

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

**DOTTORATO DI RICERCA
IN
DIRITTO E PROCESSO PENALE**

Ciclo XIX

IUS - 17

DELLA NEGOZIALITA' NEL DIRITTO PENALE

Presentata da: ROBERTO RELLA

Coordinatore Dottorato
Chiar.mo Prof.
GIULIO ILLUMINATI

Relatore
Chiar.ma Prof.ssa
DÉSIRÉE FONDAROLI

Esame finale anno 2008

INDICE

DELLA NEGOZIALITA' NEL DIRITTO PENALE

Della flessibilità della pena su base volontaria

0. Introduzione.

1. Delimitazione del campo di indagine.

1.1 Diritto penale premiale.

1.2 Il rapporto tra il reato e la pena.

1.3 La non punibilità come concetto inclusivo dell'attenuata punibilità.

1.4 La degradazione dell'illecito.

1.5 Contesto politico-filosofico. All'insegna di un nuovo rapporto tra Stato e cittadino?

2. Panoramica degli istituti qualificabili come negoziali.

2.1 Per fare ordine: alcuni tentativi tassonomici.

2.2 Il contenuto della prestazione.

2.3 La polvere sotto il tappeto: una pluralità di scopi per la negozialità.

2.3.1 *À rebours*: le ipotesi di ravvedimento sostanziale.

2.3.2 "Tutto si trasforma e nulla si distrugge": entropie inquisitorie a supporto all'attività investigativa.

2.3.3 La deflazione.

2.3.4 Pratiche simoniache: i condoni.

2.4 Conclusioni.

3. Sulla natura processuale o sostanziale delle ipotesi negoziali.

4. L'amministrativizzazione del sistema penale e il passaggio dal diritto penale (delle garanzie) al diritto sanzionatorio (dell'efficienza).

5. L'ipotesi negoziale per antonomasia: il patteggiamento.

5.1 Antecedenti storici del patteggiamento e sua evoluzione.

5.2 Varianti morfologiche.

5.3 Aspetti critici.

5.3.1 Natura della sentenza di patteggiamento.

5.3.2 La commisurazione della pena.

5.3.3 Il ruolo riconosciuto alla vittima del reato.

5.4 Il *plea bargaining*.

5.5. La *conformidad*.

DELLA NEGOZIALITA' NEL DIRITTO PENALE DELLA FLESSIBILITÀ DELLA PENA SU BASE VOLONTARIA

0. Introduzione.

Nell'anno accademico 2000/2001 si tenne presso l'Università di Bologna un ciclo di incontri organizzati dall'Associazione "Franco Bricola" dal titolo "L'irruzione della negozialità nel diritto penale", che segnò un punto di approdo del dibattito maturato negli anni precedenti su un tema, allora come oggi, poco battuto, soprattutto da parte dei sostanzialisti.

Ai fini del mio lavoro, per *negozialità nel diritto penale*, si intende una categoria comprendente i casi di rinuncia dello Stato a punire o di attenuazione della sanzione prevista¹, a fronte di atti tipici del cittadino (soggetto agente, indagato, imputato), successivi alla commissione di un reato, indipendenti dalla volontà della vittima e precedenti ad una sentenza definitiva.

Rileveranno, pertanto, i soli casi di negozialità verticale; nel caso in cui, invece, l'accordo operi orizzontalmente tra persona offesa e soggetto agente, si parla di *mediazione*, tematica assai vasta, anche se ancora poco esplorata ed esorbitante rispetto all'oggetto di questa ricerca.

Oggetto dell'accordo tra Stato e cittadino sarà, quindi, la non/attenuata punibilità.

Questa accezione stipulativa di negozialità, come fenomeno circoscritto al rapporto del cittadino con il potere pubblico, presenta evidenti profili di interesse in quanto implica una costruzione del tutto nuova di questo rapporto che, per tradizione, proprio nel diritto penale, vedeva esplicitato al massimo grado il ruolo della *pubblica potestà* come *nuda forza*. L'immaginario plurisecolare legato al diritto

¹ Anche Pulitanò (*Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2005, 555) riunisce in un'unica categoria circostanze attenuanti e cause di non punibilità sopravvenute, riunendole sotto l'etichetta di *non punibilità sopravvenuta*.

penale è popolato di supplizi spettacolari, processi sommari e inquisitori implacabili: quanto di più lontano dall'idea di dialogo tra suddito e sovrano.

Stavvi Minòs orribilmente e ringhia

Essamina le colpe ne l'intrata

Giudica e manda secondo c'avvinghia.

Per molto tempo il rapporto con il potere giudiziario (fino all'epoca liberale, inscindibile da quello esecutivo²) non dev'essere stato poi molto lontano da questa raffigurazione dantesca presente nel canto V dell'Inferno, dove il diavolaccio Minosse, all'esito di un rudimentale processo, condanna senza neppure proferire parola, ma solo roteando la coda, dopo aver ascoltato l'anima che al suo cospetto “*tutta si confessa*”.

Ovviamente, il termine *negozio* è mutuato dalla terminologia civilistica che indica con l'espressione negozio giuridico (*Rechtsgeschäft*) la dichiarazione di volontà, esplicita o risultante da un comportamento concludente, diretta a produrre effetti giuridici che l'ordinamento realizza in quanto voluti. L'evoluzione di questo concetto, nato nell'800 in seno alla pandettistica tedesca, è assai complessa e non interessa in questa trattazione, all'interno della quale il riferimento al *negozio* non ha una valenza strettamente giuridica; si tratta, infatti, di una mera suggestione linguistica.

Del concetto privatistico, come prima descritto, sopravvive solo l'idea che la *publica potestas* rimetta l'esercizio della propria potestà punitiva (nell'*an*, nel *quantum* o nel *quomodo*) alla volontà del cittadino anche dopo che questi abbia (o sembri avere) commesso un reato. In alcuni casi si riprodurrà una dinamica assai simile alla conclusione di un contratto (patteggiamento) o comunque vi sarà una formale dichiarazione di volontà da parte dell'indagato (rito abbreviato), in altri

² Si pensi alla definizione ulpiana di *imperium* in rapporto alla *iurisdictio* e a come fossero intesi in rapporto di inscindibilità per quasi tutta l'esperienza giuridica medioevale.

casi, invece, si darà rilievo a qualcosa di molto prossimo al comportamento concludente; rimane però il fatto che per nessuna delle ipotesi negoziali oggetto dell'indagine pare proficuo cercare ulteriori punti di contatto con istituti civilistici.

Lo sforzo sarà, pertanto, quello di evidenziare le caratteristiche di questo fenomeno, per certi aspetti recente, esplorandone le radici e i precedenti storici e tentando di comprendere perché vi si guardi spesso con sospetto.

PARTE GENERALE

1. Delimitazione del campo di indagine.

1.1 Diritto penale premiale.

L'indagine sulla negozialità non può fare a meno di confrontarsi preliminarmente con il tema della premialità. L'attenzione verso gli aspetti premiali del diritto è molto più risalente di quanto non si creda; trascurando, infatti, il risalto che aveva a Roma nel periodo repubblicano³, e concentrandoci sull'evo moderno, si registra un grande interesse in Hobbes, Spinoza, Melchiorre Gioia⁴, Antonio Genovesi, verso i premi e le ricompense previsti dalle leggi al fianco ed in senso opposto alle pene.

Ma cos'è un *premio*? È una reazione ad un'azione buona, a differenza del *castigo*, che potrà essere definito come una reazione ad un'azione cattiva⁵.

Diversamente da quanto accade di solito nel campo giuridico, nella terminologia della filosofia e della sociologia giuridiche si ricomprendono i premi, al fianco delle pene, nel concetto più ampio di *sanzione*: i primi saranno sanzioni *positive*, i secondi *negative*; entrambi, infatti, hanno la caratteristica di operare *ex post* rispetto a un comportamento umano già realizzato⁶, con «*l'effetto di reintegrare l'euritmia perturbata*»⁷. Nell'intero ordinamento giuridico è così possibile

³ Jhering, *Lo scopo nel diritto*, 1877, cap. VII (a c. di M. Losano, Torino, Einaudi, 1972) analizza le onorificenze repubblicane quali la *corona muralis*, *civica*, *castrensis*, *navalis*, disciplinate in maniera assai rigorosa e dettagliata.

⁴ *Del merito e delle ricompense*, 2 voll., Milano, 1818 – 1819.

⁵ Bobbio N., *Le sanzioni positive*, in *Dalla struttura alla funzione*, Edizioni di comunità, Milano, 1977, 34.

⁶ Il termine *sanzione* (*sanctio*) deriva dal verbo latino *sancire*, il quale esprime l'idea che qualcosa sia accaduto e non sia modificabile, anzi, garantito nella sua immodificabilità in maniera quasi sacramentale (n.b. il supino di *sancire* è *sanctum*).

⁷ Maggiore G., *Principi di diritto penale*, vol. I, Zanichelli, Bologna, 1939, 535.

individuare frammenti di un vero e proprio sottosistema, etichettabile come *diritto premiale*⁸ (solo a titolo esemplificativo: art. 34, III Cost.; art. 59, II Cost.) che trova numerosi esempi proprio in ambito penalistico. Sebbene affiancare gli aggettivi *premiabile* e *penale* possa sembrare un ossimoro, non solo il panorama normativo – soprattutto degli ultimi trent’anni – sta a testimoniare il contrario, ma l’accostamento ha precedenti illustri rintracciabili in Beccaria⁹ e in autorevoli penalisti italiani quali il Ferri¹⁰ ed il Maggiore¹¹.

Proprio in relazione al diritto penale, alla luce della definizione di *premio* data poc’anzi, non potremo, ad esempio, ricomprendervi l’indulto, la grazia e l’amnistia. Questi istituti, infatti, seppure si traducano in un vantaggio concesso al reo (estinzione del reato o della pena) non hanno nulla della dinamica sinallagmatica alla base del premio, ma nascono da scelte “altre” adottate dal potere statale (siano esse rimesse al Governo, al Presidente della Repubblica o al Parlamento); si parlerà, in proposito, di *istituti clemenziali*¹².

Altro settore del diritto penale, interamente improntato all’idea premiabile, è quello penitenziario¹³, nel quale il concetto di premio si salda fino a confondersi con la finalità rieducativa; all’estremo opposto stanno poi tutte quelle ipotesi di desistenza o ravvedimento – ispirate alla teoria dei “ponti d’oro” – che interrompono il realizzarsi dell’*iter criminis*.

Si evince allora, già da questi primi riferimenti, come *negozialità* e *premiabilità* non siano concetti perfettamente sovrapponibili. Se, come chiarito all’inizio di questo lavoro, la negozialità interessa la fase precedente alla sentenza definitiva, ma successiva alla perfezione del reato, evidentemente la premiabilità, estendendosi

⁸ Pisani M., *Studi di diritto premiabile*, Milano, 2001.

⁹ *Dei delitti e delle pene*, §XLIV, Feltrinelli, Milano, VIII ed., 2000, 112.

¹⁰ *Sociologia criminale*, vol. II, Torino, 1930, 119.

¹¹ *Principi di diritto penale*, vol. I – p. gen., III ed., Zanichelli, Bologna, 1939, 533 e ss.

¹² Per questi temi: Maiello V., *Clemenza e sistema penale*, ESI, Napoli, 2007.

¹³ Per una contestualizzazione dei benefici penitenziari nel c.d. diritto premiabile vedi Giordano P., *Profili penali della risposta punitiva dello Stato*, in *Cass.pen.*, 1997, 916. Per un quadro più generale: Pavarini M., *Lo scambio penitenziario. Manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva*, Martina editore, Bologna, 1996.

anche alla fase della esecuzione della pena ed alla realizzazione del reato, sarà indubbiamente più ampia.

Per altro verso, invece, negli istituti che partecipano del fenomeno negoziale, non è sempre possibile qualificare l'azione tipica, posta in essere dall'indagato/imputato al fine di ricevere un beneficio in termini di pena, come "meritoria",¹⁴ comportando così una minore estensione di ciò che è premiale rispetto a ciò che è negoziale.

La somma versata a titolo di oblazione o per usufruire di un condono edilizio, ma anche l'abdicazione del diritto a difendersi nel dibattimento a seguito della scelta dei riti speciali disciplinati dal codice di rito, rappresentano solo alcuni esempi sì, di una prestazione fornita dal cittadino, ma che si fa fatica a definire "buona". Sia chiaro, l'accezione di *buono* esula da un parametro meramente morale: l'azione sarà "buona", infatti, nella misura in cui conforme ai valori dell'ordinamento. Se, però, nei casi delle attenuanti collegate alla riparazione del danno o nell'oblazione antinfortunistica non si dubita del valore intrinseco delle condotte sollecitate dall'ordinamento, in molti altri istituti il beneficio ottenuto dal cittadino è solo un modo per indurlo a compiere un'azione utile per determinate finalità individuate dall'ordinamento – una dinamica modellata sulla falsa riga del "*carrot and stick*". In quest'ultimo caso si parla di *incentivi*, i quali, a differenza delle pene e dei premi non presuppongono una norma primaria nel senso hartiano (una norma di condotta che impone un obbligo), ma si tratta di un espediente per ottenere un'azione buona¹⁵; per gli *incentivi* si parlerà di "razionalità rispetto allo scopo", mentre per i *premi* di "razionalità rispetto al valore"¹⁶.

¹⁴ Si segnala lo sforzo di Mantovani F. nel tentativo di elaborare un concetto di premio legato ad effettivi presupposti di merito (*Diritto penale*, IV ed., CEDAM, Padova, 2001, 783 e 784).

¹⁵ Bobbio N., *Verso una teoria funzionalistica del diritto*, in *Dalla struttura alla funzione*, Ed. di comunità, Milano, 1977, 81. Non è questa la sede per affrontare in maniera completa il tema, ma – specularmente – il diritto penale promozionale (Neppi Modona, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del diritto penale*, in *Dem. e dir.*, 1977, 682.) si tradurrebbe in un tipo di normazione per disincentivi. A rompere, però, la simmetria starebbe il fatto che la conseguenza del comportamento difforme da quello consigliato non è un disincentivo, ma la pena: di regola sanzione relativa alla violazione di una norma primaria (in senso hartiano).

¹⁶ Si riprende parzialmente Ruga Riva C., *Il premio per la collaborazione processuale*, Giuffrè, Milano, 2002, 10, pur non condividendo il criterio in base al quale, rileggendo Bobbio, traccia la differenza tra premi e incentivi.

Il premio, in sostanza, porta con sé l'idea di un *quid pluris* rispetto al mero sinallagma; l'azione che viene ricompensata dovrà essere meritoria *ex se*; in questa maniera si evitano anche le accuse di relativismo etico agitate da voci autorevoli¹⁷, in relazione alla previsione di benefici nella commisurazione della pena, per chi ha delinquito.

In definitiva, il concetto di *diritto penale negoziale* si presenterà in guisa di “insieme intersezione” tra la premialità e l'incentivazione e potrà essere inteso come un sottoinsieme del diritto penale premiale solo a patto di farvi rientrare anche il diritto penale incentivante, accogliendo così un'accezione dell'aggettivo “premile” un po' più lata e capace di ricomprendere anche gli *incentivi*, oltre ai *premi* in senso stretto.

Nel tema che andremo ad affrontare, le sanzioni positive a fronte del comportamento tenuto in fase postfattuale dal cittadino, saranno: la non punibilità, l'attenuazione della sanzione, oppure vantaggi relativi alla disciplina dell'iscrizione della sentenza nel casellario giudiziale a richiesta dei privati o riduzioni dei termini per poter chiedere la riabilitazione.

1.2. Il rapporto tra il reato e la pena.

Diventa fondamentale indagare il rapporto che intercorre tra reato e pena. Si tratta di un legame antichissimo e che probabilmente affonda le proprie radici nell'inconscio collettivo¹⁸. Tutte le società hanno conosciuto e conoscono istituti analoghi a quelli che oggi noi indichiamo come *reato* e *pena* ed è impossibile anche solo tentare di fornire una definizione universalmente valida di questi concetti; ci accontenteremo, pertanto, di muoverci all'interno di contesti affini a quello italiano.

¹⁷ Bettiol, *Dal diritto penale al diritto premiale*, in *Scritti giuridici*, CEDAM, Padova, 1966, vol. II, 949.

¹⁸ Jung C.G., *Gli archetipi dell'inconscio collettivo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2004, 69.

L'idea che un reato non possa restare impunito¹⁹ e meriti il giusto castigo è molto antica ed è intimamente connessa con la storica prossimità del penalmente illecito alle violazioni di natura etica o religiosa. Solo con l'apporto fornito dalla tradizione liberale, infatti, si assiste ad una progressiva laicizzazione del diritto penale.

È sufficiente pensare all'Orestea,²⁰ la trilogia di Eschilo dominata dall'imperativo di ripagare un originario atto di ὄβρις dal quale è scaturita una interminabile scia di sangue. Il povero Oreste è perseguitato dalle terribili Erinni che promettono di non dargli tregua fino a che non avrà adempiuto alla vendetta cui è chiamato. Il sangue deve essere ripagato con il sangue. Appare chiaro come nella Grecia arcaica narrata dal tragediografo ateniese, il concetto di *pena* fosse molto diverso dal nostro e si sovrapponesse con quello di *vendetta*²¹, ma al contempo è noto a tutti come anche il concetto di *Giustizia* sia assai mutevole e soggetto al contesto sociale di riferimento. Ed in fondo, anche dopo la monopolizzazione della violenza legale da parte dello Stato, sopravvive forse tutt'oggi l'idea di *vendetta* nella pena inflitta per determinati reati; quando si sentono i parenti delle vittime di delitti particolarmente efferati, chiedere alle istituzioni "giustizia", echeggia l'idea di una "giusta" vendetta²².

Non è un caso che le furiose e vendicatrici Erinni delle Coefore e dell'Agamennone, si tramutino, nell'ultima tragedia della trilogia, nelle benevole Eumenidi, protettrici della città e che l'Areopago, cui è rimesso il compito di giudicare Oreste secondo le nuove leggi della città e non più alla stregua della interminabile catena di vendette, sorgesse in cima alla collina di Ares (dio della guerra) sulle rovine di un antico tempio dedicato proprio alle Erinni.²³

¹⁹ Insolera G. e Stortoni L., *Le vicende della punibilità*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2001, 413 e ss.

²⁰ Ost F., *Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, Il Mulino, Bologna, 2007.

²¹ In greco antico si indicava con *ποινή* indistintamente la vendetta, la pena ed il concetto di retribuzione.

²² Si pone lo stesso interrogativo Stella F., *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, Bologna, 2006, 179.

²³ Ost F., *Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, Il Mulino, Bologna, 2007, 129 e ss.

Oltre ad una dimensione intersoggettiva della pena come vendetta, nella misura in cui si ritiene che ogni crimine offenda anche lo Stato²⁴, non si può escludere del tutto che nella reazione punitiva predisposta contro il reo si celi una forma di vendetta in capo allo stesso potere pubblico; ciò trovava conferma immediata nelle forme di governo monarchiche nelle quali, violando la legge si offendeva direttamente la sovranità del monarca che le aveva emanate, ma probabilmente ancor'oggi non è un dato del tutto trascurabile²⁵. Soprattutto a fronte della commissione di reati contro la personalità dello Stato, o contro l'ordine pubblico nei quali l'attacco è portato direttamente contro gli assetti di potere da parte di singoli o, il più delle volte, organizzazioni che si pongono come portatrici di interessi alternativi a quelli consolidati; specialmente in questi casi la condanna e la conseguente inflizione della pena rappresentano la vittoria dello Stato contro forze ad esso antagoniste e la riaffermazione di valori violati e fatti propri da una determinata *Weltanschauung*.

Anche la tradizione biblica è ricca di spunti dai quali si evince l'impossibilità di sottrarsi alle conseguenze delle proprie cattive azioni (peccato = reato).

Ovviamente, anche il Medio evo, impregnato com'era delle dottrine religiose, non poteva esimersi dal confondere il reato con il peccato e tale commistione si evince con chiarezza già sul piano terminologico: il reato viene indicato indistintamente come *crimen, maleficium, delictum, peccatum*²⁶. Il pulpito rappresentava all'epoca il luogo da cui si irradiavano i precetti religiosi e quelli giuridici; è significativo, a tal proposito l'uso invalso nei territori posti sotto il controllo delle dinastie merovinge prima e carolingie poi, di inviare gli editti del re

²⁴ A chi scrive, preme sottolineare come l'affermazione presente nel testo debba considerarsi svincolata da qualsiasi concezione paternalistica dello Stato, e debba, invece intendersi come salvaguardia dei diritti spettanti ai singoli consociati in quanto membri di una comunità ordinata secondo norme poste dai propri rappresentanti democraticamente eletti. Fatta questa premessa si può individuare, senza paura di generare equivoci, l'offesa allo Stato come lesione dell'oggetto giuridico sostanziale generico del reato secondo la scuola tecnico-giuridica. Si tratterebbe, secondo Gallo M. (*Appunti di diritto penale*, vol. II – *il reato* – parte I – *La fattispecie oggettiva*, Giappichelli, Torino, 2000, 21), dell'interesse dello Stato a conservare le condizioni della propria esistenza.

²⁵ Per un esplicito riferimento vedi Foucault M., *Surveiller et punir. Naissance de la prison* Tr.it., *Sorvegliare e punire. La nascita della prigione*, Einaudi, Torino, 1976, 52 e 53.

²⁶ Marongiu A., *Delitti* (diritto intermedio), in Enc. giur., Giuffrè, VIII.

alle chiese perché ve ne fosse data pubblica lettura²⁷. L'idea (**ipostasi, ipostatizzazione**) sottostante è quella del giudizio universale cui nessuno può sfuggire; basti pensare alla quantità di affreschi e mosaici che affollano le pareti delle cattedrali italiane in cui campeggiano legioni di diavoli pronti a ghermire frotte di peccatori.

Con l'avvento della nuova sensibilità illuministica si pervenne, finalmente, ad una sistematizzazione del rapporto tra reato e pena in termini di proporzione della seconda rispetto al primo²⁸. Ed è merito proprio dell'autorevole voce di Montesquieu, prima e di Beccaria, poi, se si maturò la consapevolezza che la pena debba discendere non dal capriccio del legislatore, ma dalla natura delle cose. La giusta sanzione per un fatto criminoso diviene, allora, quella stabilita dalla legge; la forza concettuale racchiusa in questo precetto è tale da fargli assumere il carattere di dogma. Si spiegano così affermazioni forti che vorrebbero il giudice ridotto a mera *bouche de la loi*, cui fa seguito il tentativo di privare quest'ultimo di ogni discrezionalità, introducendo con il codice penale rivoluzionario francese del 1791 un sistema di pene a tariffa sul modello dei Penitenziali di Beda il Venerabile (VIII sec. d.C.).

Ad esempio, nella *Scienza della legislazione* del celebre illuminista napoletano Gaetano Filangieri, chiaramente improntata, sulla scia di Rousseau, ad una visione contrattualistica, si eguaglia ogni violazione della legge alla trasgressione di un patto, cui deve necessariamente seguire la privazione di uno di quei diritti dei quali l'agente beneficiava in forza di quel patto²⁹. Negli stessi termini si esprime anche Mario Pagano nei suoi *Principi del codice penale*³⁰, il quale, ispirandosi alle leggi di natura, afferma che, come «nel fisico sistema dell'universo la vicendevole resistenza

²⁷ Alessi G., *Il processo penale. Profilo storico*, Laterza, Roma-Bari, 2001, 10.

²⁸ Come sottolinea Foucault (*Surveiller et punir. Naissance de la prison* Tr.it., *Sorvegliare e punire. La nascita della prigione*, Einaudi, Torino, 1976, 79), già nel 1789 la cancelleria del Re di Francia, sintetizzando le indicazioni fornite dai *cahiers de doléance*, aveva stabilito che le pene fossero moderate e proporzionate ai delitti e che quella capitale fosse riservata solo agli assassini.

²⁹ Filangieri G., *Scienza della legislazione*, Napoli, 1785, IV,

³⁰ Pagano M., *Principi del codice penale*, Milano, 1803, 11-12 (a c. di Palombi, Milano, Kluwer-IPSOA, 1998, 241-242).

de' corpi produce la limitazione, ed in conseguenza l'equilibrio e l'ordine», così «*la pena nell'ordine morale è quanto la resistenza nei corpi*»³¹. Nella ricostruzione del sistema penale elaborata da questo glorioso martire della Repubblica napoletana, però, la pena non è frutto di un'impostazione contrattualistica come in Beccaria; la caratteristica dell'illuminismo partenopeo, infatti, era il forte influsso delle dottrine giusnaturaliste seicentesche (filtrate attraverso Vico) che lo mettevano al riparo da visioni utilitaristiche care alle esperienze transalpine³². Proprio in forza di questo richiamo a logiche più “alte”, non è aliena alla mentalità degli illuministi partenopei, neppure una sovrapposizione tra legge e morale: come scriveva Giovanni Tommaso Natale «*la natura ci produce uomini, ma non cittadini*»³³ e questo compito è, infatti, demandato alla legge che diviene così il “carisma” su cui tutto converge e da cui tutto si diparte.³⁴

Questa sorta di automatismo tra fatto criminoso e irrogazione della sanzione, unitamente al fortissimo afflato egualitario che animava le legislazioni europee postrivoluzionarie, probabilmente, contribuì molto a rafforzare ulteriormente l'idea che un reato non punibile o punibile con una sanzione diversa da quella astrattamente prevista, fosse un'eccezione risonante dei vecchi odiosi privilegi tanto faticosamente aboliti. (**Montesquieu e il problema della grazia**)

Non fu aliena da ciò neppure la tendenza, tutta rivoluzionaria, alla creazione di tribunali straordinari per giudicare i misfatti dei nemici del popolo, che senz'altro contribuirono a creare un'idea di ineluttabilità rispetto alla possibilità di sottrarsi alla punizione per le proprie colpe. Colpe che spesso (è bene sottolinearlo) non avevano alcun aggancio giuridico. E non è certamente casuale l'introduzione, con i decreti dell'8-9 ottobre 1789 e del 16-29 settembre 1791, della pubblicità delle udienze, poi travolta dalla reazione termidoriana; essa, infatti, fungeva da fondamentale fattore di amplificazione della funzione di giustizia attribuita ai

³¹ Pagano M., *Considerazioni sul processo criminale*, Milano, 1801, cap. I, (a c. di Palombi, Milano, Kluwer-IPSOA, 1998, 44)

³² Sul punto Palombi E., *Mario Pagano e la scienza penalistica del XIX secolo*, ESI, Napoli, 1989, 32 e ss.

³³ *Riflessioni politiche intorno alla efficacia e necessità delle pene dalle leggi minacciate*, 1772, 56.

³⁴ Armellini S., *Saggi sulla premialità del diritto nell'età moderna*, Bulzoni editore, Roma, 1976, 58.

tribunali rivoluzionari, oltre a costituire l'opposto ontologico del "complotto aristocratico"³⁵.

In questa panoramica, non si può trascurare l'apporto antilluministico di Kant il quale, nella *Metafisica dei costumi*, pubblicata nel 1797, sostiene che la legge penale è un imperativo categorico; guai a colui che si insinua nelle spire tortuose dell'utilitarismo (chiara la critica a Beccaria) per scoprirvi qualche vantaggio, la speranza del quale dissipi ai suoi occhi l'idea della punizione o l'attenui anche soltanto di un grado; infatti, una volta scomparsa la giustizia, non avrebbe più alcun valore che vivano uomini sulla terra³⁶.

Anche l'elaborazione ottocentesca compiuta in seno alla dottrina penalistica italiana e tedesca, non fece che proseguire nella sempre maggiore valorizzazione della pena (del resto la stessa denominazione di "diritto criminale" lasciò gradualmente il posto, in quegli anni, a quella di diritto penale, *droit pénal*, *derecho penal*, *Strafrecht*). Si pensi alle teorie sanzionatorie del diritto penale e soprattutto alla *Teoria delle norme* elaborata da Karl Binding, in base alla quale il precetto (norma primaria) atterrebbe ad un ramo particolare del diritto pubblico³⁷, mentre il diritto penale si comporrebbe solo di precetti secondari – le sanzioni – e si occuperebbe, quindi, delle sole conseguenze giuridiche dei comportamenti vietati o comandati dalle *norme*³⁸.

E del resto, anche le critiche in risposta alla *Normentheorie*³⁹ si tradussero in un rafforzamento del legame tra reato e pena. Infatti, Arturo Rocco confutava la costruzione del Binding, forte delle teorie di Jhering, secondo il quale la giuridicità di una norma dipenderebbe proprio dall'esistenza o meno di una sanzione in

³⁵ Riferimenti in Furet F., *Critica della Rivoluzione francese*, Laterza, Bari, 2004, 62.

³⁶ Il riferimento è tratto da Stella F., *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, Bologna, 2006, 181.

³⁷ Si pensi anche alla teoria elaborata da Ernst Beling, secondo il quale il precetto era già di per sé la norma di diritto pubblico o privato.

³⁸ Per un'esposizione critica di questa teoria vedasi Rocco Art., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Bocca, Torino, 1913, 74.

³⁹ Concezione in base alla quale il diritto penale sarebbe solo composto di sanzioni, mentre i precetti atterrebbero alle altre branche dell'ordinamento.

risposta ad una sua violazione⁴⁰. In questa maniera, il grande penalista italiano saldava indissolubilmente la *pena al precetto*.

Inevitabilmente, in questa concezione, veniva particolarmente accentuato il ruolo del processo penale in chiave esclusivamente servente del diritto sostanziale, cui corrispondeva un rapporto tra i poteri dello Stato assai sbilanciato in favore di quello legislativo ed a discapito di quello giudiziario; del resto, nell'epoca precedente alla rivoluzione francese ed in quella immediatamente posteriore, il processo aveva dimostrato di essere un luogo di ingiustizia, in parte a causa della corruzione dei magistrati ed anche per l'esistenza di pratiche legalmente previste, quali il "*truglio*" (di cui si parlerà più diffusamente a proposito del patteggiamento) nel Regno di Napoli.

Impossibile, infine, non fare un riferimento ad Hans Kelsen⁴¹ ed alla sua *dottrina pura del diritto*, nella quale l'ordinamento giuridico viene distinto da quelli che si basano sull'adesione volontaria alla norma o che si avvalgono di sanzioni positive (premi), perché in esso ogni norma è presidiata da una sanzione negativa.

Anche alla luce di quanto suesposto, la pena assume nel diritto penale una funzione qualificante il sistema stesso; ad esempio, la fattispecie di reato si articola in precetto e sanzione, la distinzione in delitti e contravvenzioni si fonda sul criterio formale del tipo di pena (art. 39 c.p.) ed ancora la gravità del reato viene desunta dalla pena edittale.⁴²

Si parla spesso di sequenza reato-pena⁴³, dove quel trattino tra i due sostantivi esprime proprio lo stretto legame che unisce queste due realtà, quasi la seconda fosse conseguenza necessaria del primo (*nullum crimen sine poena*).

E' necessario fare una premessa sistematica: in questo scritto la punibilità è considerata come una conseguenza del reato e non riducibile ad un elemento dello

⁴⁰ Rocco Art., *Sul così detto carattere "sanzionatorio" del diritto penale*, in *Giur. it.*, 1910, IV, 60.

⁴¹ Kelsen H., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, 1934; trad. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di R. Treves, Einaudi, Torino 1967.

⁴² FARE UN RIFERIMENTO ALLA DEFINIZIONE DI REATO PRESENTE IN PIU' MANUALI

⁴³ Icastico, a tal proposito, il titolo del bel lavoro di Di Martino A., *La sequenza infranta, profili della dissociazione tra reato e pena*, Giuffrè, Milano, 1998.

stesso⁴⁴, come pure autorevolmente sostenuto dai propugnatori di una **teoria quadripartita** dell'illecito penale⁴⁵. Si comprende immediatamente che l'idea della sottoponibilità a pena di un comportamento tipico, antigiuridico e colpevole come di una conseguenza inseparabile dal reato, sia figlia di quel legame prima analizzato, tra reato e pena, espresso in termini di necessità. Impostando la costruzione del reato da un punto di vista sostanziale non si comprende davvero cosa aggiunga e cosa tolga al disvalore del fatto (antigiuridico e colpevole) la possibilità in concreto di sottoporre o meno a pena l'autore. Inoltre, se la non punibilità originaria (artt. 649 o 609 *quater* comma 3 c.p.) può porre dei problemi da questo punto di vista, di certo non incide sul disvalore un evento sopravvenuto quale, ad esempio, la morte del reo.

Non sembra davvero che la sottoponibilità di un comportamento a pena possa costituire il quarto elemento del reato; *in primis* perché per applicare questa categoria si presume che un reato già vi sia e poi perché davvero residuale appare il ricorrere di condizioni obiettive di punibilità per potervi fondare, addirittura, un concetto di applicazione generale⁴⁶. Pertanto, ad avviso di chi scrive, non può che ribadirsi l'estraneità della punibilità alla struttura del reato e di conseguenza, il rifiuto della teoria quadripartita.

La punibilità non fa altro che esprimere una potenzialità; la legge prevede per un determinato fatto una pena che spetterà al processo tradurre in atto. Alcune fratture della sequenza tra reato e pena avverranno durante il processo (procedimento) altre, invece, indipendentemente da esso⁴⁷.

Giuliano Vassalli, in un suo fondamentale lavoro del 1942 affermava: «*la punibilità è data dal concorso di tutti gli estremi richiesti dalle norme del diritto penale*

⁴⁴ Vassalli G., *La potestà punitiva*, Torino, 1942, 12.

⁴⁵ In Italia Marinucci/Dolcini, *Corso di diritto penale*, III ed., Giuffrè, Milano, 2001, 617 e ss.

⁴⁶ In questo senso Donini, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Alla ricerca di un disegno*, CEDAM, Padova, 2003, 350 e ss.

⁴⁷ Pavarini M., *Pene in astratto e in concreto*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Giappichelli, 2000, 349.

sostanziale per l'assoggettamento di una persona alla potestà punitiva dello Stato per uno o per altro titolo di reato»⁴⁸.

Lo Stato pone un comando penalmente presidiato e sebbene il cittadino ponga in essere una condotta difforme, può accadere che il fatto non sia punibile.

Che esistano dei reati non punibili è una realtà. Però, non è affatto semplice tracciare una mappa delle ipotesi nelle quali al fatto integrante un reato non segua la sanzione o questa sia ridotta.

Nel passo citato poc'anzi, si coglie un riferimento esplicito al diritto penale sostanziale, in effetti, negli anni in cui Vassalli scriveva il suo imponente lavoro, le scelte di criminalizzazione erano rimesse al solo legislatore sostantivo; come già evidenziato, al processo, invece, era assegnato un ruolo secondario e servente. Oggi, al contrario, il problema della punibilità – inteso come sempre più legato a quell'intervallo temporale tra violazione della norma penale e sentenza – è spesso affidato proprio ad istituti di natura processuale.

Ed ancora, sempre in questo lasso di tempo tra commissione del reato e sentenza di condanna, il diritto penale si arricchisce di istituti che, oltre a incidere sull'*an* della pena, ne modificano il *quantum*, per ragioni indipendenti da elementi del fatto.

Eliminando le ipotesi di non punibilità originaria quali l'art. 649 c.p. o le (condizioni obiettive di punibilità), non resta che concentrarsi su quella sopravvenuta. Si tratterebbe di situazioni svincolate dal fatto commesso; in particolare, ai fini di questa indagine interessano quelle rimesse all'iniziativa dell'indagato/imputato alle quali segue la non punibilità o una punibilità attenuata.

Tra queste, infine, si tratta di considerare quelle che implicano un accordo del cittadino con il potere pubblico; si escluderanno, pertanto, istituti come la remissione di querela (basata sull'accordo tra le parti), la prescrizione, la morte del reo (fondate su accadimenti indipendenti dalla volontà del giudicabile).

⁴⁸ Vassalli G., *La potestà punitiva*, Torino, 1942, 377.

Viene naturale cercare un aiuto alla definizione della punibilità nel codice penale; purtroppo, però, l'uso che ne fa il legislatore del '30 è eccessivamente ampio e non aiuta per nulla nel tentativo di enucleare un significato univoco per questi istituti. Gli artt. 44, 47, 49, 45, 46, 51 – 54, 85 c.p. stabiliscono solo che non è possibile punire chi versa in determinate condizioni, tra loro del tutto eterogenee ed attinenti ad elementi diversi della struttura del reato.

La punibilità – che Pagliaro⁴⁹ definiva come “*dover essere della pena dopo la commissione del reato*” – finisce così per essere una categoria indistinta, orientata agli effetti e non alle cause, un po' come accade nel diritto civile per l'*efficacia del contratto*: grande conciliabolo, vincolato all'operatività di istituti giuridici differenti, quali la simulazione, la nullità, l'annullabilità o la condizione sospensiva.

1.3 La non punibilità come concetto inclusivo dell'*attenuata punibilità*.

Se è chiaro a tutti cosa sia la non punibilità, sarà utile spiegare cosa si intende per **attenuata punibilità**⁵⁰. Si tratta di un concetto di relazione, scaturente dal confronto con le norme che descrivono la fattispecie e danno rilievo (collegandovi un decremento della sanzione) ad elementi del fatto (le circostanze attenuanti). Ai nostri fini, renderanno il fatto criminoso *diversamente* punibile quelle situazioni successive alla commissione del reato, da esso svincolate e dalle quali si possa fare discendere una modifica della sanzione, applicabile in ossequio alle norme incriminatrici.

Ovviamente, si fa riferimento in questa sede, alla pena stabilita dal giudice con la sentenza di condanna o all'eventuale non punibilità dichiarata in sede di proscioglimento; sono pertanto, estromesse dall'analisi le modifiche subite dalla sanzione in fase di esecuzione.

⁴⁹ Pagliaro, *Profili dogmatici delle cause estintive di reato*, in *Riv.it.dir.pen.proc.*, 1967, 472.

⁵⁰ Francesco Palazzo (*La nuova fisionomia dei riti alternativi premiali*, in *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Giuffrè, Milano, 2007, 49), a proposito della non punibilità e delle svariate circostanze consistenti in comportamenti *post factum* sganciati dalla gravità del reato, le definisce «*due categorie sostanziali capaci di rivoluzionare gli assetti classici della penalità*».

Si tratteranno, quindi, tutte quelle ipotesi di dissociazione totale tra reato e pena o di dissociazione parziale tra pena prevista dalle norme incriminatrici e pena irrogata in concreto⁵¹.

E ancora una volta ci rendiamo conto di non aver scoperto nulla di originale, infatti già Francesco Carrara, dopo aver esaminato i casi in cui una degradazione della sanzione sia conseguenza di elementi del fatto o condizioni individuali dell'autore, si sofferma su quelle *«cause di modificare il castigo che derivano puramente dalle condizioni e dal fine della pena. Cosicchè questa teorica presuppone che possa rimanere nel caso speciale inalterata la quantità del delitto e niente degradata la sua individualità [intensità del dolo o grado della colpa], e debba ciò non ostante alterarsi la misura ordinaria del male destinato per regola a quella specie. Presuppone o almeno lo ammette, che il fatto criminoso esaurisca in sé tutti i momenti morali e fisici per meritare la pena ordinaria; ma pure sorgano cause che impongano di modificare la pena ordinaria benchè non siano modificati i caratteri della delinquenza né materiali, né psicologici»*⁵².

1.4 La degradazione dell'illecito.

Sebbene periodicamente tornino alla ribalta campagne di *law and order* e *zero tolerance*, oggi, l'idea che la non/attenuata punibilità sia confinata nel ruolo di "eccezione" non può più essere accolta; immaginare che la risposta dello Stato al crimine debba essere infallibile e che la retribuzione possa essere assoluta è empiricamente errato⁵³. A ben guardare, spesso queste attese sono incoraggiate dal ruolo di supplenza che, in Italia, svolge la magistratura rispetto ad altre funzioni dello Stato, cui si accompagna l'abnorme quantità di affari penali trattati⁵⁴. Da un lato, si assiste ad un proliferare, prima inimmaginabile, di ipotesi criminose (la

⁵¹ Partendo da questo approccio, teso a ricomprendere unitariamente *assenza* della sanzione e *riduzione* della stessa, si supera, per certi aspetti, l'impostazione adottata da chi, come Di Martino (*La sequenza infranta*, cit.) si è concentrato solo sui casi di frattura netta tra reato e sue conseguenze.

⁵² Carrara F., *Programma del corso di diritto criminale*, PG, vol. VIII, §700, Tipografia Giusti, Lucca, 1871.

⁵³ In questi termini Donini, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Alla ricerca di un disegno*, CEDAM, Padova, 2003, 358.

⁵⁴ Ferrajoli L., *Diritto e ragione*, Laterza, Roma-Bari, 2002, 574.

Gesetzesflut di cui parla Noll⁵⁵) ed al contempo si prende atto dell'impossibilità di perseguire ognuna di esse con lo stesso spiegamento di forze e mezzi⁵⁶.

Un illustre Autore⁵⁷, tra i primi in assoluto in Italia ad esplorare questi temi, ha qualificato – riprendendo il Carrara – come “tecniche di degradazione dell'illecito” tutti gli istituti che consentono di graduare la risposta sanzionatoria non solo in termini quantitativi, ma anche qualitativi. Tale impostazione presuppone la concezione del diritto penale come *extrema ratio* ed obbliga ad immaginare l'illecito penale come parte di un più ampio *diritto sanzionatorio* accanto all'illecito amministrativo ed a quello civile. Le tecniche degradanti, più numerose di quelle negoziali, rappresentano un *genus* rispetto alle seconde e ricomprendono anche la mediazione, le ipotesi di tenuità del fatto (art. 34 d.lgs. 274/2000 innanzi al Giudice di pace e art. 27 D.P.R. 448/1988 nel rito minorile) ed altre tecniche di *diversion*.

Il ricorso al concetto di *degradazione*, rappresenta sicuramente un valido tentativo di inquadrare in chiave sistematica una pluralità di istituti, per certi aspetti assai eterogenei e slegati tra loro; eppure, con particolare riferimento ad alcuni fenomeni negoziali, la lettura in chiave degradante non appaga. Essa, infatti, presuppone una razionalità ordinatrice in capo al legislatore che, tenendo conto della fattispecie concreta possa orientare verso una sanzione più mite per tipologia o per quantità; ebbene, con riferimento al patteggiamento – soprattutto nella sua versione allargata – al rito abbreviato, o al concordato sui motivi in appello davvero non si riesce a cogliere su cosa si fondi la degradazione. E soprattutto degradazione verso cosa?

Per certi aspetti la definizione di “degradazione dell'illecito” pare fuorviante in un sistema come quello italiano che non consente al giudice di modificare

⁵⁵ Noll, *Gesetzgebungslehre*, Reinbeck bei Hamburg, 1973, 164.

⁵⁶ Si veda il fondamentale contributo di Filippo Sgubbi, *Il reato come rischio sociale*, Il Mulino, Bologna, 1990, il quale si sofferma sul proliferare di reati, fino al fenomeno delle c.d. *vedettes* penali, quintessenza della repressione simbolica.

⁵⁷ Donini M., *Le tecniche di degradazione tra sussidiarietà e non punibilità*, in *Alla ricerca di un disegno*, CEDAM, Padova, 2003, 397.

qualitativamente l'imputazione⁵⁸; più che l'illecito (che rimane l'elemento fisso) sembra la sanzione, la parte mobile che degrada. Forse solo per l'oblazione⁵⁹ ed il condono (stando a quanto stabilito dalla Consulta) si può parlare di una metamorfosi del reato in illecito amministrativo, mentre nella messa alla prova o nei riti alternativi al dibattimento, il titolo di reato rimane sempre il medesimo. In questi è assolutamente pacifico che l'illecito non degradi affatto; nel nostro ordinamento, infatti, la depenalizzazione o la decriminalizzazione non riguardano le fattispecie concrete, ma solo quelle astratte e sono pertanto rimesse esclusivamente al legislatore. Sarebbe allora più opportuno – pur senza pretendere di sconvolgere un uso linguistico che inizia a sedimentarsi – parlare di “degradazione della sanzione”.

Eppure, a ben vedere, l'idea di degradazione è utile; infatti, a prescindere dalla qualifica formale data all'illecito penale per il quale si procede, si registra un cambiamento notevole nel modo in cui il legislatore vi si relaziona. E' noto come la differenza tra le varie tipologie di illecito non dipenda unicamente dal *nomen iuris*, ma derivi anche dal procedimento di irrogazione della sanzione⁶⁰; ebbene, nella generalità dei casi (in alcuni in maniera più accentuata e in altri meno) la vicenda processuale viene svilita e ridotta ad una “pratica” amministrativa.

Non è certo questa la sede per tracciare la storia del processo penale ed esaminarne la potentissima carica simbolica che porta seco, ma è chiaro a tutti come in molti degli istituti negoziali oggetto di questa trattazione, l'imputato degradi a soggetto che viene preparato al “trattamento” giudiziario⁶¹: ecco cosa si

⁵⁸ Si vuole dire che, se il fatto sottoposto alla cognizione del Tribunale integra un'ipotesi prevista dall'ordinamento come reato, non sarà possibile per il giudice riqualificarlo (salvo il caso di errata formulazione del capo di imputazione) come illecito civile o amministrativo. Nel nostro ordinamento non è parimenti possibile per il Pubblico ministero dare la qualificazione giuridica di un fatto a proprio piacimento, come accade nel processo statunitense in riferimento al *plea bargaining* o al *guilty plea* in riferimento ai quali la discrezionalità della pubblica accusa nell'esercizio dell'azione penale opera sia nell'*an* che nel *quid*.

⁵⁹ Stortoni L., voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Dig.disc.pen.*, vol. VI, UTET, Torino, 1990, 277.

⁶⁰ Ad esempio, nel dibattito intorno alla natura dell'illecito dell'ente riconosciuto alla commissione di un reato, chi lo riconduce all'alveo penalistico fa leva proprio sul procedimento di irrogazione della sanzione, nel quale la fase giurisdizionale – a differenza di quanto accade nella l. 689/81 – precede l'applicazione della sanzione non costituendo, invece, una fase successiva ed eventuale.

⁶¹ In questi termini si esprime Garapon A., *Bien juger*, 2001, ed. it.: *Del giudicare*, Raffaello Cortina editore, Milano, 2007, 81.

intende quando si parla di “normalizzazione del tipo di autore”. Non più il *pathos* della distanza nel quadrato del tribunale, quello spazio vuoto tra gli attori del processo, non più le toghe, ma l’ufficio del magistrato ed il processo/procedimento che si riduce al “fascicolo” (esattamente come accade nella Pubblica amministrazione)⁶². Ecco la “degradazione” – e sia consentito adoperare il termine anche nella sua comune accezione dispregiativa – operata da un legislatore in balia del funzionalismo e del *law and economics*, troppo facilmente dimentico di come la simbologia del processo penale non sia solo quella delle bianche e sudate parrucche di crine di cavallo, ma la potenza del dialogo democratico nella pubblica udienza⁶³. Appare allora davvero paradossale che oggi si vada all’affannoso inseguimento del dialogo tra cittadino e Stato in queste opzioni negoziali che ne rappresentano solo una sforzata pantomima.

1.5 Contesto politico-filosofico. All’insegna di un nuovo rapporto tra Stato e cittadino?

Per certi aspetti, con particolare riferimento alle non poche ipotesi negoziali destinate ad operare nel processo, è possibile immaginare che il passaggio avvenuto in Italia nel 1988 da un processo misto d’impostazione inquisitoria ad un altro sempre misto, ma assai più sbilanciato verso il modello accusatorio⁶⁴, abbia agevolato il moltiplicarsi di istituti basati sulla volontà dell’imputato.

Ebbene, è necessario fare attenzione a non cadere in questo facile equivoco.

Sebbene proprio nella tradizione angloamericana, culla nell’evo moderno del modello accusatorio, figurino soluzioni alternative al dibattimento fondate sull’accordo tra pubblica accusa e *defendant*, esse devono considerarsi come

⁶² Un grande uomo del passato e massimo giurista al contempo, scriveva: «il pericolo maggiore che in una democrazia minaccia i giudici, e in generale tutti i pubblici funzionari, è il pericolo della assuefazione, della indifferenza burocratica, della irresponsabilità anonima. Per il burocrate gli uomini cessano di essere persone vive e diventano numeri, cartellini, fascicoli: “una pratica”, come si legge nel linguaggio degli uffici, cioè un incartamento sotto copertina, che racchiude molti fogli protocollati, e in mezzo ad essi un uomo essiccato.» (Calamandrei P., *Processo e democrazia*, CEDAM, Padova, 1954, 63).

⁶³ Sul punto vedi Silva Sanchez J.M., *La expansion del derecho penal*, tr. It., *L’espansione del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2004, 43 e 47.

⁶⁴ Donini, *Il volto attuale dell’illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, 254.

contingenze storiche non coesenziali ai sistemi *adversarial*⁶⁵. Il *plea bargaining* – nelle sue diverse morfologie – è espressione della discrezionalità dell’azione penale, ma non sviluppa alcun effetto all’interno della dinamica del processo di parti fondato sulla separazione tra accusa e autorità giudicante, sulla parità di accusa e difesa e sulla pubblicità e oralità del giudizio.

Del resto, non è incompatibile con un processo improntato al modello inquisitorio – nel quale, quindi, il giudice abbia l’iniziativa in campo probatorio, vi sia una disparità tra accusa e difesa e caratterizzato dal carattere segreto dell’istruttoria – la presenza di istituti che lascino alla libertà dell’imputato se scegliere o meno di compiere una delle attività previste dalla legge per usufruire di un beneficio all’atto di commisurare la pena. Anzi, potremmo affermare che *plea bargaining* e *due process of law* configurino modelli processuali non diversi, ma addirittura opposti: il modello amministrativo l’uno, il modello processual-garantista, l’altro⁶⁶.

Si comprende allora, come il reale fondamento degli istituti oggetto di questa indagine sia il rapporto tra Stato e cittadino, il quale avrà senz’altro delle ricadute sul processo, ma non riducibili – come insegna Mirjan Damaška⁶⁷ – all’opzione per un sistema *adversarial* invece che inquisitorio.

Il processo non si accontenta più di indagare una realtà fattuale cristallizzata, ma consente al soggetto agente di incidere sul fatto commesso, quasi fosse una sorta di *ius poenitendi*.

In maniera assai prossima al modello caro al diritto civile, il giudice, nel diritto penale, non svolge solo il compito di sanzionare un comportamento, ma si fa

⁶⁵ Ferrajoli L., *Diritto e ragione*, Laterza, Roma-Bari, 2002, 574. Ferrua (*Studi sul processo penale*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1992, 25) ritiene, per esempio, che l’incoraggiamento a rifiutare il contraddittorio renda la giustizia negoziata lontana anni luce dal modello accusatorio.

⁶⁶ L’affermazione è di Elvio Fassone, riportata da Gialuz M., *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, 393.

⁶⁷ Damaška M., *The faces of Justice and State Authority*, tr. It., *I volti della giustizia e del potere*, Il Mulino, Bologna, 2005, 30 e ss.

promotore (assieme alla minaccia della pena) di una modifica del comportamento del cittadino nella direzione indicata dall'ordinamento.

Allargando lo sguardo oltre i confini del diritto penale ci si accorge che tutto il diritto pubblico, a partire dagli anni '90 è stato stravolto da un'ondata negoziale che ha visto gradualmente sostituirsi il contratto⁶⁸ all'atto amministrativo. Ne rappresentano esempi significativi: la concertazione inaugurata negli anni '90 come nuovo paradigma delle relazioni sindacali, anche le stesse conferenze di servizi in cui il dialogo non è tra cittadino e Stato, ma tra soggetti pubblici, il sostituirsi del contratto o dell'accordo alla concessione amministrativa⁶⁹. È interessante notare come il fenomeno caratterizzi anche la vita politica del paese; si ricorderà il "contratto con gli italiani" siglato dal *leader* della Casa delle libertà Silvio Berlusconi e l'onere di sottoscrivere il programma dell'Unione per poter votare alle "primarie" per la scelta del candidato *premier* che avrebbe guidato la coalizione di centrosinistra nelle passate consultazioni elettorali.

La tendenza dello Stato a porsi nei confronti del cittadino in termini non autoritativi, ma paritari, trova un sostegno filosofico nella *teoria dell'agire comunicativo* di Habermas, il quale (sulla scia di Mohl e Welcker) rintraccia la vera essenza dello Stato liberale di diritto nella *legge* intesa come regola generale e astratta, prodotta con l'approvazione della rappresentanza popolare, in un procedimento contrassegnato da discussione e pubblicità⁷⁰. Il filosofo tedesco, si confronta con il potere politico negli stati moderni e con la secolarizzazione da legittimazioni di natura religiosa (il Sacro Romano Impero) o parentale (le monarchie) ponendosi il problema di come rinvenire una forza legittimante nuova, interna all'ordinamento e diversa dal mero rispetto dell'*iter* di approvazione delle norme. La convinzione sottostante, infatti, è che il diritto si conservi come forza

⁶⁸ Nel diritto amministrativo si registra una forte tendenza verso i modelli di diritto comune. Vedi Mattarella B.G., *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo – Diritto amministrativo generale*, T. I, a c. di Cassese S., Giuffrè, Milano, 2003, 735. Nel diritto internazionale, invece, il contratto tende, ormai, a sostituirsi alla legge: Galgano F., *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 2001.

⁶⁹ Sottolinea questa tendenza alla negozialità anche in altri settori dell'ordinamento Di Bitonto, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Giappichelli, Torino, 2004, 7.

⁷⁰ Habermas J., *Fatti e norme*, Guerini e associati, Milano, 1996, 162.

legittimante solo finchè riesca a funzionare come risorsa di giustizia; tale sorgente, sarebbe, pertanto, destinata ad inaridirsi ove il diritto venisse totalmente e arbitrariamente messo a disposizione della ragion di Stato⁷¹. Per evitare ciò, Habermas immagina che il diritto e il potere vengano cooriginati da quella «opinione in cui molti si siano pubblicamente trovati concordi»⁷². Nel tentativo di tracciare un distinguo tra il potere (*Macht*) e la violenza (*Gewalt*), la Arendt – al pensiero della quale è debitrice la Teoria dell’agire comunicativo – definisce il primo come *il potenziale di una volontà comune che nasce dalla libera comunicazione*; in questo modo il potere legittimo non è più l’equivalente della violenza dei singoli ceduta allo Stato con il contratto sociale, ma qualcosa di nuovo e diverso. In questo contesto trovano rinnovato vigore i diritti liberali di difesa, azionabili non solo orizzontalmente tra i cittadini, ma anche da questi ultimi – verticalmente – nei confronti dello Stato.

Oggi, riprendendo le indagini svolte da Durkheim, possiamo affermare che il diritto si sta emancipando sempre più dal *sacro* e desta meraviglia come, tra tutte le declinazioni del giuridico, ciò accada anche nel diritto penale, che più di ogni altro ramo dell’ordinamento conservava, secondo il celebre sociologo francese, un vivo legame con la religiosità e la trascendenza⁷³. Il contratto, strumento fondamentale del diritto privato borghese, viene ormai elevato a paradigma generale⁷⁴ dei rapporti giuridici ed esprime, proprio nella sua essenza sinallagmatica, la possibilità per tutte le parti di pretendere reciproche prestazioni. Esattamente questa è la logica che ha ispirato la fondamentale sentenza della Corte Costituzionale italiana⁷⁵ con la quale – decretando il superamento della regola *ignorantia legis non excusat* – si è riscritto il DNA del diritto penale nel

⁷¹ Habermas J., *Fatti e norme*, Guerini e associati, Milano, 1996, 173.

⁷² Arendt H., *Vita activa. La condizione umana*, trad. it. Di S. Finzi, Bompiani, Milano, 1989, 147.

⁷³ Durkheim, *De la division du travail social*, tr. It. *La divisione sociale del lavoro*, Comunità, Milano, 1977, 119.

⁷⁴ Habermas J., *Theorie des kommunikativen Handelns*, tr. It. *Teoria dell’agire comunicativo*, Il Mulino, Bologna, 1986, 652.

⁷⁵ Riferimenti anche in Donini, *Il volto attuale dell’illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, 239 il quale parla di “crollo di due pilastri millenari del diritto penale classico”, accomunando il venir meno dell’inescusabilità dell’errore sul precetto e del principio *societas delinquere non potest*.

nostro paese. Con la sentenza n. 364 del 1988, laddove al punto 16 si parla di contropartita contrattualistica tra Stato e cittadino come requisito qualificante il *Rechtsstaat*, si riconosce, ad esempio, efficacia scusante all'errore sul precetto nel caso in cui lo Stato non abbia adempiuto al proprio dovere di rendere conoscibile la norma. Nello stesso senso va anche il superamento della responsabilità oggettiva in luogo di una responsabilità *personale* in quanto *consapevole*⁷⁶. Ecco allora consacrato il valore intimo della democrazia, nella quale «*a mano a mano che si dissolve il consenso religioso di fondo e il potere statale perde la sua copertura sacra, l'unità del collettivo si può stabilire e mantenere come unità di una comunità di comunicazione, vale a dire attraverso un consenso raggiunto in modo comunicativo nella sfera pubblica politica*»⁷⁷.

Fin qui i “padri nobili” che hanno ispirato l'introduzione e incoraggiato il proliferare degli istituti che definiamo *negoziali* e sui quali si stende però, l'ombra lunga di altri modi di sentire e altre filosofie del nostro tempo.

Probabilmente il processo di *progressiva seriazione del soggettivo*, indagato da T. W. Adorno,⁷⁸ in base al quale la società dei consumi ha irrimediabilmente eretto il sistema di produzione a specula attraverso la quale guardare la realtà, può essere un utile punto di vista per comprendere la trasformazione del processo penale, nel quale non è più al centro l'uomo e la sua vicenda umana. Infatti, dietro il dogma della volontà, che sembra coinvolgere l'imputato più di quanto non accadesse prima, si nasconde in realtà un meccanismo più complesso il quale ha il solo interesse di velocizzare la macchina processuale che perde, così, il *proprium* di strumento di accertamento della verità. Il processo e l'imputato sono parte di una catena produttiva seriale nella quale non vi è spazio alcuno per il soggettivo⁷⁹.

⁷⁶ Eusebi, *La privazione della libertà nel diritto penale e la Costituzione*, in *Quest.giust.*, 2004, 479 e ss.

⁷⁷ Habermas J., *Theorie des kommunikativen Handelns*, tr. It. *Teoria dell'agire comunicativo*, Il Mulino, Bologna, 1986, 655.

⁷⁸ Adorno T. W., *Minima moralia. Meditazioni della vita offesa*, Einaudi, Torino, 1994, 3 e ss.

⁷⁹ Sul rapporto tra postmoderno e fine dell'umanesimo vedi Vattimo G., *La fine della modernità*, Garzanti, Milano, 1998, 39; Reale G., *Saggezza antica. Terapia per i mali dell'uomo d'oggi*, Raffaello Cortina Ed., Milano, 1995.

Si avvertono anche gli echi della concezione di progresso elaborata da Arnold Gehlen⁸⁰, il quale lo intende come *routine*; le capacità umane di controllare e incidere sulla natura sono talmente avanzate da consentire all'uomo un potere di pianificazione che rende il nuovo sempre meno "nuovo"⁸¹. Il volere libera; ma questo nuovo modo di concepire il processo penale, facendo perno su *scelte* dell'imputato che sono sostanzialmente delle *non scelte* o scelte obbligate (tale è la sproporzione tra beneficio e rischio o certezza delle conseguenze), libera in realtà solo lo Stato dal senso di colpa per la rinuncia a provvedere alla ricerca della verità nel processo; ricerca che costituisce invece, uno degli attributi della sovranità, rimesso al potere giurisdizionale.

E così, non sono secondari neppure l'apporto del *law and economics* e del pensiero postmoderno. È evidente come gli sforzi compiuti dall'ultimo esponente della Scuola di Francoforte per recuperare lo slancio ideale delle dottrine illuministiche, dei quali è testimonianza la sopramenzionata Teoria dell'agire comunicativo, non siano sufficienti per rimuovere le pulsioni postmoderne scaturenti dalla Nietzscheana presa di coscienza della morte di Dio. D'accordo con Heidegger⁸² nell'intendere l'affermazione contenuta nello *Zarathustra*, come lo smarrimento della dimensione della trascendenza e l'azzeramento totale dei valori ad essa connessi, cui si accompagna una vera e propria perdita di tutti gli ideali, si può leggere l'incentivazione degli istituti che sulla base del consenso portano ad una velocizzazione del processo penale, all'estinzione del procedimento o ad una maggiore facilità nel reperire la prova di quanto sostenuto dall'accusa, come scelte che vanno verso una sensibilità di tipo nichilista.

Il problema è ovviamente molto più ampio e non coinvolge il solo diritto penale, ma il fenomeno giuridico nel suo complesso; nel momento in cui la legge perde il collegamento con la dimensione trascendentale «*il diritto è ormai consegnato*

⁸⁰ Gehlen A., *L'uomo nell'era della tecnica*, SugarCo, Milano, 1984.

⁸¹ Vattimo G., *La fine della modernità*, Garzanti, Milano, 1998, 15 e ss.

⁸² Heidegger M., *Sentieri interrotti*, La nuova Italia, Firenze, 1968, 198 e 200-201.

alla solitudine della volontà umana»⁸³. Il cittadino si rende conto che anche i valori della società di cui fa parte sono collocati in carte costituzionali o accordi internazionali, ossia documenti della volontà umana sempre revocabili o modificabili. Si scopre così che essi non provengono da una fonte universalmente o incondizionatamente valida, ma esistono perchè lo vogliono gli uomini. Anche il vorticoso *turn over* normativo non fa che confermare la “nientità” del diritto, sempre producibile e modificabile dalla volontà umana; in questo quadro il problema della verità – processuale e trascendentale – perde evidentemente qualsiasi importanza⁸⁴.

Preso atto della difficoltà di formulare giudizi di valore universali, ma nell'impossibile rinuncia a proiettare il proprio agire oltre un orizzonte il più possibile lontano, il legislatore sposa i parametri oggettivi dell'economia. Si spiega così la cieca fiducia dei nostri tempi verso la nitida certezza di istituti tesi all'efficienza; essi infatti, paiono sottraibili alla rapida obsolescenza ed all'incertezza. Si spiega, forse, anche per questo – nell'epoca della sensibilità giuridica postmoderna – la fortuna delle dottrine elaborate dalla scuola di Chicago della *law and economics*; viene di nuovo alla mente Adorno: «*gli ordinamenti pratici della vita, che pretendono di giovare agli uomini, determinano, nell'economia del profitto, l'atrofia di tutto ciò che è umano*»⁸⁵.

Consci dei numerosi e sin'ora infruttuosi, tentativi di applicare le teorie dell'analisi economica del diritto al settore penale⁸⁶, ci si rende conto di come l'ambito del processo sia, di contro, molto più sensibile alle sirene dell'efficienza.

⁸³ Irti N., *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2004, 22.

⁸⁴ Irti N., *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2004, 24 e 25.

⁸⁵ Adorno T. W., *Minima moralia. Meditazioni della vita offesa*, Einaudi, Torino, 1994, 36.

⁸⁶ Per tutti, si veda Friedman D., *Law's order*, tr. It., *L'ordine del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2004. le ragioni per le quali non è accoglibile la lettura economica del diritto penale sono molteplici e riconducibili innanzitutto alla cieca fiducia riposta nella razionalità del delinquente e quindi della funzione di prevenzione generale delle norme (in tal senso Mantovani F., *La "perenne crisi" e la "perenne vitalità" della pena. E la "crisi di solitudine" del diritto penale*. In *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, 1173) sottovalutando quello che Paliero (*L'economia della pena. Un work in progress*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, 578.) chiama “*inquinamento etico*”, ineliminabile dal diritto penale. Inoltre, si perverrebbe in molti casi a ritenere più efficiente della responsabilità per colpa o dolo quella a titolo di responsabilità oggettiva, assiologicamente inaccettabile per il diritto penale italiano.

Esso, del resto, nasce originariamente per risolvere una controversia tra lo Stato e il cittadino (il superato concetto di rapporto giuridico punitivo) e la speditezza è insita nell'idea del *procedere*⁸⁷. A controbilanciare la velocità della procedura (assai prossima alla sommarietà) sta – o dovrebbe stare – il sistema delle garanzie a tutela dell'imputato.

Il massimo dell'efficienza sarebbe, infatti, che Tizio, indagato, confessasse immediatamente di aver commesso il fatto ed in forza di questa ammissione gli fosse irrogata automaticamente una sanzione compatibile con una misura alternativa alla detenzione. In questo modo si perverrebbe alla condanna nella totale assenza del processo ed anche l'applicazione della pena sarebbe certamente una delle meno costose per l'istituzione – ricomprendendo in essa anche gli apparati deputati all'esecuzione detentiva.

Gran parte di queste garanzie, che dovrebbero fare da contrappeso alla speditezza del processo, sono mirabilmente riassunte nel Quinto emendamento (1791) alla Costituzione degli Stati Uniti⁸⁸, e proprio lamentando la violazione di detto emendamento, venne sollevata nel 1970 una questione di costituzionalità in ordine al *plea bargaining* innanzi alla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America⁸⁹. Il *petitioner* dubitava dell'incostituzionalità del *guilty plea* perché a fronte della possibilità, optando per il *trial by jury* (dibattimento innanzi alla giuria), di essere condannato a morte, è impossibile pensare che l'imputato abbia scelto *liberamente* di dichiararsi colpevole a seguito di un *plea bargaining*. Questi avrebbe rinunciato al diritto di essere giudicato in un processo ed a tutti gli altri diritti ad esso riconnessi in forza di una sorta di *ricatto* praticato dallo Stato a mezzo della previsione di pene tanto elevate. Ciò che più colpisce nella lettura dell'articolata

⁸⁷ “procedere speditamente” è sinonimo di “procedere bene”.

⁸⁸ “Nessuno sarà tenuto a rispondere per un reato capitale o altrimenti infamante, se non su denuncia o accusa di un Gran giurì, salvo che per i casi che si ponessero presso le forze di terra o di mare o presso la Milizia, quando si trovino in servizio attivo in tempo di guerra o di pericolo pubblico; e nessuno può essere esposto due volte per lo stesso delitto a rischiare la vita o le membra; né sarà costretto in un qualsiasi processo penale a testimoniare contro se stesso, né sarà privato della vita, della libertà o delle proprietà senza un regolare procedimento legale [due process of Law]; né la proprietà privata potrà esser presa per un uso pubblico, senza un giusto compenso”.

⁸⁹ Brady v. United States Sup Ct. 397 U.S. 742 (1970).

motivazione della pronuncia, è la naturalezza con la quale la Corte (in seno alla quale non si registrò alcuna *dissenting opinion*) rigetta la pretesa invalidità dell'istituto e cancella d'un tratto le garanzie costituzionali spettanti all'imputato, avvalendosi della sola analisi economica del diritto. La Corte nella sentenza afferma: «*Il tema di cui ci occupiamo riguarda il diritto penale e la sua gestione, il perchè i guilty pleas non sono costituzionalmente proibiti, perchè lo Stato e l'imputato trovano entrambi vantaggioso limitare la possibilità che si applichi il massimo della pena consentito dalla legge. Per un imputato che veda scarse possibilità di assoluzione, i vantaggi di patteggiare e limitare la probabile pena sono ovvi – la sua posizione è ridimensionata, il percorso correzionale può iniziare immediatamente ed i fastidi legati al processo dibattimentale sono eliminati. Anche per lo Stato ci sono dei vantaggi – la prontezza della sanzione dopo un'ammissione di responsabilità potrebbe raggiungere in maniera più efficace le finalità della pena; inoltre, evitando il dibattimento, le scarse risorse della magistratura giudicante ed inquirente sono riservate a quei casi nei quali c'è un reale dubbio se l'imputato sia colpevole o se l'accusa sia sorretta da prove. Questa è, forse, la reciprocità dei vantaggi che spiega il fatto che ad oggi ben oltre i ¾ delle sentenze penali di condanna in questo Paese siano guilty pleas, in gran parte senz'altro motivati dalla speranza o dalla certezza di una pena inferiore a quella che sarebbe stata stabilita se ci fosse stato un verdetto di condanna all'esito di un processo dibattimentale⁹⁰*». I giudici americani, sostanzialmente, affermano che se l'istituto ha dimostrato di funzionare, significa che è anche costituzionalmente legittimo, infatti, il guilty

⁹⁰ «*The issue we deal with is inherent in the criminal law and its administration because guilty pleas are not constitutionally forbidden, because the criminal law characteristically extends to judge or jury a range of choice in setting the sentence in individual cases, and because both the State and the defendant often find it advantageous to preclude the possibility of the maximum penalty authorized by law. For a defendant who sees slight possibility of acquittal, the advantages of pleading guilty and limiting the probable penalty are obvious-his exposure is reduced, the correctional processes can begin immediately, and the practical burdens of a trial are eliminated. For the State there are also advantages-the more promptly imposed punishment after an admission of guilt may more effectively attain the objectives of punishment; and with the avoidance of trial, scarce judicial and prosecutorial resources are conserved for those cases in which there is a substantial issue of the defendant's guilt or in which there is substantial doubt that the State can sustain its burden of proof. It is this mutuality of advantage that perhaps explains the fact that at present well over three-fourths of the criminal convictions in this country rest on pleas of guilty, a great many of them no doubt motivated at least in part by the hope or assurance of a lesser penalty than might be imposed if there were a guilty verdict after a trial to judge or jury*».

plea consente un notevole risparmio di risorse da destinare ad altri processi più difficili; in altre parole, il sistema chiude in positivo ed il *trade off* delle garanzie si rivela vincente.

2. Panoramica degli istituti qualificabili come *negoziali*.

Gli istituti cui si rivolge questa indagine sono: i procedimenti speciali disciplinati dal codice di procedura penale, il concordato sulla pena e sui motivi in appello (art. 599 c.p.p.), la sospensione condizionale della pena c.d. breve, le obblazioni codicistiche e quelle presenti nella legislazione speciale (artt. 20 e ss. d.lgs. 758/1994; art. 169 d.lgs. 196/2003), la sospensione del processo minorile con messa alla prova, attenuanti legate al risarcimento o alla riparazione del danno, disciplina dei pentiti e collaboratori di giustizia, riparazione delle conseguenze del reato *ex art.* 17 d.lgs. 231/01, condoni.

Si cercherà di compiere una veloce elencazione di questi fenomeni, iniziando proprio da quelli disciplinati dal codice penale. In via principale – perché allocati nella parte generale – vengono in rilievo l'attenuante di cui all'art. 62 n.6, l'oblazione semplice *ex art.* 162 e la sospensione condizionale breve della pena *ex art.* 163 comma 4.

L'attenuante comune di cui al n. 6 dell'art. 62 c.p. prevede due distinte ipotesi, entrambe improntate al *favor reparandi*⁹¹ ed operanti dopo che il reato cui accedono si è già perfezionato.

La prima, di natura schiettamente restitutoria-risarcitoria, si riferisce ai soli reati che cagionino un danno patrimoniale o non patrimoniale, diversamente, la seconda è applicabile solo a quei reati che abbiano cagionato conseguenze diverse da quelle patrimoniali al bene giuridico tutelato dalla norma. Il risarcimento o la riparazione devono essere accettati dalla persona offesa e questo aspetto sembrerebbe in contrasto con quanto da noi sostenuto poc'anzi a proposito della negozialità come fenomeno distinto dalla mediazione. Ciò sarebbe vero se ad integrare la circostanza attenuante non bastasse anche solo l'offerta (purché

⁹¹ Romano M., art. 62, in Commentario

congrua)⁹² da parte del soggetto agente; la non necessità dell'accettazione, così come stabilito dalla giurisprudenza, allontana questa dazione dalle figure riconducibili ad una dinamica ricompositiva tra le parti attraendola, invece, nell'orbita di un interesse più generale pertinente all'ordinamento nel suo insieme⁹³.

Nel codice sono presenti altre fattispecie premiali analoghe, alcune delle quali comportano la non punibilità per il fatto commesso ed altre un decremento di pena; all'interno di questo panorama indistinto è necessario tentare di selezionare le ipotesi rilevanti ai fini della nostra ricerca. Mantenendoci nella parte generale, si è preferito dare rilievo all'art. 62 n. 6 e non alla desistenza ed al pentimento operoso di cui agli ultimi commi dell'art. 56 perché in queste figure il reato non si è ancora perfezionato e pertanto, l'agire del reo si colloca ancora all'interno della fattispecie criminosa.

Inquadrata la categoria della non/attenuata punibilità, si comprende subito come, i casi di attenuazione della punibilità possano portare a confondere figure esterne al reato (strutturato in ossequio alla teoria tripartita) con figure ad esso interne per tradizione, quali le circostanze attenuanti.

Torna, allora, utile un risalente tentativo di scindere le circostanze modificative della pena in "circostanze vere e proprie", consistenti in particolari atteggiamenti o modi di essere degli stessi elementi costitutivi del reato (*circum stantes*), al fianco delle quali vi sarebbero delle "condizioni penali modificative", tese a mutare il diritto di punire già sorto⁹⁴. A tale proposito il Manzini⁹⁵ qualifica come "*circostanze intrinseche*" quelle che «*si riferiscono alla esecuzione o alla consumazione del fatto incriminato, caratterizzandolo come più grave o più lieve e sono quindi anteriori al momento consumativo del reato stesso, o della cessazione della*

⁹² Cass. 23.05.1988 – Castorino, in *Cass. Pen.*, 1990, 689 e Cass. 27.10.1987 – Nazzeo, in *Cass. Pen.*, 1988, 805.

⁹³ Vedi Giunta F., *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, 354.

⁹⁴ Carnelutti F., *Teoria generale del reato*, Padova, 1932, 58; Padovani T., *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, 1988, II, 187 e ss.

⁹⁵ Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1941, vol. I, 551.

permanenza», mentre sono indicate come “estrinseche” quelle che «aggravano o diminuiscono la responsabilità del colpevole per cause che non hanno relazione con la esecuzione o la consumazione del reato e che consistono in relazioni, in fatti od eventi successivi all’esaurimento del reato o altrimenti a questo estranei».

Questo secondo gruppo sarebbe destinato a raccogliere tutte quelle situazioni che, scisse dal fatto e dall’autore, incidono sulla pena a seguito di attività ripristinatorie o di collaborazione con gli organi investigativi; In fondo, a ben guardare, le stesse circostanze attenuanti generiche danno spesso rilievo ad una molteplicità di aspetti legati al contegno osservato dall’imputato durante il processo (confessione).

Del resto, anche quelle norme deputate a fornire una disciplina comune all’applicazione delle circostanze, come ad esempio il primo comma dell’art. 59 c.p., così come modificato in chiave soggettiva nel 1990, non trova giustificazione se applicato alle ipotesi degli artt. 62 n. 6 o 625 *bis* c.p.; per esse, infatti, non si potrà evidentemente porre un problema di conoscibilità al momento del fatto. Lo stesso dicasi in riferimento alla rilevanza del putativo *ex art. 59* ultimo comma⁹⁶.

Ad ogni modo, non si vuole qui contestare l’uso (corroborato dal dato normativo) di raccogliere tutte queste ipotesi sotto l’accezione generale di *circostanze*⁹⁷; vi ostano problemi formali, di tenuta del sistema e vuoti di disciplina che lascerebbero, ad esempio, irrisolto il problema del concorso tra più condizioni modificative (una volta divenuto inapplicabile l’art. 69 c.p.). In definitiva, preme solamente porre l’attenzione, ai fini di questa indagine, su come la struttura di alcune attenuanti sia peculiare rispetto alle altre e spostata nell’area del postfatto.⁹⁸

⁹⁶ Concordano sul punto Vassalli, G., *Cause di non punibilità*, in *Enc.dir.*, Giuffrè, Milano, 1960; Prosdocimi S., *Profili penali del postfatto*, Giuffrè, Milano, 1982, 321.

⁹⁷ Sulla possibilità di considerare la diminuzione del patteggiamento alla stregua di una circostanza vedi Peroni F./Gialuz M., *La giustizia penale consensuale*, UTET, Torino, 2004, 22.

⁹⁸ Prosdocimi S., *Profili penali del postfatto*, Giuffrè, Milano, 1982; Padovani T., *La soave inquisizione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1981, 529 e ss.

Ecco come anche queste ipotesi, formalmente elementi accidentali del reato, possano rientrare nel concetto di “sopravvenuta modulazione della punibilità”, come elementi successivi ed estranei al fatto di reato.

Nella fase postfattuale (e precedente alla sentenza definitiva) il legislatore maneggia fatti umani provvisti di tutti gli elementi del reato, ai quali corrisponde una determinata pena, ma decide di offrire fughe da questa sanzione (a volte addirittura estinguendo il reato) o riduzioni della stessa, in forza degli istituti e delle finalità più diversi. Grande fantasia dimostra il nomoteta nell'ideare meccanismi di riduzione della sanzione; egli *«non solo da per scontato che la punibilità abbia una consistenza autonoma, un valore autonomo, rispetto al reato ma dimostra che la medesima può essere usata per ottenere dall'autore dell'illecito prestazioni utili a fini spesso estranei alla tutela del bene offeso dal reato»*⁹⁹.

Anche il *besonderer Teil* del nostro codice penale annovera alcune ipotesi¹⁰⁰ all'apparenza riconducibili alla condotta riparatoria *post delictum*. Di natura affine all'attenuante del risarcimento del danno sono gli artt. 376 (ritrattazione nei reati di false dichiarazioni), 387 comma 2 (colpa del custode nell'evasione), 463 (impedita circolazione di moneta falsa), 625 *bis* (circostanze attenuanti speciali ei delitti di furto), 641 comma 2 (insolvenza fraudolenta), tutte ipotesi che presuppongono la consumazione del reato e per le quali si potrà parlare di non/attenuata punibilità sopravvenuta.

Non è, al contrario, possibile includere le condizioni di non punibilità previste dagli artt. 308 (cospirazione), 309 (banda armata) e 655 comma 3 (radunata sediziosa) si tratta, infatti, in tutti questi casi, di reati permanenti e le condotte premiate si verificano dopo la perfezione del reato, ma prima che l'*iter criminis* sia esaurito. Non è un caso, infatti, che nelle ipotesi suelencate l'ordinamento preveda per la condotta “antagonista” realizzata dall'agente, l'effetto di elidere la punibilità e non la sola attenuazione di quest'ultima.¹⁰¹ Si

⁹⁹ §4 della sentenza della Corte Costituzionale del 27 ottobre 1988 n. 369 in materia di condono edilizio.

¹⁰⁰ L'elencazione che segue non pretende di essere esaustiva.

¹⁰¹ Sul punto Padovani T., *La soave inquisizione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1981, 529 e ss.

collocano nel novero di queste ultime ipotesi, perché operanti nella permanenza del reato e non nel postfatto, anche le attenuanti di cui agli artt. 289 *bis* comma 4 (sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione) e 630 commi 4 e 5 (sequestro di persona a scopo di estorsione). Preme sottolineare, però, come i commi 4 e 5 dell'art. 630, che riconoscono un'attenuante al dissociato che si adopera per restituire la libertà alla vittima o fornisca un apporto all'autorità giudiziaria o di polizia per catturare o individuare i correi, abbiano natura anfibia¹⁰². Essi, infatti, (e il comma 5 in particolare) possono operare tanto nella permanenza del reato, quanto dopo.

L'art. 630, prima ed il 289 *bis* c.p., poi, assieme al d.l. 625/1979 (conv. in l. 15/1980), costituirono tra la metà degli anni '70 ed i primi '80, un fondamentale precedente legislativo che ha rappresentato il seme dal quale è germogliato quel frondoso albero filogenetico¹⁰³ che porta fino all'attuale legislazione premiale dei pentiti e dei dissociati. Non può non colpire l'atteggiamento dello Stato italiano che, negli "anni di piombo", con la mano destra praticava la politica dura del muro contro muro, decidendo di non trattare con i gruppi sovversivi, mentre con la sinistra elargiva premi per la collaborazione processuale¹⁰⁴. Ovviamente l'indagine sul perché di queste scelte è assai complessa e verrà parzialmente ripresa in seguito; pare utile, però, sottolineare come la stessa situazione si sia verificata in Spagna dopo il 1978, dove il proliferare di fattispecie premiali a fronte di un inasprimento sanzionatorio e della proliferazione dei reati, ha fatto pensare ad una "*verdadera patología mental de doble personalidad*"¹⁰⁵.

¹⁰² Si rimanda alle difficoltà registrate nel tentativo di separare i casi di *ravvedimento sostanziale* da quelli di *ravvedimento processuale*; vedi in proposito Ruga Riva C., *Il premio per la collaborazione processuale*, Giuffrè, Milano, 2002, 14.

¹⁰³ La *filogenesi* è la ricostruzione dei rapporti di parentela dei gruppi sistematici degli organismi viventi (specie o categorie ad esse superiori), dal momento della loro comparsa fino al momento attuale o a quello della loro estinzione. La rappresentazione grafica di queste relazioni costituisce i cosiddetti *alberi filogenetici*. Il concetto, tratto dal campo delle scienze biologiche, pare utile ai nostri fini.

¹⁰⁴ Domenico Pulitanò parla, icasticamente, di "modello *a forbice*" (*Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2005, 576).

¹⁰⁵ Barona Vilar S., *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Valencia, 2004, 191.

Anche nella legislazione speciale è facile reperire altre ipotesi di incentivi alla riparazione del danno, alla desistenza o alla collaborazione processuale investigativa e molte presentano la medesima collocazione equivoca, ora esaminata, a cavallo tra consumazione e postfatto; tra questi: gli artt. 73 comma 7 e 74 comma 7 d.lgs. 309/90 in materia di stupefacenti, ma anche nel campo del diritto penale economico il pagamento del debito tributario *ex art. 13 d.lgs. 74/2000* o la riparazione ai sensi dell'art. 14 nei casi di estinzione per prescrizione del debito, costituenti due attenuanti di applicazione generalizzata nel sottosistema in questione; altri esempi sono offerti dal diritto penale societario, come rimodellato dal d.lgs. 61/2002, ove figurano gli artt. 2627, 2628 e 2629 c.c. nei quali, alla restituzione degli utili indebitamente percepiti per la ricostituzione del capitale sociale o delle riserve e per il risarcimento del danno patito dai creditori, segue addirittura l'estinzione del reato.

Tornando alla parte generale del codice, deve darsi conto della nuova ipotesi estintiva introdotta nel 2004 con la novella n. 145 che, aggiungendo un quarto comma all'art. 163, ha dato vita ad una *species* inedita della **sospensione condizionale della pena**. Questa, sottoposta al limite oggettivo di un anno di pena (e perciò definita "*breve*"), è però condizionata alla riparazione integrale del danno o allo spontaneo ed efficace adoperarsi del responsabile per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato.

Prima di questo intervento del legislatore, non sarebbe stato possibile, alla luce dei parametri esaminati fin'ora, annoverare la sospensione condizionale tra gli istituti negoziali; infatti, con riferimento alla sospensione tradizionale, i presupposti per la concedibilità non erano rimessi alla volontà dell'imputato, ma consistevano in elementi preesistenti, valutabili dal giudice o (in via solo eventuale) negli adempimenti di cui all'art.165 c.p., rimessi alla sua libera discrezionalità. Peraltro, non può passare inosservato come negli anni, l'elenco di questi obblighi condizionanti la concessione del beneficio sia andato allungandosi (prima con la l. 689/81 e poi con la l. 145/04), fino a ricomprendere la prestazione di

attività non retribuita a favore della collettività¹⁰⁶. Ciò in teoria, poichè la discrezionalità lasciata al giudice si è tradotta nella tacita abrogazione di detti obblighi; nella prassi, infatti, si ha la chiara percezione che l'istituto sia di applicazione automatica ogniqualvolta la pena irrogata si mantenga nel *range* sanzionatorio previsto¹⁰⁷.

L'ipotesi di cui al quarto comma, invece, pone come vincolanti gli adempimenti risarcitori o restitutori, rendendo ancora più stretto il vincolo tra questi e il beneficio¹⁰⁸. In questo modo l'effetto della sospensione della pena – classico caso di fattispecie a formazione progressiva, nella quale il risultato estintivo si raggiunge solo rispettando certi parametri, in un momento successivo alla concessione del beneficio – risulta essere doppiamente condizionato. Da un lato – tradizionalmente – al fatto che il condannato non commetta un altro reato nei termini previsti, dall'altro, agli adempimenti di cui sopra¹⁰⁹.

La scelta di vincolare la sospensione della pena ad adempimenti particolari, tesi ad attenuare o rimuovere le conseguenze del reato, va facendosi sempre più strada nel diritto penale italiano; il nuovo testo unico in materia ambientale, emanato con il d.lgs. n. 152 del 2006, ne fa largo uso condizionando (a discrezione del giudice¹¹⁰) la sospensione della pena ora alla bonifica del sito inquinato, ora al risarcimento del danno, o agli interventi di messa in sicurezza o al ripristino¹¹¹.

¹⁰⁶ Per alcune considerazioni assai poco consolanti sul lavoro di pubblica utilità vedi Dolcini E., *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, in *Riv.it. dir.proc.pen.*, 2006, 107.

¹⁰⁷ Fiandaca G./Musco E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2000, 748.

¹⁰⁸ La novella del 2004, inoltre, ha introdotto l'obbligatorietà degli adempimenti di cui agli art. 165 c.p. qualora la sospensione venga concessa a persona che ne ha già usufruito.

¹⁰⁹ Inoltre, si segnala come, sempre ad opera della novella del 2004, decorso un anno dalla concessione della sospensione, assieme all'effetto estintivo del reato si ottiene automaticamente anche la riabilitazione per lo stesso fatto *ex art.* 179 comma 5.

¹¹⁰ Come tutte le scelte lasciate alla libera valutazione del giudicante, anche questa lascia perplessi. Infatti, non si comprende cosa guiderà la condizionabilità alla bonifica o no. Potrebbe addirittura verificarsi la situazione paradossale in cui il giudice rinunci a condizionare la sospensione alla riduzione in pristino proprio in quei casi più gravi nei quali il danno arrecato all'ambiente sia di tale portata da non potervi porre rimedio. Rimane così quella stessa indeterminatezza che aveva condannato il precedente normativo di questa particolare sospensione condizionale, abbozzato nell'art. 24 della l. 319/1976 (c.d. legge Merli).

¹¹¹ Ramacci L., *Diritto penale dell'ambiente*, CEDAM, Padova, 2007.

Il contenuto della prestazione richiesta all'imputato è analogo a quello disciplinato dal già esaminato art. 62 n. 6 e non richiede, quindi, particolari osservazioni; oltretutto, che il giudice si possa trovare a valutare due volte il risarcimento non pone alcun problema di *ne bis in idem* sostanziale, infatti, a differenza di quanto accade per il caso delle circostanze attenuanti e del 133 c.p., qui il giudice prende sì in esame lo stesso fatto, ma lo fa in due momenti e con finalità assai diversi: ai fini della commisurazione della pena, prima e al fine di valutare le sorti di quella pena già determinata, poi.

Rimanendo ancora con lo sguardo sulla parte generale del codice, si era fatto riferimento all'**oblazione**, sulla quale si tornerà diffusamente nei capitoli successivi. Questo istituto, seppure risalente, ha dimostrato negli anni, non solo grande capacità di resistenza, ma, arricchito di alcuni strumenti, ha saputo prestarsi benissimo alle esigenze della *nouvelle vague* negoziale. Nelle pur svariate morfologie dell'oblazione che, ormai, l'ordinamento italiano offre, è sempre il cittadino imputato a chiedere di estinguere il reato a fronte (nella fattispecie base) del versamento di una somma di denaro; è, quindi rimessa alla sua volontà la possibilità di estinguere la contravvenzione, oppure affrontare il processo.

Ed ancora, ai nostri fini, sono di grande interesse le politiche italiane dei **condoni** nelle materie più diverse: da quella tributaria, a quella previdenziale, fino a quella edilizia. Anche questo tema verrà trattato diffusamente in seguito con particolare riferimento al fenomeno del condono edilizio.

Il 1988, poi, rappresenta un anno fondamentale; con il nuovo codice penale e con la legge regolatrice del processo minorile, si ha infatti la consacrazione processuale del modello negoziale, che si arricchisce del copioso strumentario di riti alternativi al dibattimento, tra i quali spicca il patteggiamento, ormai evoluto verso una forma più matura e ampia rispetto alla versione *in nuce* abbozzata nella l. 689/81, il concordato sui motivi in appello e la messa alla prova per gli imputati minorenni.

Infine, il modello negoziale ha continuato a ispirare altri istituti della legislazione penale anche nel terzo millennio, quali quelli previsti dal d.lgs. 74/2000 in materia tributaria, l'art. 35 del d.lgs. 274/2000 istitutivo del Giudice di pace penale, con il quale si riconosce efficacia estintiva del reato alle condotte riparatorie, l'art. 17 del d.lgs. 231/01 che esonera l'ente dall'applicazione delle temutissime sanzioni interdittive ove si sia adoperato per riparare le conseguenze del reato; la già menzionata bonifica dei siti inquinati come condizione per poter usufruire della sospensione condizionale di cui al Codice dell'ambiente – d.lgs. 152/2006.

2.1 Per fare ordine: alcuni tentativi tassonomici.

2.2 Il contenuto della prestazione.

La rapida panoramica degli istituti inquadrabili come *negoziali* è passibile di essere suddivisa in numerose categorie in base ai più diversi criteri ordinatori. Innanzitutto, esaltando le suggestioni linguistiche con il contratto, di cui si è già detto, può tentarsi una catalogazione sulla base del contenuto della prestazione richiesta al cittadino da parte dello Stato. Si avranno così prestazioni di

- a. *dicere*,
- b. *facere*,
- c. *dare*,
- d. *renuntiare*.

Comporteranno un obbligo di *dicere*: la posizione di pentito e di collaboratore di giustizia; consisteranno in un *dare*: l'oblazione di cui agli artt. 162 e 162 *bis* c.p., i condoni, le attenuanti legate al risarcimento del danno; *renuntiant* a un proprio diritto tutti coloro i quali ricorreranno a uno dei riti speciali di cui al libro VI del c.p.p. o al concordato sui motivi; infine, alla categoria del *facere* saranno riconducibili tutte le ipotesi nelle quali il cittadino ponga in essere un'attività materiale consistente in una condotta riparatoria al fine di

beneficiare della conseguente diminuzione di pena prevista, vi ricadranno parimenti le oblazioni disciplinate dalle leggi speciali, nelle quali l'elemento caratterizzante non è certo il pagamento di una somma di denaro, ma la prestazione tesa ad adeguarsi a quanto richiesto dalla norma violata. “*Do ut des*”. La prestazione offerta dallo Stato in cambio di queste condotte è sempre la medesima: la riduzione o l'esclusione della pena o degli effetti ad essa collegati. Posto che tutte le ipotesi negoziali oggetto di esame abbisognano del processo e della sentenza di condanna o di proscioglimento per poter esplicare i proprii effetti, ve ne sono alcune per le quali il momento processuale non è solo il momento in cui produrre l'effetto, ma rappresenta una componente strutturale ed ineliminabile.

Tutte le ipotesi contenenti una prestazione di *dicere, dare* (ad eccezione dei condoni e delle attenuanti per il risarcimento del danno) e *renunciare* sono inscindibili dal procedimento-processo, mentre quando l'attività posta in essere dal cittadino rientrerà in una di quelle individuate sotto la categoria del *facere* essa potrà venire realizzata anche fuori del processo e addirittura prima dell'instaurarsi del procedimento.

La scansione delineata sulla base del contenuto della prestazione presenta l'indubbio vantaggio di essere piuttosto chiara e di immediata comprensione, al contempo, però, poco o nulla dice in ordine alle finalità degli istituti ivi incasellati.

2.3 La polvere sotto il tappeto: una pluralità di scopi per la negozialità.

Tanto premesso, un'altra possibile tassonomia potrebbe essere orientata alla *ratio* degli istituti.

Analizzandoli, si percepisce quasi subito che in molte ipotesi, gli interessi sottesi all'introduzione di questi istituti sono i più diversi e che spesso ogni fattispecie ne riunisce un fascio. Si rintracciano le finalità:

1. deflattiva,
2. di risarcimento alla vittima,

3. di conformazione all'obbligo violato, con annessa finalità oggettivamente preventiva,
4. di supporto all'attività investigativa,
5. di "fare cassa".

Questa scansione è inedita e potrà, forse, essere poco tassativa, ma è sembrato impossibile, a chi scrive, ridurre la suelencata polifonia teleologica alla visione di autorevole dottrina¹¹² che circoscrive il nuovo ruolo riconosciuto oggi alla punibilità alla stregua di una "scatola di compensazione" tra la finalità di autoriduzione dell'ordinamento e l'esigenza di ridefinire i conflitti sociali secondo paradigmi compensativi.

Ebbene, tutti questi scopi perseguiti dal legislatore penale obbligano l'interprete ad una riflessione, poiché sotto certi aspetti sconvolgono o comunque modificano profondamente il *τέλος* del diritto penale e le funzioni della pena.

2.3.1 *À rebours*: le ipotesi di ravvedimento sostanziale.

Sarà bene analizzare per prime le finalità di cui ai punti 2 e 3, per le quali è di immediata percezione l'effetto positivo nei confronti della vittima. Queste condotte non devono essere confuse con epifanie mediatorie, ancora assenti – a torto o a ragione – nel nostro ordinamento, poiché hanno rilevanza a prescindere dall'accordo raggiunto con la vittima, e possono essere meglio identificate come le "ipotesi del ravvedimento sostanziale"; in tutte queste ipotesi, il vantaggio offerto al cittadino sarà in genere l'attenuazione della pena, oppure la non punibilità.

Vi è stato chi¹¹³ ha rintracciato nelle diverse fattispecie ad effetto estintivo o attenuante a seguito della riparazione, tre linee di sviluppo comuni: A) la condotta antagonista rispetto al reato avrebbe una finalità **generalpreventiva** perché lo scopo politico-criminale sarebbe in sintonia con la logica di tutela svolta dalla norma

¹¹² Piergallini C., *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1957.

¹¹³ Giunta F., *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, 345.

infranta; B) sarebbero chiara espressione di una ridotta antisocialità rispetto al momento del fatto e soddisferebbero una finalità **specialpreventiva.**; C) avrebbero delle ricadute in termini di **deflazione processuale.**

Ci permettiamo di precisare che concordiamo con il punto A) solo a patto di fare riferimento all'accezione positiva della generalprevenzione. Certamente l'attivarsi del reo – assieme al risultato concretamente realizzato – per elidere gli effetti della sua condotta antiggiuridica contribuisce alla realizzazione della pacificazione sociale (*Befriedungseffekt*), cui dovrebbe tendere lo stesso diritto penale, tanto a livello microsistemico (la vittima) che a livello macrosistemico (le vittime di altri reati analoghi e la *sanior pars* della società) per il quale ultimo si può parlare di “prevenzione-integrazione”¹¹⁴. In ordine al punto C) – come già sottolineato a proposito di alcune fattispecie penali societarie di nuova introduzione – dalle scelte fatte dal legislatore si evince la recente indubbia predilezione per il modello che al risarcimento o alla riparazione, fa seguire l'estinzione del reato e non la mera attenuazione della pena; sarà, quindi, possibile associare una finalità deflattiva solo nel primo caso, visto che nel secondo il procedimento proseguirà.

Preme sottolineare come la riparazione delle conseguenze del reato, non sia vista necessariamente da tutti come uno strumento da incentivare, innanzitutto perché spesso a risarcire il danno è l'assicurazione e non l'imputato e poi perché la comminatoria edittale, alla lunga, rischia di perdere credibilità¹¹⁵.

In relazione alla prima obiezione, per i casi (frequenti in verità) in cui la somma da versare a titolo di risarcimento sia pagata da un terzo coobbligato per contratto, si perde l'aspetto positivo legato al sacrificio economico sostenuto dall'imputato per risarcire la vittima del danno patito. Così facendo, delle tre linee guida dei rimedi riparatori suelencate, si perde il dato caratteristico della

¹¹⁴ Roxin K., *Strafrecht*, 50 in vedi anche De Simone, *La pena: caratteristiche e finalità*, in Canestrari/Cornacchia/De Simone, *Manuale di diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2007,

¹¹⁵ Giunta F., *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, 343 e ss.

specialprevenzione intesa come risocializzazione, residuando solo la generalprevenzione positiva (in quanto comunque i valori della comunità sono riconfermati) e – nei casi in cui dalla condotta risarcitoria derivi l'estinzione del reato – l'effetto deflattivo.

La Corte Costituzionale¹¹⁶ con la sentenza nr. 138 del 1998 – aderendo all'orientamento giurisprudenziale, allora assolutamente minoritario – ha stabilito che l'attenuante di cui all'art. 62 n. 6 ha natura oggettiva, spazzando via, così, ogni possibilità di recuperare in riferimento alla diminuzione in discorso, una finalità specialpreventiva: il risarcimento conta solo nella sua idoneità a reintegrare la *deminutio* subita, prescindendo dal soggetto che vi ha provveduto.

Ai nostri fini, saremo, evidentemente, fuori dall'orbita negoziale e *a fortiori* da quella premiale, tutte le volte in cui il risarcimento sarà pagato alla vittima da un terzo, poiché in queste fattispecie non emerge alcuna condotta attiva da parte dell'autore¹¹⁷. L'opzione interpretativa fatta propria dalla Consulta, pare riconoscere un ruolo primario agli interessi della vittima, assecondando in questa maniera un nuovo sentire che, dopo aver abbandonato l'impostazione dei codici Rocco, pensati interamente attorno all'imputato, riconosce nuovi spazi alla persona offesa. Infatti, non si comprende, altrimenti, quale sia la *ratio* giustificatrice dell'attenuante, soprattutto in tutti i casi in cui il risarcimento sia il risultato di un'obbligazione contrattuale insorta proprio per porre rimedio a quella classe di eventi. In questa serie di ipotesi il risultato ristorativo parrebbe un effetto automatico verificantesi a prescindere dall'attivarsi del responsabile; inoltre, rimanendo tagliate fuori tanto la generalprevenzione quanto la specialprevenzione, l'interpretazione dell'attenuante risarcitoria esclusivamente *ex parte victimae* parrebbe ridursi ad un "pretesto giustificativo" in grado di salvare la norma

¹¹⁶ Pubblicata in *Dir. pen. e proc.*, 1998, 834; *Foro it.*, 1998, I, 2060; si veda anche la nota parzialmente critica di Bisori L., *Appunti per un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'attenuante del risarcimento del danno*, in *Cass. Pen.*, 1999, 395.

¹¹⁷ In ambiente tedesco sembra darsi alla riparazione rilievo soggettivo e non oggettivo, il secondo, infatti, non sarebbe in grado di elidere la *ratio puniendi*; vedi Lüderssen K., *La prospettiva della riparazione*, in *Il declino del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2005, 34.

oggetto del sindacato. Sarà, pertanto, la pena intesa come retribuzione rapportata al danno provocato¹¹⁸ l'unico supporto teorico in grado di giustificare l'interpretazione oggettiva della diminuzione in discorso: a fronte dell'elisione degli effetti dell'agire criminoso non ha più senso la punizione, se intesa hegelianamente, come negazione della negazione del diritto. Ma allora, come spiegare quelle ipotesi come l'art. 62 n. 6, l'effetto delle quali sia solo un'attenuazione della pena in luogo della non punibilità? Scartata dalla Consulta la specialprevenzione e constatata l'insufficienza della teoria retributiva, non resterebbe che qualificare, il *quantum* di pena irrogata nonostante il risarcimento integrale del danno, come un'inaccettabile abuso della prevenzione generale che non si arresta alla minaccia, ma che, alla stregua del "punirne uno per spaventarne cento", risponde alla logica che fa del condannato un capro espiatorio¹¹⁹.

In effetti, però, la maggiore attenzione per la vittima rispetto al passato corrisponde all'indirizzo adottato anche in ambito comunitario a seguito della decisione quadro 2001/220/GAI del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel processo penale, e le attenuanti collegate al risarcimento del danno rientrano a pieno titolo tra gli impegni assunti dagli Stati dell'Unione di adottare «*le misure atte a incoraggiare l'autore del reato a prestare adeguato risarcimento alla vittima*».

Quanto detto in ordine all'attenuante risarcitoria, si ritiene pacificamente adattabile anche alla sospensione condizionale c.d. *breve ex art.* 163 comma 4 che opererà, quindi, anche nei casi in cui la *pecunia doloris* sia stata versata da persona diversa dal responsabile del fatto¹²⁰.

L'altra obiezione mossa contro l'effetto "degradante" riconosciuto al risarcimento del danno è che questo possa, con il tempo, condurre alla perdita di

¹¹⁸ Per la teoria retribuzionistica come valorizzazione del punto di vista della vittima vedi De Simone, *La pena: caratteristiche e finalità*, in Canestrari/Cornacchia/De Simone, *Manuale di diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2007,

¹¹⁹ Inevitabili riserve critiche sul punto in Fiandaca G./Musco E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2000, 647.

¹²⁰ De Maglie C./Gatta G., in Dolcini/Marinucci (a c. di), *Codice penale commentato*, art. 163, IPSOA, Milano, 2006.

credibilità della comminatoria. Tema, questo, comune, in verità, a tutte le fattispecie negoziali e che verrà trattato in seguito.

Esaminate nel dettaglio le ipotesi risarcitorie si tratta ora di concentrarsi sulla conformazione *ex post* all'obbligo violato – di cui al punto 3 – tipica dell'oblazione antinfortunistica, di quella in materia di *privacy*, delle attenuanti di cui all'art. 17 d.lgs. 231/01 in ordine alla responsabilità degli enti, di quelle operanti nel diritto penale tributario, nonché delle cause estintive previste dagli artt. 2627, 2628 e 2629 c.c. e dall'art. 641 c.p. In tutti questi casi all'adozione delle cautele omesse o alla riparazione¹²¹ del danno prodotto fa seguito, oltre all'effetto estintivo del reato o di contrazione della sanzione, anche quello preventivo rispetto alla commissione di futuri reati, soprattutto dei reati-scopo cui in genere queste fattispecie sono preordinate (morte o lesioni del lavoratore rispetto all'adozione delle misure antinfortunistiche, oppure la commissione di reati avvalendosi della struttura dell'ente, rispetto all'adozione dei *compliance programs*). Si tratterà, in tutti i casi di adozione delle cautele precedentemente omesse, di un tipo di prevenzione speciale che si può definire *oggettiva* e che tende da una parte a evitare che il soggetto possa essere recidivo in relazione a quelle stesse misure che una volta adottate non possono essere rimosse (l'impianto di ricambio dell'aria nell'opificio dove prima non c'era) e dall'altra, a evitare che si verifichi l'evento-fine cui le misure in questione sono preordinate.

Nei casi di oblazioni speciali, delle cause estintive disciplinate dal nuovo diritto penale societario, della riparazione delle conseguenze del reato di cui al d.lgs. 231/01, delle attenuanti per i reati tributari, si tratta di una prevenzione speciale peculiare che si sostanzia in una sorta di *risocializzazione*. Nello specifico, trattandosi di reati commessi dai *white collar people*, le ipotesi prese in considerazione non operano nei confronti di soggetti emarginati o aderenti ad organizzazioni criminali, ma dialoga con soggetti perfettamente inseriti nel

¹²¹ Per *riparazione* si intendono, ovviamente, tutte quelle condotte diverse dal risarcimento, che prendono corpo nella *restitutio in integrum* o nell'esatto adempimento delle omissioni costituenti reato.

contesto produttivo e sociale del paese (spesso, addirittura, esponenti di spicco di quest'ultimo). In detti casi la risocializzazione deve operare in maniera mirata, con riferimento, quindi, allo specifico contesto in cui si realizza il reato. Come appare evidente, non si tratta di recuperare un soggetto ai valori della civile convivenza, ma di esigere da questi un *quid pluris* legato al rispetto di altrui diritti, spesso addirittura di genesi assai recente, (come nel caso della *privacy*) e, probabilmente, non ancora recepiti tra le *Kulturnormen* della società in cui il soggetto opera.

È bene fare attenzione a come, in questi casi, la finalità preventiva – che prende corpo nella condotta postuma, ma conforme alla norma violata – non sia affidata alla pena irrogata, ma proprio a quella (o a quella porzione) minacciata e poi non irrogata. Questo aspetto rappresenta il cuore dello strumento negoziale e quindi del sinallagma. La pena svolge qui una coercizione indiretta ed in un momento diverso dalla minaccia rivolta alla generalità dei consociati; questa viene esercitata nei confronti di un soggetto particolare e ben individuato affinché si conformi a quella condotta che avrebbe dovuto tenere o vi ponga riparo¹²². L'imputato lo farà; e non per conseguire un vantaggio, ma per evitare un danno.

L'aspetto assolutamente positivo delle finalità del ravvedimento di cui ai punti 2 e 3 è la totale assialità delle condotte antagonistiche al reato rispetto al bene giuridico tutelato dalle norme violate. Nel caso in cui il bene protetto abbia come titolari dei soggetti individuabili e non la generalità dei consociati, il risarcimento della persona offesa cerca di rimediare al danno arrecato (nei limiti del possibile), oppure, a mezzo delle restituzioni di cui all'art. 185 comma 1 c.p., il colpevole si adopera per reintegrare i bene leso. Allo stesso modo l'attivarsi del responsabile per porre in essere una serie di condotte omesse e che costituiscano per il futuro una garanzia di non verificazione del reato alla cui evitabilità sono preposte, rappresenta la scelta di conformarsi a quanto voluto dall'ordinamento in quei casi di reati contravvenzionali senza vittima, nei quali non sia, pertanto,

¹²² Si tenga presente la posizione di chi rifiuta di individuare la natura di *scambio* nelle condotte riparatorie a fronte della punibilità o dell'attenuazione della pena, sol perché non si perseguirebbero fini eccentrici rispetto all'offesa (Padovani T., *Il traffico delle indulgenze*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1986, 411).

individuabile la titolarità del ben leso in capo a un privato cittadino e permanga, invece, un più generale interesse della collettività.

Nelle ipotesi esaminate, la pena minacciata, a differenza di quanto vedremo per la deflazione, non subisce alcuna mutazione teleologica, in quanto rimane sempre orientata alla tutela del bene giuridico protetto dalla norma violata¹²³. Inoltre, la flessibilità sanzionatoria riconnessa a queste ipotesi negoziali, pare un utile strumento del *law enforcement*; così facendo, si pone rimedio concreto alla violazione della norma ed il coinvolgimento attivo postfattuale dell'autore del reato risulta, nei casi di risarcimento o restituzione, anche un utile strumento di pacificazione sociale tra autore del reato e vittima.

Abbiamo detto che le conseguenze del risarcimento o della riparazione sono: la diminuzione della pena per il fatto commesso o l'estinzione del reato. In ossequio a un principio di proporzione l'estinzione del reato dovrebbe conseguire, alla *restitutio in integrum*, all'elisione di ogni effetto prodotto dalla commissione del reato o quantomeno all'esatta – seppur tardiva – conformazione all'obbligo violato¹²⁴, mentre la previsione di una pena attenuata dovrebbe operare nei casi di rimozione del danno o di risarcimento *parziali*. Ciò, però, non risponde a verità; abbiamo visto in precedenza come, anche a fronte di un integrale risarcimento, il risultato potrebbe essere semplicemente l'attenuazione in luogo della non punibilità. Così accade – senza pretese di completezza – nel caso dell'art. 62 n.6 o dei reati ambientali, per i quali spesso dalla bonifica del sito o dall'adozione postuma delle misure antinquinamento dipende solo la concessione della sospensione condizionale; ma vediamo perché questa presunta assenza di proporzione non è poi così deprecabile, anzi, da elogiare.

¹²³ In tal senso Padovani T., *Il traffico delle indulgenze*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1986, 407; Bricola F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Diritto premiale e sistema penale* – Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penale promosso dalla fondazione “Avv. Angelo Luzzani” di Como, Milano, 1983, 126.

¹²⁴ In questi termini poteva esprimersi Padovani all'epoca delle prime esperienze negoziali, vedi *La soave inquisizione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1981, 533.

Provando a ragionare in base alla teoria economica del diritto, i meccanismi per cui dall'integrale risarcimento o dal conformarsi all'obbligo precedentemente disatteso, deriva la non punibilità senza altre conseguenze, non hanno alcun effetto deterrente verso il delinquente razionale che potrebbe sempre decidere di violare la legge penale sapendo di potervi porre rimedio senza conseguenze; come si fa con la lavagna, sulla quale si può scrivere qualunque cosa, consapevoli del fatto che la si potrà cancellare. Se l'imprenditore, il quale decida di non adottare alcune cautele antinquinamento, sa che nell'ipotesi (eventuale) dovesse essere scoperto, potrebbe sempre adempiere tardivamente senza subire alcun costo ulteriore, è evidente che questi non avrà grosse remore a farlo. Secondo un approccio economico, infatti, a fronte della *possibilità* di essere scoperto, sta la *certezza* di poter adottare le misure antinquinamento anche in un secondo momento¹²⁵.

Il risultato più efficiente lo raggiungono, in un'ottica di sistema, quelle soluzioni che, a fronte di condotte riparatorie, mantengono in capo al trasgressore una porzione di pena, anche se ridotta. Queste ultime riescono a conservare una funzione generalpreventiva, coordinandola con quella specialpreventiva e di coinvolgimento della vittima. Soprattutto per certi tipi di reati come quelli afferenti ai settori produttivi – legislazione antinfortunistica, ambientale, a tutela della riservatezza – la commissione del crimine è spesso pianificata e frutto dell'attento calcolo della politica d'impresa. In questi ambiti la deterrenza e con essa l'idea di un delinquente razionale, trovano giustificazione nella realtà fenomenica e non si riducono ad astrazioni idealizzate.

Le oblazioni previste dalle leggi speciali, ad esempio, soddisfano i parametri suesaminati; esse, infatti, sebbene producano l'estinzione del reato a fronte

¹²⁵ Si pone il problema, anche se fuori da una lettura in chiave economica, Prosdocimi S. *Profili penali del postfatto*, Giuffrè, Milano, 1982, 298. Padovani supera il problema preventivo concentrandosi solo sulla dimensione oggettiva della salvaguardia del bene giuridico in *Il traffico delle indulgenze*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1986, 407; sembra seguirlo anche Pulitanò, *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2005, 559.

dell'adeguamento alla norma, obbligano anche al pagamento di una somma (benchè il più delle volte irrisoria) a titolo di sanzione¹²⁶.

2.3.2 “Tutto si trasforma e nulla si distrugge”: entropie inquisitorie a supporto all'attività investigativa.

Il supporto che può fornire l'indagato/imputato all'attività investigativa comprende un ventaglio di ipotesi che vanno dalla confessione (*contra se*) alla collaborazione processuale *contra alios*.

I riferimenti normativi sono le disposizioni contenute negli artt. 4 e 5 d.l. 15.12.1979 n. 625 (conv. in l. 6.2.1980 n. 15); negli artt.1, 2, 3 l. 29.5.1982 n. 304; nell'art. 16 *quinqüies* d.l. 15.1.1991 n. 8 (conv. in l. 15.3.1991 n. 82); nell'art. 8 d.l. 13.5. 1991 n. 152 (conv. l. 12.7.1991 n. 203); nell'art. 74 comma 7 del d.p.r. 309/90; nell'art. 12 comma 3 *quinqüies* d.lgs. 286/1998 in materia di immigrazione clandestina e gli artt. 630 e 625 *bis* del codice penale. Tutte queste norme hanno una portata dirompente, in quanto consentono di neutralizzare il fornitissimo *emergency kit* composto dalle più svariate circostanze aggravanti a effetto o a efficacia speciale, predisposto dal legislatore e sottratto al principio del bilanciamento, addirittura fino a pervenire, in alcuni casi, alla non punibilità. Non di secondaria importanza è un altro tipo di sanzione positiva, prevista per i casi in cui risultino inadeguate le ordinarie misure di tutela adottabili per garantire l'incolumità del collaboratore di giustizia: il programma di protezione. Si tratta di uno strumento, modellato sul *witness protection program* statunitense, assai complesso e al centro di riaffioranti polemiche, ma che oggi risulta insostituibile e senz'altro determinante nel convincere il potenziale collaboratore a raccontare agli inquirenti gli elementi utili alle indagini, in suo possesso. Al programma *de quo* si ataglia perfettamente l'aggettivo *negoziale*; esso, infatti, si presenta proprio nella

¹²⁶ Per un esame dei principi che sorreggono l'oblazione antinfortunistica e degli aspetti applicativi correlati vedi Valentini V., *Il meccanismo ripristinatorio ex artt. 19 ss. D.lgs. n. 758/1994*, in *Diritto del lavoro. Commentario a cura di Franco Carinci*, vol. VII - *Il diritto penale del lavoro*, a c. di Mazzacuvva N. ed Amati E., UTET, Torino, 2007, 432.

veste giuridica di *contratto* tra il collaboratore e lo Stato, caratterizzato da una serie dettagliata di obblighi che, se disattesi, ne provocano la revoca (artt. 12 e 13 *quater* d.l. 8/1991).

E' necessaria una breve premessa metodologica: spesso, il legislatore tratta congiuntamente le ipotesi di dissociazione o di pentimento operoso e quelle di collaborazione vera e propria con l'autorità giudiziaria e di polizia; a tale riguardo vale quanto detto sopra in ordine al fatto che la nostra indagine si rivolge alle condotte realizzate nel postfatto, considerando *altre*, da un punto di vista dogmatico, quelle che si verificano quando l'*iter criminis* è ancora *in fieri*; perciò la scelta di dissociarsi, rappresentando una forma di desistenza analoga a quella di cui agli artt. 308 e 309 c.p.¹²⁷, rimarrà, al pari dell'adoperarsi affinché l'attività delittuosa non sia portata a conseguenze ulteriori, fuori dalla nostra disamina.

Le formule adoperate dal legislatore sono le più diverse e vanno dalla richiesta di un «*aiuto concreto all'autorità di polizia o all'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti*» (quest'ultima, vera e propria “matrice normativa” contenuta nell'art. 4 d.l. 625/1979), alla richiesta espressa di informazioni, fino a pretendere la confessione di tutti i reati commessi¹²⁸.

La “palestra” della collaborazione processuale è stata senza ombra di dubbio il d.l. 625/1979 nel quale, sulla scia dell'allarme sociale sollevato dagli inquietanti fatti di cronaca degli anni '70, si è esercitato il legislatore. A fronte di una nuova criminalità, qual'era quella di matrice terroristica, lo Stato avvertì il bisogno di dotarsi di nuove armi; non si trattava tanto di reprimere singoli episodi criminosi (a volte anche di fortissimo allarme sociale), quanto di penetrare un sistema di relazioni molto intense tra i soggetti che componevano le organizzazioni eversive dell'ordinamento democratico. Per sapere dove colpire era necessario capire le

¹²⁷ Vassalli G., *Il pentimento e le sue insidie*, (1985) ora in *Scritti giuridici*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1997, 679.

¹²⁸ Richiesta dalla portata un po' troppo ampia e che in passato ha dato adito a una serie di contrasti in ordine alla necessità di riferire anche dei reati prescritti, o di includere anche i reati comuni e non inseriti nell'attività terroristica.

dinamiche dall'interno, individuare i *leaders*, comprendere la genesi delle decisioni ed il rapporto tra i mandanti e gli esecutori.

Protagonista di questo primo incremento delle ipotesi negoziali, caratterizzate dall'offerta di collaborazione fatta dallo Stato, è la legislazione dell'emergenza e questo non deve considerarsi un dato casuale. Sebbene oggi, soprattutto la generazione formatasi nel "culto civile" dei Procuratori della Repubblica Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, sia ormai avveza all'esistenza dei pentiti ed all'uso delle loro dichiarazioni nei processi, la possibilità di avvalersi di questo strumento investigativo-probatorio era guardata, in passato, a volte con sospetto a volte, addirittura, con disprezzo. Basti pensare alle riflessioni, per nulla tenere, del Beccaria, sulla pratica di alcuni tribunali che *«offrono l'impunità a quel complice di grave delitto che paleserà i suoi compagni»*¹²⁹. Il grande pensatore milanese riteneva una cosa deprecabile che *«la nazione autoriz(z) il tradimento, detestabile ancora tra gli scellerati, perché sono meno fatali ad una nazione i delitti di coraggio che quelli di viltà»*; ed ancora: *«il tribunale fa vedere la propria incertezza, la debolezza della legge, che implora l'aiuto di chi l'offende»*.

Al contempo, l'autore non nega il beneficio, consistente nella possibilità di punire o prevenire delitti anche molto gravi, però conclude con questa amara riflessione: *«invano tormento me stesso per distruggere il rimorso che sento autorizzando le sacrosante leggi, il monumento della pubblica confidenza, la base della morale umana, al tradimento e alla dissimulazione»*.

L'autorevole punto di vista spiega quello che nel gergo della criminalità organizzata è sintetizzato nell'epiteto riservato a chi decide di collaborare con la giustizia, pentendosi: "infame"! Della stessa opinione erano i due autorevoli criminalisti Farinaccio e Bossi, così come riportato dal Manzoni¹³⁰, secondo i quali la promessa dell'impunità rendeva addirittura nulla la deposizione. Negli stessi anni in cui l'autore dei *Promessi sposi* scriveva la *Storia della colonna infame*, un

¹²⁹ Beccaria C., *Dei delitti e delle pene*, § XXXVII, Feltrinelli, Milano, 2000, 102 e 103.

¹³⁰ *Storia della colonna infame*, cap. IV.

illustre padre del diritto penale italiano, il Carmignani¹³¹, si scagliava anch'egli contro l'utilizzo nei confronti dell'imputato di uno strumento di pressione sì forte. Non meno tenero con i pentiti il Pagano: *«un reo che chiama il complice per quante ragioni può ciò fare? Ei dovendo perire pel suo misfatto, spesso vuole trarre con sé i suoi nemici nella sua rovina: e mentre perde la vita, vuol soddisfare almeno alla vendetta, la più terribile delle passioni umane; e spesso organo della cabala, serve l'interesse del potente; e spesso uno scellerato cerca sollievo al suo male nel male altrui. Talora nell'incolpazione d'illustri socj cerca la propria discolpa, perché il credito di quelli rende inverosimile il suo delitto, o la difesa salvi anche esso. La speranza di compensare col merito della denuncia il delitto, anima non di rado i rei a finger complici, co' quali sperano di divider la pena»*¹³².

Sia chiaro: accanto a queste posizioni ve ne erano altre meno rigide verso l'uso dei "pentiti" come strumenti di indagine e di reperimento della prova, ma è facile comprendere come solo un momento storico quale fu quello della guerra tra lo Stato italiano e le formazioni ideologiche eversive dell'ordine costituzionale, unitamente alla paura da queste seminata, potessero dare la forza per superare le resistenze tanto radicate verso l'uso di quello strumento¹³³.

Non è mancato, inoltre, chi¹³⁴ ha giustamente sottolineato le ascendenze cattoliche del modello "cooperatorio", teso a incentivare la dissociazione-redenzione come segno di pentimento purgativo del peccato commesso¹³⁵.

Sin dagli esordi e nelle successive evoluzioni, lo strumento della collaborazione processuale è stato adoperato sempre con riferimento a delitti particolarmente gravi, il più delle volte di natura associativa, prevedendo come

¹³¹ *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, III, Pisa, 1832, 241.

¹³² Pagano F.M., *Principj del codice penale e Logica dei probabili*, Napoli, presso Domenico Sangiacomo, 1806, 172-176.

¹³³ In questo modo, l'Italia è divenuta il modello cui si sono ispirate le legislazioni di altri Stati europei (Spagna e Germania) costretti, negli ultimi anni, a misurarsi con il terrorismo. Higuera Guimera (*Las excusas absolutorias*, 1993) ha definito l'Italia "il paese esportatore della tecnica dei pentiti" (in Di Martino A., *La sequenza infranta, profili della dissociazione tra reato e pena*, Giuffrè, Milano, 1998, 236).

¹³⁴ Nobili, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, CEDAM, Padova, 1988, 193.

¹³⁵ E' interessante il contributo dello storico Vincenzo Lavenia, *L'infamia e il perdono*, Il Mulino, Bologna, 2004.

momento propedeutico proprio la c.d. *dissociazione* dal sodalizio di appartenenza, da intendersi quale cesura formale tra la qualifica di associato e quella di collaborante. La decisione di circoscrivere a reati particolarmente gravi l'uso di questo strumento investigativo si spiega con la cognizione, che il legislatore ha sempre avuto, degli aspetti problematici (anche in termini di attendibilità¹³⁶) ad esso legati; il riferimento ai reati associativi, in particolare, fa poi agio sulla difficoltà di provare il *pactum sceleris* e la distribuzione dei ruoli all'interno dell'organizzazione (soprattutto dei vertici, che spesso non prendono parte ai reati scopo), motivo, questo, alla base dell'abuso, in questi stessi delitti, delle intercettazioni telefoniche.

Nel quadro ora delineato, desta sorpresa, invece, l'introduzione nel 2001 dell'attenuante di cui all'art. 625 *bis* c.p. a vantaggio dell'autore di un furto che decida di collaborare fornendo i nomi dei correi o di chi ha occultato la cosa rubata. Questa scelta normativa è particolarmente significativa perché segna una mutazione genetica dello strumento della collaborazione processuale: non più un "amaro calice" da bere come *extrema ratio* a fronte di comportamenti che minacciano le radici del potere costituito, ma "quotidiano grimaldello investigativo" utile anche per fattispecie in concreto bagatellari o che comunque non presentano difficoltà probatorie peculiari.

Volendo interpretare queste scelte normative alla stregua del paradigma del c.d. *diritto penale del nemico*¹³⁷, con riferimento ai delitti contro il patrimonio si è verificata la medesima contingenza occorsa in materia di terrorismo, prima e di mafia, poi; ad un incremento sanzionatorio di particolare vigore e che tende a delineare un "tipo" criminale (il "sovversivo", il "mafioso", il ladro del "pacchetto sicurezza") si offre una possibilità di attenuare o elidere la pena incarnando un

¹³⁶ Si pensi alla copiosa giurisprudenza formatasi sulla valutazione della prova in ordine alle dichiarazioni rese dai pentiti.

¹³⁷ *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a c. di Gamberini A. e Orlandi R., Monduzzi, Bologna, 2007 – *Atti del convegno organizzato a Trento dall'Associazione Franco Bricola*; Donini, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Scritti per Federico Stella*, Jovene, Napoli, 2007.

omologo positivo che testimonia l'emenda attraverso il ripudio dei correi e l'autoesclusione da quella comunità¹³⁸: l'*autodafè* è prova dell'avvenuta catarsi!

Probabilmente stiamo assistendo alla resa dello Stato, ridotto, ormai, a privatizzare anche la ricerca del colpevole. Non solo si evidenzia la difficoltà dei pubblici apparati a prevenire il crimine, ma anche l'incapacità di accertare i reati commessi, cui si accompagna l'incapacità di punire; infatti a colpi di attenuanti la pena irrogata non faticerà – se le condotte collaborative si estenderanno anche ai reati comuni – a rientrare, nel caso concreto, tra quelle sottoponibili a misure alternative, che, il più delle volte – è noto a tutti – si traducono in vera “fuga dalla sanzione”.

Il penalista di formazione liberale avrebbe di che indignarsi di fronte all'abuso di uno strumento tanto delicato e che si muove su un limitare roccioso, ma l'interprete, pratico delle aule di giustizia, sa che in fondo *nihil novi sub sole*. Egli, infatti, ha imparato bene come la confessione o la dichiarazione eteroincriminante siano all'ordine del giorno e affidate alla prassi – anche se formalmente e giuridicamente¹³⁹ stigmatizzata – della carcerazione preventiva finalizzata ad “incoraggiare” la favella¹⁴⁰; troppo spesso il legale vede rigettare le istanze di attenuazione della misura cautelare proposte, per poi “spuntarla” solo dopo che il proprio assistito ha svelato, magari, il nome dei complici.

Da un certo punto di vista vi è senz'altro una profonda diversità strutturale; la collaborazione di giustizia propriamente detta esplica i propri effetti in fase di commisurazione della pena, mentre quella *de facto* produce effetto nella fase delle

¹³⁸ Chiaramente, questa autoesclusione è avvertita in maniera più forte nei reati associativi ed è segnata in maniera prepotente dal “programma di protezione” che recide ogni legame con la “vita precedente”. Padovani, *Il traffico*, cit. parla efficacemente di “abiura laica”.

¹³⁹ Si rammenti, a seguito della stagione inaugurata dall'inchiesta della Procura milanese nota come “Mani pulite”, la novella 332/1995 che modificava l'art. 274 c.p.p., stabilendo che il concreto ed attuale pericolo non poteva essere individuato nel rifiuto dell'indagato a rendere dichiarazioni o ad ammettere gli addebiti.

¹⁴⁰ Si riporta un brano de *Il cavaliere e la morte* (Adelphi, Milano, 1988, 72) di Leonardo Sciascia, nel quale il grande siciliano, per bocca del un poliziotto, detto Vice, rende egregiamente il percorso dell'indagato verso la collaborazione «Questo ragazzo continuerà a negare per oggi, forse anche per domani, per una settimana, magari per un mese: ma ad un certo punto ammetterà di aver fatto parte di un'associazione denominata i figli dell'ottantanove, rivoluzionaria, eversiva. Se ne dichiarerà pentito, pentitissimo e, col nostro aiuto, farà uno, due, tre nomi di sodali, di complici... Non so se li sceglierà tra i suoi conoscenti più simpatici o antipatici: è un meccanismo psicologico da studiare... Comunque avremo altri anelli della catena...»

indagini, con esclusivo riferimento alla misura cautelare. Nella sostanza, la differenza non è poi così profonda e tende a stemperarsi ulteriormente per effetto delle attenuanti generiche concesse per la collaborazione – anche se oggi, in proposito, ci si attende una riduzione del fenomeno a seguito dei limiti al bilanciamento tra circostanze introdotti dalla c.d. ex Cirielli.

Come già fatto per il risarcimento del danno e la riparazione, è necessario analizzare nel dettaglio, anche per le ipotesi di ravvedimento processuale, quali siano le finalità degli istituti ricompresi e se siano, oppure no, compatibili con gli scopi propri del diritto penale sostanziale.

A tutta prima, è di palmare evidenza l'efficacia processuale dell'istituto ed è solo in via mediata e puramente giustificativa dello stesso, che si cerca di trovarne di ulteriori e valide sul piano sostanziale; ciò si rende necessario poichè lo strumento attraverso il quale l'ordinamento persegue il risultato collaborativo è la pena – per quanto sia solo minacciata e non inflitta. Si cerca in questo modo di assecondare la posizione espressa dalla Corte Costituzionale nella fondamentale sentenza n. 369 del 1988 all'atto di valutare la legittimità del primo condono edilizio¹⁴¹.

Innanzitutto, come accade per tutte le ipotesi di non/attenuata punibilità sopravvenuta, è la perfetta simmetria tra reato e pena, espressa dalla teoria retributiva, ad essere direttamente intaccata dai benefici concessi al propalante, il quale verrà (nei casi in cui sia ancora punibile) condannato a una pena svincolata dalla gravità del fatto commesso e dal grado di colpevolezza. Ovviamente non è mancato chi¹⁴² ha visto in questo profondo iato un'insopportabile violazione dei principi più sacri del diritto penale. In effetti, se le ipotesi di ravvedimento sostanziale prima esaminate, riverberandosi sulla vicenda umana concreta dei soggetti coinvolti, conservano una diretta capacità di rimozione dello specifico danno arrecato nel caso di specie, per quanto concerne, invece, il ravvedimento

¹⁴¹ Vedi specialmente il § 5 della sentenza pubblicata in *Giur. Cost.*, 1988, 1587.

¹⁴² Ferrajoli L., *Ravvedimento processuale e inquisizione penale*, in *Quest.giust.*, 1982, 217.

processuale, si avverte una maggiore distanza dalla fattispecie concreta. Qui il responsabile del reato, pur collaborando all'individuazione dei complici o di altri elementi utili alle indagini, non può "riportare indietro le lancette dell'orologio" – come accade, invece, con le condotte riparatorie/risarcitorie. Non si tratta di misure rivolte al passato, ma al futuro¹⁴³; la scelta di collaborare con gli organi di polizia o giudiziari è *utile* allo Stato perché così potrà esercitare la potestà punitiva contro i colpevoli ed è utile alla collettività *pro futuro*, perché l'organizzazione criminale smantellata non potrà più delinquere.

Ed infatti, dando per presupposto il dato empirico, consistente nell'efficacia dello strumento a indebolire i fenomeni criminosi contro cui esso opera, è sul piano della prevenzione generale che, sempre più spesso, si rintraccia la giustificazione degli istituti premiali legati alla collaborazione processuale¹⁴⁴. Intanto, in chiave negativa, nella misura in cui introduce tra gli affiliati il timore che qualcuno possa tradire¹⁴⁵. Non si tratta di un elemento da sottovalutare; a tal proposito la *Teoria delle profezie che si autoadempiono* elaborata da Robert Merton¹⁴⁶, fornisce una valida spiegazione delle conseguenze. Egli prendeva le mosse da un teorema sviluppato da William Thomas in base al quale "se un individuo percepisce una circostanza come reale si comporterà come se questa fosse reale, anche se in realtà non lo è"; la novità apportata da Merton consisteva nel trasportare quel teorema dal piano individuale ed estenderlo ad una comunità, dimostrando che "se molti individui prevedono un fatto sociale come reale, si comporteranno di conseguenza, determinando la realizzazione di quel fatto (adempiendo, quindi, la profezia)". E così nel nostro caso, la consapevolezza che qualcuno possa tradire, tenderà a

¹⁴³ Riprendendo parzialmente Piergallini C., *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, Giuffrè, 2006, vol. II, 1663.

¹⁴⁴ Rintraccia l'unica giustificazione degli istituti premiali nella generalprevenzione Pulitanò D., *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2005, 580.

¹⁴⁵ Da risalto a questo elemento Musco E., *La premialità nel diritto penale*, in *La legislazione premiale*, Giuffrè, Milano, 1987, 123; così anche Stella F., *La tutela penale della società*, in *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1985, 81.

¹⁴⁶ *Social Theory and social structure* (1968), tr. it. *Teoria e struttura sociale*, Il Mulino, Bologna, 1992, 765 e ss.

tradursi in un tradimento effettivo perché gli attori del sodalizio inizieranno – con molta probabilità – a rendere quest’ultimo meno coeso.

Ma anche la generalprevenzione positiva trova spazio per operare, perché, grazie alle dichiarazioni rese dai collaboratori, lo Stato dimostra che il crimine si può sconfiggere, inoltre, mette in luce le trame interne alle organizzazioni e come al solito, dove arriva la luce della conoscenza si dirada il buio dell’ignoranza e con esso la paura, rafforzando nei consociati la convinzione di essere “dalla parte giusta” quando scelgono di non delinquere.

Eppure, in realtà, non sembra si possa parlare di vera e propria prevenzione generale, o per lo meno, non nel significato tradizionale. In effetti, la prevenzione generale prevedrebbe l’uso dello strumento punitivo, inteso come capacità di attuare i meccanismi coercitivi (l’esecuzione della pena nei confronti del condannato dovrebbe fungere da esempio per la generalità dei consociati); invece, si assiste a uno scivolamento del momento preventivo da quello punitivo in quello processual-procedimentale. Le forze di polizia e assieme a queste anche l’ufficio del Pubblico Ministero usano il processo e la minaccia della pena che va prendendo concretezza nei confronti di un soggetto determinato, per supplire al proprio *deficit* investigativo. Si spiega così la cultura dei maxiprocessi, nati spesso da un’intercettazione telefonica o da un sequestro di droga e poi imbastiti sulle dichiarazioni dei primi arrestati che fungono da “coagulante” rispetto a posizioni processuali, spesso, neppure afferenti ad una medesima associazione criminosa, ma in rapporto di reciproca indipendenza.

Si delinea, allora, una finalità solo *indirettamente* generalpreventiva, ma esattamente come lo sarebbe la normale attività di indagine, controllo del territorio e prevenzione del crimine abitualmente svolta dalle forze di polizia. Chi scrive è conscio di quanto sia ormai “fuori moda” parlare del diritto penale scisso dal processo penale e dalla politica criminale, ma anche nell’epoca del *Sistema penale integrato* non è utile confondere i piani e le diverse funzioni assegnate ad ogni attore del sistema; diversamente, sarebbe come confondere Iago con Otello, solo

perché personaggi dello stesso dramma, rischiando una pericolosa “*regressione inquisitoria*”¹⁴⁷ del processo penale.

La stessa figura del Pubblico Ministero diviene ambigua, egli, quasi fosse affetto da *sindrome della personalità multipla*, si vede costretto a sostenere l'accusa di un imputato che per lui rappresenta, al contempo, un prezioso collaboratore e del quale egli è anche patrocinatoro, nella misura in cui dovrà adoperarsi affinché ottenga i benefici spettantigli in rapporto alla qualità e quantità delle dichiarazioni rese¹⁴⁸.

Cosa ne è, invece, della prevenzione speciale? Se pensiamo che il colpevole collabora con gli organi dello Stato che prima combatteva¹⁴⁹, arrivando – dopo essersi dissociato – a denunciare i suoi complici, da un punto di vista puramente teorico si potrebbe sostenere che non esistano strumenti negoziali migliori di questi, tra quelli finalizzati al raggiungimento di un risultato risocializzante. Impossibile non avvertire l'eco evangelico della pecorella smarrita che ritrova la strada dell'ovile. Non tutti, però, sono d'accordo¹⁵⁰. Non manca, infatti, chi sottolinea come il pentimento non sia sempre accompagnato dal recupero o dalla riappropriazione dei valori propri della società¹⁵¹. L'aspetto evidenziato non è certo privo di fondamento e solo peccando di ingenuità si potrebbe negare che alcuni pentiti rimangano in realtà “lupi travestiti da agnelli”.

Anzi, se paragoniamo il c.d. ravvedimento processuale a quello sostanziale di cui agli ultimi due commi dell'art. 56 c.p. emerge un'interessante incongruenza. Giurisprudenza costante, nel valutare la volontarietà – requisito strutturale della desistenza e del pentimento operoso – in rapporto alla percezione che l'agente ha di

¹⁴⁷ Padovani T., *Il traffico delle indulgenze*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1986, 421; dello stesso vedi anche *La soave inquisizione*, cit., 541.

¹⁴⁸ In tal senso Bernasconi A., *La collaborazione processuale*, Giuffrè, Milano, 1995, 98.

¹⁴⁹ La lotta contro lo Stato può ritenersi comune tanto alla criminalità di matrice terroristica, tanto a quella mafiosa; non a caso si parla, infatti spesso di “antistato” e i due fenomeni criminosi vengono presi come esempi di ordinamenti giuridici indipendenti e originari rispetto a quello statale. Si veda l'ammissione dei parenti del giudice Paolo Borsellino al Fondo vittime del terrorismo *Corriere della sera* 29 luglio 2007.

¹⁵⁰ Pulitanò D., *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2005, 580 contesta nettamente l'esistenza di finalità specialpreventive associate alla collaborazione processuale.

¹⁵¹ Bricola F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Quest.crim.*, 1981, 445; Musco E., *La premialità nel diritto penale*, in *La legislazione premiale*, Giuffrè, Milano, 1987, 124.

essere scoperto, la esclude tutte le volte in cui l'agente interrompe l'*iter criminis* perché condizionato dalle forze dell'ordine. Nella collaborazione processuale, di contro, l'indagato, rispetto alla fattispecie concreta per cui si procede, è in balia dell'autorità e non si riesce davvero a comprendere come si possa parlare di spontaneità della collaborazione. Ciò che nelle fattispecie sostanziali escluderebbe l'accesso al "premio", in quelle processuali ne rappresenta il presupposto!

Per trovare una risposta più soddisfacente, capace di giustificare in termini di specialprevenzione i benefici per i collaboratori di giustizia, bisogna esaminare il programma di protezione. Sia chiaro, esso non viene disposto ogniqualvolta un imputato si offra di collaborare con la giustizia e pertanto non può avere una portata generale di giustificazione dell'istituto, però, qualora risultino inadeguate le ordinarie misure di tutela adottabili nei confronti di chi, avendo commesso uno dei reati di cui agli artt. 51 comma 3 bis c.p.p. o con finalità di terrorismo, decide di collaborare con l'autorità, è questo il *modus operandi*. Esso si articola in svariate misure, tra le quali spiccano il cambiamento del luogo di residenza, dell'identità e la previsione di un assegno mensile in caso di bisogno; ma soprattutto, a seguito della novella n. 45/2001 che ha profondamente modificato l'art. 13 del d.l. 8/1991, si è riconosciuta preminente importanza a interventi finalizzati ad agevolare il reinserimento sociale e che spesso si traducono in risultati estremamente concreti, come può essere il reperimento di un posto di lavoro¹⁵² (a volte davvero lo strumento più risocializzante e decriminalizzante di tutti!)¹⁵³; in linea con la finalità specialpreventiva è la revoca del programma se nel frattempo il soggetto commette delitti indicativi del reinserimento nel circuito criminale.

Inoltre, il programma di protezione funge anche da rafforzatore della finalità generalpreventiva poc'anzi riconosciuta alle dichiarazioni dei collaboratori; la sua validità, infatti è condizionata *ex art. 16 quater*, comma 4 d.l. 8/1991, alla

¹⁵² Ancora più esplicito è l'art. 6 dello "Schema di disegno di legge recante misure di contrasto alla criminalità organizzata", approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 30 ottobre 2007 e facente parte del c.d. "Pacchetto sicurezza". In detto articolo si prevede per i testimoni di giustizia l'assunzione a tempo determinato o indeterminato presso la Pubblica Amministrazione.

¹⁵³ Si pensi all'idea dei "sostitutivi penali" cara a Enrico Ferri.

rivelazione di tutto ciò che il proponente conosce di altri fatti, anche non connessi o collegati a quelli riferiti, di particolare gravità o tali da evidenziare la pericolosità sociale di singoli soggetti o di gruppi criminali. Tale disposizione nasce dal periodo di tempo determinato, concesso al collaboratore per raccontare ciò che sa e durante il quale deve essere “spremuto” in maniera da ottenere tutte le informazioni possibili; la ricaduta pratica è indubbiamente quella di potenziare (forse troppo) la portata generalpreventiva della collaborazione.

Questo binario è, però, riservato solo ai pentiti “di grosso calibro”, mentre per i “pesci piccoli” o per i reati esclusi dall’art. 9 del d.l. 8/1991 – e quindi dal programma – come il furto, per il quale sono parimenti previste delle attenuanti speciali in caso di collaborazione (art. 625 *bis* c.p.), il contenuto specialpreventivo della misura premiale può dirsi pressoché inesistente.

Altre posizioni critiche verso l’uso del ravvedimento processuale, muovono dalla sospetta lesione del principio di uguaglianza che non deve essere banalizzato nella differenza di sanzione (in verità notevole) tra chi collabora e chi no. Lo *spread* punitivo trova legittimazione nella “libera” scelta dell’imputato e quindi ognuno, conoscendo le normative premiali, è padrone di beneficiare o meno dell’attenuazione sanzionatoria. Ad una valutazione più attenta, in merito alla decisione se collaborare (ovvero, *tradire* i propri sodali) oppure no, sono altri i profili di incostituzionalità che emergono.

Partiamo dal presupposto che, le dichiarazioni rese da un imputato dopo che uno degli altri coimputati ha già confessato, potrebbero non essere ritenute utili ai fini investigativi o comunque non determinare una cospicua riduzione di pena, perché considerate poco importanti e non innovative¹⁵⁴. Ciò determina per ogni imputato nell’isolamento della propria cella, senza informazioni sulle sorti dei coaffiliati, una situazione riassumibile nel classico “*dilemma del prigioniero*”, perfezionato da Tucker, e su cui si basa la celeberrima *Teoria dei giochi*. Si potrebbe

¹⁵⁴ Non può essere trascurata neppure il ruolo che ha “l’importanza della collaborazione” in sede di valutazione dei benefici penitenziari per i collaboratori ai sensi dell’art. 16 *nonies* comma 4 d.l. 8/1991.

così determinare una *gara* alla collaborazione oppure no; l'unica certezza è la condizione disumana in cui versa l'imputato nell'angosciante dubbio se "fare l'infame" o tacere, nella convinzione che nessuno dei suoi amici parlerà. Emerge chiara, a questo punto, la lesione che, stavolta, non sarà del principio di uguaglianza, ma dei diritti fondamentali della persona. Lo Stato, infatti, incentiva – con buona pace del *nemo tenetur se detegere* e del rispetto della persona – una differenza sanzionatoria stimolata dalla paura e dal calcolo e non da un reale ravvedimento, con il risultato (intollerabile) di *reificare* l'imputato detenuto.

L'altro parametro che le ipotesi negoziali dovrebbero soddisfare è la tutela del bene giuridico protetto dalla stessa norma violata¹⁵⁵, profilo che, abbiamo detto, caratterizza le ipotesi risarcitorie e quelle riparatorie, ma quasi del tutto irreperibile nei casi di collaborazione processuale, in genere protesi fuori dal reato per cui si procede nei confronti del collaboratore. Al riguardo Giuliano Vassalli, ha limpidamente sottolineato come nell'art. 4 d.l. 625/1979, ad esempio, convivano ipotesi rifacentesi all'ultimo comma dell'art. 56, altre ispirate all'attenuante per le condotte riparatorie *ex art.* 62 n. 6 ed infine quelle di collaborazione processuale. Sarebbero queste ultime a rappresentare una vera novità rispetto alla tradizione penalistica italiana, caratterizzata fino al 1979 dal c.d. "pentimento endogeno", in base al quale l'attività postfattuale si esauriva all'interno dello stesso reato realizzato dal ravveduto, al comportamento del quale si immaginava si accompagnasse sempre la resipiscenza per il male fatto. Di questo presunto atteggiamento interiore si trova traccia anche nel nome con cui si indicavano questi istituti "ravvedimento attivo", "pentimento operoso", ma anche *tätige Reue* nell'ordinamento tedesco¹⁵⁶.

In effetti, però, soprattutto con riferimento ai reati non associativi, è credibile che l'apporto fornito dall'imputato possa essere circoscritto al fatto commesso, ma nella generalità dei casi questi sarà un soggetto comunque inserito

¹⁵⁵ Bricola F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Quest.crim.*, 1981, 445.

¹⁵⁶ Vassalli G., *Il pentimento e le sue insidie*, (1985) ora in *Scritti giuridici*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1997, 679.

in un contesto criminale e quindi molto prezioso per gli inquirenti, il quale per parte sua, in vista dei benefici penitenziari e sanzionatori, ha uno spiccato interesse a raccontare tutto ciò che sa (e a volte anche (*sic!*) ciò che non sa).

In esito all'analisi delle ipotesi negoziali di ravvedimento processuale dobbiamo attestare con rammarico l'impossibilità di rinvenire una giustificazione sostanziale dell'istituto nell'alveo delle classiche funzioni della pena, la pressochè totale carenza di assialità con il bene giuridico tutelato dalla norma violata ed al contempo, la presenza di inaccettabili profili di incostituzionalità. Si evidenzia, pertanto, come la giustificazione degli istituti in oggetto si esaurisca, prevalentemente, nella funzione processuale esplicita; rinviamo a dopo le osservazioni che lo stato di cose stimola.

2.3.3 La deflazione.

La deflazione processuale rappresenta una delle novità più dirompenti della legislazione penale degli ultimi vent'anni. In effetti, già l'oblazione comune del codice Rocco rispondeva in parte a questa finalità, ma l'attuale portata del fenomeno non è neppure lontanamente paragonabile a quel timido e marginale strumento, elevato a figura di applicazione generale dal codice Zanardelli e implementato dal legislatore del 1930¹⁵⁷.

Lo stesso termine adoperato per indicare questa finalità, di conio assai recente, perviene al diritto dalle scienze economiche e rappresenta l'opposto semantico dell'inflazione. Il bisogno di deflazionare il carico giudiziale nasce come risposta all'impossibilità, per gli "inflazionatissimi" uffici giudiziari, di smaltire i procedimenti pendenti. In verità, il sovraccarico di lavoro interessa tutta la filiera del sistema penale: dall'attività svolta dalle forze dell'ordine fino ai Tribunali di sorveglianza ed alle strutture carcerarie.

L'origine di questo male è controversa e non dipende certo dal fatto – tutto da verificare – che oggi si delinqua più che in passato; probabilmente, invece,

¹⁵⁷ Mazza, *Oblazione*, in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, 562.

possiamo attribuire parte del fenomeno alla moltiplicazione di divieti penalmente presidiati, a loro volta frutto di una società sempre più complessa, e dell'avvento dello Stato sociale¹⁵⁸. Del resto, l'aumento della *domanda di diritto* non caratterizza solo il settore penale. Secondo alcuni, vi è una stretta relazione tra crescita della regolamentazione normativa e moltiplicazione delle opportunità di conflitto dovute alle profonde trasformazioni sul piano socio-economico ed all'aumento delle comunicazioni¹⁵⁹.

Infatti, nell'analisi dei *perché* di questo “bisogno di norme” e della conseguente ipertrofia del diritto penale, non si può prescindere dai mutamenti istituzionali successivi al primo conflitto mondiale che hanno visto l'affermarsi del *welfare State* come modello ispiratore delle carte costituzionali occidentali. Si è così passati dal *laissez-faire* degli Stati liberali, alla crescente espansione dell'intervento pubblico in aree prima riservate all'autonomia dei privati; ai comandi negativi che le costituzioni liberali rivolgevano allo Stato, vengono progressivamente affiancati in tutta Europa i comandi positivi con cui si chiede ai consociati e allo Stato in prima persona, di partecipare al raggiungimento dei nuovi obiettivi di benessere¹⁶⁰. Logica conseguenza di questo sbilanciamento in avanti è l'incremento delle regole, che non sono più frutto del passato, ma auspicio per il futuro. Se negli ordinamenti ottocenteschi il bene giuridico tutelato dalla norma penale serviva da criterio per limitare il potere punitivo del legislatore, ammettendo il sacrificio della libertà personale in risposta ai soli comportamenti che aggredivano una sfera (piuttosto limitata) di beni, attributi intangibili dell'individuo, ora «*il bene, da oggetto da proteggere diventa fine statale da perseguire: un bene comune. L'integrità del bene, così non è più un risultato da garantire, bensì un obiettivo da raggiungere*»¹⁶¹. In

¹⁵⁸ Impossibile affrontare il tema senza rifarsi alla fondamentale analisi di Paliero C.E., *Minima non curat praetor*, CEDAM, Padova, 1985.

¹⁵⁹ Ceretti A., *Mediazione penale e giustizia. Incontrare una norma*, in *Studi in ricordo di G.D. Pisapia*, vol. III – Criminologia, Giuffrè, Milano, 2000.

¹⁶⁰ Si pensi alla progressiva introduzione dei reati omissivi nel diritto penale italiano; se nel codice del 1889 comparivano timidamente solo alcune fattispecie di reato omissivo proprio, nel codice Rocco, invece, accanto a un incremento di queste ultime si assiste alla fondamentale introduzione della clausola di equivalenza di cui all'art. 40 capoverso.

¹⁶¹ Sgubbi F., *Il reato come rischio sociale*, Il Mulino, Bologna, 1990, 21.

questo nuovo assetto costituzionale si è proceduto ad un'allocazione dirigistica della penalità, conferendo alla legge penale un primato¹⁶² nel perseguimento degli scopi statuali, perché ritenuta più afflittiva, socialmente screditante e la via più rapida rispetto alle altre branche dell'ordinamento; se ne è fatto, così, un vero e proprio "*instrumentum regni*" di cui si è probabilmente abusato.

È necessario premettere che, dei diversi istituti negoziali summenzionati, esulano dalla finalità deflattiva quelli comportanti solo una diminuzione della pena ed altri che, pur comportando una contrazione del procedimento/processo, esplicano solo indirettamente un effetto deflattivo. A tal proposito, sono evidentemente istituti alieni da uno scopo deflattivo le cause di non punibilità a seguito della collaborazione processuale, del risarcimento o della riparazione del danno provocato alla vittima e ancor più la messa alla prova dell'imputato minorenni. In essi, infatti, la condotta tenuta dal cittadino nel postfatto assolve, in maniera assorbente, ad altri scopi dell'ordinamento quali l'aiuto fornito agli inquirenti (che, anzi, si traduce nella possibilità di procedere nei confronti di altri soggetti o per altri titoli di reato), la rimozione del danno o la riduzione in pristino o il recupero del minore.

Della deflazione processuale su base volontaristica¹⁶³ il sostanzialista può isolare due tipologie: la deflazione *differenziata* e quella *indifferenziata*; gli istituti facenti capo alla prima si applicano solo ad alcune fattispecie criminose, gli altri, invece, indifferentemente a tutti i reati. Nella prima tipologia rientrano tutte le morfologie delle oblazioni, i condoni, il patteggiamento (nella versione originaria), il decreto penale di condanna¹⁶⁴; mentre sono riconducibili alla seconda classe, il

¹⁶² Galgano F., *Civile e penale nella produzione di giustizia*, in *Riv. e critica del dir. Priv.*, 1983, 53.

¹⁶³ Si considerano, pertanto, esclusi dal nostro discorso gli istituti deflattivi rimessi interamente alla valutazione del giudice in base alle caratteristiche del fatto criminoso o dell'autore, quali il perdono giudiziale o l'esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto.

¹⁶⁴ È evidente come la differenziazione sia più netta per le oblazioni – espressamente circoscritte ad alcune particolari contravvenzioni – o i condoni e lo sia un po' meno negli altri istituti nei quali la selezione opera solo sulla base del *quantum* o del genere di pena concretamente irrogabile: entro 5 anni di pena finale nel patteggiamento, la sola pena pecuniaria nel decreto penale.

patteggiamento c.d. “allargato”, il giudizio abbreviato e il concordato sui motivi in appello.

L'effetto deflattivo su base volontaria rappresenta, forse, una delle tendenze potenzialmente più destabilizzanti per l'intero sistema penale. Se la riparazione, il risarcimento del danno e la collaborazione processuale prima esaminati, incidono su alcuni principi quali il monopolio della penalità in capo allo Stato o alterano certe dinamiche di reperimento della prova, dando vita a figure ibride di imputato, la finalità deflattiva incide, invece, modificando prepotentemente il susseguirsi delle cadenze processuali, sottraendone il momento più importante: il dibattimento, quando invece non elimina l'intero processo.

Rispetto alle finalità esaminate poc'anzi si registra un graduale allontanamento dal bene giuridico tutelato dalla norma e offeso da uno specifico comportamento; la riparazione, più di tutte, è in perfetto asse con il bene giuridico leso e così anche la conformazione, seppure tardiva, all'obbligo violato; già la collaborazione, invece, se ne allontana, soprattutto in relazione alle dichiarazioni relative a fatti diversi da quello per cui si procede. Con la deflazione è, invece, definitivamente spezzato il legame tra bene giuridico tutelato dal reato contestato e cagione del beneficio concesso all'imputato.

Per certi aspetti si sarebbe portati a dubitare della legittimità costituzionale della deflazione. Il Giudice delle leggi, infatti, occupandosi del condono edilizio, ha stabilito in sede di *obiter dictum* che tutte le volte in cui si rompe il nesso tra reato e punibilità, utilizzando quest'ultima per fini estranei rispetto ai beni tutelati tramite l'incriminazione penale, è necessario, non solo salvaguardare il principio di uguaglianza, ma rinvenire anche una giustificazione nel quadro costituzionale che determina il fondamento ed i limiti dell'intervento punitivo dello Stato.

Per quanto attiene al principio di uguaglianza non si ravvisano problemi particolari; si tratta sempre, infatti, di istituti di applicazione soggettivamente generalizzata e che non possono certo essere qualificati alla stregua di un *odioso privilegio*.

I problemi sorgono con particolare riferimento a due profili: le funzioni della pena e il ruolo della persona offesa, titolare del bene giuridico leso.

Riguardo a questo secondo aspetto, soprattutto per i reati con vittime determinate e posti a salvaguardia di beni giuridici personalissimi, non si riesce davvero ad apprezzare quale relazione vi possa essere tra il consenso prestato ad un rito speciale e lo sconto di pena o la concessione degli altri benefici previsti *ex lege*¹⁶⁵.

Il negozio – come già più volte ribadito – si perfeziona tra l'indagato/imputato e lo Stato, consentendo al cittadino di rinunciare alla possibilità di difendersi nella pienezza delle garanzie che gli sarebbero riconosciute. Oggi, questa facoltà beneficia anche di un'espressa copertura costituzionale offerta dall'art. 111 comma 5 Cost.; non sempre, però, la commissione del reato si risolve in un rapporto tra il privato e lo Stato. Chi in effetti rimane tagliato fuori, in maniera più o meno netta, dall'opzione negoziale è la persona offesa¹⁶⁶. Se in precedenza abbiamo sottolineato come essa sia al centro della finalità riparatoria/risarcitoria e possa, almeno indirettamente, avere delle ricadute positive dalle informazioni fornite dall'imputato, non possiamo, invece, non constatare come alcun vantaggio derivi alla persona titolare dell'interesse protetto dall'opzione negoziale scelta dall'imputato, anzi.

Innanzitutto è utile chiarire che il tema affrontato non riguarda direttamente la figura processuale della parte civile (somma di persona offesa e danneggiato), ma si concentra sul rapporto sottostante tra offensore e offeso.

L'uso che il legislatore fa della pena nel caso della deflazione si proietta totalmente al di fuori della fattispecie concreta all'esame del giudice e non è neppure in grado di avere delle ricadute sulla punizione di quegli stessi autori per

¹⁶⁵ Risicato L., *I riflessi sostanziali del c.d. patteggiamento "allargato": l'irriducibile attrito tra giustizia penale negoziale, funzioni della pena e tutela della vittima*, in *Leg. Pen.*, 2004, 871.

¹⁶⁶ Per un riferimento a questo problema in relazione anche a quanto accade nel sistema britannico vedi Mannozi G./Henham R., *Il ruolo delle vittime nel processo penale e nella commisurazione della pena: un'analisi delle scelte normative e politico-criminali effettuate nell'ordinamento inglese e in quello italiano*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2005, 720 e ss.

altri fatti – come nel caso della collaborazione processuale. Il teatro in cui si esibisce la deflazione è quello del sistema penale complessivamente inteso, oltretutto la finalità di alleggerimento del carico processuale si può raggiungere solo in una dimensione seriale; ovviamente, un solo patteggiamento non può deflazionare proprio nulla!

Il processo, che nascerebbe per accertare la verifica di un'ipotetico reato e l'attribuzione di questo ad un soggetto determinato, si risolve in uno scomodo adempimento che deve essere ridotto al minimo ingombro, nel tentativo di rendere più efficiente quell'ingranaggio che esso stesso alimenta e contribuisce a rallentare.

Una volta collocata la finalità deflattiva in un luogo dogmatico del tutto esterno rispetto al reato oggetto della cognizione del giudice e riconducibile al solo interesse pubblico all'efficienza della macchina giudiziaria, ci si deve necessariamente interrogare sulla sorte spettante all'interesse leso di cui è titolare la persona offesa.

A questo punto, la deflazione si atteggia in maniera assai diversa a seconda che il reato contestato offenda solo un bene giuridico di cui è titolare lo Stato o anche un bene giuridico personale. Torna utile a tale proposito, la risalente distinzione già adottata da Giustiniano e poi rielaborata dal diritto intermedio, tra *delicta* (con i quali si lede un interesse privato) e *crimina* (che puntano a distruggere immediatamente la società o chi la rappresenta)¹⁶⁷; a questa dicotomia – cui si aggiunse con Beccaria e la codificazione napoleonica la terza categoria delle *contravvenzioni* – corrispondevano anche differenti *iudicia*.

Ad esempio l'oblazione, sulla cui particolare genesi legata alla giurisdizionalizzazione degli illeciti di polizia ora non ci soffermeremo, risolve, con un accordo tra Stato e cittadino, una vicenda processuale che scaturisce proprio dal

¹⁶⁷ Marongiu A., *Delitti (dir. intermedio)*, in *Enc.dir.*, Giuffrè, Milano, 8. In una prospettiva più moderna, si veda la distinzione tra reati mediabili e a-mediabili operata da Paliero C.E., La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia, in *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Giuffrè, Milano, 2007, 126.

sottrarsi del privato a un obbligo che questi aveva nei confronti della Pubblica amministrazione¹⁶⁸. Entro certi limiti lo stesso discorso potrebbe valere anche per i casi di condono edilizio, previdenziale o fiscale.

Non si può, invece, accettare che lo Stato espropri al singolo, offeso da un reato, la possibilità di partecipare alla condanna del responsabile o che egli assista impotente alla concessione di una diminuzione di pena senza che questa derivi da un comportamento del colpevole stimabile come *positivo* nei propri confronti.

Per quanto concerne, poi, il ruolo svolto dalla pena in un'ottica esclusivamente orientata alla deflazione, essa appare spogliata di tutte le finalità ad essa tradizionalmente assegnate. La possibilità di intendere la pena inflitta come retribuzione per il danno provocato è evidentemente esclusa in radice. Le funzioni specialpreventive¹⁶⁹ sono ridotte al lumicino e affidate a quel “mozzicone” di pena irrogata, spesso nei fatti sospesa o convertita nella sola pena pecuniaria, sulla cui conclamata ineffettività esiste ormai una cospicua letteratura¹⁷⁰, della quale ha preso esplicitamente atto anche la Commissione per la riforma della parte generale del codice penale recentemente insediatasi e presieduta dall'Avv. Pisapia.

Per le stesse ragioni in base alle quali non abbiamo ritenuto di far coincidere l'aggettivo *premiante* con *negoziale*, non è possibile attribuire un valore risocializzante alla scelta fatta dall'imputato, il quale approfitta solo di un'opportunità offertagli senza che a ciò consegua alcun vantaggio apprezzabile nei confronti del soggetto leso o del bene protetto; eccessivamente distante dal singolo, indiretta e affidata alla serialità, è l'utilità che la società tutta riceve da una macchina giudiziaria più veloce. Allo stesso tempo, fanno sorridere, oggi, le valutazioni abbozzate da pur autorevoli commentatori all'alba del nuovo codice di rito, secondo i quali potevano cogliersi delle indicazioni positive intorno alla personalità dell'imputato, dalla sua disponibilità ad entrare in dialogo con

¹⁶⁸ Caianiello M., *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Giappichelli, Torino, 2003.

¹⁶⁹ Risicato L., *I riflessi sostanziali del c.d. patteggiamento “allargato”: l'irriducibile attrito tra giustizia penale negoziata, funzioni della pena e tutela della vittima*, in *Leg. Pen.*, 2004, 874.

¹⁷⁰ Dolcini E., *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2006, 101.

l'ordinamento, scegliendo di evitare negazioni aprioristiche o furbeschi ostruzionismi¹⁷¹. In vero, già all'epoca non erano mancate le critiche¹⁷² a questa impostazione che, forse, poteva trovare giustificazione nella psicologia del cittadino italiano dei primi anni '90, ancora poco avvezzo alle dinamiche negoziali nel diritto penale, ma che davvero non risponde più all'attitudine mentale dell'uomo contemporaneo che si relazioni con la giustizia penale.

Cosa dire, infine, della generalprevenzione? *At first glance* essa pare davvero la funzione della pena maggiormente intaccata dall'ondata deflattiva. La comminatoria edittale diventa solo un riferimento sulla base del quale eseguire il computo per le sottrazioni che deriveranno dalla negoziazione con lo Stato, un po' una base d'asta, però al ribasso, o meglio, come il "prezzo di listino" passibile poi di generosi sconti in occasione dei "saldi permanenti" praticati dalla sofferente giustizia italiana, ormai in "liquidazione totale"¹⁷³. Se la generalprevenzione, intesa come deterrenza, lascia sul terreno un'assai poco temibile tigre di carta, la declinazione positiva della stessa finalità è del tutto vanificata poiché la percezione che ha l'opinione pubblica e con essa anche la *sanior pars* dei consociati, è la totale incertezza sui valori condivisi¹⁷⁴.

Eppure, per anni i commentatori hanno giustificato le evidenti fratture della dinamica tra reato e suoi effetti, introdotte con il codice Vassalli del 1988, proprio in forza della conseguente *certezza e prontezza* della pena, considerate come requisiti

¹⁷¹ Pagliaro A., *Riflessi del nuovo processo sul diritto penale sostanziale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1990, 42. Nello stesso senso conclude la Corte Suprema degli Stati Uniti (Brady v. U. S. , 397 U.S. 742 (1970)) a proposito della costituzionalità del *plea bargaining*, quando afferma che «non si può sostenere che sia incostituzionale per lo Stato estendere un beneficio a un imputato, il quale in cambio estende un beneficio allo Stato e che palesa con il suo consenso che è d'accordo e dimostra la sua volontà di ammettere il suo crimine e di entrare così nel sistema correzionale, con un atteggiamento che rafforza la speranza che il soggetto si riabiliti in un periodo di tempo più breve di quello che altrimenti sarebbe stato necessario».

¹⁷² Bricola F., *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Ind. pen.*, 1989, 333.

¹⁷³ L'espressione è di Dolcini E., *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, 1092.

¹⁷⁴ Si vedano, con particolare riferimento ai riti alternativi, le analisi di Dolcini E. *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, 1104 e Giunta F., *I nodi del "patteggiamento" giungono al pettine*, in *Leg. Pen.*, 2004, 860; perplessa anche la posizione di Fiandaca G., *Pena "patteggiata" e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it.*, 1990, I, c.2387.

essenziali per rafforzare la funzione generalpreventiva c.d. “allargata”¹⁷⁵. A ben guardare, ci si accorge che spesso la pena non è *certa*, perché contenuta nei limiti della sospensione condizionale (anche quando è pecuniaria) e tantomeno *pronta*, dato che in alcune forme negoziali a effetto deflattivo, la sentenza è comunque sottoposta agli ordinari mezzi di gravame, con le consuete ricadute sui tempi processuali.

Si profila così una nuova finalità della pena in guisa di *kundalini* dormiente: il classico serpente che si morde la coda. La “*penalità autoedule*”, ovvero, *che si può mangiare da sé*. Si pone un precetto presidiato da una sanzione, accompagnandolo a meccanismi processualsostanziali che mirano a non irrogare quella sanzione o, se costretti, a farlo in misura notevolmente ridotta rispetto a quanto minacciato: che *kundalini* non si svegli!

Se è vero che normalmente le pene vengono minacciate proprio nella speranza che così facendo non le si debba poi applicare, affinché il cittadino possa disporre di una tavola di valori cui ispirare il proprio comportamento, lo scivolamento della commisurazione anche sulla base di condotte realizzate nel postfatto e prive di alcun valore rispetto al bene giuridico leso, rende la dinamica deflattiva molto diversa da quella punitiva perché anche in presenza della realizzazione del fatto criminoso che si voleva evitare, si dealba la tavola fingendo che nulla sia accaduto. Se svincolata da politiche volte a escludere dal penalmente rilevante condotte criminose tipiche, ma in concreto bagatellari, la deflazione rischia di vanificare il senso del sistema penale che, così, pare essere fine a sé stesso.

Allo scopo di fornire un aggancio costituzionale della deflazione processuale abbiamo fatto cenno in precedenza all’art. 111 Cost. nella versione frutto della novella 23 novembre 1999, n. 2. Innanzitutto, il comma 5 disciplina solo i casi di mancata assunzione della prova in contraddittorio e non fa alcuna menzione della

¹⁷⁵ Bricola F., *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Ind. pen.*, 1989, 332; Pagliaro A., *Riflessi del nuovo processo sul diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 42; Padovani T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 435.

speditezza del giudizio in generale. Bisogna, a questo punto, fare molta attenzione a non riferire al comma 5 la previsione contenuta nel comma 2, laddove si parla di ragionevole durata del processo. La Costituzione non offre davvero nessuna esplicita legittimazione alla deflazione; infatti, la ragionevole durata del processo è riferita a quello che si svolge nel contraddittorio delle parti. Il processo dovrà essere lesto, ma compatibilmente con le garanzie che ne rappresentano le caratteristiche specifiche; e del resto, che senso avrebbe raccomandare un lasso di tempo ragionevole per procedure alternative al dibattimento già strutturalmente improntate alla rapidità?

Come spesso accade è la limitatezza della lingua all'origine di molti equivoci: i riti premiali non appartengono al *processo* propriamente detto. È sufficiente guardare nel giardino della procedura angloamericana per accorgersi del polimorfismo linguistico che essi conoscono per indicare la polifonia di fenomeni che noi riduciamo, miseramente, al solo lemma di *processo*. Esistono istituti che, come i condoni e le oblazioni, si innestano sul processo cagionandone la estinzione e altri che, come i riti alternativi, ne comportano invece una vera e propria mutazione genetica. Il legislatore costituzionale ha dimostrato una colpevole genericità lessicale nell'adoperare solo il termine processo nella stesura dell'art. 111.

A quanto appena detto è facile obiettare che nel diritto positivo italiano la parola *processo* ha un significato unitario e che, pertanto, non sono autorizzati arbitrari distinguo; oltretutto lo stesso comma 5 dell'art. 111, nella parte in cui richiede che il giudice sia imparziale, è stato più volte utilizzato dalla giurisprudenza costituzionale anche con riferimento ai riti alternativi. Eppure noi insistiamo nel ritenere che non abbia senso riferire il parametro della ragionevole durata a un rito deflattivo e come tale, alternativo al processo dibattimentale¹⁷⁶.

¹⁷⁶ Troviamo conforto a questa affermazione nel lavoro di Mitja 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, 393.), nel quale afferma che il patteggiamento non può essere legittimato dall'art. 111 comma 5 Cost.

In conclusione, dall'art. 111 non è consentito ricavare alcuna generale esortazione costituzionale alla deflazione.

Riprendendo quanto asserito nel principio di questo lavoro e considerando, pertanto, in maniera unitaria la non punibilità e l'attenuata punibilità sopravvenute¹⁷⁷, riteniamo necessario sviluppare le conclusioni cui è approdata la Corte Costituzionale con la celeberrima sentenza 148 del 1983 e con le successive che si sono occupate del sindacato sulla non punibilità.

Il legislatore costituzionale disciplina solo l'elisione del dibattimento, ma la proporzione che deve essere rispettata tra perseguimento della deflazione e preservazione delle garanzie procedurali è un equilibrio tutto da individuare; in questa ricerca la "lanterna di Diogene" è rappresentata dai valori costituzionali coinvolti.

Da un lato il diritto di agire in giudizio in capo alla vittima e la funzione punitiva dello Stato, ma anche quello dell'imputato di difendersi provando. Si obietta che la decisione di adottare un rito alternativo, in fondo, è rimessa alla decisione del singolo e che solo uno Stato paternalistico potrebbe non accettare l'espressione della volontà del cittadino. A ben guardare, però, come accade per tutte le ipotesi negoziali, se da un lato sembrano lasciare al cittadino un enorme potere, dall'altro ci si rende conto come, in realtà, la libertà in capo al privato sia coartata e incredibilmente sbilanciata in favore dello Stato. L'incontro delle volontà prevede anche una sottostante parità delle parti; si pensi a cosa accade nei rapporti tra privati quando il contratto viene concluso per la necessità nota alla controparte di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona: il contratto, ai sensi dell'art. 1447 c.c., è rescindibile!

Ora, forse, è più chiaro perchè non sia etichettabile come "deprecabile paternalismo", il tentativo di salvaguardare il cittadino dalla propria "apparente"

¹⁷⁷ Ulteriore incoraggiamento in questa lettura unitaria deriva dalla recente C.Cost. n. 394 del 2006 con la quale la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di una disciplina di favore dettata in riferimento ad alcune ipotesi reati elettorali passati dalla forma delittuosa a quella contravvenzionale. Vedi Manes V., *Illegittime le "norme penali di favore" in materia di falsità nelle competizioni elettorali*, in *D&G*,

libertà di accettare quello che non si può fare a meno qualificare come uno *scambio perverso*¹⁷⁸.

Ed allora, si può, forse, provare a fornire, per altra strada, una valida giustificazione alla deflazione processuale tramite il principio di **sussidiarietà**. Detto principio deve, per parere unanime della dottrina, informare la politica criminale, ma, al momento, non pare ancora giustiziabile, ovvero non assurge espressamente a parametro di legittimità costituzionale¹⁷⁹; come chiarito dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 409 del 1989¹⁸⁰ se ne potrà solo tenere indirettamente conto all'interno di una valutazione in termini di ragionevolezza, ma la decisione circa l'incriminazione viene ancora, dalla Consulta, rimessa alla politica.

Ebbene, non tutte le deflazioni paiono, a questo punto, deprecabili – o per lo meno, non tutte per gli stessi motivi.

La deflazione c.d. differenziata viene solitamente ritenuta un male utile nella misura in cui fa rima con *esiguità*. È evidente come la deflazione cerchi di risolvere su un piano sostanziale (la commisurazione della pena) quello che costituisce un problema squisitamente processuale¹⁸¹. Ed allora, nel tentativo di ricondurre ad unità gli istituti deflattivi, si registrerà un'assonanza solo quando la deflazione si risolva nel rapido disbrigo di illeciti bagatellari.

Questo discorso deve, però, essere approfondito; infatti non è per nulla scontato che illecito bagatellare ed illecito esiguo siano sinonimi, o meglio non sempre è possibile definire l'esiguità in astratto; si tratta, infatti, di una categoria che più di ogni altra richiede che il fatto sia apprezzato in concreto, mentre si può assegnare l'aggettivo *bagatellare* anche solo per tipi di illecito¹⁸². Sono prova di ciò le diverse costruzioni teoriche idetae in seno alla dottrina tedesca da Hellmuth Mayer, riprese da Krümpelmann e tendenti a isolare la dicotomia dei reati

¹⁷⁸ L'espressione è riferita da Luigi Ferrajoli (*Diritto e ragione*, Laterza, Roma-Bari, 2002, 779) al patteggiamento, ma ben si presta ad un uso più esteso.

¹⁷⁹ Donini M., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, 2004, 85.

¹⁸⁰ In particolare il punto 4, in *Giur. Cost.*, 1989, 1916.

¹⁸¹ Donini M., *Il volto*, 244.

¹⁸² Ad esempio, la *ratio* delle periodiche depenalizzazioni è quella del disvalore d'azione, che si valuta in astratto e consente di isolare condotte considerate *ex ante*, sulla carta, bagatellari.

bagatellari propri o “autonomi” e quelli impropri o “non autonomi”¹⁸³; i primi sono quelli che già sulla scorta delle pene edittali previste tradiscono una valutazione del legislatore in termini di minor gravità, mentre i secondi sarebbero sottofattispecie di reati considerati “gravi”, la cui cornice edittale inferiore consente ipotesi sanzionate in concreto non gravemente. Possiamo allora affermare che l’esiguità è sempre predicato del fatto e quindi legata al concreto, mentre il concetto di reato bagatellare si presta ad una valenza equivoca. Una politica criminale coerente dovrebbe confinare l’uso della negozialità in funzione deflattiva alle sole ipotesi di delitti bagatellari “impropri”, affidando, invece, la selezione dei *Bagatelldelikte* “propri” a politiche di depenalizzazione o decriminalizzazione praticate con l’uso dello strumento normativo, evitando di affidarle al processo.

Ed allora, tornando alle ipotesi positivamente disciplinate, valutiamo quelle così dette *differenziate*. Non soddisfano del tutto il parametro – nonostante l’esclusione delle contravvenzioni a pena congiunta – le ipotesi di oblazione, le quali sebbene il più delle volte, prendano corpo in illeciti di disobbedienza alle prescrizioni dell’Autorità e di pericolo astratto, non consentono al giudice di selezionare le fattispecie oblazionabili sulla base della concreta gravità; lo stesso può dirsi del condono edilizio, per il quale non è il titolo di reato a tipizzare le dimensioni della costruzione abusiva e a valutarne la concreta lesione dell’assetto urbanistico. Per opposte ragioni non si può, del pari, giudicare positivamente il patteggiamento – soprattutto dopo la riforma del 2003 – perché i reati per i quali si può beneficiare di questo rito alternativo possono essere molto gravi, non solo astrattamente, ma anche in concreto e ciò vale tanto per la versione *minor* (pena nei due anni) e a maggior ragione per quella *maior* (pena compresa tra i due e i cinque anni).

In definitiva, forse è proprio il decreto penale di condanna la tipologia negoziale più prossima alla selezione in concreto dell’esiguità; non presentando preclusioni in astratto, ma basandosi sulla sola pena irrogabile che, per essere

¹⁸³ In Italia la ripartizione è ripresa da Paliero C.E., *Minima non curat*, cit., 646.

pecuniaria dovrà o esserlo a livello edittale o convertita e quindi contenuta nei sei mesi.

Tutti quegli istituti che fanno della deflazione processuale la propria ragion d'essere non possono essere accolti positivamente quando consentono di modificare previsioni edittali molto significative. In tutti questi casi, infatti, da un alto, è eccessiva la sproporzione tra valori in ballo e libertà del singolo, schiacciato dal concreto pericolo di una condanna ad una pena molto elevata; dall'altro si vanificano fondamentali esigenze repressive di tenuta del sistema ed anche l'idea di una giustizia penale più veloce e quindi più efficiente finisce col trasformarsi, il più delle volte, in una giustizia sommaria¹⁸⁴.

2.3.4 Pratiche simoniache: i condoni.

Lo scopo perseguito dallo Stato in riferimento ad istituti come il condono è, evidentemente, quello di rimpinguare le esangui finanze pubbliche, al quale si associa anche una indiretta finalità deflattiva, ma il fatto che si tratti di uno strumento rivolto solo ad alcune fattispecie, selezionate dal legislatore in base alla loro diffusione e al forte interesse dei privati a sanare situazioni illecite in cambio di una prestazione economica di gran lunga inferiore rispetto al vantaggio ottenuto frodando il fisco o edificando una costruzione in violazione delle norme urbanistiche penalmente presidiate, o assumendo manodopera immigrata illegalmente, cui si accompagna una selezione dell'autore; infatti, i reati condonabili hanno per autori imprenditori, o comunque soggetti che producono reddito o che possiedono immobili.

Con particolare riferimento ai condoni edilizi, è già nella rubrica delle tre leggi susseguitesesi a distanza regolare di nove anni una dall'altra, che gli interessi realmente perseguiti dal legislatore si fanno via via sempre più scoperti. E così la

¹⁸⁴ Palazzo F.C., *La nuova fisionomia dei riti alternativi premiali*, in *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Giuffrè, Milano, 2007, 46.

Legge 28 febbraio 1985, n. 47 si intitolava “Norme in materia di controllo dell’attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere edilizie”, la Legge 23 dicembre 1994, n. 724, “Misure di razionalizzazione della finanza pubblica”; per concludere con il più recente condono del 2004, disciplinato da un collegato alla legge finanziaria: “Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo dell’economia e per la correzione dell’andamento dei conti pubblici”. Si consacra, in questa maniera, il ruolo del condono quale strumento per incrementare le entrate dello Stato.

Se nel condono fiscale lo Stato pratica la simonia¹⁸⁵ con interessi propri quale è quello alla riscossione dei tributi, non può dirsi lo stesso con riferimento ai sempre più numerosi condoni edilizi. Anche in questo caso il legislatore, adoperando gli strumenti negoziali, trascura la reale vittima dell’illecito che, in pochi casi come per i reati ambientali, è la generalità dei consociati, ovvero tutte quelle persone che non potranno più apprezzare un paesaggio intatto¹⁸⁶.

Il condono si atteggia a strumento peculiare rispetto agli altri istituti negoziali; esso, infatti, presenta delle caratteristiche che lo avvicinano ad un’altra genia di istituti incidenti sulla punibilità: quelli clemenziali. L’indulto, l’ammnistia e la grazia hanno la caratteristica di essere disciplinati – i primi per espressa previsione costituzionale e l’ultima per le caratteristiche strutturali – da leggi successive alla commissione dei fatti per i quali prevedono l’impunità o la riduzione della pena; allo stesso modo, anche i condoni si propongono di sanare illeciti già commessi.

Non è un caso che la dottrina¹⁸⁷ – nonostante sul punto si sia ripetutamente pronunciata la Consulta – in occasione di ogni condono, continui a ripetere la stanca litania dell’*amnistia camuffata* e della violazione dell’art. 79 Cost. Leggendo oggi la prima sentenza della Corte Costituzionale che si occupava del condono

¹⁸⁵ L’espressione è di Musco E., *L’illusione penalistica*, Giuffrè, Milano, 2004, 158.

¹⁸⁶ Si afferma spesso, a proposito dei reati ambientali e di quelli edilizi o contro il patrimonio artistico, che le reali persone offese sono le generazioni future.

¹⁸⁷ Da ultimo Ruga Riva C. commentando la sentenza della Consulta n. 196/04, in *Dir.pen.proc.*, 2004, 1104.

edilizio¹⁸⁸, emerge con chiarezza come la distinzione del condono dall'amnistia venga tracciata proprio facendo ricorso a quello che sarebbe diventato con il passare degli anni l'elemento caratterizzante dell'allora embrionale "fenomeno negoziale": la volontà dell'interessato; l'estensore sintetizza: *«gli effetti estintivi derivano dal decreto d'amnistia e non dalla volontà dell'interessato»*.

Tutte le altre ipotesi negoziali si applicano sì a reati già commessi, ma sono disciplinate da fonti preesistenti al fatto stesso e se, invece, vi sopravvengono, trovano applicazione in forza dell'art. 2 c.p. se di natura sostanziale o in forza del principio *tempus regit actum* se norme processuali¹⁸⁹.

Stabilitane la natura negoziale e non clemenziale, si deve ammettere che la compatibilità costituzionale dei condoni è letteralmente "appesa a un filo". Con esclusivo riferimento agli effetti penali dei condoni edilizi, la giurisprudenza costituzionale conta tre fondamentali pronunce, rese in occasione degli altrettanti provvedimenti susseguitisi a cadenza novennale l'uno dall'altro¹⁹⁰.

Con la sentenza n. 369/88 si "salvava" il condono del 1985 alla luce dell'intenzione del legislatore di *«chiudere un passato d'illegalità di massa, alla quale aveva contribuito la non sempre perfetta efficienza delle autorità amministrative»*, mirando a *«porre "sicure" basi normative per la repressione futura di fatti che violano fondamentali esigenze sottese al governo del territorio, come la sicurezza dell'esercizio dell'iniziativa economica privata, il suo coordinamento a fini sociali (art. 41 commi 2 e 3 Cost.) la funzione sociale della proprietà (art. 42 comma 2 Cost.) la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico (art. 9 comma 2 Cost.)»*.

Nella sentenza n. 427/95 relativa al condono del 1994, le motivazioni della Corte si fanno meno convincenti e si fondano soprattutto sulle *«ragioni di natura*

¹⁸⁸ C.Cost. 31 ottobre 1988, n. 369 – relatore Renato Dell'Andro.

¹⁸⁹ Ci si soffermerà in seguito sulla critica a questa ripartizione.

¹⁹⁰ Per una dettagliata panoramica della giurisprudenza di legittimità costituzionale e della magistratura ordinaria in materia di condoni edilizi vedi Reynaud G., *Il condono edilizio al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Leg. Pen.*, 2004, 795; Id., *Il condono edilizio tra disciplina legislativa e applicazione giurisprudenziale*, in *Leg. Pen.*, 2005, 99.

*finanziaria*¹⁹¹, *straordinarie e contingenti*», paventando anche il bisogno di un non meglio esaminato “contemperamento” con interessi quali la salute, la proprietà, l’erario, l’abitazione, il lavoro; con questa pronuncia si prende atto dell’ormai inarrestabile irruzione di interessi extrapenali tra le finalità della pena. Infine, la più recente sentenza n. 196/04 ha ripreso l’elaborazione concettuale delle pronunce precedenti senza alcun apporto originale.

Il vero *leitmotiv* comune alle tre pronunce è la concezione del condono come strumento eccezionale, straordinario e irripetibile; in questo modo, però, la Corte associa il concetto di *eccezionalità* all’idea che si tratti di valutazioni politiche e come tali – *ex art. 28 l. 87/1953* – insindacabili. Il rapporto tra eccezione e scelte politiche è antico¹⁹², ma in questo caso non trova davvero giustificazione; infatti la reiterazione dei condoni *ipse loquitur*, non deponendo certo in favore dell’eccezionalità degli stessi.

Di contro, per esaminare correttamente il condono è proprio dalla sua tendenziale normalità che si deve partire, finendo con l’ammettere che i vari tipi di condoni rappresentano, tra gli strumenti negoziali, quello, forse, più schiettamente irrispettoso delle finalità della pena.

Innanzitutto, la non punibilità a fronte della prestazione economica rende la pena minacciata assolutamente inidonea a salvaguardare il bene giuridico tutelato dalle norme penali: sotto quale aspetto la somma di denaro pagata allo Stato – spesso, addirittura, svincolata dalla sanatoria amministrativa – aiuta il governo del territorio, inteso come guida ad una distribuzione razionale della presenza dell’uomo sul territorio? (la domanda è retorica!).

¹⁹¹ A tale proposito sono molto acute le riflessioni di A. Bevere, *Il magistrato gabelliere e negoziatore, costi e ricavi nel processo e nella società*, in *La giustizia contrattata* a c. di Moccia, ESI, 1998, 93.

¹⁹² Sul problema in generale, si veda Agamben G., *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Milano, 2003 e per i profili più strettamente giuridici Romano S., *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione dei terremoti di Messina e Reggio Calabria*, in *Riv. Dir. Pubblico*, 1909, ora in *Scritti minori*, vol. I, Milano, 1990, 362: «E nella necessità deve rintracciarsi l’origine e la legittimazione dell’istituto giuridico per eccellenza, cioè dello Stato, e in genere del suo ordinamento costituzionale, quando esso viene instaurato come un procedimento di fatto, ad esempio in via di rivoluzione. E ciò che si verifica nel momento iniziale di un determinato regime può anche ripetersi, sebbene in linea eccezionale e con caratteri più attenuati, anche quando questo avrà formato e regolato le sue istituzioni fondamentali».

Possiamo, dunque, asserire con sicurezza che la minaccia della pena serve per rimpinguare le magre finanze dello Stato: *nihil novi!* La contribuzione fiscale, del resto, è costituzionalmente garantita e la legislazione tributaria è ricchissima di precetti penali; da questo punto di vista non si comprende dove sia l'anomalia. Ed invece, l'anomalia sta proprio nell'uso del precetto penale posto a tutela di un bene giuridico ed usato per il perseguimento di scopi assolutamente *altri*. La *ratio* della rilevanza penale di alcuni illeciti edilizi è la tutela del bene giuridico sottostante o la coartazione del cittadino a pagare un ulteriore balzello sotto la minaccia della pena. Conducendo il ragionamento alle estreme conseguenze, potremmo arrivare a giustificare la scelta del legislatore di criminalizzare una condotta qualsiasi con il segreto fine di imporre ai consociati delle prestazioni che altrimenti non fornirebbero.

Non è questo il volto dell'illecito penale in uno Stato democratico. Perciò, nonostante quanto deciso dalla Consulta¹⁹³, non possiamo essere d'accordo circa la straordinarietà della situazione sottostante all'adozione degli ultimi due condoni edilizi che, pertanto, peccano di irragionevolezza¹⁹⁴.

Quanto alle classiche finalità riconosciute alla pena, se ne può constatare la scomparsa. La generalprevenzione è vanificata proprio dalla reiterazione dei condoni nel tempo; in questa maniera, infatti, non sono in condizione di esercitare alcuna forza intimidatrice sul potenziale trasgressore e demoliscono la fiducia nei valori riposta dal cittadino che, ligio ai propri doveri e convinto che il crimine "non paghi", ha preferito vivere in pochi metri quadrati, anziché ampliare illegalmente la propria abitazione. Accanto alla radicale *debacle* della generalprevenzione sta il fallimento di qualsiasi tensione specialpreventiva anche solo positiva e

¹⁹³ Probabilmente, oggi, non è più condivisibile l'idea che la straordinarietà, ricollegata a un procedimento normativo, sia una categoria sottratta al sindacato del giudice delle leggi; infatti, ad esempio, dalla sent. 29/1995 e da ultimo nella *?*/23.05.2007 la Consulta si pronuncia anche sui requisiti di necessità e urgenza, in quanto presupposti di emanazione del decreto legge.

¹⁹⁴ Ad una censura di irragionevolezza per l'ultimo condono edilizio perviene, seppure con percorso argomentativo diverso, Carlo Piergallini, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1701

direttamente dipendente dal vuoto adempimento richiesto al cittadino, completamente sciolto dalla tutela degli interessi in gioco.

2.4 Conclusioni.

Sino ad ora potevamo parlare del fenomeno negoziale come di un *polimorfismo giuridico* caratterizzato da un'eterogeneità dei fini, che trova gli unici aspetti comuni nelle affinità strutturali, rappresentate: dalla prestazione richiesta al cittadino (di contenuto vario), dal luogo dogmatico in cui opera (il postfatto) e dagli effetti prodotti di attenuazione/assenza della punibilità rispetto alla pena prevista dalla comminatoria. Come appare evidente, le fattispecie negoziali sono state raccolte attorno alla domanda «*che cos'è?*» e non «*a cosa serve?*». L'aspetto più difficile di questa indagine sulla negozialità nel sistema penale italiano, sta proprio nel tentativo di costruire una grammatica comune per istituti tanto diversi tra loro.

Rappresentano, a tal proposito, dei sicuri punti di riferimento due sentenze della Corte Costituzionale che, come è ormai chiaro, sono la n. 148/1983 in materia di norme penali di favore e la n. 369/1988 sul condono edilizio del 1984; in entrambe, infatti, si trovano delle indicazioni espresse riguardo ai limiti che deve osservare il legislatore nell'accostarsi alla non punibilità.

Preliminarmente, preme sottolineare che, alla luce di quanto affermato all'inizio di questo lavoro, stante l'*eadem ratio*, accanto alla non punibilità in senso stretto – intesa come assenza di punizione – si deve prendere in considerazione la “punibilità attenuata”, da intendersi come la quantità o il tipo di pena residui, da applicarsi in esito all'operatività degli istituti negoziali, in quanto anch'essa rompe la normale sequenza che va dal reato alla pena¹⁹⁵.

¹⁹⁵ In tal senso Pulitanò D., *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2005, 966.

Dalla coppia di sentenze sopramenzionate che, come si sarà compreso, hanno rappresentato la “stella polare” della disamina delle funzioni proprie dei vari istituti analizzati, sono enucleabili le seguenti linee guida.

La non/attenuata punibilità:

- a. non deve contrastare con il principio di uguaglianza e deve evitare odiose forme di privilegio;
- b. non deve essere irragionevole; ossia, non deve contrastare con il quadro costituzionale che determina fondamento e limiti dell'intervento punitivo dello Stato. Ciò si ottiene evitando di svilire il significato della comminatoria edittale e salvaguardando le finalità della pena.

Il punto *a* è stato già oggetto di analisi, con riguardo, invece, al punto *b* è necessario soffermarsi sulla copertura costituzionale riconosciuta alla funzione punitiva dello Stato.

Troppo facile è cadere nella tentazione di riconoscere alla non punibilità un ampio margine di operatività perché essa si traduce, a differenza della penalità, in una maggiore libertà del soggetto. Se l'idea propugnata da Bricola¹⁹⁶ che voleva fossero sottesi anche alla non punibilità – come per la criminalizzazione – degli interessi costituzionalmente garantiti appare eccessiva, il vero limite deve invece individuarsi nella funzione, propria dello Stato, di punire chi commette un delitto.

Si tratta di una delle funzioni connaturate al potere statale e che trova implicito conforto nel testo costituzionale; senza scomodare l'obbligatorietà dell'azione in capo alla pubblica accusa, già nel fatto che la *Grundnorm* disciplini la legge, la responsabilità ed il processo penali, può leggersi la pertinenza della finalità repressiva ai principi fondamentali del sistema penale italiano¹⁹⁷. Ci si aspetta che il sistema della giustizia accerti e sanzioni la maggior parte o una parte

¹⁹⁶ Bricola F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Quest. Crim.*, 1981, 445, oggi in *Scritti di diritto penale*, vol.I, Giuffrè, Milano, 1997, 1422.

¹⁹⁷ Si veda per questa interpretazione il lucido contributo di Pulitanò D., *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2005, 966, nel quale si sottolinea l'importanza del congiunto operare di diritto sostanziale e processo nel perseguimento del *law enforcement*.

significativa dei delitti più gravi o che preoccupano maggiormente i consociati e del resto, si trova conferma di ciò nella giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di procedura penale.¹⁹⁸

È, pertanto, di agevole comprensione la necessità di ricercare robuste giustificazioni in grado di sostenere le scelte postfattuali di attenuazione della punibilità, le quali dovranno essere bilanciate in rapporto alla funzione punitiva e vagliate alla luce del parametro di ragionevolezza.

In esito alla rapida analisi condotta si può affermare, senza tema di smentita, che tutti gli istituti da noi ricondotti al paradigma negoziale mettono senz'altro in crisi la **comminatoria edittale**; però, mentre per alcuni istituti ciò trova una giustificazione robusta nella tutela di quegli stessi beni giuridici alla base dell'incriminazione (condotte riparatorie o di conformazione all'obbligo violato), in altre questa caratteristica è del tutto assente e non rimane posto neppure per le classiche finalità della pena.

Anche la **funzione retributiva** della pena (con la sola eccezione delle condotte riparatorie, valutate nella loro dimensione oggettiva) scompare dall'operazione di commisurazione a fronte dell'operatività delle opzioni negoziali.

Rimane la presenza, in vero sbiadita, delle **funzioni preventive** della sanzione, ora speciali ora generali, con il solo riferimento ad alcune condotte collaborative ed alle già menzionate *actiones reparatoriae* e di adeguamento all'obbligo violato.

Le finalità che, invece, più difficilmente si riesce a ricondurre allo schema classico, del precetto penale inteso come estremo baluardo a tutela di beni giuridici determinati, sono quella **deflattiva** e quella di adoperare la promessa dell'impunità per alcuni reati per finalità ricollegabili ad esigenze economico-finanziarie dello Stato, attraverso l'*ostentum* giuridico rappresentato dalla prassi dei **condoni** e delle sanatorie.

¹⁹⁸ Per tutte, C.Cost. n. 88 del 1991 che offre una lettura interconnessa del principio di legalità nel diritto penale, di quello di uguaglianza e dell'obbligatorietà dell'azione penale.

Con particolare riferimento a questi ultimi due scopi individuati, ma in generale, pensando a tutti gli altri fini della negozialità esaminati precedentemente, si può isolare con chiarezza una nuova finalità della pena. Essa, a volte affiancando le altre classiche funzioni – ormai affievolite, a volte, invece, surrogandole integralmente, consiste nello scopo di ottenere dal cittadino, che parrebbe essere autore di un reato, un comportamento conforme a delle finalità statuali ulteriori, le quali, poi, potranno essere (o no) in linea con i principi e gli scopi del diritto penale. Il legislatore, resosi conto dell'inefficacia della minaccia rivolta alla generalità dei consociati, si avvale della concretizzazione di quella minaccia nei confronti di un soggetto determinato, già individuato.

Non è mancato chi¹⁹⁹ ha colto in questi aspetti, echi del modello habermasiano dell'agire comunicativo di cui abbiamo detto sopra, arrivando a parlare di un “modello consensuale–consociativo” verso cui evolverebbe il diritto penale moderno. Abbiamo diffusamente parlato precedentemente delle influenze esercitate dal filosofo di Francoforte; a parere di chi scrive, però, la costrizione esercitata dallo Stato sul cittadino dietro la minaccia (attuale e non teorica) di una pena non è esattamente quel tipo di “ricerca comunicativa del diritto” (*kommunikative Rechtsfindung*) proposta da Habermas.

Rimane un punto fermo l'impossibilità di ricondurre tutte le tecniche di degradazione esaminate, alla sussidiarietà; come dimostrato, non è, infatti possibile dire che la negozialità tenda a conseguire l'*extrema ratio* penalistica, anzi, pare nutrirsi proprio della ipertrofia del diritto penale: maggiori sono i divieti e le conseguenti sanzioni, maggiori possibilità avrà lo Stato di reificare il cittadino in vista degli scopi perseguiti. Tutt'al più si potrà prendere atto di come le scelte negoziali segnino la *rottura della centralità del modello repressivo*, in favore dell'*ottimizzazione delle sanzioni positive*²⁰⁰. Eppure, a ben vedere, neppure questa conclusione appaga; infatti molti degli istituti negoziali (specie quelli a prevalente

¹⁹⁹ Paliero C.E., *L'autunno del patriarca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1230.

²⁰⁰ Questa conclusione e le espressioni in corsivo sono di Piergallini C., *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1960.

vocazione deflattiva) paiono spesso funzionali a interessi repressivi, sganciati dai binari della legalità²⁰¹; inoltre, come si evidenzierà in seguito, le dinamiche della giustizia negoziale nascondono spesso diversi meccanismi di costrizione più o meno visibili²⁰².

Non può essere parimenti trascurato un elemento essenziale della pena e precedente alle stesse finalità da essa perseguite: la legalità²⁰³. «*Il canone illuministico della certezza, della prevedibilità della sanzione non esiste più*»²⁰⁴ ad oggi diviene impossibile predeterminare l'entità della pena applicata, con la conseguente impossibilità per il cittadino, di mettersi al riparo dagli arbitri del potere giudiziario.

Su impulso di parte la cornice edittale diviene una frontiera mobile e la pena diventa modificabile in base alle contingenze²⁰⁵; e così, ad esempio, nel caso del patteggiamento o del procedimento per decreto, si fa passare il cammello per la cruna dell'ago, determinando la pena sulla base del minimo edittale, anche quando il caso concreto meriterebbe, magari, di essere sanzionato più gravemente, o riconoscendo l'esistenza di circostanze attenuanti in realtà inesistenti; a questo proposito, lascia stupefatti una sentenza delle Sezioni Unite nella quale si riconosce espressamente che «*allorquando le parti presentano al giudice la concorde richiesta di applicazione di una determinata pena anche per effetto del riconoscimento di determinate attenuanti e del rilievo da attribuirsi alle stesse nel giudizio comparativo con possibili aggravanti, risulta evidente che anche quella indicazione è soltanto strumentale rispetto alla concreta determinazione di una pena applicabile e tale*

²⁰¹ Amodio E., *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, in Riv. It. Dir. proc. pen., 2004, 433.

²⁰² Ost, *Introduction au Séminaire* (Atti del "Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques et criminologiques des Facultés universitaires Saint Louis à Bruxelles" a c. di Gerard, Ost e Van De Kerchove, Bruxelles, 1994).

²⁰³ Orlandi R., *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena* – Atti del Convegno di studio svoltosi a Casarano-Gallipoli, 27-29 ottobre 2000, promosso dal CNPDS in collaborazione con il Centro Studi Giuridici "Michele De Pietro" di Lecce, Giuffrè, Milano, 2002, 260;

²⁰⁴ Larizza S., *Il principio di legalità della pena*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2004, 136.

²⁰⁵ Spangher, *C'era una volta il processo penale.....*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1156; Lozzi G., *La nuova fisionomia dei riti alternativi premiali*, in *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Giuffrè, Milano, 2007, 81 e ss.

*indicazione è anch'essa il risultato di un accordo*²⁰⁶. Tanto premesso, la Corte conclude affermando che la sussistenza o meno delle circostanze è sottratta del tutto alla verifica di congruità della pena.

Tale assetto obbliga l'interprete a ripensare *funditus* la commisurazione della pena nell'attuale ordinamento penale e processualpenale italiano.

Possiamo concludere, riportando il pensiero di un noto studioso della pena, il quale ritiene che *«il limite strutturale al processo di negoziazione della pena sia dato dall'ineliminabile funzione di censura sociale che ontologicamente appartiene al sistema di giustizia penale. Se il processo di “commercializzazione” si spinge oltre il limite superato il quale si determina socialmente la perdita del senso del punire – cioè del dare intenzionalmente sofferenza per produrre quell'aggiuntivo handicap che è in grado di determinare stigma – il sistema di giustizia criminale tradisce la sua missione»*²⁰⁷.

3. Sulla natura processuale o sostanziale delle ipotesi negoziali.

La pluralità di istituti analizzati ricomprende fattispecie di riconosciuta natura processuale ed altre, pacificamente riconducibili al diritto penale sostantivo²⁰⁸.

Eppure, l'idea di fare di questa moltitudine informi un'unica categoria giuridica obbliga l'interprete a tentare di dare una collocazione unitaria anche sotto questo profilo.

Sul punto, però, si rende necessaria una breve premessa. Innanzitutto, da più parti si considera ormai superata la rigida distinzione in *diritto penale sostanziale e processuale*²⁰⁹, funzionale a confinare il processo nel ruolo meramente

²⁰⁶ SS.UU., 28 maggio 1997, n. 5, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 853 con nota di Viggiano e *Riv. it. dir. proc. pen.* 1998, 1377 con nota di Lozzi G.

²⁰⁷ Pavarini M., in *Saggi sul governo della penalità*, a c. di Pavarini/Guazzaloca, Martina, Bologna, 2007, 51.

²⁰⁸ Con riguardo a questa dicotomia in merito alle ipotesi di estinzione del reato si veda Di Martino A., *La sequenza*, cit., 262.

²⁰⁹ Nobili, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, CEDAM, Padova, 1988, 181 e ss.; Da ultimo, testimonia lo stato dell'arte sul tema il recente confronto dialettico tra Pulitanò D., (*Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2005,

strumentale rispetto alla norma incriminatrice e che aveva raggiunto la propria massima consacrazione con l'Illuminismo²¹⁰; pare, infatti, assai difficile, oltre che pericoloso, sottovalutare la rilevanza che esplicano le regole riguardanti l'accertamento dei fatti, sulla dimensione sostanziale del reato²¹¹. Per chiarezza, teniamo a precisare che non si pone in discussione l'autonomia scientifica dei due rami del diritto, ma ciò consente comunque di non sottacerne le reciproche interrelazioni.

Dal nostro punto di vista e per le finalità di questo lavoro, la classica dicotomia interessa al solo fine di sapere quali regole applicare per la successione nel tempo di norme modificative degli istituti negoziali esistenti e di quelli che in futuro la fantasia del legislatore vorrà partorire. Com'è naturale, si presenta problematico, il caso di norma successiva sfavorevole che circoscriva l'operatività delle opzioni negoziali; in verità, al momento non sembra questa la scelta del legislatore, tutto proteso ad ampliare i margini di negoziabilità della pena, ma per il futuro non si può dire²¹².

Quando si assegna ad alcune opzioni negoziali, la natura sostanziale e ad altre quella processuale, si dovrebbe riflettere: qual è la distinzione tra le due sfere del giure penale? Scartata l'idea di fondare la dicotomia sulla base della localizzazione topografica nel codice di rito oppure in quello materiale, si direbbe che la qualifica di norme sostanziali spetterebbe a quelle che fondano l'incriminazione, mentre si qualificherebbero come processuali tutte quelle che si pongono come strumentali rispetto alla sentenza (indifferentemente di

951; Id., *Consensi e fraintendimenti sui rapporti tra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 517) e Ruggiero G., *Ideologia e dogmatica sui rapporti tra diritto penale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 255).

²¹⁰ Icastico è il *climax* ascendente adoperato da Tullio Padovani (*La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema dalla comminatoria edittale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1992, 431), il quale tratteggia la parabola che segue la trasformazione del processo da "servo muto" a "socio paritario" ed infine a "socio tiranno" del diritto sostantivo.

²¹¹ Stella F., *Giustizia e modernità*, Giuffrè, Milano; Fiandaca G., *Diritto penale e processo*, in *Il diritto penale tra legge e giudice*, CEDAM, Padova, 2002, 65 e ss.

²¹² Si veda l'art. 4 lett. m) dello "Schema di disegno di legge recante disposizioni in materia di reati di grave allarme sociale e di certezza della pena", testo approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 30 ottobre 2007 e facente parte del c.d. "pacchetto sicurezza". In esso è prevista l'abrogazione del c.d. "patteggiamento in appello".

proscioglimento o di condanna) o che, a fronte delle norme di condotta sono qualificabili come norme di struttura o di competenza e che si rivolgono agli attori del processo-procedimento²¹³. Con specifico riferimento alle fattispecie esaminate non può negarsi la ricaduta sostanziale di tutte le ipotesi elencate di non/attenuata punibilità, operanti su base volontaria e con esse anche dei riti alternativi (oggi pacificamente ricondotti al giure penalprocessuale)²¹⁴; l'introduzione di quelle è, infatti, finalizzata proprio alla determinazione del *quantum* o dell'*an* della pena da applicare in concreto.

Oltretutto, con riferimento ad alcuni istituti c.d. *di confine* la distinzione tra legge penale e legge processuale si presenta spesso profondamente incerta²¹⁵; questo accade, ad esempio, con riferimento alla prescrizione²¹⁶ e ad altre cause di estinzione del reato. Non può sottacersi il tentativo di certa giurisprudenza costituzionale di forzare le regole del *tempus regit actum* in materia di benefici penitenziari più restrittivi e sopravvenuti quando il detenuto aveva già maturato i requisiti per usufruire della precedente disciplina levioere; in questi casi, la Corte ha infranto le consuete regole di applicazione del diritto processuale, ma lo ha fatto, motivando formalmente sulla scorta del principio rieducativo della pena sancito dal comma 3 dell'art. 27²¹⁷.

La dicotomia sostanziale/processuale appassiona anche i giuristi dei paesi anglosassoni²¹⁸; a tale proposito è significativo il tentativo della Suprema Corte

²¹³ Vedi Cristiani A., *Legge processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*,

²¹⁴ Orlandi R., *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena* – Atti del Convegno di studio svoltosi a Casarano-Gallipoli, 27-29 ottobre 2000, promosso dal CNPDS in collaborazione con il Centro Studi Giuridici "Michele De Pietro" di Lecce, Giuffrè, Milano, 2002, 258; Fiandaca G., *Diritto penale e processo*, in *Il diritto penale tra legge e giudice*, CEDAM, Padova, 2002, 66.

²¹⁵ Si veda la bizzarra sentenza nr. 3821/06 pronunciata recentemente dalle Sezioni Unite penali in materia di competenza dei reati del codice della strada, con la quale si prevede che la competenza sarà quella stabilita dalla legge in vigore al momento della notifica del decreto di citazione a giudizio (natura processuale), ma il tribunale dovrà applicare, per i fatti pregressi, le più favorevoli sanzioni del Giudice di pace (regola sostanziale).

²¹⁶ Particolarmente importante il dibattito sulla natura della prescrizione, maturato in Germania sul finire degli anni '60.

²¹⁷ C.Cost. 137/1999; C.Cost. 257/06 e 79/2007 sulle modifiche all'ordinamento penitenziario apportate dalla ex Cirielli.

²¹⁸ Fletcher G.P., *Basic concepts of criminal law*, New York-Oxford, 1998 (tr.it., *Grammatica del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2004, 19 e ss.

degli Stati Uniti che, nel caso *Guaranty Trust v. York*²¹⁹, 326 U.S. 99 (1945), qualificò come regole di procedura quelle che riguardano «*soltanto i modi e gli strumenti attraverso cui è fatto valere un diritto in giudizio*», mentre le regole di diritto sostanziale sono quelle «*che condizionano in modo significativo l'esito*».

Ed allora, nella misura in cui si tratta di istituti che agiscono direttamente sulla pena, elidendola o modificandola, non si può accettare che in base alla, spesso arbitraria, distinzione in norme processuali e sostanziali si debba sottrarre alcune ipotesi alle più garantiste regole di successione di leggi sostantive, per sottometerle al più incerto principio del *tempus regit actum*.

Pare inevitabile sottolineare come i meccanismi che operano nel postfatto, alterino *funditus* le dinamiche sottostanti alla commisurazione della pena; a fronte di dette alterazioni delle sequenza reato – pena, sarà, infatti, privo di senso rapportare il *quantum* della sanzione alla gravità del fatto o all'intensità del coefficiente soggettivo. La pena inflitta sarà irrimediabilmente condizionata dallo strumento negoziale prescelto, il quale stravolgerà anche le valutazioni specialpreventive introdotte nella fase commisurativa dalla sentenza 313/90 della Corte Costituzionale, pronunciata proprio in riferimento al patteggiamento. Che senso ha pretendere che il giudice valuti la capacità della pena applicanda di evitare la ricaduta nel reato di un imputato, se poi, quella stessa pena, dovrà in seguito essere ridotta?

A ben vedere, sembrerebbe di poter attrarre nell'orbita processuale anche l'oblazione, il condono, e sin'anche le circostanze attenuanti sagomate sul modello dell'art. 62 n. 6 c.p.; infatti, si tratta sempre di attività orientate ad incidere sul processo che si sta celebrando o che sta per o potrebbe esserlo.

Ed in effetti, emerge uno dei tratti caratteristici del sistema penale: l'indissolubile legame tra il diritto penale e il processo²²⁰; a differenza del diritto privato, «*il diritto penale si esprime come diritto, proprio in quanto violato: la sua*

²¹⁹ *Guaranty Trust v. York*, 326 U.S. 99 (1945)

²²⁰ Molto chiaro sul punto Carnelutti F., *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1946, 8.

*fisiologia è, per così dire, “patologica”»²²¹. Del resto è sufficiente riflettere, come al solito, sulla struttura della norma penale, per vedere che la sanzione prevista accanto al precetto non può esistere senza la mediazione del processo, soltanto in esito al quale può realizzarsi. Mentre, infatti, alle conseguenze della trasgressione dei precetti del diritto civile i privati possono conformarvisi spontaneamente, non accade lo stesso nel *ius criminale*.*

Proprio la nuova importanza riconosciuta al postfatto – potenziata ancora maggiormente dai riti alternativi introdotti nel 1988 – ha comportato un ulteriore stravolgimento dei rapporti tra diritto penale e processo; ora la pena non è più la prevedibile conseguenza del fatto criminoso commesso, determinata per mezzo del processo, ma è il risultato di una nuova pletora di istituti che possono innestarsi in questo cammino, prima così lineare. Ci si rende conto, allora, che gli istituti di cui ci occupiamo presentano una natura ibrida, perché, da una parte, incidono *direttamente*²²² sulla pena e dall'altra, lo fanno senza modificare in alcun modo le valutazioni politico-criminali alla base della scelta di incriminare quella data condotta, anzi, tenendola ferma (presupponendone la perdurante validità).

Non si pretende di applicare alla giustizia negoziata le regole dell'art. 2 del c.p.²²³, ma non pare per nulla peregrina l'idea di optare per l'applicabilità dell'art. 25 comma 2 Cost.; si tratta, infatti, di aggirare l'opzione processuale/sostanziale ed elaborare, invece, uno statuto autonomo per la non/attenuata punibilità su base volontaria. Essa, infatti, non attiene all'incriminazione, ma al contempo – come abbiamo osservato – non è per niente neutra rispetto all'entità della condanna o

²²¹ Padovani T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1992, 434.

²²² L'avverbio adoperato è importante perché, se è chiaro che le scelte processuali possono sempre incidere sulla pena, nel caso di specie, questa è la finalità precipua delle fattispecie studiate, che assurge a vera e propria *ratio essendi* della categoria.

²²³ La Corte Costituzionale (sent. 31 maggio 1990, n. 277) ha stabilito che l'art. 2 c.p. si applichi «*solo e soltanto ove vi sia stato un mutamento, favorevole al reo, nella valutazione sociale del fatto tipico oggetto del giudizio*» apparentemente, questo *discrimen* adoperato dalla Consulta sembra cogliere nel segno e tagliare fuori i riti speciali e le altre forme negoziali tradizionalmente processuali, nelle quali lo “sconto” è l'effetto di fattori esterni al fatto tipico. Ad un attento esame, si coglie, però, tutta l'insufficienza della formula che escluderebbe la prescrizione del reato, ma anche molteplici circostanze attenuanti (risarcimento del danno, per la collaborazione processuale) pacificamente sottoposte alle regole dell'art. 2 c.p.

all'assoluzione. Che la giustizia negoziata costituisca un *tertium genus*²²⁴? Possibile. Esso sarebbe assoggettato all'art. 25 comma 2 Cost. e non all'art. 2 c.p. o alla regola del *tempus regit actum*; vi sarebbero, così, le garanzie della *prævia lex poenalis*, ma non quelle della retroattività della *lex mitior*.

Il soggetto, quando delinque, sa di poter usufruire di determinati vantaggi sanzionatori derivanti da alcune sue condotte successive al reato; tutti gli istituti esaminati (ad eccezione del condono edilizio) sono *strutturali* e non solo fanno parte del sistema penale integrato, ma ne tracciano il profilo in termini peculiari. Se fino a una trentina di anni fa era possibile guardare alle modificazioni postfattuali della pena come a figure eccezionali, oggi non lo è più e farlo, significherebbe attenersi a una pregiudiziale ideologica, cieca rispetto al dato positivo.

E' assolutamente necessario porre la giustizia negoziata al riparo dalla retroattività *in peius*.

Sono arcinoti i ripetuti – e falliti – tentativi²²⁵ di ricondurre la legge processuale alle garanzie rappresentate dall'art. 25 comma 2 Cost. ai quali la Corte ha sempre risposto con l'argomento della strumentalità delle norme penali unitamente ad un'asserita incompatibilità letterale con la norma richiamata. Ebbene, disinteressandoci delle garanzie della legge processuale in generale²²⁶, possiamo asserire che gli istituti oggetto della nostra indagine non sono di certo meramente strumentali all'applicazione della legge sostanziale, dato che sono essi stessi a incidere sul *quantum* e sull'*an* della sanzione; se ne sottolinea, in questo modo, la indiscutibile incidenza sulla “punizione” dell'imputato. Ed allora, come

²²⁴ La Corte di Cassazione, occupandosi della successione tra vecchio rito abbreviato e quello riformato dalla c.d. “legge Carotti”, ha escluso espressamente la possibilità che i riti abbreviati si pongano come un interregno tra legge processuale e legge sostanziale. Cass., sez. I, 28 giugno 2000, n. 8571 – Simoncelli.

²²⁵ Siniscalco M., *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi* (1969), Milano, 1987, 119-120.

²²⁶ Si è preferito evitare di riportare il dibattito inerente l'applicabilità dell'art. 25 comma 2 Cost. alla norma penalprocessuale, perché esorbitante rispetto al tema trattato. Preme, però, sottolineare come già dai lavori della Costituente si possa ricavare la volontà di ricomprendere la previsione dell'art. 25 anche la legge processuale: si veda Camera dei deputati. Segretariato generale, *La Costituzione della Repubblica italiana nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, VI, Commissione per la Costituzione. Adunanza plenaria, sedute dal 20 luglio 1946 al 1° febbraio 1947. prima sottocommissione, sedute dal 26 luglio 1946 al 19 dicembre 1946*, Roma, 1971, 367.

negare che l'art. 25 debba essere esteso anche a queste figure, visto che la locuzione utilizzata è "nessuno può essere *punito* se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso"? Qui, la *ratio* ispiratrice dell'art. 25 è pienamente soddisfatta; infatti la limitazione della libertà personale non è strumentale a fini processuali, come nel caso della custodia cautelare²²⁷, ma costituisce proprio la pena da irrogare.

In più, vi è un dato che sarebbe errato sottovalutare: tutta la serie di opzioni negoziali hanno la caratteristica di essere rimesse alla volontà dell'imputato; pertanto, egli sa che al momento del processo dipenderà proprio da lui la scelta se esercitare o no le facoltà di degradazione della pena riconosciutegli dall'ordinamento, valutandone con precisione vantaggi e svantaggi.

In ciò gli istituti negoziali differiscono profondamente da altre cause di estinzione del reato nelle quali, come accade ad esempio per la prescrizione del reato, l'effetto estintivo dipende dal decorrere del tempo ed è interamente sottratto al volere dell'imputato. Eppure, alla prescrizione – da quando vige il Codice Rocco – viene pacificamente riconosciuta natura sostanziale²²⁸. Ma anche quella dottrina – isolata, ma autorevole²²⁹ – che sostiene la modificabilità *in peius* (allungamento) dei termini prescrizionali in forza di una modifica normativa dopo la commissione del fatto, muove dall'idea che la *ratio* del principio di irretroattività soddisfi solo l'aspettativa del cittadino di sapere preventivamente *se e in che misura* sarà punito

²²⁷ La Corte Costituzionale, con la sentenza nr. 15 del 1982 ritenne inapplicabile l'art. 25 comma 2 Cost. alla legge regolatrice dei termini di custodia cautelare.

²²⁸ Si segnala come opera riassuntiva dello stato attuale del dibattito in materia di prescrizione del reato Giunta-Micheletti, *Tempori cedere*, Giappichelli, Torino, 2003, 47.

²²⁹ Marinucci G./Dolcini E., *Corso di diritto penale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2001, III ed., 262; Marinucci G., *Bomba a orologeria da disinnescare*, in *Il Sole 24 ore* del 12 marzo 1998; Pulitanò D., *Diritto penale*, Torino, 2005, 706. Il tratteggio richiamo che si suole fare a sostegno di questa tesi, all'imponente *Teoria della retroattività delle leggi* del Gabba (1869, p. 377 e 380; III ed., 1897, vol. II, 398 e ss.) pare inconferente; l'opera in questione, infatti, ragiona della prescrizione alla luce dell'allora dominante concezione processualistica (vedi sul punto Pessina E., *Elementi di diritto penale*, vol. I, Napoli, 1882, 394 e ss.) e comunque, nella terza edizione l'Autore dichiara *expressis verbis* di aver mutato opinione sul punto (pag. 408, vol. II).

e non anche di fargli sapere per quanto tempo dovrà stare nascosto²³⁰; cosa dire allora, della negoziabilità che incide precipuamente sul *quantum* e sull'*an*?

La stessa Consulta ha applicato questo principio all'atto di pronunciarsi sull'estensione retroattiva dell'efficacia della sentenza di patteggiamento nei giudizi disciplinari, introdotta dalla l. 97/2001²³¹; in quell'occasione, infatti, ha giudicato incostituzionale l'efficacia ai fini disciplinari delle sentenze di patteggiamento già pronunciate alla data di entrata in vigore della novella del 2001. Si deve registrare, però, la mancanza di coraggio da parte della Corte che con una evidente contorsione interpretativa ha fatto ricorso al diritto di difesa (art. 24 comma 2 Cost.) pur di non applicare al caso di specie l'art. 25 comma 2. A prescindere dal parametro di costituzionalità adoperato – che pure ha una sua importanza – si coglie nella posizione della Corte la sostanziale condivisione riguardo alla necessità che l'imputato abbia piena conoscenza degli effetti della sua decisione prima di prestare il consenso, ma ancora non si riesce a retrocedere fino alla commissione del fatto. La Consulta, infatti, esaltando la componente negoziale, circoscrive il lasso di tempo rilevante, genericamente, a quello precedente alla presentazione della richiesta di accedere al rito alternativo.

Sempre in riferimento al patteggiamento, rappresenta, secondo alcuni, una vera e propria occasione perduta l'ordinanza nr. 560 del 2000²³². La legge Carotti, all'epoca appena entrata in vigore, aveva anticipato il termine ultimo di presentazione della richiesta di patteggiamento, dalla fase precedente all'apertura del dibattimento, alla chiusura dell'udienza preliminare; si chiedeva pertanto alla Corte se fosse possibile presentare ugualmente dinanzi al tribunale la richiesta per quei processi nei quali, all'entrata in vigore della novella, fosse già chiusa l'udienza preliminare e non si fosse ancora celebrata la c.d. "udienza filtro". La Corte, rigettando la questione, ha ammesso questa possibilità, ma senza motivare in

²³⁰ Marinucci G./Dolcini E., *Corso di diritto penale*, Giuffrè, 2001, 264. Per completezza, si segnalano in proposito le posizioni fortemente critiche espresse in *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, da Nobili, Stortoni, Donini, Virgilio, Zanotti, Mazzacuva in *Foro it.*, 1998, V, 317 e ss.

²³¹ C.Cost., 394/02, in *Giur. Cost.*, 2002, 4, 2890.

²³² In *Cass. Pen.*, 2001, 1127 con nota critica di Mazza O., *Una deludente pronuncia sul tempus regit actum*.

rapporto al conflitto con il *tempus regit actum* – come richiesto dai rimettenti – preferendo, invece, giustificare la decisione sulla scorta della *ratio* della riforma che puntava ad una maggiore velocità nella definizione dei procedimenti pendenti. Ancora una volta la Corte non ha voluto misurarsi con le problematiche sollevate da questi istituti a cavallo tra diritto e processo.

Eppure, a ben guardare, non è questo uno di quei casi nei quali avrebbe avuto rilevanza l'art. 25 comma 2 Cost.; infatti, la modifica apportata dalla Carotti aveva natura strettamente endoprocessuale e non intaccava gli effetti dell'istituto. Per meglio dire, al cittadino, nel momento in cui delinque, poco importa che il termine per presentare richiesta di patteggiamento sia stato anticipato dal predibattimento all'udienza preliminare.

Sono particolarmente significative, invece, un paio di sentenze nelle quali la Corte di Cassazione²³³, occupandosi delle modifiche apportate dalla “Carotti” al decreto penale, con le quali si prevedeva l'estinzione del reato decorsi due o cinque anni dalla condanna, ha riconosciuto espressamente a questi benefici natura sostanziale, imponendo di dichiarare estinti anche i reati oggetto di decreti penali emessi precedentemente alla data di entrata in vigore della l. 479 del 1999.

Concludendo sul tema, il tempo che “regge” l'atto non è quello del processo, ma quello del fatto commesso. Trattandosi degli istituti negoziali, infatti, siamo in presenza di atti produttivi di effetti direttamente sulla pena e indirettamente sul processo – determinandone a volte la definizione anticipata. L'idea di sottoporre queste fattispecie all'art. 25 comma 2 Cost. obbliga a precisare che accogliamo la *lettura minima* di questa norma, in base alla quale riteniamo inapplicabili le modifiche negative dell'istituto negoziale sopravvenute al fatto²³⁴, senza pretendere, salvo disposizioni transitorie che depongano in tal senso, di estendere ai fatti già realizzatisi, le modifiche *in melius* apportate dal legislatore a quegli stessi

²³³ Cass., III sez., 14 gennaio 2003, n. 9898 – Pacini, in *Riv. Pen.*, 2004, 252; Cass., V sez., 20 maggio 2004, n. 27988 – Makbule.

²³⁴ Concorda sul punto, sebbene limitatamente ai riti alternativi, Mazza O., *La norma processuale penale nel tempo*, Giuffrè, Milano, 1999, 194.

istituti²³⁵. Pensiamo di assolvere, in questa maniera, al reale compito della dogmatica già evidenziato da Rocco nella prolusione sassarese²³⁶, richiedendo un *minimum* di garanzie irrinunciabili evitando, così, il procedere cieco della legislazione e a seguire dell'esegesi, sulla sola spinta dei bisogni più diversi.

4. L'amministrativizzazione del sistema penale e il passaggio dal diritto penale (delle garanzie) al diritto sanzionatorio (dell'efficienza).

Nell'evoluzione verso la concezione di Stato liberale, accanto all'autonomia del potere legislativo da quello esecutivo, è fondamentale l'indipendenza funzionale della magistratura e con essa dell'attività giudiziaria. La figura del giudice come soggetto terzo²³⁷ ha progressivamente guadagnato nelle democrazie contemporanee un ruolo crescente cui si associa la grande fiducia che l'opinione pubblica ripone in chi riveste questo ruolo.

Se ne ricava una prova indiretta dalla progressiva erosione dello spazio prima affidato alle competenze amministrative ed ora rimesso alla funzione giurisdizionale; si pensi ad esempio al settore dell'esecuzione penale, alle misure di prevenzione e prima ancora, alla giurisdizionalizzazione di molti illeciti di polizia che dal '700 in sono stati "penalizzati" e trasformati in contravvenzioni²³⁸.

Allargando lo sguardo al contesto sovranazionale si trova conferma della grandissima fiducia riposta nell'idea del *giudice terzo*, nell'istituzione di numerosi Tribunali internazionali *ad hoc* e del recente Tribunale Penale internazionale con sede all'Aja²³⁹; ma non è tutto. In ambito comunitario, la recente introduzione del mandato d'arresto europeo ha tramutato l'extradizione in un rapporto tra Corti e

²³⁵ Non si può fare a meno di sottolineare i ripetuti sforzi della giurisprudenza costituzionale di riconoscere rango costituzionale alla retroattività della norma penale favorevole (recentemente C.Cost. 393/06)

²³⁶ Rocco Art., *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. Dir. proc. pen.*, 1910, vol. I. p. I., 497.

²³⁷ Cui in Italia, per la criticabile tradizione che riunisce magistratura giudicante e inquirente, si accompagna la fiducia eccessiva, insieme all'idea di terzietà, nelle Procure.

²³⁸ Siniscalco M., *Depenalizzazione e garanzia*, Il Mulino, Bologna, 1995, 11.

²³⁹ Interessanti spunti sul tema in Donini, *Il volto attuale, cit.*, 167 e ss.

non più tra Governi, segnando una inedita e netta prevalenza dello *status* di *giudicabile* su quello di *civis*.

Tornando al contesto italiano, però, si coglie una mutazione genetica interna alla funzione giudiziaria, la cui attività inizia progressivamente a smarrire il *proprium* che la caratterizza. Il giudice è tale sino a quando compie un accertamento sui fatti; la fondamentale funzione di *arango democratico* assegnata al processo, nel quale si perviene ad una verità processuale in applicazione di regole – procedurali e sostanziali – votate dai rappresentanti del popolo, sembra stia andando lentamente sbiadendo.

Il giudice, oggi, assomiglia sempre più a un burocrate, ad una costola dell'amministrazione²⁴⁰. Tutte le garanzie volute dai Padri costituenti a salvaguardia dell'indipendenza della Magistratura assieme all'invenzione – tutta italiana – del Consiglio Superiore, perdono di senso se il giudice non è più chiamato ad accertare la realtà dei fatti, ma ad attuare la volontà dell'Amministrazione.

Si può, allora, parlare di crisi della funzione giurisdizionale; spesso, infatti, il processo si riduce ad essere solo un luogo fisico; come la parola *tribunale* indica al contempo un edificio e una delle autorità giudiziarie della Repubblica, così il *processo* indicherà il luogo e l'attività. Già oggi si assiste ad una sempre maggiore dilatazione e incertezza dei contorni del termine, tanto che si indica con “*processo*” anche la singola udienza nella quale si presenta la richiesta di oblazione o di pena concordata. In altri casi, come per il condono, il processo diventa kafkianamente “*atopico*”, addirittura senza un luogo; il cittadino presenta alla Pubblica amministrazione la domanda di sanatoria per evitare un possibile processo.

²⁴⁰ L'origine stessa della toga dei magistrati ne testimonia il rapporto con il Governo; essa, infatti, nasceva per distinguere una nuova casta di funzionari grazie ai quali il sovrano – al momento di creare le prime monarchie nazionali – intendeva assumere il controllo del territorio in opposizione al potere dei signori locali. Nella Francia antica, ad esempio, la toga era consegnata direttamente dal Re ed equivaleva all'investitura del cavaliere (Deslandres Y., *Le costume, image de l'homme*, Albin Michel, Paris, 1976, 218.). In seguito, si parlerà, infatti, con riferimento all'emergere di una nuova feudalità legata all'esercizio delle professioni intellettuali e non alla virtù militare, di *nobiltà di toga*, in opposizione alla tradizionale *nobiltà di spada*. Si vedano le riflessioni di Bevere A. (*Il magistrato gabelliere e negoziatore, costi e ricavi nel processo e nella società*, in *La giustizia contrattata* a c. di Moccia, ESI, 1998, 93), il quale sottolinea come il processo torni ad essere espressione di questo dualismo delle funzioni pubbliche.

Occorre, allora, riportare ordine nelle parole e per esse, nei fatti. Il processo, soprattutto dopo la riforma che ha costituzionalizzato il *due process* trova la propria consacrazione nel dibattimento, che a differenza di come ci si comporterebbe con un sacro feticcio, deve essere salvaguardato perché davvero utile e realmente rispondente al bisogno di ricerca della verità²⁴¹.

Nel dibattito tra centralità del processo o del diritto penale e sulla distribuzione delle parti del servo o del padrone, evitiamo di entrare, ond'evitare di sbagliare nell'attribuire il ruolo di Leporello o di Don Giovanni; dobbiamo, però, necessariamente sottolineare la crescente importanza assunta dal processo in parallelo con l'arricchimento di istituti operanti nel postfatto. Al contempo, però, il processo va inesorabilmente tramutandosi in una scatola vuota, mantenendo le fattezze esteriori (il giudice, il cancelliere, il legale, il luogo) cui spesso non corrisponde più l'effettivo contenuto. Capita spesso di leggere negli occhi del giovane praticante avvocato, dopo i primi giorni di frequentazione delle aule di giustizia, la delusione del bambino di fronte alla scatola dei cioccolatini quando la scopre priva del prezioso contenuto. Le toghe, i volti austeri, le manette, le gabbie per i detenuti nascondono sempre più spesso una stanca pantomima. Un autorevole processualpenalista affermava: «*gli apparati, impotenti alla repressione, si autocelebrano a gesti... siamo davanti a una gestione negozial-amministrativa degli affari penali, con alcuni riti destinati al pubblico, amorfismo giuridico e spettacolo, molto barocchi tutti e due*»²⁴².

A fronte della perdita di importanza della funzione giudicante si registra, invece lo “strapotere” della pubblica accusa²⁴³. Il pubblico ministero è la vera figura dominante del processo penale italiano e la sua progressiva centralità è

²⁴¹ Damaska M. (*Il diritto delle prove alla deriva*, Il Mulino, Bologna, 2003) sottolinea come la progressiva marginalizzazione del dibattimento sia direttamente connessa alla marginalizzazione della cultura delle prove.

²⁴² Di Chiara G., *Chiamata di correo, garantismo e diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 235.

²⁴³ Nobili M., *Recenti orientamenti in tema di pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 173 sul tema vedi anche Contento G., *Alcune considerazioni sui rapporti tra diritto penale e processo*, in *Scritti 1964-2000*, a c. di G. Spagnolo, Laterza Roma-Bari, 2002, 348.

specchio della burocratizzazione della funzione giudicante²⁴⁴. Buona parte degli istituti analizzati in quest'indagine funzionano sulla base del solo capo di imputazione, senza mai arrivare al dibattimento²⁴⁵. *«Questo processo di fine millennio valorizza sempre meno il paritario contraddittorio tra le parti al cospetto di un giudice terzo, mentre tende a ridurre il giudicante a un satellite di un inquirente, che propone una verità ontologicamente gemmata all'interno di opache negoziazioni, trasferite poi con esternazioni fatte all'infuori dei tempi e delle cadenze a ciò delegati, fatta propria dalla collettività fino a divenire verità sociale, dinanzi alla quale il giudice ha margini di indipendenza sempre più ristretti»*²⁴⁶.

Se poi consideriamo che l'ipotesi di reato formulata dall'accusa è, appunto, solo una supposizione, peraltro scarsamente regolata ed affidata alle solitarie valutazioni del P.M., queste dinamiche risultano essere tutte sbilanciate in favore dell'accusa; infatti, la negoziazione sulla pena (effettiva nel patteggiamento o come cornice edittale negli altri casi) si basa sui risultati raccolti sulla scorta della *notitia criminis* dal P.M. la cui natura, nel vuoto legislativo sul punto, è andata stravolgendosi in forza del consolidarsi di prassi. Perché *«una cosa è l'obbligo di iniziare l'azione penale, allorchè si è in possesso di una notitia criminis, altra cosa, tutt'affatto diversa, è intraprenderla proprio allo scopo di ricercare se sia così possibile acquisire la notitia criminis necessaria alla sua legittimazione»*²⁴⁷; a queste osservazioni deve aggiungersi la perdurante marginalità delle indagini difensive. Il modello negoziale presenta, così, la costante di essere enormemente sbilanciato in favore della pubblica accusa²⁴⁸ (pentiti, patteggiamento, abbreviato prima della

²⁴⁴ Palazzo F.C., *La nuova fisionomia dei riti alternativi premiali*, in *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Giuffrè, Milano, 2007, 42.

²⁴⁵ Discorso a parte merita il rito abbreviato, per il quale una forma di accertamento purtuttavia esiste, insieme, ovviamente, alle circostanze attenuanti.

²⁴⁶ Bevere A., *Il magistrato gabelliere e negoziatore, costi e ricavi nel processo e nella società*, in *La giustizia contrattata* a c. di Moccia, ESI, 1998, 96.

²⁴⁷ Contento G., *Il potere giudiziario tra azione politica e controllo dell'amministrazione*, in *Ind. pen.*, 1995, 563, ora in *Scritti 1964-2000*, a c. di G. Spagnolo, Laterza Roma-Bari, 2002, 339. Si pensi anche al ruolo delle c.d. "superprocure" che tendono ad estendere le proprie competenze *ratione materiae* e non *ratione loci*, come prescriverebbe il codice; vedi in proposito Amodio E., *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2004, 434.

²⁴⁸ Su questo aspetto e sulla sua portata generale vedi Nobili M., *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, CEDAM, Padova, 1988, 199.

c.d. “Legge Carotti”, la stessa qualificazione giuridica della quale si è appena parlato).

Non è sufficiente affermare che la pena sia stata irrogata da un giudice dopo la formale contestazione dell’addebito all’imputato; ciò risponde al basilare principio del *nullum crimen sine iudicio* (o della *giurisdizionalità in senso lato*) fatto proprio già dalla Magna Charta del 1215 nella proposizione n. 39. Il moderno processo accusatorio pretende molto di più.

I corollari fondamentali del principio di legalità, come i sottoprincipi di precisione, determinatezza e tassatività, oltre a spiegare l’effetto di garantire al cittadino la possibilità di orientare coscientemente il proprio agire, rispondono alla funzione di limite all’interpretazione giudiziale della norma, compiuta dalla pubblica accusa. Si pensi soprattutto al summenzionato principio di determinatezza, per come definito da Dolcini e Marinucci²⁴⁹, nel senso che le norme penali devono descrivere fatti suscettibili di essere provati nel processo. Ebbene, il dato che la gran parte dei meccanismi negoziali si ponga come alternativa al dibattimento rende inoperante il confronto delle parti sull’interpretazione delle norme individuate dal P.M. per regolare i fatti in contestazione²⁵⁰. Come argomenta Luigi Ferrajoli, il processo accusatorio regolamentato dalla Carta costituzionale pretende il rispetto del *principio di stretta giurisdizionalità*, in base al quale, così come il principio di stretta legalità vincola le ipotesi di reato alla tassatività e quindi alla loro verificabilità, il principio di stretta giurisdizionalità vincola il giudizio alla loro verifica – o falsificazione – nel rispetto delle garanzie processuali in tema di prova e difesa proprie del *due process*. Solo l’osservanza di queste garanzie procedurali renderà la sentenza valida (legittima), in quanto vera²⁵¹.

²⁴⁹ Marinucci G./Dolcini E., *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001, 163.

²⁵⁰ Per un approccio ugualmente critico sul punto vedi Ferrua P., *Giustizia negoziata nella crisi della funzione cognitiva del processo penale*, in *Studi sul processo penale*, Giappichelli, Torino, 1997, vol. III, 159; Nobili M., *Nuovi modelli e connessioni: processo – teoria dello Stato – epistemologia*, in *Ind. pen.*, 1999, 37.

²⁵¹ Ferrajoli L., *Diritto e ragione*, Laterza, Roma-Bari, 2002, 621.

Chissà che davvero gran parte di queste confusioni tra ruolo del giudice e ruolo del P.M. non siano influenzate dalla mancata “separazione delle carriere”, l’assenza di un diaframma tra i due ruoli, infatti, concorre senz’altro a creare una malintesa “cultura della giurisdizione” di cui si sente, illogicamente, partecipe anche la magistratura inquirente²⁵².

La dinamica processuale, costruita solitamente su base triadica²⁵³: l’accusa, il giudice e la difesa, vede oggi svilito proprio queste due ultime figure: il giudice, per le ragioni suesposte e l’avvocato, perché la prospettiva della non/attenuata punibilità è troppo appetibile per essere accantonata in favore del rischio, connaturato al processo, di una condanna ad una pena assai elevata. Il risultato è che l’ufficio di difensore non riesce a esplicare a pieno la propria funzione e con essa l’esercizio dei diritti garantiti all’imputato. Lo scambio offerto al cittadino implicato in un processo penale è mostruoso.

L’aggettivo “negoziale” che abbiamo adoperato sin’ora, trae in inganno. Non può parlarsi di accordo laddove la sproporzione di forze sia così abissale. L’ordinamento attua una mistificazione: lascia che sia il cittadino “a rischio di condanna” a decidere, ma non si tratta di una “decisione libera”, bensì, nei fatti, vincolata o quantomeno fortemente coartata. Tulkens, il quale assieme a Van de Kerchove si è lungamente confrontato con i temi legati alla giustizia consensuale, afferma che *«nel contesto autoritario della giustizia penale, l’accusato si trova necessariamente in una posizione deteriore rispetto ai soggetti istituzionali. In un contesto generale di questo tipo, la libertà negoziale è più illusoria che reale»*²⁵⁴.

²⁵² Oreste Dominioni (*Giudice e pubblico ministero. Le ragioni della “separazione delle carriere”*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2763.) evidenzia significativamente come, sino ad oggi, l’unità della magistratura abbia favorito maggiormente «*la trasmissione al giudice della “cultura dell’accusa”, piuttosto che la trasmissione al pubblico ministero della “cultura della giurisdizione”*». Inevitabile pensare anche all’idea pericolosissima e sciagurata di attribuire un “ruolo di supplenza” alla magistratura, rispetto agli altri poteri dello Stato, sul quale si è soffermato Musco E., *L’illusione penalistica*, Giuffrè, Milano, 2004, 104.

²⁵³ Ferrajoli L., *Diritto e ragione*, Laterza, Roma-Bari, 2002, 594.

²⁵⁴ Tulkens F., *Una giustizia negoziata?*, in *Procedure penali d’Europa*, a c. di Chiavario M., CEDAM, Padova, 2001, 657.

Tutto quanto detto in apertura di questo lavoro riguardo alla “rivoluzione negoziale”, intesa come cambiamento radicale di prospettiva del rapporto tra Stato e cittadino, vale solo come possibile “giustificazione” razionalmente corretta, ma contraddetta dalla realtà dei fatti.

A fronte del pericolo di una condanna all’ergastolo, ad esempio, è spesso naturale per l’imputato scegliere il rito abbreviato che gli consente nella grande maggioranza dei casi (anche per fatti gravissimi) una pena non superiore ai trent’anni. Il risultato sarà che il cittadino avrà rinunciato a difendersi provando.

Eppure, quell’aggettivo “negoziale” tradisce un altro aspetto importante: il cittadino dialoga con il potere pubblico, con chi incarna la potestà punitiva e lo fa, a volte correttamente con il P.M., a volte, invece, il dialogo vede come interlocutore proprio il giudice. Ciò è ulteriore riprova della confusione dei ruoli generata dagli istituti modificativi della pena esaminati.

Ed ancora, la fuga dal dibattimento risponde ad un’altra esigenza che non può essere trascurata: l’imputato ha un intuibile interesse ad evitare lo *strepitus fori*. L’attenzione sociale e mediatica sollevata dalla vicenda umana sottostante al processo è in funzione di molteplici variabili: il crimine commesso e la sua efferatezza, l’appartenenza della vittima a una determinata etnia o il fatto che fosse una persona “in vista”²⁵⁵, come la società stia valutando una determinata condotta criminosa in un dato momento storico²⁵⁶, ed altre ancora, di intuibile evidenza. Tutto quanto premesso concorre a determinare un maggiore o minore interesse dell’opinione pubblica verso un crimine ed il conseguente processo; non vi è dubbio che un processo pubblico e che duri per molto tempo, protraendosi per numerose udienze, finisca con l’essere un’involontaria cassa di risonanza della vicenda. «Attraverso la violazione del segreto istruttorio si è avuta l’inquietante sensazione di una richiesta di consenso esterno alla magistratura; e il più grave

²⁵⁵ L’arresto per cessione di sostanza stupefacente può essere un fatto insignificante per la pubblica opinione, se riguarda un pluripregiudicato ai margini della società, oppure occupare le pagine dei quotidiani per giorni, se vede come protagonista un famoso calciatore.

²⁵⁶ Il falso in bilancio prima della stagione di Tangentopoli andava a ingrossare il dotatissimo arsenale del diritto penale inapplicato.

scandalo del nostro segreto istruttorio sta proprio nel fatto di essere, per lo più, violato strumentalmente, al fine di poter indirizzare, anche politicamente, il processo per provocare nella pubblica opinione una reazione di tipo repressivo-giustizialista, di supporto all'azione giudiziaria»²⁵⁷.

Ed ecco, delinarsi un ulteriore elemento in grado di conferire maggiore *appeal* ad alcuni degli istituti negoziali esaminati²⁵⁸: la discrezione. Essa si traduce o nella definizione, talvolta davvero rapidissima, del processo o nel ricorso all'udienza camerale, sulla quale ci soffermeremo brevemente.

Non diciamo nulla di nuovo asserendo che il processo è già una pena: *«la punizione, purtroppo, non comincia con la condanna; ma è cominciata ben prima di questa con il dibattimento, con l'istruzione, con gli atti preliminari, anzi col primo sospetto che colpisce l'imputato; tanto il giudizio penale è punizione che spesso perfino l'imputato vi si assoggetta in vinculis come se già fosse stato condannato; il dramma è che egli è punito per sapere se debba essere punito»²⁵⁹*. Con queste parole di rammarico, Francesco Carnelutti esprimeva un concetto ancora oggi di grande attualità; prescindendo, dal caso in cui sia stata disposta una misura cautelare, è già la stessa pendenza del procedimento a costituire una penosa attesa, fonte di angoscia per l'esito e motivo dell'attenzione dell'opinione pubblica. Se ciò poteva essere valido negli anni '40 lo è ancora di più oggi grazie ai *mass-media*²⁶⁰ che possono tramutare un processo in un evento planetario come, ad esempio, nel caso dell'azione giudiziaria intentata contro il cantante Michael Jackson per presunti abusi sessuali su minori.

Inevitabilmente il processo penale – a differenza di quello civile – suscita grande interesse nella comunità; si tratta di una caratteristica ad esso connaturata, presente sin dall'antichità. È facile immaginare come nelle società prive di *talk-show* il processo penale fosse un fondamentale momento di conferma dei principi

²⁵⁷ Moccia S., *La perenne emergenza*, ESI, Napoli, 1997, 159.

²⁵⁸ Ci riferiamo a tutti i riti alternativi, all'oblazione e ai condoni.

²⁵⁹ Carnelutti F., *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1946, 8.

²⁶⁰ Paliero C.E., *La maschera e il volto – Percezione sociale del crimine ed effetti penali dei media*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 467.

fondanti il gruppo sociale di riferimento, che finiva col fare della dimensione pubblica del processo, una *sanzione informale*.

Il processo dibattimentale porta seco, oltretutto, una indubbia componente di teatralità e spettacolarizzazione; a tal proposito è significativa la previsione del codice di rito del 1913, il quale all'art. 375 comma 3 escludeva “posti speciali” in udienza per spettatori importanti²⁶¹.

Si è così fatto strada, negli anni, un movimento detto della “deformalizzazione della giustizia” o della “giustizia informale” che, partendo dall'idea che la procedura dovesse essere alleggerita da tutta una serie di “inutili formalismi”, o presunti tali, ha portato ad un avvicinamento del giudice alla parte processuale²⁶². Uno strumento frequentemente usato in questo approccio è proprio la camera di consiglio; nell'ufficio del magistrato il cittadino sarebbe più libero di esprimersi, rapportandosi con la macchina giudiziaria in maniera più diretta e “umana”.

Si tratta di un approccio che pecca di eccessivo psicologismo. In realtà la camera di consiglio “conviene” al sistema penale in termini di economia dei giudizi e l'idea che l'“avvicinarsi” del giudice all'imputato in maniera informale contribuisca ad una migliore amministrazione della giustizia, in realtà, costituisce una vera e propria mistificazione. Infatti, a guardare le cose per come sono realmente, si registra assieme al venir meno dei “formalismi”, anche la progressiva scomparsa delle garanzie²⁶³. Il vero dialogo tra cittadino e Stato lo si raggiunge nel dibattimento e trova la propria consacrazione nella motivazione della sentenza, argomentata sulla scorta delle risultanze probatorie (e non indiziarie).

²⁶¹ Dà rilevanza a questo aspetto Cordero F., *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2003, 7.

²⁶² Vedi in proposito Garapon A., *Bien juger*, 2001, ed. it.: *Del giudicare*, Raffaello Cortina editore, Milano, 2007, 208 e ss.

²⁶³ Montesquieu (*Lo spirito delle leggi*, lib. VI, capo II, a c. di Cotta S., UTET, Torino, 2005, vol. 1, 159) afferma che «quando qualcuno vuol rendersi più assoluto, come prima cosa pensa a semplificare le leggi».

L'assenza di pubblicità, tipica della camera di consiglio, si associa al consolidarsi negli uffici giudiziari di prassi²⁶⁴ che tendono a sostituirsi alla legge; il giudice il più delle volte è solo e non in composizione collegiale e l'assenza di pubblicità, unitamente alla semplificazione derivante dalla informalità del rito, non fa altro che incoraggiare il consolidarsi di prassi tese a rendere il lavoro più efficiente. Sia chiaro, non si esprime una valutazione negativa dei magistrati, ma come tutte le persone, per quanto motivati e desiderosi di svolgere le proprie funzioni con coscienza, tendono inevitabilmente ad *ottimizzare* il tempo a propria disposizione.

Il sempre più frequente ricorso alla camera di consiglio, con tutto quello che tale *modus procedendi* comporta, mette in risalto alcune analogie con i procedimenti di volontaria giurisdizione nel rito civile. La volontaria giurisdizione è una formula piuttosto vaga e perciò ampia, che riassume una serie di procedimenti disciplinati dal codice di procedura civile, formalmente giurisdizionali, ma sostanzialmente amministrativi²⁶⁵ ed accomunati dall'assenza di contrapposizione tra le parti (*ab antiquo: iurisdictio inter volentes*) e dallo svolgersi in camera di consiglio. Essa rappresenta per la funzione giurisdizionale ciò che il coccige rappresenta per l'uomo; se il secondo è testimonianza del nostro discendere dai *pitechi*, la prima attesta come la funzione giudiziaria pertenesse, precedentemente alla tripartizione montesqueviana²⁶⁶, al potere esecutivo. In quel tipo di procedimenti, il giudice civile vede ridotto il proprio ruolo a funzioni sostanzialmente notarili; l'ordinamento sceglie questi perché lo ritiene un soggetto professionalmente qualificato, ma soprattutto fededegno. Allo stesso modo, il ruolo svolto dal

²⁶⁴ Sul punto vedi Fanchiotti V. (*Antiprocedure*, Genova, 1999) il quale qualifica il patteggiamento come *antiprocedura* e non come *istituto*, perché regolamentato in concreto da prassi più che da *regulae iuris*. Vedi anche Papa M., *La crescita miracolosa del bonsai: l'albero del patteggiamento allarga vistosamente la chioma ma stenta a sviluppare le radici*, in *Leg. Pen.*, 2004, n. 4, 868, il quale sottolinea questo aspetto parlando di "diritto penale dei corridoi di tribunale", come una realtà alternativa, non solo al diritto oggettivamente ricavabile dai testi normativi, ma addirittura diversa dal diritto giurisprudenziale propriamente detto.

²⁶⁵ Pajardi

²⁶⁶ Locke J., *Due trattati sul governo*. Secondo trattato, par. 143?

magistrato penale nel patteggiamento²⁶⁷, nell'oblazione, all'atto di emettere il decreto penale o a fronte della richiesta di condono, è assolutamente passivo.

Con riferimento al patteggiamento è stata sollevata, in passato, questione di costituzionalità degli artt. 447, 448 e 563 c.p.p. e della legge delega per la redazione del nuovo codice di rito per contrasto con la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata con l. 848/1955. L'art. 6 della Convenzione, disciplinante il processo equo, prevede, infatti, che il giudizio debba essere pubblico. La Consulta, con sentenza n. 251 del 1991²⁶⁸, si è pronunciata per l'infondatezza della questione, sostenendo che la sentenza di patteggiamento non avrebbe *«la natura propria della sentenza di condanna disposta sulla base di un accertamento pieno della fondatezza dell'accusa e della responsabilità dell'imputato»*. senza soffermarci sulla controversa natura della sentenza che applica la pena su richiesta, si evidenzia in capo alla Corte l'idea di un procedimento anomalo, fuori dall'orbita della giurisdizione intesa come pieno accertamento dei fatti.

Si coglie il senso di ciò che stiamo dicendo se riprendiamo l'idea iniziale espressa da Michel Foucault in *“Surveiller et punir”*²⁶⁹. Quando, tra la fine del XVIII secolo e l'inizio del XIX secolo, la lugubre festa punitiva si andava spegnendo assieme allo “splendore dei supplizi”, molti salutarono ciò come un segno di guadagnata umanizzazione del potere punitivo e di riflesso, come un'importante tappa della progressiva umanizzazione del diritto penale. Eppure la punizione non viene soppressa; semplicemente, il corpo del condannato da oggetto visibile dello spettacolo punitivo, inizia gradualmente a sparire, sottraendosi agli occhi del pubblico e trasformando la punizione in un *«nuovo atto procedurale o amministrativo»*²⁷⁰. L'interesse per il corpo si sposta dall'esecuzione al processo e

²⁶⁷ Chi scrive è consapevole che con la celeberrima sentenza n. 313 del 1990 la Corte Costituzionale ha espressamente escluso che nel patteggiamento il ruolo del giudice si riduca a mero notaio della volontà delle parti.

²⁶⁸ Pubblicata in *Cass. pen.* 1991, 708 e in *Giur. cost.* 1991, 2056.

²⁶⁹ Foucault M., *Surveiller et punir. Naissance de la prison* Tr.it., *Sorvegliare e punire. La nascita della prigione*, Einaudi, Torino, 1976, 10 e ss.

²⁷⁰ La frase tra virgolette è di Foucault, *cit.*

migra dal condannato all'imputato che patisce il tempo che lo separa le indagini dalla sentenza definitiva – il processo appunto –, come una sanzione informale. Allo stesso modo, oggi, il corpo si sottrae ulteriormente agli occhi del pubblico, riducendo la pubblicità del processo o eliminando il processo stesso. Ma questa evoluzione non viene letta dal grande filosofo francese necessariamente in termini di umanizzazione. Non si deve commettere l'errore di limitarsi a guardare al fenomeno da un punto di vista quantitativo in termini di minor sofferenza; la scomparsa dello spettacolo non si accompagna necessariamente all'annullamento del dolore; l'operazione punitiva cambia oggetto, passando dal corpo all'anima. In questi anni, ormai, la “gogna mediatica” non si accanisce più sull'imputato, ma sull'indagato; non “fa notizia” la sentenza di condanna (figurarsi quella di assoluzione!) quanto l'avviso di garanzia.

A questo modo nuovo di concepire la giurisdizione si accompagna da tempo la metamorfosi anche del diritto penale sostanziale; il quale, in parte muta fisionomia già nel modo in cui il legislatore struttura le fattispecie, in parte, invece, tale mutazione è frutto di un diverso accostarsi del giudicante alla norma.

Il diritto penale classico lascia sempre più il posto ad un diritto penale amministrativo, ora in senso proprio, a mezzo delle diverse ondate di depenalizzazione, ora in maniera indiretta. Se il primo orientamento non è necessariamente da deprecare – anche se deve fare riflettere – il secondo produce, invece, una surrettizia modifica degli assetti e dei principi che, pur rimanendo nitidi e tetragoni nei manuali (*law in the books*), non trovano riscontro nel c.d. *law in action*. Gli attori di questi stravolgimenti sono due: il legislatore e il giudice.

Sotto il primo profilo è ormai da tempo che si parla di *amministrativizzazione* del diritto penale. L'espressione è, in verità, un po' generica e non presenta ancora un significato univoco. Si tratterebbe della tendenza del legislatore penale, per nulla inedita, se non per estensione e importanza, ad avvalersi del diritto penale in funzione sanzionatoria di altre branche dell'ordinamento, a presidio di precetti

civili o amministrativi determinando, così, un primato dell'antigiuridicità sulla tipicità²⁷¹.

Il dato realmente nuovo, sarebbe rappresentato, invece, da quei casi in cui il precetto, destinato a regolare un'attività amministrativa, nasca da subito "penale", non consentendo, così alla classica concezione ulteriormente sanzionatoria del diritto penale di operare²⁷². Le esigenze alla base delle scelte del legislatore sono certamente comprensibili e nascono dall'esigenza dell'ordinamento di far fronte, ad esempio, ai *Kumulationsdelikte*²⁷³, alla tutela di funzioni²⁷⁴ e di interessi collettivi, ma finiscono spesso con l'appiattare il diritto penale sul principio di precauzione e col non lasciare spazio per un ruolo autonomo dell'elemento psicologico; in questa cornice si spiega il proliferare di reati ispirati al paradigma dei c.d. reati d'obbligo (*Pflichtdelikte*), nei quali è del tutto assente persino la tipizzazione della condotta, riducendo la norma penale alla sola sanzione²⁷⁵. E' impossibile, in questa sede, anche solo abbozzare le problematiche legate al confronto tra un diritto penale definito "classico" ed il c.d. "diritto penale moderno" che si scontra con tematiche delicatissime come il *rischio*, e prendere una posizione a favore o contro tale dicotomia; possiamo solo convenire con chi sostiene la necessità che il precetto penale – pur confrontandosi con le nuove sfide della

²⁷¹ Diffusamente sul punto, Donini M., *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cass. pen.*, 2003, 1808.

²⁷² Dalle linee guida del "Progetto Pisapia" per un nuovo codice penale, si evince la volontà di sopprimere la dicotomia delitti/contravvenzioni. Rimane aperta, però, la questione se l'illecito strutturalmente contravvenzionale sparirà come paradigma, confluendo nel diritto amministrativo, o se invece sopravviverà e verrà assorbito dall'unico modello di reato sopravvissuto. Sul punto Foffani L., *Riserva di codice e scomparsa delle contravvenzioni* – contributo al dibattito tenutosi a Siracusa presso l'ISISC nei giorni 21-23 giugno 2007 (dattiloscritto reperibile sul sito ???)

²⁷³ Silva Sanchez J.M., *La expansion del derecho penal*, tr. It., *L'espansione del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2004, 94.

²⁷⁴ Padovani T., *Tutela dei beni e tutela di funzioni nella scelta tra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. Pen.*, 1987, 670; Palazzo F., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1992, 468; Moccia, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1995, 343; Marinucci G./Dolcini E., *Corso di diritto penale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2001, III ed., 540 e 551.

²⁷⁵ Paliero C.E., *L'autunno del patriarca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1234.

scienza e della tecnica – non perda di vista la libertà dell'individuo e l'importanza della tipicità come determinatezza della norma incriminatrice²⁷⁶.

L'altro attore del processo di amministrativizzazione del diritto penale è stato poc'anzi individuato nel giudice; ma in questo caso, per amministrativizzazione deve intendersi la *semplificazione dell'accertamento*. Si tratta di una modificazione del giure penale di tipo carsico, affidata ad un progressivo, ma indiretto, svuotamento della norma incriminatrice operata dalla giurisprudenza e che prende corpo nella presunzione dell'elemento soggettivo, soprattutto doloso, che si considera spesso *in re ipsa* nella condotta tipica, oppure nella sottovalutazione del nesso causale. Inutile sottolineare come la mutazione del diritto penale da quello "classico"²⁷⁷ fondato sulle categorie della lesione, del pericolo concreto e sull'effettività dell'elemento soggettivo, verso un diritto penale "moderno" sia in perfetta assonanza con un processo penale amministrativizzato e fortemente condizionato dal parametro di efficienza²⁷⁸.

²⁷⁶ In tal senso, sulle orme di Schünemann, Cocco G., *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, 195.

²⁷⁷ Paliero C.E., *L'autunno del patriarca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1226. Del resto, è innegabile il ruolo di sostitutivo simbolico dell'inefficienza amministrativa, assunto dalla sanzione penale (vedi Gamberini A., *Autonomia negoziale scelta dell'illecito e commisurazione della pena: profili emergenti di una nuova dogmatica dell'illecito penale*, in *La giustizia contrattata*, a c. di Moccia, ESI, Napoli, 1998).

²⁷⁸ Queste riflessioni sono in linea con quanto afferma, con riferimento ai riti premiali, Orlandi R., *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena* – Atti del Convegno di studio svoltosi a Casarano-Gallipoli, 27-29 ottobre 2000, promosso dal CNPDS in collaborazione con il Centro Studi Giuridici "Michele De Pietro" di Lecce, Giuffrè, Milano, 2002, 258

PARTE SPECIALE

5. L'ipotesi negoziale per antonomasia: il patteggiamento.

5.1 Antecedenti storici del patteggiamento e sua evoluzione.

All'atto di spiegare al comune cittadino non-giurista cosa sia la negozialità nel diritto penale, l'esempio di più immediata comprensione è proprio il patteggiamento, esso, infatti assurge, nell'immaginario collettivo ad ipostatizzazione dell'idea di accordo tra Stato e cittadino, avente ad oggetto la pena.

L'applicazione della pena su richiesta delle parti, venne introdotta, nella forma attuale, solo nel 1988 con il nuovo codice di procedura penale ed è disciplinata ancora oggi, sebbene profondamente rimaneggiata, dagli artt. 444 e ss.; come spesso accade in Italia, poi, il nome ufficiale dell'istituto venne subito soppiantato da quello gergale e comunemente accettato di "patteggiamento".

Com'è noto, l'antecedente normativo diretto dell'odierno patteggiamento è rappresentato senz'altro dall'omologo disciplinato dagli artt. 77 – 85 della l. 24 novembre 1981, n. 689, Modifiche al sistema penale. A leggere oggi quella manciata di articoli si intravedono *in ovo* alcuni degli elementi che caratterizzeranno l'evoluzione dell'istituto: l'inappellabilità, la collocazione nella fase predibattimentale, la richiesta da parte dell'imputato o del Pubblico Ministero e la chiara vocazione deflattiva, desumibile anche dall'inserimento in un vasto e articolato provvedimento normativo improntato proprio alla logica della depenalizzazione e sistematizzazione del sottosistema penale amministrativo e dell'estensione della procedibilità a querela.

Per altro verso, invece, l'esperienza del 1981 è lontanissima da quello che oggi denominiamo patteggiamento: innanzitutto l'applicabilità era circoscritta alle

sole pene passibili di essere convertite in sanzioni sostitutive e l'iniziativa anche da parte del giudice.

Certamente i codificatori del 1988 nell'introdurre il patteggiamento sulla pena e quello sul rito (giudizio abbreviato) furono influenzati dalle esperienze angloamericane di accordo tra accusa e difesa²⁷⁹ e nel corso della trattazione si esamineranno alcune delle profonde differenze che allontanano i due modelli. Eppure non può tacersi l'esistenza di un antenato nostrano del patteggiamento: il c.d. "truglio"²⁸⁰.

Si tratta di un istituto risalente forse già all'iniziativa dei sovrani angioini, periodicamente riaffiorato in epoca viceregnale per poi essere regolamentato in maniera più tassativa dal Re delle Due Sicilie Carlo di Borbone e dal successore Ferdinando I, il quale lo reintrodusse con un decreto del 13 marzo 1822 con l'espressa ragione che *«il numero de' detenuti per i misfatti comuni delle prigioni non è ordinario, e che questo dato produce un dannevole ostacolo alla speditezza de' giudizi ricercata dalla necessità del pubblico esempio e dalla conservazione del comune riposo»*²⁸¹. Analizzando i pochi paragrafi del regio decreto si notano evidenti parallelismi tra la *concordia pe' misfatti comuni* e l'applicazione della pena su richiesta delle parti. Anche quest'ultima, infatti, si sostanzia in un accordo tra il ministero pubblico e l'imputato sottoposto all'"accessione" della gran Corte criminale, opera anch'esso, prima dell'inizio della discussione pubblica e vi sono delle esclusioni per i reati più gravi puniti con l'ergastolo o la morte. Stando a quanto riferisce il Nicolini, peraltro, *«la pena era tutta arbitraria, calcolandovisi la probabilità di maggiori o minori argomenti di reità o d'innocenza che avrebbero potuto acquistarsi, se il processo fosse stato portato al suo termine»*²⁸².

²⁷⁹ Ne da conto Vassalli G., *La giustizia penale statunitense e la riforma del processo penale italiano*, in *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a c. di Amodio e Bassiouni, Milano, 1988, oggi in Vassalli, *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1997, vol. III, 703.

²⁸⁰ Nicolini N., *Della procedura penale del Regno delle Due Sicilie*, dalla Stamperia V. Mansi, Livorno, I, parte I, 240; Perrone N., *Il truglio. Infami, delatori e pentiti nel Regno di Napoli*, Sellerio, Palermo, 2000.

²⁸¹ Per il testo del decreto vedi Palazzo D., *Il truglio*, in *Giust. e Cost.*, 1981, 33.

²⁸² Nicolini N., *Della procedura penale del Regno delle Due Sicilie*, dalla Stamperia V. Mansi, Livorno, I, parte I, 240.

Tornando all'esperienza giuridica contemporanea, dopo la versione sperimentale del 1981, il patteggiamento, che non era previsto dalla delega di riforma del codice di procedura penale del 1974, poi trasfusa nel progetto del 1978, viene invece delineato espressamente, nelle sue linee fondamentali, nella legge delega del 16 febbraio 1987²⁸³. Esso, rappresenta, assieme agli altri riti speciali (ed in particolar modo all'abbreviato) una delle novità assolute del nuovo codice ed al contempo una delle colonne portanti del suo impianto. Nello spirito dei codificatori, infatti, la prima finalità, nell'inaugurare queste definizioni del procedimento alternative al dibattimento era la celerità; si era fatta strada, infatti, l'idea che il rito ordinario dovesse riguardare solo una parte minore dei procedimenti, lasciando alla libera volontà delle parti la scelta del rito speciale. Oggi, a distanza di circa vent'anni ci rendiamo conto di come anche quella della volontà delle parti fosse una delle mitologie giuridiche della modernità.

Ad ogni modo, ripercorrendo le evoluzioni del diritto positivo, si registra per molti anni l'espansione del paradigma consensuale nel processo penale ed in particolare del patteggiamento. La c.d. Legge Carotti, pur occupandosi solo "*en passant*" del patteggiamento, interviene adattando la disciplina ad alcune fondamentali pronunce della Corte Costituzionale (sentt. 313/1990 e 443/1990) e anticipando alle conclusioni dell'udienza preliminare il termine ultimo per avanzare richiesta di patteggiamento. Proprio quest'ultima modifica testimonia del grande affidamento che il legislatore ha fatto sul rito in oggetto; egli, infatti, anticipa il termine proprio per accentuare la finalità deflattiva ed evitare l'inutile apertura del dibattimento proprio perché nel 1999 si è ormai certi dell'*appeal* esercitato dal patteggiamento sugli imputati e non è più necessario concedere all'imputato un così ampio *spatium deliberandi*.

Sempre con riferimento alla legge Carotti è ancora più interessante ciò che nella novella non compare, restando confinato nei lavori preliminari; si scopre così

²⁸³ Riccio G., *Procedimenti speciali*, in, *Prolegomeni a un commentario breve al Nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso/Grevi, CEDAM, Padova, 1990, 346.

che già prima del 2003 si parlava di “patteggiamento allargato”. La proposta originariamente avanzata dall’On. Carotti, infatti, ridisegnava il patteggiamento, elevando la pena concordabile a tre anni, cui associava una sorta di ammissione di responsabilità da parte dell’imputato ed una riparazione pecuniaria dell’offesa all’interesse pubblico. Queste due ultime caratteristiche comportavano delle implicazioni sistematiche non da poco e non furono approvate; esse, in verità davvero peculiari, trovavano giustificazione nella volontà politica di uscire da “Tangentopoli”²⁸⁴ e per fare ciò, di fronte alla gravità attribuita dall’opinione pubblica a quelle condotte, non poteva ritenersi sufficiente che l’imputato potesse semplicemente optare per il *nolo contendere*.

La fiducia riposta dall’ordinamento nella grande capacità del patteggiamento di snellire il carico giudiziario trova la sua massima espressione nella legge 12 giugno 2003 n. 134 con la quale viene introdotto il c.d. “patteggiamento allargato” e diventa possibile patteggiare una pena detentiva fino a cinque anni.

La riforma verrà analizzata analiticamente in seguito, ma dal punto di vista sistematico pare ai primi commentatori un ordigno teso a scardinare l’intero assetto del processo penale di cognizione²⁸⁵. La riforma introdotta, consente infatti di muoversi entro margini edittali assai ampi; la pena base può partire da sette anni e 6 mesi di reclusione o addirittura da undici anni e tre mesi in caso di attenuanti prevalenti. Ciò stravolge il ruolo riconosciuto dal codice del 1988 al patteggiamento il quale, prima confinato in un’orbita piuttosto ridotta di reati (seppure non bagatellare) si trova oggi ad essere applicabile a fattispecie molto gravi, alterando radicalmente il rapporto tra giurisdizione cognitiva ed acognitiva e

²⁸⁴ Spangher G., *L’applicazione di pena su richiesta delle parti*, in AA.VV., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale – commento alla legge 16 dicembre 1999, n. 479 (c.d. legge Carotti)*, vol. III, *Le innovazioni in tema di riti alternativi*, a c. di Normando R., Giuffrè, Milano, 2000, 101.

²⁸⁵ Kostoris R., *Con il nuovo “patteggiamento allargato” il rischio di una gigantesca negoziazione*, in *Guida dir.*, 2003/25, 9.

giungendo sin quasi a capovolgere il rapporto che prima era impostato in termini di *regola* per il processo di cognizione e di *eccezione* per il patteggiamento²⁸⁶.

Al contempo si deve segnalare il tentativo di circoscrivere la portata del patteggiamento allargato sul piano oggettivo e soggettivo; a tal fine sono esclusi *ex art. 444 comma 1 bis* i reati di cui all'art. 51 comma 3 *bis* e 3 *quater* c.p. nonché gli imputati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza ed i recidivi reiterati; queste esclusioni (che già individuano alcune categorie di delitti e delinquenti con i quali si accanirà il Governo Berlusconi con la celeberrima *ex Cirielli*) non risultano affatto soddisfacenti esse, infatti, da un lato lasciano fuori molte altre ipotesi delittuose di eguale se non maggiore gravità e dall'altro sono criticabili perché danno valore a categorie quali quelle relative alla pericolosità sociale specifica (delinquente professionale, abituale o per tendenza), ormai da molti ritenute obsolete.

L'ampliata applicabilità del patteggiamento è senz'altro spia di grande fiducia nella giustizia consensuale e soprattutto di un disperato bisogno di celerità nel processo. L'esigenza (ancora inappagata) di un processo contenuto entro tempi più ragionevoli si era fatta, sul finire degli anni '90 sempre più pressante ed esponeva il nostro Paese a numerosissime condanne da parte della Corte di Strasburgo; tale emergenza è testimoniata anche dall'approvazione della legge n. 89 del 2001 (c.d. Legge Pinto) tesa a ridurre il numero di ricorsi alla Corte dei diritti dell'uomo per i processi irragionevolmente lunghi.

Negli ultimi anni, però, alcune esperienze negoziali ed in particolar modo il patteggiamento ed il concordato in appello sui motivi, hanno perso gran parte del loro *appeal*. L'opinione pubblica ha dimostrato di non accettare di buon grado la possibilità che il processo avente ad oggetto reati di una certa gravità si concluda con una pena decurtata, senza che a questo beneficio per l'autore del crimine corrisponda un apprezzabile vantaggio per la comunità o per le vittime. Del resto,

²⁸⁶ Bettiol R., *Riflessioni aperte dalla legge in materia di applicazione della pena su richiesta*, in *Dir. pen.proc.*, 2004, 230; Lorusso S., *Il patteggiamento "allargato" tra limiti all'accertamento della verità ed esigenze di deflazione processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 665.

le recenti strategie di politica criminale ispirate alla filosofia del “*law and order*” e del “*three strikes and you’re out*”, mal si prestano a istituti che gestiscono la penalità in maniera lassista. E così, in uno dei quattro provvedimenti in cui si è frammentato il c.d. “pacchetto sicurezza 2007”, recentemente presentato dal Governo Prodi²⁸⁷, è prevista l’abrogazione dell’art. 599 commi 4 e 5 c.p.p.; sul versante del patteggiamento, è invece utile sottolineare l’introduzione (l. 6 febbraio 2006 n. 38) di ulteriori esclusioni oggettive con riferimento ai reati di pedopornografia e violenza sessuale su minori e non, che vanno a sommarsi a quelle già disciplinate dall’art. 444 comma 1 *bis* c.p.p. Inutile sottolineare, a tale proposito, come dette modifiche siano dovute al particolare risalto dato dagli organi di informazione a specifici fatti di cronaca, ad ulteriore conferma dello stretto rapporto tra stampa e politica legislativa.

5.2 Varianti morfologiche.

Oggi, il patteggiamento, pur rimanendo un istituto unitario²⁸⁸, si presenta in due distinte tipologie assai diverse tra loro.

Come si colloca il patteggiamento rispetto agli altri procedimenti speciali previsti dal libro VI del c.p.p. e non solo? Si distingue palesemente dal giudizio immediato e da quello per direttissima, perché elide la fase del dibattimento anziché anticiparla, è diverso dall’oblazione per il novero più ampio di reati cui è applicabile, per gli effetti espliciti e per l’assenza in quest’ultima dell’accordo con il P.M.; anche la struttura a contraddittorio eventuale tipica del procedimento per decreto è assai difforme dal patteggiamento e così pure il giudizio abbreviato, nel quale si ha comunque una forma di giurisdizione cognitiva, seppur priva delle garanzie dibattimentali.

²⁸⁷ Schema di disegno di legge recante disposizioni in materia di reati di grave allarme sociale e di certezza della pena. (testo approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 30 ottobre 2007 e facente parte del c.d. Pacchetto sicurezza).

²⁸⁸ In tal senso Cass., VII, 4 marzo 2004, n. 28192, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2004, 668 con nota di Lozzi G. e Corte Cost. 219/2004.

L'elemento caratterizzante rispetto agli altri procedimenti speciali è quello di essere basato su un accordo tra accusa e difesa avente ad oggetto proprio l'entità della pena.

Una prima distinzione delle tipologie di patteggiamento va tracciata in base all'entità della pena patteggiabile, una seconda, invece, in relazione al momento processuale in cui ha luogo la richiesta.

Posto che questa indagine ha ad oggetto le sole ricadute sostanziali dell'istituto in questione, se ne trascureranno gli aspetti meramente processuali per concentrare l'analisi sui benefici premiali.

Se la pena patteggiata, decurtata fino a un terzo, rimarrà contenuta nei due anni di detenzione soli o congiunti a pena pecuniaria, saremo di fronte al "classico" patteggiamento, detto anche *minor*; se, invece, la pena sarà ricompresa tra i due anni e un giorno e i cinque anni si dovrà applicare il c.d. patteggiamento "allargato" o *maior*, di recente introduzione. Sebbene i due percorsi conducano a regimi giuridici assai distanti, permangono dei benefici premiali comuni:

- la riduzione fino ad un terzo della sanzione
- il ruolo, assai limitato, del giudice
- l'estromissione della parte civile (con eventuale condanna alle sole spese)
- inefficacia della sentenza nei giudizi civili o amministrativi.

In precedenza abbiamo fatto rientrare il patteggiamento *minor* tra gli strumenti negoziali di deflazione differenziata; infatti, sebbene astrattamente sia indifferentemente applicabile a tutte le tipologie delittuose, l'entità, piuttosto ridotta, di pena patteggiata, funge da selezionatore di fattispecie. Non può dirsi lo stesso, invece, del patteggiamento allargato, il quale, se si eccettuano le esclusioni di cui al comma 1 bis dell'art. 444 c.p.p. delle quali si è già detto, può godere di un'applicabilità amplissima.

Per quanto concerne la versione “classica” dell’applicazione di pena su richiesta delle parti, in aggiunta agli aspetti premiali comuni alla versione allargata, si sommano:

- la possibilità di richiedere la sospensione condizionale
- l’esonero dalle spese processuali
- l’esclusione delle pene accessorie
- l’esclusione delle misure di sicurezza (ad eccezione della confisca)
- estinguibilità del reato e di ogni effetto penale con il decorso del tempo.

Dal punto di vista premiale, si registra una notevole differenza tra vecchio e nuovo patteggiamento e stupisce come, a fronte di un maggiore sacrificio dei diritti dell’imputato, si registri una riduzione dei benefici. Prescindendo da ogni valutazione assiologica, la versione allargata del patteggiamento ha deluso le aspettative del legislatore ed ha, invece, confermato le valutazioni fatte dai primi commentatori, i quali, ne avevano immediatamente colto le sovrapposizioni con il rito abbreviato²⁸⁹. Ed infatti, la versione del patteggiamento sottratta alla sfera di operatività della sospensione condizionale della pena, risulta molto meno appetibile dell’abbreviato; in quest’ultimo caso, infatti, lo sconto di pena è fisso e si ha comunque la possibilità di argomentare una difesa ed in caso di esito sfavorevole residua la possibilità di proporre appello. Di contro, invece, nel caso di patteggiamento allargato, ci si confronta molto spesso con Pubblici Ministeri restii a ridurre di un terzo le pene per reati magari gravi²⁹⁰.

5.3 Aspetti critici.

²⁸⁹ Bettiol R., *Riflessioni aperte dalla legge in materia di applicazione della pena su richiesta*, in *Dir. pen.proc.*, 2004, 230; Lorusso S., *Il patteggiamento “allargato” tra limiti all’accertamento della verità ed esigenze di deflazione processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 665.

²⁹⁰ Lorusso S., *Arriva dalla Corte costituzionale il placet alla giurisdizione penale “acognitiva”*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 627.

Com'era prevedibile, l'introduzione e l'implementazione negli anni dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, ha dato luogo a molteplici polemiche in seno alla comunità scientifica più che tra i pratici, e la cosa non sorprende particolarmente, se solo si riflette su quanto il patteggiamento sia distante dai (per non dire antitetico ai) moduli processuali tradizionali.

Numerose sono le frizioni di questo particolare rito speciale con svariati principi costituzionali di primaria importanza. Precedentemente, all'atto di valutare la funzione deflattiva, posta alla base di alcuni istituti negoziali, ci siamo soffermati sul conflitto tra l'esigenza di celerità ed il giusto processo garantito dall'art. 111 Cost. novellato; non torneremo su questo aspetto, se non nella misura in cui sarà strettamente necessario per evidenziare altre antinomie dell'istituto con i valori della Carta fondamentale. Ai nostri fini preme ora evidenziare particolarmente i dubbi sollevati in ordine alla natura della sentenza di patteggiamento, al ruolo della vittima del reato ed al principio di proporzionalità tra sanzione e illecito.

5.3.1 Natura della sentenza di patteggiamento.

Il dibattito su come qualificare la sentenza che applica la pena concordata non è ancora approdato ad una soluzione univoca e definitiva; esso, peraltro, non accusa minimamente i segni del tempo ed al contrario, ad ogni riforma, acquista sempre maggior vigore; una delle ragioni di questa longevità è da attribuire senz'altro alla quantità di ricadute di ordine costituzionale riconnesse a questo tema.

La sentenza emessa ai sensi degli artt. 444 e ss. c.p.p., contiene o no un accertamento? Da questa risposta dipende la compatibilità del rito con gli artt. 13 commi 1 e 2, 27 comma 2 e 111 comma 6 Cost²⁹¹.

²⁹¹ Orlandi R., *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena* – Atti del Convegno di studio svoltosi a Casarano-Gallipoli, 27-29 ottobre 2000, promosso dal CNPDS in collaborazione con il Centro Studi Giuridici "Michele De Pietro" di Lecce, Giuffrè, Milano, 2002, 274; Lozzi G., *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2004, 468.

Il primo comma dell'art. 13 viene in rilievo nella parte in cui intende l'*inviolabilità* della libertà personale come *indisponibilità*. Sia chiaro, nessuno afferma che la libertà sia assolutamente indisponibile *erga omnes*; è noto, infatti, come nei rapporti tra privati possa operare pacificamente la scriminante del consenso dell'avente diritto. L'art. 13 presidia con particolare attenzione la libertà del cittadino verticalmente, ossia, nei confronti del potere pubblico, verso il quale la tutela costituzionale è rafforzata – come si evince dal comma 2. Quando la Costituzione priva il cittadino della possibilità di sottoporre liberamente la propria libertà alla *publica potestas*, circoscrivendola ai casi in cui sussista un provvedimento motivato dell'Autorità giudiziaria, lo fa perché la riserva di giurisdizione è l'unico modo per preservare il cittadino da atti illegittimi dell'Autorità, di fronte alla quale sarebbe troppo semplice fare apparire “libero” il consenso da questi prestato, anche nei casi in cui non lo fosse.

L'assenza di un accertamento, esporrebbe il patteggiamento ad uno scontro frontale anche con la presunzione di innocenza contenuta nel secondo comma dell'art. 27; la condanna alla pena concordata, infatti, sarebbe tale solo formalmente perché in concreto non potrebbe definirsi *condanna* la sentenza con la quale si applica una pena che non è il frutto dell'esame compiuto dal giudice sulle risultanze processuali in ordine alla responsabilità, o meno, dell'imputato.

Infine, non si può tralasciare il comma sesto dell'art. 111, con il quale si pone l'obbligo in capo al giudice di motivare le sentenze. Non è questa la sede per sottolineare appieno l'importanza capitale di questo principio, che non pone nella motivazione solo il tramite tra il giudice e ed il giudizio popolare sul suo operato, ma soprattutto l'elemento sul quale il giudice stesso, all'interno del sistema giudiziario, fonda la propria legittimazione²⁹². *Motivare* una sentenza di condanna significa, pertanto, esplicitare l'*iter* argomentativo utilizzato per affermare la

²⁹² Andronio A., *art. 111*, in *Commentario alla Costituzione* a c. di Bifulco/Celotto/Olivetti, UTET, Torino, 2006, 2120.

responsabilità dell'imputato e le prove a suo carico, giustificando così l'uso della (pesante) sanzione penale applicata nei suoi confronti.

Quando il patteggiamento fece la sua comparsa nel nuovo codice di procedura, è facile pensare che l'infatuazione degli studiosi nostrani e degli stessi membri della commissione ministeriale per il processo statunitense avesse davvero assegnato al giudice un ruolo assai defilato, come accade nel *plea bargaining* d'oltreoceano. Ciò si evince dalla stessa Relazione di accompagnamento, nella quale si afferma: *«il compito del giudice è di accertare, sulla base degli atti, se esistono le condizioni per il proscioglimento e, in caso negativo, se è esatto il quadro nel cui ambito le parti hanno determinato la pena, mentre non occorre alcun positivo accertamento della responsabilità penale»*.

Col tempo, però, numerosi nodi sono venuti al pettine e l'idea del “giudice alla finestra” si è dovuta scontrare con numerosi principi regolatori del processo penale italiano.

A destare la dottrina dai suoi sogni “americani” è intervenuta la sentenza della Corte Costituzionale n. 313 del 1990 e con essa la necessità per il giudice di valutare la congruità della pena applicanda; inoltre, nella pronuncia *de qua*, si rifiuta espressamente la riduzione del giudice a mero notaio dell'accordo tra le parti: egli infatti, *«esercita la funzione giurisdizionale anche sotto il profilo del merito, traendo il convincimento, nell'esercitare il controllo sulla definizione giuridica dei fatti, proprio dalle risultanze degli atti, e non dal modo in cui le parti le hanno valutate»*.

Peccato che il Giudice delle leggi si sia trovato, a distanza di un anno dalla menzionata sentenza, a sostenere che *«l'istituto dell'applicazione della pena su richiesta, anziché comportare un accertamento pieno di responsabilità, basato sul contraddittorio delle parti, trova il suo fondamento primario nell'accordo tra Pubblico Ministero ed imputato sul merito dell'imputazione. Tale caratteristica di “negozialità” spiega il fatto che l'indagine del giudice in ordine alla responsabilità dell'imputato possa essere limitata a profili determinati, senza investire quell'accertamento pieno e*

incondizionato sui fatti e sulle prove che rappresenta, nel rito ordinario, la premessa necessaria per l'applicazione della sanzione penale»²⁹³.

Tradizionalmente, anche le Sezioni unite della Corte di Cassazione (27 marzo 1992 – Di Benedetto, 8 maggio 1996 – De Leo, 26 febbraio 1997 – Bahrouni e 25 marzo 1998 – Giangrasso), hanno sempre sostenuto che la sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 444 c.p.p. non potesse contenere un accertamento dei fatti contestati. Gli appigli normativi alla tesi fatta propria dalla Cassazione, erano principalmente, l'inefficacia della sentenza nei giudizi civili e amministrativi e la sua non revisionabilità. L'imputato sarebbe, così, libero di rinunciare a contestare l'accusa o ad ampliare il quadro probatorio, cristallizzando, in questa maniera, i risultati provvisori, magari incompleti, acquisiti nelle indagini preliminari.

Addirittura, i sostenitori dell'indirizzo c.d. "costituzionale", che si oppone a quello acognitivo, hanno provato a considerare l'applicazione della pena su richiesta, alla stregua di una variante del giudizio abbreviato²⁹⁴; secondo costoro l'unica differenza consisterebbe nella più ridotta autonomia nella determinazione della pena che il rito ex art. 444 e ss. lascerebbe al giudice. Questo tipo di differenza, quantitativa e non qualitativa, è inaccettabile perché, oltre a negare le evidenti specificità del rito, omette di dare rilievo al contraddittorio sulla valutazione della prova (e per esso, al ruolo del difensore) che permane nel rito abbreviato²⁹⁵.

Il tema è particolarmente tormentato e ciò è testimoniato dalle numerosissime pronunce delle Sezioni unite che si sono succedute in un lasso di tempo relativamente breve, le quali delineano un panorama interpretativo assai diversificato e ricco di sottili differenze. Tuttavia, è possibile ridurre i filoni interpretativi a due: quello maggioritario in senso alla Corte di Cassazione, il quale, esaltando l'aspetto negoziale dell'accordo, nega che la sentenza di patteggiamento

²⁹³ Corte Cost., 251/1991.

²⁹⁴ Peroni F., *Riti alternativi – I) Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 2001.

²⁹⁵ Gialuz M., *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, 389.

possa contenere un accertamento; il secondo, invece, partendo dalla necessità di salvaguardare alcuni valori costituzionali attinenti al processo, riconosce importanza determinante al ruolo del giudice, il quale non può abdicare al proprio compito di accertare la responsabilità.

Chi privilegia l'aspetto negoziale del rito, vi ravvisa un espediente processuale piuttosto autonomo dalla situazione sostanziale sottostante e ritiene che l'equiparazione posta dalla legge alla sentenza di condanna, sia una proposizione normativa non definibile in termini di stretta interpretazione.

La forza dell'accordo tra Stato e cittadino aveva indotto la Cassazione a negare la revisione della sentenza proprio perché appariva contraddittorio che l'ordinamento consentisse il riesame di una sentenza dopo aver negato la celebrazione del giudizio²⁹⁶.

Chi si è sempre battuto per riconoscere l'esistenza di un accertamento nella sentenza patteggiata può, oggi, per la prima volta, vantare una pronuncia favorevole della Sezioni Unite²⁹⁷, le quali con una sentenza molto articolata, sebbene piuttosto contraddittoria, hanno segnato un brusco *revirement* in ordine all'idoneità della sentenza *ex art. 444 c.p.p.* a provocare la revoca della sospensione condizionale *ex art. 168 c.p.*

Con essa si esalta il cammino intrapreso già con la legge Carotti e teso a incentrare il rito sul primato del controllo giurisdizionale, rispetto alla regolamentazione negoziale che pur costituisce il presupposto del procedimento. A ciò si aggiungano le ulteriori novelle che hanno portato ad una progressiva modifica del quadro normativo di riferimento; così facendo, molti dei sicuri appigli di chi negava che la sentenza di patteggiamento contenesse un accertamento di responsabilità, sembrerebbero essere venuti meno.

Innanzitutto, con la l. 27 marzo 2001, n. 97 l'efficacia extrapenale della sentenza patteggiata è stata parzialmente modificata, consentendo delle ricadute

²⁹⁶ SS.UU., 25 marzo 1998 – Giangrasso.

²⁹⁷ SS.UU., 29 novembre 2005, n. 17781 – Diop Oumar, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 353.

nel giudizio per responsabilità disciplinare, quanto alla sussistenza del fatto, alla sua illiceità penale ed all'affermazione che l'imputato l'abbia commesso.

In secondo luogo, con la l. 11 giugno 2003, n. 134 (che ha introdotto il patteggiamento allargato), alle ipotesi di sentenze di condanna impugnabili con lo strumento della revisione, si sono aggiunte anche quelle emesse ai sensi dell'art. 444 c.p.p.; inoltre, è stata generalizzata la confiscabilità dei beni a tutti i casi di cui all'art. 240 c.p.

A parere di chi scrive, le novità normative non sono per nulla univoche. Ad esempio, la rilevanza del patteggiamento nel giudizio disciplinare è circoscritta a degli elementi "esterni" della pronuncia e senz'altro sufficienti a giustificare la sanzione disciplinare, così come accade con quella amministrativa (demolizione del manufatto abusivo o ritiro della patente), ma inidonei, essi soli, a fondare una responsabilità penale in senso pieno.

Al contempo, la scelta del legislatore di sottoporre a revisione la sentenza di patteggiamento nasce dall'esigenza di correggere alcuni effetti che andavano producendosi nel sistema.

Con il tempo, infatti, in seno alla giurisprudenza civile, soprattutto di merito, ma anche di legittimità²⁹⁸,

– in palese violazione dell'art. 445 c.p.p. – si è andata progressivamente riconoscendo efficacia di elemento di prova alla sentenza di patteggiamento, proprio con riferimento a quegli elementi esterni di cui sopra (si registrano anche alcuni casi paradossali in cui il giudicante tenta addirittura di intravedere nella richiesta di applicazione della pena una forma di confessione). Sul fronte della giurisprudenza penale può considerarsi ormai *ius receptum* l'orientamento²⁹⁹ che consente l'acquisizione ai fini della prova *ex art. 238 bis c.p.p.* anche delle sentenze emesse a seguito di applicazione della pena su richiesta delle parti.

²⁹⁸ Cass. Civ., III sez., 6 maggio 2003, n. 6863; Cass. Civ., sez. lav., 21 marzo 2003, n. 4193.

²⁹⁹ Cass., 10 giugno 1994 – Rapanà, in *Guida dir.*, 1995, 2, 71; Cass., 18 maggio 2001 – Piccioni, in *Guida dir.*, 2001, 30, 59. in dottrina: Laronga A., *La prova documentale nel processo penale*, UTET, Torino, 2004, 158.

L'uso improprio fatto della sentenza di applicazione della pena, alla stregua di elemento di prova o prova documentale, ha costretto il legislatore a predisporre un mezzo di impugnazione straordinaria al fine di consentire al condannato di provare non la propria innocenza in senso ampio, ma di fornire solo un antidoto contro quegli specifici effetti prodotti dalla sentenza (per tutti: il caso dello scambio di persona). Tali necessari "aggiustamenti normativi" non autorizzano l'interprete a leggervi le premesse per argomentare in ordine all'esistenza di un accertamento di responsabilità.

Per riportare un po' d'ordine nella *querelle*, possiamo affermare senza tema di smentita, che l'atto con il quale si applica una pena su richiesta delle parti, è una sentenza di condanna.

Ciò, però, non basta a fare della sentenza una pronuncia di accertamento della responsabilità, o per lo meno, non in senso pieno. Si è detto, infatti che la locuzione "accertamento di responsabilità", se attentamente analizzata, rivela una doppia natura: da un lato emerge un «*profilo cognitivo o epistemico, segnato dal percorso argomentativo che dalle prove conduce alla colpevolezza³⁰⁰*», dall'altro, invece, «*il profilo imperativo o deontico, l'atto performativo con cui il giudice impone all'imputato una qualifica, lo costituisce come colpevole per un fatto di reato*». Il primo significato è espressione di un *sapere*, il secondo di un *potere* e mentre nel processo in genere il sapere è alla base del potere, nel patteggiamento, il percorso è esattamente inverso e ciò produce inevitabilmente delle conseguenze.

È certo che non possa aversi applicazione di una pena senza una condanna nella sua dimensione formale e performativa; pertanto si conferma come questo aspetto legato al potere sia senza dubbio coesistente alla sentenza patteggiata.

Possiamo concludere affermando che il giudice non potrà senz'altro condurre un accertamento dei fatti completo e nel rispetto della regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio; esso, infatti, sarebbe strutturalmente incompatibile con i

³⁰⁰ Ferrua P., *Il "giusto" processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 401; idem, *Il giusto processo*, Zanichelli, Bologna, 2005, 73.

marginari di autonomia lasciati dalla volontà delle parti. Pertanto, la sentenza di patteggiamento non è una pronuncia di accertamento in senso pieno e neppure un caso di responsabilità semplicemente negoziata; si tratterà, invece di un'ipotesi di «responsabilità stabilita dalle parti e recepita, mercè un controllo meramente sommario, dal giudice³⁰¹». A prescindere dall'evoluzione del dibattito riguardo al pericolo che l'istituto presti il fianco a censure di incostituzionalità, è l'analisi del reale a escludere che nella sentenza di patteggiamento possa essere contenuto un vero e proprio accertamento della responsabilità; se viceversa si vuol dire che un tale accertamento sussiste perché in tesi non può non sussistere, ciò equivale a scambiare il “dover essere” con “l'essere”³⁰².

5.3.2 La commisurazione della pena.

Gli istituti negoziali in generale ed il patteggiamento in particolare, sono criticati da più parti perché, con essi, il sistema commisurativo della pena sarebbe stato definitivamente disarticolato.

A onor del vero, è necessario evidenziare come già da svariati decenni la dottrina avesse segnalato l'insufficienza della disciplina prevista dall'art. 133 c.p. rispetto alle molteplici finalità (anche di ordine costituzionale) attribuite alla pena³⁰³; esso rappresenta, infatti, il terreno di scontro tra *retribuzionisti* – tendenti a privilegiare la prima parte dell'articolo – e *positivisti* – inclini a privilegiare la seconda parte. Del resto tali difficoltà, così come l'impossibilità di stabilire una gerarchia tra le due parti della norma, erano già palesi nella Relazione del Guardasigilli al Re.

Con l'avvento degli istituti di cui ci stiamo occupando, però, si è passati senz'altro ad una nuova concezione della commisurazione della pena che, però, non

³⁰¹ Gialuz M., *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, 389. vedi anche Amodio E., *Giustizia penale negoziata e ragionevole durata del processo*, in *Cass. pen.*, 2006, 3409.

³⁰² Così concludono le SS.UU. della Cassazione

³⁰³ Bricola F., *La discrezionalità nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1965, 85; Dolcini E., *La commisurazione della pena*, CEDAM, Padova, 1979, 39.

ha del tutto rimosso quella tradizionale, a fronte della quale, però, i parametri del 133 c.p. – circoscritti alla gravità del reato ed alle caratteristiche del reo. La commisurazione, per come disegnata dal codice, infatti, non è assolutamente idonea a misurarsi con la molteplicità di finalità delle quali è investito il postfatto. Fino a ieri, del resto, la fase postfattuale era per lo più irrilevante in relazione alla determinazione della pena, tradizionalmente intesa come sanzione-corrispettivo per il fatto commesso.

Nei casi in cui operano gli istituti di attenuazione della pena su base volontaria, la concezione tradizionale di commisurazione della pena opera ugualmente, essa farà da base valutativa, sulla quale interverrà poi la decurtazione di pena. Il giudice, quindi, compirà una prima valutazione alla stregua dei parametri oggettivi e soggettivi di cui all'art. 133 c.p.; in un secondo momento, invece, procederà a valutare l'effetto dei benefici dipendenti dalla volontà dell'imputato (attenuanti per la condotta riparatoria o per la collaborazione, diminuenti per il rito).

Proprio il patteggiamento, evidenzia meglio di altri istituti in esame, la necessità per il giudice di individuare prima la “pena giusta” (in applicazione della commisurazione tradizionale) e poi la “pena congrua” (come prescritto dalla Corte Costituzionale, prima e dalla legge, poi). All'atto di dosare la sanzione conseguente alla commissione di un reato, il giudicante, è chiamato ad una valutazione nuova rispetto al passato e lontana da tutto quello che, secondo la dogmatica classica, deve porsi alla base della determinazione della pena. La *Strafzumessung* va contaminandosi con elementi esterni al fatto-reato che obbligano, invece, alla contemperazione di altre esigenze. E così la pena inflitta terrà conto ora della condotta ripristinatoria, ora della collaborazione investigativa, ora del contributo alla speditezza della macchina giudiziaria.

Di per sé, forse, questo nuovo meccanismo commisurativo non è del tutto inaccettabile, certo è che il principio di legalità della pena, inteso come

prevedibilità della stessa³⁰⁴, sembra oggi vanificato da margini edittali troppo ampi e da queste ulteriori varianti postfattuali³⁰⁵.

5.3.3 Il ruolo riconosciuto alla vittima del reato.

Il diritto ed il processo penale italiano sono indubbiamente costruiti intorno al reo/imputato. Sul piano sostanziale, il legislatore del '30 non ha davvero tenuto in alcuna considerazione la vittima del reato, neppure in fase commisurativa – come accade, seppur limitatamente, in Inghilterra per il c.d. *Integrated sentencing*³⁰⁶. Di contro, seppure solo parzialmente, il codice di procedura penale del 1988 ha cercato – ascoltando le voci della più attenta dottrina – di garantire alla vittima (persona offesa) un maggior grado di partecipazione al procedimento, soprattutto in fase di indagini preliminari; in realtà, anche lo sforzo del legislatore processuale non è riuscito a sortire effetti significativi, confinando la persona offesa in un ruolo scarsamente autonomo ed eccessivamente dipendente dal Pubblico Ministero.

Nei fatti, è solo con il processo innanzi al Giudice di pace che si è assistito ad un maggiore coinvolgimento fattivo della vittima nella definizione del processo; per il resto, il rilievo riconosciuto alla persona offesa è spesso affidato a prassi extralegali condizionate al risarcimento del danno o alla remissione della querela. Concludendo, possiamo affermare che oggi il coinvolgimento della vittima nel processo penale è a metà del guado e periodicamente soggetto a tentativi di estromissione della stessa dalle dinamiche processuali; si pensi, ad esempio, alle limitazioni della facoltà proporre appello poste dalla l. 20.02.2006, n. 46 c.d. “Legge Pecorella” in capo alla parte civile.

³⁰⁴ Larizza S., *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 137.

³⁰⁵ Pavarini M., *Pene in astratto e in concreto*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2000, 360.

³⁰⁶ Per una comparazione tra ruolo della vittima nell'ordinamento britannico ed in quello italiano: Mannozi G./Henham R., *Il ruolo delle vittime nel processo penale e nella commisurazione della pena: un'analisi delle scelte normative e politico-criminali effettuate nell'ordinamento inglese e in quello italiano*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2005, 720 e ss.

Quando il procedimento si conclude con una sentenza di patteggiamento, il giudice non decide sulla domanda presentata dalla parte civile, costringendo in questo modo la vittima (o il danneggiato) a presentare la propria domanda innanzi al giudice civile. Vedremo come questo elemento sia comune anche al *plea bargaining*, mentre solo eventuale nella *conformidad* spagnola.

In un sistema processualpenale continentale, quale il nostro, che ammette la partecipazione della parte civile al processo penale in via generalizzata, la – seppure non formale³⁰⁷ – estromissione del soggetto che ha un interesse privato alla condanna dell'imputato, pare ai più come un'insostenibile disparità, lesiva dell'art. 24, I Cost. Ma vi è di più, oggi, la disciplina del patteggiamento, nella misura in cui impedisce alla persona offesa di ottenere il risarcimento nel processo penale, potrebbe porsi in contrasto con la decisione quadro 2001/220/GAI adottata dal Consiglio dell'Unione europea il 15 marzo 2001 – la stessa invocata nel “caso Pupino”.

Visto in questa maniera, il patteggiamento rischia di porsi come istituto assai critico perché in nome di un'esigenza deflattiva (che come già detto si ottiene solo su grande scala) sacrifica il concreto e immediato interesse della vittima al risarcimento del danno subito. Evidentemente, la vittima, o i suoi aventi causa, potranno sempre proporre un'azione civile nei confronti dell'imputato, ma sono noti a tutti i vantaggi riconnessi alla celebrazione del *simultaneus processus* parallelamente a quello penale.

5.4 Il *Plea Bargaining*.

³⁰⁷ Difettando la possibilità che il giudice emetta un procedimento formale di estromissione della parte civile dal procedimento a fronte di una richiesta di patteggiamento, secondo larga parte della giurisprudenza e della dottrina, ella rimarrebbe parte, riconoscendole la facoltà di proporre questioni processuali o di legittimità processuale (Rigo F., art. 444, in *Codice di procedura penale commentato*, a c. di Giarda A./Spangher G., IPSOA, Milano, 2007, 4134).

Mettendo da parte l'esperienza borbonica dell'indulto – rilevante, forse, più su un piano sociologico – è senz'altro il *plea bargaining*³⁰⁸ statunitense, l'ispiratore diretto del patteggiamento.

Esso, diffuso un po' in tutti gli ordinamenti di *common law*, rappresenta oggi, l'esito del 90% dei processi penali istruiti negli Stati Uniti. Si tratta di una figura giuridica piuttosto multiforme, che si presta alle finalità più diverse; la struttura costante dell'istituto è l'accordo – un vero e proprio contratto³⁰⁹, raggiunto in fase predibattimentale, tra il *prosecutor* (il rappresentante dell'accusa) e l'imputato (*defendant*), in forza del quale quest'ultimo si dichiara colpevole del reato contestatogli, in cambio di benefici di vario tipo (riduzione o sospensione della pena, scelta del penitenziario dove scontarla).

Lo sconto della pena potrà derivare dalla derubricazione del reato contestato in un'altra fattispecie – anche incompatibile con i fatti accertati (*charge bargaining*); nel sistema giuridico nordamericano, infatti il *prosecutor* è libero dai condizionamenti imposti dall'obbligatorietà dell'azione penale e l'oggetto del processo diviene completamente disponibile. Oggetto dell'accordo potrebbe anche essere l'impegno dell'accusa a non contestare alcune aggravanti e chiedere la condanna ad una pena più contenuta (*sentence bargaining*). A seguito della contrattazione (*bargaining*), una volta raggiunto l'accordo, il *defendant* rende di fronte al giudice una dichiarazione di colpevolezza (*guilty plea*) che comporta il passaggio direttamente dalla fase *pretrial* a quella del *sentencing* (commisurazione della pena e lettura della sentenza).

Esistono poi delle forme di *bargaining* che, pur comportando l'applicazione di una sanzione, non conducono ad una dichiarazione di colpevolezza in senso pieno; si tratta del *nolo contendere* – con il quale l'imputato accetta la pena pattuita

³⁰⁸ Per una trattazione generale, anche se sintetica, vedi Fanchiotti V., *La giustizia negoziata in U.S.A.*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 870.

³⁰⁹ Il diritto statunitense, privo, come tutti gli ordinamenti non continentali, della categoria del diritto pubblico, qualifica espressamente l'accordo *de quo* come un normalissimo contratto di diritto civile. Dal 1969 – a seguito della sentenza della Corte Suprema *Boykin v. Alabama* 395 U.S. 238 – è addirittura richiesta la forma scritta; vedi Butron Baliña P.M., *La conformidad del acusado en el proceso penal*, Madrid, 1998, 111.

senza dichiararsi colpevole, oppure della figura, apparentemente paradossale, dell'*Alford plea*, nel quale l'imputato accetta la sanzione e ciononostante, si dichiara, innanzi al giudice, innocente. Per quanto contraddittorie, queste due ultime tipologie, sono forse quelle più simili al patteggiamento nostrano.

Evidenti le conseguenze deflattive, che consentono di ridurre a pochi casi il costosissimo (in un'ottica di sistema) *trial by jury*, accanto a questi vantaggi, però, nel processo americano vi sono altre dinamiche che concorrono al successo del *plea bargaining*; quanto maggiore è il numero di accordi conclusi, tanto maggiore è il numero di condanne che il *prosecutor* ha la possibilità di raggiungere. Questo risultato ha grande importanza perché spendibile nelle campagne elettorali che i *prosecutors* affrontano quando – come spesso accade – decidono di lasciare i banchi dell'accusa per tentare la carriera politica.

Altre volte, l'incentivo per l'accusa a concludere un *bargaining* con l'imputato, è l'impegno di questi a testimoniare contro un'altra persona imputata in un altro processo o contro i propri complici (*bargaining for testimony*).

Un po' come accade in Italia con il patteggiamento, sebbene la prassi forense abbia premiato il *plea bargaining* statunitense, la dottrina – sin dai primi anni '80 – solleva numerose critiche all'istituto. Codesta scelta di definizione del processo rappresenterebbe una via obbligata, ad esempio, per tutti gli imputati con scarse possibilità economiche, non in grado di sopportare i costi di un *trial by jury*; sarebbero, quindi gli stessi legali – soprattutto nei casi di *legal aid* – a caldeggiare la scelta del rito negoziato.

Molti autori evidenziano nel *guilty plea* alcuni difetti assai simili a quelli lamentati per il patteggiamento italiano: Ralph Adam Fine ritiene, ad esempio, che lo sconto di pena conseguente all'ammissione di responsabilità abbia un effetto catastrofico sulla capacità della norma penale di assolvere ad una funzione generalpreventiva³¹⁰. Allo stesso modo Stephen Schulhofer – uno dei nemici più agguerriti dell'istituto – ritiene che il *plea bargaining* debba essere abolito in

³¹⁰ Fine R.A., *Plea bargaining, An Unnecessary evil*, in *Marquette law review*, 1987, 618.

quanto destabilizzerebbe le finalità del diritto penale sostantivo mediante una sopravvalutazione degli effetti delle tattiche processuali³¹¹. Egli sostiene, inoltre, che la pressione esercitata dal sistema sull'imputato e sul suo difensore sia eccessiva ed, ovviamente, uguale per gli innocenti e per i colpevoli, al contempo però, non tralascia di analizzare lo stato delle cose dalla parte dell'accusa: «*But when things happen behind closed doors, there's no assurance, and the prosecutor is a human being with many interests, many concerns, many conflicting pulls both in terms of office politics, his personal life, the advancement of his own career, and all of those things, any one of which can lead him to accept a much more lenient sentence than the facts actually warrant*»³¹². La scelta, a parere di molti, non sarebbe solo quella tra *plea bargaining* e *jury trial*; esisterebbe, infatti, una terza soluzione: il *bench trial*, ossia, affidare la decisione ad un giudice monocratico. A noi italiani, in verità, questa soluzione fa sorridere perché – forse per nostra inettitudine – anche questa soluzione, sebbene adottata dal 1998, aspetta ancora di produrre i suoi effetti positivi sui tempi del processo.

Del resto, l'esperienza britannica è esattamente inversa rispetto a quella statunitense; oltremania, infatti, il giudice monocratico (senza giuria popolare) è già attivo da più di settant'anni³¹³, eppure, sin dagli anni '80 è andata affermandosi sempre più la figura del *guilty plea*, sino ad essere formalmente introdotta dal *Criminal procedure and investigations Act* del 1996.

Volendo azzardare un rapido confronto con il modello italiano del *patteggiamento*, balzano immediatamente agli occhi delle enormi differenze; innanzitutto il ruolo estremamente diverso che l'ordinamento assegna al Pubblico ministero in Italia, in quanto membro dell'ordinamento giudiziario, e vincolato all'obbligatorietà dell'azione penale ed all'impossibilità di contestare un reato incompatibile con la sottostante realtà fattuale. Se, infatti, è vero che la

³¹¹ Schulhofer S. J., *Plea bargaining as disaster*, in *Yale law journal*, 1992, vol. 101, 1979.

³¹² Passo tratto da un'intervista resa da Schulhofer all'emittente Frontline il 14.01.2004 in occasione di uno speciale sul *plea bargaining* (<http://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/shows/plea/interviews/schulhofer.html>)

³¹³ Stein P., *I fondamenti del diritto europeo*, tr. It., Giuffrè, Milano, 1987, 71.

contestazione delle circostanze faccia parte, anche in Italia, della contrattazione tra accusa e difesa in vista della conclusione di un patteggiamento, essa rimane del tutto sottratta ad ogni regolamentazione normativa e, comunque, non interessa gli elementi principali del fatto.

La variazione di pena è discrezionale, anche se circoscritta a margini massimi predeterminati (un terzo) e fino al 2003 poteva anche affermarsi che il patteggiamento rappresentasse un'istituto relativo alle fattispecie pressochè bagatellari. Allo stesso tempo la libertà negoziale lasciata alle parti nel processo nordamericano non va enfatizzata; essa, infatti ha visto una drastica riduzione a partire dal 1987 con l'approvazione delle *Federal sentencing guidelines* tese a garantire una maggiore uniformità nella contrattazione a livello federale e progressivamente permeate nelle Corti statali.

5.5 La *Conformidad*.

Negli ultimi anni, anche l'ordinamento processualpenale spagnolo si è scontrato con la necessità di tempi di conclusione del processo più rapidi ed ha conseguentemente guardato a pratiche negoziali di collaborazione con l'imputato. La dottrina penalistica iberica ha così coniato una pluralità di strumenti processuali finalizzati alla realizzazione del "*principio de oportunidad*" che essi definiscono come opposto del principio di legalità e con il quale essi sintetizzano una serie di concetti che vanno dalle eccezioni all'obbligatorietà dell'azione penale alle ipotesi negoziali basate sul consenso dell'imputato³¹⁴.

La legge organica n. 7 del 1988 ha iniziato con l'introdurre il *procedimiento abreviado*, ma l'opera è stata completata con due articolati provvedimenti normativi – la l. n. 38/2002 e la legge organica n. 8 del 2002 - frutto dell'accordo di quasi tutte le forze politiche, determinate a rendere la giustizia, in generale, e quella penale in particolare, "più agile". Con le due *leyes* si è provveduto all'istituzione dei *juicios rapidos de determinados delitos*, interamente celebrati

³¹⁴ Butron Baliña P.M., *La conformidad del acusado en el proceso penal*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, 51.

innanzi al *Juez de guardia*, di un procedimento più veloce per le *faltas* (equivalente delle contravvenzioni nostrane) e si è rimessa mano al *procedimiento abreviado*.

In questa riforma ha svolto un ruolo determinante la *conformidad*, tanto da essere definita come «*elemento esencial en el engranaje del sistema procesal penal, que pretende favorecer la medidas que supongan un acortamiento o aceleracion del proceso mismo*»³¹⁵. Si tratta di una figura giuridica risalente alla prima metà dell'800 e che ha dimostrato di essere assai proteiforme, adattandosi alle recenti istanze deflattive; la *conformidad* altro non è che una dichiarazione (scritta o orale) con la quale l'*acusado* (ed il suo difensore) accetta la richiesta di pena avanzata dal *Fiscal* (P.M.) per un determinato fatto criminoso, evitando così la celebrazione del giudizio.

Essa, non costituisce un giudizio speciale, come il nostro patteggiamento, ma si innesta su altre declinazione del processo iberico come il *procedimiento abreviado* e il *juicio rapido*. A differenza dell'applicazione di pena su richiesta delle parti, la *conformidad* non ha necessariamente contenuto premiale; si distingue pertanto nelle tipologie *ordinarie* ed in quelle c.d. *privilegiate*; proprio il requisito della premialità, in verità, è una novità introdotta dalla riforma del 2002.

Nella misura in cui si traducono in una riduzione della sanzione, saranno, ovviamente, le seconde ad essere oggetto di questa trattazione.

La *conformidad* premiale nel *juicio rapido* (art. 801 LECrim.) consiste nell'accettazione da parte dell'imputato di una pronuncia di condanna emessa dal *Juez de guardia* (giudice competente per la fase precautelare), il quale presenta l'anomalia di essere lo stesso giudice che conduce le indagini; aspetto questo, che, a detta di molti renderebbe l'art. 801 incostituzionale³¹⁶. L'operatività, però, non è estesa a tutti i reati di competenza del *Juez de guardia*, ma circoscritta a quelli puniti con pena fino a tre anni di prigione o con pena di altra natura di durata non

³¹⁵ Barona Vilar S., *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Valencia, 2004, 205.

³¹⁶ Aguilera Morales M., *El Procedimiento para el enjuiciamiento rapido de determinados delitos*, in *La reforma de la ley de enjuiciamiento criminal: comentario a la ley 38/2002 y a la ley organica 8/2002, de 24 de octubre*, a c. di Gascon Inchausti F., Aguilera Morales M., Civitas, Madrid, 2003,402.

superiore a dieci anni – nessun limite, invece, con riferimento alla pena pecuniaria; inoltre, vi è una seconda condizione, che la pena detentiva richiesta non sia superiore a tre anni e che ridotta di un terzo non superi i due anni. Il doppio limite previsto è anomalo rispetto alle altre *conformidades* ordinarie, nelle quali il limite di pena è considerato in concreto e non in astratto ed è riferito ad ogni singolo reato, senza tenere conto della somma o di eventuali continuazioni³¹⁷.

Al *juez* compete il controllo in ordine alla correttezza della qualificazione giuridica data ai fatti dalle parti e se la pena stabilita sia adeguata, a seguire, verificherà se l'*acusado* abbia espresso un consenso libero e cosciente. Particolare attenzione viene dedicata alla base conoscitiva dell'imputato in ordine alla scelta compiuta, infatti il comma 4 dell'art. 787 LECrim. Obbliga il cancelliere a informare l'*acusado* circa le conseguenze della sua scelta e così farà anche il giudice. Contestualmente alla lettura della sentenza, il Giudice dispone l'eventuale sospensione o sostituzione della pena, condizionandole alla promessa dell'imputato a soddisfare – entro un termine fissato – le richieste risarcitorie delle parti civili³¹⁸. Ove la *conformidad* fosse efficace solo rispetto alla responsabilità penale, si dovrà celebrare il *juicio oral* ai soli effetti civili. Concluso il giudizio, la sentenza avrà una natura mista: da *conformidad*, relativamente alla responsabilità penale e dibattimentale in ordine all'azione civile³¹⁹.

L'altra ipotesi di *conformidad* privilegiata opera nel *proceso abreviado* ed in realtà non è una vera propria *conformidad*, ma un "*reconocimiento de hechos*" che, a rigore, sarebbe un'accettazione – innanzi al giudice – dei fatti e non della pena³²⁰. In effetti, nell'*abreviado* operano svariate forme di *conformidades* non privilegiate

³¹⁷ Moreno Verdejo J., *La conformidad en el proceso penal: especial referencia al procedimiento abreviado y juicio rápido* (pubblicazione del Ministero della Giustizia spagnolo) reperibile su <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL71.PDF>.

³¹⁸ Quattrocolo S./Luaces Gutierrez A.I., *Conformidad e patteggiamento: spunti per un'analisi comparata tra Spagna e Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 357.

³¹⁹ Gascon Inchausti F., *La reforma del procedimiento abreviado*, in *El Procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos*, in *La reforma de la ley de enjuiciamiento criminal: comentario a la ley 38/2002 y a la ley organica 8/2002, de 24 de octubre*, a c. di Gascon Inchausti F., Aguilera Morales M., Civitas, Madrid, 2003, 141.

³²⁰ Barona Vilar S., *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Valencia, 2004, 210.

ed è solo grazie ad un “meccanismo ponte” (art. 779.1.5° LECrim.) che si estendono al riconoscimento dei fatti i benefici della *conformidad del juicio rapido*.

Dovendo paragonare la *conformidad* al patteggiamento emergono delle spiccate differenze: nella prima vi è senz'altro più spazio per i soggetti lesi dal reato, e presenta una ridotta applicabilità ancora molto timida. Il legislatore iberico, pare ancora molto attento alle evidenti anomalie determinate dallo sconto di pena conseguente alla scelta del rito e prevede ad esempio che in caso di processi con più imputati debba essere unanime la scelta di procedere alla *conformidad* per evitare disparità di trattamento sanzionatorio per situazioni analoghe.

BIBLIOGRAFIA

- Adorno T. W., *Minima moralia. Meditazioni della vita offesa*, Einaudi, Torino, 1994, 3 e ss.
- Agamben G., *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Milano, 2003 e per i profili più strettamente giuridici
- Alessi G., *Il processo penale. Profilo storico*, Laterza, Roma-Bari, 2001, 10.
- Amodio E., *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 434.
- Amodio E., *Giustizia penale negoziata e ragionevole durata del processo*, in *Cass. pen.*, 2006, 3409.
- Andronio A., *art. 111*, in *Commentario alla Costituzione* a c. di Bifulco/Celotto/Olivetti, UTET, Torino, 2006, 2120.
- Arendt H., *Vita activa. La condizione umana*, trad. it. Di S. Finzi, Bompiani, Milano, 1989.
- Armellini S., *Saggi sulla premialità del diritto nell'età moderna*, Bulzoni editore, Roma, 1976.
- Barona Vilar S., *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Valencia, 2004.
- Beccaria C., *Dei delitti e delle pene*, Feltrinelli, Milano, VII ed., 2000.
- Bernasconi A., *La collaborazione processuale*, Giuffrè, Milano, 1995.
- Bettiol G., *Dal diritto penale al diritto premiale*, in *Scritti giuridici*, CEDAM, Padova, 1966, vol. II, 949.
- Bettiol R., *Riflessioni aperte dalla legge in materia di applicazione della pena su richiesta*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 230.
- Bevere A., *Il magistrato gabelliere e negoziatore, costi e ricavi nel processo e nella società*, in *La giustizia contrattata* a c. di Moccia, ESI, 1998, 93
- Bisori L., *Appunti per un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'attenuante del risarcimento del danno*, in *Cass. Pen.*, 1999, 395.
- Bobbio N., *Le sanzioni positive*, in *Dalla struttura alla funzione*, Edizioni di comunità, Milano, 1977;
- Bobbio N., *Verso una teoria funzionalistica del diritto*, in *Dalla struttura alla funzione*, Ed. di comunità, Milano, 1977.
- Bricola F., *La discrezionalità nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1965.

- Bricola F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Diritto premiale e sistema penale* – Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penale promosso dalla fondazione “Avv. Angelo Luzzani” di Como, Milano, 1983, 126.
- Bricola F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Quest. Crim.*, 1981, 445, oggi in *Scritti di diritto penale*, vol.I, Giuffrè, Milano, 1997, 1422.
- Bricola F., *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Ind. pen.*, 1989, 333.
- Butron Baliña P.M., *La conformidad del acusado en el proceso penal*, Madrid, 1998.
- Caianiello M., *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Giappichelli, Torino, 2003.
- Calamandrei P., *Processo e democrazia*, CEDAM, Padova, 1954.
- Cannada Bartoli, *Illecito (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, XX, 112.
- Carmignani, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, III, Pisa, 1832, 241.
- Carnelutti F., *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1946.
- Carnelutti F., *Teoria generale del reato*, Padova, 1932.
- Carrara F., *Programma del corso di diritto criminale*, PG, vol. VIII, Tipografia Giusti, Lucca, 1871.
- Ceretti A., *Mediazione penale e giustizia. Incontrare una norma*, in *Studi in ricordo di G.D. Pisapia*, vol. III – Criminologia, Giuffrè, Milano, 2000.
- Cocco G., *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 195.
- Contento G., *Alcune considerazioni sui rapporti tra diritto penale e processo*, in *Scritti 1964-2000*, a c. di G. Spagnolo, Laterza Roma-Bari, 2002, 348.
- Contento G., *Il potere giudiziario tra azione politica e controllo dell'amministrazione*, in *Ind. pen.*, 1995, 563, ora in *Scritti 1964-2000*, a c. di G. Spagnolo, Laterza Roma-Bari, 2002.
- Cordero F., *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2003.
- Cristiani A., *Legge processuale penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, Roma
- Damaška M., *Il diritto delle prove alla deriva*, Il Mulino, Bologna, 2003.
- Damaška M., *The faces of Justice and State Authority*, tr. It., *I volti della giustizia e del potere*, Il Mulino, Bologna, 2005.

- De Maglie C./Gatta G., in Dolcini/Marinucci (a c. di), *Codice penale commentato*, art. 163, IPSOA, Milano, 2006.
- De Simone, *La pena: caratteristiche e finalità*, in Canestrari/Cornacchia/De Simone, *Manuale di diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- Deslandres Y., *Le costume, image de l'homme*, Albin Michel, Paris, 1976.
- Di Bitonto, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Giappichelli, Torino, 2004.
- Di Chiara G., *Chiamata di correo, garantismo e diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 235.
- Di Martino A., *La sequenza infranta, profili della dissociazione tra reato e pena*, Giuffrè, Milano, 1998.
- Dolcini E., *La commisurazione della pena*, CEDAM, Padova, 1979.
- Dolcini E., *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, 1092.
- Dolcini E., *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2006, 101.
- Dominioni O., *Giudice e pubblico ministero. Le ragioni della "separazione delle carriere"*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2006, 2763.
- Donini M., *Le tecniche di degradazione tra sussidiarietà e non punibilità*, in *Alla ricerca di un disegno*, CEDAM, Padova, 2003, 397.
- Donini M., *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cass. pen.*, 2003, 1808.
- Donini, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Scritti per Federico Stella*, Jovene, Napoli, 2007.
- Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004.
- Donini, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Alla ricerca di un disegno*, CEDAM, Padova, 2003, 350.
- Durkheim, *De la division du travail social*, tr. It. *La divisione sociale del lavoro*, Comunità, Milano, 1977.
- Eusebi, *La privazione della libertà nel diritto penale e la Costituzione*, in *Quest.giust.*, 2004, 479 e ss.
- Fanchiotti V., *La giustizia negoziata in U.S.A.*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 870.
- Fanchiotti V. *Antiprocedure*, Genova, 1999.
- Ferrajoli L., *Diritto e ragione*, Laterza, Roma-Bari, 2002, 574.
- Ferrajoli L., *Ravvedimento processuale e inquisizione penale*, in *Quest.giust.*, 1982, 217.

- Ferri, *Sociologia criminale*, vol. II, Torino, 1930.
- Ferrua P., *Studi sul processo penale*, vol. II, Giappichelli, Torino, 1992, 25.
- Ferrua P., *Giustizia negoziata nella crisi della funzione cognitiva del processo penale*, in *Studi sul processo penale*, vol. III, Giappichelli, Torino, 1997.
- Ferrua P., *Il “giusto” processo tra modelli, regole e principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 401.
- Ferrua P., *Il giusto processo*, Zanichelli, Bologna, 2005.
- Fiandaca G., *Diritto penale e processo*, in *Il diritto penale tra legge e giudice*, CEDAM, Padova, 2002, 66.
- Fiandaca G., *Pena “patteggiata” e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it.*, 1990, I, c.2387.
- Fiandaca G./Musco E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2000.
- Filangieri G., *La scienza della legislazione*, Napoli, 1785, ed. critica diretta da Vincenzo Ferrone, Edizioni della Laguna, Mariano del Friuli, 2004.
- Fine R.A., *Plea bargaining, An Unnecessary evil*, in *Marquette law review*, 1987, 618
- Fletcher G.P., *Basic concepts of criminal law*, New York-Oxford, 1998 – tr.it., *Grammatica del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2004.
- Foffani L., *Riserva di codice e scomparsa delle contravvenzioni* – contributo al dibattito tenutosi a Siracusa presso l’ISISC nei giorni 21-23 giugno 2007 (dattiloscritto reperibile sul sito www.isisc.org/public/Foffani.pdf)
- Foucault M., *Surveiller et punir. Naissance de la prison* Tr.it., *Sorvegliare e punire. La nascita della prigione*, Einaudi, Torino, 1976.
- Friedman D., *Law’s order*, tr. It., *L’ordine del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2004.
- Furet F., *Critica della Rivoluzione francese*, Laterza, Bari, 2004.
- Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi*, Unione tipografico-editrice, Torino, 1869 e 1897.
- Galgano F., *Civile e penale nella produzione di giustizia*, in *Riv. e critica del dir. Priv.*, 1983, 53.
- Galgano F., *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 2001.
- Gallo M., *Appunti di diritto penale*, vol. II – *il reato* – parte I – *La fattispecie oggettiva*, Giappichelli, Torino, 2000.

- Gamberini A., *Autonomia negoziale scelta dell'illecito e commisurazione della pena: profili emergenti di una nuova dogmatica dell'illecito penale*, in *La giustizia contrattata*, a c. di Moccia, ESI, Napoli, 1998.
- Gamberini A./Orlandi R. (a c. di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a c. di, Monduzzi, – *Atti del convegno organizzato a Trento dall'Associazione Franco Bricola*, Bologna, 2007
- Garapon A., *Bien juger*, 2001, ed. it.: *Del giudicare*, Raffaello Cortina editore, Milano, 2007, 81.
- Garofoli V., (a c. di) *L'unità del sapere giuridico tra diritto penale e processo – Atti del convegno di Bari, 21-22 maggio 2004*, Giuffrè, Milano, 2005
- Gehlen A., *L'uomo nell'era della tecnica, problemi socio-psicologici della civiltà industriale*, a cura di Maria Teresa Pansera, Roma, Armando, 2003.
- Gialuz M., *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, 373.
- Gioia M., *Del merito e delle ricompense*, 2 voll., Milano, 1818 – 1819;
- Giordano P., *Profili penali della risposta punitiva dello Stato*, in *Cass.pen.*, 1997, 916.
- Giunta F., *I nodi del “patteggiamento” giungono al pettine*, in *Leg. Pen.*, 2004, 860
- Giunta F., *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, 354.
- Giunta F./Micheletti, *Tempori cedere*, Giappichelli, Torino, 2003.
- Habermas J., *Fatti e norme*, Guerini e associati, Milano, 1996.
- Habermas J., *Theorie des kommunikativen Handelns*, tr. It. *Teoria dell'agire comunicativo*, Il Mulino, Bologna, 1986, 652.
- Heidegger M., *Sentieri interrotti*, La nuova Italia, Firenze, 1968.
- Insolera G./Stortoni L., *Le vicende della punibilità*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2001, 413 e ss.
- Irti N., *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2004.
- Jhering R., *Lo scopo nel diritto*, 1877, a c. di M. Losano, Torino, Einaudi, 1972.
- Jung C.G., *Gli archetipi dell'inconscio collettivo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2004, 69.
- Kelsen H., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, 1934; trad. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di R. Treves, Einaudi, Torino 1967.

- Kostoris R., *Con il nuovo “patteggiamento allargato” il rischio di una gigantesca negoziazione*, in *Guida dir.*, 2003/25, 9.
- Larizza S., *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 122.
- Laronga A., *La prova documentale nel processo penale*, UTET, Torino, 2004.
- Lavenia V., *L'infamia e il perdono*, Il Mulino, Bologna, 2004.
- Locke J., *Due trattati sul governo*
- Lorusso S., *Il patteggiamento “allargato” tra limiti all'accertamento della verità ed esigenze di deflazione processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 665.
- Lorusso S., *Arriva dalla Corte costituzionale il placet alla giurisdizione penale “acognitiva”*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 627.
- Lozzi G., *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2004, 468.
- Lozzi G., *La nuova fisionomia dei riti alternativi premiali*, in *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Giuffrè, Milano, 2007, 81.
- Lüderssen K., *Il declino del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2005.
- Maggiore, *Principi di diritto penale*, vol. I – p. gen., III ed., Zanichelli, Bologna, 1939.
- Maiello V., *Clemenza e sistema penale*, ESI, Napoli, 2007.
- Manes V., *Illegittime le “norme penali di favore” in materia di falsità nelle competizioni elettorali*, in *D&G*,
- Mannozi G./Henham R., *Il ruolo delle vittime nel processo penale e nella commisurazione della pena: un'analisi delle scelte normative e politico-criminali effettuate nell'ordinamento inglese e in quello italiano*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2005, 720 e ss.
- Mantovani F., *Diritto penale*, IV ed., CEDAM, Padova, 2001.
- Mantovani F., *La “perenne crisi” e la “perenne vitalità” della pena. E la “crisi di solitudine” del diritto penale*. In *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, 1173
- Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, UTET, Torino, 1941.
- Manzoni A., *Storia della colonna infame*,
- Marinucci G., *Bomba a orologeria da disinnescare*, in *Il Sole 24 ore* del 12 marzo 1998;
- Marinucci G./Dolcini E., *Corso di diritto penale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2001, III ed., 262;
- Marongiu A., *Delitti (diritto intermedio)*, in *Enc. giur.*, Giuffrè, Milano, XII, 1964.

- Mattarella B.G., *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo – Diritto amministrativo generale*, T. I, a c. di Cassese S., Giuffrè, Milano, 2003, 735.
- Mazza O., *La norma processuale penale nel tempo*, Giuffrè, Milano, 1999.
- Mazza O., *Una deludente pronuncia sul tempus regiti actum*, in *Cass. Pen.*, 2001, 1127
- Mazza O., *Oblazione*, in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, 562.
- Merton R., *Social Theory and social structure* (1968), tr .it *Teoria e struttura sociale*, Il Mulino, Bologna, 1992
- Moccia S., *La perenne emergenza*, ESI, Napoli, 1997.
- Moccia S., *La giustizia contrattata: dalla bottega al mercato globale*, ESI, Napoli, 1998.
- Monaco L./Paliero C.E., *Variazioni in tema di “crisi della sanzione”: la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 421 e ss.
- Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, ed. it. a c. di Cotta S., UTET, Torino, 2005.
- Moreno Verdejo J., *La conformidad en el proceso penal: especial referncia al procedimiento abreviado y juicio rapido* (pubblicazione del Ministero della Giustizia spagnolo) reperibile su <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL71.PDF>.
- Musco E., *L'illusione penalistica*, Giuffrè, Milano, 2004, 158.
- Musco E., *La premialità nel diritto penale*, in *La legislazione premiale*, Giuffrè, Milano, 1987
- Natale G.T., *Riflessioni politiche intorno alla efficacia e necessità delle pene dalle leggi minacciate*, 1772.
- Neppi Modona G., *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del diritto penale*, in *Dem. e dir.*, 1977, 682.
- Nicolini N., *Della procedura penale del Regno delle Due Sicilie*, Stamperia V. Mansi, Livorno, 1843.
- Nobili M., *Nuovi modelli e connessioni: processo – teoria dello Stato – epistemologia*, in *Ind. pen.*, 1999, 37.
- Nobili M., *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, CEDAM, Padova, 1988, 199.
- Nobili M., *Recenti orientamenti in tema di pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 173.
- Nobili/Stortoni/Donini/Virgilio/Zanotti/Mazzacuva, *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, da in *Foro it.*, 1998, V, 317 e ss.
- Noll, *Gesetzgebungslehre*, Reinbeck bei Hamburg, 1973

- Orlandi R., *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena* – Atti del Convegno di studio svoltosi a Casarano-Gallipoli, 27-29 ottobre 2000, promosso dal CNPDS in collaborazione con il Centro Studi Giuridici "Michele De Pietro" di Lecce, Giuffrè, Milano, 2002, 258
- Ost F., *Introduction au Seminaire*, in Atti del “*Seminaire interdisciplinaire d’etudes juridiques et criminologiques des Facultes universitaires Saint Louis à Bruxelles*” a c. di Gerard, Ost e Van De Kerchove, Bruxelles, 1994.
- Ost F., *Mosè, Eschilo, Sofocle. All’origine dell’immaginario giuridico*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- Padovani T., *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, 1988, II, 187 e ss.
- Padovani T., *Il traffico delle indulgenze*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1986, 411.
- Padovani T., *Tutela dei beni e tutela di funzioni nella scelta tra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. Pen.*, 1987, 670.
- Padovani T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 435.
- Padovani T., *La soave inquisizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 529 e ss.
- Pagano M., *Considerazioni sul processo criminale*, Milano, 1801, a c. di Palombi, Milano, Kluwer-IPSOA, 1998.
- Pagano M., *Principi del codice penale*, Milano, 1803, a c. di Palombi, Milano, Kluwer-IPSOA, 1998.
- Pagliaro A., *Riflessi del nuovo processo sul diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 42.
- Pagliaro, *Profili dogmatici delle cause estintive di reato*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1967, 472.
- Pajardi P., *I procedimenti camerali*, Giuffrè, Milano, 1992.
- Palazzo F., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 468.
- Palazzo F.C., *La nuova fisionomia dei riti alternativi premiali*, in *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Giuffrè, Milano, 2007, 42.
- Paliero C.E., *L’economia della pena. Un work in progress*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, 578.

- Paliero C.E., *La maschera e il volto – Percezione sociale del crimine ed effetti penali dei media*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 467.
- Paliero C.E., *Minima non curat praetor*, CEDAM, Padova, 1985.
- Paliero C.E., *L'autunno del patriarca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1230.
- Palombi E., *Mario Pagano e la scienza penalistica del XIX secolo*, ESI, Napoli, 1989.
- Papa M., *La crescita miracolosa del bonsai: l'albero del patteggiamento allarga vistosamente la chioma ma stenta a sviluppare le radici*, in *Leg. Pen.*, 2004, n. 4, 868.
- Pavarini M., *Lo scambio penitenziario. Manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva*, Martina editore, Bologna, 1996.
- Pavarini M., *Pene in astratto e in concreto*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2000, 360.
- Pavarini M./Guazzaloca B., *Saggi sul governo della penalità*, Martina, Bologna, 2007.
- Peroni F., *Riti alternativi – I) Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 2001.
- Peroni F./Gialuz M., *La giustizia penale consensuale*, UTET, Torino, 2004.
- Perrone N., *Il truglio. Infami, delatori e pentiti nel Regno di Napoli*, Sellerio, Palermo, 2000.
- Pessina E., *Elementi di diritto penale*, vol. I, Napoli, 1882, 394 e ss.) e comunque, nella terza edizione l'Autore dichiara *expressis verbis* di aver mutato opinione sul punto (pag. 408, vol. II).
- Piergallini C., *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1957.
- Pisani M., *Studi di diritto premiale*, LED, Milano, 2001.
- Prodocimi S., *Profili penali del postfatto*, Giuffrè, Milano, 1982;
- Pulitanò D., *Consensi e fraintendimenti sui rapporti tra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 517
- Pulitanò D., *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2005.
- Pulitanò D., *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2005, 966.
- Quattrococo S./Luaces Gutierrez A.I., *Conformidad e patteggiamento: spunti per un'analisi comparata tra Spagna e Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 341.

- Ramacci L., *Diritto penale dell'ambiente*, CEDAM, Padova, 2007.
- Reale G., *Saggezza antica. Terapia per i mali dell'uomo d'oggi*, Raffaello Cortina Ed., Milano, 1995.
- Reynaud G., *Il condono edilizio al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Leg. Pen.*, 2004, 795;
- Reynaud G., *Il condono edilizio tra disciplina legislativa e applicazione giurisprudenziale*, in *Leg. Pen.*, 2005, 99.
- Riccio G., *Procedimenti speciali*, in *Prolegomeni a un commentario breve al Nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso/Grevi, CEDAM, Padova, 1990.
- Rigo F., art. 444, in *Codice di procedura penale commentato*, a c. di Giarda A./Spangher G., IPSOA, Milano, 2007, 4134.
- Risicato L., *I riflessi sostanziali del c.d. patteggiamento "allargato": l'irriducibile attrito tra giustizia penale negoziale, funzioni della pena e tutela della vittima*, in *Leg. Pen.*, 2004, 871.
- Rocco Art., *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. Dir. proc. pen.*, 1910, vol. I. p. I., 497.
- Rocco Art., *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Bocca, Torino, 1913, 74.
- Rocco Art., *Sul così detto carattere "sanzionatorio" del diritto penale*, in *Giur. it.*, 1910, IV, 60.
- Romano M., *Commentario sistematico al codice penale*, Vol.I, Giuffrè, Milano, 1995.
- Romano S., *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione dei terremoti di Messina e Reggio Calabria*, in *Riv. Dir. Pubblico*, 1909, ora in *Scritti minori*, vol. I, Milano, 1990, 362:
- Roxin C., *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Beck, Munchen, 1992.
- Ruga Riva C. Commento alla sentenza della Corte Costituzionale n. 196/04, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1104.
- Ruga Riva C., *Il premio per la collaborazione processuale*, Giuffrè, Milano, 2002.
- Ruggiero G., *(Ideologia e dogmatica sui rapporti tra diritto penale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 255).
- Schulhofer S. J., *Plea bargaining as disaster*, in *Yale law journal*, 1992, vol. 101, 1979.
- Sciascia L., *Il cavaliere e la morte*, Adelphi, Milano, 1988.
- Sgubbi F., *Il reato come rischio sociale*, Il Mulino, Bologna, 1990.
- Silva Sanchez J.M., *La expansion del derecho penal*, tr. It., *L'espansione del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2004

- Siniscalco M., *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi* (1969), Milano, 1987, 119-120.
- Siniscalco M., *Depenalizzazione e garanzia*, Il Mulino, Bologna, 1995
- Spangher G., *L'applicazione di pena su richiesta delle parti*, in AA.VV., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale – commento alla legge 16 dicembre 1999, n. 479 (c.d. legge Carotti)*, vol. III, *Le innovazioni in tema di riti alternativi*, a c. di Normando R., Giuffrè, Milano, 2000, 99.
- Spangher G., *C'era una volta il processo penale...*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1156.
- Stein P., *I fondamenti del diritto europeo*, tr. It., Giuffrè, Milano, 1987.
- Stella F., *La tutela penale della società*, in *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1985, 81.
- Stella F., *Giustizia e modernità*, Giuffrè, Milano, 2002;
- Stella F., *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, Bologna, 2006.
- Stortoni L., *Estinzione del reato e della pena*, in *Dig.disc.pen.*, vol. IV, UTET, Torino, 1990.
- Tulkens F., *Una giustizia negoziata?*, in *Procedure penali d'Europa*, a c. di Chiavario M., CEDAM, Padova, 2001, 657.
- Valentini V., *Il meccanismo ripristinatorio ex artt. 19 ss. D.lgs. n. 758/1994*, in *Diritto del lavoro*, a c. di Carinci F., vol. VII - *Il diritto penale del lavoro*, a c. di Mazzazcuva N. ed Amati E., UTET, Torino, 2007, 432.
- Vassalli G., *La potestà punitiva*, Torino, 1942, 12.
- Vassalli G., *Cause di non punibilità*, in *Enc.dir.*, vol. VI, Giuffrè, Milano, 1960.
- Vassalli G., *La giustizia penale statunitense e la riforma del processo penale italiano*, in *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a c. di Amodio e Bassiouni, Milano, 1988, oggi in Vassalli, *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1997, vol. III, 703.
- Vassalli G., *Il pentimento e le sue insidie*, (1985) ora in *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1997, vol. III, 679.
- Vattimo G., *La fine della modernità*, Garzanti, Milano, 1998.
- Ziccone G., *Cause "sopravvenute" di non punibilità*, Giuffrè, Milano, 1975.