

## INTRODUZIONE

La preponderante “irruzione” della logica negoziale nel processo penale è un fenomeno ormai ben noto ai moderni apparati giudiziari – tanto di *common law* quanto di *civil law* – oberati da elevatissime quantità di incombenze processuali, cui dover far fronte con risorse spesso insufficienti e inadeguate.

La “schizofrenica” produzione penale e, di conseguenza, la crescita vertiginosa del volume di fattispecie criminali disseminate nell'ordinamento giuridico – una vera e propria “penalizzazione” dell'ordinamento – hanno prodotto effetti nefasti non soltanto con riguardo all'efficienza della giustizia penale, vanificandone le irrinunciabili esigenze di celerità ed efficacia, ma – come naturale conseguenza – hanno altresì inciso (non certo in senso positivo) sulla stessa credibilità del “pianeta giustizia”.

Garantire il rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale – un valore che oggi sembra essere tornato al centro del dibattito politico – è allora divenuta un'ardua sfida per un sistema penale gravato dall'oggettiva impossibilità di assorbire tutti i procedimenti.

Per queste ragioni si è reso indispensabile potenziare quelle procedure di rapido smaltimento degli affari penali che si pongono in un'ottica alternativa rispetto al rito ordinario. Ciò significa l'inevitabile tramonto – sancito dal codice di procedura penale del 1988 – dell'ideale di processo “monolitico”, per far invece posto ad una pluralità di schemi processuali che, opportunamente dotati di ricche strutture premiali, possano contribuire a quella essenziale deflazione del carico giudiziario senza la quale il dibattito diventa sostanzialmente impraticabile.

In questa crisi del modello tradizionale di fare giustizia ha trovato un fertile terreno di sviluppo quella propensione ad attribuire agli attori del processo nuovi e più ampi poteri, segnalando una progressiva “privatizzazione” dei conflitti anche nella sfera penale a seguito dell'inserimento di elementi di “contrattazione” in talune procedure differenziate.

Tralasciando le diverse formule mediative e conciliative che si sostituiscono al

processo, l'attenzione è qui rivolta a quelle forme di negoziazione che trovano luogo direttamente nel processo – non sostituendolo bensì aggirandolo – quale rimedio alle croniche inefficienze degli ordinari dispositivi processuali.

In questi moduli, l'oggetto dell'accordo concerne le modalità di svolgimento del procedimento e, talvolta, verte direttamente sul merito del processo, spiegando così effetti sostanziali oltre che processuali, mediante la determinazione “contrattata” del trattamento punitivo dell'autore del reato.

In questo senso, l'istituto processuale che meglio incarna l'anima negoziale è senza dubbio il *plea bargaining* statunitense, noto non solo e non tanto per le eccezionali *performance* deflative che lo rendono uno strumento ormai imprescindibile per un'agile amministrazione processuale ordinaria, bensì anche per le vivacissime critiche mosse dalla dottrina più qualificata intorno alla mortificazione di molteplici principi essenziali che informano la giustizia penale.

A dimostrazione del successo ottenuto dalle procedure consensuali, possono citarsi altri esempi: le *informelle absprachen* nell'ordinamento tedesco; la *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* recentemente introdotta nel processo penale francese; la *conformidad – rectius, le conformidades* – nel sistema processuale spagnolo. Quest'ultima – un istituto per la verità assai risalente (datato addirittura 1882) che è entrato a far parte dell'orizzonte negoziale soltanto a partire dal 1988 con la *Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre* – è stata recentemente potenziata con un'importante riforma del 2002 che ha disegnato un'innovativa forma di procedere – il c.d. *juicio rápido* – in cui la *conformidad* acquista una rilevante connotazione premiale, fino ad allora sconosciuta.

Nell'ordinamento italiano, infine, l'esponente più evidente della giustizia penale negoziata è il c.d. patteggiamento, una peculiare procedura speciale disciplinata dagli artt. 444 ss. c.p.p. ormai prossima al compimento del ventesimo anno di applicazione nell'ambito del procedimento penale.

Il bilancio complessivo del suo considerevole periodo di vigenza, se non può dirsi pienamente soddisfacente dal punto di vista del suo utilizzo (nonostante il recente ampliamento sino a cinque anni del tetto di pena detentiva negoziabile), di certo risulta profondamente negativo per ciò che concerne un'impossibile armonia con i principi costituzionali.

Invero, la dottrina maggioritaria non ha potuto esimersi dal rilevare le forti

tensioni che il patteggiamento genera con il modello ideale di processo penale ricavabile dalla carta fondamentale, anche a seguito della riforma dell'art. 111 Cost. che ha introdotto nel nostro ordinamento i principi del c.d. giusto processo. Ancor più critica si è poi mostrata con riguardo alla prevalente interpretazione giurisprudenziale che nega la presenza di un completo accertamento giurisdizionale in sede di patteggiamento, denunciando la pericolosa deriva "mercantile" di un rito anticognitivo in grado di risolvere procedimenti aventi ad oggetto reati anche particolarmente gravi.

Si tratta di un punto in comune con la *conformidad*. Benché si registrino importanti differenze procedurali con il patteggiamento italiano a causa della peculiare conformazione del processo penale spagnolo, le riflessioni della dottrina iberica più attenta hanno evidenziato la difficile compatibilità di un istituto che trascura la questione della responsabilità penale di colui che "si conforma" all'imputazione formulata dall'accusa.

L'opportunità di guardare quanto avviene oltre i confini nazionali conferma, pertanto, che i rischi connessi alla giustizia penale negoziata sembrano essere maggiori dei vantaggi dispensati all'ordinamento che la ospita, compresi quei benefici in chiave deflattiva che pure sono ormai da stimarsi irrinunciabili per la sopravvivenza di un sistema processuale in profonda crisi.

Si tratta, allora, di soppesare prudentemente i valori che sottendono al processo penale al fine di realizzare un equilibrio ideale fra esigenze contrapposte – efficientismo e giurisdizione –, mettendo in chiaro, però, che alcuni di questi valori non possono essere obliterati da parte di un ordinamento che intenda rimanere fedele ai principi cardinali consacrati dalle moderne carte costituzionali.

Torino, ottobre 2009

## CAPITOLO I

### ORIGINI ED ESPERIENZE DI GIUSTIZIA PENALE NEGOZIATA

SOMMARIO: 1. L'espansione della negozialità nell'ambito della giustizia penale. – 2. La giustizia negoziata nell'esperienza statunitense: il *plea bargaining*. – 3. I punti di contatto fra *common law* e *civil law*: la raccomandazione R (87) 18, del 17 settembre 1987. – 4. Il percorso alternativo francese: la c.d. "terza via". – 4.1. La *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*. – 5. L'approccio dell'ordinamento tedesco agli schemi processuali alternativi. – 5.1 Le problematiche sollevate dalle *informelle absprachen*.

#### 1. L'espansione della negozialità nell'ambito della giustizia penale.

La necessità di garantire una maggior efficienza al sistema processuale contemporaneo costituisce l'oggetto di un ampio dibattito, strettamente connesso al futuro stesso della giustizia penale. Imponenti carichi di lavoro gravanti su procure e tribunali, ingolfamento della macchina giudiziaria, lentezza dei processi: si tratta di problematiche comuni che caratterizzano gli apparati processuali moderni, afflitti da un'incessante crescita della domanda a fronte di un'offerta che progressivamente si riduce<sup>1</sup>.

Gli studi sulle nefaste conseguenze dell'*overcriminalization* hanno evidenziato, in particolare, le difficoltà strutturali ed i limiti di capacità ed efficienza del sistema della giustizia penale, paventando il rischio di una giustizia selettiva e, dunque, parziale ed arbitraria<sup>2</sup>. In questo contesto, la ricerca di soluzioni idonee ad assicurare celerità ed

---

1. Così TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, in AA.VV., *Procedure penali d'Europa: Belgio, Francia, Germania, Inghilterra, Italia; sintesi nazionali e analisi comparatistiche coordinate sotto la direzione di Mireille Delmas-Marty*, Ed. italiana a cura di Chiavario, Padova, Cedam, 1998, 584. La cronica situazione di sovraccarico che caratterizza gli organi giudiziari (specialmente con riguardo ai reati di minor gravità, i c.d. reati "bagatellari") ha originato una crisi drammatica tanto in Italia quanto negli altri paesi europei. Si tratta, infatti, del comune fenomeno per cui non si riesce a far fronte, in via giurisdizionale, a tutte le manifestazioni illecite esistenti. Per un'ampia introduzione – anche in chiave storica – alle problematiche che vi sono connesse, v. PALIERO, «*Minima non curat praetor*». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, Cedam, 1985.

2. TULKENS, *ibid.* Il fenomeno è conosciuto in dottrina con differenti terminologie: ipercriminalizzazione, ipertrofia del diritto penale, pan-penalismo, inflazione penale. Ciò che è accaduto è che l'impiego indiscriminato della sanzione penale, sull'onda di reazioni emotive o valutazioni operate caso per caso ma senza un disegno organico di politica criminale, ha determinato la

economia al processo penale si è imposta come una priorità nell'agenda di riforma dei legislatori nazionali, allo scopo di diversificare la risposta punitiva dello Stato e favorire, di conseguenza, una significativa deflazione processuale. È in questa direzione che convergono i molteplici interventi di decriminalizzazione, depenalizzazione, nonché i fenomeni di *diversion* e deprocessualizzazione<sup>3</sup>, nella prospettiva di introdurre strumenti e tecniche processuali più flessibili o informali, tramite procedure di mediazione, conciliazione, transazione, o, più in generale, forme alternative di composizione del conflitto penale, accanto all'introduzione di procedure differenziate (accelerate o semplificate) che appaiono come condizioni ormai indispensabili per garantire la sopravvivenza dell'intero dispositivo processuale<sup>4</sup>.

In questo quadro, la c.d. giustizia penale negoziata (o consensuale) ha conosciuto un'eccezionale espansione, permeando di caratteri "negoziali" talune procedure alternative al processo ordinario. Si tratta, a ben vedere, di una tendenza comune in pressoché tutti i sistemi di giustizia penale occidentale, tanto di *common law* quanto di stampo continentale, in cui esistono diversi istituti processuali che, seppur

---

configurazione di una moltitudine di figure criminose, causando una vera e propria "penalizzazione" dell'ordinamento. Oltretutto, l'eccesso di criminalizzazione ha avuto riflessi negativi non solo sull'efficienza della giustizia penale, ma anche sulla sua credibilità: sovraccaricando gli uffici giudiziari di procedimenti aventi ad oggetto reati di scarsa gravità, si sono distolte le energie dal perseguimento di fatti veramente gravi, spesso favorendo il raggiungimento dei non troppo ardui traguardi prescrizione. «Si è così diffusa una coscienza sociale dell'impunità che ha alimentato la trasgressione penale». Cfr. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano. Concetto, fonti, validità, interpretazione*, Padova, Cedam, 2009, 57 ss.

3. Con il termine *diversion* s'intende, generalmente, «ogni deviazione del processo penale ordinario, anteriore alla sentenza di condanna pronunciata da un tribunale, che sfocia nella partecipazione dell'indiziato a qualunque programma non penale», il cui fine «non è di punire il colpevole, bensì di aiutarlo a risocializzarsi, o a risolvere il conflitto che lo ha condotto al reato». GREVI, *Rapporto introduttivo su "diversion" e "mediation" nel sistema penale italiano*, in *Rass. penit. e crimin.*, 1983, 47 ss. Sul tema v. anche RUGGIERI, *Diversion: dall'utopia sociologica al pragmatismo processuale*, in *Cass. pen.*, 1985, 538 ss.; CAMPANINI, *Alternative al giudizio penale nell'ordinamento nordamericano: le tecniche di diversion*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, 131 ss.; FANCHIOTTI, *Speranze e delusioni in U.S.A. nella ricerca di alternative al processo penale (con particolare riguardo al diversion)*, in *Giust. pen.*, 1983, III, 227 ss.

4. L'ampia e variegata gamma di tecniche processuali aventi fini deflattivi di cui dispone il legislatore hanno in comune un elemento: il fatto di consistere in modalità – legalmente predeterminate – di deviazione dal normale corso dell'azione penale, la quale, ove fondata nei suoi presupposti di fatto e diritto, sfocerebbe nella fase dibattimentale. PALIERO, «*Minima non curat praetor*», cit., 458.

Per una riflessione sulle alternative al processo (e nel processo) penale italiano allo stato attuale, v. CHIAVARIO, *Processo penale e alternative: spunti di riflessione su un «nuovo» dalle molte facce (non sempre inedite)*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, n. 2, 407 ss. Per uno studio analogo sull'ordinamento spagnolo v. GÓMEZ COLOMER, *Alternativas a la persecucion penal y principio de legalidad*, in *Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia* (<http://www.cej.justicia.es>), 2004, 3416 ss.

con discipline e modalità differenti, convergono nel conferire spazi rilevanti alla negozialità e, dunque, al consenso delle parti. Basti pensare al trionfo del *plea bargaining* negli Stati Uniti, alle *informelle absprachen* in Germania, alla c.d. “terza via” in Francia e la nuova procedura della *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, o ancora al complesso regime della *conformidad* nel sistema processuale spagnolo. La crescente rilevanza assunta da questi istituti nei rispettivi ordinamenti processuali consente di parlare di vera e propria “irruzione” della giustizia penale negoziata, che può essere spiegata, più in generale, tenendo conto anche del particolare momento di crisi in cui versano le regole giuridiche tradizionali<sup>5</sup>.

Da un lato, l'affollamento giuridico prodotto dal fenomeno della globalizzazione non significa solo la coesistenza di vecchi e nuovi soggetti economici e politici, ma implica soprattutto l'erosione della centralità delle tradizionali fonti del diritto, indebolendo, in particolare, il classico primato della legge ed il circuito decisionale preposto alla sua produzione, cioè quello parlamentare<sup>6</sup>. Il carattere tradizionalmente rigido dello strumento legislativo risulta non essere più adeguato per governare una società, come quella attuale, in continua trasformazione e protagonista di un'evoluzione quanto mai rapida e disordinata. Lo dimostra la frenetica produzione normativa che si registra in ogni ramo del diritto e che indica non già un segnale di forza quanto piuttosto un sintomo di debolezza, nell'intento illusorio di riuscire a gestire una realtà sociale cambiante e sfuggente<sup>7</sup>. In ambito penalistico, più specificamente, l'inflazione esponenziale di norme incriminatrici ha condotto al fenomeno del c.d. pan-penalismo o ipertrofia del diritto penale<sup>8</sup>.

---

5. Sul punto cfr. MANTOVANI-CAIANIELLO, *L'irruzione della negozialità nel sistema penale*, in *Ind. pen.*, 2002, 1195 ss.

6. FERRARESE, *Il diritto al presente*, Bologna, Il Mulino, 2002, 66.

7. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata. L'accertamento della responsabilità nell'applicazione della pena su richiesta delle parti tra ricerca di efficienza ed esigenze di garanzia*, Milano, Giuffrè, 2005, 9 ss. A questo proposito, l'espressione di “schizofrenia legislativa” coniata in dottrina è quanto mai calzante. Inoltre, a dispetto dei suoi «fasti quantitativi», la fonte legislativa starebbe andando incontro ad un sicuro declino qualitativo. Così FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit., 72.

8. Attraverso lo strumento della norma criminale e del relativo processo penale, troppo spesso si sono voluti contrastare fenomeni sociali e collettivi, diffusi e radicati, nella chimera che tutti i conflitti da questi derivanti dovessero e potessero essere risolti dalla giurisdizione penale, intesa come controllo sociale. Il pan-penalismo, tuttavia, ha creato più problemi di quanti ne sia riuscito effettivamente a risolvere. FALCONE, *Il prevedibile insuccesso dei riti alternativi*, in AA.VV., *La giustizia alternativa, riti, modelli, prospettive di un universo in transizione*, a cura di Bilotta e Scerbo, Torino, Giappichelli, 1990, 86.

Lo stesso sistema delle fonti del diritto, in effetti, ha subito un rapido assembramento, determinando uno scenario piuttosto caotico in cui, accanto al tradizionale strumento di normazione di competenza del Parlamento, quello legislativo, si affiancano fonti altre di giuridicità quali gli usi commerciali internazionali (o *lex mercatoria*), le norme derivanti dall'ordinamento comunitario, la tutela dei diritti umani, nonché un ruolo sempre più dinamico della giurisprudenza<sup>9</sup>. Ciò conduce a presenze miti del diritto (c.d. *soft law*), il quale finisce per diventare un'entità debole, fluida<sup>10</sup>.

Dall'altro lato, si è osservato che la crisi coinvolge anche la giurisdizione medesima. L'intervento del giudice, invero, «viene ritenuto sempre meno indispensabile e gli attori della scena processuale vengono responsabilizzati e direttamente investiti dell'amministrazione della giustizia». Nel sistema processuale civile questa tendenza si traduce nel ricorso in misura sempre maggiore a procedure arbitrali e conciliative, a cui si accompagna un conferimento sempre più ampio di poteri dispositivi alle parti private<sup>11</sup>.

In ambito penale, parallelamente, l'orientamento è quello di affidare direttamente alle parti il compito di risolvere il conflitto in via autonoma con il raggiungimento di un accordo che porti ad una soluzione condivisa, senza l'intercessione dello Stato, il quale rinuncia ad intervenire in modo autoritario con l'imposizione di una decisione giudiziaria unilaterale. Così, mediante la partecipazione attiva dei privati al processo penale, la giustizia negoziata si colloca in un quadro di

---

9. FERRARESE, *Il diritto al presente*, cit., 69. Quello a cui si assiste è una crisi dei modelli tradizionali di fare diritto, ed alla nascita di una "rete normativa" complessa, legislativa e giudiziaria, nazionale, comunitaria e internazionale: un complicato intreccio di fonti di produzione delle norme e di un pluralismo giuridico tanto orizzontale quanto verticale. Così DONINI, *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cass. pen.*, 2003, 1814-1815.

10. V. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992. Cfr. anche NOBILI, *Nuovi modelli e connessioni: processo – teoria dello Stato – epistemologia*, in *Ind. pen.*, 1999, 35. In dottrina si è parlato di post-modernità o post-modernismo giuridico, in cui, da un lato, si osserva lo sviluppo di fenomeni di globalizzazione e, dall'altro lato, un'opposta frammentazione del diritto e della società. Così PIZZETTI, *Il giudice nell'ordinamento complesso*, Milano, Giuffrè, 2003, 59 ss. V'è stato poi chi, osservando le incidenze dell'ordinamento comunitario su quello nazionale, ha suggerito l'utilizzo della metafora del Medioevo del diritto: una pluralità di fonti che coesistono ed un intreccio di particolarismo ed universalismo che ricorda alcuni aspetti dell'epoca giuridica medievale. DONINI, *Un nuovo medioevo penale?*, cit., 1816.

11. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., 12. Cfr. anche la recentissima riforma del diritto processuale civile adottata con legge 18 giugno 2009, n. 69 (in *Gazz. Uff.* 19 giugno 2009, n. 140, Suppl. Ord. n. 95) che contiene, fra l'altro, una delega al Governo per adottare uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale (art. 60).

tendenziale “privatizzazione” dei conflitti, la cui definizione, mediante appositi strumenti, viene restituita ai suoi protagonisti diretti<sup>12</sup>. Ciò si concretizza, ad esempio, nella predisposizione di schemi e modelli alternativi che sottendono ad una giustizia “cercata dalle parti”, come la mediazione fra vittima e autore del reato, la quale viene a sostituirsi alla tradizionale risoluzione del conflitto mediante lo svolgimento di un processo ordinario<sup>13</sup>.

In aggiunta, l'innesto di istituti a carattere negoziale nell'ordinamento penale consegue, altresì, al mutamento del rapporto tra autorità e individuo: il proliferare di nuove modalità di composizione delle controversie sociali, le quali vengono progressivamente sottratte alla tradizionale forma di controllo rappresentata dal sistema penale nella sua natura repressiva, indica una nuova concezione dello Stato ed un nuovo modo di concepire il rapporto fra Stato e cittadino. Si è rilevato come un settore sempre più vasto dell'ordinamento penale attribuisca una crescente importanza alla volontà del singolo a scapito della giustizia “imposta” o “egemonico-burocratica”<sup>14</sup>.

Un aspetto ulteriore che corrode l'universo della giustizia tradizionale è rappresentato dall'irrompere di culture anti-idealiste, apertamente improntate a logiche di tipo economico-processuali dentro l'accertamento della responsabilità penale<sup>15</sup>. Il

---

12. GARUTI, *Dal dissenso immotivato alla giustizia riparatoria: lo stato dei poteri dispositivi delle parti*, in *Studium iuris*, 2002, 1340. Ne consegue che il modello di diritto penale come intervento autoritario ed unilaterale a difesa dei valori sociali cede lentamente il passo ad un modello di gestione, in contraddittorio, di interessi personali. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., 587.

13. La mediazione può essere considerata a pieno titolo un modello di *problem solving* di tipo negoziale. Come osserva MANNOZZI, *Problemi e prospettive della giustizia riparativa alla luce della Dichiarazione di Vienna*, in *Rass. penit. e crimin.*, 2000, 20, «nella mediazione, in particolare, la soluzione del conflitto, lungi dall'essere imposta “dall'alto”, scaturisce dalla dialettica del rapporto autore/vittima attraverso un percorso – le cui fasi intermedie sono costituite dall'incontro, dal dialogo, dall'offerta di scuse formali o di riparazione da parte del reo, dall'accettazione delle scuse e/o della riparazione da parte della vittima – che, se ben guidato dal mediatore può portare al superamento (o ad una evoluzione in direzione positiva) del conflitto stesso». Sulla mediazione in generale v. anche VIANELLO, *Per uno studio giuridico della mediazione penale*, in *Sociol. dir.*, 1999, n. 2, 81 ss.

14. MANTOVANI-CAIANIELLO, *L'irruzione della negozialità*, cit., 1222.

15. Nell'ordinamento processuale italiano, ad esempio, la commisurazione della pena in certi casi deve tener conto del fatto che il condannato abbia dato un contributo all'accelerazione del processo. A parità di offesa e di colpevolezza, il suo contributo all'economia processuale gli vale uno sconto di pena “meritata”. In altre parole, alla nuova amministrazione della giustizia appartengono valori economici, di utilitarismo processuale: è quanto avviene nell'ambito del patteggiamento. DONINI, *Un nuovo medioevo penale?*, cit., 1817.

Secondo GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: necesidad de su reforma y examen de las sucesivas reformas*, in *Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia* (<http://www.cej.justicia.es>), 2004, 5054, a proposito della c.d. *conformidad premiada* – che permette di negoziare una pena ridotta di un terzo –, si ignorano le ragioni di politica criminale che giustificano tale riduzione, senza richiedere alcun altro requisito aggiuntivo: non può che trattarsi, allora, dell'esigenza di ottenere più rapidamente possibile una sentenza di condanna.

rischio è che la stessa funzione del giudice non sia più quella di accertare una verità preesistente al processo allo scopo di applicare autoritativamente una pena che il colpevole subirà, ma diventi piuttosto un'attività dialogica, discorsiva – volta alla costruzione di una “verità negoziata” – pericolosamente attigua alla logica che permea i sistemi di contrattazione privatistica. Il processo, così, tende ad assumere quella funzione di composizione di conflitti che è tipica dei sistemi *adversary* di *common law*, e la pena – di conseguenza – non consiste più nel semplice subire una punizione inflitta, ma diventa il prodotto di un dialogo, il risultato di un'operazione di mediazione e dialettica<sup>16</sup>.

È in questo scenario, composito e mutevole, di diversificazione di pene e misure, di ridimensionamento del ricorso alla pena detentiva e nel diffondersi di modalità alternative di risoluzione delle liti, che si inserisce la giustizia negoziata, le cui teorie, peraltro, sono fortemente avversate da opposte correnti dottrinali che postulano la via di una complessiva riforma del sistema sanzionatorio, tralasciando qualsiasi elemento di negoziabilità processuale, in nome di un nuovo diritto criminale: si tratta del c.d. “diritto penale minimo”<sup>17</sup>.

La giustizia negoziata, da ultimo, è anche vista come un efficace strumento per soddisfare talune esigenze della giustizia penale proprie dell'epoca contemporanea, *in primis* la necessità di dotarsi di meccanismi processuali che conferiscano rapidità di reazione alle crescenti manifestazioni della microcriminalità, ascrivibili soprattutto alla delinquenza urbana – la più visibile e irritante – che più richiama nell'opinione pubblica un forte bisogno di sicurezza; di conseguenza, i legislatori pongono particolare attenzione verso l'allestimento di procedure celeri e snelle che consentano una risposta efficiente ed immediata dell'ordinamento, anche se attenuata da elementi premiali e sacrificando, talvolta, talune garanzie processuali<sup>18</sup>.

---

16. In questo senso, DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Ind. pen.*, 2001, 1060.

17. Fra gli Autori che hanno sostenuto questa teoria, v. AA.VV., *Diritto penale minimo*, a cura di Palombarini e Curi, Roma, Donzelli, 2002; FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in *Crit. dir.*, 2001, 44 ss.; nonché una critica di DOLCINI-MARINUCCI, *Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 802 ss., a cui segue la risposta di FERRAJOLI, *Sul diritto penale minimo (risposta a Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini)*, in *Foro it.*, 2000, V, 125 ss.

18. In quest'ottica il “patteggiante privato” è descritto come «un cinico utente di una clemenza necessitata di uno Stato sempre più oppresso dalla criminalità grande, media e piccola». Patteggiamento e patteggiante, in tal guisa, possono essere visti come «strumenti di propaganda della giustizia statale che vuol intimidire i cittadini e rassicurare la pubblica opinione, dimostrando di essere in grado di applicare una pena ridotta, ma certa e pronta». Così, BEVERE, *Il patteggiamento: la gestione negoziale degli affari penali, le parti e i loro diritti, i poteri e i doveri del giudice*, in *Quest. giust.*, 1992, n. 2, 356.

Premesso ciò, per comprendere in che termini e in che misura il fenomeno negoziale penetra negli ingranaggi della procedura penale, risulta indispensabile precisarne previamente il concetto e, pertanto, cercare di delimitarne i confini: si tratta di un'operazione che non appare del tutto agevole, considerata anche la peculiare genericità della negozialità sul piano teorico e le diverse sfumature che di essa si registrano sul piano operativo.

Posto che la giustizia negoziata può assumere forme affatto diverse fra di loro, spesso ambigualmente collocate a cavallo fra diritto sostanziale e diritto processuale, l'assenza di una disciplina unitaria implica, soltanto a livello terminologico, una quantità di etichette: giustizia negoziata, consensuale, concertata, pattizia, contrattuale, partecipativa, conciliativa, restaurativa e così via<sup>19</sup>. Pertanto, considerato il dato normativo e la quotidianità della prassi, le forme concrete che assume la giustizia consensuale sono differenti, giacché non tutte rispondono pienamente ad un modello ideale comune.

In termini generali, nella giustizia penale negoziata si configura un vero e proprio incontro di volontà, di diversa forma e contenuto, fra i soggetti istituzionali del procedimento – polizia, autorità giudiziaria, accusato e vittima – i quali, mossi da interessi contrapposti, raggiungono un compromesso il cui effetto principale è quello di alterare, in certa misura, la normale sequenza procedimentale legislativamente stabilita<sup>20</sup>.

Un primo dato, dunque, è che le forme negoziali partecipano tutte della medesima natura: la negoziazione della risoluzione del conflitto allo scopo di evitare lo svolgimento ordinario del processo.

Per far luce sui contorni di una definizione così ampia si possono assumere come riferimento diversi criteri distintivi: ad esempio, focalizzando l'attenzione ai soggetti che vengono interessati dalla negoziazione e, in particolare, a seconda che la

---

19. TULKENS-VAN DE KERCHOVE, *La justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée?*, in *Rev. dr. pén. et crim.*, 1996, 7 ss.

20. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., 5. Cfr. anche CHIAVARIO, *La justice négociée: une problématique à construire*, in *Arch. pol. crim.*, 1993, 27 ss., il quale descrive le forme di negoziazione come dei meccanismi mediante cui i singoli – in base ad accordi fra di essi ovvero per altre manifestazioni di volontà – hanno la possibilità di giocare un ruolo decisivo nell'attuazione della giustizia penale, sino ad impedire il perseguimento o anche a bloccare la procedura. V. anche MARZADURI, *Poteri delle parti e disponibilità del rito nella giustizia negoziata*, in AA.VV., *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di Giostra e Insolera, Milano, 1998, 91.

vittima partecipi o meno alla procedura: nel primo caso si tratterà di una procedura che si avvicina ad una mediazione e, pertanto, di una forma di riconciliazione fra i soggetti coinvolti nella vicenda conflittuale; nel secondo caso la contrattazione riguarda esclusivamente l'accusa e la difesa, in modo diretto ovvero sotto il controllo giurisdizionale del giudice. Ma le procedure consensuali possono essere distinte anche in base all'oggetto dell'accordo: ad esempio, l'utilizzo di una prova, il procedimento da seguire oppure l'intero contenuto del provvedimento giurisdizionale; o ancora con riguardo alla fase temporale del procedimento in cui l'accordo viene sancito, ovvero in base al carattere più o meno premiale del rito consensuale.

Prima di procedere ad un approfondimento sulle espressioni della giustizia penale negoziata nell'ordinamento italiano – e segnatamente sul patteggiamento e le problematiche che esso implica – è opportuno volgere lo sguardo ai meccanismi negoziali presenti nei principali sistemi di giustizia stranieri – Stati Uniti d'America, Francia, Germania e, con particolare attenzione, Spagna – considerando, altresì, le influenze derivanti dagli organi di carattere sovranazionale.

## **2. La giustizia negoziata nell'esperienza statunitense: il *plea bargaining*.**

Nell'amministrazione della giustizia penale statunitense<sup>21</sup>, gli strumenti di giustizia negoziata rivestono, in generale, un ruolo determinante nella definizione dei procedimenti: fra questi, senza alcun dubbio, primeggia il *plea bargaining*<sup>22</sup>, ossia la trattativa condotta dalle parti – accusa e difesa – finalizzata ad ottenere l'ammissione di

---

21. Sul processo penale d'oltreoceano, v. il recente contributo di AA.VV., *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, a cura di Gambini Musso, III ed., Torino, Giappichelli, 2009; FANCHIOTTI, *Processo penale statunitense*, in *Enc. dir.*, Annali II, Tomo 1, Milano, Giuffrè, 2008, 808 ss.; ID., *Processo penale nei paesi di Common Law*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. X, Torino, Utet, 1995, 156 ss.; ID., *Lineamenti del processo penale statunitense*, Torino, Giappichelli, 1987; AA.VV., *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di Amodio e Bassiouni, Milano, Giuffrè, 1988.

22. Sul *bargaining*, fra le tante opere della letteratura americana e italiana, v. ALSCHULER, *The Prosecutor's Role in Plea Bargaining*, in 36 *The University of Chicago Law Review*, (1968), 50 ss.; ID., *The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining*, in 84 *The Yale Law Journal*, (1975), 1179 ss.; ID., *The Trial Judge's Role in Plea Bargaining, Part I*, in 76 *Columbia Law Review*, (1976), 1059 ss.; BROWN, *Meriti e limiti del patteggiamento*, in AA.VV., *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di Amodio e Bassiouni, Milano, Giuffrè, 1988, 131 ss.; FANCHIOTTI, *Spunti per un dibattito sul Plea Bargaining*, *ivi*, 271 ss.; GAMBINI MUSSO, *Il plea bargaining tra common law e civil law*, Milano, Giuffrè, 1985; ID., *Il "plea bargaining" negli USA: più inconvenienti che vantaggi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, 115 ss.

colpevolezza dell'accusato in cambio di un trattamento sanzionatorio più leggero. La dichiarazione di colpevolezza (*plea of guilty*), allorché venga resa prima dell'avvio della fase dibattimentale, comporta la progressione del procedimento direttamente alla fase del *sentencing*, evitando così la celebrazione del *jury trial*<sup>23</sup>: per l'organo d'accusa la contropartita in termini di economia processuale è apprezzabile, tenendo anche conto della complessità del giudizio *adversary* che si svolge dinanzi alla giuria.

Le forme concrete a cui il *plea bargaining* può assurgere sono fondamentalmente due: nel *sentence bargaining* il *prosecutor*, in cambio della dichiarazione di colpevolezza dell'imputato, s'impegna a raccomandare al giudice l'applicazione di una sanzione più mite rinunciando, ad esempio, a contestare all'imputato determinate circostanze aggravanti oppure evitando di richiedere aumenti di pena riguardo la recidiva, ovvero s'incarica di chiedere la concessione di alcuni benefici penitenziari<sup>24</sup>; nel *charge bargaining*, invece, l'accusato *pleads guilty* ricevendo in cambio la derubricazione dell'imputazione o la cancellazione di una o più imputazioni da parte del *prosecutor* (quest'ultima ipotesi è anche detta *count bargaining*).

Di frequente, le due forme principali dell'istituto s'intersecano fra di loro<sup>25</sup>, dando vita agli accordi più svariati, modellabili a seconda delle singole esigenze da soddisfare<sup>26</sup>. In ciò certamente influisce anche il carattere discrezionale dell'esercizio dell'azione penale vigente nell'ordinamento statunitense, costituente uno degli aspetti preminenti della pubblica accusa. La dottrina nordamericana suole parlare di *prosecutorial discretion*: il pubblico ministero, di fronte alle notizie di reato ricevute,

---

23. Il processo nordamericano è caratterizzato da uno sdoppiamento del giudizio in due fasi (*bifurcation*): la prima fase è dedicata all'accertamento del fatto e della responsabilità penale dell'imputato; la seconda, il *sentencing*, è dedicata allo studio della personalità del colpevole ed alla considerazione delle circostanze aggravanti o attenuanti allo scopo della determinazione della pena in concreto.

24. Va osservato che i vantaggi derivanti dall'accordo possono anche riguardare soggetti diversi dall'imputato, potendo consistere, ad esempio, nell'archiviazione del procedimento a carico di un'altra persona legata da vincoli di parentela all'imputato stesso. FANCHIOTTI, *La giustizia negoziata in U.S.A.*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, n. 7, 870.

25. Il termine "istituto" non sarebbe forse il più adatto, giacché il *plea bargaining* non è mai stato ufficialmente istituito da un legislatore, ma è solo una prassi invalsa, consacrata dall'uso. ODDONE, *Una Seveso giuridica? Il plea bargaining o patteggiamento dagli Stati Uniti all'Italia*, in *Quest. giust.*, 1985, n. 2, 457.

26. In molti ordinamenti processuali, si applica una forma mista che permette di definire il processo mediante un *sentence* ed un *charge bargaining*. Talvolta, il *prosecutor* può ottenere altri vantaggi condizionando l'accordo con l'imputato all'impegno di costui a testimoniare contro complici giudicati separatamente: si tratta del c.d. *bargaining for testimony*. In generale, i contenuti possono essere i più vari: per una esemplificazione v. FANCHIOTTI, *Spunti per un dibattito sul Plea Bargaining*, cit., 282.

decide – in modo libero ed insindacabile – se esercitare o meno l'azione penale, per quali tipologie di reati esercitarla, se abbandonare un'accusa già iniziata, se ricorrere a istituti di *diversion* ovvero se negoziare il contenuto dell'azione penale con l'accusato, dietro rilascio della *plea of guilty*<sup>27</sup>. In questi termini, è evidente come l'ampia libertà di scelta in capo al *prosecutor* abbia permesso che le forme di giustizia negoziata attecchissero e si sviluppassero nell'ordinamento d'oltreoceano in modo straordinario.

I dati statistici circa l'utilizzo del *plea bargaining* ne indicano, infatti, un successo irrefutabile: soltanto un 5-10% dei casi portati dinanzi ai giudici penali sfocia nella fase dibattimentale<sup>28</sup>. Esso, pertanto, è divenuto ormai da tempo il principale meccanismo di smaltimento delle incombenze penali<sup>29</sup>.

Nondimeno, la reale estensione della *negotiated justice*, di cui il *plea bargaining* è certamente l'espressione più visibile, di per sé non è esattamente qualificabile, poiché non sempre è possibile distinguere se una *guilty plea* sia frutto di un precedente accordo o meno. Ad ogni modo, si ritiene che l'area del *bargaining* coincida a grandi linee con quella delle ammissioni di colpevolezza, anche perché la negoziazione, soprattutto per i reati meno gravi, assume sovente una forma implicita senza che debba neppure svolgersi una formale trattativa nel caso concreto; in certi ordinamenti statali, invero, alla dichiarazione di colpevolezza per un determinato reato consegue quasi automaticamente l'applicazione di una "tariffa" sanzionatoria fissa, generalmente

---

27. GASPARINI, *Il prosecutor e le scansioni dell'azione penale*, in AA.VV., *Il processo penale statunitense. Soggetti ed atti*, a cura di Gambini Musso, III ed., Torino, Giappichelli, 2009, 42.

28. GASPARINI, *Il prosecutor e le scansioni dell'azione penale*, cit., 53. Chiaramente, dato l'orizzonte estremamente composito del sistema processuale nordamericano – che comprende tante giurisdizioni quanti sono gli Stati membri dell'Unione – i dati che si registrano localmente possono variare sensibilmente. Ad esempio, RODRÍGUEZ GARCÍA, *La justicia penal negociada: experiencias de derecho comparado*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1997, 111, riporta che nello Stato dell'Oregon l'incidenza del *bargaining* varia da un 0% in alcune contee al 95% in altre, sul totale dei *pleas* prodotti; similmente, nella North Carolina si è osservato come il numero delle dichiarazioni di colpevolezza passi da un 10% ad un 80% in base al distretto studiato. Il medesimo Autore, citando SALTZBURG, sottolinea che le percentuali variano anche perché vi sono differenti criteri terminologici e metodologici con cui i casi sono presi in considerazione: alcuni organi giurisdizionali fanno i propri calcoli in base al numero degli accusati, altri secondo il numero dei soggetti condannati, altri ancora secondo il numero degli *indictment*.

29. Nella realtà, dunque, il *trial* costituisce l'eccezione piuttosto che la regola: come afferma efficacemente HUGHES citato da RODRÍGUEZ GARCÍA, *La justicia penal negociada: experiencias de derecho comparado*, cit., 110, «*the trial has become no more than an occasional adornment on the vast surface of the criminal process*». A ciò si aggiunga un dato ulteriore: in virtù della discrezionalità dell'azione penale del *prosecutor*, nella sola fase pre-processuale per ben il 75% del volume degli affari penali in ambito federale, e per il 50% in ambito statale, non viene esercitata l'azione penale. GASPARINI, *Il prosecutor e le scansioni dell'azione penale*, cit., 43.

inferiore a quella normalmente applicata per lo stesso reato in caso di condanna a seguito del dibattimento<sup>30</sup>.

La filosofia negoziale su cui poggia il *bargaining* trova un terreno fertile in molti tratti del modello processuale *adversary* ed in particolare nel meccanismo formulare del processo statunitense, cioè in quel preciso momento in cui l'accusato è chiamato ad esprimersi sulla propria colpevolezza (*pleading*). L'accentuato carattere *adversarial* che impregna il processo medesimo, inoltre, rappresenta un'importante argomentazione, seppur criticabile, per spiegare il largo successo conosciuto dalle pratiche negoziali: secondo questa visione, il processo si limita ad essere un mezzo per la risoluzione dei conflitti in cui le parti, sovrane nel determinare i propri interessi e dotate di ampi poteri dispositivi, si misurano utilizzando le proprie armi strategiche<sup>31</sup>: è – per dirla con DAMAŠKA – il «modello del combattimento»<sup>32</sup>. I contendenti, in via di principio, sono liberi anche di rinunciare ai diritti che sono loro accordati nel processo: in quest'ottica, i diritti sono utilizzabili come strumenti di contrattazione fra le parti in causa, mentre il giudice assume un ruolo eminentemente passivo, di arbitro, di mediatore di contrapposti interessi<sup>33</sup>.

L'eloquenza delle statistiche sopra citate, comunque, non lascia dubbi sulla

30. FANCHIOTTI, *La giustizia negoziata in U.S.A.*, cit., 871.

31. Ciò corrisponde al modello processuale tipico dello “Stato reattivo”, opposto al modello di processo dello “Stato attivo” il quale, al contrario, è volto all'attuazione di scelte politiche. Cfr. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*, trad. it. di Giussani e Rota, Bologna, Il Mulino, 1991.

32. Secondo questo orientamento di pensiero, ogni pretesa di verità può essere sacrificata, con il paradosso che il processo nordamericano utilizza strumenti più efficaci per ottenere la verità nelle cause civili che penali. Significative sono le parole di DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere*, cit., 219: «La verità genera odio ed accentua il conflitto, perché dire la verità vuol dire troppo spesso offendere gravemente. Un processo diretto a massimizzare lo scopo della risoluzione dei conflitti non può quindi aspirare contemporaneamente a massimizzare l'esattezza dell'accertamento del fatto». E ancora: «La decisione nel modello della risoluzione dei conflitti non è tanto una descrizione del vero stato delle cose, quanto una decisione che risolve la discussione tra le parti, come un trattato di pace che pone termine ai combattimenti».

Alcuni Autori sono però fermamente contrari alla lettura secondo la quale i patteggiamenti (quello italiano ma anche il *plea bargaining*) siano una conseguenza logica del modello *adversary*: se l'essenza del processo accusatorio sta nel contraddittorio nella formazione della prova, il patteggiamento ne sarebbe l'antitesi, giacché la sentenza che ne deriva si fonda su materiali raccolti segretamente dagli organi inquirenti. Così FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2000, 778 ss. Cfr. anche FERRUA, *Diritto penale minimo e processo accusatorio*, in AA.VV., *Diritto penale minimo*, a cura di Palombarini e Curi, Roma, Donzelli, 2002, 204.

33. Il controllo del giudice in ordine alle rinunce delle parti spesso è superficiale o limitato al requisito della volontarietà, ed il rifiuto di ratificare gli accordi negoziati dalle parti rimane un evento inconsueto. Benché le ammissioni di colpevolezza (anche non negoziate) siano soggette a controllo giudiziale, esse sono in gran parte accettate in modo “*routinario*” dalla maggioranza dei giudici. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere*, cit., 178.

consistenza dei benefici che, quanto a celerità del processo ed assorbimento dei carichi di lavoro, conseguono all'intero sistema, non senza dover pagare, però, un caro prezzo in termini di tensione con i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione<sup>34</sup>. La dottrina più qualificata, invero ha evidenziato da tempo come il *bargaining* sia una forma di degradazione della giustizia penale, in quanto porta i giudici, gli organi dell'accusa ed i difensori a snaturare il proprio ruolo, senza peraltro riuscire a tutelare correttamente né gli interessi della società né i diritti dell'imputato<sup>35</sup>.

Le ragioni che giustificano la considerevole diffusione raggiunta dalla giustizia negoziata nell'ordinamento nordamericano, sono ascrivibili, in gran parte, ai vantaggi che l'istituto dispensa ai soggetti che intervengono nel processo<sup>36</sup>.

Dal punto di vista del rappresentante dell'accusa, anzitutto, la risoluzione negoziata del processo si traduce in un prezioso strumento che gli consente di contenere l'enorme mole di procedimenti cui deve far fronte. Oltretutto, l'interesse ad ottenere la rapida condanna dell'imputato – benché ad una pena minore di quella che potrebbe ottenere a seguito del *trial* – rileva anche in vista di una possibile carriera politica<sup>37</sup>. Per contro, il rischio di abusi non è certo irrilevante: ad esempio, sono note le prassi che vedono un utilizzo prolungato della *pretrial detention* come mezzo di pressione e convincimento durante la trattativa; le pratiche dell'*overcharging*, con cui i *prosecutors*

---

34. Occorre osservare poi che, nonostante il suo larghissimo utilizzo, il *plea bargaining* non ha riscosso una piena approvazione da parte dell'opinione pubblica. Alcuni esponenti del mondo politico hanno promosso campagne in favore della riforma del patteggiamento nell'intento di limitarne l'applicazione relativamente ai reati più gravi. In California, ad esempio, nel 1982 si tenne un referendum al fine di restringere l'applicazione del *bargaining* riguardo i *felony*: la riforma fu approvata con una maggioranza del 56% dei votanti. BROWN, *Meriti e limiti del patteggiamento*, cit., 141.

35. Fra i più critici, SCHULHOFER, *Plea bargaining as disaster*, in 101 *The Yale Law Journal*, (1992), 1979 ss.; LANGBEIN, *Torture and plea bargaining*, in 46 *The University of Chicago Law Review*, (1978), 3 ss.; ROSS, *Bordenkircher v. Hayes: ignoring prosecutorial abuses in plea bargaining*, in 66 *California Law Review*, (1978), 875 ss.; NOTE, *The Unconstitutionality of Plea Bargaining*, in 83 *Harvard Law Review*, (1970), 1387 ss.; per una posizione difensiva del *bargaining*, invece, v. SCOTT & STUNTZ, *Plea bargaining as contract*, in 101 *The Yale Law Journal*, (1992), 1909 ss.

36. Per le indicazioni di carattere storico, invece, si rimanda ad ALSCHULER, *Plea bargaining and its history*, in 79 *Columbia Law Review*, (1979), 1 ss.; GAMBINI MUSSO, *Il plea bargaining tra common law e civil law*, cit., 5 ss.; FANCHIOTTI, *Origini e sviluppo della "giustizia contrattata" nell'ordinamento statunitense*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1984, 56 ss.

37. L'ufficio dell'accusa si trova a doversi destreggiare fra la necessità di amministrare l'enorme flusso di lavoro con la massima celerità ed il minimo dispendio di risorse, e, al contempo, l'esigenza di soddisfare l'opinione pubblica circa l'effettiva ed efficace repressione della criminalità. Inoltre, dal momento che l'esercizio della funzione d'accusa è spesso considerato come un trampolino di lancio per ricoprire importanti cariche politiche, il fatto di esporre un numero elevato di condanne costituisce, senza dubbio, un'ottima presentazione.

tendono a “sovraccaricare” le accuse per accrescere la propria forza contrattuale<sup>38</sup>; o ancora il c.d. *package plea bargaining*<sup>39</sup>.

Quanto alla difesa, l'allettante prospettiva di un notevole risparmio di tempo e risorse spinge sovente l'avvocato a convincere il cliente a dichiararsi colpevole<sup>40</sup>. Questa procedura – si è osservato – rappresenterebbe uno strumento molto agevole per difensori poco preparati ed incompetenti, ovvero che intendano liberarsi rapidamente delle cause, piuttosto che dover indagare e svolgere tutte quelle attività connesse al dibattimento che richiedono un certo impegno<sup>41</sup>. Ad ogni modo, a prescindere dall'esito più o meno favorevole della procedura, il difensore ha buon gioco nel convincere il cliente che l'epilogo del caso avrebbe potuto essere peggiore se si fosse affrontato il *trial*<sup>42</sup>.

Inoltre, si è notato come il difensore sia interessato, in certa misura, ad intrattenere buone relazioni con le Corti o l'ufficio dell'accusa, giacché ciò significa acquisire maggior prestigio e guadagni, nonché la prospettiva di accedere ai circuiti giudiziari o a quelli politici. In quest'ottica, il sistema del tribunale può configurarsi come una *close community* in cui – per un verso – accusa, difesa e giudice interagiscono in modo continuativo e – per altro verso – il cliente-imputato viene percepito come un soggetto estraneo che entra ed esce dal sistema, non appartenendovi in modo stabile. Egli, allora, «può diventare pedina di scambio sull'altare di un baratto di lungo termine tra avvocato, Corti e *prosecutors*»<sup>43</sup>.

Infine, una volta che il difensore ed il *prosecutor* abbiano raggiunto un'intesa, l'accordo dev'essere sottoposto all'approvazione dell'organo giudicante. In primo luogo,

---

38. Si parla di *horizontal overcharging*, quando l'accusa è aggravata sotto il profilo del numero delle imputazioni; mentre nel *vertical overcharging* l'aggravio riguarda la severità dell'imputazione.

39. Secondo questa prassi, in procedimenti con più imputati, l'accusa spesso propone un affare “*all or nothing*”: la concessione dei benefici ad uno o più imputati viene condizionata alla *plea of guilty* del coimputato; se la condizione non viene soddisfatta, il *prosecutor* ritira l'intero “pacchetto” dell'offerta.

40. Sul tema cfr. GAMBINI MUSSO, *Diritto di difesa e difensore negli U.S.A.*, II ed., Torino, Giappichelli, 1999, 10. Peraltro, i c.d. *cop-out lawyers*, addirittura, non portano nessun caso al cospetto del *jury trial*.

41. BROWN, *Meriti e limiti del patteggiamento*, cit., 139.

42. Emblematiche sono le parole di ALSCHULER, *The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining*, cit., 1206: «*The visibility of a "wrong" decision to stand trial may, in this way, provide a further psychological impetus for lawyers to recommend pleas of guilty to their clients. Virtually every aspect of today's system of criminal justice, in short, seems designed to influence defense attorneys to adopt the motto: when in doubt, cop him out*».

43. GAMBINI MUSSO, *Diritto di difesa e difensore negli U.S.A.*, cit., 12 ss.

la *Rule 11 (b) (3)* contenuta nelle *Federal Rules of Criminal Procedure* prevede, a suo carico, un onere d'indagine in merito alla sussistenza di una «*factual basis for the plea*». Tuttavia, si è messo in luce come – nella prassi quotidiana – l'attività di controllo del giudice sia stata spogliata dei suoi contenuti sostanziali per ridursi ad un momento di mero riscontro formale<sup>44</sup>. Le ricerche sul campo, infatti, convergono nel confermare che, a livello federale, l'indagine sulla *factual basis* consiste semplicemente nel chiedere all'imputato se ha commesso il reato; a livello statale non è neppure sempre previsto questo tipo di esame.

In secondo luogo, l'accoglimento della richiesta delle parti contraenti è subordinato alla verifica che la *plea of guilty* sia stata frutto di una scelta «*voluntary and intelligently made*»<sup>45</sup>. Il giudice, ad ogni modo, anche quando non partecipa direttamente alla trattativa, è in grado di influire in una certa misura, sia pur in forma indiretta, sul funzionamento della giustizia negoziata<sup>46</sup>.

Descritto in questi termini, è facilmente intuibile come al *plea bargaining* sia connaturato il rischio che l'imputato innocente sia spinto a dichiararsi colpevole<sup>47</sup>. Ad esempio, può darsi il caso dell'imputato che non ardisca esercitare il suo diritto al *jury trial* nel fondato timore che il *prosecutor* aggravi le proprie accuse<sup>48</sup>; oppure che

---

44. Cfr. FANCHIOTTI, *Il processo penale statunitense*, cit., 587. In questi termini, il giudice si riduce a fare da “traduttore” in termini giuridici di decisioni prese altrove e da altri.

45. Cfr. *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970), in cui si afferma che «*the plea is more than an admission of past conduct; it is the defendant's consent that judgment of conviction may be entered without a trial - a waiver of his right to trial before a jury or a judge. Waivers of constitutional rights not only must be voluntary, but must be knowing, intelligent acts done with sufficient awareness of the relevant circumstances and likely consequences*».

46. In molti ordinamenti, compreso quello federale, al giudice è ufficialmente interdetto di intervenire nelle trattative negoziali per non compromettere la sua imparzialità e non creare situazioni conflittuali in caso di esito negativo del patteggiamento. Tuttavia, va manifestandosi la consapevolezza che la partecipazione del giudice è in qualche misura inevitabile. Recenti direttive della *American Bar Association*, del resto, riconoscono al giudice un ruolo più attivo, consentendogli di presiedere le sessioni negoziali, di indicare l'intesa più adatta se le parti lo richiedano, di suggerire l'alternativa che non è stata presa in considerazione. GASPARINI, *Il prosecutor e le scansioni dell'azione penale*, cit., 59.

47. Emblematico è il caso *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25 (1970), il quale ha dato il nome ad un nuovo tipo di patteggiamento, il c.d. *Alford plea*, detto anche *guilty but plea*. Il sig. Alford, pur dichiarandosi formalmente colpevole a mezzo della *guilty plea* per evitare una probabile condanna alla pena di morte, si assumeva tuttavia apertamente innocente. Condannato a trent'anni di pena detentiva, fece appello sostenendo che la propria decisione di dichiararsi colpevole era stata viziata dal timore di incorrere nella condanna all'*extrema sanctio*, ed ottenne ragione. La Corte Suprema, nondimeno, ribaltò il verdetto, riconoscendo che una tale scelta processuale – se consapevole e volontaria – costituisce pur sempre un esercizio legittimo del diritto di difesa e non può, quindi, essere invalidata.

48. A ciò si collega la c.d. *trial tax*: una sorta di “tassa processuale”, per cui può accadere che l'accusato che non propenda per il patteggiamento della pena con il *prosecutor*, chiedendo di essere processato secondo il rito ordinario, si veda prospettata (o meglio minacciata) – talvolta da parte del giudice stesso – la possibile condanna ad una sanzione più severa di quella che sarebbe comunque

preferisca evitare l'incertezza del giudizio, considerata la proverbiale severità del sistema sanzionatorio nordamericano. Ad ogni modo, seppur la pronuncia di una condanna più mite possa apparire a prima vista come un indubbio vantaggio, ciò nondimeno la procedura negoziata comporta la rinuncia a tutta una serie di diritti di rango costituzionale di cui l'imputato è titolare<sup>49</sup>.

Nel sistema dei *pleadings*, da ultimo, si annovera anche la pratica del *plea of nolo contendere*, mediante cui l'accusato dichiara semplicemente di non contestare l'accusa che gli viene mossa, senza però ammettere la propria responsabilità. Rispetto alla classica *guilty plea*, la dichiarazione di *nolo contendere* offre il vantaggio che, pur avendo la pronuncia valore di condanna ed autorità di cosa giudicata, è priva di efficacia probatoria nel giudizio civile di tipo risarcitorio circa la questione che il fatto è stato commesso dall'imputato<sup>50</sup>. Secondo alcuni Autori, questa particolare forma di giustizia negoziata sarebbe quella che più si avvicina all'applicazione della pena su richiesta delle parti di cui all'art. 444 ss. c.p.p.<sup>51</sup>.

Alla luce di quanto esposto e per concludere, vi sono non poche ragioni per prendere le distanze da certe forme degenerative di giustizia negoziata che sembrano celare nel proprio interiore concezioni "mercantili" della giustizia<sup>52</sup>. In aggiunta, il *plea bargaining* non appare poi così indispensabile: lo dimostrerebbero alcuni esperimenti di

---

stata inflitta a seguito del pieno dibattimento, cioè «una sanzione ulteriore per non aver acceduto ad un rito semplificato». MANNOZZI, *Commisurazione e negoziato sulla pena nell'esperienza statunitense: spunti di riflessione con riferimento alla legge n. 134 del 2003*, in AA.VV., *Patteggiamento allargato e giustizia penale*, a cura di Peroni, Torino, Giappichelli, 2004, 183.

49. Oltre a rinunciare al *privilege against self incrimination* di cui al V Emendamento, dalla rinuncia al diritto di essere giudicato in dibattimento dinanzi ad una giuria – di cui al VI Emendamento – consegue la vanificazione della garanzie dibattimentali: il diritto a confrontarsi con i testimoni dell'accusa mediante la *cross examination*, l'onere della prova oltre il ragionevole dubbio a carico dell'accusa, la presunzione di innocenza. C'è di più: con il *bargaining* l'imputato rinuncia a far valere le violazioni di principi costituzionali verificatesi nella raccolta del materiale probatorio. Tuttavia, in alcuni ordinamenti, è prevista la possibilità di accedere ad un *conditional plea*, mediante cui l'imputato si riserva il diritto di impugnare atti compiuti in violazione del IV e V Emendamento.

50. Peraltro, occorre precisare che in alcune giurisdizioni il *nolo contendere* è stato assimilato, quanto alle conseguenze risarcitorie, alla *guilty plea*, in relazione ai procedimenti per reati punibili superiori ad un anno (*felonies*), perdendo così le sue peculiarità. Ad es. in California: v. *California Penal Code*, § 1916 (3). FANCHIOTTI, *Il patteggiamento "allargato" nella prospettiva comparata: dal sistema statunitense ai modelli europei e sovranazionali*, in AA.VV., *Patteggiamento allargato e giustizia penale*, a cura di Peroni, Torino, Giappichelli, 2004, 141.

51. È di questa opinione VITTORINI-GIULIANO, *La richiesta di patteggiamento come espressione di un nolo contendere*, in *Cass. pen.*, 1992, 107 ss.

52. Cfr. EASTERBROOK, *Criminal procedure as a market system*, in *12 Journal of Legal Studies*, (1983), 289: «*the aspects of criminal procedure treated with the greatest skepticism by academics and the popular press – prosecutorial discretion, plea bargaining, and sentencing discretion – may be understood as elements of a well-functioning market system*».

abolizione della procedura negoziata<sup>53</sup>, nonché l'innesto di procedure alternative al dibattimento come il *bench trial*, cioè una forma dibattimentale senza giuria nettamente più agile e snella della fase dibattimentale tradizionale<sup>54</sup>.

Nonostante tutto, sino ad ora il *bargaining* è rimasto un elemento ineliminabile nel panorama processuale statunitense<sup>55</sup>. Del resto, le parole pronunciate nel 1971 da BURGER – Chief Justice della Corte Suprema – in *Santobello v. New York* sono emblematiche: «*The disposition of criminal charges by agreement between the prosecutor and the accused, sometimes loosely called "plea bargaining", is an essential component of the administration of justice. Properly administered, it is to be encouraged*»<sup>56</sup>.

### **3. I punti di contatto fra *common law* e *civil law*: la raccomandazione R (87) 18, del 17 settembre 1987.**

Volendo ricercare un momento di raccordo fra l'esperienza negoziale propria degli ordinamenti di *common law* e la recente espansione delle concezioni orientate al consensualismo negli ordinamenti continentali, non si può non prendere in considerazione la raccomandazione R (87) 18 emanata dal Consiglio d'Europa il 17 settembre 1987, la quale, ai fini dello sviluppo di procedure alternative e segnatamente di carattere negoziale, assume un ruolo eminente<sup>57</sup>.

---

53. Si può citare, ad esempio, il caso dell'Alaska, in cui «l'eliminazione del *plea bargaining* non provoca nessun aumento dell'arretrato». Così ODDONE, *Una Seveso giuridica?*, cit., 463. Cfr. anche CARNES & KRUSE, *Alaska's ban on plea bargaining reevaluated*, in *75 Judicature*, (1992), 310 ss.

54. Ad esempio, in grandi centri urbani come *Philadelphia* si è sperimentata la sostituzione del *jury trial* con il *bench trial*, ottenendo una considerevole riduzione del numero dei patteggiamenti. Cfr. SCHULHOFER, *Is plea bargaining inevitable?*, in *97 Harvard Law Review*, (1984), 1050 ss. Tuttavia, rispetto al *bench trial* si è affermato da più parti che esso non sarebbe altro che una sorta di *plea bargaining* "strisciante". FANCHIOTTI, *Il processo penale statunitense*, cit., 590.

55. A giudizio di GAMBINI MUSSO, *Il plea bargaining tra common law e civil law*, cit., 113, appare evidente come il *bargaining* sia uno dei nuclei strategici del sistema processuale nordamericano: «un nucleo talmente caratterizzante da far pensare che tale ordinamento non sarebbe lo stesso se fosse depurato del *plea bargaining*».

56. *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257 (1971).

57. Il Consiglio d'Europa è stato istituito con il Trattato di Londra stipulato il 5 maggio 1949 ed entrato in vigore il 3 agosto del medesimo anno, a seguito della ratifica di dieci Stati europei fra cui l'Italia. Attualmente, gli Stati membri sono quarantasette (cfr. il sito istituzionale del Consiglio d'Europa all'indirizzo web: <http://www.coe.int>). L'obiettivo essenziale di questo importante organo sovranazionale è attuare un'unione più stretta fra gli Stati membri al fine di tutelare e promuovere gli ideali ed i principi comuni, nonché favorire il loro progresso economico e sociale. Così l'art. 1, lett. a) dello Statuto del Consiglio d'Europa.

La dinamica attività di armonizzazione giuridica tra gli ordinamenti degli Stati membri che contraddistingue il Consiglio d'Europa, rileva sotto diversi punti di vista: talvolta i provvedimenti da esso emanati attengono l'importante ambito dei diritti umani e delle libertà fondamentali; talaltra, essi interessano la materia penale, anche sotto il profilo processuale<sup>58</sup>.

La raccomandazione R (87) 18, concernente la semplificazione della giustizia penale, s'inserisce in un quadro di generale consapevolezza della difficoltà di assorbimento del carico giudiziario – sempre più consistente e sempre più eterogeneo – da parte dei tradizionali schemi processuali, promuovendo lo sviluppo di procedure riconducibili alla giustizia negoziata, e venendo a costituire, così, la base giuridica sovranazionale più generale ed organica nella materia che qui interessa.

In generale, i ritardi registrati nell'amministrazione della giustizia penale possono essere scongiurati non solo concentrando l'attenzione sulla corretta allocazione delle risorse e sulle modalità con cui queste vengono utilizzate, ma giungendo anche ad una più chiara definizione delle priorità nella conduzione delle politiche criminali. In questo quadro, la raccomandazione individua come obiettivi essenziali l'accelerazione e semplificazione dell'andamento della giustizia penale, avendo riguardo, in particolare, alle infrazioni di minor gravità e tenendo conto delle annose problematiche causate dalla lungaggine dei procedimenti penali, che ostacolano la piena realizzazione della garanzia ad uno *speedy trial*; tuttavia, devono essere in ogni caso garantiti i diritti minimi dell'accusato e la condanna dev'essere comunque fondata su convincenti prove di colpevolezza.

La sfera d'intervento auspicata dalla raccomandazione spazia su tre fronti principali: l'espansione del principio di discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale; l'utilizzo di procedure differenziate per i reati di minor rilevanza e più comuni (*minor and mass offences*), fra cui si segnalano le procedure semplificate, quelle sommarie ed i procedimenti extraprocessuali (*out of court*); da ultimo, la semplificazione delle procedure giudiziarie ordinarie<sup>59</sup>.

La prima parte, intitolata «*Discretionary prosecution*», raccomanda agli Stati membri l'introduzione del principio di discrezionalità nei propri ordinamenti giuridici

---

58. Per una esemplificazione sulle raccomandazioni più rilevanti emanate in ambito penal-processuale, v. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., 24 ss.

59. V. i "considerando" della parte introduttiva della raccomandazione.