

CAMERA DEI DEPUTATI
COMMISSIONE GIUSTIZIA

AUDIZIONE DEL 27 SETTEMBRE 2018

PROPOSTE DI LEGGE C. 392 MOLteni E C. 460 MORANI, IN MATERIA DI INAPPLICABILITÀ DEL
GIUDIZIO ABBREVIATO AI DELITTI PUNITI CON LA PENA DELL'ERGASTOLO

(PROF. AVV. STEFANO PREZIOSI)

1) *Sul comma 1-bis dell'art. 438, c.p.p.*

L'art. 1 di entrambe le proposte in intestazione integra l'art. 438 c.p.p. inserendovi il comma 1 bis, del seguente tenore: "Sono esclusi dall'applicazione del comma 1 i procedimenti per i delitti per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo". La disposizione mira a precludere il rito abbreviato per i delitti punibili con l'ergastolo, senza operare alcun distinguo nell'ambito di questa "categoria", come pur attualmente avviene con riferimento all'ergastolo con isolamento diurno, da un lato, e senza isolamento diurno, dall'altro: con L. 19 gennaio 2001, n. 4, modificativa dell'art. 442 comma 2 c.p.p., è stata introdotta la regola che in caso di condanna la pena per il primo è sostituita con la reclusione di anni trenta, per il secondo con l'ergastolo senza isolamento diurno.

Occorre muovere da una premessa. L'espressione *delitti per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo* non è univoca. Vi rientrano delitti la cui *pena edittale* è l'ergastolo (ad es. artt. 285 e 422 c.p.: delitti di strage), ma anche delitti la cui pena applicabile per effetto dell'applicazione di una o più circostanze aggravanti sia l'ergastolo (ad es. l'omicidio aggravato ai sensi degli artt. 576 e 577 c.p.). La differenza non è di poco conto, poiché in un caso l'ergastolo è la

pena comminata per il reato, nell'altro è la risultante di un aggravamento della sanzione dovuto ad elementi (circostanze o qualificazioni) estranei al reato (ad es. la premeditazione nell'omicidio).

E' chiaro che in relazione alla disposizione in esame, quindi alla ammissibilità del rito alternativo in questione (giudizio abbreviato), per *delitti per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo* non potranno che intendersi quei delitti che astrattamente, anche in conseguenza dell'applicazione di una o più circostanze aggravanti, risultino punibili con l'ergastolo. Dunque, la preclusione al rito abbreviato opererebbe anche all'indirizzo dei delitti che, pur non avendo come pena edittale l'ergastolo, siano contestati nella forma aggravata e, in ragione di ciò, per essi sia applicabile la pena dell'ergastolo.

Questo assetto normativo non si discosterebbe da quello esistente nel nostro ordinamento dopo la sentenza della Corte cost. n. 176 del 1991, con la quale veniva dichiarato illegittimo il secondo comma dell'art. 442 c.p.p., ultimo periodo, per eccesso di delega legislativa. Tale disposizione prevedeva che *alla pena dell'ergastolo è sostituita quella della reclusione di anni trenta*.

Ebbene, gli effetti di quella pronuncia del Giudice delle leggi non furono immediatamente chiari e dettero luogo a non pochi dubbi. La tesi che prevalse fu nel senso della inapplicabilità del rito speciale in ogni ipotesi in cui il reato, così come configurato nel capo d'imputazione, fosse in astratto punibile con l'ergastolo, a nulla rilevando che il giudice dell'udienza preliminare avesse ritenuto *prima facie* che in concreto dovesse applicarsi una pena diversa dall'ergastolo; e venne escluso, soprattutto, un ipotetico potere di neutralizzazione della contestazione preclusiva del rito abbreviato, attraverso il riconoscimento o l'applicazione di attenuanti che, in caso di ritenuta prevalenza o equivalenza con l'aggravante comportante la pena perpetua, avrebbero potuto evitare l'applicazione di quest'ultima.

Tale orientamento venne consolidato dalla giurisprudenza costituzionale, la quale, in particolare con la sentenza n. 305 del 1993, negò che al giudice dell'udienza preliminare, ai fini dell'applicazione del giudizio abbreviato, potesse attribuirsi il potere di dare una diversa qualificazione al fatto reato contestato, nell'ipotesi in cui fosse stata ritenuta erronea quella operata dal pubblico ministero, la quale, comportando l'applicabilità dell'ergastolo, avrebbe precluso il giudizio abbreviato.

Di qui, però, non apparivano risolti tutti i problemi, in special modo quello di scongiurare il pericolo che la preclusione del rito alternativo potesse derivare da scelte errate del pubblico ministero nella configurazione del capo d'imputazione.

In sintonia con l'orientamento della Corte costituzionale in ordine al controllo dei presupposti del giudizio abbreviato – secondo la disciplina antecedente alla L. n. 479 del 1999 (c.d. *Legge carotti*) – vertente sulla decidibilità allo stato degli atti (non più richiesta dalla normativa ora vigente), venne così spostato il controllo anche relativamente alla preclusione rappresentata dalla punibilità con l'ergastolo, e quindi su tutti i presupposti che condizionano il beneficio della riduzione di pena, alla fase dibattimentale e al suo giudice competente.

In questa prospettiva, tuttavia, la Cassazione precisava e limitava il predetto controllo nel senso che *“il giudice del dibattimento, in presenza della contestazione di un reato punibile con la pena dell'ergastolo che abbia provocato per tale motivo il rigetto della richiesta di giudizio abbreviato, non può applicare la riduzione di pena prevista dall'art. 442 secondo comma c.p.p. dove ribadisca la sussistenza dell'aggravante importante detta sanzione, pur se la medesima, nel giudizio di comparazione con attenuante di segno opposto, risulti equivalente ovvero sottovalente, sì da consentire l'irrogazione di pena detentiva temporanea e non perpetua, in quanto la sanzione in astratto applicabile al reato in tal modo aggravato, rimane sempre quella*

dell'ergastolo, che a seguito della dichiarazione di incostituzionalità (sentenza n. 176 del 23.4.1991 della Corte Costituzionale) dell'ultimo periodo del secondo comma dell'art. 442 c.p.p. è impeditiva dell'applicabilità del giudizio abbreviato a reati sanzionati con la pena della detenzione perpetua, ferma restando, ovviamente, la possibilità di applicazione del rito abbreviato - e della relativa diminuzione - in sede dibattimentale, allorché, con giudizio "ex ante", si accerti l'insussistenza della aggravante comportante la pena dell'ergastolo (cfr. Sez. I, 31.3.1994, ric. Rodaro ed altro), in quanto in tale ipotesi il reato risulta in astratto sanzionato da pena detentiva temporanea" (Sez. I, 15 marzo 1995, n. 4509).

Questo breve *excursus* può far comprendere l'ampiezza dello scenario che potrebbe aprirsi e dei problemi cui potrebbe dar luogo l'introduzione nel sistema processuale di una preclusione al rito abbreviato indirizzata genericamente ai delitti per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo.

In un ordinamento penale connotato da un sistema molto complesso che accanto alle fattispecie di reato (base) conosce gli elementi accessori del reato (circostanze), che si inseriscono a loro volta all'interno di un ampio potere discrezionale del giudice, far dipendere l'applicazione di un rito alternativo dalla gravità del reato nella sua connotazione astratta (*rectius*: specie di pena applicabile), non sembra affatto auspicabile.

Ciò sia per ragioni inerenti alla *ratio* dell'istituto processuale in esame, che è quella di rendere più spedito l'accertamento dei reati rinunciando al dibattimento (assai lungo e dispendioso), in base ad una scelta dell'imputato che, a fronte della decisione in udienza preliminare *allo stato degli atti*, riceve in cambio un beneficio (riduzione della pena): si tratta, appunto, di un *patteggiamento* sul rito e non si vede quale possa essere la ragione di limitarne l'accesso ai reati punibili con l'ergastolo. Semmai si può discutere sull'entità dello sconto di pena: ma in relazione a questo punto il legislatore è già intervenuto nel 2000 (legge di conversione n. 4 del 2001), come si è ricordato, di-

stinguendo fra ergastolo con isolamento diurno ed ergastolo "semplice" e consentendo la sostituzione con la reclusione di anni trenta solo per il secondo tipo.

Si deve inoltre osservare che la modifica legislativa in esame potrebbe dare adito a seri dubbi di costituzionalità, sotto vari profili.

Non è certo questa la sede per indugiare su tale questione, ma si pensi soltanto al fatto che il rito abbreviato verrebbe escluso non solo per reati che in concreto, cioè all'esito del giudizio di valenza delle ritenute circostanze, non risultino punibili con la pena perpetua, ma anche che in concreto risultino meno gravi di reati per i quali, invece, il rito alternativo in questione è ammissibile.

Si consideri, a questo proposito, l'ipotesi della continuazione di reati (art. 81 c.p.) molto gravi che porti ad un cumulo delle pene elevatissimo, ben maggiore della pena applicabile per un reato punibile con l'ergastolo: così, ad esempio, pluralità di sequestri di persona a scopo di estorsione, da una parte, a fronte di omicidio aggravato punibile con l'ergastolo (artt. 576 e 577 c.p.) contestato in concorso (art. 110 c.p.), ma rispetto al quale per taluno dei concorrenti sia applicabile l'attenuante specifica della partecipazione di minima importanza (art. 114 c.p.), dall'altra. Si ponga mente all'ipotesi, poi, in cui concorrano più delitti per ciascuno dei quali debba infliggersi la pena della reclusione non inferiore a ventiquattro anni: così, ancora, sequestri di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p., la cui pena edittale per la fattispecie base è la reclusione da venticinque a trenta anni). In tali casi, nonostante che a tenore dell'art. 73, cpv., c.p. (in materia di concorso di reati) *si debba applicare l'ergastolo*, ciò difficilmente potrà ritenersi condizione ostativa al rito abbreviato; ma è evidente che si verificherebbe così una disparità di trattamento ingiustificata rispetto alla precedente ipotesi; disparità che aprirebbe la strada ad una censura di legittimità costituzionale quantomeno sotto il profi-

lo del principio di uguaglianza e del sindacato di ragionevolezza, ai sensi dell'art. 3 Cost.

2) Sui commi 5-ter (A.C. 392) e 4-bis (A.C. 460) dell'art. 438, c.p.

Il punto più delicato e centrale in questa trattazione è il seguente.

Entrambe le proposte inseriscono nell'art. 438 c.p.p. disposizioni che, rispettivamente, pur con qualche variante fra loro, stabiliscono che nei procedimenti per delitti per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo, l'imputato possa proporre la richiesta di abbreviato *subordinandola a una diversa qualificazione dei fatti (o all'individuazione di un reato diverso allo stato degli atti)* (A.C. 392), ovvero *subordinandola a una diversa qualificazione del fatto (come reato per il quale la legge non prevede la pena dell'ergastolo)* (A.C. 460).

Si tratta di verificare la portata e l'impatto di disposizioni di questo tipo.

Ebbene, avendo presente quanto si è detto nel punto precedente, la proposta evidentemente si fa carico del tentativo di risolvere le problematiche legate al controllo circa i presupposti di ammissibilità del rito abbreviato e al rischio di un troppo esteso margine di discrezionalità, dipendente dalla formulazione del capo d'imputazione, lasciato nelle mani del titolare dell'azione penale.

Tuttavia, a ben vedere, il tentativo non sembra cogliere nel segno.

Innanzitutto, verrebbe attribuito al giudice dell'udienza preliminare il potere di qualificare diversamente il fatto o di individuare un reato diverso allo stato degli atti. Un simile potere appare in contrasto con le linee portanti dell'udienza preliminare e con il consolidato orientamento della Corte costituzionale (oltre a presentare seri problemi di gestione delle "incompatibilità" per gli organi giudicanti).

La già richiamata sentenza Corte cost. n. 305 del 1993, affermò a chiare lettere, dichiarando infondata una questione di legittimità degli artt. 438, 439 e 440 c.p.p., che non poteva essere accolto il *petitum* del giudice remittente, in

quanto tendeva sostanzialmente "ad una pronuncia che attribuisca al giudice dell'udienza preliminare, ai fini dell'applicazione del giudizio abbreviato, il potere di dare una diversa qualificazione del fatto-reato contestato, nell'ipotesi in cui ritenga erronea quella operata dal pubblico ministero in relazione alla avvenuta contestazione di una aggravante che, comportando la pena dell'ergastolo, esclude l'applicabilità di tale rito alternativo. Detto potere è allo stato escluso dalla configurazione del giudice per le indagini preliminari, preposto [...] al controllo della legittimità della domanda di giudizio avanzata dal pubblico ministero (sent. n. 64 del 1991) nonché alla verifica della regolarità delle fasi anteriori al dibattimento, onde evitare che questo possa essere ostacolato, ritardato, impedito o vanificato dal mancato rispetto delle regole processuali nelle fasi che lo hanno preceduto. E' perciò muovendo da tale configurazione, risultante dalla disciplina vigente, che la giurisprudenza della Corte ha chiarito (sentt. n. 23 del 1992 e n. 81 del 1991) che il codice circoscrive i poteri di quel giudice in ordine alla richiesta di giudizio abbreviato solo agli aspetti formali [...] vale a dire che non si tratti di reato punibile in astratto con l'ergastolo, che vi sia la richiesta dell'imputato e il consenso del pubblico ministero".

Ora, anche tenendo presenti i mutamenti normativi intervenuti (Legge Carotti) - in particolare con l'eliminazione del consenso del pubblico ministero quale presupposto del rito alternativo in parola - non sembra che l'introduzione della preclusione in esame, che ci riporterebbe, *in parte qua*, all'assetto normativo antecedente al 1999, possa indirizzare verso conclusioni sostanzialmente diverse da quelle allora raggiunte dal Giudice delle leggi, fino al punto di ammettere che il giudice per l'udienza preliminare disponga di un potere del tutto anomalo nel sistema processuale vigente, che verosimilmente andrebbe incontro anche a serie censure di legittimità costituzionale, a cominciare dalla possibile violazione dell'art. 25, primo comma, Cost., essendo soltanto il giudice del dibattimento il giudice naturale precostituito per legge, competente a "qualificare" i fatti costituenti reato. Al giudice per

l'udienza preliminare, in altri termini, non è accordato un potere di mutamento dell'imputazione, come è invece riconosciuto al giudice del dibattimento (art. 521 c.p.p.).

Anche alla luce della nuova disciplina del rito abbreviato introdotta nel 1999 (Legge Carotti), pertanto, le conclusioni non sembra che possano essere molto diverse da quelle già indicate dalla Corte costituzionale con numerose pronunce nel corso degli anni Novanta, quando – seppure a motivo della caducazione di una disposizione del Codice (art. 442, secondo comma, ultimo periodo c.p.p.) per opera della medesima Corte costituzionale – il giudizio abbreviato era lo stesso precluso per i reati punibili con la pena dell'ergastolo.

3) Sull'art. 438-bis c.p.p. (A.C. 460)

Dubbi particolarmente consistenti di legittimità costituzionale sorgono al riguardo dell'art. 2 della proposta A.C. 460, la quale, se da un lato prevede che la richiesta subordinata ad una diversa qualificazione del fatto, in caso di rigetto, possa essere riproposta prima della dichiarazione di apertura del dibattimento (comma 1) – con ciò uniformandosi, ed estendendone *in fieri* la portata, alla pronuncia della Corte costituzionale n. 169 del 2003, che dichiarava l'illegittimità del sesto comma dell'art. 438 c.p.p. nella parte in cui non prevede che in caso di rigetto della *richiesta di giudizio abbreviato subordinato ad una integrazione probatoria*, l'imputato possa rinnovare la richiesta prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado e il giudice possa disporre il giudizio abbreviato –, dall'altro lato prevede che l'imputato possa altresì richiedere l'abbreviato *direttamente* al giudice del dibattimento *qualora la richiesta di rinvio a giudizio enunci un fatto qualificato come reato per il quale la legge prevede la pena dell'ergastolo e il decreto che ha disposto il giudizio*

preveda una diversa qualificazione del fatto come reato per il quale la legge non prevede la pena dell'ergastolo" (comma 2).

Ci troveremmo qui in presenza di una disciplina processuale che, in termini assolutamente inediti, ammetterebbe una dissociazione fra contestazione e *vocatio in iudicium* che, francamente, appare inaccettabile sotto numerosissimi punti di vista.

In positivo bisogna dar conto che tanto l'art. 2.1. della Proposta A.C. 460, quanto l'art. 1, let. c, della Proposta A.C. 392, prevedono (anche se in termini leggermente ma non significativamente diversi) che, in caso di rigetto della richiesta di abbreviato subordinata ad un'integrazione probatoria o a una diversa qualificazione dei fatti (o all'individuazione di un reato diverso) allo stato degli atti, l'imputato possa rinnovare la richiesta prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado. Si tratta di previsione che recepisce, pressoché alla lettera ma estendendone la portata, come già si diceva, il *dictum* di Corte cost. n. 169 del 2003, a tenore del quale è illegittimo il sesto comma dell'art. 438 c.p.p. nella parte in cui non prevede che in caso di rigetto della richiesta di abbreviato *subordinato ad un'integrazione probatoria* l'imputato possa rinnovare la richiesta prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado *e il giudice possa disporre il giudizio abbreviato*. (Le Proposte in commento contengono una differenza che è bene segnalare: mentre A.C. 392 in caso di rigetto ammette la rinnovazione solo in dibattimento, A.C. 460 ammette anche che la richiesta possa essere riproposta in udienza preliminare fino alla formulazione delle conclusioni a norma degli artt. 421 e 422, *ex art.* 438, comma 6, che richiama il comma 2).

Non v'è dubbio che una volta introdotta la preclusione in discorso, sarebbe assolutamente consentanea una disposizione di questo tipo, la quale si allineerebbe a Corte cost. n. 169 del 2003, che sottolineava come, se prima delle modifiche apportate alla disciplina del giudizio abbreviato (L. n. 479 del

1999), secondo quanto statuito da Corte cost. n. 23 del 1992, *“l’assenza di qualsiasi controllo sulla decisione del giudice contraria all’adozione del rito determinava, in considerazione delle conseguenze che ne derivavano sul piano sanzionatorio, una irragionevole limitazione del diritto alla difesa dell’imputato”* e che, pertanto, *“la soluzione per porre rimedio alla violazione dell’art. 24 Cost. venne allora individuata attribuendo al giudice il potere di sindacare, in esito al dibattimento, la precedente decisione del giudice per le indagini preliminari e di applicare la riduzione di pena [...] entrata in vigore la nuova disciplina del giudizio abbreviato, che non presuppone più alcuna valutazione circa la possibilità di definire il processo allo stato degli atti, né il consenso del pubblico ministero, la Corte ha ritenuto con la sentenza n. 54 del 2002 che una soluzione che ricalchi pedissequamente quella indicata dalla sent. n. 23 del 1992 appare incongrua rispetto all’attuale assetto normativo, rilevando, in particolare, che l’eventuale riesame del provvedimento che nega l’accesso al rito non deve più essere necessariamente collocato in esito al dibattimento”*.

Del resto, osservava opportunamente la Corte in tale decisione, che sia lo stesso giudice del dibattimento, ove ritenga ingiustificato il rigetto della precedente richiesta, a disporre e celebrare il giudizio abbreviato, è in linea con altre previsioni dell’ordinamento processuale, che, seppure in ambiti distinti e in base a diversi presupposti, ammettono l’abbreviato in dibattimento: nell’art. 452, comma 2 (giudizio direttissimo) e nell’art. 555, comma 2, c.p.p. (citazione diretta a giudizio).

Rimane comunque non chiaro e sicuro motivo di incertezza applicativa, stabilire alla stregua di quale parametro debba essere valutata dal giudice (tanto in sede di udienza preliminare, quanto in sede dibattimentale) la preclusione in oggetto.

La questione, del resto, non è nuova, si era posta pressoché negli stessi termini in cui potrebbe porsi ove venissero approvate le proposte in oggetto,

all'indomani della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 442, secondo comma, ultimo periodo, c.p.p., di cui si è detto.

Ed infatti, il giudice dovrà effettuare una verifica eminentemente "meccanica" circa l'astratta applicabilità dell'ergastolo *secondo quanto è contenuto nel capo d'imputazione*? Ovvero, come sembra più probabile, vista la facoltà conferita all'imputato di subordinare la richiesta di abbreviato ad una diversa qualificazione del fatto come reato per il quale la legge non preveda la pena dell'ergastolo, dovrà anche deliberare l'effettiva riconducibilità del fatto concreto all'una piuttosto che all'altra qualificazione giuridica? Tale ultima prospettiva, poi, dovrà essere intesa come una valutazione da svolgersi allo stato degli atti o, proprio in relazione alla richiesta di riqualificazione del fatto, potrà effettuarsi anche mediante i poteri di integrazione delle indagini e di integrazione probatoria di cui agli artt., rispettivamente, 421 *bis* e 422 c.p.p.?

E quando la richiesta sia stata rigettata e venga riproposta in dibattimento il giudice quale criterio dovrà seguire? Nel caso, poi, sia ritenuto inammissibile l'abbreviato secondo una verifica *ex ante*, ma all'esito del giudizio dibattimentale venga meno la ragione dell'inammissibilità, ad esempio perché una circostanza aggravante sia ritenuta inesistente, il rito abbreviato dovrà essere "recuperato" quanto ai suoi effetti sanzionatori, applicando comunque la diminuzione per esso stabilita? E se l'aggravante che determina l'effetto preclusivo sia ritenuta equivalente o soccombente rispetto ad una o più circostanze attenuanti, si dovrà ritenere *ex post* l'imputato meritevole del beneficio e quindi far luogo anche in questo caso alla diminuzione di pena?

La proposta A.C. 460, inoltre, richiama espressamente l'art. 516, c.p.p. (modifica dell'imputazione), come ipotesi in cui è consentito all'imputato chiedere il giudizio abbreviato in dibattimento sul presupposto che il fatto venga qualificato come reato per il quale la legge non preveda la pena dell'ergastolo

A tal riguardo può essere utile riportare ancora una giurisprudenza sopra citata (ormai abbastanza risalente), la quale, sotto il “vecchio” regime, così opinava: *“Ai fini della applicazione della diminvente di cui all’art. 442 c.p.p., nel caso sia stata formulata imputazione per un reato che, per effetto della contestazione di circostanza aggravante, risulti punibile con l’ergastolo, il giudice di merito – una volta che abbia escluso detta aggravante – deve accertare se l’esclusione sia avvenuta a seguito della espletata istruttoria dibattimentale, ovvero se detta aggravante sia stata erroneamente contestata ab origine. Nella prima ipotesi deve essere negata la applicazione della diminvente (per la implicita, riconosciuta impossibilità di definizione del procedimento allo stato degli atti), mentre nella seconda, tale diminvente può essere riconosciuta solo quando sia certo che l’erroneità della contestazione era, comunque, già ricavabile dagli atti, ancor prima della celebrazione del dibattimento”* (Cass. pen., sez. V, 10 novembre 2000, n. 11462, ud. 19 settembre 2000).

Prescindendo dal fatto che l’espressione “erroneità della contestazione” non sembra affatto univoca, nell’esaminare la questione ora evidenziata e nel verificare se le affermazioni della pronuncia appena citata potrebbero ancora considerarsi “spendibili” in caso di approvazione delle norme contenute nella proposta oggetto di esame, si deve tener presente che la Corte costituzionale ha ormai affermato il principio per cui l’accesso ai riti alternativi, abbreviato compreso, costituisce modalità, tra le più qualificanti ([sentenza n. 148 del 2004](#)), di esercizio del diritto di difesa (*ex plurimis*, [sentenze n. 219 del 2004](#), [n. 70 del 1996](#), [n. 497 del 1995](#) e [n. 76 del 1993](#))” ([sentenza n. 237 del 2012](#)), tale da incidere in senso limitativo sull’entità della pena inflitta ([sentenza n. 184 del 2014](#)).

In relazione a questo principio si incrociano due prospettive di un medesimo tema, l’una a carattere prevalentemente processualistico, l’altra maggiormente legata a profili di diritto sostanziale.

Ed invero, massiccio è lo sviluppo della giurisprudenza costituzionale in materia di nuove contestazioni, dove le pronunce che hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 516 e 517 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevedono la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione della pena a norma dell'art. 444 cod. proc. pen., relativamente al fatto diverso, al reato concorrente (sentenza n. 265 del 1994) o a una circostanza aggravante (sentenza n. 184 del 2014), o di richiedere il giudizio abbreviato, sempre con riferimento al fatto diverso, al reato concorrente (sentenza n. 333 del 2009) o a una circostanza aggravante (sentenza n. 139 del 2015), quando la nuova contestazione concerne un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale, si vanno ora a saldare con le pronunce che modificando il precedente orientamento, hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato per il reato concorrente emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale (sentenza n. 237 del 2012) e, successivamente, con la sentenza 273 del 2014, che ha adottato un'analogia pronuncia additiva relativa all'art. 516 cod. proc. pen., nel caso di contestazione "fisiologica" del fatto diverso.

In sintesi, in una prima fase la Corte aveva osservato (sentenza n. 129 del 1993) che «la preclusione all'ammissione di tali giudizi in caso di contestazione dibattimentale suppletiva non è affatto irragionevole. Si tratta, infatti, di un'evenienza che non è infrequente in un sistema processuale imperniato sulla formazione della prova in dibattimento ed è – soprattutto – ben prevedibile». Di conseguenza «il relativo rischio rientra naturalmente nel calcolo in base al quale l'imputato si determina a chiederli o meno, onde egli non ha che da addebitare a sé medesimo le conseguenze della propria

scelta (cfr., tra le tante, le sentenze nn. 277 e 593 del 1990 e [316](#) del [1992](#), nonché l'ordinanza n. 213 del 1992)».

Successivamente, con il radicale cambiamento della struttura del giudizio abbreviato, per effetto della legge 16 dicembre 1999, n. 479, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 333 del 2009, ha ritenuto superati i precedenti ostacoli e ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 516 e 517 cod. proc. pen. anche nella parte in cui non prevedevano la facoltà dell'imputato di chiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato per il fatto diverso o per il reato concorrente contestato nel dibattimento, quando la nuova contestazione concerne un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale.

Ancora successivamente il Giudice delle leggi è ulteriormente intervenuto dichiarando l'illegittimità dell'art. 517 cod. proc. pen., prima, nella parte in cui non consentiva il patteggiamento (sentenza n. 184 del 2014) e, poi, nella parte in cui non consentiva il giudizio abbreviato (sentenza n. 139 del 2015), nel caso in cui il pubblico ministero aveva proceduto alla contestazione suppletiva "patologica" di una circostanza aggravante. In queste pronunce è stato affermato che anche la trasformazione dell'originaria imputazione in un'ipotesi circostanziata (o pluricircostanziata) determina un mutamento del quadro processuale rilevante, sì che l'esclusione della possibilità di chiedere un rito alternativo è tale da determinare la violazione degli artt. 3 e 24, secondo comma, Cost.

Con riferimento, poi, alle ipotesi di nuove contestazioni "fisiologiche", volte, cioè, ad adeguare l'imputazione alle risultanze dell'istruzione dibattimentale, la Corte si è pronunciata con due (relativamente) recenti sentenze.

Con la prima (n. 237 del 2012) - superando il diverso indirizzo espresso in precedenti pronunce, già ricordate, risalenti agli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del nuovo codice di rito - ha dichiarato costitu-

zionalmente illegittimo, per violazione del principio di eguaglianza e del diritto di difesa (artt. 3 e 24, secondo comma, Cost.), l'art. 517 cod. proc. pen., nella parte in cui non consente all'imputato di chiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato per il reato concorrente, emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, oggetto della nuova contestazione.

Con la seconda (n. 273 del 2014), sulla base di argomenti analoghi, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 516 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato per il fatto diverso, emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, oggetto della nuova contestazione.

In sintesi, una volta rotto il principio della indissolubilità del binomio *premiabilità/deflazione processuale*, in base all'argomento secondo cui *“le ragioni della deflazione processuale debbono recedere di fronte ai principi posti dagli artt. 3 e 24, secondo comma, Cost., perché «l'esigenza della “corrispettività” fra riduzione di pena e deflazione processuale non può prendere il sopravvento sul principio di eguaglianza né tantomeno sul diritto di difesa”* (sentenza n. 237 del 2012, richiamata in Corte cost. n. 206 del 2017, che, da ultimo, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 516 c.p.p. nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione della pena a norma dell'art. 444 del codice di procedura penale, relativamente al fatto diverso emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, che forma oggetto della nuova contestazione), si impone una riflessione che si colloca appunto a cavallo fra aspetti di stretta rilevanza processualistica ed aspetti di natura più sostanziale.

Ossia: una volta agganciata la premiabilità alla specie della pena, la cui determinazione dipende da una qualificazione del fatto – che, in quanto tale, non comporta una modifica dell'imputazione e una nuova contestazione (artt. 516 e 517 c.p.p.) – quali sono le conseguenze di una erronea qualificazione

degli elementi di fatto, la quale abbia generato la preclusione all'accesso al rito alternativo, in quanto reato per il quale la legge prevede la pena dell'ergastolo?

Anche in relazione a questa ipotesi si dovrà/potrà ricorrere alla distinzione fra *modificazione patologica e fisiologica* (che riecheggia la giurisprudenza della Suprema corte, sopra richiamata, antecedente al 2000), o non sarà possibile?

4) *Sul rito abbreviato nei procedimenti di competenza della corte d'assise*

E' doveroso inoltre evidenziare che la Proposta A.C. 460 modifica il *rito abbreviato nei procedimenti di competenza della corte di assise* (art. 438-ter c.p.p.).

Dalla lettura di essa si evince che quando si procede per un *delitto* di competenza della corte d'assise per il quale la legge *non preveda la pena dell'ergastolo*, il giudice (dell'udienza preliminare), dopo aver disposto il giudizio abbreviato, trasmette gli atti alla corte d'assise per lo svolgimento del giudizio.

La disposizione non è di facile comprensione.

Stando al suo tenore letterale sembrerebbe che tali delitti verrebbero attribuiti *in toto* alla competenza della corte d'assise quando si proceda con il rito abbreviato (l'instaurazione del quale, peraltro, parrebbe addirittura in tali casi automatica e non su richiesta dell'imputato: "*Quando si procede per uno dei delitti indicati nell'art. 5 ... il giudice, dopo aver disposto il giudizio abbreviato, trasmette gli atti alla corte d'assise*"). Tale inverosimile lettura, che discende, però, dalla lettera della legge e, come tale, appare difficilmente superabile, sembra essere del tutto incongrua rispetto all'economia e alla *ratio* delle proposte in esame: lasciamola pertanto da parte, pur suggerendo, doverosamente, una riscrittura del testo che ne renda appunto congrua la lettera rispetto alle intenzioni del legislatore.

Probabilmente la *voluntas* degli onorevoli proponenti era quella di dire che, quando si procede per un delitto per il quale la legge non prevede la pena

dell'ergastolo e di cui sia competente la corte d'assise e l'imputato abbia richiesto il giudizio abbreviato, il giudice trasmette gli atti alla corte medesima per il giudizio.

Per tali delitti, quindi, la celebrazione del giudizio abbreviato verrebbe sottratta al giudice per l'udienza preliminare e affidata al giudice competente in via ordinaria, ossia la corte d'assise.

La previsione in parola non appare particolarmente perspicua. Sebbene, infatti, possa avere una logica tenere ferma la competenza per materia della corte d'assise anche quando si proceda con l'abbreviato, per sottolineare, evidentemente, la delicatezza e la rilevanza sociale dei fatti che vengono portati a giudizio dinanzi a questo organo giudicante, non si comprende come possa conciliarsi la *logica* del rito abbreviato con quella della celebrazione di un processo dinanzi alla corte d'assise e con l'ineliminabile finalità deflattiva di tale rito: non è chi non veda, infatti, che per modalità di composizione e di funzionamento questo organo giudicante sia quanto di più lontano possa immaginarsi rispetto alla predetta finalità.

5) Sull'art. 442, II comma, c.p.p.

La proposta A.C. 392, all'art. 2, in sostituzione del vigente testo del secondo comma dell'art. 442 c.p.p., prevede: *"In caso di condanna per reati diversi da quelli per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo [...] la pena, determinata tenendo conto di tutte le circostanze aggravanti, è diminuita di un terzo"*.

Con tale modifica sembrerebbero quindi escluse da ogni ambito di valutazione agli effetti della determinazione della sanzione applicabile, tutte le circostanze attenuanti, che risulterebbero così "assorbite" nella diminuzione per il rito. Ciò produrrebbe una sterilizzazione del rito abbreviato (come si rileva anche nel Dossier n. 20, del 31 luglio 2018, elaborato dal Servizio Studi della Came-

ra dei deputati), in quanto, come è evidente, i vantaggi che scaturirebbero da esso per l'imputato diverrebbero quasi sempre inesistenti.

Sul piano sistematico una simile modifica farebbe sì che il rito abbreviato assumerebbe forzosamente le sembianze di un istituto di diritto sostanziale, perdendo quelle attuali di istituto processualpenalistico con effetti sanzionatori di natura sostanziale.

Ciò comporterebbe una mutazione genetica di esso, le cui ripercussioni, lungi dal toccare soltanto profili teorico-sistematici, avrebbero una portata demolitiva rispetto ad elementi cardine del sistema penale.

Per opinione consolidata e mai messa in discussione, la diminuzione premiale del rito abbreviato, avendo natura processuale, va applicata per ultima, dopo che la pena in concreto sia stata quantificata dal giudice per effetto di tutte le disposizioni di diritto sostanziale che concorrono a determinarla in funzione della gravità del reato. Essa, pertanto, rimane assolutamente estranea a qualsiasi criterio di adeguamento della sanzione alla gravità del fatto, tanto nelle sue componenti materiali quanto in quelle soggettive; rimane estranea al giudizio di comparazione con le circostanze del reato e non influisce sui termini prescrizionali; va applicata dopo gli aumenti di pena dipendenti dal concorso di reati, in particolare dalla continuazione, dal cumulo delle pene (artt. 71 ss., c.p.) e sempre sulla pena applicabile alla stregua dei limiti di carattere generale fissati dal Codice penale (in special modo *ex art. 78, c.p.*) e dei limiti stabiliti per gli aumenti o le diminuzioni di pena nel reato circostanziato e per il concorso di circostanze (artt. 66-68, c.p.).

Ora, in tale quadro, prevedere che, ove l'imputato abbia presentato richiesta di giudizio abbreviato, il giudice determini la pena tenendo conto delle sole aggravanti e non (evidentemente) delle attenuanti, significa trasformare in radice la natura del giudizio abbreviato, che da istituto processuale diverrebbe un ibrido. L'effetto, in altri termini, sarebbe quello di mettere il giudice

nella condizione di dover modulare gli aumenti di pena per le aggravanti in funzione della riduzione (fissa) per la diminuzione del rito, così conferendo a quest'ultima un'impropria valenza sostanziale che la porterebbe ad incidere direttamente sui meccanismi di commisurazione della sanzione.

Inoltre, tale disposizione non potrebbe sfuggire ad una censura di legittimità costituzionale, innanzitutto, a tacer d'altro, per violazione del principio di legalità della pena, che risulterebbe così gravemente compromesso. La legalità della pena si fonda, infatti, sulla necessità che sia l'*an* che il *quantum* di essa siano determinabili in base ad elementi contemplati da una norma di rango legislativo; al contrario, ove la pena dipenda, seppure nel *quantum*, dalla scelta dell'imputato relativa al rito, non potrà più definirsi *pena legale*. La *ratio* della diminuzione processuale è chiara: una volta che sia stata determinata dal giudice la pena applicabile, in forza di *tutte* le disposizioni di diritto sostanziale che concorrono a definirla – comprese, naturalmente, le ritenute circostanze attenuanti – allora, e soltanto allora, dovrà operarsi una diminuzione che prescinde totalmente dal reato (il quale sarà già stato oggetto di un'operazione giudiziale di dosimetria sanzionatoria) e che si giustifica in base ad un elemento assolutamente estrinseco ad esso, la scelta del rito abbreviato.

Ma anche sotto altri profili la norma apparirebbe incostituzionale, a cominciare dalla *personalità della responsabilità penale* (il reo risponderebbe del reato con una pena che è *commisurata* ad elementi del tutto estranei rispetto al suo fatto proprio colpevole e che non tiene conto, invece, di elementi che gli sono pertinenti, in qualità di *accidentalia delicti*) e dal principio di *proporzione fra reato e pena*.

6) Sull'art. 69 c.p.

La proposta A.C. 460 contiene, all'art. 5, una integrazione dell'art. 69, c.p. Il richiamato articolo del Codice, come è noto, di fondamentale importanza sistematica, disciplina il concorso di circostanze eterogenee del reato.

Non sembra opportuno estendere molto i rilievi su questa disposizione, anche perché il tema potrebbe allargarsi a dismisura.

Sembra doveroso, però, richiamare alcune vicende essenziali.

Nella martoriata disciplina delle circostanze del reato, che, a partire dal 1974 ne hanno sostanzialmente stravolto la fisionomia, si inseriscono, da ultimo, numerosi interventi legislativi volti ad escludere o limitare il giudizio di comparazione fra circostanze eterogenee del reato, dapprima nell'ambito della cd. legislazione dell'emergenza, successivamente in vari settori, accomunati soltanto da una (implicita) necessità di ispirare la disciplina penale a maggior rigore sanzionatorio.

Su tali interventi normativi è intervenuta già più volte la Corte costituzionale, in particolare con riferimento al quarto comma dell'art. 69, laddove esso statuisce che le disposizioni di tale articolo non si applicano in caso di recidiva reiterata, ai sensi dell'art. 99, IV comma, c.p. e la norma è stata dichiarata illegittima, *in parte qua*, con riferimento al divieto di prevalenza delle attenuanti sulla ritenuta aggravante, sebbene tale illegittimità non abbia travolto la norma stessa nella sua portata generale ma soltanto in relazione a specifiche circostanze attenuanti.

Più precisamente, nell'ultima sentenza in materia (n. 205 del 2017), relativa al bilanciamento ex art. 69 c.p. fra la recidiva e un'attenuante inerente ai reati fallimentari (art. 219, comma 3, l. fall.), la Corte costituzionale riprende argomenti già sviluppati in merito a precedenti dichiarazioni d'illegittimità, relative ad attenuanti speciali in materia di stupefacenti (sentenze n. 251 del 2012 e n. 74 del 2016), di usura (n. 105 del 2014), di violenza sessuale (n. 106 del 2014).

Il giudice delle leggi, anche nella più recente sentenza richiamata, ha dichiarato illegittimo l'art. 69, comma 4, c.p., per contrasto con gli artt. 3 e l'art. 27 comma 3, nella parte (introdotta dalla l. 5 dicembre 2005, n. 251) in cui escludeva che potessero essere ritenute prevalenti sulla recidiva ex art. 99, IV comma, cit., talune circostanze attenuanti speciali che prevedono forti diminuzioni di pena in ragione della particolare tenuità del fatto.

Ora, sembra plausibile che possano sorgere dubbi di costituzionalità relativamente a tale disposizione, sia perché i profili della colpevolezza e della pericolosità "non possono assumere nel processo di individualizzazione della pena, una rilevanza tale da renderli comparativamente prevalenti rispetto al fatto oggettivo"; sia perché il principio rieducativo (art. 27, III comma, Cost.) implica una costante proporzione "tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra" (Corte cost. n. 251 del 2012).

V'è da dire, d'altronde, che il divieto di prevalenza e di equivalenza, è qui congegnato in modo da limitare soltanto l'operatività di circostanze comuni ad effetto comune (art. 61, nn. 1 e 4), quindi di scarso impatto sanzionatorio.

Ma in questo senso si deve anche segnalare che una simile disposizione avrebbe comunque scarsissima efficacia pratica, rimanendo frustrate le intenzioni che vi sono sottese, di inasprimento sanzionatorio.

PROF. STEFANO PREZIOSI

