considerare, poi, che i motivi che hanno indotto l’indiziato o l’imputato ad accettare il patto fuoriescono dalle valutazioni affidategli e devono, dunque, essere ritenuti irrilevanti ai fini della validità del patto³.

La sentenza di applicazione della pena postula, in generale, la prevalenza del potere dispositivo delle parti sul potere discrezionale del giudice, ma restano “intangibili” o, meglio, indisponibili i limiti derivanti dal principio di legalità. Proprio in forza di tale principio, ed a prescindere dall’acquiescenza dimostrata dalle parti con il patteggiamento, il giudice ha l’obbligo di controllare *ex officio* l’esattezza della qualificazione giuridica⁴, con riferimento sia all’imputazione relativa al fatto formalmente contestato, sia alla fattispecie concreta risultante dal processo, venendo in

² In tal senso v., in particolare, R. FONTI, *Vizi della volontà e giustizia penale negoziata*, in F. GIUNCHEDI (coordinato da), *La giustizia penale differenziata. I procedimenti speciali*, t. I, Giappichelli, 2011, p. 295; A. MACCHIA, *Il patteggiamento*, Giuffrè, 1992, p. 76.

³ Cass., sez. III, 18 marzo 1997, Osenneke, in *Giur. it.*, 1998, c. 1917.

⁴ La qualificazione giuridica del fatto è materia sottratta alla disponibilità delle parti di modo che l’errore su di essa costituisce un errore di diritto rilevante ai sensi dell’art. 606, comma 1, lett. b, c.p.p. (Cass., sez. V, 21 settembre 2011, D., *Dir. e giust.* 2011). In giurisprudenza, si è, però, chiarito che, in tema di patteggiamento, la possibilità di ricorrere per cassazione deducendo l’erronea qualificazione giuridica del fatto contenuta in sentenza deve essere limitata ai casi di errore manifesto, mentre deve essere esclusa tutte le volte in cui la diversa qualificazione presenti margini di opinabilità (Cass., sez. V, 16 dicembre 2011, V., in *Foro it.*, 2012, II, c. 269).

considerazione l'interesse superiore e di ordine generale all'esatta osservanza del diritto oggettivo.

Invero, il procedimento speciale comporta un patteggiamento sulla pena e non sul fatto-reato, con la conseguenza che la verifica giuridica non deve essere apparente e formale, limitata alla contestazione, ma specifica e sostanziale, estesa alla fattispecie concreta, controllata e individuata attraverso gli atti. In altri termini, nell'esercitare il controllo sulla qualificazione giuridica dei fatti – verifica che deve essere ancora più pregnante laddove le parti abbiano concordato per l'applicazione di una pena per un reato "derubricato", cioè meno grave di quello prima contestato⁵ – il giudice non valuta soltanto la correttezza di un'operazione logico-giuridica, ma trae il suo convincimento proprio dalle risultanze degli atti, e non dal modo in cui le parti le hanno valutate, sicché, ben può constatare che la definizione giuridica cui le stesse s'attengono non è quella che effettivamente discende dalle risultanze⁶.

Dunque, l'organo giudicante deve dichiarare inammissibile la richiesta sia nell'ipotesi di inesatta qualificazione giuridica del fatto contestato, sia in quella di errore sul *nomen iuris*, originato dalla contestazione di un fatto diverso da quello risultante dagli atti. Del resto, il precetto di cui all'art. 521 c.p.p. assume carattere generale, a tutela del principio di legalità e del diritto di difesa, e trova applicazione anche nel rito alterativo, con l'unico limite derivante dal presupposto pattizio; di conseguenza, il giudice non può modificare l'imputazione superando i termini del patto, ma deve, nell'ipotesi di diversa qualificazione giuridica del fatto contestato, respingere la richiesta di patteggiamento e procedere con il rito ordinario, mentre, nel caso di immutazione del fatto, deve restituire gli atti al p.m.⁷.

In particolare, secondo l'elaborazione giurisprudenziale, la preliminare verifica della corretta qualificazione giuridica del fatto – propedeutica anche ad una eventuale pronuncia di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p. (ad esempio, nel caso in cui ad una diversa qualificazione del fatto consegua l'applicazione di un più breve termine prescrizione, già decorso) – consiste in una ricognizione allo stato degli atti, che può condurre ad una conclusione diversa da quella prospettata, solo quando le risultanze disponibili rendano "palese" l'obiettiva esistenza di elementi di fatto che devono essere sussunti in una fattispecie differente da quella contestata. In sostanza, si ritiene che in tema di patteggiamento, il potere-dovere del giudice di verificare la corretta

⁵ Così Cass., sez. V, 7 ottobre 1998, Breccolotti, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2344. In proposito, è bene precisare che la prima qualificazione giuridica contestata dal p.m. non è in alcun modo vincolante per le parti, che possono accordarsi anche su una qualificazione diversa, procedendo così alla c.d. derubricazione del fatto. Tuttavia, al riguardo, opera comunque il generale principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, il quale non consente alcuna "transazione" sull'accusa. Dunque, il p.m. dovrà pur sempre verificare che gli atti consentano di mutare la qualificazione giuridica originariamente operata e, qualora l'esito fosse negativo, non potrà che rifiutarsi di prestare il consenso. Del pari, il giudice, in presenza di un simile accordo, di fronte, cioè, alla diversità tra la qualificazione originariamente contestata e quella "concordata" in seguito, dovrà dirigersi a controllare, con particolare attenzione, che quest'ultima sia corretta. Sul punto v., segnatamente, M. DANIELE, *La qualificazione giuridica del fatto nel patteggiamento*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 822; L. GRILLI, *I procedimenti speciali. I riti alternativi nel giudizio penale*, Cedam, 2011, p. 169.

⁶ Cass., sez. II, 12 maggio 2000, Tassine, in *Giust. pen.*, 2002, III, c. 39.

⁷ Così Cass., sez. V, 26 gennaio 1999, Tavagnacco, in *C.e.d.*, n. 213185.

qualificazione del fatto contestato non può spingersi oltre gli elementi fattuali che emergono *ictu oculi* dagli atti processuali, con la conseguenza che, ove un diverso titolo del reato dipenda da un elemento non univocamente acquisito alle evidenze processuali, il giudice non può procedere, neppure in una prospettiva di *favor rei*, all'inquadramento del fatto in una fattispecie criminosa differente da quella sulla quale si è formato l'accordo delle parti⁸.

Nell'applicazione della pena su richiesta delle parti, il giudice esercita un'autentica funzione giurisdizionale anche sotto il profilo del controllo delle circostanze prospettate dalle parti. Il giudice deve verificare che sia corretto il calcolo della pena in relazione alla configurabilità delle circostanze ed al risultato del giudizio di una loro comparazione. In altri termini, l'organo giudicante deve verificare che siano configurabili le circostanze ipotizzate e applicate dal proponente, e così pure che sia stato correttamente compiuto il giudizio di bilanciamento tra circostanze attenuanti e circostanze aggravanti, nel senso che risulti accettabile la valutazione di prevalenza o di equivalenza tra di esse proposta dal richiedente. Discusso è, nondimeno, il fatto se il giudice penale debba limitarsi solo a verificare la configurabilità delle circostanze indicate nella richiesta⁹ o se, invece, possa anche andare al di là della "cornice" offerta dalle parti, ad esempio riconoscendo l'esistenza di un'ulteriore circostanza, attenuante o aggravante¹⁰, emergente dagli atti di causa e, quindi, rigettando la proposta di applicazione della pena che quella circostanza non contempli¹¹.

Secondo un radicato orientamento giurisprudenziale, nel caso di patteggiamento, il giudice può solo respingere o accogliere la richiesta di applicazione della pena nei termini in cui il *pactum* raggiunto dalle parti gli viene proposto, ma non gli è consentito modificare l'accordo giungendo ad un giudizio di comparazione fra le circostanze diverso da quello prospettato dalle parti, sostituendo la richiesta con una autonoma determinazione contrastante con quella delle parti, pur non cambiando il risultato finale della pena proposta¹².

Peraltro, il giudice, a fronte della proposta di definizione negoziale del procedimento, deve, altresì, verificare se possa essere riconosciuta la sospensione condizionale della pena eventualmente domandata con la richiesta di patteggiamento, considerando tra l'altro, oltre ai precedenti dell'imputato, anche l'opportunità che la sospensione condizionale della pena sia subordinata all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, a norma dell'art. 165 comma 1 c.p.

Da ultimo, il giudice deve esprimere un significativo controllo di merito della proposta, inteso a verificare che la pena di cui le parti hanno chiesto l'applicazione, non solo rientri nei limiti edittali, ma soprattutto risulti "congrua", valutando sia la misura

⁸ Cass., sez. II, 13 luglio 2011, T., *Dir. e giust.*, 2011.

⁹ In tal senso v. Cass., sez. I, 29 settembre 1995, D'Alessandro, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3415.

¹⁰ Sul punto, segnatamente, Cass., sez. II, 27 maggio 1992, Merolla, in *Cass. pen.*, 1994, p. 689.

¹¹ Così, in dottrina, G. LO VECCHIO, *Epiloghi decisori della richiesta di pena del nuovo patteggiamento: profili e spettro dei poteri del giudice*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1584.

¹² Cass., sez. III, 16 marzo 2000, Farci, in *C.e.d.*, n. 217597; Cass., sez. IV, 19 giugno 2003, D., in *Cass. pen.*, 2004, p. 2947.

della sanzione sia la specie¹³. Tale dovere giudiziale è, oggi, previsto dall'art. 444 comma 2 c.p.p., come modificato dall'art. 32 della legge 16 dicembre 1999, n. 479, il quale ha codificato il *dictum* della sentenza della Corte costituzionale che aveva dichiarato l'illegittimità di quell'articolo nella parte in cui non prevedeva che il giudice potesse valutare la congruità della pena indicata dalle parti, in relazione alla funzione alla stessa riconosciuta dall'art. 27 comma 3 Cost.; quest'ultimo, invero, impone al giudice di valutare «l'osservanza del principio di proporzione fra *quantitas* della pena e gravità dell'offesa, e quindi il concreto valore rieducativo della pena in relazione alla sua pregnante finalità»¹⁴.

In particolare, l'apprezzamento di congruità o meno della pena proposta non può costituire espressione di giudizio arbitrario, svincolato da qualsivoglia parametro, non solo di legittimità, ma anche di ragionevolezza. Esso deve, piuttosto, costituire l'esito di una valutazione complessa, che, utilizzando i criteri normativamente previsti nel comma secondo del citato art. 444 c.p.p. e tenendo conto delle precipue finalità della pena, indicate dall'art. 27 Cost., pervenga ad un giudizio conclusivo di sostanziale adeguatezza del trattamento sanzionatorio concordato rispetto all'oggettiva entità del fatto in contestazione ed alla personalità dell'imputato, sulla scorta dei parametri dell'art. 133 c.p.¹⁵. Inoltre, il giudice, in ordine alla valutazione del programma complessivo predisposto da ciascuna delle parti ai fini dell'applicazione della pena su richiesta, dovrà esaminare anche la pericolosità sociale dell'imputato¹⁶.

Ad ogni modo, se il controllo giudiziale sulla qualificazione giuridica del fatto, sull'applicazione e comparazione delle circostanze e sulla congruità della pena costituisce l'ordine di colonne portanti nell'architettura giurisdizionale del patteggiamento, le fondamenta di tale costruzione processuale sono costituite dal vaglio riguardo alla sussistenza delle cause di non punibilità *ex art.* 129 c.p.p.

Invero, una volta effettuato il controllo preliminare sull'ammissibilità della richiesta sotto il profilo formale-rituale, l'attività immediatamente successiva mira a verificare se si debbano escludere le cause di proscioglimento, secondo gli indici espressi dall'art. 129 c.p.p.

Tale controllo viene, pertanto, a collocarsi, nell'*iter* logico-giuridico, prima del vaglio sul contenuto sostanziale dell'accordo e costituisce la chiave di volta dell'arco giurisdizionale sotteso all'applicazione della pena su richiesta delle parti. Il richiamo fatto dall'art. 444 c.p.p. all'art. 129 dello stesso codice comporta che, malgrado il patteggiamento sulla pena intervenuto tra le parti, il giudice deve emanare pronuncia di proscioglimento quando riconosce che il fatto non sussiste, l'imputato non l'ha commesso, il fatto non costituisce reato o non è previsto come reato, il reato è estinto

¹³ Così, in particolare, A. Chiliberti- F. Roberti, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in A. Chiliberti- F. Roberti- G. Tuccillo, *Manuale pratico dei procedimenti speciali*, II ed., Milano, 1994, p. 305; in giurisprudenza, Cass., sez. V, 21 ottobre 1999, Paulon, in *C.e.d.*, n. 216373.

¹⁴ Corte cost., sent. 2 luglio 1990, n. 313, cit.

¹⁵ Cass., sez. V, 7 maggio 1999, Cau, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2352.

¹⁶ Così Corte cost., ord. 20 giugno 1995, n. 271, in *Giur. cost.*, 1995, p. 1941. Sul punto v., in particolare, P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, XII ed., Giuffrè, 2011, p. 737, nt. 53.

o manca una condizione di procedibilità. Ancora una volta, «la essenzialità della partecipazione del giudice alla decisione non è soltanto formale»¹⁷.

2. La fisionomia della regola di giudizio nel patteggiamento.

L'individuazione dell'ampiezza dei confini entro i quali si esplica il potere di valutazione del giudice inerente la preliminare valutazione della applicabilità della disposizione di cui all'art. 129 c.p.p. non trova unanimi consensi all'interno della giurisprudenza di legittimità e della dottrina.

Secondo un consolidato orientamento, in considerazione del fatto che l'art. 444 comma 2 c.p.p. richiama espressamente l'art. 129 c.p.p., non trova applicazione nell'ambito del rito alternativo in esame il principio – recepito nella trama normativa dell'art. 530 comma 2 c.p.p. – *in dubio pro reo*, di modo che, in presenza di un complessivo quadro probatorio mancante, insufficiente o contraddittorio, il giudice non potrebbe prosciogliere l'imputato¹⁸.

In particolare, attraverso una celebre pronuncia¹⁹ – una decisione riferita all'applicabilità dell'art. 129 c.p.p. nel procedimento per decreto penale, ma estesa incidentalmente anche al patteggiamento – le Sezioni Unite hanno accolto «l'assunto che la mancanza, la contraddittorietà e la insufficienza della prova rilevino e possano rilevare soltanto alla fine del dibattimento, *topos* o luogo naturale, proprio, per la formazione dialettica della prova». Si è, infatti, osservato che l'art. 530 comma 2 c.p.p. è «uno dei possibili punti di approdo di un determinato *iter* processuale che vede le parti soffermarsi sulle proprie e altrui prove, *iter* soltanto al termine del quale ha senso constatare [...] la sussistenza delle condizioni per pronunciare sentenza di assoluzione [...] perché manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova». A detta dei giudici di legittimità, la formula della “mancanza, insufficienza e contraddittorietà della prova” di cui all'art. 530 comma 2 c.p.p. concerne categorie che «possono avere rilevanza soltanto quando le parti [...] abbiano potuto esercitare compiutamente, nella sede a ciò destinata, il loro diritto alla prova [...], di tal che non si vede come possa anticiparsi un esito processuale che, per sua natura, è proprio di una certa fase del processo». In particolare, per quanto riguarda il patteggiamento, le Sezioni Unite hanno espressamente concluso che, trattandosi di un procedimento di deflazione del dibattimento, non «si potrà opporre la mancanza, la insufficienza e la contraddittorietà della prova [...] per pervenire ad una conclusione processuale ontologicamente collegata ad una determinata fase del processo», che qui ovviamente manca²⁰.

¹⁷ Corte cost., sent. 2 luglio 1990, n. 313, cit.

¹⁸ Così Cass., sez. VI, 25 marzo 2009, Cedeno Zambrano, in *C.e.d.*, n. 243071; Cass., sez. II, 9 gennaio 2009, Cusimano, *ivi*, n. 243279; Cass., sez. II, 28 ottobre 2003, P.G. in proc. Rallo, in *Cass. pen.*, 2005, p. 902; Cass., sez. VI, 28 novembre 1997, P.M. in proc. Bassi, *ivi*, 1999, p. 3201.

¹⁹ Cass., Sez. Un., 9 giugno 1995, Cardoni, in *Cass. pen.*, 1996, p. 473, con nota di M. VESSICHELLI, *Prova insufficiente o incompleta e proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p.*

²⁰ Coerente appare, perciò, l'orientamento giurisprudenziale che ritiene applicabile l'art. 530 comma 2 c.p.p. quando a pronunciarsi sulla richiesta di pena concordata sia il giudice a chiusura del dibattimento di primo grado o nel giudizio di impugnazione, ritenendo ingiustificato il dissenso del p.m. o il rigetto della

Anche in dottrina si ritiene, generalmente, che l'assoluzione dell'imputato per essere il materiale probatorio insufficiente o discordante sia riservata a quei segmenti processuali dove è istituzionalmente previsto uno spazio per il contraddittorio, non invece nel patteggiamento rispetto al quale le parti consensualmente rinunciano alla dinamica dialettica del diritto alla prova²¹.

In senso critico, in dottrina si è, invece, sostenuto che «di accertamento incompleto si può parlare con riferimento alla decisione conseguente al patteggiamento, solo per indicare che il giudice deve valutare [...] la situazione probatoria esistente nel momento in cui si è concretato il patteggiamento sulla pena», ma non anche nel senso che l'eventuale insufficienza o contraddittorietà della prova possa esimere il giudice dal prosciogliere l'imputato ai sensi dell'art. 129 c.p.p.²².

Si è anche obiettato che la presunzione di non colpevolezza sancita dall'art. 27 comma 2 Cost., come regola di giudizio che impone il canone *in dubio pro reo*, abbia valenza assoluta e caratterizzi l'intero sistema processuale, condizionando le modalità di accertamento del fatto controverso ed improntando il momento formativo della decisione giurisdizionale; sicché si ritiene che, anche nel patteggiamento, le circostanze di insufficienza e contraddittorietà probatoria debbano risolversi in altrettante situazioni favorevoli all'imputato²³. A tal riguardo è, però, possibile eccepire che la regola di giudizio sottesa alla presunzione *de qua* – indiscusso cardine dell'ordinamento processuale e della giurisdizione penale – non può non commisurarsi alle indubbie peculiarità di un rito in cui le parti, non soltanto rinunciano al metodo epistemologico del contraddittorio, ma fossilizzano artificialmente la piattaforma

richiesta da parte del giudice precedente. Sebbene non sia mancata una posizione tesa a sostenere recisamente il contrario (Cass., Sez. Un., 25 marzo 1998, Giangrasso, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2897), è stato, invero, osservato, a comprova della diversa natura della sentenza di cui all'art. 448 c.p.p., che la stessa presuppone la "*plena cognitio*" del giudice, per cui può essere pronunciata soltanto ove si ritenga provata ex art. 533 c.p.p. la responsabilità dell'imputato, e non anche quando si deve assolverlo ex art. 530 c.p.p. perché manca o è insufficiente o contraddittoria la prova della sua colpevolezza (Cass., Sez. Un., 24 giugno 2005, Fragomeli, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2006, p. 547; Cass., sez. III, 17 aprile 2002, Cacace, in *C.e.d.*, n. 222141).

²¹ G. DI CHIARA, *L'architettura dei presupposti*, in P. PITTARO- G. DI CHIARA- F. RIGO- F. PERONI- G. SPANGHER, *Il patteggiamento*, Giuffrè, 1999, p. 49; L. GRILLI, *I procedimenti speciali. I riti alternativi nel giudizio penale*, cit., p. 174; F. RIGO, *Il procedimento*, in P. PITTARO- G. DI CHIARA- F. RIGO- F. PERONI- G. SPANGHER, *Il patteggiamento*, cit., p. 70; D. VIGONI, *Sulla natura della sentenza ex art. 444 c.p.p.*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 284.

²² G. LOZZI, *Una sentenza sorprendente in tema di patteggiamento allargato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 673, e ID., *Il patteggiamento e l'accertamento di responsabilità: un equivoco che persiste*, *ivi*, 1998, p. 1401; in senso analogo v. M. MENNA, *Studi sul giudizio penale*, Giappichelli, 2009, p. 72.

²³ F. FALATO, *In tema di revisione della sentenza patteggiata*, in *Giust. pen.*, 2008, III, c. 166; F. PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, Cedam, 1999, p. 33 s. Peraltro, se «è facile constatare che il parametro costituzionale in esame non contiene, sul piano puramente semantico, indici idonei a fornire una soluzione univoca del problema», posto che «la portata del principio secondo il quale l'imputato non è considerato colpevole sino ad accertamento definitivo della responsabilità si presta [...] ad assumere dimensioni variabili quanto lo sono, in astratto, i possibili *standards* probatori ricollegabili alla condanna», sempreché si tratti di «modelli di accertamento [...] adeguati a soglie di cognizione non fittizia» (F. PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, Cedam, 1999, p. 15), allora, è ben possibile sostenere che «l'affermazione che anche la sentenza patteggiata non possa prescindere dal riconoscimento della colpevolezza dell'imputato è condizione necessaria, ma non sufficiente per postulare la operatività della *bard rule*» (G. PIERRO, *Accertamento del fatto e colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio*, Aracne, 2011, p. 50).

informativa oggetto della cognizione del giudice, al quale così resta del tutto precluso dissipare eventuali dubbi sulla capacità dimostrativa dei risultati probatori emergenti dallo stato degli atti mediante l'esercizio di poteri probatori d'ufficio.

Del resto, è stato rilevato, in dottrina, che il principio costituzionale della durata ragionevole del processo (art. 111 comma 2 Cost.), intesa quale prerogativa individuale che consenta all'imputato di gestire, in accordo con il p.m., i tempi del suo processo, nel bilanciarsi con l'esigenza primaria scaturente dalla presunzione di non colpevolezza, «permetterebbe a quest'ultima garanzia di atteggiarsi – beninteso, solo ai fini dell'applicazione concordata della pena – alla stregua di un valore disponibile da parte di colui che potrebbe legittimamente avvalersene», al punto che «tra la regola di giudizio *ex art. 530 comma 2 c.p.p.* ed il patteggiamento sembrerebbe delinearsi una sorta di incompatibilità ontologica, prima ancora che funzionale»²⁴.

Il significato del richiamo al paradigma di valutazione posto dall'art. 129 c.p.p. è stato ben illustrato dalle Sezioni Unite²⁵ quando hanno fatto notare come il riferimento a tale articolo quale parametro della cognizione giudiziale per l'eventuale proscioglimento immediato – anziché alle disposizioni di cui agli artt. 529, 530 e 531 c.p.p., codificate per il dibattimento – riveli la consapevolezza della maggiore adeguatezza al rito del patteggiamento di una norma che disegna il proprio ambito di efficacia in termini compatibili agli elementi cognitivi strutturalmente parziali e sommari dell'indagine preliminare, i quali sono ben altro rispetto ai dati probatori di cui si avvale il giudice all'esito del giudizio dibattimentale.

In forza, pertanto, di questa impostazione operativa, si ritiene, in generale, che risultati probatori carenti o contraddittori in ordine alla responsabilità penale non possano condurre all'esito del proscioglimento in luogo della ratifica dell'accordo sulla pena.

Il rinvio all'art. 129 c.p.p. comporta che, malgrado il *pactum* sulla pena sia intervenuto tra le parti, il giudice debba comunque emanare una pronuncia di proscioglimento solo qualora emergano – anche indipendentemente dall'evidenza²⁶ – elementi positivi (chiari ed univoci) che il fatto non sussiste, l'imputato non lo ha commesso, il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, il reato è estinto o manca una condizione di procedibilità.

Le Sezioni Unite hanno, però, sostenuto che il giudice, allorché richiesto dell'applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p. ritenga che dagli atti, pur non risultando la prova positiva dell'innocenza dell'interessato, emerga quella negativa della sua colpevolezza, «nel senso radicale dell'impossibilità di acquisirla», deve – per evidenti ragioni di economia processuale – emettere sentenza di proscioglimento, e non

²⁴ P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, II ed., Giappichelli, 2009, p. 303 e 316.

²⁵ Cass., Sez. Un., 26 febbraio 1997, Bahrouni, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2666, con nota di D. CARCANO, *La sentenza di patteggiamento non è titolo per la revoca di una precedente sospensione condizionale della pena: una soluzione da rimediare?*

²⁶ Cass., sez. IV, 26 novembre 1993, Scacco, in *Cass. pen.*, 1995, p. 124; Cass., sez. III, 7 luglio 1993, Picano, *ivi*, 1995, p. 653; *contra*, sulla necessità di una immediata costatazione della evidenza delle cause di non punibilità v. Cass., sez. III, 26 giugno 1996, Donazzolo, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3419; Cass., sez. I, 13 maggio 1994, Dellegrottaglie, in *C.e.d.*, n. 198419.

restituire gli atti al p.m.²⁷. Il giudice sarebbe, quindi, chiamato a svolgere un imponderabile ed «improbabile accertamento di tipo prognostico, verificando se la prosecuzione delle indagini avrebbe consentito di raccogliere le prove della colpevolezza dell'indagato»²⁸, e solo nell'ipotesi in cui tale accertamento abbia esito negativo potrà pronunciare il proscioglimento, in luogo di dare veste giurisdizionale alla proposta di applicazione della pena formulata dalle parti. Invero, secondo le Sezioni Unite²⁹, in caso di prova insufficiente o contraddittoria o mancante ma astrattamente acquisibile, il giudice non può pronunciare il proscioglimento, bensì deve rigettare l'accordo delle parti e restituire gli atti al p.m., in modo così da non privare l'imputato della futura possibilità di fruire delle più garantiste regole dibattimentali di giudizio previste dall'art. 530 comma 2 c.p.p.³⁰.

In realtà, per quanto la soluzione della restituzione degli atti al p.m. sia stata salutata da parte della dottrina come la più equilibrata nei casi *de quibus*³¹, si ritiene – stante il *numerus clausus* delle ipotesi in cui il giudice può rigettare l'accordo³² – che l'alternativa decisoria in ordine alla condizione ostativa di cui all'art. 129 c.p.p. sia nettamente polarizzata tra il proscioglimento e l'accoglimento del *pactum*, mentre *tertium non datur*³³.

Del resto, al riguardo si è messo in risalto che, una volta esteso il rimedio del rigetto della richiesta oltre i limiti strettamente testuali che lo ancorano, viceversa, alle sole ipotesi di presupposti non corretti o di pena incongrua, la giurisprudenza sembrerebbe «non avere più alcuna remora a sfruttare la breccia aperta»³⁴. Sembra, allora, condivisibile che nelle situazioni di incertezza probatoria cui fa riferimento l'art. 530 comma 2 c.p.p. – la cui applicazione non può essere estesa al di là della propria sede processuale – il giudice, in presenza dei necessari requisiti legali, debba ratificare l'accordo delle parti pronunciando la sentenza di cui all'art. 444 c.p.p.; in altri termini, «l'insufficienza o contraddittorietà di prove non sarebbero di ostacolo a una applicazione della pena su richiesta delle parti»³⁵.

²⁷ Cass., Sez. Un., 9 giugno 1995, Cardoni, cit.

²⁸ F. RIGO, *Il procedimento*, cit., p. 71; così pure A. SANNA, *Applicazione dell'art. 129 c.p.p. e regole di giudizio: gli spazi per la verifica sul fatto nel patteggiamento*, in *Indice pen.*, 2009, p. 160.

²⁹ Cass., Sez. Un., 9 giugno 1995, Cardoni, cit.; *contra*, Cass., Sez. Un., 28 maggio 1997, Lisuzzo, in *Foro it.*, 1997, II, c. 670.

³⁰ Così D. VIGONI, *Sulla natura della sentenza ex art. 444 c.p.p.*, cit., p. 283 s.

³¹ L. SCOMPARI, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Giappichelli, 2008, p. 201 s.

³² B. LAVARINI, *Proscioglimento immediato e regola di giudizio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 634.

³³ Così G. DI CHIARA, *L'architettura dei presupposti*, cit., p. 49; P. FERRUA, *La giustizia negoziata nella crisi della funzione cognitiva del processo penale*, in *Studi sul processo penale*, vol. III, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Giappichelli, 1997, p. 137; A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, X ed., Giuffrè, 2007, p. 599.

³⁴ A. SANNA, *Applicazione dell'art. 129 c.p.p. e regole di giudizio: gli spazi per la verifica sul fatto nel patteggiamento*, cit., p. 159.

³⁵ R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in G. CONSO- V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 671. D'altro canto, in dottrina, sempre in relazione della questione riguardante l'insufficienza o la contraddittorietà della prova, si oppone che – alla stessa stregua del caso della carenza assolutamente incolumabile in ordine alla prova della colpevolezza dell'imputato – nell'ipotesi in cui il terreno probatorio carente sia suscettibile di integrazione attraverso ulteriori indagini, il giudice non possa applicare la pena concordata in accoglimento della relativa richiesta, bensì debba procedere all'adozione della pronuncia di

3. La “speciale” dinamica procedimentale dell’applicazione della pena su richiesta delle parti ed il criterio generale dell’“oltre ogni ragionevole dubbio”.

Non pare revocabile in dubbio che il vaglio «diretto ad escludere che sussistano, acquisiti agli atti, elementi che negano la responsabilità o la punibilità, integra una importante partecipazione del giudice all’indagine di responsabilità»³⁶, così come l’insieme delle coordinate logiche e sistematiche nelle quali si iscrive la disciplina dell’applicazione della pena su richiesta delle parti sembra condurre a riconoscere nella sentenza di patteggiamento la presenza di un determinato accertamento fattuale, sia pure sommario ed incompleto³⁷.

Non è difficile osservare, nondimeno, come, sovente, chi riconosce nella sentenza di patteggiamento l’esistenza di un significativo profilo di accertamento giudiziale finisca, poi, per sostenere che il criterio dell’“oltre ogni ragionevole dubbio”, formulato in via generale dall’art. 533 comma 1 c.p.p. per la pronuncia di una sentenza di condanna, possa trovare applicazione anche nel rito alternativo in esame. Si ritiene che, una volta esclusa ogni deroga di tipo negoziale al canone *nulla poena sine iudicio*, finisce correlativamente per cadere il principale impedimento ad un’indistinta assimilazione delle pronunce applicative di pena concordata al *genus* delle condanne anche sotto il profilo pregnante della regola di giudizio da applicare³⁸. Dunque, pure nel rito negoziale *de quo* il giudice sarebbe chiamato a dire se le prove su cui si articola la richiesta di applicazione della pena lo convincono o meno in ordine alla colpevolezza dell’imputato al di là di ogni ragionevole dubbio.

In particolare, si ritiene che il canone valutativo dell’accertamento di responsabilità oltre ogni ragionevole dubbio – esplicitamente richiesto dalla legge processuale solo ai fini dell’emanazione della sentenza di condanna dibattimentale – possa essere soddisfatto anche nell’ambito delle speciali condizioni epistemologiche che sono tipiche del patteggiamento: secondo tale prospettiva, «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»³⁹.

proscioglimento immediato, argomentando che «la disponibilità, da parte dell’imputato, del diritto alla regola decisoria scaturente dalla presunzione di innocenza [...] non può spingersi fino a sconfessare la rilevanza ai fini decisori della prova negativa della colpevolezza» (A.M. CAPITTA, *La declaratoria immediata delle cause di non punibilità*, Giuffrè, 2010, p. 134).

³⁶ Corte cost., sent. 2 luglio 1990, n. 313, cit.

³⁷ In tal senso, pur con toni e argomenti differenti, v. E. MARZADURI, *Brevi considerazioni sui poteri del giudice nell’applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 731; F. PERONI, *La fisionomia della sentenza*, in P. PITTARO, G. DI CHIARA- F. RIGO- F. PERONI- G. SPANGHER, *Il patteggiamento*, cit., p. 151; S. QUATTROCOLO- A.I. LUACES GUTIÉRREZ, *Conformidad e patteggiamento: spunti per un’analisi comparata tra Spagna e Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 369 s.; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 742.

³⁸ Così F. CAPIROLI, *L’accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 78 s.

³⁹ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Jovene, 2009, p. 554.

In realtà, il problema non è tanto che la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti pretenda verifiche della colpevolezza meno penetranti di quella imposta dalla *BARD rule*, quanto piuttosto che risulta assai difficile che il materiale raccolto nella fase preliminare del procedimento penale, spesso lacunoso e per lo più non esplorato con il fondamentale strumento epistemologico del contraddittorio, possa consentire un'operatività razionale del criterio del *Beyond Any Reasonable Doubt*⁴⁰.

Invero, completezza dell'accertamento e contraddittorio non operano su piani differenti ed autonomi rispetto alla regola decisoria che vuole la colpevolezza dell'imputato provata al di là di ogni ragionevole dubbio, di modo che le innegabili peculiarità – e, segnatamente, le rilevanti contrazioni procedurali – che connotano il rito del patteggiamento e che ne delimitano significativamente la portata epistemica refluiscono in modo inevitabile sulla configurazione della regola di giudizio di riferimento, ispirandone una modulazione che, benché rimanga saldamente ancorata alla protezione dell'innocente, nella sua struttura logica essenziale risulta condizionata dalla “speciale” morfologia dell'accertamento processuale. Insomma, il profilo cognitivo che attiene al criterio di giudizio risente fisiologicamente della struttura del rito e del materiale probatorio sul quale misurare la sua capacità operativa. Dunque, mentre nel processo ordinario il dubbio ragionevole sulla colpevolezza dell'imputato basta ad esonerarlo dall'accusa, nel patteggiamento il medesimo dubbio non è sufficiente a bloccare il procedimento ed a sciogliere l'imputato dall'abbraccio della giustizia penale.

Per assicurare una coerente efficienza funzionale del peculiare paradigma processuale cognitivo sotteso al patteggiamento, la regola di giudizio andrà conformata ad una decisione allo stato degli atti, che risulta geneticamente contrassegnata dal consenso dell'imputato all'applicazione di una pena concordata con la parte pubblica e dalla rinuncia ad esercitare il diritto ad una formazione dialettica della prova. Ed invero, proprio il parametro della decidibilità «allo stato degli atti» e la rinuncia ad esercitare il metodo della falsificazione, mediante contraddittorio, dell'ipotesi accusatoria oppongono un argine invalicabile ad una “piena” conoscenza del fatto di reato, e quindi all'operatività del criterio dell'“oltre ogni ragionevole dubbio”.

In particolare, già la sommarietà di un accertamento che prelude ad una decisione allo stato degli atti pare congiurare, di per sé, contro una realistica

⁴⁰ Per una ricostruzione del BARD nell'ambito dell'elaborazione dogmatica di *common law v.*, in particolare, J.H. LANGBEIN, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford University Press, 2003, p. 261; L. LAUDAN, *Is Reasonable Doubt Reasonable?*, in *Legal Theory*, 2003 (9), p. 295 s.; ID., *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press., 2006, p. 32 s.; A.J. MINHAS, *Proof Beyond a Reasonable Doubt: Shifting Sands of a Bedrock*, in *Northern Illinois Univ. Law Rev.*, 2003, p. 46 s.; J.O. NEWMAN, *Beyond “Reasonable Doubt”*, in *New York Univ. Law Rev.*, 1993, p. 984 s.; H.M. RAMADAN, *Reconstructing Reasonableness in Criminal Law: Moderate Jury Instruction Proposal*, in *Journal of legislation*, 2003, p. 233 s.; ID., *The Challenge of Explaining “Reasonable Doubt”*, in *Criminal Law Bulletin*, 2004, p. 65 s.; B.J. SHAPIRO, *“Beyond Reasonable Doubt” and “Probable Cause”. Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*, University of California Press, 1991, *passim*; S. SHEPPARD, *The Metamorphoses of Reasonable Doubt: How Changes in the Burden of Proof Have Weakened the Presumption of Innocence*, in *Notre Dame Law Rev.*, 2003, p. 1166 s.

applicazione di un criterio di giudizio così rigoroso. Nel procedimento ordinario di formazione del giudizio, il giudice muove da un'ipotesi di lavoro che inizialmente si presenta avvolta da uno stato di "ignoranza cognitiva", mentre il prosieguo dell'indagine, e segnatamente il dibattimento, attraverso l'intervento delle prove (o *epistemic inputs*) ed una «fomentazione agonistica del dubbio»⁴¹, fa passare tale ipotesi attraverso una sequenza di stati epistemici che consentono la sottoposizione a verifica dei convincimenti provvisori intorno alla verità o falsità dei singoli enunciati che la compongono. Nell'applicazione della pena su richiesta, invece, dall'opzione di negoziare la sanzione discende una contrazione artificiale dei dati utilizzabili dal giudice della cognizione penale (il quale, peraltro, non dispone di poteri istruttori integrativi), che, oltre a favorire (fatalmente) incertezze o ambiguità, rende assai arduo (se non impossibile) saggiare e discernere, in concreto, i dubbi "ragionevoli" rispetto a quelli che tali non sono. La regola di giudizio del rito speciale non può, pertanto, che essere consona e funzionale ad un procedimento in cui il giudice deve decidere allo stato degli atti, e quindi, essenzialmente, rispetto a elementi informativi ancora sommari, qualitativamente diversi da quelli che escono dalla dinamica dialettica, tipica delle udienze dibattimentali.

Secondo un'autorevole posizione dogmatica, la sola insufficienza probatoria che permette al giudice del patteggiamento di pronunciare sentenza *ex art.* 129 c.p.p. «è quella che coincide con la presenza di materiali cognitivi che appaiano *rebus sic stantibus* inidonei a fugare il dubbio ragionevole circa la responsabilità dell'imputato, a prescindere dalla loro completezza o incompletezza: non potrebbe, invece, il giudice prosciogliere – in ciò manifestandosi la peculiarità del rito negoziale – quando il verdetto provvisorio di colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio appaia suscettibile di essere capovolto per effetto degli apporti dimostrativi e argomentativi mancanti»⁴². In base ad una simile prospettiva, anche la sentenza di patteggiamento, considerata alla stregua di qualsivoglia pronuncia di condanna, può essere emanata soltanto quando il quadro cognitivo sia concludente, ossia quando la soglia critica dell'assenza di ragionevoli dubbi risulti, allo stato degli atti, superata, mentre la peculiarità del rito negoziale starebbe nel fatto che tale condizione può dirsi soddisfatta anche nell'ipotesi in cui i suddetti elementi dimostrativi e argomentativi mancanti potrebbero astrattamente rovesciare il giudizio provvisorio di colpevolezza.

Tutto ciò conduce, però, a tralasciare che è il contraddittorio la fondamentale *sedes* dell'emersione dei dubbi ragionevoli relativi all'ipotesi accusatoria, posto che il confronto dialettico è lo strumento essenziale per la falsificazione processuale di quest'ultima⁴³.

⁴¹ G. DE LUCA, *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, cit., p. 1274.

⁴² F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., p. 88 s.

⁴³ Sulla forza epistemica del contraddittorio, quale strumento privilegiato *ad eruendam veritatem*, v. C. CESARI, voce *Prova (acquisizione della)*, in *Dig. pen.*, Agg. II, 2004, p. 697; C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, Cedam, 2003, p. 112 s.; G. DI CHIARA, *Le regole del «giusto processo» e la garanzia del contraddittorio: l'asse prospettico dell'art. 111 Cost.*, in G. FIANDACA- G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, 2003, p. 335; P. FERRUA, *Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione*, in *Quest. giust.*, 2000, p. 54 s.; ID., *Il 'giusto processo'*, II ed., Zanichelli, 2007, p. 91 s.; G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del) II* *Diritto processuale*

La rinuncia all'esercizio del contraddittorio non è scevra di riflessi sulla configurazione del profilo cognitivo nei meccanismi di giustizia negoziata. Invero, l'operatività del criterio di giudizio dipende non solo dal *quantum* delle fonti di convincimento del giudice, ma anche e soprattutto dal metodo con il quale il materiale cognitivo viene formato e messo a disposizione dell'organo giudicante.

Esiste un inscindibile nesso funzionale tra il criterio dell'«oltre ogni ragionevole dubbio» ed il contraddittorio. Con la modifica dell'art. 533 comma 1 c.p.p. non si è, infatti, semplicemente stabilita solo la soglia di certezza da superare al fine di potere dare luogo ad una pronuncia di condanna, bensì si è formalizzato un metodo di verifica giudiziale della ricostruzione probatoria, che impone un serrato controllo sui dati informativi e sull'attendibilità delle ipotesi antagoniste, animato da un dualismo di interessi, prospettive e tesi diverse⁴⁴. Il confronto dialettico tra accusa e difesa viene, così, a permeare compiutamente non solo l'ammissione e la formazione della prova, ma anche la valutazione del materiale probatorio raccolto e delle ipotesi antagoniste prospettate dalle parti, «sollecitando l'attenzione e la disponibilità dell'organo giudicante verso l'accertamento di ogni alternativa potenzialmente riduttiva della plausibilità dell'impostazione originaria del pubblico ministero»⁴⁵.

Se la verità è «come la luce che dal contrasto sfavilla di due corpi che si percuotono a vicenda»⁴⁶, soltanto la retta esplicazione del metodo del contraddittorio può condurre ad escludere che permanga un margine di «ragionevole dubbio» sulla prova della colpevolezza dell'imputato. Il dubbio «viene da *duo*, come *duellum*, e implica la compresenza di due ordini di ragioni contrapposte tra le quali egli è chiamato a scegliere»⁴⁷, un certame dialettico tra le parti processuali avanti ad un giudice terzo ed imparziale, in cui attraverso il rigoroso esercizio di un'epistemologia falsificazionista si sottopone l'ipotesi accusatoria a plurimi e sistematici tentativi di

penale, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Agg., 2001, p. 5 s.; E. MARZADURI, *La riforma dell'art. 111 Cost., tra spinte contingenti e ricerca di un modello costituzionale del processo penale*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 755 s.; P. TONINI, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1388 s.

⁴⁴ Nel senso, invece, di ridimensionare la portata innovativa della novella legislativa, v. D. CHINNICI, *L'«oltre ogni ragionevole dubbio»: nuovo criterio del giudizio di condanna?*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1553; C. CONTI, *Al di là di ogni ragionevole dubbio*, in A. SCALFATI (a cura di), *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio. Legge 20 febbraio 2006, n. 46, «legge Pecorella»*, Ipsoa, 2006, p. 87; V. GAROFOLI, *I nuovi standards valutativi e gli epiloghi decisori nel giudizio*, in A. GAITO (a cura di), *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la «legge Pecorella»*, Utet, 2006, p. 77 s.; G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in G. CONSO- V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 762 s.; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, VII ed., Giappichelli, 2010, p. 599; P. MAGGIO, *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi: i risvolti processuali*, in G. FIANDACA- C. VISCONTI (a cura di), *Scenari attuali di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Giappichelli, 2010, p. 347; C. PAPAGNO, *L'interpretazione del giudice penale tra regole probatorie e regole decisorie*, Giuffrè, 2009, p. 349; V. PERCHINUNNO, *La fase del giudizio*, in M. PISANI- A. MOLARI- V. PERCHINUNNO- P. CORSO- O. DOMINIONI- A. GAITO- G. SPANGHER, *Manuale di procedura penale*, VIII ed., Monduzzi, 2008, p. 508; M. PISANI, *Riflessioni sul tema del «ragionevole dubbio»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 1253 s.

⁴⁵ A. GAITO, *Il procedimento probatorio (tra vischiosità della tradizione e prospettive europee)*, in A. GAITO (trattato diretto da), *La prova penale*, vol. I, Utet, 2008, p. 102.

⁴⁶ F.M. PAGANO, *Teorie delle prove*, in *Opere filosofico-politiche ed estetiche*, Tip. e lib. elvetica, 1837, p. 472.

⁴⁷ G. DE LUCA, *Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 1255.

confutazione, di modo da poterne vagliare la coerenza logica e la compatibilità con i dati probatori.

Tale impostazione giustifica, ad esempio, la pacifica operatività della regola decisoria *de qua* pure per un giudizio non dibattimentale come il giudizio abbreviato, mentre in ordine al decreto penale di condanna, coerentemente con la sua connotazione dinamica, è preferibile non forzare la lettera della legge e conservare integra la facoltà di proscioglimento nei limiti fattuali dell'art. 129 c.p.p., ove non trova ingresso alcun "ragionevole dubbio"⁴⁸.

A parte le prospettive che nascono da una richiesta di rito abbreviato "condizionato"⁴⁹ o dall'esercizio dei poteri officiosi del giudice *ex art.* 441 comma 5 c.p.p.⁵⁰, in tale rito speciale è comunque presente un significativo momento di

⁴⁸ Secondo la dottrina prevalente, lo stato di incertezza probatoria preclude al giudice il proscioglimento *ex art.* 129 c.p.p. (F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1077; R. GIUSTOZZI, *I procedimenti speciali*, in E. FORTUNA-S. DRAGONE- E. FASSONE- R. GIUSTOZZI, *Manuale pratico del processo penale*, III ed., Cedam, 2007, p. 828; L. GRILLI, *I procedimenti speciali. I riti alternativi nel giudizio penale*, cit., p. 325; *contra*, F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, cit., p. 89 s.; G. PIZIALI, *Il procedimento per decreto*, M. PISANI (a cura di), *I procedimenti speciali in materia penale*, Giuffrè, 2003, p. 458). Come si è visto, anche le Sezioni Unite hanno affermato che il giudice, qualora lo ritenga, può prosciogliere la persona nei cui confronti il p.m. abbia richiesto l'emissione di decreto penale di condanna solo per una delle ipotesi tassativamente indicate nell'art. 129, e non anche per mancanza, insufficienza o contraddittorietà della prova ai sensi dell'art. 530 comma 2 c.p.p. (Cass., Sez. Un., 9 giugno 1995, Cardoni, cit.). Tale orientamento risulta ormai consolidato in giurisprudenza, ove si sostiene che il giudice chiamato a valutare la richiesta di emissione del decreto penale di condanna può deliberare il proscioglimento, secondo il disposto degli artt. 459 e 129, solo quando risulti evidente la prova positiva dell'innocenza dell'imputato, o risulti evidente che non possono essere acquisite prove della sua colpevolezza, mentre l'analoga sentenza è preclusa quando l'infondatezza dell'accusa dovrebbe essere affermata mediante un esame critico degli elementi prodotti a sostegno della richiesta (Cass., V, 24 marzo 2005, p.m. in proc. Becatelli, in *C.e.d.*, n. 231461).

⁴⁹ Nell'ipotesi in cui la richiesta subordinata a integrazione probatoria sia stata accolta e si proceda, quindi, con le forme del modello di abbreviato "condizionato", in base «alla *ratio*» dell'art. 438 comma 5 c.p.p. si ritiene che «l'organo dell'accusa guadagna inediti margini di manovra rispetto alla pervasiva passività che ne caratterizza il ruolo nel modello ordinario», acquisendo «non già una platonica facoltà [...] di chiedere l'ammissione della controprova (*id est* della prova a carico sui fatti costituenti oggetto della integrazione probatoria a discarico ottenuta dall'imputato), ma un ben più energico e razionale diritto ad ottenere l'ammissione della prova contraria» (G. DI CHIARA, *Sub art. 438 c.p.p.*, in A. GIARDA- G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, IV ed., vol. II, Ipsoa, 2010, p. 5503). Secondo una diversa impostazione, invece, «la necessità di tenere presente il modello contratto proprio del giudizio abbreviato, unita alla preminenza da attribuirsi al principio di completezza delle indagini preliminari, induce a ritenere che il P.M. si limita a contestare direttamente le affermazioni avversarie, rimanendo rigorosamente entro i temi addotti dall'imputato, con il precipuo scopo di negarne l'esistenza» (O. BRUNO, *L'ammissibilità del giudizio abbreviato*, Cedam, 2007, p. 176; in senso analogo E. DI DEDDA, *Sindacabile dal giudice del dibattimento il rigetto del giudizio abbreviato condizionato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, p. 835).

⁵⁰ In ordine al diritto alla prova contraria rispetto alle prove ammesse *ex officio* dal giudice, l'orientamento della dottrina prevalente, pur in assenza di un riconoscimento esplicito in tal senso nel testo dell'art. 441 c.p.p., ritiene che insopprimibili esigenze di coerenza con i principi fondamentali del sistema probatorio impongono l'attribuzione alle parti, e soprattutto all'imputato, del diritto di contrastare le prove antagoniste attraverso l'introduzione di "controprove" *ex art.* 495 comma 2 c.p.p. (E. AMODIO, *Lineamenti della riforma*, in E. AMODIO-N. GALANTINI (a cura di), *Giudice unico e garanzie difensive. La procedura penale riformata*, Giuffrè, 2000, p. 35; M. BONETTI, *Il giudizio abbreviato*, in M. PISANI (a cura di), *I procedimenti speciali in materia penale*, cit., p. 72; M.E. CATALANO, *Il giudizio abbreviato*, in E. AMODIO-N. GALANTINI (a cura

contraddittorio; non un contraddittorio per una prova che deve essere progressivamente formata attraverso i contrapposti interventi delle parti con un giudice nell'immediato rapporto con le fonti di prova, ma il contraddittorio sulla prova cristallizzata in una fase pregressa. Invero, se nel rito comune l'epicentro della contrapposizione antagonista delle parti è individuato nella fase dell'istruzione dibattimentale, mentre minor rilievo assume l'attività argomentativa che trova collocazione nella discussione finale, nel rito abbreviato, di regola, il metodo dialettico acquista una marcata forza maieutica non all'interno del processo formativo della prova, bensì proprio nell'ambito della discussione. Nel rito abbreviato, tale fase processuale finisce per svolgere un momento davvero significativo della contrapposizione dialettica tra accusa e difesa, costituendo la sede privilegiata ove delineare un contributo informativo determinante che le parti possano offrire allo scopo di influire sull'esito del giudizio, mediante un'opera di analisi critica del materiale probatorio già formato e d'illustrazione del significato che le parti stesse intendono attribuirvi, cui il giudice dovrà riferirsi per formare il proprio convincimento e formulare un enunciato di colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio⁵¹.

Dunque, anche se il giudice del rito abbreviato dispone di materiali cognitivi meno "raffinati" di quelli dibattimentali, non può che riconoscersi, considerato anche l'esplicito tenore della norma di richiamo contenuta nell'art. 442 comma 1 c.p.p., che le condanne emesse da tale giudice debbano fondarsi su un giudizio di colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio; invero, l'utilizzazione e la valutazione probatoria sono comunque sottoposti al vaglio dialettico della discussione argomentativa finale.

Ebbene, si può concludere che il criterio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" ha ragion d'essere soltanto se correlato a decisioni penali precedute dalla dinamica del contraddittorio tra le parti, calandosi sui frutti probatori di un antagonismo dialettico, in grado di suscitare la falsificazione delle ipotesi e la nascita di dubbi ragionevoli intorno alla colpevolezza dell'imputato. Di conseguenza, nel caso del patteggiamento, la richiesta di pena sottende una rinuncia, costituzionalmente ammessa, proprio

di), *Giudice unico e garanzie difensive. La procedura penale riformata*, cit., p. 129; R.M. GERACI, *Giudizio abbreviato e poteri di integrazione probatoria del giudice*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4119; F. ZACCHÉ, *Il giudizio abbreviato*, Giuffrè, 2004, p. 102; *contra* R. BRICCHETTI- L. PISTORELLI, *Il giudizio abbreviato. Profili teorico-pratici*, Ipsoa, 2005, p. 311 s.).

⁵¹ In realtà, anche nel rito ordinario l'attività argomentativa – che raggiunge l'acme proprio nella fase della discussione – risulta effettivamente valorizzata, se soltanto si considera che la prova non può essere intesa alla stregua di un "fatto" dal quale è possibile trarre conseguenze determinate, indipendentemente da qualsiasi sperimentazione dialettica della vicenda probatoria, «*un fait supposé vrai, que l'on considère comme devant servir de motif de crédibilité sur l'existence ou la non-existence d'un autre fait*» (J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, in *Œuvres de J. Bentham, juriste anglais*, II, Louis Hauman, 1829, p. 249). È infatti preferibile accogliere una gnoseologia giudiziaria in cui la prova è intesa come "ragionamento" o "argumentum" che ingloba il singolo mezzo (ad esempio, una determinata dichiarazione testimoniale) usato come strumento dalle parti per dimostrare la fondatezza delle rispettive tesi. Sul tema v., in particolare, G. CARUSO, «*Paradigmi*» epistemologici del processo penale tra modello accusatorio ed inquisitorio, in Appendice a U. PAGALLO, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, Cedam, 2001, p. 280 s.; R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in P. FERRUA- F.M. GRIFANTINI- G. ILLUMINATI- R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, III ed., Giappichelli, 2007, p. 5 s.

all'esercizio del contraddittorio e, per suo tramite, al criterio valutativo dell' "oltre ogni ragionevole dubbio"⁵².

Infine, sotto un profilo prettamente pragmatico, è bene sottolineare che applicare l'art. 533 comma 1 c.p.p. al patteggiamento potrebbe produrre delle conseguenze negative per l'operatività concreta del rito speciale. Invero, se nel patteggiamento fosse richiesta la prova della colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio, resterebbe pregiudicata la finalità deflattiva, in quanto il p.m. difficilmente concederebbe il consenso durante le indagini preliminari ad una pena ridotta su richiesta dell'indagato, per il forte rischio che l'imputato sia prosciolto nonostante abbia siglato il patto sulla sanzione che lo attende⁵³.

⁵² In tal senso, in dottrina (G. PIERRO, *Accertamento del fatto e colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio*, cit., p. 51), si rimarca che nel patteggiamento «non sussiste alcuna delle condizioni, logiche prima che giuridiche, che permettano di applicare la regola di decisione della colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio».

⁵³ Così P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 75-76.