

# QUESTIONE GIUSTIZIA

TRIMESTRALE PROMOSSO DA MAGISTRATURA DEMOCRATICA

*Direttore:*

Giuseppe Borrè

*Comitato di redazione:*

Edmondo Bruti Liberati, Gian Carlo Caselli, Claudio Castelli, Giacomo Conte, Maurizio Converso, Pietro Curzio, Luigi Ferrajoli, Antonio Gialanella, Gianfranco Gilardi, Renato Greco, Luigi Marini, Salvatore Mannuzzu, Sergio Mattone, Francesco Mazza Galanti, Franco Misiani, Guido Neppi Modona, Massimo Niro, Livio Pepino, Marco Pivetti, Domenico Piombo, Alessandro Pizzorusso, Agnello Rossi, Salvatore Senese, Giuseppe Soresina, Carlo Maria Verardi

*Direzione:* via Marcello Durazzo 5/7 - 16122 Genova - tel. (010) 889331

*Redazione milanese:* v.le Monza 106 - 20127 Milano - tel. (02) 2827651

*Redazione romana:* viale di Villa Pamphili 40 - 00152 Roma - tel. (06) 6884356

*Amministrazione, abbonamenti:* v.le Monza 106 - 20127 Milano

*Abbonamento 1993:* Italia L. 95.000, abbonato sostenitore L. 150.000; Estero L. 120.000, da versare sul c.c.p. 17562208 intestato a Franco Angeli s.r.l., Milano

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 391 del 17-10-1981

Direttore responsabile: dr. Franco Angeli - Trimestrale - Spedizione in abbonamento postale gr. IV - Contiene meno del 70 % di pubblicità - Copyright © 1993 by FrancoAngeli srl, Milano - Stampa testo: Consorzio Artigiano L.V.G., Azzate (Varese) Stampa copertina: Tipomonza, v.le Monza 126, Milano

*Finito di stampare nel maggio 1993*

## SOMMARIO N. 3-4, 1992

Avvertenza	pag.	v
<b>Leggi e istituzioni</b>		
La magistratura ed i fatti di corruzione politica, di <i>Edmondo Bruti Liberati</i>	»	489
Democrazia maggioritaria e giurisdizione, di <i>Agnello Rossi</i>	»	506
La giustizia oltre i tribunali. Riforme istituzionali e dintorni, di <i>Pier Luigi Zanchetta</i>	»	527
Sulla necessità di tornare a pensare, di <i>Gaetano Assante</i>	»	557
Il patteggiamento alla luce del diritto comparato e della normativa costituzionale, di <i>Vincenzo Accattatis</i>	»	577
Csm e Ministro della giustizia, di <i>Vladimiro Zagrebelsky</i>	»	608
I dirigenti degli uffici giudiziari, di <i>Elena Paciotti</i>	»	618
I consigli giudiziari e la valutazione delle attitudini, di <i>Giovanni Tamburino</i>	»	632
<b>Prassi e orientamenti</b>		
Internazionalizzazione degli scambi economici ed illegalità: una sfida per l'armonizzazione delle procedure repressive, di <i>Francesco de Angelis</i>	»	641
Soppressione dei controlli alle frontiere comuni, controllo delle frontiere esterne e cooperazione di polizia in Europa secondo gli accordi di Schengen, di <i>Massimo Pastore</i>	»	651
Le prospettive della cooperazione giudiziaria in Europa dopo Schengen: primi appunti, di <i>Alberto Perduca</i>	»	680
Incidente probatorio, procedimento e processo: un tentativo di lettura, di <i>Luigi Marini</i>	»	687
Riforma del procedimento d'urgenza e materia del lavoro, di <i>Marco Pivetti</i>	»	705
Il giudice amministrativo annulla gli aumenti delle tariffe telefoniche e il governo « reitera » i provvedimenti annullati, di <i>Paolo Martinello</i>	»	714

- Controlli sull'ambiente oltre il command and control, di *Cristina Rapisarda Sassoon* pag. 720
- Prassi e teoria dell'organizzazione. L'esperienza della sezione fallimentare del tribunale di Bologna, di *Anna Maria Drudi, Massimo Ferro, Pasquale Liccardo, Vito Resta* » 733
- I tempi di lavoro del giudice, di *Claudio Viazzi* » 745

### **Giudici e società**

- La mediazione: una terza via per la giustizia penale?, di *Marco Bouchard* » 757
- Il terrorismo stragista nelle ricostruzioni processuali, di *Leonardo Grassi* » 784
- Legge penale militare di pace, nuovo modello di difesa e unità della giurisdizione. Prospettive di riforma, di *Antonio Sabino* » 796
- Art. 73, comma 5, testo unico sugli stupefacenti: il fatto di lieve entità tra rigorismi giurisprudenziali e novelle legislative, di *Mauro Dallacasa* » 803

### **Giurisprudenza**

- Pret. Sala Consilina- sez. distaccata Sapri - Sentenza 11 novembre 1991 - Est. Antonio Esposito » 817

### **Documenti**

- Consiglio superiore della magistratura (a proposito di separazione delle carriere giudicante e requirente) » 825

# IL PATTEGGIAMENTO ALLA LUCE DEL DIRITTO COMPARATO E DELLA NORMATIVA COSTITUZIONALE

di Vincenzo Accattatis

## 1. La giurisdizione di facciata

Il libro primo del nuovo codice di procedura penale si occupa dei soggetti processuali e fra essi include il giudice, il p.m. e la polizia giudiziaria. È con qualche perplessità che si legge quest'ultima inclusione. Poiché la polizia giudiziaria « dipende » dal p.m., essa non è o non dovrebbe essere autonomo soggetto processuale. Come spiegare questa anomalia? A mio avviso il problema si risolve o può essere avviato a soluzione solo tenendo presente la tradizione politica italiana, la legislazione e la cultura degli anni di piombo, la volontà di garantire, ancor oggi, una iperpresenza al potere esecutivo (il presidenzialismo, d'altronde, mira proprio a ciò). Questa stessa cultura deve essere tenuta presente per spiegare la persistenza, nel sistema accusatorio del nuovo c.p.p., di istituti gravemente improntati al sistema inquisitorio, alla segretezza, alla prevalenza del p.m. e della polizia giudiziaria. Discutendo di riti speciali, di questo, precisamente, occorre discutere.

Il nuovo codice si apre con un omaggio alla giurisdizione e cioè pone in primo piano il soggetto giudice, ma, a ben guardare, pone in primo piano proprio il soggetto astratto « giurisdizione »<sup>1</sup>. Nel processo ac-

1. Nei paesi anglosassoni — che hanno inventato il « giudice terzo » ed il sistema processuale di tipo accusatorio — il giudice viene riguardato in concreto, con le sue concrete strutture di intervento, e viene riguardato come giudice individuale, con nome e cognome, dotato di molto precisi ed efficaci poteri (potere di ingiunzione rivolto anche nei confronti dei pubblici amministratori, potere di repressione degli « oltraggi alla corte », ecc.). La *rule of law* è stata concepita, in Gran Bretagna e negli Stati Uniti, in termini di poteri forti ed efficaci dei giudici, non di « poteri deboli » come voluti dalla tradizione bonapartista. In Italia si parla del « pretore », ecc., in modo impersonale, e si vede il giudice come « facilmente fungibile e... manipolabile, benché la Costituzione esprima il principio del « giudice naturale ».

cusatorio non deve essere il giudice al centro di tutto, non deve venire la giurisdizione prima di ogni altra cosa, prima delle « parti »? Ma, in verità, la macchina processuale oggi più che mai si muove « ad impulso di parte », ad impulso cioè di un pubblico ministero-polizia, e, quindi, del potere esecutivo-governo, sicché, oggi più che mai, « il motore » della macchina della « giurisdizione penale » è nelle mani di pubblico ministero-polizia e « fuori dal processo ».

« La premessa filosofica di un processo di parti — ha scritto Elvio Fassone — dovrebbe essere l'assioma che non esiste "la verità" ma solo la "verità processuale", alla quale tanto meglio ci si accosta quanto più le parti sono poste in condizione di parità e quanto più "sono rese libere ed hanno la capacità di cercare, di allegare, di discutere, di contraddire"; in spazi ordinati, in luoghi in cui il giudice sia capace di ascoltare attentamente e riflettere »<sup>2</sup>.

« Il conflitto degli opposti interessi » è capace di produrre la « verità processuale », nel quadro di determinate regole ben congegnate<sup>3</sup>. Ma l'assenza del conflitto può essere segno di convergenza e concomitanza di opposti interessi che s'incontrano in qualche punto intermedio del tragitto per ottenere reciproca, relativa soddisfazione (come in ogni « contratto », in ogni *bargaining*), ma può essere anche segno che il conflitto non è stato in grado di manifestarsi, perché una parte era troppo forte e l'altra troppo debole « nel mercato ». La « mano invisibile », di per sé, non produce verità processuale ma può produrre, invece, gravi errori. La logica del « contratto », in termini reali, nella società disegualitaria molto spesso produce guasti.

## 2. Il procedimento pattizio come regola

Quanto alla « giurisdizione di facciata », un altro profilo va analizzato.

2. Cfr. E. Fassone, *Giudice-arbitro, giudice-notaio, o semplicemente giudice?*, in questa *Rivista*, 1989, p. 582 ss.

3. Abitualmente si afferma che nel nuovo codice la giurisdizione viene « esaltata » (ritornerò in seguito su questa espressione). Occorre però subito considerare che il giudice si trova oggi « vergine » rispetto alla decisione, come deve essere; ma la verginità può diventare aspetto positivo solo sul presupposto che il giudice abbia un adeguato tempo (e anche un adeguato « spazio ») di riflessione. La « verginità », aggiunta al caos delle strutture e delle udienze, è un momento di debolezza grave per l'esercizio della giurisdizione. L'« esercizio concreto », lo « spazio reale » della giurisdizione sono, in tutti i sensi — l'osservazione sembra ovvia —, strettamente connessi al problema delle « strutture » perché il problema delle strutture riguarda il « processo concreto ».

Come tutti affermano, il « procedimento » pattizio deve riguardare almeno il 90 % dei processi, pena il fallimento generale della riforma, ma ciò vuol dire che il « processo ordinario » (detto « procedimento » nel senso di non-processo) è proprio quello pattizio, proprio perché deve riguardare almeno il 90 % dei processi; in conseguenza, solo per « modo di dire » può essere affermato che il nuovo processo « esalta la giurisdizione ». L'attuale processo esalta, invece, il *bargaining*, il procedimento pattizio; mentre, in vario senso, deprime la giurisdizione perché la confina in un ruolo marginale.

« I procedimenti speciali del giudizio abbreviato e dell'applicazione della pena su richiesta delle parti — ha affermato Luigi Ferrajoli — rappresentano indubbiamente la novità più rilevante del nuovo codice di procedura penale », ma « il loro carattere in buona parte extragiudiziale ne fa anche... la novità più inquietante ». Tali procedimenti sono destinati a divenire, « nelle previsioni del legislatore e negli auspici della dottrina, la forma decisamente prevalente del processo penale ». Relativamente agli istituti considerati — ha ricordato ancora Ferrajoli — in dottrina « si è formato... un generale consenso sulla base di due argomenti ». Il primo, teorico, è che essi sarebbero coerenti con la scelta accusatoria e con la natura del processo di parti; il secondo, pragmatico, « è che solo l'impiego nella maggior parte dei casi di questi riti alternativi rende realisticamente praticabile, nei casi restanti, la celebrazione dei dibattimenti secondo il nuovo rito accusatorio ». « Dei due argomenti... il primo è infondato. Il secondo, da solo, prova troppo, equivalendo alla giustificazione del sacrificio delle garanzie nella maggior parte dei processi in nome della loro massima soddisfazione in pochi altri ». È lecito, comunque, chiedersi « se davvero tali procedure transattive possano essere considerate dei riti alternativi o non piuttosto delle alternative al processo ». Esse finiranno, comunque, con il risolversi, in pratica, « in una sorta di giustizia di cadì »<sup>4</sup>.

Una giustizia di cadì, afferma Ferrajoli. È di questo che occorre seriamente discutere.

In Gran Bretagna e negli Stati Uniti si afferma chiaramente che vi sono due diversi tipi di processi, fra loro in contrasto: il « processo sommario », nel caso in cui l'imputato ammetta la sua colpevolezza e « contratti », e il « processo davanti alla giuria », con *cross examination*, ecc., nel caso in cui la neghi; mentre in Italia, come d'abitudine, si offusca la realtà nelle... nebbie delle parole. Noi — secondo la nostra tradizione, come già affermato — dobbiamo essere impegnati a rimuovere

4. Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione - Teoria del garantismo penale*, 1989, p. 755 ss., con ampia nota relativa agli autori che criticano il *plea-bargaining*.

le nebbie, a « decodificare », a dire alla gente « la verità » sulla « realtà delle istituzioni », dopo adeguata, approfondita analisi.

Nella tradizione italiana vi sono i giuristi critici e garantisti (i pochi) ed i giuristi funzionari del principe (i molti). La tradizione di Magistratura democratica — ed il suo orgoglio — è nel senso della cultura critica e laica del diritto, non nel senso della subalternità politica dei giuristi funzionari-del-principe: tradizione dei legisti francesi ed italiani — per essere più chiari — annidati nei vari ministeri, funzionari della monarchia e dei vari despoti. Ovviamente, il « principe » può essere anche una larga maggioranza parlamentare (un'assemblea più o meno unanime), come è accaduto in Francia, a partire dalla rivoluzione.

Secondo un documento dell'esecutivo di Magistratura democratica, anteriore al Congresso,<sup>5</sup> Md dovrebbe muoversi « in una prospettiva di piena adesione ai principi di fondo del codice e agli istituti processuali che ne sono la realizzazione »; ma, ammesso che il sistema di patteggiamento, anche se approvato da una larga maggioranza parlamentare, effettivamente configuri, come afferma Ferrajoli, « una giustizia di cadì », o cosa del genere, sul presupposto che questo tipo di giustizia dovrebbe coprire circa il 90 % dei processi, è mai possibile accettare un simile « principio di fondo » o un simile « istituto » o simili istituti del nuovo codice?

Ecco il problema, politico, oltre che giuridico, in tutto il suo spessore.

### 3. Il patteggiamento negli Stati Uniti e in Gran Bretagna

#### 3.1. *Le origini poliziesche del patteggiamento*

Il *plea-bargaining*, come Luigi Ferrajoli ha dimostrato, è, in effetti, una delle più gravi ferite al sistema di giustizia.

Sorto dalla pratica di polizia americana sul presupposto della facoltatività dell'azione penale (patteggiamento e facoltatività sono istituti strettamente interconnessi), ed introdotto parzialmente anche in Gran Bretagna dopo forti resistenze che tutt'oggi perdurano, ha dato luogo ai più gravi abusi, ripetutamente denunciati in Gran Bretagna e negli Stati Uniti; abusi che si possono verificare pari pari in Italia, specie in ragione della mancanza delle strutture e del caos in cui si trovano gli uffici del p.m.; caos che certo non rende agevoli i necessari controlli. Da aggiungere che, in mancanza di seri controlli, il patteggiamento sulla

5. Il documento è pubblicato in questa *Rivista*, 1990, p. 611 ss.

pena o sulla procedura può facilmente trasformarsi, anche in Italia, in patteggiamento sui reati e sulle imputazioni <sup>6</sup>.

Il vero « contratto » sicuro fra imputati e *prosecutors* (o polizia) nei paesi anglosassoni è proprio la « derubricazione »; visto che, sul presupposto della facoltatività dell'azione penale, nei paesi anglosassoni la derubricazione (la « caduta delle imputazioni ») non è controllabile da parte del giudice. In altri termini, nei paesi anglosassoni gli imputati e i loro difensori possono « contare sulla parola » dei *prosecutors*, visto che i *prosecutors* hanno il potere legale di disporre in proprio delle imputazioni (come già notato, il patteggiamento nasce sul terreno proprio della facoltatività dell'azione penale e ne è una distorta espressione).

In Francia si discute oggi di riforma del codice di procedura penale. Sul presupposto della facoltatività dell'azione penale (esistente, com'è noto, anche in Francia) il « patteggiamento » potrebbe essere colà agevolmente introdotto, ma non verrà introdotto perché rifiutato dalla cultura giuridica francese in quanto giustamente giudicato contrario ai principi di civiltà giuridica <sup>7</sup>.

### 3.2. « Plea bargaining » e « due process of law » negli Stati Uniti

Negli Stati Uniti è, comunque, del tutto incontrovertito che *plea bargaining* e *due process of law* configurano opposti modelli processuali: il « modello amministrativo » ed il « modello processual-garantista », il *Crime Control Model* e il *Due Process Model*, secondo le espressioni di H.L. Packer. « I modelli di Packer — scrive G.F. Cole — sono... opposti punti di vista sul come il sistema penale deve operare » <sup>8</sup>.

Nel primo modello viene enfatizzata la necessità della repressione (della difesa sociale), nel secondo quella delle garanzie giuridiche attraverso le quali la repressione deve « necessariamente » passare. Il primo modello mette in primo piano le esigenze dell'efficienza, dell'informalità, dell'uniformità, della velocità della giustizia; il secondo mette in primo piano l'esigenza che reale giustizia sia fatta, valutando accuratamente i fatti, le colpe, le responsabilità. Il primo modello si basa fon-

6. Per un esempio concreto, cfr. Cass., 3<sup>a</sup> sez., 26 febbraio 1991, in *Giust. pen.*, 1991, II, p. 450; nonché in *Critica del diritto*, n. 4/1991, p. 37, con nota di Dora Moretti (sentenza in materia di gioco d'azzardo: il Pretore di Salerno ha ritenuto di poter patteggiare le imputazioni e la corretta interpretazione della legge penale).

7. Cfr. *Le rapport Delmas-Marty sur la réforme de la procédure pénale*, in *Le Monde*, 29 giugno 1990.

8. Cfr. G. F. Cole, *The American System of Criminal Justice*, Brooks/Cole Publishing Company Wadsworth, Inc., Belmont, California, 1989, p. 30.

damentalmente sugli accertamenti della polizia, il secondo sulle prove acquisite sotto gli occhi dei giudici e dei giurati alla luce del sole (in pubblica udienza). Il primo modello è inquisitorio, il secondo è accusatorio.

Il primo modello prescinde dalla accurata valutazione dei fatti, il secondo la esige, mettendo in evidenza che la giustizia penale si occupa non di « fascicoli » (da eliminare) ma di « fatti umani » da trattare. Il primo modello si preoccupa di minimizzare i costi giudiziari, il secondo di minimizzare gli errori giudiziari. Il primo modello presume l'indiziato colpevole in base ad una confessione di colpevolezza raccolta dalla polizia, il secondo modello continua a presumerlo innocente alla luce dei principi costituzionali. Il primo modello si sforza di fare aderire l'indiziato alla versione dei fatti fornita dalla polizia; il secondo modello vuole consentire all'indiziato di distanziarsene, di offrire la propria versione dei fatti. Il primo modello ci dice che gli accertamenti della polizia vanno creduti, il secondo che gli accertamenti di polizia vanno controllati e che i giudici esistono proprio per effettuare questo controllo (e questa è la scelta della Costituzione italiana). Il primo modello vive di « accordi » più o meno sottobanco fra le parti, il secondo di « conflitto » fra le parti al fine di fare emergere dal conflitto e non dagli accordi la verità processuale<sup>9</sup>.

I due modelli si riferiscono anche a due diversi tipi di accertamento (e di colpevolezza): storico e fattuale, il primo, senza limiti processuali di accertamento; legale, il secondo, con limiti processuali di accertamento.

La colpevolezza fattuale è quella alla quale abitualmente la gente si riferisce quando pone la domanda: « Egli ha realmente commesso il fatto? ». La colpevolezza legale coinvolge invece problemi di « limiti processuali » e cioè di garanzia: « La sua responsabilità è stata provata secondo le corrette regole di procedura, offrendo all'imputato tutte le garanzie di legge? ». In un sistema legale civilizzato non ogni prova è ammessa; i seguaci del *Crime Control Model* vorrebbero, invece, che ogni prova raccolta dalla polizia fosse ammessa.

Il *Crime Control Model* tende a smantellare ogni garanzia legale e, in sostanza, lo stesso principio di legalità. Quando si parla di Stato di diritto e di democrazia ci si riferisce, ovviamente, al *Due Process Model*, non al *Crime Control Model* (che rinvia, come a suo limite estremo,

9. *Ibidem.* Inoltre R. A. Rossum, *The Politics of the Criminal Justice Systems*, Marcel Dekker, Inc., New York and Basel, 1978, p. 183.

allo Stato di polizia)<sup>10</sup>. Gli Stati di polizia praticano, infatti, il *Crime Control Model* nella forma più pura<sup>11</sup>.

La tradizione processuale autoritaria italiana è permeata di *Crime Control Model*. L'istruzione sommaria e l'istruzione formale erano espressione del *Crime Control Model*. Il nuovo legislatore ha eliminato l'istruzione sommaria e quella formale, ma ha largamente introdotto il *Crime Control Model* sotto altre forme (o, se si vuole, sotto « mentite spoglie »). Occorre prenderne atto. La tradizione italiana rimane pur sempre salva, sostanzialmente non scalfita dalla *cross-examination* oggi riservata a pochi processi.

Il patteggiamento si muove secondo logica efficientistica, di *assembly-line* — l'espressione è sempre di H.L. Packer — con variabile velocità del nastro montante (della catena di montaggio) a seconda delle esigenze. Potremmo anche parlare dei riti speciali come del taylorismo o fordismo introdotto nel sistema di giustizia, basato sulla *presumption of guilty*; basata, a sua volta, sulla più o meno ideologica « libera » ammissione di responsabilità.

« Una volta che un uomo è stato arrestato e non è stato trovato a prima vista probabilmente innocente (*probably innocent*) ... ogni attività, rivolta contro di lui, risulta ormai basata sulla presunzione della sua probabile colpevolezza »<sup>12</sup>. Se ammette la sua colpevolezza, viene premiato; tanto prima l'ammette (specie davanti alla polizia) tanto più viene premiato; tanto più è reticente, tanto più viene « torchiato ».

Dai fautori dell'*assembly-line-justice*, la giustizia garantista, la giustizia « ordinaria » (divenuta però ormai straordinaria) è considerata una intollerabile « corsa ad ostacoli »; corsa ad ostacoli che può essere ammessa solo in pochi casi; anche se la Costituzione (non solo quella degli Stati Uniti ma anche quella italiana) la considera come il « normale modo di amministrare una giustizia degna di questo nome »<sup>13</sup>. In altri termini, la giustizia non può divenire una catena di montaggio. È di questo che si discute.

Dai fautori del *Crime Control Model*, questo modello di giustizia, in generale, è considerato un male, anche se un male-necessario, ma negli ultimi anni è apparsa, negli Stati Uniti, la corrente dei penalisti-liberisti-autoritari che considera il patteggiamento non un male, ma un bene, proprio perché è coerente con la logica del mercato che non deve subire intralcio da parte dell'« intervento pubblico ». Partendo dal pre-

10. Cfr. G. F. Cole, *op. loc. cit.*

11. *Ibidem.*

12. R. A. Rossum, *op. cit.*, p. 184.

13. *Ibidem.*

supposto che anche la procedura penale è un *market system*, e data per scontata l'impossibilità da parte degli operatori giudiziari di poter mutare il *quantum* delle risorse disponibili (si rinviene qui la logica propria, subalterna, dei « funzionari del principe »), gli *Econometricians* — così si chiamano — affermano che l'intervento regolatore dell'autorità pubblica (che, nel caso del processo, si identifica con il giudice) non dà e non può dare buoni risultati. Anche in questo campo occorre « lasciar fare » (alla polizia e ai *prosecutors* dipendenti dal potere politico) e lasciar passare<sup>14</sup>.

« A tale concezione si ricollega, a livello di politica penale sostanziale, l'idea che l'unico fine della pena sia la *deterrence*. La finalità del sistema penale, in altri termini, è quella di produrre *deterrence* al più basso costo. In questa prospettiva non si ha il minimo riguardo per il rispetto dei valori costituzionali »<sup>15</sup>.

### 3.3. L'« *assembly-line-justice* » e i giudici

Ho già affermato che il *plea bargaining* è sorto, negli Stati Uniti, non già in via normativa ma dalla pratica della polizia americana<sup>16</sup>. Questa « pratica » è stata accettata prima dai *prosecutors* e poi dai giudici, ma dopo molte resistenze; resistenze che ancor oggi perdurano.

È interessante stabilire quali giudici hanno legittimato in America il *plea bargaining*: i giudici conservatori, appunto, i giudici nixoniani e reaganiani.

Occupandosi specificamente del *plea bargaining* — scrive Fanchiotti — la Corte suprema degli Stati Uniti, « dopo aver assunto un atteggiamento che lasciava intravedere una certa sensibilità per le implicazioni sulla validità del *guilty plea* derivanti dall'essere la scelta dell'imputato coartata... ha mutato, a partire dagli anni settanta, radicalmente indirizzo »<sup>17</sup>.

Tale mutamento di indirizzo è avvenuto perché, a partire dal 1969, Nixon ha incominciato a immettere nella Corte suprema giudici iperconservatori: nel 1969 ha nominato presidente Warren Burger, nel 1970 ha nominato giudice della Corte suprema Harry A. Blackmun, nel 1972 ha nominato Lewis F. Powell e William H. Rehnquist, que-

14. Cfr. V. Fanchiotti, *Spunti per un dibattito sul « plea bargaining », in Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988, p. 292.

15. *Ibidem*.

16. Per una precisa analisi di questo aspetto cfr. V. Oddone, *Una Seveso giuridica? Il « plea bargaining » dagli Stati Uniti all'Italia*, in questa *Rivista*, 1985, p. 455 ss.

17. Cfr. V. Fanchiotti, *op. cit.*, p. 287.

st'ultimo nominato successivamente da Reagan presidente della Corte (uno dei presidenti più conservatori che la Corte suprema abbia mai avuto).

A partire dal 1969 è cominciata, quindi, la erosione delle garanzie costituzionali ad opera dei giudici, la legittimazione degli esorbitanti poteri della polizia, ecc. (la legittimazione del *plea bargaining* rientra in questo tipo di operazione).

« È evidente — ha dichiarato l'efficientista nixoniano-reaganiano Burger in una citatissima sentenza — che la struttura giudiziaria è stata predisposta... sul presupposto che il 90 % dei processi penali siano trattati in termini di *plea guilty*. Se ciò non avviene la giustizia entra in crisi... »<sup>18</sup>.

Come dire che i principi costituzionali devono necessariamente adeguarsi alla logica repressiva perseguita dal governo, cui le strutture giudiziarie non riescono a far fronte.

Da notare, comunque, che negli Stati Uniti è la popolazione a richiedere una legislazione penale sempre più repressiva, ciò che in Italia non avviene.

« La riduzione dal 90 all'80 % dei processi trattati in termini di patteggiamento — ha aggiunto l'efficientista Burger con calcolo svolto in puri termini di costi-benefici — fa raddoppiare i costi della giustizia, la riduzione dal 90 al 70 % li fa triplicare »<sup>19</sup>. Non si potrebbe essere più chiari.

La scelta è, quindi, chiara e precisa; come chiara è la contrapposizione fra due « diverse culture ».

Tradizionalmente i giudici americani avevano ritenuto il *plea bargaining* incostituzionale, e la cosa è ovvia. Il *due process of law* (il processo garantista) affonda, infatti, le sue radici nella *Magna Charta* e rappresenta l'aspetto focale del *Bill of Rights* (gli emendamenti alla Costituzione degli Stati Uniti).

Dei ventitrè diritti enunciati nei primi otto emendamenti, ben tredici riguardano le garanzie da dare agli imputati nei processi. Il quarto emendamento appresta garanzie contro indebite perquisizioni o sequestri; il quinto si esprime contro l'autoincriminazione ed il *bis in idem* (*twice jeopardy*) e, inoltre, vuole che ogni *indictment* sia preceduto dalla delibazione di un *grand jury*; il sesto impone la chiara contestazione dell'accusa, esige le garanzie di difesa e vuole che il processo sia « pubblico » e celebrato davanti ad una « giuria imparziale » (con negazione, quindi, di ogni forma di *summary trial*); esige, inoltre, il confronto di-

18. Cito da R. A. Rossum, *op. cit.*, p. 48.

19. *Ibidem*.

retto fra imputato e testimoni di accusa, con diritto dell'imputato alla prova e alla difesa; l'ottavo proibisce le sanzioni pecuniarie eccessive e le pene « crudeli ed inusuali » (è sulla base di questo emendamento che, negli Stati Uniti, si discute della costituzionalità o meno della pena di morte); ma la garanzia più importante è rappresentata proprio dal quinto emendamento; emendamento che, oltre ad offrire le garanzie già menzionate, proibisce la condanna senza un « giusto processo » (*without due process of law*)<sup>20</sup>. In particolare considerazione viene anche il « privilegio » contro l'autoincriminazione.

Nella famosa *Miranda Rule* la Corte Warren ha affermato che perché sia mantenuto « un ben bilanciato equilibrio fra l'individuo e lo Stato... il sistema accusatorio richiede il rispetto della personalità dell'imputato e, in ogni caso, impone alla pubblica accusa di provare la responsabilità dell'imputato, assolvendo all'onere della prova che sulla pubblica accusa grava, onere non sostituibile con le pressioni volte ad ottenere la confessione dell'imputato (*rather than by cruel, simple expedient of compelling it from his own mouth*) ».

A partire dal 1969, la Corte Burger si è, invece, impegnata per piegare e « addomesticare » i principi costituzionali e i principi di civiltà giuridica formulati dalla Corte Warren, e si è impegnata, inoltre, per dare mano libera alla polizia<sup>21</sup>.

Come ho già ricordato, negli anni '70 in Italia è intervenuta la legislazione dell'emergenza. La legge delega del 1974 è stata prima bloccata e poi smantellata, in sua sostituzione è venuta la legge delega del 1987 ed è stato elaborato un codice che ha dato ampio potere alla polizia e ha introdotto non tanto il processo alla Perry Mason, quanto il... patteggiamento all'americana. Occorre prenderne atto, non « difendere » il codice sol perché certe aree culturali lo attaccano da posizioni conservatrici e per nostalgia verso il codice precedente.

Con il patteggiamento, scrive R.A. Rossum, l'inquisito « accetta di dichiararsi colpevole », ma, ciò facendo, « rinuncia ad una serie di diritti costituzionali finalizzati a proteggerlo da una condanna ingiusta »<sup>22</sup>. Possono simili diritti essere considerati disponibili? Ecco una questione di fondo da analizzare.

Rossum elenca i diritti costituzionali violati:

20. R. A. Rossum, *op. cit.*, p. 117.

21. Per un'analisi della Corte Burger cfr. Ferrati, *La Corte suprema degli Stati Uniti durante la presidenza Burger (1969-1986)*, in *Giur. cost.*, 1987, I, p. 1896 ss.; V. Accattatis, *Il diritto e il torto nelle sentenze della Corte suprema degli Stati Uniti*, in *Invarianti*, n. 11/1989-90, p. 55 ss.

22. Cfr. R. A. Rossum, *op. cit.*, p. 1.

1. il diritto di non autoincriminarsi in alcun modo (quinto emendamento della Costituzione: « no person... shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself »), sicché le leggi e gli organi dello Stato non devono favorire o — peggio — premiare l'autoincriminazione;

2. il diritto ad un equo e serio processo (quinto emendamento della Costituzione: « no person... shall be deprived of life, liberty, or property, without due process of law »);

3. il diritto a non essere considerato colpevole se non in base ad una conclusiva prova fornita dal *prosecutor* al di là di ogni ragionevole dubbio; ecc.

L'inquisito che entra nel meccanismo del *guilty plea*, afferma Rossum, non ne esce più, ne viene stritolato, perché da quel momento in poi — la cosa è del tutto evidente — il sistema non lo presume più innocente, così come vuole la Costituzione, ma colpevole<sup>23</sup>.

Analizzando il processo penale degli Stati Uniti, Vittorio Fanchiotti ha messo in evidenza « il frettoloso rituale dell' "arraignment" nel quale il controllo del giudice... si riduce, nella pratica, ad una pura e semplice formalità ». « Recenti ricerche, condotte sul campo » — egli ha osservato — fanno « tramontare le speranze, diffuse negli anni settanta, circa l'efficacia di un intervento del giudice come garante della legittimità del *plea bargaining* ». A livello federale l'indagine del giudice « consiste semplicemente nel chiedere all'imputato se ha commesso il reato... ». A livello statale tale indagine neppure è richiesta<sup>24</sup>.

### 3.4. *Il patteggiamento in Gran Bretagna*

Anche in Gran Bretagna viene rimarcata la differenza fra i due diversi tipi di processo: il processo normale, con *indictment* e giuria ed il *summary trial*.

« Nei processi penali di *common law* — scrive J.R. Spencer — vi sono due procedure radicalmente diverse fra loro a seconda che l'imputato si dichiari colpevole (*plea of guilty*) o innocente (*plea of not guilty*): nei Paesi anglosassoni la confessione resta, infatti, la "regina delle prove" ». Nel primo caso, il *prosecutor* deve provare la colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio (*according to strict rules of evidence*), mentre nel secondo caso molte garanzie processuali cadono.

La polizia, ovviamente, ama il *guilty plea*, come lo amano i *pro-*

23. R. A. Rossum, *op. cit.*, p. 184.

24. Cfr. V. Fanchiotti, *Il processo penale statunitense: un modello complesso da rivisitare*, in *Giur. it.*, 1989, IV, 409 ss.

*secutors*, precisamente perché il *guilty plea* toglie loro l'onere — consacrato nelle norme di *common law* — di provare la colpevolezza dell'imputato. Per le stesse ragioni il *guilty plea* è amato anche dai giudici non sensibili alle garanzie processuali e costituzionali.

Consideriamo una sentenza delle corti inglesi favorevole al patteggiamento (una delle poche).

La Corte ha così argomentato: « L'imputato è stato convenientemente avvisato dal suo difensore che in caso di ammissione di colpevolezza egli sarebbe stato trattato con clemenza. Questa pratica è ammissibile — anche se alcuni dottrinari la contestano — tenuto conto che un uomo che ammette la propria colpa è sulla via del ravvedimento ». Chi nega, aggiunge la Corte, continuando a mentire, deve essere giudicato negativamente.

J.R. Spencer commenta: « In verità, nessuna indagine è stata portata sul punto se l'imputato ammetta la propria colpa per sincera emenda o per cinico calcolo di farla franca e ricominciare a delinquere... »; sicché « la reale giustificazione dello sconto di pena sta nel fatto che l'ammissione della colpevolezza fa risparmiare tempo alla giustizia »<sup>25</sup>.

La differenza fra patteggiamento americano e inglese è in questo: che nel sistema americano il giudice è coinvolto nel patteggiamento (ciò non accade però in tutti gli Stati), mentre non lo è nel sistema inglese perché i giudici inglesi rifiutano di essere coinvolti, vogliono essere giudici non dei patti ma delle garanzie.

È importante, inoltre, rilevare che il patteggiamento inglese, come quello americano, può essere fatto fra *prosecutor* e indiziato (è la forma più garantita) ma anche fra polizia ed indiziato, sin dalla fase delle prime indagini. Normalmente è proprio la polizia a proporre il « patto », a chiedere all'indiziato di « collaborare », di non essere riluttante, di ammettere la propria colpa; tanto gli indizi sono molto chiari... Si tratta di un *informal deal* (di un accordo sottobanco, che poi, a grado a grado, diviene « sopra banco »).

Tentativi vengono ripetuti anche nei confronti dei giudici inglesi per cercare di coinvolgerli nel « mercato »; per farli esprimere, in anticipo, circa la loro disponibilità ad essere clementi, ad accettare il *deal*; ma i giudici inglesi resistono; portano avanti anch'essi, in certo senso, la loro « resistenza costituzionale ».

Negli Stati Uniti la pratica è, invece, nel senso che i giudici sono sempre più propensi a entrare nel *deal*, anche per cercare di ridurre al massimo il tempo delle trattative (offrendo « garanzie » di accettazione

25. Cfr. J.R. Spencer, *Jackson's Machinery of Justice*, University Press, Cambridge, 1989, p. 260 ss.

del « patto »): inedita forma di « garantismo » connessa al principio nixoniano e reaganiano della massima « economia processuale ».

Nel 1977 John Baldwin e Michael McConville hanno pubblicato un libro intitolato *Negotiated Justice* nel quale hanno dimostrato, intervistando 150 indiziati, che molto spesso il *guilty plea* è l'esito di pressioni indebite. In Gran Bretagna il libro ha suscitato scandalo. La pressione spesso consiste nell'indurimento della polizia giudiziaria e del pubblico ministero in caso di non accettazione del patto da parte dell'indiziato. La non accettazione viene considerata « arroganza »<sup>26</sup>.

Normalmente in Italia si legge che il *plea bargaining* esiste negli Stati Uniti mentre in Gran Bretagna esiste il *summary trial* (rito abbreviato). Il *plea bargaining* esiste, invece, anche in Inghilterra, ma è ripudiato da tutti i giudici e da tutti i giuristi attenti ai principi costituzionali; attenti cioè alla tradizione delle libertà inglesi risalente alla *Magna Charta*.

Il *plea bargaining* inglese è così definito da *The Oxford Companion to Law*: « La pratica accettata in alcune giurisdizioni penali, mediante la quale il *prosecutor*, in cambio dell'ammissione di responsabilità dell'incolpato di uno o più crimini... fa cadere una parte dell'imputazione o esercita pressioni perché l'incolpato sia trattato con clemenza dai giudici... Dai giudici della Gran Bretagna il *plea bargaining* è considerato pratica impropria... I giudici non vogliono essere implicati in simile pratica... Ammissibile è considerata invece negli Stati Uniti »<sup>27</sup>.

In sostanza si dice che il *plea bargaining* è solo una « pratica », ripudiata e ripudiabile sul piano normativo, tenuta presente la tradizione giuridica anglosassone; che con questa pratica i giudici inglesi non vogliono avere a che fare; che questa pratica è però considerata utile da alcuni ed è utilizzata dai *prosecutors* perché consente di ottenere l'ammissione di colpevolezza in casi di difficile onere probatorio « oltre ogni ragionevole dubbio » per l'accusa. La presa di distanza è evidente.

Secondo uno studioso italiano, il *plea bargaining* è « discussa e discutibile prassi consistente nel negoziato informale fra l'accusa e la difesa per cui l'accusato si dichiara colpevole di un determinato reato rinunciando a proporre la propria difesa in cambio della rinuncia da parte dell'accusa a perseguire un reato più grave o di una raccomandazione del *prosecutor* al giudice per una pena meno grave ». Largamente praticato negli Stati Uniti (è regolato dalla R. 11 della *Federal Rules of*

26. Per un esempio italiano, cfr. Pret. Roma 29 gennaio 1991, in *Critica del diritto*, n. 2/1991, p. 43 ss.

27. Cfr. *The Oxford Companion to law*, Clarendon Press, Oxford, 1980, voce *Plea-bargaining*, p. 961.

*Criminal Procedure*) è praticato, in minor misura, anche in Gran Bretagna. « Non di rado fonte di gravi gravi abusi, esso dà luogo a situazioni in cui spesso l'autore di gravi reati — che l'accusa non può e, talvolta, non vuol provare — è condannato per quello meno grave o addirittura per un reato mai commesso ». « Il *plea bargaining* trova la sua spiegazione essenzialmente nella discrezionalità dell'azione penale... e nel potere del *prosecutor* di operare una selezione discrezionale nell'accusa penale, oltre che in quello di rinunciarvi ». « Sotto questo aspetto, il contrasto non potrebbe essere più netto con gli ordinamenti di *civil law*, che sanciscono l'obbligatorietà dell'azione penale... »<sup>28</sup>.

Si potrebbe essere più chiari?

#### 4. La legge delega e la Costituzione

##### 4.1. *Le due leggi delega e la « frattura » fra esse*

Il nuovo codice parla di procedimenti speciali, « dove il sostantivo — scrive Giovanni Conso — è fuori discussione », mentre l'aggettivo incontra varianti: riti differenziati, semplificatori od acceleratori, negoziali, alternativi, deflattori, per risparmio di costi processuali, di intera efficienza del sistema processuale, di economia processuale; ma « è sull'idea di deflazione del dibattimento che bisogna soffermarsi » per un chiarimento fondamentale che « riguarda la scelta operata dalla delega del 1987 in direzione pressoché antitetica rispetto alla delega del 1974 »: « non più dibattimento a tutti i costi, come nel progetto del 1978, ma dibattimento soltanto quando nessuna delle vie che ne prescindono si sia rivelata percorribile »<sup>29</sup>. Con il nuovo codice il dibattimento diviene un rito di risulta.

Dalla legge delega del 1987 il dibattimento è scoraggiato; mentre, con il forte sostegno di Magistratura democratica, negli anni 1960-1967 erano state auspiccate la fine dell'istruttoria segreta, la eliminazione della figura del giudice istruttore e l'instaurazione di un « sistema accusatorio » effettivo e non meramente di facciata.

Il codice di procedura penale — si legge nell'art. 2 della legge delega del 1987 — deve attuare i principi della Costituzione e adeguarsi alle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale. Esso, inoltre, deve attuare nel proces-

28. Cfr. G. de Franchis, *Dizionario giuridico inglese-italiano*, Milano, 1984, voce *Plea-bargaining*, p. 1142 ss.

29. Cfr. G. Conso, *Verso il nuovo processo penale*, in *Giust. pen.*, 1989, III, 68.

so penale i caratteri del sistema accusatorio, secondo i principi ed i criteri che seguono: 1) massima semplificazione dello svolgimento del processo con eliminazione di ogni atto o attività non essenziale; ecc. Seguono gli altri 104 punti.

L'articolo 2 della legge delega meriterebbe un'ampia analisi. Gli aspetti che qui possono essere brevemente considerati sono questi:

1. Costituzione, che, ovviamente, vuole il rispetto delle convenzioni internazionali, ma che, sul piano delle garanzie giuridiche relative al processo penale, come più analiticamente di seguito illustrerò, contiene norme più forti e non più deboli di garanzia, in accoglimento di tutti i principi di civiltà giuridica della cultura occidentale a partire dalla *Magna Charta*;

2. principio accusatorio;

3. principio della massima semplificazione dello svolgimento del processo;

4. principi relativi al patteggiamento.

Una prima notazione di carattere formale. Nel preambolo di cui all'art. 2 il richiamo alla Costituzione è messo insieme al richiamo alle convenzioni internazionali ed ai caratteri del sistema accusatorio ed è divenuto perciò un richiamo « retorico », come da molti rilevato. Nel preambolo la Costituzione è, insomma, marginalizzata.

Devo ancora osservare che l'Italia ha una Costituzione « vigente », che, indubbiamente, deve fare anche i conti con le convenzioni internazionali, e con i concetti culturali — più o meno generici — del tipo « sistema accusatorio », ma i concetti culturali (più o meno generici) non possono essere collocati — la cosa mi pare evidente — sullo stesso piano della Costituzione!

Negli anni settanta e ottanta la classe politica di governo ha lavorato per delegittimare la Costituzione, per farla diventare « di carta », ed il preambolo della legge delega rivela chiaramente l'opera di delegittimazione e, quindi, di marginalizzazione.

Per i riformisti governativi — ma non certo per Magistratura democratica — la Costituzione (e, in particolare, gli artt. 109 e 112) sono da considerare fatti « irrilevanti » o « intralci » da superare e da eliminare.

Noi dobbiamo invece affermare che « i principi e i criteri che seguono » — e, quindi, tutta la legge delega — non possono non essere subordinati al rispetto della Costituzione.

Le larghe maggioranze parlamentari che hanno approvato la legge delega e il nuovo codice « garantiscono » la conformità fra i principi

della legge delega e la Costituzione, ma la garanzia « politica » che essi offrono ovviamente non può essere considerata assoluta; è, invece, tutta da verificare.

L'elenco dei punti « concreti » da attuare con la legge delega è aperto dal richiamo al « principio » o « criterio » della « massima semplificazione dello svolgimento del processo », ma questo principio o criterio non è rinvenibile nella Costituzione. La Costituzione « rigida » non tollera che tale principio o criterio prevalga sulle norme costituzionali; prevalga, ad esempio, sulla presunzione di non colpevolezza da mettere seriamente alla prova in un processo con effettive garanzie. La Costituzione italiana non vuole l'autoincriminazione degli imputati, mentre, con il patteggiamento sulla pena, il nuovo codice la favorisce; quindi il patteggiamento sulla pena viola la Costituzione italiana. La Costituzione non dice che le garanzie giuridiche sono negoziabili. Nettamente lo esclude, mentre il nuovo codice rende le garanzie giuridiche negoziabili contro ogni principio di civiltà giuridica. Se tutto ciò è vero, occorre che Magistratura democratica lo dica chiaramente.

#### 4.2. *La sentenza n. 313/1990 della Corte costituzionale*

La previsione che il patteggiamento sulla pena sarebbe presto finito davanti alla Corte costituzionale — ha scritto Giovanni Tranchina<sup>30</sup> — era del tutto agevole. La speranza che esso potesse uscire indenne dal giudizio di costituzionalità « ragionevolmente illusoria »; solo che, nella sentenza n. 313/1990, la Corte ha minimizzato la dichiarazione di incostituzionalità, limitandola ad un aspetto non centrale, con pratico salvataggio dell'istituto.

Sulla compatibilità della disciplina relativa all'applicazione della pena su richiesta delle parti con il quadro generale delineato dalla Costituzione ci si è spesso interrogati, e le risposte, « per alcuni aspetti più decise, per altri più caute, hanno sempre dato l'impressione di volersi ispirare, da un lato, a consapevoli sospetti di anticostituzionalità della normativa, dall'altro alla sentita esigenza di salvare l'istituto » per il fatto che al patteggiamento « si riconosce il non trascurabile merito di prospettarsi come una vera e propria rivoluzione nel modo di concepire il processo penale... ». « In quest'ottica » i sospetti di incostituzionalità « finiscono con l'essere accantonati », al prezzo però, « come si è costretti a riconoscere », « di rivedere fondamentali ed importanti posizioni della dottrina e della giurisprudenza della Corte costituzionale ».

30. Cfr. G. Tranchina, *Patteggiamento e principi costituzionali: una convenienza piuttosto difficile*, in *Foro it.*, 1988, I, 2394.

Il che è come dire che la logica del nuovo modello processuale deve prevalere rispetto ai principi costituzionali<sup>31</sup>.

I rilievi sono acuti e, a mio avviso, fondati: 1) con la sentenza n. 113/1990 la Corte costituzionale ha riconosciuto, ma minimizzato, le sollevate questioni di costituzionalità; 2) il patteggiamento sulla pena si pone in contrasto con il quadro generale delle garanzie costituzionali; 3) gli aspetti di incostituzionalità del patteggiamento sulla pena sono, in fondo, da tutti riconosciuti, ma da molti deliberatamente minimizzati per salvare la « rivoluzione » effettuata nel processo penale; 4) questo tipo di operazione giuridico-culturale si risolve però, necessariamente, in un'operazione ideologica ai danni della Costituzione, in quanto finisce con il dare prevalenza agli istituti del nuovo codice penale (e della legge delega) rispetto alle norme costituzionali e, prim'ancora, all'intera logica della Costituzione.

Esaminiamo brevemente queste proposizioni.

La sentenza n. 113/1990 della Corte costituzionale ha effettivamente minimizzato le sollevate questioni di costituzionalità, come da molti commentatori rilevato, ed ha legittimato il patteggiamento sulla pena, facendo prevalere la « conservazione » dell'ordinamento giuridico e il rispetto delle larghe maggioranze parlamentari, con non condivisibile — in quanto eccessiva e screditante con riferimento al ruolo nomoflattico costituzionale che la Corte è tenuta a svolgere — operazione di *self-restraint*<sup>32</sup>. In questa, come in altre sentenze, la Corte ha comunque legittimato il principio di massima economia espresso dall'art. 2 della legge delega, elevandolo quasi a principio costituzionale<sup>33</sup>. La Corte avrebbe dovuto meglio distinguere fra Costituzione « vigente » e mag-

31. *Ibidem*.

32. Per un'analisi della funzione e del ruolo della Corte costituzionale e della richiamata sentenza della Corte, cfr. V. Accattatis, *Per una forte riaffermazione della legalità costituzionale*, intervento al Congresso di Alghero di Magistratura democratica, atti in corso di pubblicazione. Per un'approfondita analisi della sentenza cfr. anche A. Pignatelli, *Patteggiamento e giurisdizione: il punto di vista della Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, n. 2/1990.

33. Un'altra sentenza, nella quale la Corte ha legittimato il principio di massima economia elevandolo quasi al rango di principio costituzionale, è la n. 284/1990 in materia di rito abbreviato. In essa la Corte ha affermato, in funzione di legittimazione, che l'istituto è « il frutto di una scelta operata dal Parlamento, diretta, così come attiene agli altri procedimenti speciali del libro sesto del codice, attraverso la diminuzione dei giudizi da celebrarsi secondo il rito ordinario, al superamento di uno degli inconvenienti più gravi e lamentati della giustizia, quello dei tempi di durata eccessivamente lunghi ». In questa, come in altre sentenze, la Corte, ovviamente, non si è interrogata sulla strada alternativa che il legislatore avrebbe potuto scegliere per « deflazionare » nel pieno rispetto dei principi costituzionali: la riforma del diritto sostanziale, il « diritto penale minimo ».

gioranze parlamentari, per quanto larghe esse possano essere. Il suo ruolo fondamentale è di tutela della Costituzione e del principio di legalità.

Il patteggiamento sulla pena, oltre che con specifiche norme costituzionali, è in contrasto con il quadro generale delle garanzie delineato dalla Costituzione repubblicana. Questione politica eminente, questa, rispetto alla quale Magistratura democratica non può arretrare. Per un gruppo politico-culturale come Magistratura democratica, che ha fatto della Costituzione il suo punto di riferimento fondamentale, non tanto e non solo rileva il contrasto fra il patteggiamento e singole norme costituzionali, quanto il contrasto di principio fra il patteggiamento e l'intero quadro delle garanzie costituzionali.

L'operazione politico-culturale, da Tranchina denunciata, effettivamente si risolve nella prevalenza del codice di procedura penale rispetto alla Costituzione. L'on.le Martelli ha più o meno esplicitamente affermato che è la Costituzione a doversi adeguare al nuovo codice, ma la sua affermazione ha questo implicito entroterra: il « nuovo » codice è stato approvato da larghe maggioranze parlamentari, la « vecchia » Costituzione è ormai di carta, quindi non vi è altro da fare che adeguare la Costituzione ai « principi » espressi dal codice di procedura penale e « supportati » dalle larghe maggioranze parlamentari. Il nuovo codice esprime, quindi, una parte del « piano base » della nuova Costituzione, della Costituzione della nuova Repubblica: via l'arcaico principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, in palese contrasto con gli istituti del nuovo codice! Via l'arcaico art. 109! Via il garantismo valido per tutti gli imputati senza distinzione di ceto e di rango!

È questo che vogliamo? Siamo noi d'accordo con questa parte del « piano »? No, certo, non siamo d'accordo; ma prendiamo finalmente atto che il piano è già in parte formalmente scritto nel nuovo codice di procedura penale. È di queste fondamentali questioni che, finalmente, bisogna discutere.

#### 4.3. *Il principio accusatorio ed il patteggiamento*

È totalmente ideologica e mistificante — scrive Ferrajoli<sup>34</sup> — « la tesi, accreditata dalla dottrina e divenuta ormai un luogo comune, che i due patteggiamenti sono un portato logico del metodo accusatorio e del processo di parti ». Una simile tesi è frutto di confusione tra modello teorico accusatorio — che consiste unicamente nella separazione tra giudice e accusa, nella parità tra accusa e difesa, nell'oralità e nella pubbli-

34. Cfr. L. Ferrajoli, *op. loc. cit.*; dello stesso Autore sono anche i passi di seguito riportati nel testo.

cità del giudizio — e pratica processuale americana. « La confusione, ingiustificabile sul piano teorico, è spiegabile sul piano storico: discrezionalità dell'azione penale e patteggiamento sono infatti un relitto moderno del carattere originariamente privato e/o popolare dell'accusa... ». Ma discrezionalità dell'azione penale e patteggiamento « sono oggi del tutto ingiustificati in sistemi — come in Italia, ma anche negli Stati Uniti — dove l'organo d'accusa è pubblico ». Si consideri poi la formula « processo di parti », il cui uso a proposito dei patteggiamenti è parimenti improprio e fuorviante. « La negoziazione tra accusa e difesa è esattamente l'opposto del contraddittorio che è proprio del metodo accusatorio; e richiama piuttosto le pratiche di persuasione consentite dal segreto nel rapporto impari che è proprio dell'inquisizione ». Il contraddittorio, infatti, consiste « nel confronto pubblico e antagonista tra le parti in condizioni di parità: e nessun contraddittorio esiste fra le parti che anziché contendere patteggiano tra loro in condizioni di disparità ». Senza contare che in un contesto come quello italiano, « culturalmente segnato dall'esperienza dell'emergenza, questa pratica può produrre guasti ancor maggiori di quanti non ne abbia prodotti nel processo americano: prestandosi ad operare come strumento di pressione per false autoaccuse, favorendo deposizioni calunniose di comodo, consentendo insabbiamenti o prevaricazioni sulla difesa, generando disparità di trattamento e incertezza del diritto ».

« Al di là delle formule di legittimazione, esiste insomma il pericolo che la pratica del patteggiamento — come del resto è dimostrato dalla stessa esperienza americana — possa produrre una pesante perversione burocratica e poliziesca di una buona parte della giustizia penale e trasformare il giudizio in un lusso riservato a quanti sono disposti ad affrontare le spese ed i rischi; e che il processo possa ridursi ad un gioco d'azzardo nel quale l'imputato, magari innocente, è posto davanti alla scelta tra la condanna a una pena ridotta e il rischio di un giudizio ordinario che può concludersi con l'assoluzione ma anche con una pena enormemente più alta ».

Il patteggiamento penale si fonda su uno scambio perverso. « Nel confronto impari con l'accusa cos'altro può dare l'indiziato, in cambio della riduzione della pena, se non la propria dichiarazione di colpevolezza o la chiamata di correo, magari infondata, di altri imputati? ». « E cosa garantisce che un cittadino innocente ma privo di difesa, vedendo frustrate le sue proteste d'innocenza e disperando nella giustizia, non accetti suo malgrado di accedere al patteggiamento sul rito e alla riduzione di un terzo della pena o, ancor meglio, al patteggiamento sulla pena...? ».

Il problema della volontaria accettazione del patto da parte dell'indiziato si pone esattamente così e non come lo pone la Corte costituzionale nella sentenza n. 313/1990; si pone tenendo presenti — e non obli-terando — le condizioni di diseguaglianza alle quali si riferisce l'art. 3 cpv. della Costituzione; oppure, in questa materia, deve valere il principio *coactus tamen volui*?

L'analisi che Ferrajoli porta sul piano teorico (ma è da ricordare che egli è stato uno dei più implacabili critici dei guasti portati in Italia dalla legislazione dell'emergenza) potrebbe essere agevolmente trasferita sul piano storico.

« La confusione, ingiustificabile sul piano teorico, è spiegabile sul piano storico », non solo tenendo presente il carattere originariamente privato dell'accusa, ma anche tenendo presente la legislazione dell'emergenza, i « lasciti dell'emergenza » di cui Ferrajoli tratta in altro luogo del suo volume.

Il « carattere privato dell'accusa » riemerge in Italia in epoca thatcheriana e reaganiana, unitamente all'attacco a tutto ciò che è pubblico e all'emersione del « privato » nei più vari ed impensati settori (ricordate la proposta di privatizzare le prigioni?).

La formula « processo di parti » si contrappone, in effetti, a « processo pubblico ». « Discrezionalità dell'azione penale e patteggiamento sono del tutto ingiustificati in sistemi... dove l'organo d'accusa è pubblico »; ma ben si armonizzano con la stagione reaganiana.

#### 4.4. *La frattura del 1987 e l'uso ideologico del termine « accusatorio »*

La « frattura » fra delega del 1974 e delega del 1987 è rimarcata da Giuliano Vassalli che, non senza coerenza, aveva chiesto che dalla legge 1987 fosse eliminato il fuorviante riferimento al principio accusatorio. Testuale: « Mi domando, a questo punto, se non varrà la pena di eliminare questa parola "accusatorio", che figura nel preambolo, perché è meglio dire le cose come stanno »<sup>35</sup>. Certo, è sempre meglio dire le cose come stanno con schiettezza; solo che Vassalli smentisce questa sua professione di fede nelle parole immediatamente successive: « Se la manterremo (la parola "accusatorio", *n.d.r.*), sarà solo per ragioni di opportunità e per non dare altri spunti agli avversari della riforma, che non mancano »; e cioè, « se la manterremo... sarà solo... » per ragioni ideologiche. Il « proclamato carattere accusatorio », aggiunge ancora Vassalli, in effetti è smentito dai contenuti della delega del 1987 che

35. Cfr. G. Vassalli, *La giustizia penale statunitense e la riforma del processo penale italiano*, in *Il processo penale negli Stati Uniti*, cit., p. 255.

dà tale ampio spazio alle indagini preliminari da lasciare anche dubitare del preteso spostamento del baricentro del nuovo processo dalla fase dell'« istruzione » a quella del « giudizio ».

In conclusione si può dire che la legge delega del 1987 rappresenta una vistosa marcia indietro, rispetto alla legge delega del 1974, con riferimento al principio accusatorio; mentre rappresenta una rinnovata marcia in avanti verso i principi di segretezza, di non pubblicità e di non contraddittorio, con ampio recupero della logica dell'istruzione sommaria.

« Centralità del dibattimento »! Ma quale centralità nel nuovo codice? Il paradigma accusatorio — ha affermato giustamente Paolo Ferrua — si infrange inesorabilmente « quando è il codice stesso », con meccanismi premiali, « ad incoraggiare... il rifiuto radicale del contraddittorio »<sup>36</sup>.

Mi sembrano affermazioni incontrovertibili.

Alcuni però — molti in Magistratura democratica — non hanno registrato la frattura fra 1974 e 1987 ed hanno visto l'« evoluzione » della riforma in termini di continuità<sup>37</sup>. Fra coloro che non hanno registrato la frattura è Ennio Amodio: « Per la prima volta dopo più di un secolo — egli ha scritto — un ordinamento processuale europeo abbandona il modello napoleonico... Non si tratta peraltro di un frettoloso trapianto dello schema accusatorio radicato nei Paesi di *common law*: il Parlamento è giunto a delineare il nuovo impianto alla fine di un lunghissimo *iter* legislativo nel quale hanno avuto un peso determinante non solo gli orientamenti della dottrina italiana che, negli anni sessanta, avevano patrocinato con encomiabile lungimiranza l'abbandono del rito istruttorio... ma anche i ripensamenti critici scaturiti dal dibattito sviluppatosi attorno alla legge del 1974 che aveva confermato al giudice istruttore una posizione tutt'altro che marginale... »<sup>38</sup>. Un'analoga analisi è compiuta da Palombarini<sup>39</sup>. Ma i « ripensamenti critici » — è da osservare — non hanno riguardato solo la giusta esigenza di eliminare del tutto la figura del giudice istruttore per realizzare « più accusatorialità »; essi, purtroppo, hanno riguardato anche l'esigenza — evidentemente portata con forza dai partiti di governo o, almeno, da alcuni di essi — di dare ampio potere sostanzialmente incontrollato al pubblico

36. Cfr. P. Ferrua, *La riforma del diritto penale sostanziale e il nuovo processo penale*, in questa *Rivista*, 1991, p. 67.

37. Sembra orientato in questo senso lo scritto di G. Palombarini, *Non separate su Perry Mason*, in *Micromega*, n. 5/1989, p. 157.

38. E. Amodio, *Il nuovo processo a confronto con il modello anglosassone*, in *Un nuovo codice per una nuova giustizia*, Padova, 1989, p. 228.

39. Cfr. *supra*, nota 37.

ministero e alla polizia giudiziaria, in aderenza alla logica degli anni di piombo e all'orientamento del vecchio codice.

La frattura del 1987 è avvenuta precisamente perché fra il 1974 ed il 1987 vi sono stati gli anni di piombo e la legislazione dell'emergenza.

La legge delega del 1987 ha inglobato parte non piccola della « logica dell'emergenza » (a me sembra, questa, la pura e semplice verità): la polizia è divenuta « soggetto processuale », « garantito » (come nella legge Reale), ma non è stata posta alle esclusive dipendenze della magistratura (come vuole l'art. 109 della Costituzione); il patteggiamento, emerso negli anni di piombo, è divenuto patteggiamento sul rito e sulla pena in violazione del « principio accusatorio », marginalizzando il dibattimento (ma in coerenza con le pratiche istruttorie segrete) e rendendo il « principio accusatorio » largamente ideologico, come Giuliano Vassalli ha rilevato <sup>40</sup>.

« Durante i lavori preparatori del cessato codice — ha scritto nel 1930 Edoardo Massari, citato da Luigi Ferrajoli, con riferimento al c.p.p. del 1913 e a commento del codice Rocco appena varato — fu esaminata la convenienza di introdurre... la cosiddetta "rinuncia dell'imputato al dibattimento", sulla traccia delle legislazioni angloamericane e di quella spagnola. Ma tale innovazione non ebbe fortuna, per un ossequio alle tradizioni liberali dei moderni istituti processuali, contrarie a dare piena efficacia probante alla confessione dell'imputato, e ligie alla forma pubblica del dibattimento... ». « È sconcertante — commenta Ferrajoli — che quell'ossequio alle tradizioni liberali, mantenuto dal codice fascista, sia venuto meno nel codice repubblicano » <sup>41</sup>.

Il nuovo codice è stato definito da Ferrajoli « un misto di spregiudicata innovazione e di tenace conservatorismo » <sup>42</sup>. Si può essere sostanzialmente d'accordo con questa definizione; ma ciò che va notato, in particolare, è che il legislatore italiano degli anni ottanta non ha inteso innovare nel rispetto della Costituzione ma per cercare di erodere alcuni principi costituzionali, primo fra tutti il principio di obbligatorietà dell'azione penale <sup>43</sup>.

40. Per la relazione fra « patteggiamento dell'emergenza » e « nuovo patteggiamento », cfr. G. Vassalli, *op. cit.*, e L. Ferrajoli, *Patteggiamenti e crisi della giurisdizione*, in questa *Rivista*, n. 2/1989.

41. L. Ferrajoli, *op. ult. cit.*

42. *Ibidem.*

43. Per l'analisi di questa specifica questione cfr. V. Accattatis, *I soggetti e i poteri nelle norme del codice e nella realtà processuale*, in *Critica del diritto*, n. 3/1991.

Tutti i guasti del nuovo codice scaturiscono da questa matrice, nascono da questo fondamentale illegalismo.

Ma chi erano gli « avversari della riforma », di cui, come si è visto, parla Vassalli? I conservatori, ovviamente, legati al vecchio codice; ma costoro non si richiamavano al « principio accusatorio ». E chi erano, allora, gli avversari del nuovo codice — evocati da Vassalli — legati al principio accusatorio? I giuristi che avevano patrocinato la riforma del vecchio codice riassumendo la nuova prospettiva democratica proprio nel concetto di « principio accusatorio », come contrapposto a quello « inquisitorio ». Quindi è per neutralizzare questi « avversari della riforma » che è stato ideologicamente mantenuto il riferimento al principio accusatorio. Vassalli ha cercato di resistere a questa operazione ideologica (avrebbe fatto bene a resistere fino in fondo, scelte del genere devono essere fatte con il massimo di discussione ed in termini di chiarezza), poi... ha ceduto, ma chi ha portato avanti l'operazione? Tutti coloro che hanno accusato di ideologismo i fautori del principio accusatorio e, in definitiva, la prospettiva di una riforma nel rispetto (non in violazione o in termini di compressione) delle norme costituzionali.

La cultura del nuovo codice, ha scritto Guido Neppi Modona, si è realizzata sul presupposto della « constatazione dei limiti... culturali della legge del 1974 e nella comune volontà di sciogliere alcuni nodi di fondo dell'impianto sul quale era impostato il progetto preliminare del 1978 ». Uno dei nodi era rappresentato dall'« eccessivo ideologismo nella costruzione dei meccanismi processuali; astratto ideologismo che ha indotto ad inseguire il mito di un unico modello processuale... »<sup>44</sup>.

Non ad inseguire « il mito di un unico modello processuale » — rettificarei —, ma ad « inseguire » uno o più modelli processuali, ma tutti sempre ed in ogni caso rispettosi della Costituzione, del diritto di difesa, di un corretto e garantito metodo di formazione della prova, ecc. Ciò non è stato realizzato, visto che la riforma è avvenuta — ormai tutti lo riconoscono — in termini di forte compressione del dibattimento e del principio accusatorio e con salvataggio ed estensione di istituti nati con la legislazione dell'emergenza (il patteggiamento è l'esempio classico). La riforma è avvenuta, per ripetere l'espressione di Ferrajoli, in termini di « spregiudicata innovazione » (tenuti presenti i principi costituzionali) e di « tenace conservatorismo »: conservata è stata, in sostanza, tutta la vecchia logica dell'istruzione sommaria e dell'iperpotere della polizia e dell'esecutivo nel processo.

44. Cfr. G. Neppi Modona, *Il nuovo processo penale tra emergenza e cultura delle riforme*, in questa Rivista, n. 1/1984.

#### 4.5. I principi e i criteri relativi al patteggiamento

Ho già affermato che il patteggiamento, emerso negli anni di piombo, è divenuto patteggiamento sul rito e sulla pena in violazione del « principio accusatorio » (marginalizzando il dibattimento), e invece in coerenza con le pratiche istruttorie segrete, retaggio del sistema inquisitorio.

Verifichiamo l'affermazione con riferimento al giudizio abbreviato.

L'aspetto da rimarcare è che nel giudizio abbreviato *non* si osservano le norme del dibattimento. È questa la sua caratteristica fondamentale. Nel giudizio abbreviato il giudice può legittimamente decidere « allo stato degli atti scritti », raccolti dal pubblico ministero, prevalentemente « in segreto » e senza contraddittorio, precisamente al modo della « vecchia » istruzione sommaria. L'indiziato non ha diritto alla controprova; quindi, « prendere o lasciare ». Tutto è salvato e legittimato dal « libero consenso » dell'indiziato in un mondo — tipicamente reaganiano — in cui ogni cosa è « contrattabile », anche la prospettiva del carcere o della libertà. *Free to choose* (libero di scegliere) è la massima fondamentale del reaganismo<sup>45</sup>. Il nostro codice si è adeguato.

In questione può esserci una « scelta » di questo genere: libertà o decine di anni di reclusione (pur dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 176/1991 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 442 c.p.p. che rendeva praticabile il giudizio abbreviato anche con riferimento ai delitti punibili con l'ergastolo). « Viene da chiedersi » se veramente si è voluta una semplificazione dei processi, o non si è voluto, invece, semplicemente « sbarazzarsi dei processi senza alcun accertamento »<sup>46</sup>.

Il giudizio abbreviato può essere instaurato per qualsiasi reato (salvo il limite già indicato), con riduzione di pena, ma — è da notare — rispetto alle pene elevatissime del codice Rocco e con amplissima discrezionalità del giudice nel fissare la pena-base. Strano commercio, quindi, da parte di chi mantiene elevatissimi i prezzi per poi poter praticare benevoli sconti. Una legislazione semplicemente civile dovrebbe « abbattere » le elevatissime pene espresse dal codice fascista senza richiedere all'indiziato il sacrificio di fondamentali garanzie.

Il giudizio avviene, quindi, allo stato degli atti e cioè sulla base del materiale raccolto in segreto dalla pubblica accusa; materiale con-

45. « Libro superbo », scrive Ronald Reagan dell'opera di Milton & Rose Friedman, *Free to choose* (Harcourt Brace Jovanovich, New York and London, 1980), l'opera classica del reaganismo.

46. Così, P. Tonini, *I procedimenti semplificati secondo il progetto preliminare*, in *Giust. pen.*, 1988, I, 454.

tradditoriamente qualificato dal codice non « prova », ma « fonte di prova ». Il consenso fra pubblico ministero e indiziato vale quindi anche ad elevare un materiale « di parte » a « fonte di prova », al rango di « prova », alla quale il giudice è « obbligato ad attenersi ». Grave è lo « strappo » ai principi costituzionali<sup>47</sup>.

Anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti il giudice fonda la propria decisione in base agli atti forniti dal pubblico ministero. Quindi questi non tanto è *dominus* nei confronti della polizia giudiziaria quanto è *dominus* del patteggiamento. L'indiziato può dettare delle condizioni (può « contrattare »), ma non su questo aspetto.

Gli evidenti guasti della giustizia negoziata, argomenta Paolo Ferrua, sono rappresentati dalla « logica mercantile » delle « occulte trattative » che vengono introdotte nel processo, con « caduta notevole dei valori della giurisdizione ». Nell'indagine scientifica si va sempre più diffondendo il metodo fondato su conferme e falsificazioni, che equivale proprio al contraddittorio giudiziale; « sopravvive invece nel settore processuale » ed anzi si sviluppa (in epoca decisionista, sarebbe da aggiungere) « una singolare concezione della verità come prodotto solitario, che scaturisce per partenogenesi dagli atti unilateralmente compiuti dall'accusatore e passivamente accettati dalla controparte ». Il rilievo vale, in particolare, per il rito abbreviato, dove il fine dichiarato resta la ricostruzione dei fatti, decisi secondo la nota regola dell'onere della prova; « ma... si costruisce in una forma peggio che inquisitoria, segnata dal riconoscimento incondizionato di valore probatorio ai materiali raccolti dall'accusatore, con divieto di qualsiasi produzione difensiva; ed è francamente irrilevante che il tutto avvenga su richiesta dell'imputato », sedotto dalla prospettiva della riduzione della pena<sup>48</sup>. Sono poi da mettere in conto le « perverse opportunità che questi riti possono offrire alla criminalità organizzata ».

#### 4.6. *I rigurgiti inquisitori*

Elementi raccolti in sede di indagini preliminari vengono recuperati in funzione probatoria nei riti speciali mentre vengono esclusi nel dibattimento; ed è proprio questa esclusione la ragione, o una delle fondamentali ragioni, che fa del dibattimento del nuovo processo un dibattimento di tipo accusatorio: formazione della prova, dialetticamente, davanti al giudice e alla luce del sole.

La divergenza dal modello inglese è macroscopica. « L'esigenza

47. Cfr. P. Ferrua, *op. cit.*, p. 56 ss.

48. *Ibidem*.

di semplificazione del processo ordinario viene raggiunta in Inghilterra consentendo all'imputato, previo il consenso della pubblica accusa e l'accoglimento dell'istanza di parte, di anticipare il dibattimento all'udienza preliminare, che si svolge nel pieno rispetto del principio del contraddittorio »<sup>49</sup>.

Il *summary trial* inglese è strutturato come anticipazione del dibattimento all'interno dell'udienza preliminare; mentre il giudizio abbreviato italiano è strutturato come rinuncia piuttosto che come anticipazione del dibattimento<sup>50</sup>. La differenza è rilevantissima.

Sulla base della richiesta dell'indiziato, del consenso del pubblico ministero e del consenso del giudice, l'udienza preliminare inglese si trasforma in processo *summary* (semplificato quanto alle forme), ma nel *summary trial* il giudice togato assume regolarmente le prove, non si basa su quelle fornite dal pubblico ministero (e, sostanzialmente, dalla polizia). Nel *summary trial* l'imputato gode degli stessi diritti e facoltà che nel processo con giuria, salvo il fatto che egli viene giudicato dal giudice togato.

In base alla direttiva 53 della legge delega (richiesta dell'imputato, consenso del pubblico ministero, decisione allo stato degli atti, diminuzione di un terzo della condanna), il processo italiano « accoglie » il processo *summary* inglese, ma poi (nel rispetto della tradizione italiana) lo modifica in senso inquisitorio<sup>51</sup>.

Nel giudizio abbreviato italiano il « premio » viene dato all'indiziato, dal legislatore, con molto cinismo, precisamente perché egli, rinunciando al dibattimento, non « fa perdere tempo » alla giustizia<sup>52</sup>.

Quello che nella legge delega era un mero criterio di scelta (decisione « allo stato degli atti ») nel codice è diventato « un vero e proprio limite all'ampiezza del contraddittorio »; è diventato cioè un « divieto » di assumere prove<sup>53</sup>.

« Nella relazione al progetto si accenna ad una soluzione » per scavalcare il divieto contenuto nell'art. 436. Si suggerisce, cioè, la possibilità che il giudice si riservi la decisione di adozione del rito abbreviato e conduca, nel frattempo, l'udienza preliminare, assumendo le prove giudicate necessarie. Si tratta di un « artificio » all'italiana in contraddizione con la logica del rito.

49. Cfr. C. Di Casola, *I riti alternativi nel nuovo processo penale*, Esselibri, 1989, p. 37; P. Tonini, *op. loc. cit.*

50. P. Tonini, *op. cit.*, p. 453.

51. *Ibidem.*

52. P. Ferrua, *op. loc. cit.*

53. P. Tonini, *op. cit.*, p. 454.

Con il patto, e per determinati reati, l'imputato rinuncia anche alla garanzia rappresentata dalla partecipazione popolare nei giudizi di corte di assise. È su questo aspetto che si incardina un ulteriore rilievo di incostituzionalità. Chi intende accostarsi ai nuovi riti speciali « senza infingimenti », scrive C. Di Casola, non ha difficoltà a scoprire che i riti del patteggiamento e del giudizio abbreviato « scardinano tutte le garanzie penali e processuali da cui la giurisdizione penale trae legittimazione », e, in particolare, scardinano: 1) il principio accusatorio, fondato sul « conflitto » processuale fra le parti e non sulla negoziazione; 2) il principio dell'inderogabilità del giudizio, con le garanzie ad esso conseguenti; 3) la presunzione di non colpevolezza dell'imputato, con onere della prova a carico del pubblico ministero; 4) il principio che nessuno deve essere forzato ad accusare se stesso con minacce, premi e lusinghe. Quest'ultimo principio, dai riti speciali in questione, è violato in modo macroscopico. Dopo l'introduzione di questi riti « il rischio di caduta della legittimità della giurisdizione è concreto e non legittima facili ed apologetici entusiasmi »<sup>54</sup>.

Il principio del contraddittorio è massimamente compreso nel patteggiamento, visto che, chiedendo il patteggiamento, l'imputato rinuncia, puramente e semplicemente, al contraddittorio. In questo caso il giudice non deve accertare la responsabilità dell'imputato visto che detta responsabilità si presume provata nell'implicita confessione. Il patto rovescia, quindi, la presunzione di non colpevolezza che la Costituzione impone al giudice, trasforma la presunzione di non colpevolezza in implicita certezza di colpevolezza che il giudice non può mettere in discussione, salvo il suo controllo sulla libera adesione dell'imputato al « contratto ». Con i riti speciali in discussione si ha, inoltre, profonda deroga ai principi di oralità e pubblicità. Per il legislatore del 1987 il *controllo pubblico* sull'esercizio della giurisdizione conta poco, conta invece molto il *contratto privato*.

Per poter parlare di contraddittorio occorre che l'imputato si veda garantite queste possibilità: *a)* di conoscere le opinioni, argomentazioni, conclusioni della controparte; *b)* di manifestare al giudice le proprie; *c)* di indicare gli elementi di fatto e di diritto che le suffragano; *d)* di indicare ed escutare i testimoni che le attestano; *e)* di esercitare, in sintesi, attività propulsiva e di penetrante controllo nel processo. E tutto questo è smarrito nelle figure processuali in questione.

La legge delega 1987 dà alle indagini preliminari un'ampiezza tale — come ha affermato Giuliano Vassalli in un passo già citato — da lasciar seriamente dubitare del preteso spostamento del baricentro del

54. Così C. Di Casola, *op. cit.*, p. 21.

processo dalla fase istruttoria (tipo vecchio rito) alla fase del giudizio (tipo nuovo rito).

In Italia, comunque — egli prosegue — il principio di non obbligatorietà dell'azione penale non può essere introdotto, perché, per i magistrati italiani, « questa sarebbe la più mortale offesa che potrebbe essere recata dal potere politico... »<sup>55</sup>; ma in questione non è l'« offesa » ai magistrati, bensì il principio dell'eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge. L'ordinamento italiano consacra, dunque, il principio dell'obbligatorietà; ed esso, quindi, non può essere negato, ma solo aggirato e reso elastico; e uno dei modi per renderlo elastico (altro modo è l'ampliamento dell'archiviazione) è appunto l'introduzione del *plea bargaining*, istituto nato « sul terreno della non obbligatorietà dell'azione penale ».

« Pur nella sostanziale riconferma del ripudio della azione penale discrezionale » — ha rilevato Ennio Amodio — il legislatore del 1988 ha dato tale spazio ai poteri delle parti « da far ritenere che il sistema processuale si trovi oggi in una fase di transizione proiettata verso una sostanziale ridefinizione della regola della obbligatorietà »<sup>56</sup>. In questo senso il nuovo codice rappresenta una marcia di avvicinamento al tanto ambito obiettivo della facoltatività dell'azione penale e della subordinazione del pubblico ministero al potere politico.

Altri autori si sono espressi in analoghi termini. Il *plea bargaining*, ha scritto Francesco C. Palazzo, chiaramente si pone « in tensione » con l'art. 112 della Costituzione. Del resto si avverte ormai « qua e là... un senso di fastidio » verso il principio di obbligatorietà, quasi si trattasse « di un ingombrante residuo di un'età ormai tramontata »<sup>57</sup>.

Con la sentenza n. 88/1991 la Corte costituzionale ha espresso un forte « non oltre » rispetto all'avviata erosione del principio di obbligatorietà, con la conseguenza però che l'ordinamento processuale penale resta oggi, in Italia, « in grave sofferenza », perché è predisposto nel senso di una o più meno rapida eliminazione dell'« arcaico » istituto, mentre non può realizzarla in quanto, anche se duramente attaccata e delegittimata, la Costituzione non è stata ancora riformata, perché i magistrati resistono e perché non può non resistere la Corte costituzionale.

I decisionisti, ovviamente, chiamano questa « resistenza costituzio-

55. Cfr. G. Vassalli, *op. cit.*

56. Così E. Amodio, *Il modello accusatorio*, in E. Amodio e O. Dominioni, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1989, vol. I, p. XL.

57. Cfr. F. C. Palazzo, *Qualche riflessione su « plea bargaining » e semplificazione del rito*, in *Il processo penale negli Stati Uniti*, cit., p. 324.

nale » ingovernabilità e continuano a lottare per portare avanti la loro idea di governabilità in chiaro conflitto con la Costituzione repubblicana.

Il braccio di ferro politico oggi in Italia è proprio su queste questioni.

In sofferenza l'ordinamento è anche — è da aggiungere — con riferimento ai patteggiamenti, giacché quanto più la Corte costituzionale introduce in essi « garanzie », tanto più altera la funzione di istituti nati per saltare le garanzie o per aggirarle, nella logica della « catena di montaggio ».

In sofferenza oggi, in Italia, è anche la Corte costituzionale, impegnata a mantenere il suo *self-restraint* di fronte ad istituti approvati da larghe maggioranze parlamentari, ma che sfidano principi costituzionali di grande rilievo. Nella misura in cui la Corte si rifugia in argomentazioni poco credibili perde essa stessa di credibilità; non vi è vantaggio per nessuno, visto che la Corte costituzionale è e deve restare una fondamentale istanza di « garanzia giuridica ».

#### 4.7. *Il principio di indisponibilità*

La premessa alla relazione al testo definitivo del codice ci parla dei nuovi rapporti fra autorità e libertà dopo la caduta del fascismo, delle pronte modifiche al codice intervenute nel 1944, e ci ricorda, inoltre, che una commissione per la riforma del codice era stata già istituita nel lontano 1945. « Esigenze di intervento celere », rese ancor più indifferibili dalla Costituzione repubblicana, verso la metà degli anni '50 hanno fatto propendere per l'« opera novellistica », realizzata con legge n. 517/1955, la quale, per la sua ampiezza, ha alterato sensibilmente, in molti settori, gli originari contenuti del codice, lasciando però immutata l'impostazione generale ispirata all'ideologia autoritaria.

Ma qual'è, precisamente, l'ideologia autoritaria che la Costituzione repubblicana ha voluto cambiare?

Il garantismo del processo penale italiano — è questa l'affermazione di fondo — si sostanzia nel ruolo che il giudice, secondo la Costituzione, è chiamato a svolgere.

Al centro del discorso costituzionale vi sono, anzitutto, gli « inviolabili » diritti dell'uomo e del cittadino, che il giudice « indipendente », « inamovibile », ecc. deve « garantire » in termini di provvedimenti « motivati », « trasparenti », controllabili attraverso un processo « garantista » (con contraddittorio, con pubblicità, con ampio diritto di difesa); sul presupposto che il giudice è soggetto alla legge e che la legge, in termini chiari, è chiamata a definire ciò che è reato e ciò che reato non è.

È alla luce di questi principi che deve essere impostata l'analisi relativa al principio di indisponibilità.

Tale analisi può essere qui solo avviata, ma è certo che il giudizio abbreviato ed il patteggiamento sulla pena costituiscono espressioni macroscopiche del principio dispositivo.

Riguardati dal punto di vista dei soggetti processuali, questi riti speciali consentono al pubblico ministero e all'imputato: 1) di influire in modo marcato sullo sviluppo e sulla conclusione del rapporto processuale; 2) di impedire al giudice di decidere su materiale probatorio non acquisito dal pubblico ministero in segreto nell'ambito dell'istruzione preliminare; 3) di « vincolare », in definitiva, la decisione del giudice in modo vistoso.

Ciò che viene in questione è proprio il « vincolo sul giudice », in contrasto con le indicazioni costituzionali, che nel potere del giudice individuano, innanzi tutto, una funzione di garanzia.

Il nuovo processo è, quindi, un « processo di parti » non solo nel senso della capacità propulsiva affidata alle parti, ma anche nel senso di dare alle parti la possibilità di utilizzare e modulare il processo secondo le proprie convenienze.

Con il nuovo processo (con il patteggiamento) la garanzia della libertà è affidata dal legislatore alla parte privata e all'avvocato (quando di fatto c'è), mentre dalla Costituzione è affidata al giudice.

Il legislatore ordinario, con legge ordinaria, ha trasferito la garanzia della libertà personale — storicamente da sempre affidata al giudice, a partire dalla *Magna Charta* — alla parte privata e al suo difensore. Non si era mai visto nulla del genere in alcuna legislazione, tenuto conto che la legislazione inglese conosce il *summary trial*, ma senza che il principio dispositivo possa esplicarsi nell'estensione del rito abbreviato italiano, ed il processo americano conosce il *plea bargaining*, ma sol perché esso è entrato surrettiziamente ed abnormemente nel sistema giuridico per via di prassi (con l'appoggio della parte conservatrice-efficientista della magistratura, ma dopo aspro contrasto; contrasto che ancor oggi perdura).

Secondo la tradizionale dottrina (abbandonata da molti giuristi con grande disinvoltura), nel vecchio codice « novellato » il principio di indisponibilità si concretava nei seguenti principi: 1) nell'esclusione di qualsiasi discrezionalità dell'azione penale (obbligo del pubblico ministero di promuovere l'azione penale anche nel caso di reputata infondatezza della notizia del reato); 2) nella conseguente esclusione del potere del pubblico ministero di rinunciare all'azione penale; 3) nella libertà del giudice di decidere sulla base del materiale acquisito nel rispetto delle

norme di rito, senza essere in alcun modo vincolato dalla richiesta delle parti. Tenuti presenti i principi costituzionali, la garanzia giurisdizionale era, comunque, considerata irrinunciabile da parte dell'imputato, non negoziabile.

L'indisponibilità del processo, in definitiva, discendeva, come ancor oggi discende (la Costituzione non è stata ancora riformata), dalla indisponibilità dei fondamentali diritti attinenti alla libertà personale, che devono, per Costituzione, essere garantiti dal giudice e non dal più o meno « libero » accordo fra le parti.