

Introduzione

La giustizia negoziata costituisce una particolare categoria di risoluzione dei conflitti, operante anche nell'ambito del processo penale: vi convergono meccanismi e istituti particolari, suscettibili di permettere alle parti a vario titolo coinvolte nella contesa, nonostante il carattere antitetico dei loro interessi, di abbandonare la loro posizione antagonistica per formulare un'intesa in grado di produrre vantaggi.

La diffusione del paradigma negoziale negli ordinamenti europei, pur essendo la sua origine risalente nel tempo, ha attraversato una fase di massima espansione tra la fine degli anni Novanta e gli inizi degli anni Duemila: è in questo periodo infatti che si è assistito alla codificazione, sul modello del *plea bargaining* degli ordinamenti di *common law*, di taluni meccanismi di definizione processuale finalizzati alla chiusura del procedimento a seguito di un accordo tra l'imputato e la parte pubblica.

I fattori di crescita di tali modelli negoziali devono attribuirsi in particolare alla loro capacità di consentire una rapida definizione del conflitto, con notevoli vantaggi sia per lo Stato, in termini di economia processuale, sia per l'imputato, che gode degli effetti premiali che normalmente si accompagnano a tali intese.

Il presente elaborato si propone innanzitutto di esaminare le diverse impostazioni seguite dalla dottrina in merito alla costruzione della categoria della giustizia negoziata, ancora oggi particolarmente controversa. Le maggiori perplessità derivano in primo luogo dal rischio di raccogliere in un'unica classe schemi troppo eterogenei fra loro; ma derivano, altresì, dalla necessità di differenziarla dal paradigma riparativo, con cui condivide il consenso dell'imputato quale elemento caratterizzante.

L'analisi si concentra poi, più specificamente, sul fenomeno della giustizia negoziata nell'ordinamento italiano e, in particolar modo, sulla costruzione dell'istituto dell'applicazione della pena su richiesta delle parti: evidenziatene

dapprima le origini di natura sostanziale, se ne ripercorrono poi le tappe evolutive fondamentali, fino ad arrivare alla recente riforma del processo penale, che ha riaffermato l'importanza del paradigma negoziale per accrescere l'efficienza del nostro ordinamento, confermando una tendenza alla disponibilità dell'accertamento. Nel corso della trattazione viene affrontata una serie di profili problematici che, emersa in seguito all'applicazione dell'istituto, è stata attribuita dalla dottrina e dalla giurisprudenza, in primo luogo, alla estensione dei poteri dispositivi delle parti e al ruolo che deve avere il giudice in relazione all'accordo.

Infine, l'indagine si conclude sia con un approfondimento comparatistico di quegli schemi negoziali che, in alcuni ordinamenti europei, hanno avuto percorsi affini a quello italiano, sia con un'analisi della normativa europea e sovranazionale. Ampliando lo sguardo, infatti, è possibile notare che la tendenza a servirsi sempre più spesso di meccanismi consensuali è stata avallata dalle stesse Istituzioni ed organizzazioni sovranazionali, richiedendo al contempo interventi di unificazione, in grado di appianare le divergenze intorno agli aspetti che possono confliggere maggiormente con la tutela delle garanzie fondamentali.

Capitolo I

- La giustizia penale negoziata.

SOMMARIO: 1. Giustizia penale consensuale e giustizia negoziata: differenze concettuali. 1.1. (segue) Sulla definizione di giustizia negoziata: alcuni connotati distintivi. 2. Accordo e poteri dispositivi delle parti. 3. Giustizia negoziata e giustizia riparativa.

1. Giustizia penale consensuale e giustizia negoziata: differenze concettuali.

Le locuzioni “giustizia consensuale” e “giustizia negoziata” risultano ad oggi largamente impiegate nell’ambito della giustizia penale a scopi definitori e classificatori, per indicare alcuni meccanismi e schemi procedurali che coinvolgono attivamente le parti di un processo penale o anche solo l’imputato, la cui diffusione è aumentata in Europa soprattutto alla fine degli anni Novanta e nel primo decennio degli anni Duemila. Tali locuzioni, però, non trovano ancora una definizione normativa e risultano spesso impiegate con mutevole accezione.

È necessario, pertanto, precisare preliminarmente in che termini si fa ricorso ad esse in questa sede, specificando le differenze che intercorrono tra loro.

Se si fa riferimento alla “giustizia consensuale”, l’elemento caratterizzante può essere individuato nel consenso quale requisito primario per attivare e far funzionare i meccanismi rientranti in tale categoria. Una definizione così ampia rischia, però, di inglobare al suo interno schemi troppo eterogenei fra loro, risultando del tutto indifferente se questi operano nel giudizio di cognizione, di esecuzione o nel diritto penitenziario¹.

In definitiva, si trascurerebbero le differenze in relazione alla logica degli istituti e al loro scopo. Inoltre, seguendo tale impostazione, non sarebbe possibile distinguere le due categorie suddette, dal momento che la “giustizia consensuale” comprenderebbe, in generale, tanto quei meccanismi che consentono al solo imputato di incidere sulla sequenza processuale, attraverso la scelta del rito, quanto alcuni poteri riconosciuti alle parti in grado di condizionare l’esercizio dell’azione penale. Si tratta di quei poteri di natura propulsiva o di natura ostativa, attribuibili all’indagato o alla persona offesa che influiscono sulla proposizione dell’azione penale positivamente o negativamente².

Con riferimento all’ordinamento italiano, possono richiamarsi le c.d. “condizioni di procedibilità”, previste per alcuni reati in deroga al principio generale della procedibilità d’ufficio. Infine, vi confluirebbero anche istituti che consentono di incidere sulla formazione della prova in contraddittorio oppure sulla pena stabilita al termine del giudizio di cognizione. Secondo una autorevole opinione “giustizia penale consensuale” sarebbe «nozione polisensa, alla quale recente dottrina tende ad ascrivere un coacervo di istituti processuali, variamente ispirati a logica dispositiva»³.

¹ J. Della Torre, *La giustizia penale negoziata in Europa. Miti, realtà e prospettive*, Cedam, 2019, p. 6.

² A. Ciavola, *Il contributo della giustizia penale consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, Giappichelli, 2010, p. 32.

³ F. Peroni, *Nozioni fondamentali*, in F. Peroni, M. Gialuz, *La giustizia penale consensuale. Concordati, mediazione e conciliazione*, Utet, 2004, p. 3.

Dunque, è proprio quest'ultima caratteristica che viene messa in rilievo, senza considerare ulteriori aspetti distintivi.

Analoghe considerazioni possono valere per ciò che attiene alla “giustizia negoziata”, categoria di definizione ambigua. Secondo alcuni autori essa sarebbe omnicomprensiva di qualsiasi istituto in cui si consente alle parti di incidere su alcuni aspetti del processo e di tutti quei meccanismi che richiedono una collaborazione fra le stesse, anziché una contrapposizione⁴, motivo per cui costituirebbe un'eccezione al modello processuale ordinario. Sarebbe, dunque, una categoria generale, la quale, ai fini classificatori, non presenterebbe alcuna differenza con quella di “giustizia consensuale”, potendo le due espressioni essere utilizzate come sinonimi.

Secondo un altro filone interpretativo, l'accento andrebbe posto sull'aggettivo “negoziata”, il quale, se interpretato in senso etimologico, potrebbe condurre ad almeno due accezioni della categoria in esame. In questo contesto un contributo molto significativo proviene dalla dottrina belga e francese, in particolare da Françoise Tulkens⁵. L'autrice, partendo da tutte le situazioni in cui il conflitto penale diventa oggetto di un “negozio”, giunge a considerare il termine “negoziata” riconducibile al latino “*negotiatio*”, cioè una situazione di confronto fra le parti il cui scopo è rappresentato dal raggiungimento di un accordo. Ci si troverebbe di fronte ad un contesto simile a quello che si instaura nella stesura di un contratto, attraverso un incontro di volontà fra i soggetti coinvolti, a vario titolo, nel processo penale (imputato, pubblica accusa, organi addetti alle indagini, autorità giudiziaria e, in alcuni casi, anche persona offesa).

Da questa categoria, si distinguerebbero tutti quei meccanismi che non implicano in alcun modo una trattativa, i quali vengono definiti da Tulkens come “contratti di adesione”, diffusi soprattutto in Francia e in

⁴ L. Marafioti, *Giustizia penale negoziata e verità processuale selettiva*, in *Cass. Pen.*, 2013, p. 2497.

⁵ F. Tulkens, *Una giustizia negoziata?*, in *Procedure penali d'Europa Belgio-Francia-Germania-Inghilterra-Italia. Sintesi nazionali e analisi comparatistiche coordinate sotto la direzione di Mireille Delmas-Marty*, edizione italiana a cura di Mario Chiavario, Cedam, 2001, p. 582 ss.

Belgio. Questi implicherebbero semplicemente l'adesione dell'imputato ad uno schema, senza che egli possa modificarne i contenuti o che comunque non presentano il carattere, della bilateralità o pluralità di parti, tipico di un accordo.

Seguendo tale impostazione, non rientrerebbero in questo ambito istituti come il giudizio abbreviato dell'ordinamento italiano, in cui l'imputato viene posto dalla legge di fronte all'alternativa secca se optare per l'applicazione del rito speciale o proseguire con la formula di giudizio ordinaria; mentre vi rientrerebbero a pieno titolo istituti come l'applicazione della pena su richiesta delle parti e il *plea bargaining* anglosassone. Si delinerebbe, quindi, una differenza fra "giustizia consensuale" e "giustizia negoziata", rappresentata dal diverso grado di partecipazione (minore nel primo caso, maggiore nel secondo) delle parti al meccanismo in atto.

Un altro contributo proviene da una parte consistente della dottrina italiana, che ha interpretato diversamente il concetto di "giustizia negoziata". Secondo gli autori aderenti a questa corrente, l'aggettivo "negoziata" farebbe, invece, riferimento alla categoria civilistica del "negozio giuridico", inteso come «manifestazione o dichiarazione di volontà, esplicita o risultante da comportamenti concludenti, diretta a produrre effetti giuridici»⁶. L'elemento caratterizzante in questo caso sarebbe dato dalla volontà che indistintamente può appartenere ad un soggetto rispetto ad un altro, può essere unilaterale oppure plurilaterale ma non necessariamente accompagnata da un accordo o trattativa in merito. Anche in questo caso, non vi sarebbe più alcuna distinzione tra la categoria di "giustizia consensuale" e quella di "giustizia negoziata".

Non è ancora stata individuata una nozione univoca di entrambe per cui molto spesso in dottrina vi sono autori che utilizzano le due espressioni indistintamente e autori, invece, che utilizzano termini diversi, ma sostanzialmente attinenti allo stesso fenomeno, per valorizzare un determinato aspetto piuttosto che un altro a seconda del contesto di

⁶ F. Galgano, *Il negozio giuridico*, Giuffrè, 2002, p. 7.

riferimento. Si è, allora, delineata una tesi intermedia secondo la quale la “giustizia consensuale” costituirebbe una macro-categoria al cui interno possono essere racchiusi tutti quei meccanismi, istituti e schemi processuali che per potersi attivare necessitano di una manifestazione di volontà di uno o più soggetti coinvolti, comunque in generale accomunati dal ruolo decisivo delle parti; all’interno di questa si potrebbe ricavare la micro-categoria della “giustizia negoziata”, che individua soltanto gli istituti il cui risultato è prodotto da una trattativa fra i soggetti. Tra le due vi sarebbe quindi un rapporto di “genere” e “specie” ⁷.

Tale orientamento risulta preferibile in quanto presenta il vantaggio di considerare la matrice comune di entrambe le categorie esaminate, consistente nella loro natura dispositiva senza, tuttavia, trascurare le peculiarità di alcuni istituti in cui la manifestazione del consenso si inserisce in una dinamica dialettica con la controparte. Pertanto, se, da un lato, è innegabile l’appartenenza di questi ultimi alla categoria generale, dall’altro, anche alla luce della recente evoluzione del concetto di negozialità in ambito penale, l’ampiezza dei poteri dispositivi delle parti private ne diventerebbe il tratto caratterizzante.

1.1. (segue) Sulla definizione di “giustizia negoziata”: alcuni connotati distintivi.

Ad oggi la definizione di “giustizia negoziata” più accreditata in Europa è sicuramente quella di stampo giusprivatistico, che si fonda sulla categoria del negozio giuridico. La presenza sempre maggiore di essa entro gli ordinamenti dei vari Stati europei ha portato molti studiosi a definire un

⁷ J. Della Torre, *op. cit.*, p. 13.

percorso di “privatizzazione” del diritto penale⁸, dato dall’ingresso delle parti private all’interno del processo con un ruolo particolarmente determinante. Tale processo ha avuto origine nel momento in cui la risposta del soggetto pubblico non è stata più in grado di soddisfare le esigenze di giustizia, a causa di diversi fattori. Uno dei principali è dato dall’eccesso di produzione di norme penali, che lo Stato ha messo in atto per orientare i cittadini alla tutela dei beni pubblici, sanzionando qualsiasi comportamento contrario, a cui si è accompagnata una crescita della conflittualità⁹. La categoria della giustizia penale negoziata è stata, quindi, una risposta alle lacune dell’intervento pubblico, potendo essere considerata, inoltre, come una risultante della combinazione fra elementi appartenenti al modello inquisitorio e aspetti attinenti al modello accusatorio¹⁰.

Sebbene gran parte degli studiosi sia concorde su tale impostazione, residuano ancora delle controversie, in quanto il novero degli istituti di riferimento è indubbiamente così eterogeneo da generare incertezze in ordine alla loro collocazione. Inoltre, non tutti gli istituti presentano caratteristiche rispondenti perfettamente ai modelli teorici elaborati dagli studiosi. Per far fronte alla problematica, almeno parzialmente, sono stati elaborati alcuni sotto-criteri classificatori.

Un primo criterio distingue gli istituti della giustizia penale negoziata in base al momento in cui si perfeziona l’intesa. Questo consente di individuare i casi in cui l’accordo avviene prima di una sentenza definitiva e quelli in cui l’accordo avviene in fase esecutiva/penitenziaria¹¹. Altro criterio distintivo riguarda il soggetto principalmente coinvolto: su questa base si differenziano istituti che coinvolgono gli imputati adulti e istituti che coinvolgono solo imputati minorenni.

Un terzo sotto-gruppo è quello dei meccanismi che attengono, ad esempio, alla legislazione premiale per i collaboratori di giustizia. Gran

⁸ F. Tulkens, *op. cit.*, p. 582.

⁹ A. Ciavola, *op. cit.*, p. 37.

¹⁰ L. Marafioti, *op. cit.*, p. 2501.

¹¹ S. Marcolini, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, Giuffrè, 2004, p. 5.