

LA DIFFICILE QUESTIONE DELLA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DEL PATTEGGIAMENTO DINANZI AL *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT*

Nota a [BVerfG, 2 BvR 2628/10 – 19. März 2013](#)¹

di Nicola Recchia

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi – 2. Le intese processuali nell’ordinamento tedesco – 3. I ricorsi oggetto della pronuncia – 4. La decisione del *Bundesverfassungsgericht* – 4.1. La legittimità costituzionale della legge sulle intese processuali del 2009 – 4.2. L’effettività nella prassi della disciplina legislativa – 4.3. La decisione sui ricorsi individuali – 5. Riflessioni conclusive

1. Cenni introduttivi

La pronuncia in epigrafe del tribunale costituzionale federale tedesco in materia di intese processuali giunge al termine di un articolato procedimento, seguito con attenzione e costanza dalla stampa e dall’opinione pubblica tedesca, perlopiù orientate, non senza preoccupanti venature populistiche, contro un istituto raffigurato icasticamente come “un mercato delle indulgenze”². Un procedimento nel quale sono intervenute, accanto agli avvocati dei ricorrenti, tutte le componenti del mondo della giustizia tedesca, dai rappresentati del governo tedesco e del governo bavarese, ai presidenti della prima, terza, quarta e quinta sezione penale del *Bundesgerichtshof* (BGH), dal *Generalbundesanwalt* ai rappresentanti delle associazioni di magistrati e avvocati, dal consiglio forense nazionale ai presidenti di quattro tribunali tedeschi. Il tribunale costituzionale ha inoltre commissionato al Prof. Altenhain dell’Università di Düsseldorf uno studio statistico sull’applicazione della legge sulle intese processuali, condotto nel Nordrhein-Westfalen su un campione costituito da alcune centinaia di magistrati, pubblici ministeri e avvocati. Una pronuncia, inutile dirlo, molto attesa

¹ La sentenza è stata oggetto di molti commenti nella letteratura tedesca, si veda NIEMÖLLER, *Anmerkung*, in StV, 2013, 420 ss.; WEIGEND, *Anmerkung*, ibidem, 2013, 424 ss.; KUDLICH, *Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit – die Entscheidung des BVerfG zur strafprozessualen Verständigung*, in NSTZ, 2013, 379 ss.; STUCKENBERG, *Anmerkung*, in ZIS, 2013, 212 ss.; SCHEINFELD, *Anmerkung*, in ZJS, 2013, 296 ss.; HÖLL, *Die Entscheidung des BVerfG zum „Deal“ im Strafprozess aus Sicht des Steuerstrafertheidigers*, in NZWiSt, 2013, 134 s. Nella letteratura italiana si veda IOVENE, *Il patteggiamento made in Germany supera il vaglio di costituzionalità*, in CP, 2013, 2482 ss. Le massime riportate nel riquadro sono dello stesso BVerfG nella traduzione italiana dell’autore.

² La similitudine è di PRANTL, *Der alte Strafprozess ist tot*, in *Süddeutsche Zeitung*, 19 marzo 2013.

anche dalla dottrina tedesca, che si era profusamente occupata del tema e che attendeva impazientemente di conoscere la posizione del tribunale costituzionale³.

La pronuncia in esame è data all'esito di tre distinti *Verfassungsbeschwerden*, cioè di ricorsi individuali al tribunale costituzionale. Tale istituto prevede la possibilità, esperiti tutti i rimedi ordinari previsti dall'ordinamento per rimuovere la lamentata lesione nella propria sfera di garanzia offerta dai diritti costituzionali, quindi nella maggior parte dei casi in seguito all'infruttuoso ricorso al *Bundesgerichtshof*, o alle altre giurisdizioni superiori, di adire il tribunale costituzionale affinché questo, ferma l'impossibilità di sindacare l'interpretazione del diritto comune offerta dalle giurisdizioni ordinarie e di scrutinare il corretto svolgimento del processo, accerti nel caso di specie la lesione di un diritto fondamentale, disponendo, nel caso, la cassazione della sentenza. I ricorrenti possono lamentare sia la stessa illegittimità costituzionale della legge sia la mera applicazione in violazione dei diritti fondamentali di una legge pur costituzionalmente legittima.

Nel caso della sentenza in commento, il tribunale costituzionale è chiamato da un lato a decidere della legittimità delle sentenze del BGH e dei giudici di prime cure pronunciate nei confronti dei ricorrenti, stabilendo se vi è stata violazione di diritti costituzionalmente tutelati, e dall'altro a vagliare la stessa legittimità costituzionale della norma del codice di rito contenente l'istituto delle intese processuali. Il tribunale costituzionale ritiene che tale articolo non sia *"al momento"* da dichiararsi costituzionalmente illegittimo, poiché il legislatore è riuscito a prevedere una serie di precauzioni che limitano la potenziale frizione dell'istituto delle intese processuali con i principi fondamentali in materia penale. Al contrario il BVerfG riscontra nelle sentenze impugnate una violazione dei diritti costituzionalmente garantiti dei ricorrenti e ne dispone, pertanto, la cassazione con rinvio.

Il compito del tribunale costituzionale tedesco non era tra i più semplici, poiché, se, da un lato, la dottrina maggioritaria premeva per respingere un istituto ritenuto estraneo al sistema processualpenalistico tedesco e in aperto contrasto con i principi fondamentali in materia penale sostanziale e processuale, dall'altro, tuttavia, occorreva sconfessare una prassi di intese processuali consolidate lungo decenni e accettata, infine, sia dal *Bundesgerichtshof* sia dal legislatore⁴. Le tensioni politiche e giuridiche attorno alla questione, probabilmente ripropostesi all'interno dello stesso collegio, hanno condotto a una pronuncia forse troppo cauta, nel timore di scardinare i fragili equilibri, che, di fatto, nulla cambia e nessuno accontenta. Anche l'argomentare del BVerfG risente di queste tensioni, divenendo talvolta ellittico, non conseguente, pieno di nodi sottaciuti⁵. S'impone, dunque, di seguire lo stesso percorso argomentativo

³ In sede di commento alla sentenza del BVerfG non ci è concesso soffermarci sulla letteratura tedesca, oramai sconfinata, sul tema del patteggiamento. Per una sintesi nella letteratura italiana si veda RINCEANU, *La disciplina dell'intesa (Verständigung) nel diritto processuale penale tedesco*, in CP, 2011, 771 ss.

⁴ Anche WEIGEND, *Anmerkung*, cit., 424 sottolinea la difficile situazione in cui si trova a giudicare il tribunale costituzionale.

⁵ STUCKENBERG, *Anmerkung*, cit., 213, osserva come le stesse massime del BVerfG rasentino la contraddizione logica.

seguito dalla decisione, già indice di una precisa scelta di *low profile* da parte del collegio, per concludere con alcune considerazioni generali sulla pronuncia.

2. Le intese processuali nell'ordinamento tedesco

L'istituto delle intese processuali nell'ordinamento tedesco è dovuto allo sviluppo carsico, già dagli anni Settanta, di una prassi multiforme di accordi tra i diversi soggetti del processo, solo di rado emersa in superficie presso la corte di legittimità o il tribunale costituzionale⁶. Una prassi assolutamente *praeter legem*, agevolata nel suo fiorire dal mutuo impegno dei partecipanti a non servirsi dei mezzi d'impugnazione previsti dall'ordinamento, tanto che solo sul finire degli anni Ottanta il *Bundesgerichtshof* ha potuto confrontarsi con essa. Dopo alcune sentenze contrarie all'utilizzo di tale istituto, due fondamentali pronunce, dapprima della sezione quarta e, poi, delle sezioni unite del BGH, hanno dato accoglienza all'istituto nel sistema processuale tedesco, non senza fissare alcune regole da seguire pena l'illegittimità degli accordi raggiunti⁷. Il legislatore con la legge del 27 luglio 2009 (*Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren*, di qui innanzi *Verständigungsgesetz*) si è di fatto limitato a riprendere le regole già fissate dalla corte di legittimità, inserendole nel neointrodotta § 257 c dello *Strafprozessordnung* (StPO)⁸.

La disciplina legislativa ora vigente consente un'intesa tra il giudice, l'accusa e la difesa, per la quale, da un lato, il giudice si obbliga a contenere la pena in una cornice concordata e, dall'altro, l'imputato fornisce una confessione. Il primo comma del § 257 c StPO, nel riaffermare la validità anche in caso di intesa del § 244 comma secondo, sancisce il perdurare del dovere in capo al giudice di appurare il reale svolgimento dei fatti di causa (c.d. *Amtsaufklärungspflicht*). Un altro indice della necessità da parte del giudice di non limitarsi ad una mera accettazione della confessione è dato dalla previsione di cui al comma quarto del § 257 c StPO, per cui lo stesso non è più obbligato a rispettare l'intesa laddove la cornice di pena promessa appaia inadeguata al fatto o alla colpevolezza dell'imputato in ragione di importanti elementi di fatto o di diritto trascurati precedentemente o solo successivamente emersi. Di questa possibilità il giudice è tenuto ad avvisare l'imputato prima del raggiungimento dell'accordo. Una grande importanza rivestono, inoltre, le norme fissate a garanzia della pubblicità e trasparenza delle intese, la cui discussione, anche senza esito, deve essere sempre riportata nel verbale di udienza. Pari rilievo assume la

⁶ Davvero non semplice è descrivere tali prassi processuali, poiché trattasi di varie forme di *gentlemen's agreement* tra singoli soggetti processuali e, quindi, assolutamente mutevoli nelle forme e nei modi nei diversi uffici giudiziari.

⁷ Sentenza del quarto *Strafsenat* del 28 agosto 1997 (BGHSt 43, 195) e Sentenza del *Große Senat* del 3 marzo 2005 (BGHSt 50, 40).

⁸ Per una compiuta analisi dell'intervento legislativo si rinvia al commentario NIEMÖLLER/SCHLOTHAUER/WEIDER, *Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren*, München, 2010. Nella letteratura italiana RINCEANU, *La disciplina dell'intesa*, cit., 763 ss.

disposizione che impedisce di accordarsi sul non utilizzo dei mezzi di impugnazione, del cui libero utilizzo deve, al contrario, essere informato l'imputato. Naturalmente le previsioni riguardanti la verbalizzazione delle trattative e, ancor più, il persistere inalterato dell'obbligo in capo al giudice di ricercare la verità materiale degli accadimenti, nonostante la sussistenza di una confessione, sono state ampiamente criticate come in aperto contrasto con le ragioni di celerità proprie dell'utilizzo di un tale istituto giuridico⁹.

Le ragioni alla base dello stabilirsi di una tale prassi, seppur intuitivamente ravvisabili in una generale volontà di migliorare l'efficienza del sistema giudiziario attraverso la più celere definizione dei procedimenti, meritano forse di essere approfondite, se sono di così tale rilevanza da indurre i giudici tedeschi a violare in modo sistematico, come emerge dallo studio statistico commissionato dal tribunale costituzionale, la legge del 2009 sulle intese¹⁰. Lo stesso tribunale costituzionale non esita a ravvisare le ragioni di questo istituto, accanto alle note ragioni di aumento del contenzioso e di sempre maggior complessità dei procedimenti, soprattutto nel *mare magnum* del diritto penale di parte speciale¹¹, da un lato, nelle misure di risparmio che ciclicamente riguardano il sistema giudiziario e, dall'altro, nella valutazione del lavoro dei giudici e nella definizione dei carichi di lavoro spesso ancorata a riferimenti quantitativi. Tali ragioni così chiaramente identificate dal tribunale costituzionale dovrebbero, invero, far riflettere sulla stretta e per nulla teorica interdipendenza tra i modelli processuali e le strutture economiche, in grado di condizionare, come si vede, anche attraverso meccanismi tutto sommato periferici, i cardini del sistema giuridico.

3. I ricorsi oggetto della pronuncia

La pronuncia che si commenta trae origine, come detto, dalla riunione di alcuni *Verfassungsbeschwerde*.

I primi tre ricorrenti – primo e secondo ricorso – lamentano di essere stati condannati dal tribunale di Monaco di Baviera, sulla base di un'intesa processuale raggiunta con il giudice e il pubblico ministero, senza essere stati informati, prima di tale accordo, della possibilità per il giudice di non attenersi alla cornice edittale prospettata. Tale doglianza è stata respinta dal *Bundesgerichtshof*, poiché nei casi di specie il tribunale si era attenuto nell'irrogazione della pena alla cornice prospettata, in

⁹ Tra le tante riflessioni sul punto della dottrina tedesca si rinvia alla pregnante argomentazione di STUCKENBERG, *Anmerkung*, cit., 215, per il quale tra patteggiamento e ricerca della verità materiale non ci sarebbe una contraddizione logica, ma una insuperabile contraddizione teleologica.

¹⁰ SCHEINFELD, *Anmerkung*, cit., 299, osserva come lo studio ha superato anche i timori del più energico detrattore dell'istituto delle intese processuali. Molto più duro il commento di STUCKENBERG, *Anmerkung*, cit., 214, per il quale lo studio fornisce risultati "che si sarebbero piuttosto aspettati in Stati, ai quali si nega l'ingresso nell'Unione Europea per carente cultura dello stato di diritto" e ancora risultati che non possono essere che definiti "un parziale fallimento dello stato di diritto", tanto da concludere che "i giorni dell'orgoglio per lo stato di diritto della giustizia tedesca sono ad ogni modo per ora finiti".

¹¹ Più diffusamente sul punto HÖLL, *Die Entscheidung des BVerfG*, cit., 134.

modo tale da non far sorgere proprio quel pericolo in virtù del quale il legislatore ha previsto l'obbligo d'informazione all'imputato. La violazione dell'obbligo di informazione da parte del giudice in ordine alla possibilità di discostarsi dall'accordo costituirebbe, invece, a detta del ricorrente, una violazione dell'articolo 2 comma secondo della *Grundgesetz* (GG), in relazione ai principi del *nemo tenetur se detegere* e dell'equo processo e, in subordine, del diritto di difesa ex art. 19 comma quarto GG. L'obbligo informativo in questione sarebbe finalizzato a raggiungere un'autonoma e libera decisione dell'imputato in ordine alla possibilità di patteggiare, possibile soltanto laddove l'imputato sia messo in condizione, attraverso l'informazione ottenuta dal giudice, di valutare i rischi connessi alla possibilità per il giudice di non attenersi all'accordo raggiunto.

Il quarto ricorrente – terzo ricorso – lamenta di essere stato condannato dal tribunale di Berlino esclusivamente sulla base della confessione resa ai fini del patteggiamento e del capo di imputazione, con ciò integrandosi una violazione del dovere per il giudice di ricercare la verità materiale degli accadimenti. Il ricorso successivamente proposto al *Bundesgerichtshof* è respinto in quanto infondato. La sentenza di condanna rappresenterebbe per il ricorrente una lesione dei suoi diritti fondamentali ad una tutela giuridica effettiva e ad un equo processo, di cui agli articoli 2 commi primo e secondo, 19 comma quarto e 20 comma terzo GG.

Di fondamentale importanza risulta la prospettazione, nei primi due ricorsi, dell'illegittimità costituzionale dello stesso § 257 c StPO, norma centrale, come detto, dell'istituto delle intese processuali. Tale istituto sarebbe, a detta dei ricorrenti, in insanabile contrasto con i principi di colpevolezza e di legalità in materia penale, dai quali discenderebbe obbligatoriamente il dovere di ricerca della verità materiale. La legge del 2009 sulle intese processuali sarebbe, inoltre, assolutamente inadeguata a influire sulle prassi consolidate nei decenni precedenti e, comunque, conterrebbe, anche laddove pienamente attuata, una serie di norme in contrasto con i principi costituzionali, prima fra tutte la prosecuzione del giudizio in caso di rigetto dell'accordo con lo stesso giudice, chiaramente privo della necessaria neutralità¹².

4. La decisione del *Bundesverfassungsgericht*

Chi attendeva dal tribunale costituzionale tedesco una pronuncia di portata storica e di alto valore dottrinale sul tema della legittimità dell'istituto del patteggiamento rispetto ai principi fondamentali del diritto penale sostanziale e processuale è rimasto certamente deluso. Al centro della linea argomentativa del tribunale vi è soltanto la normativa posta dal legislatore nel 2009 e mai si tenta di porsi

¹² Si noti per inciso che a rappresentare i primi tre ricorrenti dinanzi al BVerfG era il Prof. Bernd Schünemann, certamente il più radicale oppositore in Germania delle intese processuali; si veda ancora RINCEANU, *La disciplina dell'intesa*, cit., 773.

a un più elevato livello di astrazione¹³. Completamente obliterato è il profilo, molto dibattuto in dottrina, del rapporto tra intese processuali e finalità della pena¹⁴. Piuttosto che affrontare *ex professo* la spinosa questione del patteggiamento, si preferisce svuotare l'istituto dei suoi essenziali requisiti, in linea con gli interventi del legislatore e del BGH. Il tribunale costituzionale si limita alla invero elementare constatazione che le intese processuali “portano con sé il rischio che i principi costituzionali non siano rispettati in modo esaustivo”, senza preoccuparsi di chiarire quali principi e in che modo questi siano messi in pericolo e quali norme riescano ad eliminare nella disciplina legislativa tale rischio¹⁵. Non è un caso che la legittimità costituzionale della *Verständigungsgesetz* sia dichiarata soltanto nelle motivazioni della sentenza, riprendendo nel dispositivo solo la decisione sui ricorsi individuali, opzione non dovuta ma di certo dall'alto valore simbolico¹⁶. Ripercorrendo, dunque, lo sviluppo della pronuncia, è necessario, in primo luogo, soffermarsi sulla legittimità dell'astratto intervento normativo, per passare, poi, a considerare la sua effettività nella prassi giudiziaria e giungere, infine, a descrivere brevemente la risoluzione dei casi oggetto dei ricorsi individuali al BVerfG.

4.1. La legittimità costituzionale della legge sulle intese processuali del 2009

Terminata l'esposizione dei ricorsi e delle argomentazioni addotte dai vari intervenienti sopra richiamati, il tribunale costituzionale opera una ricognizione dei principi cardine del diritto penale sostanziale e processuale, con l'intento di verificare la conformità agli stessi della disciplina legislativa introdotta nel 2009 sulle intese processuali. Ne viene fuori un elenco, addirittura sovrabbondante¹⁷, di principi penalistici così come via via elaborati nella giurisprudenza del BVerfG, sempre puntualmente richiamata, che ben potrebbe essere consigliato allo studente per l'esposizione didattica e compendiata.

Punto di partenza è naturalmente il principio di colpevolezza, ricavato dagli artt. 1 co. 1° e 2 co. 1° della Costituzione, che garantiscono la tutela della libertà umana e dell'autodeterminazione della persona, e dal principio costituzionale dello stato di diritto. Esso impone che ruolo fondamentale e ineludibile del processo penale sia la ricerca della verità materiale. Accanto a questo, il tribunale richiama i principi

¹³ In questo senso si esprime WEIGEND, *Anmerkung*, cit. 425, 426, per il quale il tribunale costituzionale avrebbe concentrato la propria attenzione più sulla forma che sulla sostanza. Con simili argomenti anche STUCKENBERG, *Anmerkung*, cit., 213, per il quale il BVerfG si limita ad affrontare i sintomi, piuttosto che la malattia, interessandosi solo alla prassi giudiziaria distorta senza problematizzare la stessa conformità dell'istituto dell'intesa processuale rispetto ai principi fondamentali del diritto penale.

¹⁴ Sul tema si è espressa con forse ancor maggiore frequenza la dottrina italiana, si veda in proposito la molto accurata ricostruzione di CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009, 279 ss.

¹⁵ NIEMÖLLER, *Anmerkung*, cit., 422; STUCKENBERG, *Anmerkung*, cit., 216.

¹⁶ Questa particolarità è sottolineata da NIEMÖLLER, *Anmerkung*, cit., 420.

¹⁷ Nota NIEMÖLLER, *Anmerkung*, cit., 420, come taluni dei principi esposti non vengano poi assolutamente richiamati nel prosieguo della pronuncia.

processuali dell'equo processo, del diritto al silenzio e al *nemo tenetur se detegere* dell'imputato, della presunzione di non colpevolezza, del diritto a un giudice terzo e imparziale e, infine, del diritto a una difesa tecnica.

Ricostruite in modo puntuale le norme costituzionali da applicare al caso in oggetto, il tribunale costituzionale passa, quindi, ad esaminare il nucleo centrale dei primi due ricorsi, cioè la pretesa illegittimità costituzionale del § 257 c StPO, il quale si porrebbe in violazione proprio dei principi appena richiamati. Diviene, dunque, indispensabile per il BVerfG ripercorrere ancora una volta le norme poste dal legislatore del 2009 per verificare la compatibilità dell'istituto che ne scaturisce con tali norme della *Grundgesetz*.

Innanzitutto, il tribunale valorizza l'invero chiara disposizione di cui al comma primo del § 257 c StPO, la quale, sancendo l'immutata validità del § 244 comma secondo StPO, conferma la sussistenza di un dovere di ricerca della verità materiale in capo al giudice anche in caso di raggiungimento di un'intesa processuale con l'imputato. Un'interpretazione in tal senso è avvalorata, inoltre, dal disposto del comma quarto del medesimo paragrafo, il quale sancisce la possibilità per il giudice di non dar seguito all'intesa raggiunta laddove si rilevino nuove circostanze di fatto o di diritto che rendano non più adeguata la cornice di pena pattuita. Le conseguenze di una tale interpretazione sono facilmente ricavabili secondo il BVerfG, da un lato, nel divieto di confessioni parziali o meramente formali e, dall'altro, nel dovere in capo al giudice di verificare in ogni caso la correttezza delle confessioni fornite, non essendo comunque mai sufficiente il mero controllo delle stesse sulla base degli atti già a disposizione del giudice. Il dovere di ricerca della verità materiale e il principio di colpevolezza impongono inoltre al giudice che oggetto di intesa non possa in alcun caso essere la qualificazione giuridica del fatto, neppure limitatamente alla presenza di eventuali circostanze aggravanti o attenuanti¹⁸.

Un altro punto qualificante della normativa in materia di intese processuali è la previsione di pregnanti obblighi di documentazione, volti a garantire la piena trasparenza e pubblicità del procedimento. In particolare, è previsto che, quandanche la possibilità di un'intesa sia discussa prima del dibattimento o al di fuori di esso, si debba verbalizzare il contenuto fondamentale di tali colloqui, quindi non soltanto dell'eventuale accordo raggiunto. Il verbale deve poi essere presentato nel dibattimento, unica sede idonea ad assicurare la trasparenza e la pubblicità del procedimento. La sede del dibattimento come luogo centrale per il raggiungimento dell'intesa è, oltretutto, l'unica in grado di garantire che i giudici popolari possano svolgere un ruolo non meramente passivo nel giudizio.

Di grande importanza è anche, a parere del tribunale costituzionale, la previsione di un obbligo di informazione in capo al giudice nei confronti dell'imputato in ordine alla possibilità di non dar seguito all'accordo, interpretata, proprio nel senso

¹⁸ Sostiene la non fondatezza di tale limitazione e comunque la semplicità nell'aggararla nella pratica, KUDLICH, *Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., 380.

prospettato dai ricorrenti, come tutela della libertà di scelta consapevole e responsabile dell'imputato rispetto alla possibilità di raggiungere un'intesa e dei relativi rischi.

Grande enfasi è posta, inoltre, dal tribunale costituzionale sul ruolo svolto dal consenso che deve essere necessariamente prestato all'accordo dal pubblico ministero, previsto a parere del tribunale costituzionale a garanzia del rispetto della legalità.

Il tribunale costituzionale apprezza, infine, l'espresso divieto di un'intesa sulla rinuncia ai mezzi di impugnazione e la mancanza di tutela rispetto a qualsiasi promessa del pubblico ministero nei confronti dell'imputato sull'utilizzo della facoltà di archiviare altri procedimenti pendenti. Soprattutto l'utilizzo puntuale dei mezzi di impugnazione può consentire di sanzionare il raggiungimento di intese in violazione delle previsioni di legge. Il tribunale costituzionale giunge, soprattutto, a ritenere obbligata, in virtù dei principi costituzionali, la cassazione delle sentenze di condanna raggiunte sulla base di intese non formalizzate nel rispetto degli obblighi di documentazione e trasparenza previsti dalla legge. L'operazione svolta nella pronuncia è sicuramente ardita, poiché si pone in netto contrasto con la disciplina dei vizi del procedimento, mai considerati dalla dottrina causa di nullità generale, come surrettiziamente fatto dal tribunale costituzionale¹⁹. Ancor più controversa è la stessa possibilità che tali questioni siano affrontate dal tribunale costituzionale, poiché, trattandosi dell'interpretazione del diritto comune e non delle norme costituzionali, tale attività ermeneutica andrebbe più correttamente lasciata al giudice di legittimità²⁰. Nel valutare la legittimità della legge sulle intese, pare quasi che il tribunale costituzionale intervenga a interpretarla e forgiarla per l'occasione, senza attenersi in alcun modo a quanto stabilito nel diritto vivente, con il rischio, naturalmente, di dichiarare la legittimità costituzionale di una legge in realtà inesistente nell'ordinamento giuridico²¹.

Le considerazioni svolte dal tribunale costituzionale portano lo stesso a concludere che tali norme, nel mettere a punto questa serie di obblighi e cautele, riescono nell'impresa di forgiare un istituto conforme ai principi costituzionali in materia penale, nonostante tale istituto porti con sé, in generale, una forte tensione con tali principi. Il giudizio di conformità a costituzione di tali forme di intese processuali non può essere svolto *una tantum* dal tribunale costituzionale, ma può e deve essere svolto in relazione alle diverse cautele e obblighi posti a tutela dei principi costituzionali e, soprattutto, alla loro concreta effettività; di qui l'invero inusuale

¹⁹ Una forte critica a questa argomentazione in NIEMÖLLER, *Anmerkung*, cit., 421, che ben sottolinea l'assoluta eccentricità rispetto alla sistematica delle nullità processuali tedesche. Simili rilievi in KUDLICH, *Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., 381; STUCKENBERG, *Anmerkung*, cit., 215 s.

²⁰ Molto critico sul punto NIEMÖLLER, *Anmerkung*, cit., 421, 422, il quale constata in più passaggi della pronuncia un travalicamento delle proprie competenze da parte del tribunale costituzionale.

²¹ NIEMÖLLER, *Anmerkung*, cit., 421, 422 esprime, a tal proposito, dubbi circa lo sviluppo argomentativo della pronuncia, concisamente così esposto "Il BverfG ha, nello spacciare suoi risultati interpretativi come contenuti della normativa, non già semplicemente presentato la Verständigungsgesetz, quanto piuttosto l'ha già preparata".

dichiarazione di legittimità costituzionale della norma “*in questo momento*”, a rendere esplicita la volontà del BVerfG di non ritenere la questione ormai per sempre risolta²².

4.2. L'effettività nella prassi della disciplina legislativa

Il tribunale costituzionale non può certo arrestare la sua indagine alla verifica della conformità costituzionale della legge sulle intese processuali così come da esso forgiata. Il dato di realtà che con prepotenza emerge da ultimo dallo studio empirico commissionato dal BVerfG non può certo essere nascosto. Il BVerfG non può evitare di chiedersi perché nella prassi le intese processuali seguano uno schema del tutto differente da quello ritratto nella pronuncia, perché la *Verständigungsgesetz* sia sistematicamente violata proprio da quei giudici che sono per norma costituzionale soggetti al diritto e alla legge. Se tale violazione fosse un'inevitabile conseguenza di una carenza strutturale della legge, allora essa dovrebbe dichiararsi incostituzionale, poiché non in grado di garantire tutela ai principi fondamentali del diritto penale. La risposta del tribunale costituzionale è, invece, un'altra: non a pretese carenze della legge sarebbe da addebitare la sua disapplicazione, quanto ad un'incapacità, da parte dei giudici, di interiorizzare le novità di recente apportate in materia di intese processuali, che ancora non hanno scalfito le abitudini *praeter legem* consolidate nei decenni passati, soprattutto in virtù della maggiore complessità e formalità delle nuove regole²³. Non nella legge risiederebbe, pertanto, la ragione della sua non applicazione, ma nella chiara volontà da parte dei giudici di non applicarla.

Semplicemente, osserva il BVerfG, è necessario sancire a gran voce che, al di fuori dello schema tracciato dalla *Verständigungsgesetz* e dalla pronuncia stessa, non vi è posto per altri modelli di intese processuali. Qualsiasi intesa informale in violazione delle norme dello StPO è da ritenersi illecita.

L'effettività dei meccanismi di garanzia dei principi fondamentali predisposti dalla legge deve, nonostante il vaglio positivo di legittimità costituzionale, essere costantemente e attentamente valutata dal legislatore, il quale dovrebbe intervenire con misure adeguate in caso di protrarsi delle prassi devianti o di manifestata necessità di integrazione dei suddetti meccanismi. Il mancato intervento da parte del legislatore sarebbe, in questo caso, da qualificare come incostituzionale.

²² L'utilizzo per ben sei volte dell'avverbio 'derzeit' è per STUCKENBERG, *Anmerkung*, cit., 213, motivo di speranza per un futuro auspicabile cambio di giurisprudenza da parte del tribunale costituzionale.

²³ Contro tale argomento le pungenti considerazioni di STUCKENBERG, *Anmerkung*, cit., 217, per il quale sarebbe normale aspettarsi da giudici professionisti la capacità di “interiorizzare” una legge di centrale importanza per il loro lavoro in meno di tre anni.

4.3. La decisione sui ricorsi individuali

Per quanto già enunciato dal tribunale costituzionale, è chiaro che tutti i ricorsi dei ricorrenti debbano essere accolti. Nei casi oggetto dei primi due ricorsi, infatti, vi è stata la violazione dell'obbligo informativo posto in capo al giudice nei confronti dell'imputato, previsto, come detto, a garanzia della libera e responsabile determinazione dell'imputato di raggiungere un'intesa. Nei casi oggetto di ricorso è allora riscontrabile una lesione dei principi costituzionali dell'equo processo e del *nemo tenetur se detegere*. Nel caso oggetto del terzo ricorso è ancor più palese il compiersi dell'intesa su uno schema del tutto confliggente con la disciplina codicistica. Il giudice viola, infatti, il suo dovere di ricerca della verità materiale, contentandosi di una confessione formale di mera accettazione dell'addebito. In questo caso, allora, sono violati i principi costituzionali di colpevolezza e di legalità. Tutte le decisioni giurisdizionali impugnate vengono, pertanto, annullate con rinvio. In particolare, nei primi due ricorsi è disposto un rinvio al BGH, il quale è chiamato a stabilire se gli imputati avrebbero comunque aderito all'intesa processuale se fossero stati avvertiti del rischio di rigetto dell'intesa da parte del giudice. Nel terzo ricorso, invece, il rinvio è disposto al tribunale di prime cure, stante la necessità di adempiere all'obbligo di ricerca della verità materiale dei fatti di causa.

5. Riflessioni conclusive

Non è facile comprendere la portata pratica di questa pronuncia del BVerfG. Anche se il monito esplicito è rivolto al legislatore, non può che costatarsi che il vero appello è rivolto ai giudici di merito e di legittimità. Solo questi, infatti, potranno decidere se abbandonare la prassi ora vigente delle intese informali, non assoggettate alla disciplina legislativa, o trovare nuovi e più celati modi per far continuare questa prassi, magari nascondendola sotto un velo di formale rispetto delle regole di trasparenza e di pubblicità²⁴. Nella non probabile ipotesi che vi sia un reale adeguamento dei giudici di merito e di legittimità alle prescrizioni della sentenza, sarebbe difficile vedere nell'istituto così modellato un vero strumento di deflazione del carico giudiziario e verosimilmente si assisterebbe a una profonda contrazione del numero dei procedimenti conclusi attraverso l'utilizzo di intese processuali²⁵.

Ancor più complesso è comprendere il significato del monito rivolto al legislatore. Il BVerfG non spiega in alcun modo quali misure sarebbe chiamato a compiere il parlamento nel caso di verificata permanente disapplicazione della legge

²⁴ Per WEIGEND, *Anmerkung*, cit., 426 è improbabile che la sentenza sortisca un qualche effetto sulla prassi giudiziaria, la quale provvederà ad adeguarsi in modo formalistico alla disciplina dettata dal BVerfG o peggio tornerà a nascondere come per tutti gli anni settanta lo stesso utilizzo di forme di intesa processuale.

²⁵ STUCKENBERG, *Anmerkung*, cit., 216.

da parte dei giudici²⁶. L'applicazione della legge appartiene, infatti, ai compiti del potere giudiziario e non si comprende come si possa garantire attraverso un'ulteriore legge. Soprattutto, sarebbe necessario chiedersi se davvero potrebbe dichiararsi incostituzionale una legge, ora dichiarata costituzionalmente legittima, perché non in grado di trovare applicazione da parte della giurisprudenza. La soluzione di abrogare la legge e, conseguentemente, eliminare l'istituto delle intese processuali, da un lato, riporterebbe alla passata situazione di anomia, nella quale intese processuali di ogni tipo sono nate e hanno prosperato, ma d'altro canto, rappresenterebbe il paradosso di un legislatore che premia con l'abrogazione la disapplicazione di una legge da parte del potere giudiziario²⁷.

Forse, allora, si può leggere questa sentenza come l'ultima manifestazione di una costante quanto forse disperata ricerca da parte di tutte le componenti del mondo della giustizia, di un equilibrio tra un istituto oramai ritenuto necessario e imprescindibile per un corretto funzionamento del sistema giudiziario e la volontà di non sconfessare i principi cardine del diritto penale. Il rischio concreto è che dichiarando sempre i principi fondamentali come inviolabili e non sottoponibili a bilanciamento, per di più con un interesse di economicità processuale, tali principi finiscano per essere salvaguardati in teoria e completamente disattesi nella pratica, dove l'interesse all'economicità processuale emerge con più forza e l'ineludibile bilanciamento diviene, di conseguenza, del tutto inadeguato²⁸. Il tribunale costituzionale, e ancor prima la dottrina, allora, stante la scelta obbligata di aprire all'utilizzo di questo istituto, avrebbero potuto occuparsi con maggior attenzione degli aspetti migliorabili della disciplina, dalla possibile previsione di un numero chiuso di reati o di cause di esclusione dell'intesa al necessario mutamento del giudice con il quale falliscano tentativi di intesa, fino ad arrivare alla posizione della vittima, in alcun modo contemplata dalla disciplina sulle intese²⁹.

²⁶ La soluzione da alcuni prospettata è l'utilizzo della responsabilità disciplinare di giudici e pubblici ministeri, come proposto proprio in caso di patteggiamento dal tribunale costituzionale austriaco nella sentenza OGH ÖJZ 2005, 275, si veda SCHEINFELD, *Anmerkung*, cit., 300 s. STUCKENBERG, *Anmerkung*, cit., 217 fa notare come non si capisca nemmeno quando il legislatore sia precisamente chiamato ad intervenire, stante la già ora deficitaria applicazione della legge.

²⁷ Simili considerazioni in NIEMÖLLER, *Anmerkung*, cit., 423 s.; WEIGEND, *Anmerkung*, cit., 426; STUCKENBERG, *Anmerkung*, cit., 218.

²⁸ Non arduo è il parallelismo con l'ordinamento italiano, dove la sentenza della Corte Costituzionale n. 313 del 1990 in tema di patteggiamento è stata autorevolmente giudicata come "abbastanza compromissoria e non priva di ipocrisia", FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in QG, 1991, 49.

²⁹ WEIGEND, *Anmerkung*, cit., 427 parla in proposito di ultima occasione persa per porre un rimedio a tali punti deficitari della disciplina legislativa delle intese processuali. Sui punti meritevoli di riforma della disciplina legislativa si vedano anche le considerazioni di RINCEANU, *La disciplina dell'intesa*, cit., 770.