

Vicende anomale del rito abbreviato dopo l'udienza preliminare.

Giuseppina Cacciotti, Giuseppe Del Borrello, Anna Giaccone, Michele
Alessandro Alonzi, Martina Carrano¹

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Riqualificazione giuridica del fatto all'esito del giudizio abbreviato incondizionato. - 3. Rivalutazione *funditus* dei connotati del parametro di oggettiva necessità dell'integrazione probatoria. - 4. Il difficile rapporto con la pena dell'ergastolo. *Lex mitior* ed esecuzione della pena. - 5. Unitarietà del fatto e pluralità dei riti: divergenza tra gli esiti. - 6. Possibilità di aderire al giudizio abbreviato nel corso del dibattimento.

1. Premessa.

Il giudizio abbreviato, procedura speciale a natura premiale, sempre più spesso nella prassi assume aspetti patologici che disattendono l'*iter* strutturato dalle regole previste nel codice di rito.

“Deviazioni” queste, da un lato per assicurare maggiormente esigenze di economia processuale, dall'altro per contenere – anche passivamente – le continue vicissitudini legislative, che costituiscono un'ottima cartina tornasole per la comprensione dell'odierno *status* di tutela dell'imputato e del livello di funzionamento del sistema processuale, teso alla realizzazione di una maggiore tutela del diritto ad un processo “giusto” ed “equo”.

Si analizzano, in questa sede, specifiche anomalie che, senza allontanarsi dall'aspetto pragmatico dell'impianto, colgono in pieno la complessità della tematica.

Nel lavoro, specificamente, si è cercato di affrontare questioni aperte e dibattute in maniera critica: ripercorrere posizioni giurisprudenziali e dottrinali partendo da una prima situazione in cui l'imputato subisce il *vulnus* di una riqualificazione del fatto inizialmente contestato; proseguendo con l'analisi di quegli aspetti che interessano l'ambito probatorio e l'ambito “normativo-giurisprudenziale” sotteso all'istituto; per concludere poi con l'evenienza, estremamente attuale, di divergenza – nei casi di concorso di persone nel reato – tra esiti processuali di chi ha optato per il rito alternativo

¹ Questo contributo è frutto di un lavoro condiviso nell'ambito di un approfondimento al corso di diritto processuale penale tenuto dal Prof. A. Gaito all'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”. In particolare, i §§1 e 4 sono opera di Anna Giaccone, il §2 è di Giuseppina Cacciotti, il §3 di Giuseppe Del Borrello, il §5 di Michele Alessandro Alonzi ed il §6 di Martina Carrano.

e di chi, invece, a seguito dell'udienza preliminare, ha proseguito con il dibattimento.

2. Riqualficazione giuridica del fatto all'esito del giudizio abbreviato incondizionato.

È diritto dell'imputato essere informato in tempo utile non soltanto dei fatti ad esso attribuiti, ma anche, in modo dettagliato, della qualificazione giuridica data a questi.

Nell'ambito di questo principio si è inserito un caso recentemente sottoposto al vaglio della Corte di cassazione², secondo il quale un imputato che aveva fatto richiesta di giudizio abbreviato incondizionato in relazione all'accusa di furto era stato poi condannato per il diverso reato di ricettazione.

È opportuno, sin d'ora, sottolineare che l'attività specifica del "qualificare" un fatto storico è, innanzitutto ed ovviamente, successiva alla corretta comprensione del medesimo quale oggetto di contestazione-giudizio; e che tale attività, inoltre, può legittimamente operare solo ove il fatto sia chiaro, senza ombra di dubbio, potendosi, opportunamente, "vestire di diritto" solo quando distinto per certezza e definizione³.

Nel caso di specie, la Suprema corte ha manifestato la necessità di conformarsi ai principi già affermati a livello sovranazionale dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella ben nota vicenda Drassich c. Italia del 2007. In particolare, affinché la riqualficazione del fatto operata in sentenza non risulti in contrasto con l'art. 6, §3, lett. a) e b), C.e.d.u., il giudice deve procedere con un triplice accertamento: verificare se, in concreto, era stato «sufficientemente prevedibile per il ricorrente che l'accusa inizialmente formulata nei suoi confronti fosse riqualficata»; valutare «la fondatezza dei mezzi di difesa che il ricorrente avrebbe potuto invocare se avesse avuto la possibilità di discutere della nuova accusa formulata nei suoi confronti»; considerare quali siano state «le ripercussioni della nuova accusa sulla determinazione della pena del ricorrente»⁴.

Sulla scia di quest'orientamento, la Cassazione ha ritenuto nella fattispecie che la riqualficazione del fatto non poteva reputarsi prevedibile, non

² Cass., Sez. II, 14 gennaio 2013, Mereu, in *www.archiviopenale.it*.

³ Così IACOBACCI, *Riqualficazione giuridica del fatto ad opera della Corte di Cassazione: esercizio di una attività legittima o violazione del diritto di difesa?*, in *Giur. it.*, 2008, 11, secondo il quale, presupposto della qualificazione giuridica è la comprensione/interpretazione del fatto storico in tutte le sue componenti rilevanti ai fini del diritto penale.

⁴ Corte eur., Sez. II, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 1, 17.

risultando condivisibile la tesi utilizzata nella sentenza impugnata secondo cui l'inquadramento del fatto in ipotesi di ricettazione sarebbe stato desumibile dalle dichiarazioni rilasciate dallo stesso imputato alla Polizia Giudiziaria, nelle quali aveva negato di essere l'autore del furto. Sul punto, infatti, si è affermato che «negare l'addebito di furto non significa di per sé, ammettere o introdurre nella dialettica processuale, la diversa e più grave ipotesi di ricettazione»⁵.

Così, il Giudice di legittimità ha enunciato il principio di diritto secondo cui «deve ritenersi violato il principio del giusto processo, sotto il profilo del diritto alla difesa e del contraddittorio, ove, all'esito del giudizio abbreviato incondizionato, l'originaria imputazione di furto venga riqualificata in ricettazione se, in concreto, per l'imputato non fosse sufficientemente prevedibile che l'accusa inizialmente formulata nei suoi confronti potesse essere riqualificata e, quindi, non sia stato messo in concreto nella possibilità di difendersi»⁶.

Precedentemente, nel caso Drassich richiamato, la Corte di Strasburgo aveva concentrato la sua attenzione sulla circostanza per cui l'accusato deve essere «informato [...] della natura [...] dell'accusa formulata a suo carico»; e non ha dubitato sul fatto che l'atto di accusa debba svolgere un ruolo fondamentale nel procedimento penale e che in esso debbano essere contenuti, a norma dell'art. 6, §3, lett. a), C.e.d.u., non solo i motivi dell'accusa e dei fatti materiali alla base di essa, ma anche, e in maniera dettagliata, la qualificazione giuridica data agli stessi. Per la Corte europea, infatti, la portata del ragionamento deve essere ricondotta nell'ambito del più generale diritto ad un processo equo, all'interno del quale è ricompreso il diritto all'informazione e il diritto di disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la difesa⁷.

Similmente, oggi, bisogna dunque considerare che nel nostro ordinamento per aversi un mutamento del fatto occorre una trasformazione radicale della fattispecie concreta, nei suoi elementi essenziali, nella quale si riassume l'ipotesi astratta prevista dalla legge, sì da pervenire ad un'incertezza sull'oggetto di imputazione da cui scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa. Dando conto, tuttavia, come in effetti è accaduto, anche della

⁵ Cass., Sez. II, 14 gennaio 2013, Mereu, cit.

⁶ Per un primo commento alla sentenza qui citata, cfr. MASERA, *La Cassazione applica in caso di giudizio abbreviato incondizionato i principi della sentenza Drassich della Corte EDU in tema di riqualificazione giuridica del fatto*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁷ Corte eur., Sez. II, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia, cit., 17.

prassi giudiziaria, nella quale l'ipotesi specifica di un imputato originariamente processato per furto ed in seguito condannato per ricettazione sembrerebbe assai frequente⁸.

In generale, per una comprensione più approfondita del fulcro della vicenda si ritiene fondamentale richiamare l'art. 521, c.p.p., ispirato al principio "*iura novit curia*": si riconoscere al giudice di modificare la qualificazione giuridica, purché sia conservata l'identità del fatto e sia dunque osservato il principio di correlazione tra accusa e sentenza, posto a presidio del diritto di difesa⁹. I principi in esso contenuti, capisaldi dell'ordinamento processuale italiano, sono stati "messi in crisi" proprio dalla pronuncia della Corte europea nel caso Drassich, tanto da far ritenere alla maggior parte della dottrina necessaria una "rivisitazione" del principio di correlazione tra accusa e sentenza per non porsi in contrasto con il diritto dell'imputato ad un processo equo, nei termini stabiliti dalla Convenzione.

In sostanza i giudici di Strasburgo, hanno affermato la necessità di un contraddittorio tra le parti anche nel momento (tipicamente giurisdizionale) della riconduzione del fatto processuale alla fattispecie giuridica, ponendo così dei limiti al potere del giudice di disporre d'ufficio la riqualificazione giuridica ritenuta più corretta.

Dopo ciò, la Corte di cassazione, peraltro senza soluzione di continuità con la precedente giurisprudenza, ha affermato appositamente che l'obbligo di correlazione tra imputazione contestata e sentenza non può ritenersi violato da qualsiasi modificazione rispetto all'accusa originaria, ma soltanto nel caso in cui la modificazione dell'imputazione pregiudichi le possibilità di difesa dell'imputato. Ciò in quanto la nozione strutturale di "fatto" contenuta negli artt. 521 e 522 c.p.p., va coniugata con quella funzionale, fondata sull'esigenza di reprimere solo le effettive lesioni del diritto di difesa, posto che «il principio di necessaria correlazione tra accusa contestata e decisione giurisdizionale risponde all'esigenza di evitare che l'imputato sia condannato per un fatto, inteso come episodio della vita umana, rispetto al quale non abbia potuto difendersi»¹⁰.

⁸ Cfr. *Sub art. 521, Codice di procedura penale ipertestuale commentato*, a cura di A. Gaito, Torino, 2012.

⁹ CRUDO, *Il principio di correlazione tra accusa e sentenza. Il caso Drassich e la giurisprudenza interna*, in www.duitbase.it.

¹⁰ Cass., Sez. un., 13 ottobre 2010, Carelli, in *Mass. Uff.*, n. 248051, richiamando anche Id., Sez. un., 22 ottobre 1996, Di Francesco, *ivi* n. 205619.

3. Rivalutazione *funditus* dei connotati del parametro di oggettiva necessità dell'integrazione probatoria.

Nel nostro ordinamento risulta immanente sia il principio del giusto processo che quello della tutela delle garanzie difensive correlate alla posizione dell'imputato.

Le vicende che ruotano intorno al rito abbreviato mostrano molteplici interventi, sia del legislatore che dell'interprete, volti a definire e rimodellare la sua struttura in conformità dei principi costituzionali e processuali proprio su questi aspetti.

Come sopra accennato, la riqualificazione del fatto deve operare cautamente al fine di non pregiudicare il diritto di difesa della parte, e di permettere all'imputato di aver perfetta cognizione della fattispecie di reato a lui ascrittagli. Allo stesso modo, da un altro punto di vista, considerando nell'ipotesi del rito abbreviato anche l'esigenza di una integrazione probatoria, si nota come le garanzie del giusto processo e del diritto di difesa rimangano ugualmente preminenti.

Nella giurisprudenza, in particolare, a seguito di un lungo contrasto interpretativo risolto dalla Cassazione nella sua massima composizione¹¹, si è affermato il parametro della "oggettiva necessità" dell'integrazione probatoria. La questione nasceva da un ricorso proposto dal P.G., a fronte dell'applicazione da parte del giudice del dibattimento della riduzione di pena prevista con il rito abbreviato a seguito di condanna, sulla considerazione dell'illegittimità del provvedimento del G.u.p. che ne aveva in precedenza rigettato la richiesta condizionata.

La Corte di Cassazione alla luce della dichiarazione di incostituzionalità da parte della Corte costituzionale¹² dell'art. 438, co. 6, c.p.p., nella parte in cui non prevedeva la possibilità per l'imputato di rinnovare la richiesta prima del dibattimento di primo grado, ha rilevato che nel caso di specie tale sindacato non poteva seguire le direttrici delineate dalla Consulta. La questione principale, inoltre, riguardava se il classico meccanismo dello sconto di pena da applicarsi a seguito del giudizio abbreviato risultasse operante anche dopo la legge n. 479 del 1999.

Delineandosi in tal modo un contrasto interpretativo nella giurisprudenza di legittimità, la questione veniva rimessa alle sezioni unite.

Preliminare era dunque stabilire se fosse possibile per il giudice del dibattimento, alla stregua di quanto stabilito dalla Corte costituzionale con la

¹¹ Cass., Sez. un., 18 novembre 2004, Wajib, in *Guida dir.*, 2004, 49, 78.

¹² Corte Cost., 23 maggio 2003, n. 169, in *Guida dir.*, 2003, 21, 59, con nota di Bricchetti.

decisione n. 169 del 2003, sindacare la decisione di rigetto del G.u.p. di rito abbreviato condizionato ad integrazione probatoria.

Un primo orientamento della Suprema corte¹³ sembrò orientarsi in senso a favorevole, e la sua manifestazione sarebbe stata ugualmente la riduzione di pena a dibattimento concluso per l'impossibilità di ritornare alla fase di instaurazione del rito abbreviato.

Per converso, più avanti, un altro orientamento ritenne che non era possibile per l'imputato godere di una riduzione di pena qualora non si fosse attivato lo specifico rito a ciò finalizzato, e che quindi il sindacato sul rigetto, operato per la prima volta dal giudice d'appello in sede di rito ordinario, sarebbe stato inammissibile.

Nella complessità di questo quadro, le Sezioni unite hanno intrapreso un'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 438, c.p.p. e ss., alla luce sia della giurisprudenza della Corte costituzionale e soprattutto in rapporto alla disciplina delineata con l'intervento normativo del 1999.

Nel corso del primo decennio di vita dell'istituto, il rito abbreviato fu designato dalla Cassazione come "procedura semplificata a definizione anticipata nell'udienza preliminare", o meglio veniva messo in luce il dogma dell'abbreviato come giudizio a prova contratta. Questo passaggio risultò fondamentale per poter inquadrare gli interventi modificativi ed integrativi operati dalla Consulta, i quali, recepiti anche dal legislatore, rimodellavano l'assetto codicistico volgendosi tanto agli obiettivi di deflazione che a quelli di garanzia processuale.

Per quanto concerne l'integrazione probatoria si è stabilito che l'impulso dell'imputato a richiedere l'abbreviato non può incontrare resistenze circa la sua ammissibilità nel sindacato discrezionale del giudice ed il complesso probatorio risultante agli atti non viene più eretto a criterio circa l'ammissibilità o meno del giudizio abbreviato.

L'imputato ha avuto dunque la possibilità di accedere ugualmente al rito abbreviato, pur non rinunciando al diritto di difesa. Facoltà questa che trova esplicito riferimento nell'art. 438, co. 5, c.p.p., il quale prevede la possibilità di subordinare la propria richiesta ad integrazione probatoria ove necessaria ai fini della decisione. A tal proposito è stato specificato, che l'integrazione probatoria debba avere carattere "addittivo" rispetto alle prove già acquisite. Questo passaggio ha inteso fornire all'imputato la possibilità di completare il quadro probatorio, allargandone l'ambito.

¹³ Cass., Sez I, 12 giugno 2003, Rossi, in *Mass. Uff.*, n. 225986.

La “necessarietà”, secondo la Cassazione, è intesa nella veste funzionale, ossia il contenuto probatorio dell’attivata esplicita dalla parte deve risultare un supporto logico – valutativo dell’accertamento dei fatti oggetto del giudizio. Una valutazione questa, che deve essere condotta in maniera più stringente rispetto ai criteri generali previsti in tema di acquisizione della prova ai sensi dell’art. 190 c.p.p. La necessità, quindi, risulta tale se la prova sollecitata è indispensabile ad una valutazione degli elementi già acquisiti solida e decisiva. Il meccanismo del rito abbreviato “condizionato”, prevede il sindacato del giudice, che può ammettere o rigettare integralmente la richiesta della parte. Non è plausibile, stante alla giurisprudenza della Cassazione¹⁴, un provvedimento d’accoglimento parziale, in quanto si configurerebbe un caso di nullità a regime intermedio, come specificato agli art. 178-180, c.p.p. Il giudice ammettendo il rito abbreviato condizionato, adempie a tutti gli incombeni per l’assunzione delle prove, e motiva in ordine alla sussistenza dei requisiti d’ammissione. Il relativo provvedimento d’accoglimento è irrevocabile, salvi i casi previsti dall’art. 441 c.p.p. La legge prescrive al giudice, in caso di rigetto della richiesta da parte dell’imputato, di motivare le ragioni del suo diniego, che sono essenzialmente riconducibili ai profili della necessità e della compatibilità con le finalità di economia processuale del giudizio. Orbene, a fronte di questi rilievi ci si è chiesti quali rimedi e quali correttivi l’ordinamento apprestasse a favore dell’imputato, dinanzi all’istanza di rigetto della richiesta condizionata ad integrazione probatoria. Con riferimento al precedente panorama normativo delineato dalla Consulta¹⁵, occorre segnalare che veniva previsto il sindacato del rigetto in capo al giudice del dibattimento, che valutata la fondatezza delle motivazioni del G.u.p. in ordine al rifiuto della richiesta di abbreviato, e procedeva alla diminuzione della pena prevista dal rito in sede di condanna. Non così avvenne in seguito alle riforme del rito abbreviato, per cui veniva denunziato dalla giurisprudenza la totale mancanza di rimedi ordinamentali avverso l’ingiusto o l’illegittimo provvedimento negativo circa il profilo di “necessità” della prova ai fini della decisione. Preoccupazioni, che in ottica critica, avevano fondamento d’esistere, data l’idoneità del provvedimento negativo a pregiudicare oltre l’accesso al rito speciale anche l’aspettativa della parte nel vedersi ridotta la pena in caso di condanna.

¹⁴ Cass., Sez. I, 19 marzo 2003, Beneloucif, in *Mass. Uff.*, n. 224378.

¹⁵ Corte cost., 31 gennaio 1992, n. 23, in *Foro it.*, I, 1058.

In seno a queste lacune, successivamente, la pronuncia n. 54 del 2002 della Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 438, co. 6, 458 co. 2 e 464, co. 1, c.p.p., nella parte in cui non prevedevano che in caso di rigetto da parte del G.u.p. o del G.i.p, della richiesta di abbreviato condizionato l'imputato non potesse riproporre la richiesta sino alla dichiarazione di apertura del dibattimento.

La Corte, inoltre, esplicitava la propria linea di pensiero sottolineando che, alla luce delle riforme che hanno interessato il giudizio abbreviato, se la parte riproponesse antecedentemente all'apertura del dibattimento una nuova richiesta, non incontrerebbe ostacolo a che lo stesso giudice del dibattimento ritenute infondate le motivazioni del diniego, provveda a disporre il rito abbreviato condizionato. La nuova valutazione può esser sollecitata solamente dall'imputato. Il giudice del dibattimento investito della questione effettuerà una valutazione incidentale e non contenutistica dell'indagine, e verificata l'effettività di una "necessaria" integrazione probatoria, disporrà il rito alternativo nella fase che introduce il dibattimento.

Infatti, il meccanismo usato dalla Corte, è stato quello di focalizzarsi sulla premessa che l'imputato chiede ai giudici una valutazione oggettiva in merito alla effettiva necessità dell'integrazione probatoria, al fine – e qui sta il punto focale del ragionamento – di consentire non un regresso nelle forme del rito abbreviato, ma di applicare nel corso del giudizio incanalatosi nelle forme del giudizio ordinario, lo sconto di pena previsto dall'art. 442, co. 2, c.p.p.

Questo meccanismo è stato inquadrato alla luce dei principi costituzionali di cui agli art. 3, 24, co. 2, e 25, co. 2, della costituzione. A supporto di questa lettura, il parametro di "oggettiva necessità dell'integrazione probatoria" finalizzata all'accoglimento della richiesta di rito abbreviato "condizionato" si esplica nell'enunciato per cui un erronea valutazione del giudice preliminare, implica una vera e propria compressione del diritto alla difesa costituzionalmente garantito. Nel concreto, il processo verrebbe celebrato secondo lo schema del giudizio ordinario, e dal punto di vista della pena inflitta si assisterebbe alla discrasia derivante dalla mancata applicazione del rito premiale a favore dell'imputato. Ed è proprio questa la soluzione interpretativa accolta dalla giurisprudenza della Cassazione,¹⁶ ed avallata dalle sue sezioni unite.

La chiave fornita dalla Suprema Corte nel sanare il contrasto interpretativo posto, consta dunque nella possibilità per il giudice di applicare in caso di

¹⁶ Cass., Sez I, 08 gennaio 2004, G., in *Guida dir.*, 2005, 10, 89, Id, Sez. VI, 18 marzo 2004, G., in *Mass. Uff.*, n. 228206.

condanna lo sconto di pena previsto dal rito abbreviato, se accerta l'erronea valutazione del G.u.p. o del G.i.p. in punto di necessità ai fini dell'integrazione probatoria.

Semplificando, possiamo affermare che il parametro di oggettiva necessità dell'integrazione probatoria è stato eretto a criterio di "verifica" da parte della Corte costituzionale, poiché le conseguenze negative di un'errata valutazione si riversa sul trattamento penale in caso di condanna dell'imputato, il quale deve possedere una solida piattaforma probatoria sulla quale fondare il processo, senza perciò veder sacrificato il proprio diritto alla difesa, quantunque la prova processuale non scaturisca dal contraddittorio.

Ed a tal proposito, anche la Cassazione¹⁷ ha ribadito la perfetta coerenza di questo giudizio alternativo al dettato dell'art. 111, co. 5, alla luce delle garanzie apprestate dalla stessa legge in termini di valutazione della prova. Inoltre, il *quantum* e la consistenza della integrazione probatoria, ove risultasse rilevante, si traduce sempre in un modello di economia processuale, poiché essa va rapportato non al giudizio basato "sullo stato degli atti" ma al modello del giudizio dibattimentale, nella più ampia garanzia ad un "giusto processo".

4. Il difficile rapporto con la pena dell'ergastolo. *Lex mitior* ed esecuzione della pena.

Tra le anomalie possibili, poi, assume particolare rilievo il rapporto tra il rito abbreviato e la successione delle leggi penali nel tempo in relazione, ancora una volta, al *quantum* di pena comminabile.

Ormai, infatti, sono sempre più numerose le pronunce giurisprudenziali, anche da parte della Corte e.d.u., che riconoscendo la natura sostanziale di norme tradizionalmente considerate processuali sottraggono campo all'applicazione del principio del *tempus regit actum* in favore della disciplina prevista dall'art. 2 c.p.

Questa conclusione, tuttavia, ha incontrato nella propria affermazione non poche vicende tortuose, soprattutto di recente collocazione temporale.

Sentenza maestra, in tal senso, è la pronuncia del 2009 Scoppola c. Italia¹⁸, dove la Corte europea dei diritti dell'uomo ha effettuato un cambio di rotta

¹⁷ In dottrina, NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, 1997, Milano, si è osservato che la concezione del giudizio abbreviato come "rinuncia" alle garanzie del contraddittorio, anziché come "patteggiamento sul rito", riprende un'idea della legge-delega del 1987)

¹⁸ Corte eur., 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia.

rispetto alle proprie precedenti posizioni, facendo leva sull'istituto dell'*overruling*¹⁹ e sul peso dei precedenti a livello giurisprudenziale.

Il testo della Convenzione, all'art. 30, disciplina l'ipotesi in cui la Corte e.d.u. venga chiamata a pronunciarsi su una questione che, per la sua elevata e delicata problematicità, rischia di contrastare sentenze da lei stessa pronunciate anteriormente.

Nel precedente sovranazionale, infatti, a fronte di un ricorso da parte dell'imputato, la Camera ha affidato la questione alla Grande Camera, proprio in considerazione della possibilità che la sentenza si discostasse dai precedenti della Commissione, dove si era negato che l'art. 7, C.e.d.u., contemplasse, implicitamente, il principio della retroattività della legge penale più favorevole.

L'aspetto più innovativo della pronuncia attiene al principio di legalità, di cui all'art. 7 della Convenzione. Per la prima volta nella propria giurisprudenza, la Corte afferma che tale disposizione comprende anche, implicitamente, il principio di retroattività della legge penale più favorevole tra quelle entrate in vigore dal momento del fatto alla pronuncia della sentenza definitiva passata in giudicato.

Nel caso di specie, a fronte della natura sostanziale delle leggi succedutesi nel tempo, l'imputato avrebbe avuto diritto a vedersi applicata la legge n. 479 del 1999, entrata in vigore il 2 gennaio del 2000, che prevedeva trent'anni di reclusione, regime sanzionatorio più mite rispetto a quanto previsto dal d.l. 341/2000.

La pronuncia è rilevante, non solo sotto il profilo del mutamento del quadro normativo interno e della sua corretta applicazione relativamente alla comminazione della pena, ma anche, stante l'autorità di tale giudice, sotto il profilo, più ampio, del rapporto tra diritto interno e diritto europeo, nonché dell'interpretazione (*rectius*, applicazione) del primo alla stregua del secondo. A tal proposito, analizzare la posizione, il ruolo e le conseguenze che porta con sé tale sentenza nel quadro dialettico normativo che si dovrebbe instaurare tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo, costringe ad affrontare prodromici interrogativi.

Tali questioni sono state sollevate a fronte dell'esigenza di stabilire come dover risolvere i casi analoghi o identici al caso Scoppola, mancanti, però, di

¹⁹ Sull'importanza del principio dell'*overruling*, cfr. VIGANÒ, *Figli di un Dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 aprile 2012.

una pronuncia *ad hoc* da parte della Corte di Strasburgo, che potesse rappresentare un “titolo esecutivo europeo” tale da legittimare un intervento sul giudicato interno, in attuazione dell'art. 46, C.e.d.u., che stabilisce un vero e proprio obbligo di conformarsi alle pronunce da questa emanate, a fronte di una accertata violazione.

Occorre, innanzitutto, individuare l'esatta portata della sentenza Scoppola, come momento di enunciazione di principi a carattere generale o semplice valutazione con stretto riferimento al caso concreto. Benché non si possa non considerare l'imprescindibile riferimento alle peculiarità rilevanti che caratterizzano la specifica vicenda (essendo la Corte, come ogni altro giudice, giudice anche del caso concreto) non si può, per questo negare, come tali sentenze possano assurgere a precedenti, o, meglio, a vere e proprie regole di giudizio.

Tale valenza generale si sostanzia nel ruolo interpretativo-sussidiario che la Corte stessa assume e che nello stesso testo della Convenzione, all'art. 32, viene riconosciuto. Un ruolo di interprete ultimo, che rende i giudici nazionali i primi garanti della Convenzione nei singoli ordinamenti interni, aspetto che però viene contraddetto nella pratica, dai numerosi singoli ricorsi, cresciuti vertiginosamente negli ultimi anni e che riduce la Corte stessa a giudice ultimo di ogni singolo caso in cui un soggetto lamenti la violazione dei propri diritti convenzionali, quasi si trattasse di un giudice di quarta istanza.²⁰

Questa premessa sistematica assume importanza al fine di comprendere la misura in cui incide la pronuncia Scoppola e l'estensione dei suoi principi nei confronti dei casi analoghi, sprovvisti di un ricorso *ex art. 34*, C.e.d.u.

La Corte di Cassazione²¹, a tal proposito, ha recentemente escluso che i rimedi giurisprudenziali riconosciuti possano trovare applicazione contro quelle sentenza di condanna che non abbiano primariamente ottenuto una pronuncia favorevole da parte della Corte Europea.

Non bisogna, però, perdere di vista l'obiettivo da raggiungere o il punto nevralgico della questione: quali sono i rimedi d'intervento sul giudicato per cessare l'esecuzione di una pena illegittima e porre fine alla violazione?

Finora, a livello giurisprudenziale (ordinario e costituzionale) sono stati elaborati dei rimedi che riguardavano tutti casi in cui (e il ricorso Scoppola era fra questi) il condannato avesse ottenuto una pronuncia favorevole dalla

²⁰ VIGANÒ, *Figli di un Dio minore?*, cit., 9.

²¹ Cass., Sez. I, 18 gennaio 2011, Raffaelli, in *Mass. Uff.*, 249328, con nota adesiva di GIALUZ, *Esclusa la riapertura del processo*, in www.penalecontemporaneo.it.

Corte di Strasburgo in cui si accertava violazione e si ordinava allo Stato italiano soccombente di porre rimedio alla violazione.

Tale argomentazione, però, viene meno per numerosi casi analoghi, tra i quali la pronuncia della Corte d'assise d'appello di Caltanissetta²², all'attenzione della Corte di cassazione, a sezioni unite, dove i condannati, non avendo proposto entro i termini utili ricorso a Strasburgo non hanno ottenuto un titolo esecutivo idoneo a scardinare il giudicato.

Come trattare allora questi condannati che, in quanto “figli minori” di Scoppola²³, rischierebbero di essere inevitabilmente discriminati? Possibile che con questo ragionamento si legittimi una violazione della parità di trattamento tra condannati che, benché versino in situazioni identiche, possono beneficiare o meno della prontezza del proprio difensore nell'adire la Corte di Strasburgo in modo assolutamente contingente?

Il risultato sarebbe un'indiretta legittimazione dell'esecuzione di una pena illegittima, sulla quale sarebbe impossibile intervenire in mancanza di un accertamento della violazione a livello sovranazionale.

Possibile che, in nome della certezza dei rapporti giuridici, si faccia prevalere la definitività del giudicato sulla ineseguitibilità di una pena modulata su un processo che violi diritti convenzionali?

A tutte queste critiche e perplessità si è cercato di ovviare presentando una serie di rimedi, così da legittimare un intervento risolutivo della violazione.²⁴

Una prima soluzione presuppone la sussistenza della pronuncia della Corte di Cassazione che rigetti inevitabilmente i ricorsi proposti, da un lato, sulla base dell'ineludibilità del giudicato e, dall'altro, per l'assenza di una pronuncia favorevole della Corte di Strasburgo,.

Sarebbe, così, la pronuncia dei giudici supremi l'ultima decisione definitiva come rimedio interno esperito, dalla quale far decorrere i sei mesi necessari entro cui ricorrere alla Corte di Strasburgo. E ovviamente, in questo caso, l'argomento a giustificazione di un così tardivo ricorso sarebbe la nuova posizione della Corte europea che, offrendo una nuova lettura dell'implicita retroattività della *lex mitior* ai sensi dell'art 7, della Convenzione, avrebbe concesso di utilizzare i principi della “Scoppola”, benché la sentenza di condanna illegittima sia passata in giudicato.

²²Corte d'assise d'appello di Caltanissetta, Sez I, ord. 18 novembre 2011, Cavallo.

²³ Così VIGANÒ, *Figli di un Dio minore?*, cit.

²⁴ Numerosi rimedi innovativi sono osservati e presentati da VIGANÒ, *Figli di un Dio minore?*, cit.

Una seconda soluzione farebbe leva sulla inapplicabilità di una norma penale sostanziale tale da che travolgere il giudicato.

Il cedimento di questo fonderebbe su una lettura ampia dell'art 673 c.p.p. (letteralmente una revoca di una sentenza di condanna a fronte dell'abrogazione o della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma incriminatrice). Paradigmatica è la pronuncia giurisprudenziale El Dridi²⁵ della Corte di Giustizia, dove si dichiara inapplicabile una norma, sulla base del quale è stata modellata una sentenza di condanna, perché contrastante con norme di rango superiore alla legge penale. Nell'occasione la Corte di Cassazione ammise la revoca di sentenze strutturate su norme dichiarate inapplicabili, partendo dalla presupposta equiparazione tra illegittimità costituzionale della norma incriminatrice e inapplicabilità della norma dichiarata dalla Corte di Giustizia, giustificando, in entrambi i casi, una lettura estensiva della disposizione andando oltre il dato letterale dell'art. 673 c.p.p.²⁶

Questo discorso vale per quanto riguarda il rapporto della legge penale con il diritto europeo, e il riconoscimento da parte della Corte di Giustizia, dell'inapplicabilità della prima contrastante con il secondo, che permette di trovare un rimedio ancorato ad un dato normativo interno al codice di rito.

Ma calandoci in una situazione di rapporto tra legge penale e diritto della Convenzione europea, come nel caso Ercolano²⁷, avremo una lesione dei diritti fondamentali, risultato dell'esecuzione del giudicato, comportando in capo allo Stato italiano un dovere di rimuovere tale violazione alla stregua dei principi presenti nella sentenza Scoppola.

Si ritorna quindi alla necessità di superare il giudicato, al fine di non legittimare indirettamente una situazione lesiva dei diritti convenzionali, in esecuzione di una sentenza di condanna illegittima. Benché finora la Cassazione sia intervenuta nella rideterminazione della pena a seguito della sussistenza di una sentenza favorevole della Corte di Strasburgo che, come titolo esecutivo, legittimava un intervento *in executivis*, questa necessità di intervento sul giudicato ha profondamente spaccato le posizioni dei possibili rimedi adottabili. I molti percorsi, diversamente intrapresi dalla Corte di Cassazione in sede di decisione, ne sono un esempio.

È allora possibile tracciare due posizioni principali nel *modus resolvendi* di questa fenomenologia.

²⁵ Corte di Giustizia, 28 aprile 2011, El Dridi.

²⁶ VIGANÒ, *Figli di un Dio minore?*, cit., 16-18.

²⁷ Cass., Sez. un., 10 settembre 2012, Ercolano, in *Mass. Uff.*, n. 25933.

Una prima posizione ha come obiettivo il soddisfacimento del diritto ad un equo processo nel rispetto dei diritti convenzionali (in tema di rispetto delle regole del rito abbreviato, senza cambiamenti peggiorativi in corsa), attraverso il ripristino della situazione lesiva, con l'applicazione della *lex mitior*, coniugata con un'economia processuale e con un alleggerimento del sistema, evitando quindi onerosi ricorsi interni che porterebbero alla creazione di un *monstrum* processuale.

Al fine, quindi, di accontentare, dal punto di vista sanzionatorio, coloro che hanno vissuto vicende processuali analoghe al caso Scoppola (che si sono trovati condannati ad un ergastolo semplice, in luogo dei trent'anni, inizialmente prospettati al momento della scelta del rito), bisogna, secondo tale tesi, porre l'accento sulla portata generale degli obblighi, discendenti sullo Stato soccombente, da una pronuncia che ne accerti la responsabilità per una singola violazione. Questo sarà possibile, attraverso un'interpretazione estremamente estensiva dell'art. 46, C.e.d.u., così come operata dalla Corte europea stessa nel caso Broniowski c. Polonia.²⁸ In tale occasione, infatti, la Corte ha affermato il proprio potere di stabilire delle misure generali a carico dello Stato resistente, per introdurre, nell'ordinamento nazionale, misure idonee ad evitare il ripetersi della violazione accertata, nei confronti, quindi della generalità di coloro che si trovino nella medesima situazione del ricorrente; posizione questa ribadita appositamente nella sentenza Scoppola. - In questo modo, gli effetti delle violazioni dei diritti convenzionali devono essere eliminati anche nei confronti di coloro che non abbiano ricorso a Strasburgo ma si trovino in una situazione analoga a quella vissuta da altro ricorrente. Così non ci sarebbero “figli di un dio minore” e questo ripristino di eventuali disparità nel trattamento sanzionatorio avverrebbe senza un appesantimento della macchina processuale²⁹. Sulla base di tale assunzione sarebbe quindi possibile sostituire *in executivis*, in luogo dell'ergastolo la pena di trent'anni per coloro che, condannati in maniera perpetua, si trovino nella stessa situazione?³⁰ La pronuncia Scoppola, in quanto esempio di *overruling*, assume una posizione fondamentale per orientare le pronunce dei giudici

²⁸ Corte eur., Grande Camera, 22 giugno 2004, Broniowski c. Polonia.

²⁹ Così VIGANÒ, *Figli di un Dio minore?*, cit., 24; FONSECA, *Giudizio abbreviato e successione di leggi nel tempo verso nuovi equilibri in executivis*, in *Arch. pen.*, 2012, 714; GALLUZZO, *Retroattività dell'art 442 c.p.p.: agli sgoccioli l'era del tempus regit actum?*, in *Arch. pen.*, 2011, 255 ss.

³⁰ ROMEO, *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore*, in www.penalecontemporaneo.it, 1 ss.

nazionali, chiamati a interpretare il diritto interno in maniera conforme agli standard convenzionali. I giudici interni, infatti, devono rispettare la norma vincolante per tutti gli Stati che hanno aderito alla Convenzione europea.³¹ Tutte le persone che si ritrovano in una situazione identica al ricorrente del caso del 2009, stanno subendo la medesima violazione degli stessi diritti fondamentali, e reclamano un'equivalente tutela giurisdizionale.³² In nome di una giustizia materiale, questo ha comportato sul piano processuale, l'adozione di uno strumento idoneo a porre rimedio alla violazione in atto, ricorrendo all'applicazione in via analogica dell'art 671 c.p.p.: l'incidente di esecuzione per rideterminare la pena nella misura legittima dei trent'anni di reclusione³³.

Il dibattito si è riaperto, ma già era presente una posizione contrastante a tale tesi, con la sentenza Ercolano, soprattutto per quanto riguarda la scelta del percorso risolutivo che la Cassazione a sezioni unite ha deciso di intraprendere, trasferendo la questione di fronte al giudice di legittimità.

Al fine di compiere una lettura consapevole delle recenti sentenze e delle nuove modalità di risoluzione assunte dalla giurisprudenza della Cassazione, non bisogna esimersi dall'analisi di un'altra tesi, che vede un'idonea eliminazione della situazione lesiva attraverso la decisione della Corte Costituzionale.

A tal proposito è interessante vedere lo stravolgimento del quadro, così come definito nel 2009, dalla pronuncia della Corte Costituzionale, con la sentenza n. 113 del 2011³⁴.

Per la Corte costituzionale, non essendo sufficiente il sistema ermeneutico assunto dalla Corte di Cassazione per sanare la lesione dei diritti convenzionali, superando le preclusioni del giudicato, sussisteva un vero e proprio *vulnus* costituzionale dei diritti fondamentali, non sanabile in via interpretativa.

Da parte del giudice di legittimità, in tale occasione, venne dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 630, c.p.p., nella parte in cui, tra i casi di revisione enunciati nel codice, non veniva annoverata un'ulteriore ipotesi: la

³¹ Così GAMBARDELLA, *Overruling favorevole della Corte Europea e revoca del giudicato di condanna*, in Cass. pen., 2012, 3989, mutuando quanto sostenuto da VIGANÒ, *Figli di un Dio minore?*, cit., 9.

³² VIGANÒ, *Giudicato penale e tutela diritti fondamentali*, in www.penalecontemporaneo.it, 4.

³³ VIGANÒ, *Figli di un Dio minore?*, cit., 23 e ss; GAITO, SANTORIELLO, *Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 1201.

³⁴ Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113, in www.cortecostituzionale.it.

riapertura del processo, quando questa risultasse necessaria nei casi in cui ci si dovesse conformare ad una sentenza definitiva della Corte europea.

Tale ipotesi addizionata, prospettata dalla Corte, assorbe anche il caso di riapertura, dettata al fine di conformarsi ad una sentenza che accerti violazioni non meramente processuali ma anche sostanziali (quindi non solo *ex art. 6*, C.e.d.u., in materia di giusto processo, ma anche *ex art. 7*, C.e.d.u., in materia di principio di legalità).³⁵

Molti sono stati i dubbi e le perplessità alla luce della scelta di rimedio, da parte della Corte di Cassazione nel caso Ercolano³⁶.

I fautori della prima tesi, non a caso avvocati e operatori del diritto, vedevano in tale percorso un'onerosità ingiustificata della macchina processuale, soprattutto alla luce dell'ottenimento del medesimo risultato raggiunto percorrendo la più agevole e lineare via ermeneutico-interpretativa.

È condivisibile la lettura, compiuta da alcuni commentatori³⁷, secondo la quale nella possibilità di ricorrere all'aspetto interpretativo il ricorso così compiuto sembrerebbe un lascito di responsabilità. Ciò si avverte maggiormente nel momento in cui il giudice *a quo* è proprio la Cassazione nella sua massima composizione, perdendo così un'occasione fondamentale per assolvere alla propria funzione nomofilattica e offrire direttive vincolanti per i singoli giudici.

La contraddittorietà dei giudici, palese nel testo della sentenza Ercolano, rende difficile orientarsi nella comprensione dei motivi che li hanno condotti a sollevare la questione di legittimità costituzionale. Se, infatti, nella prima parte dell'ordinanza, i giudici sembrano lasciar spazio alla soluzione, poc'anzi illustrata, di intervento diretto del giudice ordinario per la rimozione della violazione del diritto fondamentale, nella seconda parte del provvedimento escludono tale possibilità, precludendola per coloro che si trovano privi di pronuncia favorevole da parte della Corte di Strasburgo. Nello stesso testo viene affermato che non può essere la sentenza della Corte europea a permettere – immediatamente e direttamente – *in executivis*, il superamento del giudicato di condanna attraverso una rimodulazione della pena

³⁵ GAMBARDELLA, *Overruling favorevole della Corte Europea e revoca del giudicato di condanna*, cit., 3986.

³⁶ Cass., Sez. un., 10 settembre 2012, Ercolano, cit.

³⁷ GAITO, SANTORIELLO, *Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile*, cit., 1201.

inizialmente inflitta. Dovranno essere i giudici di legittimità ad indicare la strada da intraprendere.³⁸

Cercando, tuttavia, di capire le ragioni sottese alla scelta della Cassazione potremmo ravvisare alla base una pluralità di volontà.

In primis, l'epidermico e intuitivo obiettivo di redimere, in maniera definitiva, qualsiasi tipo di futura controversia e dubbio riguardante l'applicazione del d.l. n. 341 del 2000, in quanto previsione sanzionatoria *in peius*.

Merita di essere ricordata, a tal proposito, la critica sollevata da parte della dottrina³⁹ che ravviserebbe, nel caso Ercolano, un'illegittimità, non a fronte del parametro costituzionale *ex art. 117*, ma *ex art. 25 Cost.* (principio irretroattività legge penale sfavorevole) a fronte del diverso assunto della Cassazione nel caso di specie, che attribuirebbe efficacia retroattiva alla legge d'interpretazione autentica, negando la ricorrenza del presupposto per l'operatività del fenomeno della legge intermedia favorevole. Tale assunto esclude *ab origine* l'applicazione della *lex mitior*, non operando il fenomeno della successione delle leggi nel tempo, e per questo, quindi, il d.l. n. 341 del 2000 dovrebbe essere dichiarato incostituzionale ai sensi dell'art 25 Cost., in quanto norma di interpretazione autentica retroattiva, tale da rendere la violazione un'applicazione in *malam partem* ai casi antecedenti alla sua entrata in vigore, disciplinati in precedenza in maniera favorevole. Solo così indirettamente si verificherebbe una violazione del principio della *lex mitior*⁴⁰. Un'ulteriore soluzione, considerata anche la giurisprudenza costituzionale⁴¹, potrebbe essere l'ottenimento di un'auspicabile sentenza additiva di principio che, in tale situazione, opererebbe nei confronti dell'art 673 c.p.p.⁴².

Con una sentenza di tale genere, si potrebbe sanare la lacuna legislativa che limita i casi di revoca della sentenza, da parte del giudice di esecuzione, alla sussistenza di una dichiarazione d'illegittimità costituzionale e abrogazione della sola norma incriminatrice, non disciplinando l'ipotesi in cui tali casi possano riguardare norma sul trattamento sanzionatorio (come nel caso in esame).

³⁸ GAMBARDELLA, *Overruling favorevole della Corte Europea e revoca del giudicato di condanna*, cit., 3989.

³⁹ GAMBARDELLA, *Overruling favorevole della Corte Europea e revoca del giudicato di condanna*, cit., 3993 e ss.

⁴⁰ GAMBARDELLA, *Overruling favorevole della Corte Europea e revoca del giudicato di condanna*, cit., 3993 e ss.

⁴¹ Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113, cit.

⁴² Così GIALUZ, *Una sentenza additiva d'istituto*, in www.penalecontemporaneo.it.

Tale speranza troverebbe terreno fertile anche a seguito dell'ampia lettura che la Corte di Cassazione ha compiuto dell'art. 673 c.p.p., benché nelle sue precedenti pronunce si sia limitata al piano comunitario, ammettendo la revoca di una sentenza strutturata su una norma dichiarata inapplicabile dalla Corte di Giustizia (quindi limitatamente al caso della legge penale contrastante con diritto dell'UE), attraverso la presupposta equiparazione tra dichiarazione di illegittimità costituzionale e inapplicabilità.

Deve essere, quindi, disattesa l'utilizzabilità, al fine di ottenere un'eliminazione della lesione del diritto fondamentale convenzionale, dell'art. 30, co. 4, della legge n. 87 del 1953, così come sostenuto dai giudici di Cassazione⁴³, poiché il presupposto richiesto da tale disposizione, al fine di pervenire alla revoca della sentenza, è l'annullamento costituzionale della norma incriminatrice in senso stretto, e non anche gli aspetti concernenti il mero trattamento sanzionatorio.

Si avvalora, quindi, ulteriormente l'auspicio ad ottenere o una sentenza additiva o una modifica legislativa. Bisognerebbe, a parere di chi scrive, rimanere comunque sul piano giuridico-processuale, per operare qualsiasi tipo di intervento di rideterminazione della pena illegittima e non spostarsi sul piano politico con il ricorso allo strumento della grazia da parte del Capo dello Stato, come da alcuni ipotizzato⁴⁴.

5. Unitarietà del fatto e pluralità dei riti: divergenza tra gli esiti.

«Nel caso di concorso di persone nel reato assume rilievo caratteristico la unitarietà del “fatto collettivo” e cioè la circostanza che le condotte dei concorrenti risultino prive di autonomia perché aventi ad oggetto gli obiettivi comuni perseguiti, in varia e diversa misura dagli imputati»⁴⁵.

Tali condotte, ai fini del giudizio di responsabilità, debbono essere autonomamente valutate, sia sotto il profilo materiale che sotto quello processuale; sicché detta autonoma valutazione può sfociare in un accertamento di responsabilità per un concorrente e non per l'altro.⁴⁶

⁴³ Cass., Sez. un., 10 settembre 2012, Ercolano, cit.

⁴⁴ GAMBARDELLA, *Overruling favorevole della Corte Europea e revoca del giudicato di condanna*, cit., 4000

⁴⁵ Cass., Sez. IV, 13 novembre 1985, Di Giovine e altro, in *Cass. pen.*, 1987, 541.

⁴⁶ D. POTETTI, *Principi fondamentali elaborati dalla Corte costituzionale in tema di art. 34 c.p.p. in particolare: Incompatibilità del giudice e concorso di persone nel reato.*, in *Cass. pen.*, 1997, 943.

Se tale affermazione ha forte rilevanza giurisprudenziale nell'inquadramento della fattispecie del concorso di persone nel reato con il fine di evidenziare l'omogeneità delle condotte, la possibilità prevista nel nostro ordinamento, di poter scegliere in modo autonomo rispetto ai concorrenti riti alternativi rende necessario un approfondimento sulla divergenza tra gli esiti processuali di coloro che richiedono il giudizio abbreviato rispetto ai concorrenti che scelgono di procedere al dibattimento.

La discrasia tra gli esiti dei due filoni processuali, abbreviato ed ordinario, si rileva sotto due profili fondamentali: uno di diritto sostanziale ed uno di diritto processuale.

Ciò che orienta favorevolmente la scelta da parte dell'imputato verso la scelta del rito abbreviato è sicuramente la sussistenza di una serie di incentivi premiali quali, innanzi tutto, la diminuzione di un terzo della pena in caso di condanna.

Importante sottolineare che quella effettuata dal giudice non è una "riduzione processuale" della pena, frutto di un estimo inerente alla personalità del soggetto imputato o legata ad una valutazione qualitativa dei reati, ma un procedimento privo di ogni discrezionalità consistente in una contrazione della pena fissa e predeterminata.

Rispetto al metodo di valutazione e calcolo della riduzione della pena, nel giudizio abbreviato l'art. 442, co. 2, c.p.p., esplicita la *voluntas* del legislatore di «applicare dapprima le disposizioni sul concorso e solo successivamente, sulla pena così risultante, andrebbe operata la diminuzione per la scelta del rito»⁴⁷. Il legislatore, pur rispettando il principio del "cumulo materiale", in tal modo non considera la pena come una mera somma algebrica delle pene applicate per ciascun reato a cui, a seconda della scelta del rito, applicare delle detrazioni.

E' indubbio che il limite dei trent'anni di reclusione operi in modo omogeneo, quale che sia l'eccedenza della pena detentiva.

Tali considerazioni conducono verso un'interpretazione della riduzione della pena come preventiva, nell'ambito del rito abbreviato, rispetto alla determinazione del trattamento sanzionatorio da effettuarsi nei limiti imposti dalla legge come conciliativi del principio del cumulo materiale delle pene e in osservanza del limite massimo dei trent'anni di reclusione.

⁴⁷ Relazione ministeriale 17.07.2000, accompagnatoria del d.d.l. n. 4737

Per chiarire quali sono le discrasie emergenti dalla scelta del rito in casi di concorso di persone dal punto di vista del diritto sostanziale, fruttuosa è l'analisi di una fattispecie concreta verificatasi nella nostra cronaca giudiziaria. Il riferimento è al caso delle attività criminose della setta denominata "Bestie di Satana". Punto focale della vicenda processuale, segnata dalla estrosa efferatezza dei delitti, fu la formazione, a seguito della scelta di due dei concorrenti di procedere con il rito abbreviato rispetto agli altri imputati, di due processi paralleli che determinò un esito differenziato sul piano sanzionatorio.

Infatti, se da un lato il cumulo materiale della pena è giunto fino all'assegnazione di due ergastoli come pena per uno dei concorrenti⁴⁸, dall'altro proprio la scelta del rito abbreviato ha permesso l'effettiva incidenza sulla determinazione complessiva del trattamento sanzionatorio, giacché diretta a temperare il cumulo materiale delle pene per il concorso di reati e per la continuazione⁴⁹, facendo evitare una pena di tale portata al concorrente riducendola in definitiva a venti anni⁵⁰.

In conclusione, dal punto di vista del diritto sostanziale, la scelta di questo rito speciale favorisce l'imputato concorrente che, alla luce del quadro accusatorio o in seguito alla scelta di collaborare con la giustizia, va incontro ad una sicura sentenza di condanna.

Un certo scetticismo invece non ha nascosto parte della dottrina⁵¹, dal punto di vista processuale, sulla stabilità del "giusto processo" alla luce della coesistenza di una pluralità di riti accusatori di diversa *species* per un unico fatto di reato.

Perplessità che nascono alla luce di avvenimenti giudiziari che, a seguito della genesi di due o più vene processuali, possa determinare uno sviamento dell'attività di accertamento atta alla ricerca della verità processuale. E questo perché i vari strumenti di accertamento in possesso del giudice non conducono ad una soluzione universalmente congruente.

L'apparato probatorio appare scevro, nel rito abbreviato, di concatenazione sillogistica rispetto all'impianto accusatorio che si sviluppa nel rito ordinario e

⁴⁸ Cass., Sez. I, 5 agosto 2008, Sapone e altri, in *Cass. pen.*, 2010, 3285.

⁴⁹ Cass., Sez. I, 16 marzo 2005, P.M. in proc. Coraci, in *Mass. Uff.*, n. 231580.

⁵⁰ Cass., Sez. un., 25 ottobre 2007, Volpe e altri, in *Rass. Giust. Milit.*, 2008, 4-5-6.

⁵¹ G.L. VERRINA, *La sentenza di assoluzione in appello. Ragioni epistemologiche e profili processuali*, in *L'assassinio di Meredith Kercher anatomia del processo di Perugia*, a cura di Montagna M., 2012, 389-411.

lo stesso nesso causale risulta frequentemente mutilo di molti collegamenti fattuali che sarebbero prodotti solo a seguito del contraddittorio.

Con riguardo alla eterogeneità processuale dei riti ivi descritti, non può che dedicarsi all'utilizzo delle rispettive sentenze come materiale probatorio *ex art. 238-bis*, c.p.p. La norma, pur rispettando la *ratio* posta alla base della propria elaborazione⁵², crea delle perplessità in sede di applicazione.

Un riferimento giurisprudenziale non può che essere perspicuo di tali problematiche.

L'acquisizione nel giudizio d'appello a carico di Raffaele Sollecito e Amanda Knox della sentenza di condanna nei confronti di Rudy Guede, dimostra come gli imputati soprannominati si siano ritrovati privi di strumenti per "confutare" la portata della decisione irrevocabile di condanna per concorso di reato, che ha finito per incidere pesantemente sulla loro posizione giudiziaria.

I concorrenti, nel rito ordinario, subiscono non solo la "prova" formatasi in un altro procedimento ma anche il mancato rispetto del fondamentale principio secondo cui la prova deve sempre formarsi davanti al giudice che in seguito sarà chiamato a valutarla oralmente, nel rispetto del principio di immediatezza della deliberazione.

Dunque, ponendo in risalto la scelta fortemente antitetica di Sollecito e della Knox, in ambito processuale, rispetto a quella del Guede, l'acquisizione di tale sentenza di condanna procura un danneggiamento del diritto di difesa dei primi due imputati che, non avendo richiesto riti alternativi, avevano chiaramente manifestato la volontà di affrontare il dibattimento con la conseguente pienezza del contraddittorio.

Se, infatti, il fine di quest'ultimo fosse l'accertamento della verità, e l'unico mezzo per raggiungerla fosse proprio il contraddittorio nella formazione della prova, «allora il contraddittorio dovrebbe essere irrinunciabile: invece, l'imputato può rinunciarvi»⁵³.

6. Possibilità di aderire al giudizio abbreviato nel corso del dibattimento.

Electa una via non datur recursus ad alteram. Lapidario, il brocardo latino ci mette di fronte all'irretrattabilità di una qualsiasi decisione, che sia presa dopo una approfondita analisi della propria posizione.

⁵² Cfr. l'art. 3, d.l. n. 306 del 1992, conv. nella legge n. 356 del 1992, elaborata negli anni della c.d. "legislazione dell'emergenza".

⁵³ IACOVELLO, *Giusto processo? Alcune domande...*, in *Cass. pen.*, 2003, 1460. In senso analogo MARAFIOTI, *Prova «negoziata» e contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2002, 2933.

In particolare, quando si sceglie della propria libertà, del proprio futuro, è più stringente l'esigenza di avere un quadro chiaro e definito degli elementi e dei presupposti sulla base dei quali la scelta deve essere orientata, onde ridurre al minimo il rischio di ricevere imprevedibili sorprese.

Nell'ambito del processo penale il rito abbreviato è una scelta, una vera *electio*, non di trascurabile conto viste le conseguenze in termini di forbice edittale della pena, a fronte della decisione anticipata della regiudicanda, che essa comporta per l'imputato: come ogni scelta implica un esame libero e meditato dei fatti e "delle carte", sulla (quasi esclusiva) base delle quali si perverrà ad una decisione sul futuro/libertà di una persona⁵⁴.

Normalmente, si evince dal testo del codice, la scelta del rito abbreviato si concreta nella relativa domanda, proponibile dall'imputato fino a quando non siano formulate le conclusioni nell'udienza preliminare (art. 438, co. 2, c.p.p.); oppure con termini diversi in caso di trasformazione dei riti e per il procedimento davanti al Tribunale in composizione monocratica (artt. 452, comma 2, 458, comma 2, 464, comma 1 c.p.p.).

L'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale, tuttavia, ha reso possibile che la scelta del rito abbreviato possa essere rimandata, o meglio "innestata", durante il dibattimento, di fronte a nuove contestazioni: all'emergere, *in limine litis*, di una "sorpresa processuale", quale potremmo fantasiosamente (ma non troppo, e di seguito il perché) definire una modifica dell'imputazione intervenuta in corso di dibattimento, l'imputato nel corso degli anni si è riappropriato un suo vero e proprio diritto⁵⁵, limitatamente all'addebito aggiuntivo⁵⁶.

Si è partiti, nel silenzio del codice, dalla totale preclusione della facoltà dell'imputato di chiedere riti alternativi una volta imboccata la via del dibattimento, a fronte della prassi dell'emendabilità dell'imputazione fino alla fase istruttoria⁵⁷.

⁵⁴ A maggior ragione essendo una scelta difensiva deliberata unilateralmente dall'imputato - non è più, dopo la novella del 1999, previsto consenso del pubblico ministero.

⁵⁵ In tal senso, in dottrina, v. ZACCHÈ, *Il giudizio abbreviato*, 2004, Milano, 33; ma anche, in giurisprudenza, Cass., Sez. un., 27 ottobre 2004, Wajib, cit.

⁵⁶ Cfr. Corte Cost., 14 dicembre 2009, n. 333, Considerato in diritto, §2, in www.cortecostituzionale.it.

⁵⁷ Come è logico «in un sistema nel quale la prova si forma ordinariamente in dibattimento [...] per conferire un ragionevole grado di flessibilità all'imputazione, consentendone l'adattamento agli sviluppi e agli esiti dell'istruzione dibattimentale», così Corte cost., 14 dicembre 2009, n. 303, Ritenuto in fatto, § 3.1, cit.; «la prassi - consentita da un radicato orientamento della Cassazione a Sezioni unite - di concedere al pubblico ministero di

Fino al 1994, infatti, la modifica dell'imputazione, così come la contestazione suppletiva del reato concorrente, sono considerate dalla Corte Costituzionale «eventualità non infrequenti [...] e non imprevedibili, dato lo stretto rapporto tra imputazione originaria e reato connesso»; secondo questa interpretazione resta, così, del tutto a carico dell'imputato «il rischio [che] rientra naturalmente nel calcolo in base al quale... [egli] si determina o meno a chiedere tale rito [speciale] onde egli non ha che da addebitare a se medesimo le conseguenze della propria scelta»⁵⁸. Il criterio della «prevedibilità dell'evoluzione dell'imputazione» implica pertanto che l'imputato, essendo a conoscenza della sua colpa, possa ragionevolmente prevedere in quale direzione si evolverà il quadro probatorio (e di conseguenza quello accusatorio) e che quindi, non scegliendo il rito alternativo, accetti tacitamente che gli eventi processuali lo travolgano senza sorprenderlo⁵⁹. Questa prospettiva si rende lesiva di almeno due principi costituzionali: in primo luogo dell'art. 24, co. 2, in tema di diritto di difesa in ogni stato e grado del giudizio; in secondo luogo, dell'art. 27, co. 2, il quale evoca, in un sistema di stampo accusatorio, un imputato non colpevole dei fatti contestatigli fino alla sentenza definitiva⁶⁰.

Nel 1994, con una pronuncia della Suprema corte in tema di patteggiamento, si giunge ad una prima distinzione nell'ambito delle contestazioni dibattimentali tardive, stabilendo che per quelle che «pongono rimedio a errori o incompletezze nella formulazione originaria dell'imputazione [...], concretanti una anomalia caratterizzante la condotta processuale del pubblico

modificare le accuse *in limine litis*, prima dell'avvio dell'istruzione dibattimentale, contrariamente a ciò che prescriverebbe la lettera degli artt. 516 e 517 c.p.p. [...] risulta diritto vivente consolidato», CAIANIELLO, *Giudizio abbreviato a seguito di nuove contestazioni. Il prevalere delle tutele difensive sulle logiche negoziali*, in *Giur. cost.*, 2009, 4957.

⁵⁸ Così Corte cost., 11 maggio 1992, n. 316, in www.cortecostituzionale.it.

⁵⁹ «La difesa avrebbe dovuto essere consapevole del fatto che in giudizio l'accusa può essere modificata: inutile dunque dolersi per il mutare degli addebiti. Se avesse voluto promuovere un rito alternativo lo avrebbe dovuto fare nei tempi previsti dal sistema. Scegliendo di andare avanti con il rito ordinario, avrebbe in qualche maniera accettato il rischio che gli addebiti potessero mutare tenore. Se *ex post* nutrisse dei rimpianti, *imputaret sibi*», CAIANIELLO, *Giudizio abbreviato a seguito di nuove contestazioni*, cit.

⁶⁰ «Che l'imputato sia capace di prevedere i possibili aggiornamenti dell'addebito derivanti dalle risultanze dell'istruzione dibattimentale è assunto consono ad atmosfere di stampo inquisitorio, ove egli è trattato come il solo depositario della verità circa la ricostruzione fattuale», così F. CASSIBBA, *Vacilla il criterio della prevedibilità delle nuove contestazioni dibattimentali*, in www.penalecontemporaneo.it.

ministero»⁶¹, poi definite «evenienze patologiche del procedimento»⁶², qualora implicanti una variazione sostanziale dell'imputazione, l'accesso al rito speciale non possa più essere precluso. Questo orientamento della Corte costituzionale, tuttavia, non si estende al rito abbreviato, «vera e propria procedura inconciliabile con quella dibattimentale»⁶³; la Corte, nel testo della sentenza in questione, esorta pertanto il legislatore ad intervenire nel senso di un'armonizzazione del rito speciale e del dibattimento, per scongiurare l'evenienza di una perdita incolpevole della facoltà di accedere al rito alternativo per le nuove contestazioni emerse a carico dell'imputato. Anche la dottrina⁶⁴, del resto, qualifica come una lacuna irragionevole il fatto che l'imputato non possa essere restituito nei termini per scegliere il rito abbreviato, mentre per il patteggiamento questo diviene ora possibile.

Si profila così una definizione di “evenienze patologiche” che sopravvivrà ancora fino al 2009⁶⁵, anno in cui si amplierà, attraverso una decisione della Suprema corte⁶⁶, di un'ulteriore fattispecie: quella delle “contestazioni suppletive tardive”, ossia riguardanti fatti o circostanze aggravanti completamente accertati sin dalla fase delle indagini preliminari, ma addebitati solo in dibattimento⁶⁷.

La scelta del rito abbreviato, dal 2009, diviene possibile, nella fase dibattimentale, a fronte di modifiche dell'imputazione derivanti, in primo

⁶¹ Così Corte cost., 30 giugno 1994, n. 265, in www.cortecostituzionale.it. Con questa decisione, la Corte costituzionale fonda la restituzione all'imputato nei termini per chiedere il patteggiamento nella negligenza del pubblico ministero nella formulazione lacunosa dell'accusa.

⁶² Corte cost., 30 giugno 1994, n. 265, cit.

⁶³ Corte cost., 30 giugno 1994, n. 265, cit.

⁶⁴ Cfr., a tal proposito, RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, 1996, Milano, 197-210; RETICO, *Contestazioni suppletive e limiti cronologici per il patteggiamento*, in *Giur. Cost.*, 1994, 2169.

⁶⁵ Dopo l'intervento della legge n. 479 del 1999 che, avendo previsto la possibilità di integrazione probatoria da parte del giudice e dell'imputato nell'ambito del rito abbreviato, lo ha svincolato dal presupposto di definire il processo allo stato degli atti e ne ha permesso l'innesto nella fase dibattimentale.

⁶⁶ Corte cost., 14 dicembre 2009, n. 333, cit.

⁶⁷ Corte cost., 14 dicembre 2009, n. 333, Dispositivo, cit., «dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente (e al fatto diverso) contestato in dibattimento, quando la nuova contestazione concerne un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento di esercizio dell'azione penale».

luogo, da evenienze patologiche del procedimento causate dalla condotta anomala del pubblico ministero, ovvero, in secondo luogo, conseguenti a rivalutazione di elementi già presenti negli atti al momento della conclusione delle indagini preliminari; non invece [ancora] per modifiche dell'imputazione determinate da «novità probatorie emerse ex abrupto nel corso dell'istruzione dibattimentale»⁶⁸.

Un intervento, quello del 2009, che risponde senz'altro a esigenze di equità nei confronti dell'imputato, anche se la presa di posizione della Corte non è ancora abbastanza radicale da giungere ad ammettere la proponibilità del rito abbreviato, a fronte della modifica dell'imputazione, «sempre e comunque», come sollecitato dalla dottrina⁶⁹. Infatti, anche a voler accettare il criterio della prevedibilità, per giustificare la compressione del diritto di difesa conseguente la preclusione della richiesta di rito alternativo, non è certamente più prevedibile una nuova contestazione patologica o originata da nuove valutazioni di fatto già presente agli atti, rispetto ad una, del tutto imprevedibile, nuova contestazione emersa “a sorpresa” in dibattimento? Non sarebbe proprio quest'ultimo il caso in cui l'imputato dovrebbe essere messo in condizione di compiere una scelta difensiva ragionata e ponderata sul rito da intraprendere? Come poteva l'imputato scegliere il “rito allo stato degli atti”, se il fatto del quale ora risponde non era negli atti sui quali ha fondato la sua decisione? Perché l'imputato deve subire conseguenze preclusive del suo diritto alla difesa per una scelta che non ha mai avuto la possibilità di compiere? Non è forse vero che la vera libertà di scelta risiede nella possibilità di scegliere, piuttosto che nella scelta stessa?

Nel solco tracciato da queste riflessioni si muove infine la Corte costituzionale con la recente sentenza n. 237 del 2012, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 c.p.p., nella parte in cui non prevede la facoltà, per l'imputato, di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato per il reato concorrente emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, che formi oggetto della nuova contestazione.

⁶⁸ Così Corte cost., 22 ottobre 2012, n. 237, Considerato in diritto, §6, in www.cortecostituzionale.it.

⁶⁹ Cfr. CAIANIELLO, *Giudizio abbreviato a seguito di nuove contestazioni*, cit., secondo il quale «a scelta di non accedere al rito premiale per l'imputazione ordinaria non può essere considerata irreversibile una volta che il contesto imputativo cambia per evenienze non fisiologiche, così come da tempo sostiene la dottrina»; analogamente, v. MAFFEO, *Le contestazioni tardive e il giudizio abbreviato*, in *Giur. Cost.*, 2010, 3597.

Ai sensi dell'art. 517, c.p.p., è reato concorrente quello definito dall'art. 12, co. 1, lettera b), c.p.p., ossia quello che vede la persona imputata di più reati commessi con una sola azione o omissione (concorso formale di reati) ovvero di più reati commessi con più azioni od omissioni esecutive di un medesimo disegno criminoso (reato continuato).

L'imputato, quindi, di fronte al perfezionamento dell'imputazione attraverso contestazioni suppletive patologiche o fisiologiche⁷⁰, per fatti presenti negli atti al momento dell'esercizio dell'azione o emersi (per così dire, "a sorpresa") nell'istruzione dibattimentale, ha ora la piena libertà di scegliere quale strada difensiva intraprendere per tutelarsi.

Nella motivazione della decisione si rinvencono due ordini di motivi costituzionalmente rilevanti. Da una parte si rileva che altrimenti «l'imputato rischi[erebbe] di vedersi privato del complesso di facoltà difensive che avrebbe potuto o dovuto esercitare nel segmento procedimentale antecedente la variazione dell'imputazione»⁷¹; facoltà difensive, queste, riconosciute dall'art. 24, Cost., in forza del quale l'opzione per i riti alternativi a contenuto premiale costituisce senz'altro una modalità, e tra le più qualificanti, dell'esercizio del diritto di difesa. In secondo luogo, perché il principio dell'art. 3, Cost., mira a scongiurare disparità di trattamento come quella per cui «l'imputato che subisce una contestazione suppletiva dibattimentale viene a trovarsi in una situazione diversa e deteriore –quanto alla facoltà di accesso ai riti alternativi– rispetto a chi, della stessa imputazione, sia chiamato a rispondere fin dall'inizio»⁷².

La Corte costituzionale, ripristinando l'equilibrio tra modifica dell'imputazione e possibilità di modificare la strategia difensiva, ha colto esattamente il peso e il valore del concetto di scelta cui si è fatto riferimento, e dei presupposti sulla base dei quali una scelta come quella del rito abbreviato deve essere compiuta⁷³. L'essere messi in condizione di valutare attentamente

⁷⁰ «L'impossibilità di definire con giudizio abbreviato gli addebiti oggetto delle nuove contestazioni "fisiologiche" risulta, peraltro, irragionevole», così Corte cost., 22 ottobre 2012, n. 237, Considerato in diritto, §9, cit.

⁷¹ Corte cost., 22 ottobre 2012, n. 237, Considerato in diritto, §3, cit.

⁷² Corte cost., 22 ottobre 2012, n. 237, Considerato in diritto, §8, cit.

⁷³ «Condizione primaria per l'esercizio del diritto di difesa è che l'imputato abbia ben chiari i termini dell'accusa mossa nei suoi confronti. La scelta di valersi del giudizio abbreviato è certamente una delle più delicate fra quelle tramite le quali si esplicano le facoltà defensionali: di conseguenza se all'accusa originaria ne viene aggiunta un'altra, sia pure connessa, non possono non essere restituiti all'imputato termini e condizioni per esprimere

presupposti e conseguenze di essa non è pertanto un “permesso” concesso all'imputato, ma, senz'altro, è un riconoscimento fatto alla persona stessa, in quanto portatrice di diritti fondamentali.

le proprio opzioni», in questo modo, Corte cost., 22 ottobre 2012, n. 237, Considerato in diritto, §8, cit.