

INTRODUZIONE

Il lavoro di ricerca condotto attraverso questa tesi è volto ad analizzare il ruolo e il compito della giustizia negoziata all'interno del processo penale.

Dalle sue radici, alla sua affermazione, fino alle critiche rivolte a questo istituto, osteggiato negli anni.

La contrattazione tra le parti, come tecnica di definizione anticipata dei processi, è nata da una prassi che spontaneamente si è diffusa nelle aule di giustizia americane e poi inglesi. E' stata la necessità ad imporla.

Ridurre i tempi processuali comporta un sacrificio per le parti, che si traduce nella scelta di rinunciare al dibattimento e al contraddittorio nella formazione della prova (principio cardine sia negli ordinamenti di *common law* che nell'ordinamento italiano). La scelta spetta all'imputato, il quale se decide di confessare (nel patteggiamento italiano l'imputato non necessariamente deve confessare), rinuncia alle garanzie processuali in cambio di uno sconto di pena, concordato con l'accusa. L'organo giudiziario, dunque, è tenuto semplicemente a ratificare l'accordo siglato tra le parti senza accertare la responsabilità dell'imputato?

La contrattazione tra le parti è il fulcro della giustizia negoziata, che rilega il giudice, a mero "controllore" della procedura. La differenza essenziale tra *plea bargaining* americano e patteggiamento italiano,

risiede proprio nel ruolo assegnato al giudice. Nel *plea bargaining*, eccetto alcune eccezioni, l'organo giudiziario il più delle volte si limita a ratificare un accordo stipulato dalle parti; questo compito è leggermente temperato nel *plea bargaining* inglese, in cui il *prosecutor* deve attenersi maggiormente a delle linee guida prefissate. Nel patteggiamento, invece, il giudice - prima di esaminare l'accordo stipulato dalle parti e pronunciare una sentenza che viene equiparata, per certi aspetti, ad una sentenza di condanna - deve accertarsi che non sussistono cause di non punibilità ex art. 129 c.p.p. e decidere "*sulla base degli atti*" in ordine alla qualificazione giuridica del fatto, all'applicazione e alla comparazione delle circostanze prospettate dalle parti e alla congruità della pena.

La trattazione evidenzia come gli istituti negoziali siano così poliedrici da perseguire le più variegate finalità: semplificare e snellire le procedure e i tempi processuali; deflazionare il carico e i costi giudiziari; assicurare una sanzione; riconciliare e ricostruire la memoria storica dei popoli, riducendo l'istruttoria probatoria; soddisfare obiettivi professionali.

Nonostante la pratica negoziale sia ancora al centro di continui dibattiti che mettono in dubbio le sue potenzialità e il suo *modus operandi*, nel frattempo il successo riscosso non passa inosservato.

CAPITOLO I

La Giustizia “contrattata”: I Principi fondamentali e le garanzie dell'imputato

SOMMARIO: I. L'esigenza di forme di negoziazione all'interno del processo penale – II. Il principio della ragionevole durata del processo – III. La deflazione e l'economia processuale in termini di efficienza – IV. Diversion: Definizione e modalità operative

I. L'esigenza di forme di negoziazione all'interno del processo penale

La “Giustizia contrattata” è il titolo di un libro pubblicato in Inghilterra nel 1977 da John Baldwin e Michael Mc Conville, non fu mai tradotto in italiano e, quindi, non ha avuto molta diffusione; tuttavia, ha rappresentato lo stimolo per formulare alcune considerazioni critiche in occasione dell'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988. Le critiche si rivolgevano alla scelta di importare nel nostro ordinamento un procedimento negoziale di determinazione della pena, di comprovata impronta inquisitoria¹.

¹ Cfr. A. Furguele, L'applicazione di pena su richiesta delle parti, Edizioni

L'ideale di "giustizia contrattata", nell'ordinamento processuale penale italiano, si è manifestato in tempi recenti poiché considerato in aperto dissidio con la nostra tradizione². I meccanismi di definizione anticipata del processo, basati su atti di disponibilità delle parti, hanno tratto spunto dagli istituti presenti negli ordinamenti anglosassoni, in cui hanno «attecchito spontaneamente»³.

I modelli di effettiva giustizia contrattata non possono applicarsi senza correttivi

nell'ordinamento italiano, dove *"l'azione penale è obbligatoria"* come statuisce l'art 112 della Cost., o ancora come afferma l'art 27, 2 comma della Cost. : *"l'imputato non è considerato colpevole sino alla*

scientifiche italiane, Napoli, 2000.

² La commissione del Senato nella Relazione al Re, a propositivo dell'istituto «collaborativo» previsto nel progetto del 1911 enunciava che, tra le ragioni della sua inopportunità vi era «il pericolo che l'istituto degenerasse in una forma illecita di convenzione fra il giudice e l'accusato, in cui il primo guadagnava tempo e il secondo mitigazione di condanna », cfr. *Commento, cit.*, III, *Lavori parlamentari*, Torino, 1915, pag. 586.

³ Vedi Gambini Musso, L'evoluzione del plea bargaining nell'ordinamento nordamericano, in Riv. It. di dir. Proc. Pen., 1983, pag. 661. La tesi maggioritaria ipotizza che l'istituto negoziale abbia tratto origine da comportamenti abusivi degli organi di polizia, tramutatosi in prassi.

condanna definitiva". In fin dei conti, ciò vuol dire che il legislatore italiano - ogni qual volta ha cercato di introdurre spazi di giustizia negoziata nel nostro ordinamento - si è dovuto prima di tutto premunire che l'istituto fosse conforme ai principi costituzionali, onde evitare di subire declaratorie di illegittimità costituzionale.

Tuttavia, i modelli non si impongono se non sono stati metabolizzati dalla società, ossia se non sono stati accettati nel nome di una diversa visione della funzione e del ruolo del processo penale⁴.

Il diritto penale presenta un carattere «vendicativo e violento»⁵, infatti si è sempre guardato con diffidenza l'alternativa di creare uno spazio di dialogo e confronto.

Sfatare il mito del diritto penale vuol dire rendersi conto della possibilità di risolvere il conflitto generato dal reato con l'ausilio di strumenti diversi.

Il rito negoziale introdotto nell'ordinamento italiano commina effetti sostanziali e procedurali, in quanto l'accordo sulla pena stipulato tra imputato e pubblico ministero, sottoposto al sindacato giudiziale, comporta una sorta di scambio: l'imputato rinuncia ad esercitare il contraddittorio dibattimentale facendo così conseguire un risparmio di

⁴ Cfr. G. Spangher, Considerazioni sul processo "criminale" italiano, Giappichelli Editore, Torino, 2015.

⁵ Definito così da R. Bartoli, Il diritto penale tra vendetta e riparazione, in Riv. It. di Dir e proc. pen, n.1/2016, pag. 97.

“energie processuali” all’amministrazione della giustizia, a fronte di questo sacrificio riceve uno sconto sulla sanzione.

L’attrazione suscitata da quello che accade nelle aule di tribunale ha conferito grande visibilità, soprattutto, alle attività svolte dall’autorità requirente, essendo quest’ultima rappresentativa del rapporto dell’istituzione giudiziaria con il cittadino. L’incremento dei servizi dei mass media⁶ rivolto ai processi penali ha scatenato la curiosità del pubblico su temi importanti quali la colpa, la pena e la punizione. L’opinione pubblica, però, spesso non si sofferma sulle garanzie dell’imputato e sui principi che stanno alla base della formula del “giusto processo”.

L’ideale del giusto processo, che racchiude le fondamentali garanzie processuali, ha radici sovranazionali come la Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il Patto internazionale sui diritti civili e politici⁷, ma a

⁶ Sull’influenza dei mass media riguardo la scelta di adoperare i riti speciali, vedasi G. Spangher, Considerazioni sul processo “criminale” italiano, Giappichelli Editore, Torino, 2015, da pag. 17 a 28; M. Caputo, Il diritto penale e il problema del patteggiamento, Jovene Editore, Napoli, 2009, da pag. 11 a 25.

⁷ Le origini del giusto processo hanno un illustre ascendenza in concetti come i principi del “*fair trial*” e del “*due process of law*”, appartenenti alla tradizione angloamericana. Il riferimento più immediato è, senza dubbio, alla nozione di «processo equo» presente nell’art. 6 della Convenzione europea dei diritti

differenza delle fonti internazionali l'art 111 della Cost. enuncia come oggettive le garanzie che compongono il giusto processo; così per esempio è per il diritto di difesa che, all'interno del processo, è un metodo di accertamento e ricostruzione dei fatti; naturalmente la formulazione oggettiva assorbe quella soggettiva e quindi diventa anche un diritto dell'imputato.

La riforma cost. n. 2 del 1999, inserendo i principi del giusto processo all'interno dell'art 111, ha anche costituzionalizzato delle deroghe al principio del contraddittorio nella formazione della prova, come il consenso dell'imputato. All'interno di questa sopraccitata deroga si colloca l'istituto dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, il quale sembrerebbe inconciliabile con alcune garanzie processuali; in realtà, si può tranquillamente affermare che: *"il giusto processo non è solo quello in cui il giudice accerta i fatti dopo che le parti hanno elaborato la prova, ma anche quello in cui le parti prima negoziano l'esito del processo rinunciando alle prove e poi sottopongono al giudice un processo di sentenza perché ne verifichi la rispondenza ai canoni di legalità"*⁸.

dell'uomo e delle libertà fondamentali e all'art 14 del Patto internazionale dei diritti civili e politici. Cit. P. Ferrua, Il "giusto processo", 2 edizione, Zanichelli Bologna, 2007.

⁸ Così E. Amodio, I due volti della giustizia negoziata nella riforma del patteggiamento, in Cass. Pen., 2004, pag. 701.

La Consulta in numerose pronunce⁹ ha fatto riferimento al “giusto processo” come parametro di costituzionalità, una somma di principi che rientra nel concetto della buona amministrazione della giustizia. In particolare la Corte Costituzionale, fin dalle prime pronunce, si è focalizzata su due aspetti del giusto processo: le caratteristiche irrinunciabili del giudice e i diritti di azione delle parti; su quest’ultimo versante si è soffermata sul peso da attribuire al diritto di difesa. L’art 111, 2 comma della Cost. enuncia che: *“Il processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità”*; essere in condizioni di parità non significa possedere i medesimi strumenti e, dunque, l’espressione non va intesa come identità di poteri-doveri delle parti. La parità esige, invece, una relazione di necessaria reciprocità tra la parte che accusa (pubblico ministero) e la parte che resiste (difesa); i poteri dell’una controbilanciano quelli dell’altra, così da assicurare un equilibrio all’interno del processo¹⁰.

Chi guarda il patteggiamento con diffidenza si sofferma sull’idea che un processo debba essere il più “cognitivo” possibile, ossia tendere alla completezza nell’accertamento, e la colpevolezza debba essere

⁹ C. Cost., 5 luglio 1968 n.86; C. Cost., 29 aprile 1993 n. 201; C. Cost., 18 febbraio 1988 n.189; C. Cost., 27 giugno 1986 n.156; C. Cost., 13 febbraio 1985 n.41; C. Cost., 12 dicembre 1984 n.282.

¹⁰ Cfr. P. Ferrua, *Il “giusto processo”*, 2 edizione, Zanichelli Bologna, 2007, pag. 49 e ss.

provata oltre ogni ragionevole dubbio. Si tratta di uno standard elevato, al di sotto del quale si scivolerebbe verso esiti “anti-cognitivi”.

Il discorso si capovolge se, abbandonata la prospettiva cognitiva, si concepisce il processo come mera soluzione di conflitti tra le parti. E' evidente che, da questo punto di vista, il patteggiamento appare il mezzo ideale di composizione del conflitto. Si ammettono i poteri dispositivi delle parti, in un sistema fondato sul contraddittorio nella formazione della prova e sull'obbligatorietà dell'azione penale, dove le esigenze cognitive possono cedere il passo alla negozialità, per garantire la realizzazione del giusto processo¹¹.

La Raccomandazione R (87) 18, adottata dal Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa nel 1987, ha affidato alla giustizia negoziale un ruolo preponderante nella prospettiva di semplificazione della giustizia penale.

Il risultato a cui deve puntare il processo non è soltanto quello di applicazione di una norma di diritto penale sostanziale, ma deve anche tendere al controllo sociale e alla repressione della criminalità mediante una reazione giudiziaria celere e certa, assicurando quanto al fatto che, in tempi di crisi della giustizia, il reato ottenga una risposta e «che la macchina, tutto sommato ha girato»¹².

¹¹ Cfr. M. Caputo, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Jovene Editore, Napoli, 2009.

¹² Così, S. Fiore, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, Edizioni

II. Il principio della ragionevole durata del processo

L'eccessiva durata dei processi è un problema avvertito specialmente all'interno dell'ordinamento italiano, dove, per reati di modesta o media gravità le procedure rimangono avviate per molti anni, spesso fino a quando non decorrono i termini di prescrizione. Nonostante i richiami ad una ragionevole durata del processo, proveniente dalle fonti sovraordinate, e i tentativi percorsi con la riduzione dei tempi procedurali per i reati meno importanti - soprattutto attraverso l'introduzione dei riti speciali - l'imputato continua a preferire gli effetti prescrittivi all'opportunità di negoziare.

Vi sono essenzialmente tre modi¹³ per ridurre l'eccessiva durata del processo:

- 1) Sanzionare l'inutile dilatarsi della vicenda processuale riconoscendo alla parte che l'ha subito un risarcimento del danno. E' quello che si verifica sia attraverso i ricorsi dinanzi alla Corte di Strasburgo (art. 6 della Convenzione europea) e anche, più recentemente, davanti alla Corte d'appello dopo l'entrata in vigore

Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, pag. 30: "la politica e la pratica dei riti speciali hanno come scopo il conseguimento di un risultato punitivo, ancorché negoziato: non si ricerca la celebrazione del processo, ma la sua rapida definizione".

¹³ Cfr. R. E. Kostoris, La ragionevole durata del processo garanzie ed efficienza della giustizia penale, Giappichelli Editore, Torino, 2005.

della legge n. 89 del 2001. Questa prassi “dilatoria” ha fallito miseramente il suo scopo a causa delle numerose condanne inflitte all’Italia per aver violato l’art. 6 della Convenzione, invece, per quanto riguarda gli effetti che ha determinato la legge Pinto (l. 89/2001), il problema si è notevolmente aggravato. Quest’ultima ha momentaneamente alleggerito il carico dei ricorsi innanzi alla Corte di Strasburgo, spostandoli davanti alle Corti d’appello.

- 2) Scandire i tempi delle diverse fasi processuali, stabilendo dei termini perentori. Questa tecnica è di matrice statunitense e prende il nome di “*Speedy Trial Act*”: l’inosservanza dei termini comporta l’archiviazione del caso. A causa dei diversi principi che governano i due ordinamenti, quello statunitense e quello italiano, questa modalità non può essere interamente recepita. Una suddivisione dei tempi tra le fasi del processo già è presente all’interno del nostro sistema, ma non è sufficiente a definire i dibattimenti nel giro di poche udienze ravvicinate.
- 3) L’ultimo modo, forse quello ancora non sperimentato, è quello di revisionare l’intero sistema processuale. La riforma costituzionale del 1999, che ha inserito nell’art 111 i principi che governano il giusto processo, ha sottolineato la centralità della “durata ragionevole del processo”, una formula che deve convivere con le altre garanzie fondamentali controbilanciandole.

Contraddittorio e ragionevole durata implicano due principi non antitetici ma coesenziali per determinare la compatibilità del

processo con il dettato costituzionale: tra l'altro, se il tempo necessario si prolunga oltre i limiti ragionevoli, il contraddittorio viene danneggiato¹⁴.

L'equilibrio tra le varie garanzie sottese a livello costituzionale deve essere ricercato con l'ausilio dell'art. 111, 5 comma della Cost., che enuncia un principio "chiave" nella logica deflativa: il consenso dell'imputato il quale, permettendo di derogare al contraddittorio nella formazione della prova, equivale ad una rinuncia al suo «diritto di difendersi provando»¹⁵; quindi l'imputato può avanzare la richiesta di poter essere giudicato sulla base degli atti compiuti fino a quel momento.

Questa possibilità si paventa attraverso l'utilizzo dei riti alternativi al dibattimento. Quest'ultimi sono perfettamente in linea con il dettato costituzionale, grazie ai controlli giurisdizionali volti a verificare la "spontaneità" del consenso - così come accade per esempio con l'art 446,5 comma c.p.p. in rapporto alla richiesta di applicazione della pena. I contrasti tra ragionevole durata del processo e diritto di difesa si annidano sul concetto di "abuso delle garanzie processuali". Il fallimento della giustizia si realizza quando il processo si conclude

¹⁴ Cit. A. Rossi, I principi di ragionevole durata del processo penale: quale efficienza per il giusto processo?, Quest. giusti., pag. 889.

¹⁵ Così, G. Cecanese, Ancora dubbi irrisolti in tema di applicazione della pena su richiesta delle parti, Arch. pen. n.1/2015, pag. 9.

perché sono decorsi i termini di prescrizione del reato, per poter evitare questo “esito abortivo”¹⁶ bisogna cercare di disincentivare gli atteggiamenti ostruzionistici che impediscono la stessa celebrazione del processo. Da un lato si deve evitare che in nome della speditezza processuale si vanifichi il diritto di difesa, ma dall’altro non si può rischiare che le garanzie difensive paralizzino il corso dei processi. Il principio di ragionevolezza è un elementare condizione di efficienza, la stessa Corte¹⁷ - prima della riforma costituzionale del 1999 - aveva già espresso come l’abuso processuale determinasse una stasi capace di compromettere il bene costituzionale dell’efficienza del processo, che sta a presidio dell’esercizio della funzione giurisdizionale. Il diritto di difesa è considerato inviolabile dall’art. 24 della Cost., non è soggetto ad eccezioni ma, è altrettanto vero che, può illimitatamente

¹⁶ Espressione utilizzata da R. E. Kostoris, *La ragionevole durata del processo garanzie ed efficienza della giustizia penale*, Giappichelli Editore, Torino, 2005, pag. 10.

¹⁷ La Corte Cost. con la sentenza n. 353/1996 in tema di rimessione del processo, censurò l’assenza nella disciplina codicistica di un «equilibrio fra i principi di economia processuale e di terzietà del giudice». Inoltre, un anno dopo, aggiunse che «il legislatore, nel regolare il funzionamento del processo, dispone della più ampia discrezionalità, sicché le scelte concretamente compiute sono sindacabili ove manifestamente irragionevoli».

espandersi e l'unico freno è costituito dal bilanciamento reciproco con gli altri principi. Il difensore e l'imputato non hanno alcun dovere di contribuire per agevolare la pronuncia di una sentenza nel merito. Anzi, quando la condanna è probabile, è prevedibile che la difesa si avvalga di ogni mezzo legale per ritardarla. I più «aggressivi espedienti dilatori»¹⁸, come la ricusazione o la richiesta di rimessione del processo, essendo atti tipici della parte, dimostrano come deve essere la legge ad impedire che il processo si arresti.

Ecco perché il principio della ragionevole durata del processo non può essere percepito soltanto dal punto di vista dell'accusato, costretto a vivere per lungo tempo in una condizione di incertezza per il dilagarsi della vicenda processuale di cui è protagonista. Il ruolo della vittima è quasi inesistente, l'aspettativa di giustizia è denegata quando interviene la prescrizione del reato. Infine, lo Stato spreca risorse e mezzi che determinano una disfunzione e cattiva amministrazione della giustizia.

Si tratta di tre punti di vista diversi, in cui il dilungarsi dei tempi processuali crea dei disagi sottovalutati all'interno della macchina della giustizia.

L'art 111, 2 comma della Cost. - quando afferma nella sua ultima parte che: *"La legge ne assicura la ragionevole durata"* - non si interessa dei

¹⁸ Così, P. Ferrua, Il "giusto processo, seconda edizione, Zanichelli Bologna, 2007, pag. 66.

profili dell'organizzazione giudiziaria, altro aspetto che incentiva notevoli ritardi. Il sistema delle impugnazioni, altro *punctum dolens*, è articolato in congegni irragionevoli atti ad allungare i tempi processuali. In conclusione, l'unica vera strada percorribile, che assicuri la definizione dei processi in tempi sufficientemente ragionevoli, sembra essere quella alternativa al percorso ordinario.

III. La deflazione e l'economia processuale in termini di efficienza

Si è accennato nel precedente paragrafo alla "logica deflativa", bisogna chiarire cosa si intende con il concetto di "deflazione". Si tratta di un fenomeno che si esplica in diversi ambiti del sistema penale italiano: dall'attività svolta dalle forze dell'ordine fino ai Tribunali di sorveglianza ed alle strutture carcerarie; il termine appartiene alla sfera economica e rappresenta l'opposto semantico dell'inflazione. L'esigenza di deflazionare il carico giudiziale nasce come risposta all'inflazione penalistica, quest'ultima ha semi-paralizzato la giustizia penale negli ultimi anni.

Le ragioni di fondo che hanno imposto una politica deflativa, risiedono

nel progressivo espandersi del processo di ipertrofia¹⁹ del diritto penale: l'utilizzo esclusivo della sanzione penale, la quale rappresenta l'unico strumento di controllo sociale della criminalità, ha determinato un ingente sovraccarico degli apparati giudiziari e di polizia. La conseguenza più immediata di questo sovraccarico, ha comportato un affievolimento della capacità di far fronte alla domanda di accertamento e di repressione dei delitti più gravi. L'ordinamento italiano, prima dell'emanazione della legge n. 689/1981, che «ha mirato a contenere e semplificare gli interventi della giustizia penale e più in generale a liberare la magistratura d'una parte dei suoi compiti attuali, per metterla in condizione di agire con maggiore efficacia e tempestività riguardo ai reati più gravi e di più rilevante significato sociale»²⁰, non conosceva altri strumenti per adempiere agli obblighi imposti dagli accordi comunitari.

¹⁹ Per l'analisi dell'ipertrofia del diritto penale, M. Daniele e P.P. Paulesu, Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia, Giappichelli Editore, Torino, 2015, pag. 6.

²⁰ Cit. Relazione alla legge n. 689 del 1981, pag. 346. Si è osservato che la depenalizzazione - altra finalità politica connessa all'esigenza deflativa - negli ultimi anni è stata realizzata tramite una rimodulazione della risposta sanzionatoria, in modo tale da adeguarla all'effettivo disvalore avvertito dalla coscienza sociale.

Questi ultimi sono frutto di indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE)²¹ che da un lato ha imposto di restituire al diritto penale un volto più conforme con il principio di *extrema ratio* e dall'altro lato di predisporre un sistema più efficiente in cui le sanzioni siano "effettive, proporzionate e dissuasive".

In un sistema di stampo accusatorio e prettamente garantista, il processo penale molto spesso è sprecato quando viene azionato per questioni di rilevanza minima che non si concludono nemmeno con l'esecuzione di una condanna. Allo stato attuale dei fatti in Italia vengono celebrati, nella stragrande maggioranza dei casi, processi che riguardano reati di microcriminalità che vedono come protagonisti imputati clandestini ed emarginati, col rischio elevatissimo di restare impuniti²².

E' necessario premettere che non tutti gli istituti negoziali hanno una finalità deflativa: quelli che comportano una sola diminuzione della

²¹ In questo senso, CGUE, sent. 13 settembre 2005, C - 176/03. Tale sentenza ha imposto una fortissima accelerazione nei rapporti tra diritto nazionale e comunitario per quanto concerne la soddisfazione anche penale di obblighi comunitari di tutela, ossia la vincolatività di precise indicazioni comunitarie aventi ad oggetto precetti e, persino sanzioni, da prevedere nei singoli ordinamenti nazionali.

²² Cfr. Ministero della Giustizia, www.giustizia.it/statistiche

pena, ed altri che, pur contraendo il processo, esplicano solo indirettamente un effetto deflativo; come per esempio l'istituto della sospensione con messa alla prova del minore. Nei processi di competenza del giudice di pace e del tribunale per i minorenni non si avvertono intenti deflativi.

Il processo dinanzi il giudice di pace è stato strutturato in modo tale da arrestarsi con rapide e brevi battute, mentre il processo minorile ha come scopo principale "la protezione dell'infanzia e della gioventù", così come indicato dall'art 31, 2 comma della Cost. La nota che contraddistingue entrambi i procedimenti è la semplificazione e la conciliazione, non di meno è giusto sottolineare come questi procedimenti fungono da laboratorio per sperimentare tecniche e modelli di giustizia innovativa, con finalità deflative, da introdurre nel rito ordinario²³.

La deflazione può essere perseguita attraverso due diverse modalità²⁴:

1) Deflazione in astratto: Si tratta di una selezione compiuta dal

²³ Cfr. L. Picotti e G. Spangher, Verso una giustizia penale "conciliativa" – Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace, Giuffrè Editore, Milano, 2002.

²⁴ Per l'analisi dei meccanismi deflativi: Enrico Sirotti Gaudenzi, Giulio Perrotta e Salvatore Primiceri, Giusto processo e depenalizzazioni, Primiceri Editore, Padova, I edizione, 2016, pag. 73.

legislatore, in base alla quale, definisce preventivamente ciò che è penalmente rilevante. In questo modo, gli operatori del diritto sono sgravati dall'onere di valutare se sia opportuno o meno l'applicazione di una pena. Si articola in due diversi meccanismi: La decriminalizzazione, consistente nell'abrogazione di un reato, e la depenalizzazione che si verifica quando un illecito penale viene degradato ad illecito amministrativo;

- 2) Deflazione in concreto: Il legislatore si limita a fissare dei presupposti necessari affinché i soggetti del processo, diversi dal legislatore, possano valutare ed eventualmente scegliere se avvalersi o meno di istituti che, in prima battuta, permettono di ridurre i tempi processuali e in seconda battuta determinano un beneficio premiale. Può operare in due momenti differenti: in sede processuale, dove prende il nome di "deprocessualizzazione" - la quale comprende soluzioni e istituti che consentono di ridurre il carico giudiziario sia per quanto concerne la suddivisione interna e la scelta dei riti speciali - in sede esecutiva, invece, si manifesta tramite la "decarcerizzazione", ispirata a logiche di mera deflazione carceraria.

E' bene sottolineare, allo scopo di seguire una ricostruzione del fenomeno deflativo basato sulla giustizia negoziale, che è la deprocessualizzazione il meccanismo che permette all'imputato di "patteggiare" e, quindi, di richiedere l'applicazione di una pena.

L'istituto dell'applicazione della pena su richiesta delle parti è un rito predibattimentale - perché consente la definizione del processo in sede di udienza preliminare o, addirittura, in sede di indagini preliminari - bypassando la fase più complessa e più lunga del processo: il dibattimento.

Al fine di incentivare il suo utilizzo, il legislatore gli ha conferito un carattere premiale con considerevoli benefici per compensare la rinuncia delle garanzie tipiche del dibattimento. Ovviamente, la finalità di alleggerimento del carico processuale si può raggiungere solo se effettivamente vengono preferiti i riti speciali al rito ordinario: un solo patteggiamento non può deflazionare proprio nulla!

Si dice che la politica deflazionistica tenda a recuperare quell'efficienza che la macchina giudiziaria ricerca ma che da troppo tempo sfugge per via dello spreco delle risorse. Uno dei modi per migliorare l'efficienza di un sistema è quello di puntare sulla creazione di incentivi, che permettano di ottimizzare il rapporto tra mezzi e risultati.

La formula giusta da applicare per soddisfare l'incessante domanda di efficienza non esiste; eppure, un modo per tentare di assicurare una risposta punitiva certa e celere può essere fornito dalla scelta di avvalersi di meccanismi alternativi al rito ordinario, i quali non devono scaturire in una sottospecie di giustizia sommaria²⁵.

²⁵ Si tratta di un tipo di giustizia caratterizzata da semplici principi, senza alcun tipo di garanzie, in cui non c'è spazio per i professionisti: «svelta, diretta, poco costosa,

IV. Diversion: definizione e modalità operative

Il termine “Diversion²⁶” indica delle tecniche che, consentendo di spostare il conflitto collegato al reato al di fuori del sistema giudiziario,

breve, accessibile ai laici, costituisce un sinonimo di giudizio arbitrario, infondato ed è l’opposto della vera giustizia»; cit., Simone Cerutti, Giustizia sommaria: pratiche ideali di giustizia in una società di Ancien Régime (Torino XVIII secolo), Feltrinelli, 2003.

²⁶ Il termine appare la prima volta in E. M. Lemert, *Instead of Court - Diversion in juvenile*, Washington, 1971.

per una trattazione separata, determinano un risparmio di energie in sede giudiziaria. Nel caso in cui una di queste procedure fallisse ci sarebbe un'oggettiva perdita di tempo controproducente, perché il processo riprenderebbe dal punto in cui è stato interrotto.

L'interesse della dottrina italiana²⁷ per la "Diversion", di indubbia origine anglosassone, si è intensificato nei primi anni '80 del secolo scorso. Le modalità attuative della diversion non provocano sempre una rinuncia od alternativa al processo ordinario ma comprendono anche gli accordi sulla prova o sulla pena che conducono ad una più sollecita definizione processuale.

Se si effettua una ricognizione storica della negoziazione ci si accorge che, l'uso di "svariate forme di composizione" già diffuse prima che nascesse il Regno D'Italia, non è un'assoluta novità all'interno del processo penale. A tal proposito si può ricordare l'istituto del truglio o "concordia pe' misfatti comuni", applicato sino al 1800 nel Regno delle due Sicilie, consistente in un accordo sulla pena da scontare stipulato

²⁷ Cfr. Campanini, Alternative al giudizio penale nell'ordinamento nordamericano: le tecniche di "diversion", in Riv. It. dir e proc. pen., 1983, pag. 131 e ss.; Fanchiotti, Speranze e delusione in Usa nella ricerca di alternative al processo penale (con particolare riguardo al "diversion"), in Giust. pen., 1983, III, 227 e ss.; Grevi, Rapporto introduttivo su "diversion" e "mediation" nel sistema penale italiano, in Rass. penit. e criminologica, 1983, pag. 47 e ss.

tra il ministero pubblico ed il detenuto in attesa di giudizio definitivo²⁸. Il discrimine tra le esperienze di negoziabilità pregresse e quelle odierne è l'avvento dello Stato di diritto moderno, dove primeggia il monopolio statale dello *ius puniendi*.

In sintesi, la negoziabilità contemporanea si colloca in uno scenario in cui la piena affermazione della sovranità statale in materia penale ha generato l'ipertrofia del diritto penale, l'allungamento dei procedimenti e l'ingolfamento della macchina giudiziaria²⁹. Lo strumento negoziale ben si instaura, attraverso le sue differenti tecniche di *diversion*, come rimedio attraverso l'ausilio del principio di sussidiarietà. Secondo tale postulato: l'intervento del giudice viene ritenuto sempre meno indispensabile, mentre le parti assumono il compito di comporre - in via autonoma o mediante la figura del mediatore - la lite insorta siglando un accordo. Nonostante gli evidenti effetti convenienti che lo sviluppo

²⁸ Uno degli ultimi decreti di concessione del truglio, datato 13 marzo 1822, pare che sia l'antecedente da cui ha tratto ispirazione il plea bargaining statunitense, così D. Palazzo, Il truglio, in Giust. e Cost., 1981, pag. 33 e ss.

²⁹ Cfr. S. 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, Giuffrè Editore, Milano, 2005, da pag. 6 a 13.

di questa prassi ha generato, non mancano autori³⁰ che rifiutano ogni forma di negoziato sull'azione penale e sulla determinazione della pena, in asserito contrasto con la tradizione giuridica continentale.

Il più importante apporto scientifico, che ha consolidato lo sviluppo della diversione, fu la teoria di stampo sociologico e criminologico del "*labelling approach*". Con questa formula si è descritta la prima interazione che si instaura tra l'individuo e le istituzioni, ossia «una forma di "etichettamento", predisposta dall'ordinamento nei suoi confronti con l'imposizione di un processo pubblico»³¹. Un soggetto etichettato, di conseguenza, tende «a delinquere in conformità con le aspettative della condizione deviante»³².

In realtà, la diversione è stata pensata indipendentemente dalle logiche premiali ed economiche, a favore dell'imputato e del sistema: si tratta di riconoscere l'inutilità e la dannosità del rito penale come soluzione del conflitto.

³⁰ Per un'acuta critica "al diritto penale minimo", si veda L. Ferrajoli, Crisi della legalità e diritto penale minimo, in Crit. del dir., 2001, pag. 44 e ss.

³¹ F. Ruggieri, Diversion, dall'utopia sociologica al pragmatismo processuale, in Cass. Pen., 1985, pag. 538.

³² V. Patanè, Diversion, in AA. VV., Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia, Milano, 2004, pag. 68. In inglese, ancora più intuitiva «The young delinquent becomes bad because he is defined as bad».

Si possono individuare degli elementi universali che permettano di circoscriverne l'ambito: la devianza dal processo penale deve avvenire prima dell'emissione di un provvedimento che accerta la responsabilità e deve consistere nella partecipazione ad un programma non penale che non punisca ma riabiliti l'individuo, nonostante abbia commesso un reato.

Non viene considerata una forma di *diversion*: una misura sanzionatoria alternativa alla detenzione in carcere; la commisurazione di una pena, successiva alla sentenza; l'eliminazione di specifiche fattispecie di reato o la trasformazione di illeciti penali in amministrativi.

Passando in rassegna la disciplina dei modelli processuali differenziati, prevista dal sistema italiano, ci si accorge che essa "esalta" i poteri dispositivi delle parti. L'instaurazione di un rito speciale è l'espressione del potere di disporre del procedimento e, soprattutto, di incidere sul suo metodo di accertamento³³. Così, pressappoco, accade quando viene offerta ai soggetti interessati dalla vicenda penale di deviare dall'iter del processo ricorrendo a meccanismi di *diversion*.

Il rischio dell'implementazione di strumenti atti a creare alternative nel processo e al processo (procedimenti anticipati, abbreviati, patteggiati

³³ L'ampiezza e i limiti dei poteri dispositivi delle parti sono stati approfonditi da A. Ciavola, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei motivi di giurisdizione*, Giappichelli Editore, Torino, 2010, pag. 77 e ss.

e devianti) si materializza - all'interno dell'ordinamento italiano - quando i valori posti dalla Costituzione a garanzia della giurisdizione possano venire sacrificati a favore di una logica dispositiva, deputata alla ricerca dell'efficienza ed economia processuale. Ciò nondimeno, sorvolato il pericolo, l'idea di scommettere su una nuova e differente tecnica processuale, basata sulla natura del conflitto, offre prospettive d'interesse e di approfondimento.

La soglia di tolleranza nei confronti di procedure contratte³⁴ si è

³⁴ I meccanismi di *diversion* processuale sono compatibili con i principi di legalità e di uguaglianza perché, essendo predeterminati e bilanciati dal controllo giurisdizionale, non risultano lesivi del principio di obbligatorietà dell'azione penale. Quest'ultimo, inizialmente veniva letto con una rigidità tale da non trovare corrispondenti in nessun'altra parte d'Europa e forse nel mondo, ciò non significa che gli altri ordinamenti non si preoccupano dell'uguaglianza di fronte alla legge e della giustizia penale. Le alternative al processo e nel processo sono rispettose del principio dell'indipendenza della magistratura minacciato da eventuali pressioni esterne. Il pubblico ministero, come per esempio accade nell'ordinamento austriaco, quando procede ad esercitare l'azione penale può anche scegliere di avvalersi della diversione, equiparabile all'esercizio dell'azione penale stessa. Si tratterebbe di porre in primo piano altri interessi costituzionalmente protetti e potenzialmente prevalenti, secondo questa chiave di lettura, l'equilibrio non appare poi così faticoso quanto necessario se si vuole evitare di «sacrificare, in definitiva,

innalzata ed è giunto il momento di analizzare le figure assimilabili alla *diversion* nell'ordinamento italiano.

Le alternative nel processo sono rappresentate dalla possibilità di poter scegliere gli itinerari presenti nel Libro VI del c.p.p. e l'ipotesi negoziale per antonomasia è costituita dal rito dell'applicazione della pena su richiesta delle parti. Il noto istituto del patteggiamento - oltre a consentire una risoluzione anticipata del processo anche per i reati considerati medio-gravi disciplinati dall'art 51, comma 3bis e 3quater del c.p.p. - ha esteso la possibilità di "patteggiare" anche in sede di appello attraverso il c.d. concordato sui motivi³⁵, con la recente riforma entrata in vigore il 23 giugno 2017.

Di nuovo conio, nel sistema degli adulti, è l'istituto della sospensione del processo con messa alla prova. Quest'ultimo disciplinato dalla legge n. 67 del 2014 è stato fin da subito inquadrato come una vera e

più importanti esigenze di giustizia». Così, Benedetta Bertolini, Esistono autentiche forme di "diversione" nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015 n. 4, pag. 57 e ss.

³⁵ Se l'accordo comporta una rideterminazione della pena, anche la nuova pena dovrà essere concordata tra le parti e sottoposta al giudice, sono esclusi dall'ambito di applicazione del concordato i procedimenti per i delitti di cui l'art 51, comma 3bis e 3quater c.p.p. Così Altalex.com, Codice penale e di procedura: la riforma Orlando, pubblicato il 3 agosto 2017.

propria tecnica di *diversion*, nonostante l'inserimento del lavoro di pubblica utilità possa denotare un carattere più punitivo che ristorativo³⁶.

Si è ricavata la volontà di introdurre, in Italia, pratiche diffuse in altri ordinamenti di cui il legislatore non ha ancora interamente colto le finalità non stigmatizzanti che mirano a perseguire.

Per quanto concerne, invece, le alternative al processo bisogna guardare soprattutto agli istituti predisposti all'interno della giustizia minorile e nella giurisdizione di pace che sono stati definiti come ipotesi di «*diversion all'italiana*»³⁷. Esse sono: l'irrilevanza del fatto; la

³⁶ Per un'analisi della sospensione con messa alla prova, M. Colamussi, *Adulti messi alla prova seguendo il paradigma della giustizia riparativa*, in *proc. pen. e giust.*, 2012, 128; G. Tabasco, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *Arch. pen.*, 2015, 5.

³⁷ Cfr. A. Ciavola, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Giappichelli Editore, Torino, 2010, pag. 318; E. Mattevi, *Esiguità e sistema penale del giudice di pace*, in *AA. VV.*, *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, a cura di L. Picotti, Padova, 2010, pag. 57; V. Patanè, *La specificità delle formule decisorie minorili*, in *AA. VV.*, *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, a cura di E. Zappalà, Torino, 2009, pag. 141; C. Cesari, *Sospensione del processo e messa alla prova*, in *Il processo penale minorile*, commento al d.p.r. 448/1988, a cura di G. Giostra, Milano, 2009, pag. 343.

messa alla prova; la mediazione preprocessuale; la mediazione con fini conciliativi; la particolare tenuità del fatto e infine le condotte riparatorie.

Nonostante queste tecniche garantiscano: la rapida fuoriuscita dell'individuo dal canale giudiziario; la minima offensività del procedimento; la responsabilizzazione delle persone coinvolte per mezzo di una loro partecipazione attiva alla definizione della vicenda e la tutela del minore; continuano ad essere persistenti i dubbi che, non intravedono effettive modalità differenziate all'iter ordinario tali da integrare i caratteri della *diversion*.

In definitiva, si trascura che: una definizione univoca di *diversion* non esiste, in quanto ogni ordinamento ha collaudato alternative al processo tipiche, che ha semplicemente provato ad adattare alle proprie realtà nazionali e magari per ottenere risultati diversi³⁸.

³⁸ Quello che si è ricostruito riguarda gli elementi fondamentali e caratterizzanti le discipline di *diversion* dei Paesi che più compiutamente hanno sviluppato questa nuova prospettiva di concepire la definizione del processo. L'Italia, sulla scorta delle esigenze deflative e di economia processuale perseguite, ha cercato di introdurre delle tecniche che gli permettessero di diversificare l'iter processuale sia attraverso alternative nel processo che al processo. Così Benedetta Bertolini, *Esistono autentiche forme di "diversione" nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione*, in *diritto penale contemporaneo*, 2015 n. 4, pag.