



3/2018

SPUNTI SUL RAPPORTO TRA DIRETTIVA 2016/343/UE E REGOLE DI GIUDIZIO DEL PATTEGGIAMENTO

di Jacopo Della Torre

Abstract. Il lavoro è volto a verificare quanto l'acceso dibattito, che si dipana da decenni in merito alla tematica delle regole di giudizio operanti nel patteggiamento, possa essere innovato dalla direttiva 2016/343/UE, la quale proclama, all'art. 6, par. 2, un criterio decisorio generale e indisponibile, ricavato dal principio fondamentale della presunzione d'innocenza.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La *vexata quaestio* delle regole di giudizio dell'applicazione della pena su richiesta delle parti. – 3. L'applicabilità della direttiva 2016/343/UE al patteggiamento. – 4. Gli effetti dell'art. 6, par. 2, della direttiva 2016/343/UE sul patteggiamento. – 5. Conclusioni.

1. Premessa.

Il 1° aprile 2018 scadrà il termine ultimo per recepire la direttiva 2016/343/UE, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali¹.

Dal canto suo, il Parlamento italiano con la legge 25 ottobre 2017, n. 163 ha delegato il governo, senza dettare principi e criteri direttivi specifici, ad attuare tale atto

¹ In G.U.U.E., 11 marzo 2016, L 65/1. Tra i molti commenti concernenti questa direttiva si vedano: F. ALONZI, *La direttiva Ue sul diritto dell'imputato di partecipare al giudizio e la disciplina italiana sul processo in absentia*, in www.la-legislazione-penale.it, 21 settembre 2016; L. CAMALDO, [Presunzione di innocenza e diritto di partecipare al giudizio: due garanzie fondamentali del giusto processo in un'unica Direttiva dell'Unione europea](#), in questa Rivista, 23 marzo 2016; N. CANESTRINI, *La direttiva sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali. Un'introduzione*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2224; S. CRAS – A. ERBEŽNIK, *The Directive on the Presumption of Innocence and the Right to Be Present at Trial. Genesis and Description of the New EU-Measure*, in *Eu crim*, 2016, n. 1, p. 25; J. DELLA TORRE, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1835; S. LAMBERIGTS, *The Presumption of Innocence (and the Right to be Present at Trial) Directive*, in *European Law Blog*, 3 maggio 2016; C. VALENTINI, *La presunzione d'innocenza nella Direttiva n. 2016/343/UE: per aspera ad astra*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 6, p. 193.

europeo (e non solo²), che – come noto – costituisce la quarta misura di armonizzazione minima emanata dall’UE, ai sensi dell’art. 82, par. 2, lett. b TFUE, al fine di potenziare i diritti fondamentali dei prevenuti nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia³.

Ad oggi, l’esecutivo, impegnato su altri fronti, non ha però esercitato la delega *de qua*.

Il tempo rimanente per evitare una procedura di infrazione della Commissione europea è, quindi, agli sgoccioli. Difatti, sebbene la direttiva 2016/343/UE rappresenti di certo uno dei provvedimenti più “deludenti”⁴ tra quelli approvati in questi anni dall’Unione in attuazione del Programma di Stoccolma⁵, possono individuarsi diverse previsioni di tale atto che necessitano di un’implementazione nel nostro ordinamento processuale⁶.

In questa sede non si effettuerà, peraltro, un vaglio di compatibilità del sistema italiano rispetto all’intera direttiva in questione. Ci si concentrerà, invece, solo sulle disposizioni che l’atto UE detta in merito alla presunzione d’innocenza intesa come regola di giudizio, ossia quale norma che indica «al giudice l’interesse sostanziale cui dare la prevalenza in caso di dubbio insoluto sul fatto»⁷. Più in particolare, si porrà al centro dell’analisi l’art. 6, par. 2⁸, il quale stabilisce che «gli Stati membri assicurano che ogni dubbio in merito alla colpevolezza sia valutato in favore dell’indagato o imputato, anche quando il giudice valuta se la persona in questione debba essere assolta [corsivi aggiunti]».

Preso atto che il legislatore UE ha voluto così codificare la regola dell’*in dubio pro*

² Nella stessa sede, infatti, il Parlamento ha delegato il governo ad attuare anche le direttive 2016/800/UE, sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali, in G.U.U.E., 21 maggio 2016, L 132/1, e 2016/1919/UE, sull’ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell’ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell’ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d’arresto europeo, in G.U.U.E., 4 novembre 2016, L 297/1.

³ Per un quadro di sintesi sulle “direttive di Stoccolma” cfr. R.E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R.E. Kostoris, 3^a ed., Milano, 2017, p. 96.

⁴ Così, già nei confronti della proposta di direttiva della Commissione (COM 2013 (821) def.), O. MAZZA, *Una deludente proposta in tema di presunzione d’innocenza*, in *Arch. pen. online*, n. 3, 2014.

⁵ V. *Programma di Stoccolma. Un’Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, in G.U.U.E., 4 maggio 2010, C 115/1.

⁶ Sia consentito rinviare sul punto a J. DELLA TORRE, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza*, cit., p. 1877 s.

⁷ Così, efficacemente, P.P. PAULESU, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 684. Nello stesso senso, cfr. H. BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex-officio*, Torino, 2006, p. 88, nt. 122; P. SPAGNOLO, *Il tribunale delle libertà. Tra normativa nazionale e normativa internazionale*, Milano, 2008, p. 304, nt. 37. Per un approfondimento del concetto di “regole di giudizio” cfr., per tutti, F.R. DINACCI, voce *Regole di giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento VIII, Torino, 2014, p. 644; P. FERRUA, voce *Regole di giudizio*, in *Enc. dir.*, *Annali X*, Milano, 2017, p. 726; G. ILLUMINATI, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, p. 5; G. LOZZI, *Favor rei e processo penale*, Milano, 1968, p. 17; O. MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, in *Criminalia*, 2012, p. 363; G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, p. 99.

⁸ Tale disposizione va letta assieme al considerando n. 22.

reo⁹, nella formulazione espressa da un nutrito indirizzo esegetico della Corte EDU¹⁰, si potrebbe essere portati, a prima vista, a dubitare circa l'effettiva necessità di recepire in Italia la previsione in questione: del resto, è un dato pacifico che tale canone sia già un principio fondamentale del nostro ordinamento¹¹.

Se non che, come noto, esistono alcuni riti speciali – tra cui *in primis* l'applicazione della pena su richiesta delle parti¹², che costituisce l'oggetto esclusivo della presente analisi –, nei quali la giurisprudenza maggioritaria e parte assai autorevole della dottrina negano che la regola di giudizio ricavabile dalla presunzione d'innocenza possa trovare applicazione¹³.

Sorge quindi spontaneo un quesito: posto che – come si avrà modo di vedere in seguito¹⁴ – la direttiva sulla presunzione d'innocenza pare stabilire che il canone dell'*in dubio pro reo* debba applicarsi in ogni procedimento penale, senza alcuna eccezione di sorta, è ancora sostenibile la tesi per cui nel patteggiamento, in virtù del consenso dell'accusato, sarebbero legittimamente applicabili regole di giudizio meno esigenti rispetto a quella desumibile dalla presunzione d'innocenza?

Sembra, insomma, arrivato il tempo di aprire un dibattito circa la necessità per il legislatore italiano, ma anche per i formanti giurisprudenziale e dottrinale, di valutare se è indispensabile imprimere, in virtù del dettato dell'art. 6, par. 2 della 2016/343/UE, una svolta cognitiva al patteggiamento, superandosi così una serie di granitici indirizzi, consolidati ormai da un trentennio.

2. La *vexata quaestio* delle regole di giudizio dell'applicazione della pena su richiesta delle parti.

Prima di entrare nel merito dell'analisi, sembra opportuno ripercorrere brevemente l'acceso dibattito che si dipana da decenni in merito alla tematica delle regole di giudizio applicabili nel patteggiamento italiano¹⁵. La ricostruzione dello stato

⁹ Cfr., in questo senso, esplicitamente la *Relazione introduttiva alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, del 27 novembre 2013, COM (2013) 821 def., p. 7, § 32.

¹⁰ Si vedano, tra le moltissime, Corte EDU, Sez. I, 12 maggio 2016, *Poletan e Azirovik c. Macedonia*, § 64. Corte EDU, Sez. V, 15 gennaio 2015, *Cleve c. Germania*, § 52; Corte EDU, 6 dicembre 1988, *Barberà, Messegué e Jabardo c. Spagna*, § 77.

¹¹ Cfr., sul punto, per tutti, G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, *passim*; G. LOZZI, *Favor rei*, cit., *passim*; P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, 2ª ed., Torino, 2009, *passim*; G. UBERTIS, *La prova penale*, cit., p. 100.

¹² Va, infatti, precisato che, sebbene in questo scritto ci si occupi del solo patteggiamento, è del tutto ovvio che molte delle considerazioni che verranno svolte sono (quasi *in toto*) estensibili anche al procedimento per decreto e alla messa alla prova per adulti, in quanto fondati sulla medesima regola di giudizio.

¹³ V. *sub* § 2.

¹⁴ Cfr. *sub* § 3.

¹⁵ Per una ricostruzione generale delle diverse opinioni sul punto cfr., tra i più recenti, F. CALLARI, *Patteggiamento e canone decisorio dell'“oltre ogni ragionevole dubbio”: i termini di un binomio “impossibile”*, in *questa Rivista*, 31 ottobre 2012; G.F. CECANESE, *Le “aporie” del patteggiamento*, Napoli, 2017, p. 147; R.M. GERACI,

dell'arte in materia risulta, infatti, essenziale, per poi comprendere quali orientamenti possano (o meno) essere travolti da quanto stabilito dalla direttiva 2016/343/UE.

Come noto, «fin dall'entrata in vigore del codice del 1988 il problema più dibattuto [...] con riferimento all'istituto dell'applicazione concordata della pena»¹⁶ è stato proprio quello di individuare l'area di operatività dei poteri proscioglitori del giudice investito di una richiesta di patteggiamento.

Le maggiori incertezze derivano dal fatto che è stata attribuita una portata assai diversa alla doverosa¹⁷ verifica preventiva¹⁸ circa la sussistenza di cause di non punibilità *ex art. 129 c.p.p.*, che il giudice del patteggiamento deve a compiere nel momento in cui si trovi a vagliare il “progetto di sentenza” proposto dalle parti (art. 444, comma 2, c.p.p.)¹⁹.

Più in particolare, «il *discrimen* tra le diverse opzioni si addensa nel nodo interpretativo inerente all'operatività delle regole di giudizio canonizzate negli artt. 529 ss. c.p.p., mercé l'innesto dell'art. 129 c.p.p. nella disciplina del patteggiamento»²⁰.

Tale quesito ha, infatti, suscitato un acceso dibattito tra gli interpreti, che – in estrema sintesi e non senza una certa semplificazione – possono essere suddivisi in tre gruppi.

La giurisprudenza assolutamente maggioritaria²¹ e una parte della dottrina²²

sub art. 444 c.p.p., in G. LATTANZI – E. LUPO, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. VI, *Procedimenti speciali*, Milano, 2017, p. 369-371; E.M. MANCUSO, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da G. Spangher – A. Marandola – G. Garuti – L. Kalb, vol. III, *Procedimenti speciali*, a cura di G. Garuti, Torino, 2015, p. 130-135; F. RIGO, sub art. 444 c.p.p., in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, 5ª ed., Milano, t. II, 2017, p. 1704-1711; A. SANNA, sub art. 444 c.p.p., in *Commentario breve al Codice di procedura penale*, 2ª ed., Padova, 2015, p. 2024.

¹⁶ In questo senso, efficacemente, L. SCOMPARIN, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Torino, 2008, p. 197.

¹⁷ Così, G. DI CHIARA, *L'architettura dei presupposti*, in P. PITTARO – G. DI CHIARA – F. RIGO – F. PERONI – G. SPANGHER, *Il patteggiamento*, Milano, 1999, p. 48.

¹⁸ Cfr. D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *I procedimenti speciali in materia penale*, a cura di M. Pisani, 2ª ed., Milano, 2003, p. 183.

¹⁹ Beninteso, esulano dalla problematica *de qua* le ipotesi in cui la diminuzione di pena, conseguente all'adesione al rito *de quo*, sia concessa al termine del dibattimento o in sede di impugnazione, essendo in tale caso ammessa anche dalla giurisprudenza l'applicabilità dei criteri decisorii propri del giudizio ordinario nel procedimento negoziato. Cfr., per tutte, Cass., Sez. III, 3 novembre 2016, n. 7951, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2867.

²⁰ Così, testualmente, F. PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, Padova, 1999, p. 32.

²¹ Si vedano, tra le moltissime, Cass., Sez. VI, 29 gennaio 2018, n. 5234, in *DeJure*; Cass., Sez. II, 2 dicembre 2016, n. 215, *ivi*; Cass., Sez. III, 27 maggio 2015, n. 25340, *ivi*; Cass., Sez. III, 23 aprile 2015, n. 33411, *ivi*; Cass., Sez. IV, 7 giugno 2012, n. 27952, in *Cass. pen.*, 2013, p. 4558; Cass., Sez. VI, 25 marzo 2009, n. 15700, *ivi*, p. 711; Cass., Sez. II, 28 ottobre 2003, Rallo, *ivi*, 2005, p. 902; Cass., Sez. VI, 28 novembre 1997, n. 1321, *ivi*, 1999, p. 3201; Cass., Sez. Un., 26 febbraio 1997, n. 3600, *ivi*, 1997, p. 2666.

²² Sostengono questa tesi, tra i molti, A. BEVERE, *Breve viaggio tra i protagonisti del patteggiamento*, in *Critica dir.*, 1991, n. 3, p. 4; M. D'ANDRIA, *Corte costituzionale e patteggiamento: la transazione continua*, *ivi*, 1990, n. 6, p. 6; G. DI CHIARA, *L'architettura dei presupposti*, cit., p. 49; P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, 3ª ed., Bologna, 2012, p. 28; S. QUATTROCOLO – A.I. LUACES GUTÉRREZ, *Conformidad e patteggiamento: spunti per un'analisi comparata tra Spagna e Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 369 s.; R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso – V. Grevi – M. Bargis, 8ª ed., Padova, 2016, p. 612 s.; P.P. PAULESU, *La*

negano che nel procedimento *ex art. 444 c.p.p. e ss.* possano operare le regole di giudizio proprie del rito ordinario, ispirate al canone *in dubio pro reo*, e ritengono che la presenza di un dubbio sull'esistenza di una causa di non punibilità non sia d'ostacolo alla pronuncia da parte del giudice di una sentenza di patteggiamento.

Si è, infatti, affermato che, in sede di applicazione concordata di pena, «il giudice non può pronunciare sentenza di proscioglimento o di assoluzione per mancanza, insufficienza o contraddittorietà delle prove desumibili dagli atti, non rientrando tale possibilità tra quelle esplicitamente indicate dall'art. 129 c.p.p., comma 1»²³, «dovendo invece emergere dagli atti la prova [positiva] di sussistenza di una delle cause di proscioglimento indicate dalla disposizione in esame»²⁴.

In definitiva, secondo tale opinione – volta a esaltare i tratti negoziali del rito, per massimizzarne gli effetti deflativi – nell'applicazione concordata di pena «la situazione di incertezza non gio[cherrebbe] [affatto] a favore dell'imputato, come invece accade nel dibattimento», ma, al contrario «il dubbio opere[rebbe] qui *contra reum*»²⁵.

Su un piano del tutto antitetico si è posta un'altra parte della dottrina²⁶ (seguita da un certo numero di pronunce di merito²⁷ e da qualche isolata pronuncia di legittimità²⁸), che, nell'ottica di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art.

presunzione di non colpevolezza, cit., p. 315 ss.; F. RIGO, *Il procedimento*, in P. PITTARO – G. DI CHIARA – F. RIGO – F. PERONI – G. SPANGHER, *Il patteggiamento*, cit., p. 70; M. SCAPARONE, *Procedura penale*, 5ª ed., vol. II, Torino, 2017, p. 169; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 18ª ed., Milano, 2017, p. 822.

²³ Così, ad esempio, Cass., Sez. IV, 7 giugno 2012, n. 27952, cit., p. 4558.

²⁴ Cfr. Cass., Sez. III, 23 aprile 2015, n. 33411, cit. In termini simili, la Cassazione (Cass., Sez. II, 12 dicembre 2014, n. 1390, in *DeJure*) ha anche statuito che «in tema di patteggiamento l'assoluzione ai sensi dell'art. 425 cod. proc. pen., non può prevalere sull'accordo delle parti, giacché l'art. 444 [...] rinvia solo alle cause di proscioglimento espressamente indicate dall'art. 129 [...], tra le quali non è annoverata quella per mancanza, insufficienza o contraddittorietà della prova».

²⁵ Così, assai chiaramente, R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, cit., p. 612 s., da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente.

²⁶ Aderiscono a tale tesi, tra i tanti, F. CAPRIOLI, voce *Condanna (dir. pen. proc.)*, in *Enc. dir., Annali II*, t. I, Milano, 2008, p. 118; F. FALATO, *In tema di revisione della sentenza patteggiata*, in *Giust. pen.*, 2008, III, c. 166 s.; B. LAVARINI, *Proscioglimento immediato e regola di giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 634; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 9ª ed., Torino, 2014, p. 499-491; E. MARZADURI, sub art. 129 c.p.p., in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, Torino, vol. II, 1990, p. 120-121; ID., *Commento all'art. 3 della l. 12.6.2003 N. 134 ("Patteggiamento allargato")*, in *Leg. pen.*, 2004, p. 258; M. MENNA, *Studi sul giudizio penale*, Torino, 2009, p. 72; V. PACILEO, *L'alternativa tra applicazione della pena su richiesta di parte e proscioglimento*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 358; F. PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, cit., p. 33; A. SANNA, *Le coordinate del patteggiamento allargato secondo le Sezioni Unite*, in *Giust. pen.*, 2007, III, c. 473 s.; A. SMERIGLIO, *Dalla richiesta di applicazione della pena ex art. 444 c.p.p. al proscioglimento dell'imputato con formula di merito: ammissibilità di una valutazione probatoria*, in *Giur. it.*, 1996, c. 166 ss.

²⁷ Per rendersi conto di ciò, è sufficiente ricordare che alcune delle pronunce, nelle quali la Cassazione ha espresso il principio di diritto per cui nel patteggiamento non si applicherebbero le regole di giudizio "ordinarie", hanno esplicitamente censurato il fatto che il giudice di merito avesse erroneamente prosciolto per contraddittorietà e insufficienza della prova. Si vedano, ad esempio: Cass., Sez. IV, 17 settembre 2015, n. 40100, in *DeJure*; Cass., Sez. III, 27 maggio 2015, n. 25340, cit.; Cass., Sez. III, 11 aprile 2012, n. 23111, *ivi*; Cass., Sez. II, 28 ottobre 2003, Rallo, cit., p. 902.

²⁸ Ci si riferisce, ad esempio, a Cass., Sez. V, 29 ottobre 1993, Marzioni, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1942, la quale ha affermato che «l'art. 444 c.p.p. richiama l'intero art. 129 c.p.p., sicché il giudice - in sede di patteggiamento - può rilevare non solo l'esigenza di prove positive dell'innocenza dell'imputato, ma anche la mancanza di

444, comma 2, c.p.p., finalizzata a evitare una frizione di tale norma con tutta una serie di parametri costituzionali, tra cui la presunzione d'innocenza, considerata una garanzia indisponibile²⁹, ritiene pienamente applicabili anche nel rito negoziato i criteri decisori di cui agli artt. 529-531 c.p.p.

Per questa tesi, il fatto che nella lettera dell'art. 129 c.p.p. non vi sia un riferimento espresso alle regole di giudizio proprie del procedimento ordinario (come, invece, avviene nella disciplina del giudizio abbreviato) non sarebbe d'ostacolo a una loro operatività pure nel patteggiamento: nel caso in cui il giudice si trovasse di fronte a una situazione di incertezza sulla sussistenza di una causa di non punibilità non potrebbe, quindi, accettare il *pactum*, ma dovrebbe prosciogliere. Anche nel procedimento negoziato varrebbe quindi la massima "*in dubio semper pro reo*".

Tra tali indirizzi contrapposti, se ne insinua un terzo³⁰, mediano: in un noto arresto, infatti, le Sezioni Unite della Corte di cassazione, pur partendo dal presupposto per cui le regole di giudizio "comuni" non potrebbero operare in sede di vaglio sull'accordo delle parti nel patteggiamento, sono giunte alla conclusione per cui il giudice potrebbe opporre «la mancanza, la insufficienza e la contraddittorietà della prova [non per assolvere, ma] *per respingere la richiesta* [corsivi aggiunti]»³¹.

Questa soluzione è considerata la più equilibrata³² anche da diversi autori³³, secondo cui «ritenere che la prova insufficiente o contraddittoria possa legittimare il rigetto»³⁴ del *pactum* (con la conseguente continuazione del rito secondo le forme ordinarie) consentirebbe di ovviare ai peggiori difetti, sia della prima tesi (anticognitiva), sia della seconda (cognitiva). Per un verso, infatti, si eviterebbe così, di «ribaltare, in senso sfavorevole all'imputato, le regole di giudizio di cui all'art. 530 c.p.p., e [di] attribuire al consenso una valenza surrogatoria alla non conclusività dei dati acquisiti»³⁵.

prove della colpevolezza, quando dagli atti non risulti un quadro probatorio idoneo quanto meno a definire il fatto come reato».

²⁹ Così, assai efficacemente, F. PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, cit., p. 15-16.

³⁰ Cfr. A. SANNA, sub art. 444 c.p.p., cit., p. 2024.

³¹ Così, espressamente, Cass., Sez. Un., 9 giugno 1995, Cardoni, in *Cass. pen.*, 1996, p. 477, con nota di M. VESSICHELLI, *Prova insufficiente o incompleta e proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p.*

³² L'espressione è di L. SCOMPARIN, *Il proscioglimento immediato*, cit., p. 214.

³³ Aderiscono a questa tesi, tra gli altri, G.G. DE GREGORIO, *Le ordinanze che si pronunziano sulle richieste di procedimenti speciali: vizi, impugnazioni e poteri del giudice*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 128; E. DOLCINI, *Problemi vecchi e nuovi in tema di riti alternativi: patteggiamento, accertamento di responsabilità, misura della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 587 s.; S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata. L'accertamento della responsabilità nell'applicazione della pena su richiesta delle parti tra ricerca di efficienza ed esigenze di garanzia*, Milano, 2005, p. 200 s.; D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 185; B. MERCURI, *Le Sezioni Unite intervengono sull'ambito applicativo della regola di giudizio ex art. 530 comma 2 c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 1164 ss.; A. SANNA, *Applicazione dell'art. 129 c.p.p. e regole di giudizio: gli spazi per la verifica sul fatto nel patteggiamento*, in *Ind. pen.*, 2009, p. 161-168; L. SCOMPARIN, *Il proscioglimento immediato*, cit., p. 214. In termini simili, pur all'interno di un'esegesi peculiare delle regole di giudizio del rito, cfr. anche M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Enc. dir.*, *Annali II*, t. I, Milano, 2008, p. 31 s.

³⁴ Cfr. D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 185.

³⁵ Così, ancora, efficacemente, D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 185.

Per un altro verso, si ovvierebbe pure al paventato rischio³⁶ che l'utilizzo di criteri di giudizio in sede di rito *ex art. 444 c.p.p.* tanto esigenti come quelli dibattimentali possa disincentivare i pubblici ministeri a prestare il loro consenso al patteggiamento, per paura che gli imputati vengano facilmente assolti, frustrandosi, in tal modo, le finalità deflative del rito; il rigetto della richiesta lascerebbe infatti «il P.M. libero di ricercare nuove fonti di prova che chiariscano definitivamente, in un senso o nell'altro il quadro probatorio»³⁷.

Anche quest'ultima tesi è stata però colpita da obiezioni piuttosto penetranti: si è, infatti, rilevato come essa si porrebbe in aperto contrasto con il dettato codicistico; a ben vedere, l'art. 444, comma 2, c.p.p. non prevede in modo espresso la possibilità per il giudice di rigettare un *pactum* nelle fattispecie in cui questi abbia un dubbio sulla sussistenza di una causa di non punibilità³⁸, con la conseguenza che l'organo giurisdizionale sembrerebbe trovarsi in tali ipotesi di fronte a un'alternativa secca³⁹ (prosciogliere *ex art. 129 c.p.p.* o applicare la pena), senza avere a disposizione una "terza via".

Nessuno dei tre filoni esegetici appena descritti è riuscito, in definitiva, a soppiantare del tutto gli altri: il codice si è dimostrato tanto ambiguo⁴⁰ da dare vita a una frattura tra i vari formanti dell'ordinamento che, proprio perché fondata su posizioni di principio differenti, pare essere diventata insanabile.

Giova, peraltro, ricordare che una buona parte della responsabilità di tale *impasse* va addossata alla Corte costituzionale, la quale «ha evitato di interferire direttamente su quel "prodotto normativo semilavorato" che è il patteggiamento, preferendo lasciare la sagomatura del rito pressoché integralmente alla giurisprudenza di legittimità»⁴¹.

Come noto, infatti, il giudice delle leggi, nonostante le (timide) aperture cognitive iniziali, compiute nella sentenza n. 313 del 1990⁴², ha mantenuto poi una lettura assai

³⁶ Cfr. P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 28.

³⁷ Così, S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 202.

³⁸ Cfr., sul punto, Cass., Sez. Un., 28 maggio 1997, n. 5, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3341, la quale ha affermato testualmente che «non va dimenticato che l'art. 444 c.p.p. non solo limita le possibilità del proscioglimento nell'ambito riduttivo delineato dall'art. 129 c.p.p., ma neppure consente al giudice di restituire gli atti al pubblico ministero allorché ravvisasse un'oggettiva incompletezza delle indagini [corsivi aggiunti]».

³⁹ A riguardo, G. DI CHIARA, *L'architettura dei presupposti*, cit., p. 49; B. LAVARINI, *Proscioglimento immediato e regola di giudizio*, cit., p. 634; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 822. Si vedano, peraltro, le efficaci obiezioni di M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 31 e A. SANNA, *Applicazione dell'art. 129 c.p.p.*, cit., p. 162 s.

⁴⁰ Cfr. L. SCOMPARIN, *Il proscioglimento immediato*, cit., p. 197.

⁴¹ Così, efficacemente, M. GIALUZ, *Fisionomia del patteggiamento ed efficacia della sentenza concordata nel giudizio disciplinare*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 5011.

⁴² Ci si riferisce a Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313, in www.cortecostituzionale.it, la quale ha affermato l'espressione, poi divenuta tralatizia, per cui «la decisione di cui all'art. 444 cod. proc. pen., quando non è decisione di proscioglimento, non può prescindere dalle prove della responsabilità». In merito a tale fondamentale decisione si vedano, tra i moltissimi, E. DOLCINI, *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale? Note a margine dell'art. 444 c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 797 ss.; G. FIANDACA, *Pena patteggiata e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro. it.*, 1990, I, c. 2386 ss.; G. LOZZI, *La legittimità costituzionale del c.d. patteggiamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1600 ss.; P. PITTARO, *L'applicazione della pena su richiesta: profili di diritto penale sostanziale*, in P. PITTARO – G. DI

ambigua (e riduttiva) in merito alla tematica dei poteri del giudice nel patteggiamento⁴³.

Non si può, del resto, non ricordare che la Consulta ha avuto in più occasioni la possibilità di sconfiggere la tesi maggioritaria della giurisprudenza che nega la necessità di un previo giudizio positivo di responsabilità nel patteggiamento⁴⁴, ma non lo ha fatto⁴⁵.

La Corte costituzionale è stata, infatti, a più riprese investita della scottante questione di legittimità dell'art. 444 c.p.p., per contrasto con gli artt. 27 e 3 Cost., nella parte in cui non prevede che l'organo giurisdizionale debba accertare la colpevolezza dell'imputato prima di accogliere l'accordo: il giudice delle leggi l'ha però dichiarata manifestamente inammissibile sulla base della considerazione per cui l'accoglimento di tale quesito avrebbe reso necessaria una totale "riscrittura" del patteggiamento, andandosi così a invadere quella che è stata ritenuta una sfera di discrezionalità di esclusiva appartenenza del legislatore, a cui spetta il compito di definire «un opportuno equilibrio tra la struttura negoziale [...] e gli irrinunciabili accertamenti e controlli giurisdizionali»⁴⁶.

È, del resto, ovvio che questa posizione "salomonica" del Giudice delle leggi ha permesso lo sviluppo di quelle tesi che ricollegano al *pactum* «l'effetto di neutralizzare la presunzione di innocenza e di porre conseguentemente il giudice del patteggiamento nella condizione di svolgere»⁴⁷ non un vero e proprio giudizio sulla colpevolezza dell'accusato, ma un mero "controllo"⁴⁸ (di natura positiva⁴⁹ o negativa⁵⁰, a seconda delle diverse opinioni). Così facendo, si è, insomma, ammessa la possibilità di considerare il canone del *nulla poena sine iudicio* «moderatamente disponibile»⁵¹.

Ma vi è di più. L'ambiguità delle decisioni della Corte costituzionale sembra aver confermato anche il fatto che – quantomeno secondo il Giudice delle leggi – l'art. 27, comma 2, Cost. non imporrebbe per forza la presenza di un'unica regola di giudizio "monocorde" da utilizzare in tutti i casi in cui il decisore si trovi ad irrogare una pena nei confronti di un prevenuto. Tutt'al contrario, posto che la norma costituzionale (specie

CHIARA – F. RIGO – F. PERONI – G. SPANGHER, *Il patteggiamento*, cit., p. 18 s.; G. TRANCHINA, «Patteggiamento» e principi costituzionali: una convivenza piuttosto difficile, in *Foro. it.*, 1990, I, c. 2394 ss.

⁴³ Si veda, sul punto, l'ampia analisi di D. VIGONI, *La prova di resistenza del «patteggiamento» nei percorsi costituzionali*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Conso, Napoli, 2006, p. 807 ss. Più di recente, cfr. F. RIGO, sub art. 444 c.p.p., cit., p. 1682-1683.

⁴⁴ Cfr., sul punto, ampiamente, F. RIGO, sub art. 444 c.p.p., cit., p. 1704 ss.

⁴⁵ Ci si riferisce, in particolare, a Corte cost., 13 maggio 1998, n. 172, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte cost., 11 dicembre 1997, n. 399, *ivi*. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali cfr. F. RIGO, sub art. 444 c.p.p., cit., p. 1683.

⁴⁶ Così, testualmente, Corte cost., 11 dicembre 1997, n. 399, cit.

⁴⁷ Cfr. M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 31.

⁴⁸ In questo senso si esprime sempre M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 30.

⁴⁹ Così, M. GIALUZ, *La virata delle Sezioni Unite in tema di patteggiamento e revoca della sospensione condizionale: verso l'abbandono dell'orientamento anticognitivo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 386 ss.

⁵⁰ Cfr. Corte cost., 20 maggio 1996, n. 155, in *www.cortecostituzionale.it*.

⁵¹ Così, P. FERRUA, *Patteggiamento allargato, legge tre volte irrazionale*, in *Dir. giust.*, 2003, n. 29, p. 15. In termini analoghi anche P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 303, nonché A.M. CAPITTA, *La declaratoria immediata delle cause di non punibilità*, Milano, 2010, p. 132.

se letta in modo isolato⁵²) «non precis[a] né l'entità della prova né il momento in cui la prova stessa può considerarsi integrata»⁵³, non si è avuto difficoltà a considerarla effettivamente compatibile con regole decisorie “variabili”: massime in sede di rito ordinario e minime nel caso in cui l'accusato accetti di sottoporsi a una pena, rinunciando così volontariamente non solo al contraddittorio nella formazione della prova, ma anche a quella particolare garanzia rappresentata dalla regola di giudizio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio⁵⁴.

Preso atto che neppure la Corte costituzionale italiana ha avuto il coraggio di rigettare la lettura anticognitiva dei poteri del giudice nel patteggiamento⁵⁵, non ci si potrà allora stupire di quanto recentemente affermato – seppur solo in un *obiter dictum* – dai giudici di Strasburgo con riguardo al rito contrattato nostrano.

La Corte EDU nella sua più nota decisione in materia di giustizia negoziata ha, infatti, rilevato che, a differenza di quanto accade in molti istituti omologhi al patteggiamento disciplinati in altri ordinamenti europei, il procedimento *ex art. 444 e ss. c.p.p.* presenta la peculiarità per cui «*the court is not required by law to examine the evidence or to certify that there is a prima facie case against the accused*»⁵⁶.

Sembra, insomma, che gli sforzi trentennali di una parte della dottrina italiana, volti a interpretare in modo “cognitivo” il patteggiamento, si siano dimostrati vani: pare, infatti, che, almeno nell'immaginario dei giudici della Convenzione, abbia fatto breccia l'idea – che ha quindi travalicato i confini del nostro Paese – per cui nel rito in questione si potrebbe irrogare una pena nei confronti di un imputato, senza dover prima verificare che le prove ne dimostrino la colpevolezza.

3. L'applicabilità della direttiva 2016/343/UE al patteggiamento.

Per valutare se l'art. 6, par. 2, della direttiva 2016/343/UE sia idoneo a innovare il quadro che si è appena descritto risulta, come ovvio, necessario rispondere al più generale quesito circa l'applicabilità dell'intero atto eurounitario *de quo* al patteggiamento⁵⁷.

⁵² V. F. PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, cit., p. 15.

⁵³ Cfr. F. PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, cit., p. 15.

⁵⁴ In questo senso si esprime P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 822.

⁵⁵ Sul punto cfr. F. RIGO, *sub art. 444 c.p.p.*, cit., p. 1682-1683.

⁵⁶ Così, testualmente, Corte EDU, Sez. III, 12 aprile 2014, *Natsolishvili e Togonidze v. Georgia*, § 67. Su tale pronuncia si vedano M. BEERNAERT, *Transactions, accords de plaider coupable et autres procédures judiciaires simplifiées*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2015, p. 208 ss.; F.S. CASSIBBA, [Il “patteggiamento” supera il vaglio di compatibilità con i requisiti dell'equità processuale](#), in *questa Rivista*, 13 maggio 2014; L. MILANO, *La conventionnalité de principe de la procédure de «plaider coupable»*, in *La semaine juridique*, n. 21-22, 26 maggio 2014, p. 1067; S. MARCOLINI, *A quali condizioni i negoziati sulla pena sono conformi alla Cedu?*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3488 ss.

⁵⁷ Pare ammettere l'applicabilità della direttiva 2016/343/UE al patteggiamento, seppur all'interno di una trattazione dedicata al diritto a presenziare, S. RUGGERI, *Audi Alteram Partem in Criminal Proceedings. Towards a Participatory Understanding of Criminal Justice in Europe and Latin America*, Heidelberg, 2017, p. 379,



3/2018

L'analisi sul punto non può non partire dall'art. 2 della direttiva (da leggere assieme ai considerando 11-15), che ne delimita l'ambito di applicazione generale *ratione materiae, temporis e personae*⁵⁸. In questa disposizione si stabilisce che essa «si applica alle persone fisiche che sono indagate o imputate in un procedimento penale [...] a ogni fase del procedimento penale, dal momento in cui una persona sia indagata o imputata per aver commesso un reato o un presunto reato sino a quando non diventi definitiva la decisione che stabilisce se la persona abbia commesso il reato».

Ebbene, è chiaro che l'atto dell'Unione *de quo* (così come le altre direttive di Stoccolma⁵⁹) ha un'area di operatività generale assai ampia, che comprende l'intero procedimento penale di cognizione sino alla pronuncia definitiva; di conseguenza, esso sembrerebbe applicabile anche a tutte le varianti del rito *ex art. 444 e ss. c.p.p.*, indipendentemente dalla fase in cui venga instaurato.

Un discorso diverso vale, com'è ovvio, per il patteggiamento *in executivis ex art. 188 disp. att. c.p.p.*: esso, infatti, operando dopo la definitività della sentenza, rimane chiaramente fuori dall'ambito di applicazione della 2016/343/UE.

Vi sono, però, anche altri argomenti che vanno ad avallare la tesi per cui la regola di giudizio di cui all'art. 6, par. 2, della direttiva sarebbe applicabile al patteggiamento.

Va, anzitutto, posto in rilievo il fatto che il legislatore dell'Unione pare aver proclamato tale criterio decisorio come una regola *indisponibile*, dato che non ha stabilito in alcun modo che i prevenuti possano *rinunciarvi* (né in modo espresso, né in modo tacito), a differenza, invece, di quanto ha fatto – ad esempio – non solo per il diritto a presenziare (considerando n. 35 della 2016/343/UE), ma anche per il diritto alla traduzione (art. 3, par. 8, della direttiva 2010/64/UE) e per quello alla difesa tecnica (art. 9 della direttiva 2013/48/UE).

Si tratta, come ovvio, di una considerazione essenziale per la presente analisi: ove, infatti, la direttiva avesse ammesso la rinunciabilità dell'*in dubio pro reo* e, quindi, la sua *disponibilità*, si sarebbe potuta individuare nell'accordo tra le parti una sorta di rinuncia implicita a questo criterio decisorio. Così, però, non è stato, di modo che pare assai difficile riuscire a sostenere che, in virtù di un *pactum* tra le parti, l'art. 6, par. 2, della direttiva non risulti applicabile nel patteggiamento, in quanto il prevenuto vi avrebbe tacitamente abdicato.

Su questo punto, la direttiva 2016/343/UE sembra insomma aver apportato un deciso innalzamento dello *standard* di tutela della presunzione d'innocenza rispetto a quanto sostenuto, sia da una parte della giurisprudenza⁶⁰ e della dottrina italiana⁶¹, sia dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo, la quale, come noto, ha, dal canto suo,

nonché, ID., *Garanzie partecipative, giudizio in absentia e procedimenti inaudito reo. Quale avanzamento di tutela nel diritto dell'Unione europea?*, in *Eurojus.it*, 1 febbraio 2017, p. 3 s.

⁵⁸ Per una completa analisi sul punto cfr. S. CRAS – A. ERBEŽNIK, *The Directive on the Presumption of Innocence*, cit., p. 28 s.

⁵⁹ Cfr. R.E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 98.

⁶⁰ Si vedano, ad esempio, tra le molte, Cass., Sez. V, 27 ottobre 2016, n. 14550, in *DeJure*; Cass., Sez. VI, 12 luglio 1995, n. 9406, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3065; Cass., Sez. I, 20 marzo 1995, n. 1661, in *DeJure*; Cass., Sez. I, 20 maggio 1992, in *Giur. it.*, 1993, II, c. 532; Cass., Sez. VI, 15 ottobre 1990, in *Cass. pen.*, 1992, p. 371.

⁶¹ Cfr. *supra* § 2.

configurato i diritti di cui all'art. 6 CEDU come rinunciabili, perché tale scelta sia presa in modo consapevole e volontaria e sia corredata da un minimo di garanzie⁶².

Un'ulteriore conferma circa l'applicabilità dell'atto UE in esame al patteggiamento sembra potersi desumere dal fatto che, a ben vedere, il legislatore eurounitario non si è affatto dimenticato che negli ordinamenti processuali europei si stanno diffondendo tutta una serie di istituti (negoziati o consensuali), che premiano la scelta dei prevenuti di cooperare con gli organi statali nella ricostruzione dell'imputazione⁶³.

All'art. 7, par. 4, della direttiva si è, invero, espressamente stabilito che «gli Stati membri possono consentire alle proprie autorità giudiziarie di tenere conto, all'atto della pronuncia della sentenza, del comportamento collaborativo degli indagati e imputati». È palese, peraltro, che, in tal modo, si è voluto chiarire, una volta per tutte, che i procedimenti negoziati/consensuali sono compatibili con il diritto al silenzio e a non cooperare: così facendo, però, è stato dato un preciso segnale del fatto che questi istituti non sono stati tralasciati dal legislatore eurounitario, ma sono stati presi in considerazione come rientranti nell'area di operatività della 2016/343/UE.

D'altra parte, non bisogna neppure dimenticare che quando l'Unione ha voluto, per un verso, escludere del tutto dall'area di operatività una direttiva di Stoccolma alcune fattispecie⁶⁴, oppure, per un altro verso, stabilire norme *ad hoc* riguardanti una serie di procedimenti⁶⁵, lo ha detto, anche in questo caso, in modo espresso.

Ebbene, il fatto che non sia stata prevista – a parte che nell'art. 7, par. 4, della direttiva – alcuna altra norma speciale per i riti negoziati e che questi ultimi non siano stati testualmente esclusi dall'operatività della direttiva pare dimostrare come a essi si applichino tutte le disposizioni previste nella 2016/343/UE.

Non sembra, in definitiva, esservi via d'uscita: l'insieme di questi argomenti pare univocamente portare a una necessaria operatività del criterio decisorio europeo pure nel patteggiamento, di cui pare ora opportuno valutare le conseguenze sul piano interno.

Ad ogni modo, se permanessero ancora dubbi sul punto non rimane che una via: quella del rinvio pregiudiziale di fronte alla Corte di giustizia, finalizzato a chiedere *se gli artt. 2, 3 e 6 e i considerando da 11 a 15 della direttiva 2016/343/UE debbano essere interpretati nel senso per cui essi si applicano anche in un procedimento, come il patteggiamento italiano, in cui il prevenuto chieda direttamente al giudice l'applicazione di una sanzione concordata con la pubblica accusa.*

⁶² V., per tutte, Corte EDU, Sez. III, 12 aprile 2014, *Natsolishvili e Togonidze v. Georgia*, § 91.

⁶³ Si veda, a riguardo, la recente analisi sviluppata dall'organizzazione FAIR TRIALS, *The Disappearing Trial. Towards a rights-based approach to trial waiver systems*, in www.fairtrials.org. Per una sintesi di tale studio, cfr. J. RUSSELL – N. HOLLANDER, *The Disappearing Trial. The global spread of incentives to encourage suspects to waive their right to a trial and plead guilty*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2017, p. 309 ss.

⁶⁴ Ci si riferisce a quelle intricate clausole attraverso cui tutte le direttive di Stoccolma – tranne proprio la n. 343 del 2016 – escludono dal loro ambito di applicazione generale la categoria dei “reati minori”, per quelle fasi in cui essi siano giudicati da un'autorità diversa da una giurisdizione competente in materia penale. Per efficaci considerazioni critiche sul punto cfr., per tutti, V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law After Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford-Portland, 2016, p. 169.

⁶⁵ Si veda, ad esempio, l'art. 7, par. 6, della direttiva 2016/343.

4. Gli effetti dell'art. 6, par. 2, della direttiva 2016/343/UE sul patteggiamento.

Il legislatore eurounitario sembra aver adottato, in punto di criteri decisori, un'impostazione piuttosto diversa da quella fatta propria dal codificatore italiano del 1988.

Difatti, mentre – come si è accennato – la direttiva sulla presunzione d'innocenza ha fissato un'unica regola di giudizio *generale e indisponibile*, applicabile dai giudici ogniqualvolta siano chiamati a irrogare una pena, al contrario, il Codice Vassalli ha considerato possibile creare schemi processuali semplificati⁶⁶ in cui – almeno secondo l'interpretazione fatta propria dalla giurisprudenza maggioritaria e da una parte della dottrina⁶⁷ – operano criteri di decisione meno esigenti⁶⁸.

Pare, peraltro, utile precisare che – stando almeno a quanto affermato dalla Corte EDU – la scelta della direttiva 2016/343/UE non dovrebbe costituire una novità così “rivoluzionaria” per molti altri ordinamenti nazionali, almeno in punto di giustizia contrattata. Come anticipato, infatti, i giudici di Strasburgo hanno espressamente affermato che è diffusa nei sistemi processuali della “grande Europa” la regola – che solo in Italia e in pochi altri Stati non sarebbe vigente – per cui il giudice «*has an obligation to examine the case file before deciding on whether to approve or reject the plea agreement and has to ascertain that evidence provided in the file supports the guilty plea entered or the confession made by the defendant*»⁶⁹.

Se ciò fosse vero significherebbe, allora, che la scelta dell'Unione di rendere applicabile la medesima regola di giudizio, desumibile dalla presunzione d'innocenza, anche nei riti negoziati, potrebbe costituire una sorta di generalizzazione di quanto già, in un certo senso, avviene altrove.

Ad ogni modo, una volta che si giunga alla conclusione per cui l'art. 6 in esame operi anche nel rito concordato, è chiaro che lo stesso andrebbe ad aggiungersi (e a prevalere in virtù del principio del primato del diritto UE) alle fonti interne che disciplinano i controlli del giudice prima di poter accogliere una proposta delle parti.

Di conseguenza, se anche si aderisse alla tesi per cui il combinato disposto tra gli artt. 444, comma 2 e 129 c.p.p. di per sé non consentirebbe di applicare la regola di giudizio ricavabile dalla presunzione d'innocenza⁷⁰, il giudice chiamato a vagliare un *pactum* dovrebbe comunque applicare il criterio dell'*in dubio pro reo* nel patteggiamento,

⁶⁶ Ci si riferisce, com'è ovvio, al patteggiamento, al procedimento per decreto e alla messa alla prova per adulti.

⁶⁷ Cfr. *supra* § 2.

⁶⁸ Merita, invero, precisare che secondo autorevole dottrina (P. FERRUA, voce *Regole di giudizio*, cit., p. 728 e s.) esisterebbe un unico *standard* probatorio, ossia il criterio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio, che però non potrebbe operare nel patteggiamento. *Contra*, per l'esistenza di diversi *standards* probatori, F. CAPRIOLI, voce *Condanna (dir. pen. proc.)*, cit., p. 111; F.M. IACOVELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, p. 632 ss.

⁶⁹ Così, testualmente, Corte EDU, Sez. III, 12 aprile 2014, *Natsvlishvili e Togonidze v. Georgia*, § 67.

⁷⁰ Cfr., in particolare, gli autori citati *supra* alla nt. 22.

in forza di quanto stabilito dalla direttiva 2016/343/UE.

Insomma, se, fino a oggi, la tesi anticognitiva (secondo cui nel rito *ex art. 444 c.p.p.* non avrebbe potuto operare la regola dell'*in dubio pro reo*), si è fondata, soprattutto, sulla mancanza di un richiamo espresso nell'art. 129 c.p.p. ai criteri decisori contenuti negli artt. 529-531 c.p.p.⁷¹, questo argomento non pare essere opponibile nei confronti dall'art. 6, par. 2, della direttiva sulla presunzione d'innocenza. Tale disposizione, infatti, come anticipato, stabilisce, in modo netto, che «ogni dubbio in merito alla colpevolezza sia valutato in favore dell'indagato o imputato, anche quando il giudice valuta se la persona in questione debba essere assolta», andando così a ovviare all'ambiguità, sia del combinato disposto tra gli artt. 444, comma 2 e 129 c.p.p., sia dell'art. 27, comma 2, Cost., per come interpretato – in questo caso, in modo assai restrittivo – dal Giudice delle leggi e da una parte della dottrina⁷².

Del resto, è lo stesso art. 3 della direttiva sulla presunzione d'innocenza (così come l'art. 48 della Carta di Nizza) a essere assai più esplicito della nostra Carta costituzionale, nella parte in cui stabilisce che la presunzione d'innocenza può venir meno solo a condizione che la colpevolezza degli indagati e imputati sia *legalmente provata*.

Nella fonte europea, vi è, insomma, un legame *esplicito e indissolubile* tra venir meno della presunzione *de qua* e "*prove di reità*", che in Italia è sì stato riconosciuto dalla celebre sentenza n. 313 del 1990⁷³, ma pare essere stato mortificato dalla timidezza degli arresti successivi della Consulta e dal diffondersi della tesi anticognitiva maggioritaria.

Certo, ove la giurisprudenza volesse essere sicura della necessità di abbandonare l'indirizzo prevalente, dovrebbe sollevare una seconda questione pregiudiziale (magari subordinata alla prima), avente a oggetto il quesito *se l'art. 6, par. 2, della direttiva 2016/343/UE debba essere interpretato nel senso che esso osti a una disciplina nazionale, come quella contenuta nell'art. 444 c.p.p., che impone al giudice di irrogare una pena anche ove questi abbia un dubbio sulla colpevolezza*.

È peraltro ovvio che anche il formante legislativo dovrà prendere presto posizione su questa problematica: quando sarà chiamato a esercitare la delega parlamentare per attuare la direttiva 2016/343/UE, il governo dovrà valutare se – come effettivamente pare – l'art. 6 dell'atto UE sia rivolto anche al rito *ex art. 444 c.p.p.* e, ove si dia una risposta positiva a tale quesito, se ciò debba comportare per forza una modifica del dettato codicistico.

Non si può, invero, tralasciare il fatto che, secondo l'opinione di autorevole dottrina, una volta immessa una «componente cognitiva» nel patteggiamento, sarebbe necessario alterarne la struttura, «trasformandolo in una sorta di [...] abbreviato dove, pur nella diversità del metodo probatorio, la regola di giudizio è la medesima del rito ordinario (prova piena della responsabilità)»⁷⁴. Il legislatore delegato dovrà, insomma, ben ponderare gli ulteriori riflessi sistematici sulla disciplina del rito *ex art. 444 e ss. c.p.p.*

⁷¹ Si vedano a riguardo le efficaci considerazioni di A. SANNA, *Applicazione dell'art. 129 c.p.p.*, cit., p. 155.

⁷² Cfr. *supra* § 2.

⁷³ V. Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313, cit.

⁷⁴ In questo senso si è, a più riprese, espresso, P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 28.



3/2018

che potrebbe determinare l'applicazione della regola dell'*in dubio pro reo* nel patteggiamento.

A tale riguardo, merita precisare che la direttiva dell'Unione non sembra precludere la strada che passa nel configurare l'applicazione della pena su richiesta quale procedimento in cui vi sia una formale ammissione di responsabilità, che semplifichi l'onere probatorio posto in capo al pubblico ministero e riduca, quindi, il novero delle ipotesi in cui il giudice possa avere un dubbio sulla colpevolezza di un prevenuto.

Non va, infatti, dimenticato che nel considerando 22 della 2016/343/UE si ammette esplicitamente che gli Stati possano stabilire «presunzioni di fatto o di diritto riguardanti la responsabilità penale di un indagato o un imputato», purché le stesse siano confinate entro limiti ragionevoli, siano confutabili e rispettino i diritti della difesa.

Alla luce di questi criteri (soprattutto di quello del rispetto dei diritti della difesa) pare, però, problematico continuare a sostenere – come fa un cospicuo orientamento giurisprudenziale⁷⁵ – che dalla richiesta di patteggiamento possa legittimamente sorgere una vera e propria “presunzione (relativa) di colpevolezza”, fintanto che non sia la legge a stabilire in modo espresso tale possibilità.

Ad ogni modo, non è affatto detto che il legislatore delegato ritenga necessario modificare la disciplina dell'applicazione della pena su richiesta delle parti per attuare l'art. 6, par. 2, della direttiva 2016/343/UE.

D'altra parte, si potrebbe affermare che ciò non sarebbe indispensabile, posto che, già a codice invariato, una parte della dottrina e della giurisprudenza ritengono applicabile nel patteggiamento le regole di giudizio desumibili dalla presunzione d'innocenza⁷⁶. A ben vedere, quindi, letta in quest'ottica, la fonte UE non sarebbe realmente innovativa neppure per il nostro ordinamento, ma avrebbe semplicemente l'effetto di rendere non più sostenibile la tesi maggioritaria sopra descritta, secondo cui la presenza di un dubbio su una causa di non punibilità non impedirebbe al giudice di recepire il *pactum* proposto dalle parti. La direttiva avrebbe, in sintesi, specificato quale interpretazione dare al combinato disposto tra l'art. 129, contenuto dell'art. 444, comma 2, c.p.p., chiarendo che essi devono essere intesi per forza anche come un rinvio alla regola dell'*in dubio pro reo*.

Un intervento chiarificatore del legislatore interno pare però, in ogni caso, preferibile per una ragione precisa: se, infatti, il *novum* rappresentato dalla regola di giudizio contenuta nella direttiva 2016/343/UE sembra determinare un definitivo superamento della tesi anticognitiva, al contrario, non pare che la fonte europea debba necessariamente portare a prediligere la seconda tesi “classica” (per cui in caso di dubbio il giudice del patteggiamento debba prosciogliere), rispetto a quella intermedia del

⁷⁵ Si vedano, tra le moltissime, Cass., Sez. IV, 26 settembre 2017, n. 48312, in *DeJure*; Cass., Sez. III, 17 maggio 2017, n. 39082, *ivi*; Cass., Sez. V, 11 aprile 2017, n. 22248, *ivi*; Cass., Sez. VI, 21 febbraio 2017, n. 16491, *ivi*; Cass., Sez. II, 6 ottobre 2015, n. 41785, *ivi*; Cass., Sez. VI, 2 ottobre 2006, n. 41712, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4240; Cass., Sez. V, 13 dicembre 2005, n. 211, *ivi*, p. 1693.

⁷⁶ Cfr. *supra* nt. 26.

rigetto della richiesta⁷⁷.

A un'analisi attenta, infatti, ci si accorgerà che la direttiva non ha chiarito in modo espresso quale provvedimento debba prendere il giudice nei casi in cui abbia un dubbio (che nel nostro ordinamento – in ossequio all'art. 533 c.p.p. – deve essere “ragionevole”⁷⁸) sulla colpevolezza: essa ha, infatti, solo stabilito che questi è chiamato a valutare in favore del prevenuto tale incertezza, ciò che, in un rito costruito come il patteggiamento, si potrebbe forse sostenere possa avvenire anche nel caso in cui l'organo giurisdizionale semplicemente rigetti l'accordo tra le parti.

Del resto, il concetto di “valutazione favorevole” sembra essere relativo: se, infatti, per un imputato la decisione senza dubbio migliore è l'assoluzione, pare altrettanto vero che anche una pronuncia che rigetti una richiesta di patteggiamento risulta “favorevole” rispetto a una che irroghi direttamente una pena (anche se scontata e richiesta da lui).

Peraltro, un problema potrebbe consistere nel fatto che, ove il decisore rigettasse il “progetto di sentenza” presentato dalle parti, il prevenuto potrebbe subire poi, nel prosieguo della procedura, una condanna più severa (a meno che non fosse possibile recuperare la diminuzione derivante dal rito in sede dibattimentale o in appello): in tal caso, quindi, la situazione di incertezza, che aveva portato a un rigetto del *pactum*, andrebbe in seguito a suo sfavore. Tutto sta, quindi, nel valutare se l'art. 6, par. 2, della direttiva sulla presunzione d'innocenza vada interpretato nel senso che è sufficiente che il giudice valuti il dubbio in favore dell'accusato nel momento in cui è chiamato a decidere (e questa pare la strada preferibile), oppure se tale situazione di incertezza debba per forza giovargli in termini generali.

Vi è, peraltro, un preciso argomento legato ai lavori preparatori dell'atto europeo, che potrebbe avallare la tesi per cui sarebbe compatibile con la direttiva anche consentire il mero rigetto dell'accordo in caso di dubbio.

Non va, infatti, tralasciato che, se il Parlamento europeo aveva proposto di stabilire espressamente che la presenza di un dubbio sulla colpevolezza dovesse portare sempre al proscioglimento, al contrario, il Consiglio UE non ha condiviso tale scelta, poiché l'ha considerata troppo intrusiva negli ordinamenti nazionali⁷⁹: alla fine, una soluzione mediana si è raggiunta proprio mediante l'inserimento della precisazione per cui il dubbio deve andare in favore del prevenuto «anche quando il giudice valuta se la persona in questione debba essere assolta», senza che, per l'appunto, si sia statuito espressamente in che modo ciò debba avvenire.

L'atto UE non pare, insomma, essersi spinto tanto in là da obbligare gli Stati a far sì che i giudici, in caso abbiano un dubbio sulla colpevolezza, debbano per forza

⁷⁷ Cfr. *supra* § 2.

⁷⁸ Sebbene, infatti, la direttiva sulla presunzione d'innocenza, a causa delle resistenze degli Stati in seno al Consiglio UE, non utilizzi l'espressione “ragionevole dubbio”, nel nostro ordinamento, che prevede già tale criterio, pare che il dubbio, per andare in favore del reo, debba comunque raggiungere la soglia della “ragionevolezza”.

⁷⁹ Si veda, sul punto, doc. Consiglio UE, 11112/15, del 29 luglio 2015, p. 8 nt. 7. In dottrina cfr. S. CRAS – A. ERBEŽNIK, *The Directive on the Presumption of Innocence*, cit., p. 31.

prendere la decisione “in termini assoluti” più favorevole per i prevenuti (ossia il proscioglimento), essendo solo chiamati a valutare tale situazione in modo che essa giovi agli accusati.

Così facendo, si è lasciato più spazio alle scelte dei singoli ordinamenti nazionali, che pare poter essere sfruttato proprio nelle ipotesi – analoghe al patteggiamento nostrano – in cui sia possibile configurare una decisione che, pur essendo favorevole all'accusato, costituisca un *tertium genus* rispetto alla dicotomia proscioglimento/condanna.

Sembra, in definitiva, che spetti al legislatore italiano esercitare la sua discrezionalità politica sul punto: questi dovrà stabilire se la presenza di un dubbio (ragionevole) sulla colpevolezza debba portare il giudice del patteggiamento a prosciogliere immediatamente o semplicemente a rigettare la richiesta delle parti.

Gli effetti che derivano dall'applicabilità dell'art. 6, par. 2, della direttiva sulla presunzione d'innocenza al rito *ex art.* 444 e ss. c.p.p. non finiscono, però, qui.

Non va, infatti, tralasciato che l'atto dell'Unione prevede all'art. 10, par. 1, che «gli Stati membri provvedono affinché gli indagati e imputati dispongano di un ricorso effettivo in caso di violazione dei diritti conferiti dalla presente direttiva»; mezzo di ricorso che – come si desume dal considerando n. 44 della direttiva – «dovrebbe avere, per quanto possibile, l'effetto di porre l'indagato o imputato nella posizione in cui questi si sarebbe trovato se la violazione non si fosse verificata».

Il problema sta nel fatto che, a seguito dell'interpolazione del nuovo comma 2-*bis* nell'art. 448⁸⁰, compiuta dalla “riforma Orlando” (l. n. 103/2017), non è più possibile proporre ricorso per cassazione per violazione dell'art. 129 c.p.p. nei confronti delle sentenze negoziate, come oramai hanno ammesso gli stessi giudici di legittimità⁸¹. In una recente ordinanza, infatti, la Suprema Corte ha statuito che «a seguito della nuova previsione, [...] pur continuando a sussistere l'obbligo in capo al giudice [chiamato a vagliare il *pactum*] di pronunciarsi sulla insussistenza di condizioni per proscioglimento, il mancato assolvimento di detto obbligo ovvero il difetto della pronuncia sul punto non può essere fatto valere con il successivo ricorso per cassazione e rimane in concreto non più sanzionabile»⁸².

Ciò, peraltro, sta a significare che i prevenuti sono oggi sforniti di un qualsiasi “rimedio effettivo”, da attivare per i casi in cui il giudice del patteggiamento non applichi del tutto o utilizzi in modo scorretto la regola di giudizio dell'art. 6, par. 2, della

⁸⁰ In merito a tale novella cfr., tra i molti, R. BRICCHETTI, *L'intento della riforma è scoraggiare i ricorsi solo defatigatori*, in *Guida dir.*, 2017, n. 32, p. 57 s.; I. CIARNIELLO, *Impugnazione delle sentenze di patteggiamento: i tradizionali arrêts divengono nuove regole*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 22 dicembre 2017; G. COLAIACOVO, *L'impugnazione della sentenza di patteggiamento*, in *La riforma Orlando*, a cura di G. Spangher, Pisa, 2017, p. 197 s.; L. IANNONE, *Le novità introdotte dalla l. 103/2017 per impugnare e correggere la sentenza di patteggiamento*, in *www.ilpenalista.it*; A. SANNA, *Rimedi agli errori della sentenza negoziata: l'arretramento del controllo giudiziale*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2271.

⁸¹ Cfr. Cass., Sez. II, 11 gennaio 2018, n. 4727, in *Dejure*; Cass., Sez. VI, 8 gennaio 2018, n. 2725, *ivi*; Cass., Sez. II, 20 dicembre 2017, n. 2249, *ivi*.

⁸² In questo senso, cfr. Cass., Sez. II, 11 gennaio 2018, n. 4727, *cit.*

fonte europea⁸³.

Al di là dei (seri) dubbi di legittimità costituzionale che, già sul piano interno, pone questa situazione, visto il *vulnus* – tra l'altro – all'art. 111, comma 7, Cost., non appena scadrà il termine finale per attuare la direttiva 2016/343/UE si porrà il quesito circa la compatibilità dell'art. 448, comma 2-*bis*, c.p.p. anche con quanto, per l'appunto, stabilito dall'art. 10 dell'atto UE, che costituisce una diretta espressione dell'art. 47, par. 1, della CDFUE.

Ebbene, pare che il legislatore italiano, nel momento in cui si troverà a recepire la direttiva sulla presunzione d'innocenza, dovrà tornare sui suoi passi: onde adempiere gli obblighi europei, sarà necessario fornire ai prevenuti il potere di proporre un'impugnazione (che potrebbe ben essere identificata nel ricorso per cassazione) avverso le sentenze di patteggiamento per violazione della regola di giudizio dell'*in dubio pro reo*.

5. Conclusioni.

Come si è visto, manca davvero poco allo scadere del termine finale entro cui gli Stati devono attuare la direttiva sulla presunzione d'innocenza.

Nel frattempo, sembra che i giudici interni debbano già iniziare a interpretare il combinato disposto tra artt. 444, comma 2 e 129 c.p.p. in modo conforme all'art. 6, par. 2, della direttiva *de qua*, garantendo, così, fin da subito, l'applicazione della regola di giudizio ivi contenuta anche nel rito concordato⁸⁴.

Del resto, «un argomento decisivo a sostegno del dovere di orientare immediatamente l'interpretazione al testo e allo scopo perseguito dalla direttiva si può

⁸³ Non sembra, infatti, possibile qualificare quale "rimedio effettivo" per la violazione dell'art. 6, par. 2, della direttiva 2016/343/UE la semplice possibilità di presentare una richiesta di "revisione" (tutt'ora ammessa), tenuto conto – tra l'altro – degli stringenti requisiti, imposti dall'art. 630 c.p.p., per accedere a tale impugnazione straordinaria.

⁸⁴ Ritiene che i giudici nazionali abbiano l'obbligo di interpretare la disciplina interna in modo conforme alle norme *self executing* delle direttive, anche prima della scadenza del termine di recepimento, M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra impulsi europei e resistenze italiane*, Padova, 2018, p. 286-288. In merito a tale problematica cfr. anche ID., *L'obbligo di interpretazione conforme alla direttiva sul diritto all'assistenza linguistica*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 434 ss. *Contra*, però, Avv. Gen. Bobek, *Conclusioni dell'11 ottobre 2016 presentate nella causa C-439/16, Milev*, § 41. Si ricordi, peraltro, che, dal canto suo, la Corte giust., Sez. IV, 27 ottobre 2016, *Milev*, C-439/16, § 32, non ha ripreso sul punto in modo esplicito la precisazione fatta dall'Avvocato generale, limitandosi a ribadire il suo tratatizio (e ambiguo) insegnamento per cui «dalla data in cui una direttiva è entrata in vigore le autorità degli Stati membri e i giudici nazionali devono astenersi per quanto possibile dall'interpretare il diritto nazionale in un modo che rischierebbe di compromettere gravemente, dopo la scadenza del termine di trasposizione di tale direttiva, la realizzazione dell'obiettivo da essa perseguito». Pare, invero, utile precisare che, effettivamente, alcune sentenze della Cassazione si sono già poste il problema della compatibilità di alcuni loro indirizzi con la direttiva 2016/343/UE. Cfr., ad esempio, Cass., Sez. IV, 17 maggio 2017, n. 27545, in *DeJure*; Cass., Sez. VI, 3 maggio 2017, n. 22249, *ivi*. Si è arroccata, invece, dietro alla mancata scadenza del termine per implementare l'atto europeo, Cass., Sez. III, 8 aprile 2016, n. 24823, *ivi*.

desumere dal principio generale di leale cooperazione sancito dall'art. 4, par. 3, TUE»⁸⁵, il quale prescrive che gli appartenenti all'apparato statale adottino «ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione».

Peraltro, anche nell'ipotesi (assai probabile) in cui al 1° aprile 2018 il legislatore interno non abbia effettivamente recepito la direttiva in esame, la giurisprudenza dovrà garantire comunque la conformità dell'applicazione della pena su richiesta rispetto alla regola di giudizio contenuta nell'atto UE, utilizzando lo strumento dell'interpretazione "eurounitariamente orientata".

Difatti, alla luce della direttiva 2016/343, il mancato richiamo espresso alle regole decisorie dibattimentali nel combinato disposto tra artt. 444, comma 2 e 129 c.p.p. non può essere più inteso (come fatto finora dalla giurisprudenza maggioritaria⁸⁶) quale implicito ostacolo alla possibilità di far operare *l'in dubio pro reo* nel patteggiamento. Al contrario, tale silenzio va per forza riempito di contenuto proprio con quanto affermato dall'art. 6, par. 2, della fonte UE.

In assenza di un intervento legislativo, risulta, invece, più complesso rispondere al quesito circa le conseguenze che i giudici, chiamati a vagliare un *pactum*, dovranno far derivare dalla sussistenza di un dubbio (ragionevole) sulla colpevolezza dell'imputato.

Come si è visto⁸⁷, la direttiva non stabilisce in modo testuale che il dubbio debba determinare per forza un proscioglimento, di modo che non sembra preclusa – almeno dall'atto europeo – la soluzione che passa per il semplice rigetto della richiesta concordata di pena, la quale, come accennato⁸⁸, è ostacolata dal fatto che tale ipotesi non è prevista in modo espresso nel codice. Merita, inverò, precisare che la difficoltà testuale *de qua* è, però, stata considerata superabile da parte della dottrina (e della giurisprudenza⁸⁹). Si è, infatti, ad esempio, affermato che «se è vero che l'art. 444 co. 2° non contempla il rinvio degli atti al p.m. nell'ipotesi in discorso, è altrettanto vero che un simile provvedimento non è mai dettato dal codice, neppure in assenza delle condizioni espressamente indicate come necessarie per l'applicazione della pena concordata»⁹⁰.

Non può, d'altra parte, non ribadirsi che la via del rigetto della richiesta è, senza dubbio, la più equilibrata, in quanto consente, da un lato, di non frustrare oltre misura gli effetti deflativi dell'istituto, garantendo un bilanciamento adeguato tra ragionevole durata e presunzione d'innocenza, e, da un altro lato, di evitare che «la pubblica accusa presenti richieste di patteggiamento "suicide", utilizzando in modo improprio ed incontrollato il rito come strumento deflativo»⁹¹, in violazione del canone dell'obbligatorietà dell'azione penale.

⁸⁵ Così, M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale*, cit., p. 287-288.

⁸⁶ Si veda, sul punto, A. SANNA, *Applicazione dell'art. 129 c.p.p.*, cit., p. 155.

⁸⁷ Cfr. *supra* § 4.

⁸⁸ Cfr. *supra* § 2.

⁸⁹ Ci si riferisce alla già citata pronuncia Cass., Sez. Un., 9 giugno 1995, Cardoni, cit., p. 477.

⁹⁰ Cfr. A. SANNA, sub *art. 444 c.p.p.*, cit., p. 2025. Sul punto diffusamente EAD., *Applicazione dell'art. 129 c.p.p.*, cit., p. 162 e s., nonché M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 31 s.

⁹¹ Cfr. S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 202.

Nel caso in cui la direttiva non fosse attuata in tempo, risulterà ancora più complicato risolvere l'ultima problematica sopra descritta, concernente la mancanza nell'ordinamento italiano di un rimedio effettivo, per i casi di violazione dell'art. 6, par. 2, della direttiva 2016/343/UE nel patteggiamento.

L'art. 10, par. 1, dell'atto UE detta, infatti, una norma priva di efficacia diretta, posto che lascia agli Stati una certa discrezionalità nello stabilire quale "effective remedy" mettere a disposizione dei soggetti che vedano leso un diritto stabilito nell'atto UE (anche se, per l'appunto, un rimedio vi deve per forza essere).

Un modo per risolvere l'*impasse* potrebbe essere quello di rivolgersi al giudice delle leggi, al fine di denunciare che l'art. 448, comma 2-*bis*, c.p.p., nella parte in cui impedisce agli accusati di proporre ricorso per cassazione per violazione della regola di giudizio del patteggiamento, risulta in contrasto non solo con alcuni parametri costituzionali interni (tra cui l'art. 111, comma 7, Cost.), ma anche con il combinato disposto tra gli artt. 11 e 117 Cost. e gli artt. 10 della direttiva sulla presunzione d'innocenza e 47, par. 1, della Carta di Nizza.

Se non che si potrebbe replicare che la Corte costituzionale non accoglierebbe tale censura sulla base dei parametri europei appena citati, posto che verrebbe, altrimenti, a usurpare quel margine di discrezionalità politica, che spetta al legislatore interno, nello stabilire quale "mezzo di ricorso" mettere a disposizione dei prevenuti per i casi d'inosservanza dei loro diritti proclamati nella direttiva sulla presunzione d'innocenza.

Un'obiezione di tal fatta, pur giustificata, non pare, però, per forza insuperabile.

A ben vedere, già in passato la Corte costituzionale ha dimostrato, con la celebre sentenza n. 113 del 2011 in materia di "revisione europea"⁹², di essere pronta a rimediare, mediante una sentenza additiva, a una protratta inerzia del legislatore italiano nel conformarsi a un obbligo sovranazionale (in tal caso derivante dall'art. 46 CEDU), che pur era attuabile dalle forze politiche con un certo margine di discrezionalità (inerente al *quomodo*, ma non all'*an* dell'intervento).

Ebbene, non sembra sfornita di fondamento la tesi per cui la Consulta potrebbe effettivamente rompere gli indugi e ragionare in modo simile, anche nel caso in cui il legislatore interno tardasse oltremodo (magari non recependo dei precisi moniti sul punto del giudice delle leggi) ad adempiere l'obbligo, derivante dall'art. 10 della direttiva 2016/343/UE, di fornire ai prevenuti un mezzo di ricorso per i casi in cui sia violata nel rito concordato la regola di giudizio stabilita all'art. 6, par. 2, del medesimo atto UE.

Infine, va ribadito che il governo dovrà valutare attentamente se la necessità di attuare la direttiva sulla presunzione d'innocenza costituisca un'occasione propizia per apportare anche modifiche più strutturali al patteggiamento. Questi potrebbe, ad esempio, riflettere circa l'opportunità di stabilire quale requisito di accesso al rito la

⁹² Ci si riferisce a Corte cost., 7 aprile 2011, n. 111, in www.cortecostituzionale.it. Sulla quale, per tutti, M. GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3308 ss.; L. PARLATO, *Revisione del processo iniquo: la Corte costituzionale "getta il cuore oltre l'ostacolo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 839 ss.



3/2018

presenza di una necessaria ed espresa ammissione di responsabilità del prevenuto⁹³: anche tale scelta potrebbe dimostrarsi, a sua volta, utile per evitare che l'applicazione generalizzata del canone dell'*in dubio pro reo* nell'istituto comporti una riduzione eccessiva dei suoi effetti deflativi, oppure sia la fonte di prassi devianti. Ad ogni modo, non si può non auspicare che la regola di giudizio contenuta nella fonte europea porti ad abbandonare quell'idea di una "giustizia negoziata" a ogni costo⁹⁴, chiaramente espressa dalla tesi anticognitiva. Un'impostazione del genere stride, infatti, con quel messaggio proveniente dalla piccola e grande Europa circa la necessità di effettuare, anche nei riti contrattati, un ben più ponderato bilanciamento tra esigenze efficientiste e diritti fondamentali dell'accusato, non essendo più tollerabile (se mai lo è stato) un (quasi) totale sacrificio delle garanzie in nome di esigenze legate alla ragionevole durata.

⁹³ Pare però utile precisare che, in sede di discussione parlamentare della "riforma Orlando", il legislatore ha confermato, ancora una volta, di non voler introdurre un meccanismo premiale, fondato sulla confessione del prevenuto (ossia la cd. "sentenza di condanna su richiesta", sulla quale cfr., per tutti, G. COLAIACOVO, *La sentenza di condanna su richiesta dell'imputato*, in *Verso un processo penale accelerato. Riflessioni intorno alla l. 67/2014 al d.lgs. 28/2015 e al d.l. 2798/2014*, a cura di A. Marandola-K. La Regina-R. Aprati, Napoli, 2015, p. 139 ss.). Un istituto di tal fatta era, infatti, previsto nella versione originaria del d.d.l. c. 2798, ma è stato presto stralciato. Per numerose critiche nei confronti della "sentenza di condanna su richiesta", cfr. G. CANZIO, in *Atti Camera, XVII leg., Commissione giustizia, Indagine conoscitiva*, seduta 19 febbraio 2015, p. 7; B. MIGLIUCCI, in *Atti Camera, XVII leg., Commissione giustizia, Indagine conoscitiva*, seduta 24 febbraio 2015, p. 13; L. RIELLO, in *Atti Camera, XVII leg., Commissione giustizia, Indagine conoscitiva*, seduta 17 febbraio 2015, p. 12; R.M. SABELLI, in *Atti Camera, XVII leg., Commissione giustizia, Indagine conoscitiva*, seduta 17 febbraio 2015, p. 7; G. SPANGHER, in *Atti Camera, XVII leg., Commissione giustizia, Indagine conoscitiva*, seduta 19 febbraio 2015, p. 13.

⁹⁴ L'espressione è di S. MARCOLINI, *A quali condizioni i negoziati sulla pena sono conformi alla Cedu?*, cit., p. 3497.