



CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

DIRITTO PUBBLICO E SISTEMA PENALE

in convenzione con

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE

Ciclo XXX

LA GIUSTIZIA PENALE NEGOZIATA IN EUROPA

Dottorando
Jacopo Della Torre

Supervisore
Chiar.mo Prof. Mitja Gialuz

Anno di discussione 2018

Indice

Introduzione	7
--------------------	---

PARTE I

Origini e inquadramento teorico

CAPITOLO I

Il lungo cammino del “consensualismo penale”: un fenomeno moderno, dalle radici antiche

1. La centralità della giustizia penale consensuale in epoca medioevale e negli antichi regimi	12
2. La parziale contrazione del fenomeno sul continente europeo tra Settecento e prima metà del Novecento	22
3. Il successivo cambio di passo: il consensualismo diventa globale	31
4. La diffusione del paradigma riparativo-conciliativo	39

CAPITOLO II

Alla ricerca dei confini della giustizia penale negoziata

1. Premessa	44
2. Giustizia penale consensuale e giustizia penale negoziata	48
3. Il ruolo dell’“informalità” nella giustizia negoziata	56
4. Modelli “forti” o “deboli” di giustizia negoziata	63
5. Giustizia negoziata e giustizia riparativa	68
6. I confini della presente analisi	73

PARTE II

I principali modelli europei di giustizia negoziata

CAPITOLO I

La giustizia penale negoziata in Germania

1. Considerazioni introduttive	77
2. Le intese riguardanti la criminalità di medio-basso livello: l’interpretazione estensiva del §153a <i>StPO</i> e la creazione del §153a <i>StPO</i>	79
3. <i>Segue</i> . Le intese sui §§154 e 154a <i>StPO</i> e sullo <i>Strafbefehlsverfahren</i>	86
4. Le <i>Absprachen</i> informali concernenti la criminalità di medio/alto livello: considerazioni generali	89
5. La “scoperta” delle <i>Absprachen</i> informali da parte della dottrina e lo sviluppo della letteratura tedesca sul tema	93
6. La giurisprudenza tedesca sulle <i>Absprachen</i> informali	99

7. Le proposte normative di codificazione delle intese negoziate	109
8. La legge sulle <i>Verständigungen</i> del 2009: le disposizioni “satellite”	115
9. <i>Segue</i> . Il §257c <i>StPO</i> : disciplina e criticità	118
10. La <i>Verständigung</i> supera il vaglio del <i>Bundesverfassungsgericht</i>	127
11. Gli sviluppi più recenti	137

CAPITOLO II

La giustizia penale negoziata in Austria

1. Considerazioni preliminari	145
2. Le <i>Absprachen</i> sulla <i>diversion</i>	147
3. La posizione di apertura assunta da parte dell'avvocatura e la prima condanna dell' <i>Oberste Gerichtshof</i> alle <i>Absprachen</i> informali	151
4. La discussione continua	155
5. La seconda proposta di codificazione dell'ÖRAK e l'interrogazione parlamentare sulle <i>Prozessabsprachen</i>	157
6. Il definitivo rifiuto delle intese da parte dell'OGH nel 2010	160
7. La posizione espressa dal gruppo di lavoro nominato dal Ministro della giustizia per riformare la procedura penale austriaca	163
8. Uno sguardo al presente	166

CAPITOLO III

La giustizia penale negoziata in Spagna

1. Considerazioni introduttive	170
2. La svolta con l'approvazione della <i>Ley Orgánica 7/1988</i> : il meccanismo del <i>reconocimiento de hechos</i>	177
3. Le ipotesi di <i>conformidad</i> “in senso stretto” contenute nella <i>Ley Orgánica 7/1988</i>	182
4. La <i>Circular de la Fiscalía General del Estado</i> n. 1 del 1989	187
5. Le riforme alla <i>conformidad</i> approvate nei primi anni 2000: generalità	189
6. <i>Segue</i> . Le modifiche alla disciplina del <i>reconocimiento de los hechos</i>	192
7. <i>Segue</i> . La novella delle altre ipotesi di <i>conformidad</i> collocate nel giudizio abbreviato....	195
8. <i>Segue</i> . L'introduzione della <i>conformidad premiada</i> nel “giudizio rapido”	202
9. La <i>Circular 1/2003</i> e l' <i>Instrucción 1/2003</i> del 7 aprile del procuratore generale dello Stato	207
10. Il protocollo sulla <i>conformidad</i> del 1 aprile 2009 e l'istruzione n. 2 del 2009 di commento alla medesima	210
11. Le ipotesi di giustizia negoziata contenute nell' <i>Anteproyecto</i> di <i>LECrim</i> del 2011	218
12. <i>Segue</i> . La bozza di codice di procedura penale del 2013.....	224
13. Le riforme del 2015 e le iniziative più recenti in materia di giustizia negoziata.....	232

CAPITOLO IV

La giustizia penale negoziata in Francia

1. Le forme più risalenti di <i>transaction pénale</i> e la <i>disqualification</i>	240
2. L'evoluzione del consensualismo penale in Francia negli anni Ottanta	247
3. Le modifiche normative dei primi anni Novanta	252
4. La codificazione delle <i>classements sous conditions</i> e la creazione della “ <i>composition pénale</i> ”	258
5. L'assenza di negoziazioni tra prevenuto e autorità nella “ <i>composition pénale</i> ”	265

6. Il cammino verso la codificazione della <i>procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité</i>	269
7. La decisione del Consiglio costituzionale francese del 2004 sul <i>plaider coupable</i>	279
8. Le prime difficoltà pratiche del <i>plaider coupable</i> e la legge 2005-847 del 26 luglio 2005..	283
9. La CRPC tra giustizia consensuale e negoziata.....	286
10. Le proposte di abrogazione della CRPC	293
11. Le proposte di modifica del <i>plaider coupable</i> contenute nei lavori delle Commissioni Guinchard, Léger e nell' <i>avant-projet</i> di codice di procedura penale del 2010.....	297
12. Le riforme apportate al <i>plaider coupable</i> dalla legge n. 2011-1862 del 13 dicembre 2011.	300
13. La <i>transaction pénale par officier de police judiciaire</i>	304
14. Le più recenti iniziative di riforma della CRPC	310

PARTE III

Il confronto con l'esperienza italiana

CAPITOLO I

L'evoluzione della giustizia negoziata in Italia

1. Premessa	317
2. Un'analogia (ri)scoperta della "giustizia penale negoziata" negli anni Ottanta del Novecento	319
3. <i>Segue</i> . La svolta nella seconda metà degli anni Ottanta.....	323
4. Gli anni Novanta	336
5. Gli anni Duemila	343
6. Le iniziative più recenti	351

CAPITOLO II

Le principali analogie e differenze tra i diversi modelli di giustizia negoziata

1. I ritardi italiani in materia di archiviazioni condizionate.....	360
2. La mancata regolazione normativa della fase delle trattative	367
3. Analogie e differenze riguardo al ruolo del pubblico ministero	373
4. <i>Segue</i> . Il ruolo dell'imputato	379
5. <i>Segue</i> . Il ruolo del difensore	383
6. <i>Segue</i> . Il ruolo del giudice: la questione della partecipazione alle trattative	386
7. <i>Segue</i> . Le funzioni strettamente decisorie	391
8. <i>Segue</i> . Il ruolo della vittima	406
9. La premialità	416
10. Giustizia negoziata e forma della decisione	423
11. Giustizia negoziata e impugnazioni	426
12. Giustizia negoziata e archetipi processuali	440

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

La necessità di un intervento normativo a livello europeo

1. L'inesistenza di un modello europeo di giustizia negoziata e il pericolo di derive antiformalistiche	444
2. Le responsabilità della grande Europa.....	452
3. La necessità di una svolta da parte della piccola Europa	457
Bibliografia	464
Sintesi - <i>Abstract</i>	510

INTRODUZIONE

L'idea di uno studio dedicato alla giustizia penale negoziata in Europa non può che partire da una considerazione di tipo storico.

A partire dagli anni Settanta e Ottanta del Novecento, sempre più Stati europei (e non solo) hanno deciso di introdurre nei loro ordinamenti processuali penali una fitta schiera di istituti dispositivi. Il dogma di una giustizia penale necessariamente imposta dall'alto ha così iniziato a vacillare: per un novero di reati progressivamente più esteso, si è infatti concesso ai rappresentanti dell'autorità il potere di concludere degli accordi con i prevenuti, idonei a far terminare in modo anticipato e concordato una reg giudicanda.

A dir la verità, in diversi Paesi – come, ad esempio, la Germania – tale processo non è sorto dalla volontà politica del legislatore, ma dal basso: è spesso la prassi delle aule di giustizia che ha letteralmente imposto la negozialità penale agli altri formanti.

Non si è però trattato di un fenomeno del tutto nuovo neppure per gli ordinamenti di *civil law*, ma piuttosto di un deciso ritorno al passato.

Come si avrà infatti modo di vedere nella prima parte di questo lavoro, nel periodo medioevale e degli antichi regimi, non solo in Italia, ma anche in diversi altri Paesi, erano assai diffusi meccanismi consensuali o negoziati che consentivano di risolvere in modo concertato una controversia avente a oggetto un reato.

A tale riguardo, basti pensare che ancora quel vero e proprio manifesto del modello inquisitorio rappresentato dall'*Ordonnance criminelle* francese del 1670 imponeva «à nos Procureurs, & à ceux des Seigneurs, de poursuivre incessamment ceux qui feront prévenus de crimes capitaux, ou auxquels il écherra peine afflictive, nonobstant toutes transactions & cessions de droits faites par les Parties. Et à l'égard de tous les autres, feront les transactions exécutées, sans que nos Procureurs ou ceux des Seigneurs pussent en faire aucune poursuite».

Molto è cambiato nel periodo delle codificazioni, quando alcuni Stati europei hanno cercato di tagliare i ponti con il passato, approvando dei veri e propri divieti di negoziazione in materia penale.

Ciò, peraltro, non significa che il “consensualismo penale” sia stato del tutto espunto dagli ordinamenti processuali continentali. Al contrario, esso, in molti casi, ha soltanto visto ridotta la sua area di operatività alla criminalità minore, rispetto alla quale si è ancora fatto giocare un ruolo di primo piano alla volontà del prevenuto.

Preso atto di questa evoluzione, il presente lavoro si soffermerà su alcuni fattori che sembrano aver contribuito al riespandersi di tale fenomeno. Non si può di certo dire che il recente moltiplicarsi di un novero di istituti dispositivi sia il frutto unicamente di una passiva “americanizzazione” della giustizia penale europea. Le ragioni di questa (ri)scoperta della negozialità sul continente paiono essere assai più articolate, tra le quali spiccano i forti impulsi sul punto provenienti dal Consiglio d'Europa. Con la raccomandazione R (87) 18 del Comitato dei Ministri sulla semplificazione della giustizia penale, tale organizzazione internazionale ha infatti esortato gli Stati membri a codificare e/o rafforzare una serie eterogenea di

meccanismi consensuali e contrattati, al fine di meglio tutelare – tra l'altro – il canone della ragionevole durata.

Dopo aver ripercorso le tappe fondamentali di tale percorso, lo studio cercherà di inquadrare la negoziabilità penale da un punto di vista teorico. La dottrina europea ha, infatti, definito in modi diversi il concetto di “giustizia penale negoziata”, cosicché risulta spesso difficile comprendere quali istituti possano realmente farsi rientrare in queste categorie. Il tentativo di stabilire in modo chiaro i confini della tematica in esame non è però una mera questione dogmatica, ma assume una concreta utilità in quanto consente di tracciare una distinzione tra essa e alcuni fenomeni contigui, pur appartenenti a una comune matrice consensualistica, quali, ad esempio, la *restorative justice*. Tale peculiare modello di giustizia presenta diversi aspetti in comune con la giustizia penale negoziata, tra cui i principali sono la sussistenza – quantomeno nell'archetipo principale di tale categoria, costituito dalla mediazione penale – di una serie di discussioni tra soggetti del processo volte a consentire il raggiungimento di un accordo, idoneo a far concludere in modo anticipato un processo penale. Vi è però una differenza fondamentale, che sembra portare a una necessità di separare nettamente la giustizia riparativa da quella negoziata: questi fenomeni sono infatti volti a raggiungere obiettivi ben diversi, che paiono andare a caratterizzare in un senso antitetico la stessa possibilità concessa di compiere un negoziato e concludere un'intesa.

Inquadrato così in generale il fenomeno della giustizia contrattata da un punto di vista diacronico e teorico, la seconda parte della ricerca si concentrerà su alcuni tra i più significativi modelli europei di giustizia penale negoziata, scelti in ragione delle profonde peculiarità che li caratterizzano.

Il primo sistema giuridico studiato è quello tedesco: verrà fornito un quadro di come un gran numero di istituti contrattati, riguardanti sia le forme di criminalità più lievi, sia quelle più gravi, si siano diffusi in tale Paese sin dal secondo dopoguerra.

Un approfondimento *ad hoc* sarà dedicato alle cosiddette *Absprachen*, ovvero a quel meccanismo negoziato che spesso – ma non sempre – ha avuto a oggetto uno scambio tra una confessione dibattimentale e un trattamento sanzionatorio più favorevole, diffusosi per quasi quarant'anni in via del tutto informale solo grazie all'avallo della giurisprudenza. Si tratta di un istituto negoziale alquanto singolare, posto che nello stesso il vero *dominus* delle trattative è il giudice, ovvero un soggetto che, in altri ordinamenti, ha (o quantomeno dovrebbe avere) il ruolo di vagliare le intese raggiunte tra il difensore dell'accusato e il pubblico ministero.

Dopo aver analizzato le più importanti sentenze con cui le supreme Corti tedesche hanno regolato in via pretoria la prassi delle *Absprachen*, la tesi si concentrerà sulla *Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren* del 2009 con cui il legislatore tedesco ha finalmente dato ascolto ai moniti del *Bundesgerichtshof*, disciplinando all'interno dello *StPO* tale istituto contrattato.

Il lavoro non trascurerà di concentrarsi sulla sentenza con cui nel 2013 il *Bundesverfassungsgericht* ha sì dichiarato la costituzionalità della legge sulle *Verständigungen*, ma ha anche posto numerosi moniti alle forze politiche, chiamate a vigilare affinché le nuove disposizioni non siano aggirate da prassi devianti.

Caricato di numerose aspettative e oggetto di una disciplina piuttosto articolata, il meccanismo delle intese negoziate tedesche è stato infatti subito oggetto di interpretazioni *contra legem*, che danno una precisa dimostrazione di come la vocazione espansiva della negozialità non sia una caratteristica propria dei soli sistemi di *common law*, quanto piuttosto un elemento intrinseco, forse ineliminabile, della giustizia contrattata.

Un'ulteriore conferma di questa tesi proviene dallo studio dell'ordinamento austriaco, dove, esattamente come in Germania, si sono sviluppate, in via del tutto informale, alcune tipologie di *Absprachen* trilaterali (tra giudici, pubblici ministeri e imputati). A differenza di quanto è avvenuto nel primo Paese, però, la giurisprudenza dell'*Oberster Gerichtshof* si è duramente espressa contro tale prassi, in quanto l'ha ritenuta del tutto incompatibile con il principio di ricerca della verità materiale. Di conseguenza, anche le più recenti proposte, provenienti in particolare dall'avvocatura austriaca, di codificare un istituto negoziato non hanno avuto successo. Al contrario, pure un recente gruppo di lavoro nominato dal Ministro della giustizia per riformare la procedura di tale Paese ha compiuto una chiusura piuttosto netta sul punto, concedendo assai pochi spazi "ufficiali" alla negozialità penale.

Il terzo modello di giustizia contrattata approfondito è quello spagnolo, che presenta la peculiarità di contenere già dal XIX secolo un istituto dispositivo tramite cui gli imputati hanno potuto far concludere in modo anticipato una regiodicanda penale. Ci si riferisce alla *conformidad* dell'accusato, che, però, fino agli anni Ottanta del Novecento, era inteso come un meccanismo meramente consensuale e non negoziato. Tutto è cambiato con la *Ley Orgánica 7/1988* che, senza eliminare la *conformidad* unilaterale, ne ha aggiunte altre, che, pur non facendo riferimento in modo espresso alla presenza di trattative e accordi tra le parti, contenevano il germe della negozialità.

Nei primi anni duemila l'istituto in questione ha subito un'ulteriore riforma, che oltre a mantenere il carattere negoziale di diverse forme di *conformidades* ne ha aggiunta anche una nuova, espressamente favorita tramite la promessa di alcuni benefici premiali.

Gli insegnamenti più interessanti si potranno però cogliere dalle iniziative più recenti assunte, anche in questo caso, dagli operatori pratici del diritto. Nel 2009, infatti, è stato adottato dal Procuratore generale spagnolo e dai vertici dell'avvocatura un vero e proprio protocollo delle *conformidades*, finalizzato a regolare meglio lo sviluppo della giustizia negoziata spagnola. Quest'atto darà una precisa riprova di quanto è accaduto in diversi Paesi europei, in cui il modo ambiguo e lacunoso con cui i legislatori hanno disciplinato i meccanismi negoziali ha portato i vertici delle Procure a cercare di rimediare, tramite l'emanazione di protocolli o circolari in materia.

L'analisi, peraltro, non trascurerà neppure di soffermarsi sulle forme di contrattazioni disciplinate nelle proposte di riforma complessiva della procedura penale di tale Paese, presentate nel 2011 e nel 2013, che, pur essendo naufragate da un punto di vista politico, sembrano fornire delle precise indicazioni su come potrà evolversi la procedura penale spagnola nel Ventunesimo secolo.

Il quarto ordinamento che si studierà sarà quello francese, che, più di ogni altro, ha cercato di resistere alla giustizia penale negoziata, ma non a quella consensuale. Non va infatti tralasciato che in Francia sono in realtà sempre rimaste in vigore alcune peculiari ipotesi di transazioni – non negoziate – che, specie negli ultimi anni, hanno visto aumentare di molto il loro numero e rilievo.

Neppure l'archetipo del sistema francese è però riuscito a resistere allo sviluppo di una prassi dispositiva informale, comunemente chiamata, a seconda dei casi, *correctionnalisation* o *contraventionnalisation judiciaire*.

Ma anche in tale sistema giuridico le più importanti novità in materia si sono avute negli ultimi decenni, soprattutto a seguito dell'introduzione della *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*. Si avrà in fatti modo di vedere che, nonostante le resistenze manifestatesi nel corso dei lavori preparatori della legge che ha portato all'approvazione di tale istituto e l'opinione contraria di parte della dottrina, anch'esso è stato presto oggetto di discussioni informali tra il *parquet* e il prevenuto, finalizzate a ottenere uno scambio tra un trattamento sanzionatorio più favorevole e una confessione.

Nella terza parte della tesi l'esperienza di questi Stati verrà confrontata con la disciplina italiana in materia di giustizia negoziata. Anche nel nostro Paese, infatti, tale fenomeno è stato (ri)scoperto negli anni Ottanta del Novecento, per poi avere un'evoluzione diacronica per molti versi simile a quella che si è verificata nell'ordinamento spagnolo.

Si avrà modo di vedere come il modello nostrano di giustizia negoziata sia profondamente diverso rispetto a tutti gli altri archetipi europei studiati. Esso costituisce sotto molti punti di vista un vero e proprio *unicum*.

L'Italia, infatti, si distingue dagli altri sistemi giuridici non solo per i suoi cronici ritardi in materia di archiviazioni condizionate, ma soprattutto perché il legislatore, poi avallato dalla Consulta, ha considerato possibile bilanciare con il canone della ragionevole durata, che sta alla base dei meccanismi contrattati, anche principi – quali quello di pubblicità o il diritto d'azione delle vittime – altrove considerati assolutamente non ponderabili.

Dopo aver analizzato come le spinte antiformaliste derivanti dalla negozialità penale tendano a far mutare il ruolo normalmente giocato da i vari attori che compaiono sulla scena processuale, la parte conclusiva dello studio tornerà ad assumere una prospettiva più ampia, soffermandosi sulle significative aperture che anche gli ordinamenti della piccola e grande Europa hanno compiuto in materia di giustizia contrattata.

Il quadro che ne emergerà sarà caratterizzato da molte ombre: specie le prassi negoziate informali, diffuse a tutt'oggi in modo quasi incontrastato in molte parti d'Europa, rischiano di mettere in serio pericolo i più importanti diritti fondamentali degli imputati.

Sembra quindi necessario, sia al livello nazionale, sia eurounitario, un profondo ripensamento del modo in cui gestire nei prossimi anni la tematica in esame: solo incanalando in una direzione più contenuta le forti spinte espansive della negozialità, si potrà riuscire a sfruttare i preziosi effetti deflativi delle contrattazioni, senza però rinunciare del tutto ai valori che contraddistinguono le procedure penali d'Europa.

PARTE I
ORIGINI E INQUADRAMENTO TEORICO

CAPITOLO I

IL LUNGO CAMMINO DEL “CONSENSUALISMO PENALE”: UN FENOMENO MODERNO, DALLE RADICI ANTICHE

SOMMARIO. 1. La centralità della giustizia penale consensuale in epoca medioevale e negli antichi regimi. – 2. La parziale contrazione del fenomeno sul continente europeo tra Settecento e prima metà del Novecento. – 3. Il successivo cambio di passo: il consensualismo diventa globale. – 4. La diffusione del paradigma riparativo-conciliativo.

1. La centralità della giustizia penale consensuale in epoca medioevale e negli antichi regimi

Nel corso degli ultimi decenni, sempre più Stati, appartenenti non solo alla tradizione culturale di *common law*, ma anche a quella romano-germanica, hanno introdotto, all'interno dei loro ordinamenti, un novero assai eterogeneo di schemi procedurali fondati sul consenso dell'accusato¹, tramite cui lo stesso ha acquisito un ruolo chiave «*dans la déroulement de la justice pénale, jusqu'à empêcher la possibilité ou même l'arrêt de la procédure*»².

Si tratta di un fenomeno talmente diffuso, da essere stato descritto come una vera e propria «marcia trionfale»³ dei modelli processuali di matrice dispositiva

¹ Per un quadro aggiornato dell'evoluzione globale del “consensualismo penale” cfr. la recente analisi compiuta su 90 diversi sistemi dall'organizzazione FAIR TRIALS, *The Disappearing Trial. Towards a rights-based approach to trial waiver systems*, in www.fairtrials.org, dalla quale si desume che dal 1995 al 2017 nel campione di Stati studiati l'esistenza di forme di rinunce contrattate al processo è cresciuta circa del 300% (p. 23).

² Cfr. M. CHIAVARIO, *La justice négociée: une problématique à construire*, in *Archives de politique criminelle*, 1993, n. 15, p. 27.

³ In questo senso si esprime, T. WEIGEND, *Die Reform des Strafverfahrens. Europäische und deutsche Tendenzen und Probleme*, in *ZStW*, 1992, p. 493. Tale immagine è ripresa anche da S.C. THAMAN, *Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal Cases*, in AA.VV., *General Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law – Rapports généraux du XVII^e Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé*, a cura di K. Boele Woelki-S. Van Erp, Bruxelles-Utrecht, 2007, p. 951.

all'interno dei sistemi giuridici contemporanei, che avrebbe determinato una sorta di "privatizzazione"⁴ o "contrattualizzazione"⁵ della giustizia criminale.

Peraltro, nonostante la sua attualità, lo sviluppo del cosiddetto "consensualismo penale" non rappresenta affatto un fenomeno originale dei tempi moderni; e ciò neppure nei paesi dell'Europa continentale, in cui, fino a pochi anni fa, «*it was a general opinion that because of its construction in compliance with the rules governing the mixed form, a criminal process [...] was not able to accommodate consensual decisions ending a process*»⁶.

Da un'analisi storica risulta infatti che la proliferazione di un ampio numero di istituti fondati su una manifestazione di volontà - espressa o implicita - dell'indagato o imputato, tramite cui questi può determinare una deviazione

⁴ Non è un caso, del resto, che la 18^a "Conference de recherches criminologiques", organizzata dal Comitato europeo per i Problemi Criminali nel 1988, si intitolasse "Privatisation du contrôle de la criminalité". Gli atti di tale convegno possono trovarsi in AA.VV., *Privatisation of crime control: reports presented to the 18th Criminological Research Conference, 1988*, Strasbourg, 1990. In dottrina, il concetto di "privatizzazione della giustizia penale" è alquanto diffuso. Sul punto, tra i moltissimi, cfr. A. ESER, *Funktionswandel strafrechtlicher Prozeßmaximen: Auf Dem Weg zur „Reprivatisierung“ des Strafoverfahrens?*, in *ZStW*, 1992, pp. 377 s.; A. JACOBS, *Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée*, in *Revue internationale de droit pénal*, 2012, p. 58; M. VAN DE KERCHOVE, *Éclatement et recomposition du droit pénal*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2000, p. 6; ID., *La privatisation partielle du droit pénal, refoulement de la dimension politique du droit?*, in AA. VV., *Le droit, figure du politique. Études offertes au professeur Michel Miaille*, a cura di J.-L. Autin e L. Weil, Montpellier, 2008, pp. 561 ss.; O. K.-F. KLUG, *Zum Strafoverfahren als Parteiprozeß*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1999, p. 290; D. KRAPAC, *Some Trends in Continental Criminal Procedure in Transition Countries of South-Eastern Europe*, in AA.VV., *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context. Essays in honour of Professor Mirjan Damaška*, a cura di J. Jackson-M. Langer-P. Tillers, Oxford-Portland, 2008, p. 129; X. PIN, *La privatisation du procès pénal*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2002, pp. 245 ss.; J. VOLFF, *La privatisation rampante de l'action publique*, in *La Semaine Juridique - Edition générale*, 30 giugno 2004, n° 27, p. 146.

⁵ In argomento, cfr. il documento CEPEJ (2010) 10, del 10 dicembre 2010, *Contractualisation et processus judiciaires en Europe. (Etat de la situation en 2009)*, pp. 40 ss. In dottrina, v., tra i tanti, C. AMBROISE-CASTEROT, *Le consentement en procédure pénale*, in AA.VV., *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris, 2006, p. 39; P. COUVROT, *Contractualisation en matière pénale, en général*, in AA.VV., *Réforme de la justice, réforme de l'État*, diretto da L. Cadiet-L. Richer, Paris, 2003, p. 198; M. VAN DE KERCHOVE, *Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle?*, in AA.VV., *La contractualisation de la production normative*, diretto da S. Chassagnard-Pinet - D. Hiez, p. 189 ss.; F. ALT-MAES, *La contractualisation du droit pénal mythe ou réalité?*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2002, p. 501 ss.; ID., *Vers une contractualisation du droit pénal*, in AA.VV., *Les Évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, a cura di C. Pigache, Rouen, 2004, p. 49 ss.; Y. JOSEPH-RATINEAU, *Contractualisation de la procédure pénale et liberté procédurale du parquet*, in *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1035 ; P. SALVAGE, *Le consentement en droit pénal*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1991, p. 702.

⁶ Così si esprime, S. WALTOS, *Settlements in Criminal Procedures in Europe: an Attempt of Synthesis*, in *Archivum Iuridicum Cracoviense*, 2000, p. 6; in argomento, cfr. anche L. LUPARIA, *Model Code or Broken Dream? The Italian Criminal Procedure in a Comparative Perspective*, a cura di M. Gialuz-L. Lupária-F. Scarpa, Padova, 2014, p. 6. Più in generale, secondo F. TULKENS, *Negotiated justice*, in AA.VV., *European Criminal Procedures*, a cura di M. Delmas-Marty - J.R. Spencer, Cambridge, 2005, p. 642, «*the expression "negotiated" or "consensual justice" would seem, at first sight to be paradoxical as a part of criminal law. Indeed, the traditional format of criminal law would seem to be alien to any form of discussion, concession or compromise*». Per C. AMBROISE-CASTEROT, *Le consentement en procédure pénale*, cit., p. 29, invece, «*consentement et procédure pénale semblent même être antinomiques et leur rapprochement anachronique*».

rispetto all'ordinario incedere del rito, costituisce – a ben vedere – solamente un ritorno al passato.

È un fatto noto, invero, che, sulla scia di una tradizione risalente al diritto romano prima⁷ e alle consuetudini germaniche poi⁸ e che vedeva dei precedenti già in tempi assai più antichi⁹, per tutto il medioevo e durante l'*ancien régime*¹⁰, «composizioni, paci, accordi e transazioni, mediazioni e fideiussioni, compensazioni, reintegrazioni e risarcimenti»¹¹ costituivano delle modalità di soluzione dei conflitti penali ampiamente diffuse sul territorio europeo¹².

⁷ Cfr., in argomento, per tutti, F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, t. II, *De l'action publique et de l'action civile*, Paris, 1846, p. 400, il quale spiega che «la loi romaine laissait à l'accusateur la faculté de transiger, mais seulement avant l'inscription de son accusation; il ne le pouvait plus dès qu'il avait accepté cette fonction, en quelque sorte publique» e che «suivant Ulpian, la transaction ne pouvait s'appliquer qu'aux infractions quae non ad publicam laesionem sed ad rem familiarem respiciunt». In argomento, cfr. anche, tra i molti, A. GIORDANO, *Comento sulle leggi civili del Regno delle due Sicilie*, vol. VIII, Napoli, 1856, p. 310, nonché F. M. PAGANO, *Principj del codice penale, e considerazioni sul processo criminale*, Lugano, 1832, pp. 42-43. Per un cenno sul punto cfr., più recentemente, cfr. L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, Valencia, 1997, p. 22.

⁸ Con riguardo alle *compositiones* germaniche, cfr., per tutti, G. ALESSI, *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari, 2001, pp. 6 ss. È noto che, nel diritto germanico, il valore massimo della composizione pecuniaria, tramite cui poteva essere evitata la "vendetta", corrispondeva al *wergeld*, ossia al prezzo di un uomo libero, somma che – nei casi di omicidio – andava pagata alla famiglia della vittima. In argomento, oltre all'autrice appena citata, cfr. J. CARPENTER, *Glossary*, in AA.VV., *The Settlement of Disputes in Early Medieval Europe*, a cura di W. Davies-P.Fouracre, Cambridge, 1986, p. 276; L. FERRAIOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, p. 449, nt. 136; L. MAZZA, voce *Oblazione volontaria (diritto penale)*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 564, nt. 13; A. PERTILE, *Storia del diritto italiano. Dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, vol. V, *Storia del diritto penale*, 2^a ed., Torino, 1892, pp. 190 ss.; S.C. THAMAN, *A Typology of Consensual Criminal Procedures: An Historical and Comparative Perspective on the Theory and Practice of Avoiding the Full Criminal Trial*, in AA.VV., *World Plea Bargaining. Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, a cura di S.C. Thaman, Durham, 2010, p. 298; T. WEIGEND, *Deliktsoffer und Strafverfahren*, Berlin, 1989, p. 67.

⁹ Secondo F. M. PAGANO, *Principj del codice penale*, cit., p. 41, «l'origine di siffatte transazioni ripeter si dee dall'epoca della barbarie delle Nazioni. Quando non erasi pienamente ancora stabilita la pubblica forza, ricorrevasi alla privata, e l'intestina guerra decideva delle controversie tutte»; l'Autore precisa che, in seguito, «nelle colte società rimasero eziandio le reliquie di siffatte barbariche transazioni. Il Dritto Romano le conservò». Per un esempio di antiche pratiche "riconciliative", appartenenti alla comunità ebraica, cfr. G. ZAGREBELSKY, *«crucifige!» e la democrazia*, Torino, 1995, p. 25.

¹⁰ In questo senso, cfr. T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 436.

¹¹ Così, M. SBRICCOLI, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, 2009, p. 1237.

¹² Cfr., sul punto, B. LENMAN-G. PARKER, *The State, the Community and the Criminal Law in Early Modern Europe*, in AA. VV., *Crime and the Law. The Social History of Crime in Western Europe since 1500*, a cura di V.A.C. Gatrell-B. Lenman- G. Parker, London, 1980, p. 20 ss. In argomento, cfr. ancora, O. NICCOLI, *Perdonare. Idee, pratiche, rituali in Italia tra Cinque e Seicento*, Roma-Bari, 2007, p. 38.

Rappresentano puntuali esempi di queste pratiche gli istituti dell'*accommodement légal* francese¹³, la cosiddetta *charta remissionis et pacis* lombarda¹⁴, oppure la *glowszczyzna* polacca¹⁵.

In tutti questi casi, risultava assolutamente centrale il raggiungimento di un accordo tra l'accusato e la vittima e/o la sua famiglia, per giungere a una soluzione concordata che risolvesse la disputa.

Va fin da subito osservato che, quella che autorevole dottrina ha definito "giustizia negoziata"¹⁶, trova le sue origini «nel penale "privato" della prima fase cittadina, che aveva come fine il risarcimento (o meglio, la soddisfazione dell'offeso)»¹⁷. Essa non si basava necessariamente sull'irrogazione di una sanzione, potendosi anche accontentare – oltre o assieme a forme di riparazioni economiche – di una soddisfazione meramente simbolica¹⁸.

Peraltro, l'idea – originaria – che stava alla base di queste forme di giustizia, secondo cui il crimine andava inteso – anzitutto – come un affare privato, un'offesa da risolvere «tra gli interessati, coinvolgendo famiglie e amici»¹⁹, non escludeva necessariamente la possibilità di ricorrere a un giudice terzo²⁰. Più che dalla

¹³ In merito a tale istituto, cfr. B. LENMAN-G. PARKER, *The State, the Community and the Criminal Law*, cit., pp. 20-21 e 26; G. PARKER, "A man's gotta know his limitations": Reflections on a Misspent Past, in AA.VV., *The limits of empire. European imperial formations in early modern world history: essays in honor of Geoffrey Parker*, a cura di T. Andrade-W.Reger, London-New York, 2012, p. 344.

¹⁴ Cfr., sul punto, B. LENMAN-G. PARKER, *The State, the Community and the Criminal Law*, cit., p. 26, C. NUBOLA, *Supplication between Politics and Justice: the Northern and Central Italian States in the Early Modern Age*, in *International Review of Social History*, 2001, Supplement n. 9, *Petitions in Social History*, a cura di L. Heerma van Voss, p. 50; nonché, O. NICCOLI, *Perdonare. Idee, pratiche, rituali in Italia*, cit., p. 37, la quale, alla nt. 26 fornisce un ampio quadro bibliografico in merito a tale istituto.

¹⁵ In argomento, cfr. B. LENMAN-G. PARKER, *The State, the Community and the Criminal Law*, cit., p. 24, i quali spiegano che in tale paese, ancora nel tardo XVIII secolo, gli omicidi pagavano una «*head tax* (*glowszczyzna*, from *glowa* meaning head)» alla famiglia della vittima.

¹⁶ Cfr., M. SBRICCOLI, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica*, cit., p. 1236, secondo cui la stessa sarebbe stata «segnata da uno spiccato carattere "comunitario", fondata sull'appartenenza, diretta principalmente alla riparazione dell'offesa, regolata da norme e prassi condivise, in un ambito in cui domina l'oralità» e che, all'interno di tale nozione, sarebbero dovute «essere incluse le varie figure di giustizia conseguita con la mera trattativa tra gli interessati ad esclusione di qualsiasi formalità, quelle che implicano una mediazione sociale, ed anche quelle che si giovano della struttura giudiziaria pubblica, se quest'ultima si lascia coinvolgere nella negoziazione facendosene promotrice, fiduciaria o garante». Dello stesso autore, cfr. anche ID., *Giustizia criminale*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., pp. 4 ss, nonché ID., *La triade, la bandeau, la genou. Droit et procès pénal dans les allégories de la Justice du Moyen Âge à l'âge moderne*, in *Crime, Histoire & Sociétés*, 2005, pp. 33 ss. Per una recente analisi comparata concernente la "giustizia negoziata" medioevale, cfr. F. FORZATI, *Il sistema penale pre-moderno fra il pluralismo della giustizia negoziata ed il monismo della iurisdictio egemonica. Concentrazione del potere coercitivo e protectio secundum imperium*, in *Ind. pen.*, 2016, pp. 635 ss.; T. KIRCHENGAST, *The Victim in Criminal Law and Justice*, Houndmills-Basingstoke-Hampshire, 2006, *passim*. Sono oramai classiche le analisi di X. ROUSSEAU, *De la négociation au procès pénal: la gestion de la violence dans la société médiévale et moderne (500-1800)*, in AA.VV., *Droit Négocié, Droit Imposé?*, diretto da P. Gérard-F. Ost-M. van de Kerchove, Bruxelles, 1996, pp. 273 ss., nonché di A. ZORZI, *Negoziazione penale, legittimazione giuridica e poteri urbani nell'Italia comunale*, in AA.VV., *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna*, a cura di M. Bellabarba-G. Schwerhoff-A. Zorzi, Bologna, 2001, pp. 13 ss.

¹⁷ Così, M. SBRICCOLI, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica*, cit., p. 1235.

¹⁸ Cfr. M. SBRICCOLI, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica*, cit., p. 1239.

¹⁹ Cfr. M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 4.

²⁰ Così si esprime, nuovamente, M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 5.

presenza di un rito pubblico la vittima poteva «trarre una certa forza negoziale, da spendere nella trattativa “privata”»²¹, che era quella che contava realmente²²: una volta raggiunto un accordo questo avrebbe potuto fermare il processo²³.

Al fine di intuire l'estensione di tali pratiche dispositive, basti pensare che perlomeno «nella primissima fase [...], anche crimini di rilevante gravità (per esempio l'omicidio)»²⁴ erano soggetti a forme di concordato con il trasgressore.

In Francia, ad esempio, si trattava di un fenomeno talmente diffuso, che autorevole dottrina lo ha descritto affermando, per un verso, che il sistema di «*transaction consentie entre l'accusateur et l'accusé en présence du juge*», in vigore in tale ordinamento, «*pendant les premiers siècles de notre législation furent la peine principale des crimes*,»²⁵ e, per un altro verso, che «*pendant longtemps, les juges eux-mêmes et les officiers du ministère public eurent la faculté de composer sur les crimes, au lieu de les poursuivre*»²⁶.

È solo in un periodo successivo, con l'acquisto graduale di importanza da parte di apparati di potere centrali e lo sviluppo di quella che è stata definita “giustizia egemonica”²⁷, che, al “penale negoziato”, sono stati «riservati via via crimini di minore rilevanza»²⁸, senza che, però, questa forma di risoluzione dei conflitti fosse estromessa del tutto dai singoli sistemi processuali per lunghissimo tempo²⁹.

A tale riguardo, basti pensare che la celeberrima *Ordonnance criminelle* del 1670, nonostante la sua struttura notoriamente inquisitoria, imponeva «à nos Procureurs, & à ceux des Seigneurs, de poursuivre incessamment ceux qui feront prévenus de crimes capitaux, ou auxquels il écherra peine afflictive, nonobstant toutes transactions &

²¹ Cfr. M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 5.

²² In questo senso, cfr. S.C. THAMAN, *A Typology of Consensual Criminal Procedures*, cit., p. 298, secondo cui «*compromise was much more important than accurately assessing comparative guilt or punishment. If families could not regulate the matter themselves, they would call on a mediator to resolve the dispute. Negotiation or mediation would usually end in the defendant and his family or clan paying compensation to the victim's family or clan*».

²³ Cfr. M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 5.

²⁴ M. SBRICCOLI, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica*, cit., p. 1237. Cfr., a riguardo, X. ROUSSEAU, *De la négociation au procès pénal*, cit., p. 291.

²⁵ In tal senso, cfr. F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, cit., p. 401.

²⁶ Cfr. F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, cit., p. 401.

²⁷ Tale concetto è nuovamente stato declinato, in particolare, da M. SBRICCOLI, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica*, cit., pp. 1240 ss., nonché in, ID., *Giustizia criminale*, cit., pp. 7 ss. In un recente volume dedicato all'illustre autore, le nozioni di “giustizia negoziata” ed egemonica, sono state compiutamente analizzate. Cfr., ad esempio, G. ALESSI, *La giustizia pubblica come «risorsa»: un tentativo di riflessione*, AA.VV., *Penale Giustizia Potere. Per ricordare Mario Sbriccoli*, a cura di L. Lacchè-C. Latini-P. Marchetti-N. Meccarelli, Macerata, 2007, pp. 213 ss.; I. BIROCCHI, *La giustizia di tipo egemonico: qualche spunto di riflessione*, *ivi*, pp. 179 ss.; A. ZORZI, *L'egemonia del penale in Mario Sbriccoli*, *ivi*, pp. 155 ss.

²⁸ Così, M. SBRICCOLI, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica*, cit., p. 1237. Cfr., sul punto, anche B. LENMAN-G. PARKER, *The State, the Community and the Criminal Law*, cit., p. 26.

²⁹ Secondo M. SBRICCOLI, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica*, cit., p. 1238, nt. 17, «la giustizia pubblica, che guadagna progressivamente spazi qualitativi importanti e decisivi, rimane “quantitativamente” debole nel sistema giustizia considerato nel suo complesso, e lo rimane per lunghissimo tempo: fin dentro il XVIII secolo, per quanto riguarda l'esperienza italiana, e non solo quella italiana». Tale arco cronologico, peraltro, è confermato dai numerosi esempi di istituti dispositivi portati da B. LENMAN-G. PARKER, *The State, the Community and the Criminal Law*, cit., p. 26.

cessions de droits faites par les Parties. Et à l'égard de tous les autres, feront les transactions exécutées, sans que nos Procureurs ou ceux des Seigneurs pussent en faire aucune poursuite»³⁰. Ancora tra la fine del XVII e il XVIII secolo quindi, nel sistema francese, per tutta una serie di reati, pur di non rilevante gravità, la transazione tra le parti aveva ancora un effetto fondamentale: poter bloccare l'esercizio dell'azione penale.

Insomma, anche alla luce di questo esempio, si comprende perché si sia sostenuto che, malgrado l'ineluttabile affermarsi di forme di "giustizia imposta"³¹, «solo una piccolissima parte dell'ideologia della composizione morirà per sempre»³².

Ciò chiarito, va a questo punto rilevato che, nel corso degli anni, le autorità pubbliche hanno iniziato a ideare, accanto a questi meccanismi dispositivi caratterizzati da una *ratio* prevalentemente "riparativa"³³, anche delle ulteriori forme di giustizia consensuale, volte però a raggiungere delle finalità del tutto eterogenee.

Un esempio particolarmente significativo di questa diversità di approccio, può essere individuato nuovamente in un istituto francese, ovvero la cosiddetta *acceptation de l'enquête*³⁴, sviluppatasi già tra il XIII e XIV secolo³⁵.

Per comprendere il funzionamento di questo meccanismo processuale, è necessario anzitutto ricordare che, in tale Paese, l'abolizione del duello giudiziario e delle ordalie aveva lasciato all'interno della procedura penale una lacuna che la

³⁰ Così si esprimeva l'art. 19 del Titolo XXV. Sul punto, cfr., per tutti, A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire*, Paris, 1882, p. 221, il quale definisce tali pratiche come un residuo dell'antico sistema accusatorio; nonché, F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, cit., p. 460, che, alla p. 459, si sofferma anche sui lavori preparatori di tale fondamentale articolo dell'*Ordonnance*; P. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5ª ed., t. XXXIV, Bruxelles, 1828, p. 365.

³¹ In merito alla nozione di "giustizia imposta", cfr., per tutti, F. TULKENS-M. VAN DE KERCHOVE, *La justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée?*, in AA.VV., *Droit Négocié, Droit Imposé?*, cit., pp. 531-532. Tale locuzione, assai diffusa dopo la pubblicazione del saggio appena citato, appariva già in diverse opere precedenti come contraltare del concetto di "giustizia negoziata". A tale riguardo, si vedano, ad esempio, C. AMIEL-A. GARAPON, *Justice négociée et justice imposée dans le droit français de l'enfance*, in *Annales de Vaucresson*, n° 27, 1987, p. 17 ss.; Y. DEZALAY, *La justice négociée comme renégociation de la division du travail dans le champ du droit: l'exemple français*, ivi, 1988, p. 142; D. MONDON, *Justice imposée, justice négociée: les limites d'une opposition, l'exemple du parquet*, in *Droit et société*, n° 30-31, 1995, pp. 349 ss. Più recentemente, cfr., in particolare, P. MILBURN, *De la négociation dans la justice imposée*, in *Négociations*, 2004, n. 1, pp. 27 ss.

³² In questi termini si esprime, nuovamente, M. SBRICCOLI, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica*, cit., p. 1244.

³³ Come accennato, è lo stesso M. SBRICCOLI, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica*, cit., p. 1236 a chiarire che, quella che lui definisce "giustizia negoziata" ha come fine principe quello di "riparare l'offesa". In termini simili, cfr. anche S.C. THAMAN, *A Typology of Consensual Criminal Procedures*, cit., p. 335-336.

³⁴ In merito a tale istituto, cfr., in particolare, A. ESMEIN, *L'acceptation de l'enquête dans la procédure criminelle au Moyen Age*, Paris, 1888, p. 5 ss.; J. P. DAWSON, *A History of Lay Judges*, Cambridge, 1960, pp. 50-51; L. TANON, *Histoire des justices des anciennes églises et communautés monastiques de Paris*, Paris, 1883, pp. 55 ss. A. ZUCKER, *Aprise und Mal enquête, ein Beitrag zur Feststellung der historischen Basis der modernen Voruntersuchung*, Wien, 1887, *passim*.

³⁵ Cfr. A. ESMEIN, *L'acceptation de l'enquête*, p. 5.

prova testimoniale, «*trop nouvelle, et sans doute aussi trop incertaine encore, était impuissante à combler*»³⁶.

Di modo che, al di fuori dei casi di flagranza o situazioni fattuali notorie³⁷, le Corti, onde riuscire a garantirsi un compendio probatorio sufficiente per condannare, avevano iniziato a ritenere indispensabile ottenere la confessione dell'accusato³⁸.

Peraltro, proprio al fine di estorcere propalazioni autoaccusatorie, i giudici, già prima del 1300, avevano iniziato a praticare diffusamente la tortura³⁹.

Ebbene, in questo contesto, allorquando la persona sospettata di un delitto "accettava l'inchiesta", ovvero domandava lei stessa «*à être jugée d'après les témoignages recueillis par le juge ou par les enquêteurs*»⁴⁰, poteva giovare di alcuni importanti benefici: non essere sottoposta a tortura⁴¹ e ottenere un giudizio in tempi più rapidi⁴², compiuto, oltretutto, «*sur les seuls résultats de l'enquête largement interprétés*»⁴³. E ciò in quanto l'adesione dell'inquisito all'istruttoria veniva considerata come una sorta «*d'aveu anticipé de ses résultats*»⁴⁴, che permetteva al giudice di essere dispensato da una serie di regole probatorie altrimenti più stringenti⁴⁵, potendo, quindi, giungere a condanna più facilmente⁴⁶, oppure irrogare una pena – quale quella capitale – che altrimenti non avrebbe potuto essere inflitta⁴⁷.

In sostanza, quindi, l'*acceptation de l'enquête* sembra poter essere descritto come un meccanismo processuale che fungeva da alternativa alla tortura e alla ricerca spasmodica di una confessione "pura", basato su uno scambio tra l'adesione del sospettato alle investigazioni svolte dall'autorità – favorita dall'offerta di alcuni vantaggi – e la possibilità per le Corti di ottenere delle facilitazioni probatorie.

Tenuto quindi conto della marcata impronta negoziale che pare caratterizzare l'istituto, non stupisce che autorevole dottrina lo abbia espressamente definito – già alla fine del 1800 – come «*transaction entre lui [l'imputato] et le juge*»⁴⁸, che poteva comprendersi solo in quanto procurava «*en échange d'un sacrifice, quelque*

³⁶ Così si esprime L. TANON, *Histoire des justices des anciennes églises*, cit., p. 58.

³⁷ Cfr. L. TANON, *Histoire des justices des anciennes églises*, cit., p. 54.

³⁸ Così, L. TANON, *Histoire des justices des anciennes églises*, cit., p. 58, nonché J.P. DAWSON, *A History of Lay Judges*, p. 50.

³⁹ Cfr., sul punto, A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, cit., p. 77, nonché J.P. DAWSON, *A History of Lay Judges*, cit., p. 51.

⁴⁰ Così, A. ESMEIN, *L'acceptation de l'enquête*, p. 5.

⁴¹ Cfr., in questo senso, A. ESMEIN, *L'acceptation de l'enquête*, p. 11; ID., *Histoire de la procédure criminelle en France*, cit., p. 99; J.P. DAWSON, *A History of Lay Judges*, cit., p. 50.

⁴² A. ESMEIN, *L'acceptation de l'enquête*, p. 11, parla di «*prompte liquidation de son procès*»

⁴³ Cfr. A. ESMEIN, *L'acceptation de l'enquête*, p. 11.

⁴⁴ Così si esprime, testualmente, L. TANON, *Histoire des justices des anciennes églises*, cit., p. 55.

⁴⁵ Cfr. L. TANON, *Histoire des justices des anciennes églises*, cit., p. 55; nonché J.P. DAWSON, *A History of Lay Judges*, cit., p. 50-51.

⁴⁶ Cfr. A. ESMEIN, *L'acceptation de l'enquête*, p. 11.

⁴⁷ Cfr. A. ESMEIN, *L'acceptation de l'enquête*, p. 12.

⁴⁸ Tale è l'opinione di A. ESMEIN, *L'acceptation de l'enquête*, p. 11, che, a p. 12, parla anche espressamente di *contrat*. Anche J.P. DAWSON, *A History of Lay Judges*, cit., p. 51, descrive tale istituto come una sorta di «*procedural contract*».

avantage aux deux-parties»⁴⁹ e aveva l'effetto «*de placer le juge hors de ses attributions normales, d'en faire une sorte d'arbitre tout puissant*»⁵⁰.

Già questi brevi cenni paiono sufficienti per rilevare come tale strumento dispositivo, il cui sviluppo è stato certamente facilitato da quell'articolato contesto di pratiche negoziali "riparative" a cui si è fatto già cenno, sembri presentare una *ratio* del tutto diversa dal fine di comporre una lite tra "privati".

Difatti, nel caso dell'*acceptation de l'enquête*, i benefici e lo scopo della manifestazione del consenso sono prettamente "endo-processuali": per l'inquisito, riuscire, ad esempio, a sfuggire alla crudeltà di un mezzo di ricerca della prova, e per il magistrato, ottenere delle facilitazioni probatorie.

Insomma, in tal caso, ciò che sembra mutare radicalmente è il ruolo ricoperto dall'autorità, che non si limita più a recepire un accordo formatosi tra vittima e accusato per risolvere una lite che intercorre, prima di tutto, tra loro, ma diviene essa stessa parte attiva di un "negozio" che sfrutta, per ragioni *lato sensu* di economia processuale, la volontà e la posizione di debolezza dell'imputato.

Si tratta, quindi, di una *ratio* caratterizzata da un marcato "utilitarismo processuale", che sembra far avvicinare tale istituto ad alcuni strumenti consensuali contemporanei. Tanto che - pur con le ovvie e marcate differenze del caso - non stupisce che l'*acceptation de l'enquête* sia stata espressamente paragonata o al rito abbreviato italiano⁵¹, oppure - più fondatamente, data la sua incidenza sulle regole di giudizio - al meccanismo del *guilty plea* inglese⁵², il quale, tramite la minaccia della cosiddetta pena "forte e dura"⁵³, avrebbe determinato una situazione di costrizione simile agli eccessi che sul continente provocava lo spettro della tortura⁵⁴.

Peraltro, è noto come la presenza di forme di «giustizia negoziata *ante litteram*»⁵⁵, finalizzate a raggiungere prevalenti obiettivi deflativi, non sia stata una prerogativa dei soli territori francesi o d'oltre manica⁵⁶: meccanismi di tal tipo,

⁴⁹ In questo senso, cfr., ancora, A. ESMEIN, *L'acceptation de l'enquête*, p. 11.

⁵⁰ Cfr. A. ESMEIN, *L'acceptation de l'enquête*, p. 11.

⁵¹ Un cenno in tal senso compare in S.C. THAMAN, *A Typology of Consensual Criminal Procedures*, cit., p. 381 e, in particolare, la nt. 460.

⁵² Questa è l'autorevole opinione di A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, cit., p. 325, il quale dopo aver descritto il meccanismo del *pleading* afferma: «*c'est là un trait bien frappant, que nous avons déjà trouvé dans l'ancienne procédure de l'enquête du pays ; là aussi il fallait que l'accusé acceptât l'enquête, et ce rapprochement nous semble très fort pour démontrer la commune origine de ces deux institutions, dont le sort fut si différent*», dimostrando così di ritenere che i due istituti abbiano un'origine comune.

⁵³ Cfr. A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, cit., p. 325, il quale, alla nota n. 3, definisce tale sanzione. La medesima terribile pratica è descritta, ad esempio, nel noto scritto di P. VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, in ID., *Opere filosofiche e di economia politica*, Milano, 1835, p. 453, nonché da G.D. MAYER, *Spirito, origine e progressi delle istituzioni giudiziarie dei primari Stati d'Europa*, t. II, (*Parte moderna*) *Inghilterra, e Francia prima della rivoluzione*, Prato, 1838, pp. 193, ss.

⁵⁴ Cfr. A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, cit., p. 325.

⁵⁵ Tale espressione è di S. LORUSSO, *Il processo penale italiano tra prassi e consuetudine*, in AA.VV., *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento. Atti del Convegno*. (Foggia, 5-6- maggio 2006), a cura di M.N. Miletta, Milano, 2006, p. 531.

⁵⁶ Com'è noto, infatti, secondo quanto riportato da W. BLACKSTONE, *Commentaries of the Laws of England: in four books*, vol. II, New York, 1841, p. 292, nell'ordinamento inglese del XVIII secolo, «*it is not uncommon, when a person is convicted of a misdemeanor, which principally and more immediately affects some individual, as a battery, imprisonment, or the like, for the court to permit the defendant to speak with the prosecutor, before any judgment is pronounced ; and, if the prosecutor declares himself satisfied, to inflict but*

infatti, si sono – ad esempio – sviluppati pure nella penisola italiana⁵⁷; e ciò anche quando il rafforzamento dei centri di potere aveva portato alla decisa affermazione della “giustizia egemonica”.

Ci si riferisce, in particolare, all’istituto del truglio⁵⁸ (denominato pure giudizio in concordia), in auge tra il XV e il XIX secolo⁵⁹ nel sud Italia e ancora applicato nel Regno delle due Sicilie, in piena epoca illuminista.

Si trattava di un provvedimento eccezionale di «clemenza sovrana»⁶⁰, che aveva molteplici scopi: ridurre la popolazione carceraria⁶¹, sfoltire il carico giudiziario⁶² e, secondo l’opinione di alcuni, anche permettere una migliore riabilitazione del reo⁶³.

Senza che sia possibile in questa sede dilungarsi sul punto, basti ricordare che tale meccanismo processuale, pur avendo avuto nel corso dei secoli diverse manifestazioni, in molti casi dava vita «ad un procedimento incentrato su un accordo tra giudice, accusato e procuratore del Re, in base al quale veniva irrogata una pena inferiore [...] rispetto a quella ordinaria, con una sentenza che era inoppugnabile»⁶⁴.

Così, ad esempio, in un Decreto di Ferdinando I del 13 marzo 1822⁶⁵, non si legge solo, quale giustificazione dell’emanazione di una «concordia pe’ misfatti comuni», che la stessa veniva emanata «considerando che il numero de’ detenuti [...] delle prigioni [...] non è ordinario, e che questo dato produce un dannevole ostacolo alla speditezza de’ giudizi», ma anche che «per eseguirsi la concordia è

*a trivial punishment. This is done, to reimburse the prosecutor his expenses, and make him some private amends, without the trouble and circuity of a civil action». È significativo che Blackstone si riferisse soltanto ai “misdemeanours” e non ai “felonies”: tale importante peculiarità è notata anche da B. LENMAN-G. PARKER, *The State, the Community and the Criminal Law*, cit., p. 26.*

⁵⁷ Secondo G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, Milano, 1927, p. 622, «transazioni furono ammesse in tutta Italia fino al sec. XVII, permettendo che dopo la sentenza il condannato si accordasse coll’accusatore e col fisco e finissero gli effetti della condanna».

⁵⁸ Si vedano, in merito a tale istituto, tra i tanti, G. ALESSI PALAZZOLO, *Prova legale e pena: la crisi del sistema tra Evo medio e moderna*, Napoli, 1979, p. 191; P. COLLETTA, *Storia del reame di Napoli. Dal 1734 sino al 1825*, Milano, 1848, p. 346; S. LORUSSO, *Il processo penale italiano tra prassi e consuetudine*, cit., pp. 531 ss.; D. PALAZZO, *Del “truglio” e delle sue applicazioni in Puglia*, in AA. VV., *Studi di storia pugliese in onore di Giuseppe Chiarelli*, a cura di M. Paone, vol. VI, Galatina, 1977, pp. 59 ss.; ID., *Il truglio*, in *Giust. e cost.*, 1981, nn. 3-4, pp. 33 ss.; F. M. PAGANO, *Principj del codice penale*, cit., p. 44; N. PERRONE, *Il truglio. Infami, delatori e pentiti nel Regno di Napoli*, Palermo, 2000, pp. 60 ss.; A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, vol. VI, p. II, *Storia della procedura*, 2^a ed., Roma-Napoli-Milano, 1902, p. 163; G. SALVIOLI, *Storia della procedura*, cit., p. 393. Una spiegazione etimologica del vocabolo “truglio” si può trovare, ad esempio, in N. NICOLINI, *Della procedura penale nel Regno delle Due-Sicilie*, vol. I, Livorno, 1843, p. 75, nt. 6.

⁵⁹ In tal senso si veda, S. LORUSSO, *Il processo penale italiano tra prassi e consuetudine*, cit., pp. 531-532.

⁶⁰ Cfr., a riguardo, S. LORUSSO, *Il processo penale italiano tra prassi e consuetudine*, cit., p. 532.

⁶¹ In questo senso, A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, cit., p. 163.

⁶² Cfr., sul punto, N. NICOLINI, *Storia de’ principj per la istruzione delle pruove ne’ processi penali*, Napoli, 1829, p. 290, quale afferma che si utilizzava tale istituto «quando i processi erano straordinariamente accumulati, sì che la spedizione della giustizia era inceppata dal numero».

⁶³ Cfr., nuovamente, S. LORUSSO, *Il processo penale italiano tra prassi e consuetudine*, cit., p. 532.

⁶⁴ In tal senso, v. S. LORUSSO, *Il processo penale italiano tra prassi e consuetudine*, cit., p. 532.

⁶⁵ Lo stesso può trovarsi pubblicato in calce a D. PALAZZO, *Il truglio*, cit., pp. 38-39. Lo stesso documento si ritrova nella *Collezione delle leggi e de’ decreti reali del Regno delle Due Sicilie*, Napoli, 1822, pp. 233 ss.

essenziale il consentimento del ministero pubblico, quello dell'imputato assistito dall'avvocato officioso, e l'accessione della gran Corte Criminale» (art. 4).

Ma non è tutto. Dall'esame del medesimo provvedimento si desume ancora che tale istituto clemenziale era escluso per alcune fattispecie di reato particolarmente gravi⁶⁶ (art. 2), che lo stesso richiedeva il "ristorno" delle spese di giustizia e il risarcimento dei danni alla vittima (art. 7)⁶⁷, nonché - infine - che - in seguito all'accordo - la pena doveva necessariamente «essere di un grado meno della pena scritta», potendo i giudici ridurla maggiormente, ma non «oltre il terzo grado di prigionia» (art. 8).

Senza contare che, come si ricava dall'opinione di uno dei più illustri giuristi dell'epoca, tale strumento deflativo presentava anche l'ulteriore rilevante caratteristica di far venir meno «il principio della *pubblicità de' giudizi*»⁶⁸.

Insomma, non vi sono dubbi nell'affermare che «ci troviamo [...] di fronte ad una vera e propria negoziazione tra le parti, sotto l'egida dell'organo giudicante»⁶⁹, autorevolmente qualificata, anche in questo caso, come «transazione tra l'accusator pubblico ed il reo»⁷⁰, che presenta notevoli affinità con alcuni tra i più importanti meccanismi processuali consensuali contemporanei⁷¹, quale il *plea bargaining* statunitense, che pur ha iniziato a essere praticato soltanto nel corso del XIX secolo⁷², quando il truglio vedeva volgere al termine la sua secolare storia.

⁶⁶ Quali i delitti puniti con la pena di morte, con l'ergastolo e quelli di competenza delle Corti marziali. Secondo quanto afferma G. SALVIOLI, *Storia della procedura*, cit., p. 622, fu solo a partire dal 1715 che il truglio non fu più ammesso «per la pena capitale e per la galera a vita».

⁶⁷ Tale disposizione affermava espressamente che «le decisioni conterranno la definizione del misfatto, la menzione della concordia, le indicazioni della pena che il colpevole avrebbe meritato se fosse stato giudicato col rito ordinario, la condanna alla pena che gli s'irroga in forza del giudizio abbreviato, e quella del ristorno delle spese di giustizia e de' danni interessi a pro della parte privata e della tesoreria reale».

⁶⁸ In questo senso si esprime N. NICOLINI, *Della procedura penale*, cit., p. 75.

⁶⁹ Cfr. S. LORUSSO, *Il processo penale italiano tra prassi e consuetudine*, cit., p. 533.

⁷⁰ Così, testualmente, N. NICOLINI, *Della procedura penale*, cit., p. 75. In questo senso, cfr. anche, tra i molti, N. ARMELLINI, *Corso di procedura penale*, t. II, 2ª ed., Napoli, 1842, p. 154; F. M. PAGANO, *Principj del codice penale*, cit., p. 44; G. SALVIOLI, *Storia della procedura*, cit., p. 393; M. BELTRANI-SCALIA, *Sul governo e sulla riforma delle carceri in Italia. Saggio storico e teorico*, Torino, 1867, p. 467.

⁷¹ Per un parallelo tra truglio e gli istituti consensuali odierni, cfr., G. CECANESE, *Ancora dubbi irrisolti in tema di applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Archivio penale online*, 2015, n. 1, p. 2; N. RODRÍGUEZ GARCÍA, *La justicia penal negociada*, Salamanca, 1997, p. 145; S. LORUSSO, *Il processo penale italiano tra prassi e consuetudine*, cit., p. 533; G. LOZZI, *Patteggiamento allargato: nessun beneficio dall'applicazione di una giustizia «negoziata»*, in *Guida dir.*, 2003, n. 30, p. 10; R. ORLANDI, *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 263; D. PALAZZO, *Il truglio*, cit., p. 35.

⁷² In merito all'evoluzione storica del *plea bargaining*, negli Stati Uniti, cfr., tra i moltissimi, A.W. ALSHULER, *Plea Bargaining and Its History*, *Law & Society Review*, 1979, pp. 211 ss.; V. FANCHIOTTI, *Origini e sviluppo della «giustizia contrattata» nell'ordinamento statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 56 ss.; G. FISHER, *Plea Bargaining's Triumph. A history of Plea Bargaining in America*, Stanford, 2003, *passim*; L.M. FRIEDMAN, *Plea Bargaining in Historical Perspective*, in *Law & Society Review*, 1979, pp. 247 ss.; R. GAMBINI MUSSO, *Il «Plea bargaining» tra common law e civil law*, Milano, 1985, pp. 5 ss.; EAD., *L'evoluzione del «plea bargaining» nell'ordinamento nordamericano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 661 ss.; N. RODRÍGUEZ GARCÍA, *La justicia penal negociada*, cit., pp. 29 ss.; M.H. HALLER, *Plea Bargaining: The Nineteenth Century Context*, *Law & Society Review*, 1979, pp. 273 ss.; S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice Systems of the United States and Germany*, Frankfurt am Main, 2008, pp. 45 ss.; G. H. LANGBEIN, *Understanding the Short History of Plea Bargaining*, *Law & Society Review*, 1979, pp. 261 ss.;

2. La parziale contrazione del fenomeno sul continente europeo tra Settecento e prima metà del Novecento

Finora si è chiarito come, nelle esperienze processuali pre-illuministiche, fossero diffuse, anche nell'Europa continentale, numerose tipologie di «composizioni», «transazioni», «paci» o «accordi» – pur caratterizzate da *ratio* eterogenee – che vedevano come protagonista l'accusato di un reato: costui, fornendo il suo consenso all'utilizzo di tali meccanismi e – a volte – negoziando con la vittima o l'autorità, poteva influire sul normale svolgimento del procedimento, portando a una sua più rapida definizione.

Del pari, se è indubbiamente vero che queste forme negoziali si sono sviluppate ben prima che il processo inquisitorio si radicasse in Europa, si è avuto anche modo di vedere come alcuni istituti consensuali abbiano saputo farsi strada pure all'interno di ordinamenti in cui vigeva tale modello⁷³.

Tuttavia, «giungendo a maturazione [quel] plurisecolare e faticoso processo di concentrazione del potere nel vertice sovrano»⁷⁴ a cui si è fatto sopra riferimento e a seguito dello sviluppo dell'illuminismo giuridico, tali pratiche dispositive sembrano aver incontrato un'opposizione sempre più ferma in molti ordinamenti del continente europeo.

In alcuni paesi, infatti, già sul finire del XVIII secolo⁷⁵, pare si sia assistito a un vero e proprio scontro frontale tra l'ideologia della giustizia penale negoziata e quella egemonica, che pur – come si è visto – erano riuscite a convivere per numerosi secoli.

Ci si riferisce ad esempio al fatto che, in tale periodo storico, diversi sovrani, nell'approvare storiche riforme della “legislazione criminale” previgente, abbiano espressamente vietato tutta una serie di pratiche dispositive che, fino a quel momento, erano all'ordine del giorno.

È questo il caso dell'art. XLVII della *Riforma della legislazione criminale toscana*⁷⁶, emanata – com'è noto – dal granduca Pietro Leopoldo nel 1786, la quale riveste una fondamentale importanza non solo in quanto «può a buon diritto

L.M. MATHER, *Comments on the History of Plea Bargaining*, *ivi*, pp. 281 ss.; S.C. THAMAN, *A Typology of Consensual Criminal Procedures*, *cit.*, pp. 342-344; G. TRÜG, *Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen im deutschen und US-amerikanischen Strafverfahren*, Tübingen, 2003, pp. 149-150; J.I. TURNER, *Plea bargaining across borders*, Aspen, 2009, pp. 8 ss.

⁷³ Ci si riferisce, in particolare, all'*acceptation de l'enquête* e al truglio, che, come anticipato, si sono sviluppati per secoli, anche quando il “modello inquisitorio” era già da tempo presente sul continente europeo. In merito all'arco temporale di dominio del processo inquisitorio in Europa, cfr., per tutti, A. ESMEIN, *A History of Continental Criminal Procedure. With special Reference to France*, Boston, 1913, pp. 78 ss., il quale afferma che tale modello avrebbe iniziato a radicarsi già nel 1100.

⁷⁴ Cfr. P. COSTA, *Pagina introduttiva (il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in AA.VV., *Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, t. I, Milano, 2007, p. 5.

⁷⁵ Come accennato, ad esempio, secondo M. SBRICCOLI, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica*, *cit.*, p. 1238, nt. 17, la “giustizia negoziata” sarebbe rimasta assai diffusa in Italia fino al XVIII secolo.

⁷⁶ La disposizione è riportata in D. ZULIANI, *La riforma penale di Pietro Leopoldo*, vol. II, Milano, 1995, pp. 194-195. Più recentemente su tale riforma si veda il lavoro di H. SCHLOSSER, *Die “Leopoldina”*, Berlin-New York, 2010, che a p. 63 riporta l'articolo in questione.

considerarsi il primo codice penale dell'età moderna, interamente scaturito dal pensiero illuministico»⁷⁷, ma anche in ragione della sua ampia circolazione in tutto l'Occidente⁷⁸.

Sulla scia di quella che pare essere una vera e propria condanna “morale” dei costumi precedenti, si prevedeva che «per la stessa ragione di non volere assolutamente che il nostro Fisco giammai profitti dei disordini meritevoli di punizione, e perché ancora riconosciamo come un assurdo intollerabile l'abuso introdotto che le Pene afflittive decretate dai Giudici si possano redimere dai Rei con pagare una somma di denaro al Fisco, Vogliamo che da quì in avanti resti abolito questo abuso, e proibita ogni, e qualunque convenzione col Fisco, mediante la quale il Condannato possa ottenere condonazione, minorazione, e permutazione di Pena da afflittiva in pecuniaria»⁷⁹.

Veniva quindi eliminato tutto quel sistema di composizioni in denaro, che aveva radici talmente profonde sul continente europeo, da poter essere fatto risalire già al diritto romano e al sistema di consuetudini germaniche, tramite cui l'imputato poteva influire sull'*an, quantum* o *quomodo* della pena.

È evidente, quindi, come si sia oramai assolutamente lontani da quella concezione del reato come offesa rivolta - *in primis* - nei confronti di un privato, che vede nella transazione pecuniaria dell'accusato con la vittima il miglior modo di ristabilire l'ordine violato: tutt'al contrario, l'illecito penale ha una precisa rilevanza pubblicistica e richiede, per la sua punizione, l'inevitabile compimento di un rito da parte dell'apparato di giustizia egemonico, che non può evitarsi con il mero pagamento di una somma di denaro. Proprio questo sembra il concetto espresso in un passo dei *Dei Delitti e delle Pene*, ove Beccaria, nel criticare il sistema “classico” di composizioni pecuniarie, affermava che «alcuni liberano dalla pena di un piccolo delitto quando la parte offesa lo perdoni; atto conforme alla beneficenza ed all'umanità, ma contrario al ben pubblico, quasi che un cittadino privato potesse ugualmente togliere colla sua remissione la necessità dell'esempio, come può condonare il risarcimento dell'offesa. Il diritto di far punire non è di un solo, ma di tutt'i Cittadini, o del Sovrano. Egli non può che rinunziare alla sua porzione di diritto, ma non annullare quella degli altri»⁸⁰.

Peraltro, la citata norma della Leopoldina non costituisce affatto un caso isolato: previsioni analoghe - anche cronologicamente antecedenti - si possono, ad esempio, ritrovare all'interno della legislazione dell'impero asburgico dell'epoca.

⁷⁷ Così, testualmente, T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze*, cit., p. 436.

⁷⁸ La diffusione della *Leopoldina* è testimoniata dalle numerose traduzioni straniere che la stessa ha avuto e che possono leggersi in D. ZULIANI, *La riforma penale di Pietro Leopoldo*, cit., pp. 673 ss.

⁷⁹ Il fatto che tale disposizione rappresenti una netta riprovazione, anche morale, dei costumi precedenti, si può desumere anche dal testo dei lavori preparatori di questa, i quali possono essere esaminati in D. ZULIANI, *La riforma penale di Pietro Leopoldo*, cit., pp. 194-195.

⁸⁰ Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Londra, 1774, pp. 58-59. Si veda, a riguardo, il commento di A. GIUDICI, *Apologia della giurisprudenza romana, o note critiche al libro intitolato: Dei delitti, e delle pene*, Milano, 1784, pp. 164-165, il quale giustificava tale passo di Beccaria, affermando che «siccome frequentissimi sono i piccoli delitti, come, per esempio, le ingiurie verbali, quindi alcuni Statuti, od alcuni usi, fondati in parte sul Diritto Romano, che in certi casi, e per certi effetti ammetteva le abolizioni, e le transazioni, permettono, che questi si condonino, o si tolgano colla sola remissione dell'offeso, perché non si faccia sempre uso delle pene».

Così l'articolo 15, par. 7 della *Constitutio criminalis* Theresiana del 1768 vietava ogni forma di transazione penale, affermando, per un verso, che «un componimento seguito trà il reo, e la parte offesa non può ridondare in detrimento alcuno dello stato, per la di cui sodisfazione è stabilita la publica pena» e, per un altro verso, che «molto meno ancora è permesso à giudici subalterni di convenirsi amichevolmente coi rei per un delitto, che ad essi rei fa d'incarico, ma saranno assolutamente obbligati ad esaminare giudicialmente ed ordinatamente gli scoperti malfaccimenti, ed à punirli è tenore delle leggi»⁸¹. Si tratta, in sostanza, del rifiuto di ogni forma di giustizia negoziata: sia che questa si sviluppi – con fini riparativi – mediante una composizione della lite tra vittima e reo, sia – e in misura ancora maggiore – se essa porti a una contrattazione diretta tra quest'ultimo e l'autorità.

Ma non è tutto. Nella stessa scia si può ricordare anche il §13 dell'*Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung* (meglio noto come Codice giuseppino), promulgato nel 1787, ove si statuiva che «molto meno potrà farsi lecito di cambiare il genere del castigo e di togliere totalmente la pena mediante un compenso tra il delinquente e il danneggiato»⁸².

Senza contare che, inoltre, questi precedenti sono poi serviti da modello anche per il fondamentale *Codice penale universale austriaco* del 1803, il quale al § 27 stabiliva che «né per la transazione tra il danneggiato, ed il delinquente può a questo rimettersi la pena meritata»⁸³: anche in questo caso vi è un «drastico ripudio»⁸⁴ di quelle forme di negoziazioni con la vittima, tanto diffuse nell'epoca medioevale e degli antichi regimi.

A riprova, peraltro, di come tali norme non costituiscano un'assoluta novità, pare utile ricordare che, dal canto suo, il legislatore olandese, già con la *Criminele Ordonnantien* del 1570, aveva vietato tutte le forme di transazioni pecuniarie⁸⁵ (*compositie*)⁸⁶, che permettevano all'accusato di porre fine al procedimento penale

⁸¹ Cfr. *Constitutio criminalis Theresiana. Ouvero Costituzione criminale di sua Sacra Cesarea Regia Apolostorica Mestà d'Ungheria, e Boemia &c. &c. M Theresa Arciduchessa d'Austria &c.*, Vienna, 1769, p. 28.

⁸² Cfr. *Codice generale sopra i delitti e le pene*, Wien-Rovereto, 1787, p. 6.

⁸³ Cfr. *Codice penale universale austriaco. Coll'appendice delle più recenti norme generali*, Milano, 1815, p. 15. Per un commento, cfr. S. ARCELLAZZI, *Osservazioni teoretiche al Codice penale universale austriaco*, Casalmaggiore, 1822, pp. 122-123. Il § 27 è poi confluito – pressoché immutato – nel § 33 della versione emendata del Codice risalente al 1852. Cfr., sul punto, N. FORAMITI, *Manuale del nuovo codice penale austriaco. Sui crimini, sui delitti e sulle contravvenzioni e del regolamento sulla stampa del 27 maggio 1852*, Venezia, 1852, p. 48; A. HYE, *Il codice penale austriaco sui crimini, sui delitti e sulle contravvenzioni, le relative ordinanze sulla competenza de'giudizii penali ed il regolamento sulla stampa del 27 maggio 1852*, Venezia, 1852, pp. 580-581. Tali disposizioni, peraltro, si dimostravano coerenti con il §1384 dell'ABGB del 1811, il quale stabiliva che «le transazioni sulle trasgressioni di legge non hanno effetto che in riguardo al privato soddisfacimento. Si può colla transazione evitare soltanto l'inquisizione e la pena legale, quando le trasgressioni siano di tal natura, per cui il giudice debba solamente procedere sopra istanza delle parti».

⁸⁴ Così, si esprime, con riferimento però al citato §13 della *Giuseppina*, L. GARLATI, *Radici antiche per problemi attuali: le circostanze nella legislazione asburgica*, in AA.VV., *Attualità e storia delle circostanze del reato. Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità*, a cura di R. Bartoli-M. Pifferi, Milano, 2016, p. 67.

⁸⁵ Cfr., sul punto, B. LENMAN-G. PARKER, *The State, the Community and the Criminal Law*, cit., p. 26, nonché M. VAN DER HEIJEN, *Women and Crime in Early Modern Holland*, Leiden-Boston, 2016, p. 35.

⁸⁶ In merito a tale istituto, cfr. anche A. DUBBER, *American Plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure*, in *Stanford Law Review*, 1997, pp. 595, nt. 274; P. SPIERENBURG, *The spectacle of suffering. Executions and the evolution of repression: from a preindustrial metropolis to the European*

accordandosi con l'autorità in merito al pagamento di una somma di denaro, evitando così delle sanzioni più gravose. Tale divieto non riuscì tuttavia a sortire i risultati sperati, se si pensa che, nel corso del XVIII secolo «*a considerable number of cases were settled by compositie or extra-judicial agreement*»⁸⁷.

Allo stesso modo, inoltre, secondo quanto affermato da autorevole dottrina, anche in Francia alcune Ordinanze, già risalenti al XVI secolo, avevano proibito ai giudici e ai procuratori di partecipare in prima persona alle composizioni sui crimini⁸⁸; mentre, invece, come si è già visto, l'*Ordonnance criminelle* del 1670 ha permesso, per molto più tempo, alle parti di incidere sull'esercizio dell'azione penale, transigendo tra loro una serie di reati, che non portassero all'applicazione «*d'une peine afflictive*»⁸⁹.

Una chiusura ancora più netta nei confronti delle pratiche dispositive si è poi avuto all'Epoca della rivoluzione francese.

Si pensi, ad esempio, che il 4 germinale dell'Anno II una legge relativa al commercio marittimo e alle dogane ha stabilito assai chiaramente che «*toutes transactions, compositions, départs et remises avant ou après jugement sont porhibés et déclarés nuls*»⁹⁰.

Tale disposizione è stata però temperata sin negli anni immediatamente successivi: già nel periodo del Consolato (e poi per tutta la prima parte del XIX secolo, sino all'Epoca del secondo impero) sono state infatti approvate diverse regole speciali che hanno nuovamente autorizzato alcune Amministrazioni pubbliche a concludere delle transazioni con gli autori di determinati reati, caratterizzate dall'eccezionale effetto di estinguere l'azione penale⁹¹.

A ogni modo, anche alcune disposizioni del *Code Civil* del 1804 e del *Code d'istruzione criminelle* del 1808 paiono essere figlie di un generale rigetto nei confronti del consensualismo penale.

Ci si riferisce, anzitutto, all'art. 2046 del *Code civil* il quale già allora prevedeva, per un verso che, «*on peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit*» e, per un altro verso, che «*la transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public*»⁹².

experience, Cambridge, 1984, pp. 122-123; S.C. THAMAN, *A Typology of Consensual Criminal Procedures*, cit., p. 331.

⁸⁷ Cfr. B. LENMAN-G. PARKER, *The State, the Community and the Criminal Law*, cit., p. 26. Descrive ampiamente l'utilizzo della *compositie* nel XIX secolo, J. VAN DER LINDEN, *Institutes of the Laws of Holland*, London, 1828, pp. 369 ss.

⁸⁸ Cfr. F. HÉLIE, *Traité de l'istruzione criminelle*, cit., p. 401, il quale si riferisce a un'Ordinanza del 1535 e a una del 1554. Pare utile notare che secondo M. BOITARD, *La transaction pénale en Droit français*, in RSC, 1941, p. 152, nt. 2, il divieto di effettuare degli "accomodamenti" (termine che veniva utilizzato per le transazioni) risalirebbe già a un'ordinanza di Carlo V del 1356.

⁸⁹ Cfr., sul punto, nuovamente F. HÉLIE, *Traité de l'istruzione criminelle*, cit., pp. 401-402.

⁹⁰ La disposizione è riportata da M. BOITARD, *La transaction pénale*, cit., p. 153.

⁹¹ Cfr., M. BOITARD, *La transaction pénale*, cit., p. 153.

⁹² Cfr., a riguardo, P.P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. XIX, Paris, 1867, pp. 286 ss.

Nonché, oltretutto, all'art. 4 del *Code d'instruction criminelle* il quale, in modo complementare, statuiva che «*la renonciation à l'action civile ne peut arrêter ni suspendre l'exercice de l'action publique*»⁹³.

Insomma, questa serie di divieti sembrano testimoniare quanto sopra asserito: l'affermarsi sul continente europeo di una concezione moderna di Stato ha, in un primo periodo, prodotto un significativo riflusso delle pratiche consensuali tradizionali.

Sembrava così determinarsi una vittoria della giustizia di apparato, con la conseguente cristallizzazione del dogma secondo cui, «posto che l'esercizio dello *ius puniendi* costituisce il momento più alto di imperio che l'autorità possa esercitare»⁹⁴, la repressione penale va necessariamente imposta dall'alto, senza che la stessa sia suscettibile di mercanteggiamenti di sorta con l'accusato⁹⁵.

Un altro esempio, concernente l'ordinamento francese, può forse rendere più chiaro quanto, già nel corso dell'Ottocento, l'ideologia della negoziazione in materia penale fosse divenuta assolutamente distante dal sentire del tempo.

Sul finire del XIX secolo, nel descrivere l'istituto, a cui si è fatto sopra riferimento, dell'*acceptation de l'enquête*, uno tra i più autorevoli storici del diritto d'Oltralpe ha affermato espressamente che, per comprendere tale «*contrat aussi singulier*», sarebbe stato necessario «*il faut perdre de vue pour un instant la justice, telle que nous la concevons aujourd'hui*»⁹⁶. Difatti, spiega ancora, «*la justice des sociétés naissantes ou mal consolidées est toute différente: elle n'a rien d'impérieux, commence par le simple arbitrage, ne tenant ses pouvoirs que de la volonté des particuliers, et vit pendant longtemps de transactions et d'expédients*»⁹⁷.

Tale passo sembra quindi testimoniare come, al termine dell'Ottocento, quei meccanismi transattivi, sviluppatisi per secoli anche nella tradizione giuridica francese, fossero oramai avvertiti come frutto di una tradizione arcaica, oramai distante e abbandonata.

Alla luce dell'analisi fin qui compiuta, pare potersi affermare che è soltanto nel corso dell'età delle codificazioni, con il definitivo superamento del particolarismo giuridico, che si comincia a creare una frattura assai più marcata tra l'esperienza dei paesi di *common law* e quella di alcuni sistemi continentali, con riguardo alla tematica della giustizia penale consensuale e negoziata.

Difatti, la presenza, nel Regno Unito e negli Stati Uniti d'America, del fondamentale istituto dispositivo del *guilty plea*⁹⁸ ha permesso alla volontà

⁹³ L'art. 4 del *Code d'instruction criminelle* e l'art. 2046 del *Code civile* vengono presentati come complementari da F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, p. 460; J.A. ROGRAN, *Code d'instruction criminelle expliqué par ses motifs, par des exemples et par la jurisprudence*, 13^a ed., Paris, 1839, p. 27; A.-F. LE SELLYER, *Traité du droit criminel appliqué aux actions publique et privée*, t. V, Paris, 1844, p. 643.

⁹⁴ 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*, Milano, 2005, p. 1.

⁹⁵ Come efficacemente ricordato da L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, Milano, 1992, p. 2 «la giustizia penale appariva un affare troppo serio per poter essere affidato in modo preminente all'attività di soggetti portatori di un interesse di parte».

⁹⁶ Cfr. A. ESMEIN, *L'acceptation de l'enquête*, p. 12.

⁹⁷ Cfr. A. ESMEIN, *L'acceptation de l'enquête*, p. 12.

⁹⁸ In merito alle origini di tale fondamentale istituto, si veda, per tutti, A. ALSCHULER, *Plea Bargaining and Its History*, cit., pp. 7 ss., il quale, tra l'altro afferma che «*from the earliest days of the common law,*

dell'imputato di mantenere ancora un ruolo di primo piano all'interno del rito penale; tramite l'esercizio di tale dichiarazione formale di colpevolezza, infatti, l'accusato continuava a poter determinare «il passaggio *per saltum* dalla fase predibattimentale a quella post-dibattimentale della determinazione della pena»⁹⁹.

Pare opportuno ribadire, oltretutto, che – come accennato – è solo nel cosiddetto Secolo lungo, che hanno iniziato a diffondersi negli Stati Uniti d'America, in modo via via più massiccio, tutta una molteplice e eterogenea serie di pratiche negoziali tra accusato e *prosecutor*, che vanno generalmente sotto il nome di *plea bargaining*.

Ciò chiarito, va ora rilevato, che quella che si è descritta come una progressiva crisi della giustizia penale consensuale sul continente europeo, non è riuscita però a determinare una totale eliminazione, in molti ordinamenti processuali ottocenteschi di matrice romano-germanica, di ogni istituto ispirato a una logica dispositiva.

Tutt'al contrario, infatti, già nella seconda metà dell'XIX secolo, diversi Paesi, necessitando di strumenti processuali in grado di sfoltire il carico giudiziario in eccesso, hanno iniziato a ideare nuovi meccanismi basati sul consenso – espresso o tacito – dell'accusato.

È questo il caso, ad esempio, dell'introduzione della *Conformidad* in Spagna¹⁰⁰, dello *Strafbefehl*¹⁰¹ nella legislazione prussiana prima e tedesca poi oppure dell'oblazione in Italia¹⁰². Il soggetto sottoposto a procedimento penale, manifestando la volontà di giovare di tali istituti – pur assolutamente eterogenei – poteva influire sull'ordinario svolgimento del rito, provocandone una sua più rapida conclusione.

it has been possible for an accused criminal to convict himself by acknowledging his crime». La letteratura concernente le varie forme di *plea* è, ovviamente, sconfinata; in questa sede pare sufficiente richiamare, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, un recente studio in cui il significato di tale meccanismo processuale è esaminato assai nel dettaglio, anche da un punto di vista pratico: cfr. B.L. GARRET, *Why plea bargains are not confessions*, in *William & Mary Law Review*, 2016, pp. 1415 ss.

⁹⁹Così, con riguardo all'ordinamento nordamericano, V. FANCHIOTTI, *Il «nuovo patteggiamento» alla ricerca di un'identità*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 31, il quale ricorda il noto *leading case* [*Kercheval v. U.S.*, 274 (U.S.) 223 (1927)], in cui la Corte Suprema degli Stati Uniti ha stabilito che «*a plea of guilty is itself a conviction. More is not required...the Court has nothing to do but give judgment and sentencing*».

¹⁰⁰Per una approfondita analisi storica di tale istituto si vedano, per tutti, L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 22 ss.; C. MIRA ROS, *Regimen actual de la conformidad*, Madrid, 1998, pp. 19 ss; i quali spiegano che, com'è oramai noto, la *conformidad* non solo era già prevista, dagli artt. 655 e 688 ss., nella versione originaria del 1882 della *LECrim*, ma compariva già in alcune codificazioni anteriori. Nella dottrina italiana, cfr., per tutti, S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 71.

¹⁰¹Secondo quanto affermato da P. TAK, *Procédures simplifiées*, in AA.VV., *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, cit., p. 934, il procedimento monitorio tedesco «*trouve son origine dans la loi prussienne du 17 juillet 1846 sur les procès judiciaires devant les tribunaux et cours criminelles de Berlin*». In questo senso, cfr. anche, per tutti, G. BELLAVISTA, *Il processo penale monitorio*, Milano, 1938, p. 11. Una parte minoritaria della dottrina, individua, invece, le origini di tale istituto persino nel *guilty plea* inglese, cfr., per un cenno a riguardo, G.B. CALDARERA, *Commentaire des articles 506 à 510 du Code de procédure pénale*, in *Revue internationale de droit pénal*, 1962, p. 467.

¹⁰²Cfr., a riguardo, per tutti, L. MAZZA, voce *Oblazione volontaria (diritto penale)*, cit., p. 566 ss., dove si trova un'articolata analisi dell'introduzione dell'istituto dell'oblazione – prima in alcune leggi speciali italiane – e poi nel codice penale Zanardelli.

Ma non è tutto. Non bisogna, infatti, dimenticare che il codice penale olandese, il quale nel 1886 ha rimpiazzato quello francese, a quell'epoca ancora in vigore nei Paesi Bassi, ha previsto nuovamente, la possibilità di «*d'un règlement extra-judiciaire des affaires pénales mineures*»¹⁰³. Lo stesso ha, infatti, introdotto all'art. 74 l'istituto della *transaction pénale* (art. 74), più volte modificato¹⁰⁴ e a tutt'oggi in vigore, erede del sistema delle *compositie*, tramite cui l'imputato ha riacquisito la possibilità- seppur per una serie di reati lievi - di terminare un procedimento penale accordandosi con l'autorità in merito al pagamento di una somma di denaro¹⁰⁵.

Ciò, in sostanza, sembra dimostrare come alcune forme di giustizia consensuale fossero talmente radicate all'interno di determinate culture giuridiche, da riuscire a resistere -dopo una prima fase di crisi - anche all'introduzione del sistema misto di stampo napoleonico.

In ogni caso, proprio il sistema di composizioni pecuniarie olandesi è servito da modello per gli altri legislatori europei, che cercassero delle strade già percorse per deflazionare il carico giudiziario: questo pare essere il caso del Belgio¹⁰⁶.

Già negli anni Novanta dell'Ottocento, infatti, alcuni deputati di tale Paese avevano proposto d'introdurre «*la transaction pénale ou d'autres procédures simplifiées dans le Code d'instruction criminelle pur pallier l'encombrement des juridictions par des procédures simples, rapides, efficaces et moins coûteuses*»¹⁰⁷. Tuttavia, tali suggerimenti non portarono ad alcun risultato concreto, in quanto considerate un «*merchandage*»¹⁰⁸ non conforme al prestigio e alla dignità della magistratura belga¹⁰⁹.

Iniziative simili sono state ripresentate anche nei primi anni del Novecento, senza che si riuscisse ad arrivare a una loro approvazione¹¹⁰.

Si è dovuto, quindi, attendere il 1935¹¹¹ affinché tale ordinamento riuscisse ad introdurre l'istituto - tuttora vigente e più volte novellato - della *transaction*

¹⁰³ Cfr., sul punto, J.D. DE JONG, *La transaction en droit pénal néerlandais*, in *Revue internationale de droit pénal*, 1962, p. 485, il quale spiega, che, dal canto suo, il Codice francese non prevedeva disposizioni analoghe; mentre, al contrario, il codice di procedura penale e qualche legge speciale, come quella sulla caccia, contenevano un sistema simile.

¹⁰⁴ In merito alle riforme più risalenti, cfr., J.D. DE JONG, *La transaction en droit pénal néerlandais*, cit., pp. 487 ss.

¹⁰⁵ Cfr. D. DE JONG, *La transaction en droit pénal néerlandais*, cit., pp. 487.

¹⁰⁶ Cfr., in tal senso, E. DE FORMANIOR, *L'estension de la transaction pénale par les lois des 14 avril et 11 juillet 2011*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 2012, p. 246, il quale afferma che l'iniziativa di introdurre dei meccanismi processuali consensuali in tale ordinamento alla fine dell'800 aveva come fonte d'ispirazione degli istituti simili esistenti in Svizzera e, appunto, nei Paesi Bassi.

¹⁰⁷ Così si esprime, A. JACOBS, *Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée*, cit., p. 73.

¹⁰⁸ Cfr., in tal senso, E. DE FORMANIOR, *L'estension de la transaction*, cit., p. 246.

¹⁰⁹ Cfr. E. DE FORMANIOR, *L'estension de la transaction*, cit., p. 247.

¹¹⁰ Cfr. E. DE FORMANIOR, *L'estension de la transaction*, cit., pp. 247-248.

¹¹¹ A.R. n° 59 del 10 gennaio 1935, M.B., 13 gennaio 1935. Per un'analisi diacronica della *transaction pénale* belga, si vedano, E. DE FORMANIOR, *L'estension de la transaction*, cit., pp. 247 ss.; A. JACOBS, *Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée*, cit., p. 73; M. FERNANDEZ-BERTIER - A. LECOCQ, *L'estension de la transaction pénale en droit belge: une évolution en demiteinte*, in *Revue de droit pénal de l'entreprise*, n. 3, 2011, pp. 222 ss.; nonché F. TULKENS-M. VAN DE KERCHOVE, *La justice pénale: justice imposée*, cit., pp. 521-543, i quali, a p. 542, ricordano che già nel codice penale militare belga del 1870 erano contenute, per alcune fattispecie di reato, delle speciali fattispecie di transazione penale. Secondo quanto affermato da P. DE CANT, *La procédure «transactionnelle» en droit pénal belge*, in *Revue internationale de droit pénal*, 1962, p. 423, nt. 1, «*le faculté de transiger avait déjà été reconnue à*

pénale, con il fine di «*réduire les frais de justice et de désencourager les tribunaux*»¹¹². Da quel momento in poi, quindi, per le infrazioni di competenza del tribunale di polizia, ovvero per i reati di poca importanza, il pubblico ministero, nel caso in cui stimasse di dover richiedere solo una pena pecuniaria ed eventualmente la confisca, ha potuto invitare il soggetto sottoposto al procedimento penale a pagare una somma di denaro: «*ce paiement et l'abandon des biens à confisquer éteignant l'action publique*»¹¹³.

Peraltro, tra la fine dell'Ottocento e la prima metà del Novecento, un istituto in particolare ha determinato un progressivo riespandersi della giustizia consensuale sul continente europeo: ci si riferisce al già citato processo monitorio di origine tedesca, che, com'è noto, in tale ordinamento dà vita a delle vere e proprie forme di negoziazione (sotterranee) tra l'autorità e l'accusato¹¹⁴. Sempre più paesi, infatti, hanno inserito nei loro codici meccanismi forgiati sul modello dello *Strafbefehl* tedesco: è questo il caso, ad esempio, dell'Italia, dell'Austria, dell'Ungheria, della Cecoslovacchia, della Polonia, della Bulgaria, della Romania e della Finlandia¹¹⁵.

Nonostante, quindi, si possa affermare, che già tra la fine del XIX secolo e primi anni del XX vi sia stata una graduale riespansione, in diversi sistemi europei, di nuovi meccanismi dispositivi, idonei a determinare una deviazione dal rito ordinario, un dato però appare chiaro: per tutta la prima metà del Novecento, negli ordinamenti di Francia, Germania e Italia, ovvero i più importanti sistemi in cui si era imposto il modello misto di origine napoleonica, per i crimini di medio o grave livello non erano codificate forme di giustizia consensuale e – ancor di più – ipotesi dirette di negoziazione aventi a oggetto la pena¹¹⁶.

Ciò chiarito, non bisogna, tuttavia, pensare che la mancata previsione espressa in tali paesi di meccanismi dispositivi applicabili per la maggior parte delle

l'Administration des Douanes et Accises par les articles 229 et 230 de la loi du août 1822, et à l'Administration des Postes, par l'article 57 de la loi du 31 mai 1879».

¹¹² Cfr. A. JACOBS, *Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée*, cit., p. 73.

¹¹³ Cfr. A. JACOBS, *Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée*, cit., p. 74.

¹¹⁴ Non è un caso, del resto, che il procedimento monitorio tedesco sia stato, a più voci, paragonato proprio al sistema del *guilty plea* anglosassone: cfr., a riguardo, A.W. ALSCHULER, *Implementing the Criminal Defendant's Right to Trial: Alternatives to the Plea Bargaining System*, in *The University of Chicago Law Review*, 1983, p. 957; W.L.F. FELSTINER, *Plea Contracts in West Germany*, in *Law & Society Review*, 1979, pp. 309 ss.; H.-H. JESCHECK, *The Discretionary Powers of the Prosecuting Attorney in West Germany*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1970, p. 515; H.A. HAGLISH, *A Comparison of Guilty Plea Procedure in the United States and Germany*, in *Penn State International Law Review*, 1991, pp. 93 ss.; J. HERRMANN, *The Rule of Compulsory Prosecution and the Scope of Prosecutorial Discretion in Germany*, in *The University of Chicago Law Review*, 1974, p. 502; J.H. LANGBEIN, *Controlling Prosecutorial Discretion in Germany*, *ivi*, 1974, pp. 455 ss.; ID., *Land without Plea Bargaining: How the Germans Do It*, in *Michigan Law Review*, 1979, p. 213; S. LONGHI, *Il decreto penale e le sue trasformazioni*, in *Scuola pos.*, 1911, pp. 337 ss.; T. WEIGEND, *Continental Cures for American Ailments: European Criminal Procedure Law Reform*, in *Crime and Justice*, 1980, p. 413. Tale parallelo era criticato già da G. BELLAVISTA, *Il procedimento monitorio*, cit., pp. 12-13.

¹¹⁵ Cfr., sul punto, per tutti, G. BELLAVISTA, *Il procedimento monitorio*, cit., pp. 17-41.

¹¹⁶ La situazione era tale, ad esempio, al tempo dell'analisi di A.S. GOLDSTEIN-M. MARCUS, *The Myth of Judicial Supervision in Three "Inquisitorial" Systems: France, Italy, and Germany*, in *The Yale Law Journal*, 1977, p. 264, i quali, però spiegano che, nonostante l'assenza formale di meccanismi dispositivi quali il *guilty plea*, nel caso in cui i processi fossero *uncontested*, venivano a subire un accorciamento talmente marcato da poter essere paragonati al sistema del *pleading*.

categorie delittuose, fosse solo figlia di una concezione autoritaria dello Stato¹¹⁷, dominante in Europa in tale periodo, oppure di un'ossessiva ricerca della verità materiale, che pur indubbiamente costituiva una delle finalità cardine del sistema misto¹¹⁸.

Sembra, infatti, potersi affermare che quella situazione di diffidenza e rigetto nei confronti di meccanismi processuali come il *guilty plea* trovasse ragione anche nell'acquisto di una sempre maggiore consapevolezza con riguardo alla sussistenza di un potenziale conflitto tra giustizia penale consensuale e alcuni principi cardine dei moderni sistemi di giustizia penale; quali, ad esempio, il canone di legalità, di indisponibilità della libertà personale, del *nemo tenetur se detegere* e della presunzione d'innocenza.

Alcuni esempi di questa particolare sensibilità sembrano poter chiarire il concetto.

A tale riguardo, pare anzitutto utile ricordare che in Italia, durante i lavori preparatori del Codice di procedura penale del 1913, «si andò vicini a trasporre nel sistema [...] la condanna senza processo in caso di confessione dell'imputato: una sorta di *guilty plea* in salsa continentale»¹¹⁹. Ebbene, come ha di recente ricordato autorevole dottrina, questa iniziativa fallì proprio perché aveva suscitato – specie in uno dei più importanti compilatori di tale Riforma – alcuni dubbi in merito alla sua compatibilità con la presunzione d'innocenza¹²⁰.

¹¹⁷ Cfr., L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, cit., p. 2. In merito all'influenza che la forma di stato ha sul singolo sistema processuale penale di riferimento, cfr., per tutti, M. DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven and London, 1986; H. PACKER, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford, 1968.

¹¹⁸ L'opinione comune, infatti, è che «*in the inquisitorial structure of interpretation and meaning, "truth" is conceived in more absolute terms: the official of the state – traditionally, the judge – is supposed to determine, through an investigation, what really happened, regardless of the agreements or disagreements that prosecution and defense may have about the event*». In questo senso, cfr. M. LANGER, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, in AA.VV., *World plea bargaining*, cit., p. 14-15. Cfr., anche, B. SCHÜNEMANN, *¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?*, in ID., *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid, 2002, p. 294.

¹¹⁹ In tal senso, cfr. R. ORLANDI, *Rito penale e salvaguardia dei galantuomini*, in *Criminalia*, 2006, p. 301, nt. 20. Ci si riferisce all'istituto della "rinunzia al dibattimento in base a confessione giudiziale", disciplinato dall'art. 444 del Progetto di Codice di procedura penale del 1911, il quale stabiliva che «quando il pretore ritenga di dovere, per un delitto di propria competenza, infliggere la sola pena pecuniaria non superiore alle lire cento e l'accusato confessi di essere autore del fatto e dichiararsi di rinunciare al dibattimento, può pronunciare la sentenza, salvo il rimedio giuridico al condannato e al pubblico ministero secondo le norme ordinarie. L'azione civile si esercita avanti al giudice civile». Il testo dell'articolo può trovarsi in *Testo del progetto del nuovo codice di procedura penale (1911)*, in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale*, vol. II, Torino, 1913, p. 729. Peraltro, dalla lettura della *Relazione sul progetto del nuovo codice di procedura penale (1911)*, in AA.VV., *Commento al codice di procedura penale*, cit., p. 637, si comprende come tale meccanismo processuale – espressamente ispirato al *guilty plea* anglosassone – avesse dei precisi scopi deflativi («la riforma che propongo, suggerita anche da qualche legislazione straniera [...] riuscirà utilissima soprattutto in quelle congerie di procedimenti per ingiurie, che ingombrano le preture, e conferirà ad attuare con prudenza quella tendenza a ridurre i dibattimenti nelle giurisdizioni minori ch'è oramai generale nella scienza legislativa»).

¹²⁰ Cfr., in questo senso, R. ORLANDI, *Rito penale e salvaguardia dei galantuomini*, cit., p. 301, nt. 20, che attribuisce ad A. Stoppato la "paternità" del rifiuto di tale istituto.

Non si tratta però di un caso isolato: sulla stessa scia, quasi quarant'anni dopo, si è posto anche l'autore di uno dei più importanti manuali di procedura penale italiana della seconda metà del Novecento. Nell'*incipit* della prima edizione dei suoi *Lineamenti di diritto processuale penale*, infatti, Giovanni Leone sosteneva che «il canone *nulla poena sine iudicio* si pone[sse] non solo, secondo il suo più appariscente contenuto, come autolimita della funzione punitiva dello Stato, bensì come limite alla volontà del privato, al quale è negata ogni facoltà di assoggettarsi alla pena», precisando, immediatamente dopo che «sono stati perfino, e fortunatamente, superati quei sistemi di transazione o accordo sulla pena che costituivano una grave e inspiegabile crepa nel principio innanzi enunciato»¹²¹.

Insomma, a quasi due secoli di distanza dalla approvazione dei precitati divieti di "comporre con il reo", riemerge un netto rifiuto di ogni forma di giustizia negoziata, in nome, però, questa volta, del rispetto di un principio, che – non a caso – ha avuto «la sua consacrazione definitiva soltanto con la rivoluzione francese, con l'illuminismo, con quelli che sono i presupposti dello stato moderno»¹²².

Si tratta delle prime avvisaglie di quella che diverrà la nuova sfida che la giustizia penale consensuale deve – a tutt'oggi – affrontare nei moderni ordinamenti processuali: riuscire a porsi in linea con le garanzie cardine dei sistemi penali.

3. Il successivo cambio di passo: il consensualismo diventa globale

Si è avuto modo di osservare che, sul continente europeo, neppure la diffusione del modello processuale misto ha determinato una totale eliminazione di tutti gli istituti fondati sulla volontà dell'accusato, tramite cui questi poteva influire sull'ordinario svolgimento del rito.

Ciononostante, è solo nella seconda metà del Novecento che il percorso di progressiva riesplorazione del consensualismo in materia penale sembra aver subito una decisiva accelerazione¹²³.

¹²¹ Cfr. G. LEONE, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Napoli, 1949, pp. 1-2. Non paiono esservi dubbi nell'affermare che il riferimento implicito va proprio al sistema del Truglio, tanto diffuso proprio nei territori napoletani, nel corso del Regno delle due Sicilie

¹²² Così si esprime, E. BATTAGLINI, *Scritti giuridici*, Milano, 1967, p. 55.

¹²³ Per un quadro d'insieme in merito alla recente diffusione del consensualismo penale, cfr. H.J. ALBRECHT, *Settlements out of court: A Comparative Study of European Criminal Justice Systems*, in *South African Law Commission, Research Paper 19*, Pretoria, 2001, *passim*; M. CHIAVARI, *La justice négociée: une problématique à construire*, cit., pp. 27 ss.; M. DAMAŠKA, *Negotiated Justice in International Criminal Courts*, in AA.VV., *World plea bargaining*, cit., p. 86 ss.; T. ARMENTA DEU, *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012, pp. 128 ss.; J.-P. EKEU, *Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé*, Paris, p. 1993, *passim*; V. 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 F. Peroni, Torino, 2004, pp.143 ss.; R. GAMBINI, *Poteri dispositivo delle parti e giudice nei modelli a schema negoziale: riflessioni comparative*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, pp. 495 ss.; M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Enc. dir.*, *Annali* II, t. 1, Milano, 2008, pp. 13 ss.; A. JACOBS, *Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée*, cit., pp. 43 ss.; H. JUNG, *Plea Bargaining and its Repercussions on the Theory of Criminal Procedure*, in *European Journal of Crimine, Criminal Law and Criminal Justice*, 1997, pp. 112 ss.; F. TULKENS-M. VAN DE KERCHOVE, *La justice pénale: justice imposée*, cit., pp. 529 ss.; M. LANGER, *From Legal Transplants to Legal Translations*, cit., pp. 3 ss.; ID., *La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos*

Per comprendere quanto la svolta in materia sia recente, basti pensare che persino negli Stati Uniti, ovvero in Paese che – com'è noto – ha costituito, più di ogni altro, il modello per una diffusione globale della giustizia penale negoziata¹²⁴, è solo negli anni Settanta del secolo scorso¹²⁵ che la Corte suprema ha riconosciuto espressamente la legittimità costituzionale del *plea bargaining*¹²⁶ – che prima si era sviluppato sostanzialmente in via consuetudinaria e informale – arrivando a definirlo «*an essential component of the administration of justice*»¹²⁷.

Ebbene, proprio a partire da tale periodo storico, diversi fattori eterogenei¹²⁸ hanno spinto sempre più legislatori a tentare di individuare nuovi mezzi per accelerare, in un numero considerevole di casi, il rito penale¹²⁹.

L'elemento che sembra aver maggiormente influito sembra essere stato quel vero e proprio cambio di *status* che, in molti ordinamenti, ha subito l'imputato, specie grazie alle nuove fonti internazionali in materia penale: lo stesso è passato dall'essere un mero "soggetto passivo" dell'azione penale¹³⁰, a titolare di tutta una serie di garanzie processuali, tra cui quella a essere giudicato tramite un processo equo, da svolgersi in tempi ragionevoli. Insomma, da un lato, l'incremento dei

procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado, in AA.VV., *El procedimiento abreviado*, a cura di J.B.J. Maier e A. Bovino, Buenos Aires, 2001, pp. 97 ss.; R. ORLANDI, *Plea bargaining in den kontinentaleuropäischen Ländern*, in *Osterreichische Juristen-Zeitung*, 2009, pp. 404 ss.; J. PRADEL, *Le consensualisme en droit pénal comparé*, in *Boletim da Faculdade de Direito. Número especial. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, vol. III, Coimbra, 1984, pp. 329 ss.; R. RAUXLOH, *Plea Bargaining in National and International Law*, London-New York, 2012, *passim*; J. PETERS-B. AUBUSSON DE CAVARLAY-C. LEWIS-P. SOBOTA, *Negotiated Case-ending Settlements: Ways of Speeding up the (Court) Process*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2008, pp. 145 ss.; S.C. THAMAN, *A Typology of Consensual Criminal Procedures*, cit., pp. 321 ss.; ID., *L'autocondamnation dans la procédure pénale: la dialectique entre l'aveu et la reconnaissance de culpabilité*, in AA.VV., *Le droit penal à l'aube du troisième*, cit., pp. 939 ss.; ID., *Plea-Bargaining, Negotiating Confessions*, cit., pp. 951 ss.; F. TULKENS, *Negotiated justice*, cit., pp. 641 ss.; J.I. TURNER, *Plea bargaining*, cit., *passim*; S. WALTÓS, *Settlements in Criminal Procedures in Europe*, cit., pp. 6 ss.; K. VRIEND, *Avoiding a Full Criminal Trial. Fair Trial Rights, Diversions and Shortcuts in Dutch and International Criminal Proceedings*, Berlin, 2016, *passim*; T. WEIGEND, *Absprachen in ausländischen Strafverfahren. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu konsensualen Elementen im Strafprozeß*, Freiburg, 1990, *passim*; ID., *Die Reform des Strafverfahrens*, cit., pp. 486 ss.; J.I. TURNER-T. WEIGEND, *Negotiated Justice*, in AA.VV., *International Criminal Procedure: Principles and Rules*, a cura di G. Sluiter-H. Friman-S. Linton-S. Vasiliev-S. Zappalà, Oxford, 2013, pp. 1376 ss.

¹²⁴ Cfr. M. LANGER, *From Legal Transplants to Legal Translations*, cit., pp. 46 ss.

¹²⁵ Cfr., sul punto, per tutti, J.I. TURNER, *Plea bargaining*, cit., p. 10.

¹²⁶ Ci si riferisce, com'è noto, alla fondamentale sentenza *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970) della Corte suprema statunitense, il cui testo può trovarsi in J.I. TURNER, *Plea bargaining*, cit., pp. 10 ss.

¹²⁷ Così, *Santobello v. New York*, 404 U.S. 260 (1971), anch'essa pubblicata in J.I. TURNER, *Plea bargaining*, cit., pp. 18 ss.

¹²⁸ Per una presentazione delle cause che sembrano aver contribuito all'incremento del consensualismo penale cfr., F. TULKENS, *Negotiated justice*, cit., pp. 645 ss.; T. WEIGEND, *Why have a Trial when you can have a Bargain?*, in AA.VV., *The trial on trial*, vol. II, a cura di A. Duff-L. Farmer-S. Marshall-V. Tadros, 2006, p. 213.

¹²⁹ Per uno studio esaustivo del ruolo assunto dalla "celerità" nei moderni sistemi processuali, cfr. AA.VV., *La célérité de la procédure pénale*, in RIDP, 1996, nel quale sono riportati gli atti del convegno sul punto tenutosi, nel 1995 a Siracusa. In particolare sul punto, si veda J. PRADEL, *La célérité de la procédure pénale en droit comparé*, in RIDP, 1996, pp. 323 ss.

¹³⁰ Cfr. J. PRADEL, *Il ruolo della volontà dell'autore di reato nella decisione sull'esercizio dell'azione penale un'analisi di diritto francese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 949.

diritti dell'imputato ha determinato un inevitabile allungamento dei tempi procedurali¹³¹ e, da un altro lato, il *right to a speedy trial* ha accresciuto le esigenze deflative.

In secondo luogo, l'utilizzo assai più massiccio di metodologie accertative di tipo scientifico e la conseguente necessità di valutarne in contraddittorio l'attendibilità ha rafforzato la necessità di individuare nuovi metodi per ridurre il carico giudiziario¹³², già oberato dalla crescente transnazionalità delle manifestazioni criminali.

A ciò deve aggiungersi una comune esitazione nel decriminalizzare alcune fattispecie di reato di basso livello che, a sua volta, ha rafforzato la previa tendenza a intervenire tramite meccanismi di degiurisdizionalizzazione (o *diversion*)¹³³.

Se, quindi, nel corso degli ultimi decenni, la necessità di ridurre il carico giudiziario è divenuta una priorità dei sistemi processuali, la scelta di affrontare tale problematica facendo leva proprio sull'inserimento di schemi di matrice consensuale o negoziata, pare giustificarsi sulla base di differenti ragioni.

Anzitutto, tale soluzione è stata certamente influenzata dalla "marcia trionfale" del modello processuale americano in tutto l'Occidente¹³⁴. È noto infatti che, specie dopo la fine del secondo conflitto mondiale, la prima potenza globale ha esercitato un irresistibile influsso culturale su molte culture giuridiche diverse¹³⁵.

Ciò, in sostanza, sta a significare che, necessitando – in ragione di numerosi motivi – di individuare degli nuovi schemi procedurali semplificati rispetto al rito ordinario, è risultato quasi inevitabile, per molti Stati, tentare di trovare una soluzione ai loro problemi, utilizzando quale modello primario il sistema giuridico, politico ed economico di riferimento mondiale.

Si sono verificati così, numerosi casi di *legal translations*¹³⁶ del *plea bargaining* americano, le cui capacità deflative sono diventate man mano mito, testimoniato da quanto spesso si rimarchi l'attenzione sulle alte percentuali di regiodicande risolte tramite *guilty plea*¹³⁷.

¹³¹ Con riguardo all'influenza che l'incremento delle garanzie processuali ha avuto sulla diffusione della giustizia penale consensuale, cfr., per tutti, S.C. THAMAN, *A Typology of Consensual Criminal Procedures*, cit., pp. 326-330, il quale sostiene che «*the irony of this development, is that, with greater ability of the defense to achieve an acquittal, or make the criminal procedure more lengthy and cumbersome, the more the system turns, informally or formally, to trial-shortening guilty plea, confession-bargaining or other consensual procedural modes. This is the irony of the era of human rights, that the expansion thereof is coupled with procedural incentives to waive these newly won rights*».

¹³² Si veda, sul punto, quanto affermato da T. WEIGEND, *Why have a Trial*, cit., p. 210.

¹³³ Cfr., a riguardo, lo studio – pur datato – ma tutt'ora fondamentale, AA.VV., *Dejuriciarisation (Diversion) et mediation. Actes du Colloque International tenu à Tokyo, Japon, 14-16 mars 1983*, in RIDP, 1983, pp. 937 ss., in cui non solo è fornita una definizione del concetto di "diversion" (p. 894), ma viene anche presentato un quadro globale dello sviluppo di tali pratiche di risoluzione dei procedimenti penali.

¹³⁴ Cfr. B. SCHÜNEMANN, *¿Crisis del procedimiento penal?*, cit., pp. 288 ss., nonché ID., *Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur*, Berlin, 2005, p. 7.

¹³⁵ Cfr., sul punto, per tutti, M. LANGER, *From Legal Transplants to Legal Translations*, cit., pp. 3 ss.

¹³⁶ Si veda, a riguardo, nuovamente, M. LANGER, *From Legal Transplants to Legal Translations*, cit., pp. 38 ss.

¹³⁷ Del resto, è oramai la stessa Corte suprema degli Stati Uniti ad aver affermato, nella recente sentenza *Missouri v. Frye*, 132 S. Ct. 1399, 1407 (2012), che «*ninety-seven percent of federal convictions and ninety-four percent of state convictions are the result of guilty pleas*». Cfr. anche *Lafter v. Cooper* 132 S.

Peraltro, al di là dell'influsso dei sistemi processuali di *common law*, la decisione dei sistemi giuridici continentali di individuare nel consensualismo il rimedio deflativo principe, pare trovare la sua spiegazione principale in un'ulteriore ragione, assai più pragmatica.

Non sembrano esservi dubbi, infatti, nell'affermare che la rinuncia¹³⁸ – espressa o tacita – dell'imputato ad alcune sue garanzie costituisce, per gli Stati, il modo più semplice per poter celebrare – anche per la criminalità di medio-alto livello¹³⁹ – un numero potenzialmente assai rilevante di processi di tipo sommario, privi di determinate fasi e spesso basati su un compendio probatorio spurio; proprio la volontà dell'accusato costituisce, in questi casi, la sola causa giustificatrice che rende legittima la degradazione e lo snellimento delle forme processuali. Già a prima vista, peraltro, si intuisce come gli istituti di matrice consensuale rimangano comunque problematici, posto che il processo penale ha come oggetto diritti indisponibili, quali la libertà personale, che non si prestano alla negoziazione.

D'altra parte, è evidente che i meccanismi alternativi al rito ordinario, non fondati su un atto dispositivo dell'imputato¹⁴⁰, quali, ad esempio, il procedimento direttissimo italiano, sono assai meno redditizi dal punto di vista dello smaltimento del carico giudiziario in eccesso; e ciò in quanto in questi istituti l'elemento consensuale dev'essere sostituito con altri requisiti di operatività, come la sussistenza di una situazione di particolare evidenza probatoria, che controbilancino il sacrificio di una o più garanzie dell'accusato, la cui concreta ricorrenza avviene assai meno di frequente e non può essere influenzata dalla promessa di benefici da parte dello Stato.

Insomma, dall'incremento delle garanzie a lui spettanti, l'accusato ha acquisito una maggiore forza "contrattuale", che ha portato molti ordinamenti a voler chiarire, una volta per tutte, in modo espresso, a quali condizioni e in cambio di quali benefici, questi possa consentire a essere giudicato senza il necessario svolgimento di un processo completo e fondato sulle normali regole probatorie e di giudizio.

Ct. 1376 (2012). Peraltro, non bisogna dimenticare che persino nella *Relazione al Progetto preliminare* del Codice Vassalli, si è fatto espresso riferimento alle percentuali statistiche di applicazione della giustizia negoziata negli Stati Uniti, essendosi affermato che «gli istituti del *guilty plea* e del *plea bargaining* del processo nord-americano costituiscono al riguardo un esempio estremamente significativo, posto che consentono di risolvere senza ricorrere al dibattimento almeno il 90 % dei casi per cui il pubblico ministero ha iniziato l'azione penale».

¹³⁸ In merito all'atto della "rinuncia" dell'imputato ai suoi diritti convenzionalmente garantiti, cfr., per tutti, P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés: la convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, 2001, *passim*; S. D'ORAZIO, *La consecration de la justice pénale négociée*, in *Annales de droit de Louvain*, 2003, pp.394 ss., K. VRIEND, *Avoiding a Full Criminal Trial*, cit., pp. 213 ss.

¹³⁹ Non va, infatti, dimenticato che per le forme di criminalità più lieve, molti Stati, effettuando un bilanciamento in senso securitario tra diritti degli indagati e esigenze di repressione della criminalità, prevedono degli schemi procedurali semplificati – in cui ad esempio le indagini sono svolte più velocemente, oppure si saltano fasi di garanzia, come il previo controllo di un giudice sulla fondatezza dell'esercizio dell'azione penale prima del giudizio – che operano anche indipendentemente dall'ottenimento di un previo consenso dell'accusato. Sul punto cfr. S.C. THAMAN, *Plea-Bargaining, Negotiating Confessions*, cit., p. 957.

¹⁴⁰ Per un quadro comparato di alcuni meccanismi processuali deflativi non fondati sul consenso dell'accusato, cfr. S.C. THAMAN, *Plea-Bargaining, Negotiating Confessions*, cit., p. 957.

Così facendo si è, oltretutto, voluto evitare il formarsi di prassi negoziali informali, che sfuggissero al controllo delle autorità. Come si avrà modo di vedere, infatti, uno dei maggiori rischi che corrono gli ordinamenti privi di sufficienti canali deflativi è lo sviluppo, in via del tutto *praeter* e spesso *contra legem*, di pratiche negoziali sotterranee tra soggetti processuali.

Ebbene, se a questi elementi si aggiunge il fatto che, in sempre più Paesi «i principi dello Stato autoritario ed assistenziale hanno perso terreno, a vantaggio di un rapporto cittadino-autorità basato su un progressivo coinvolgimento dell'individuo nei problemi di funzionamento degli uffici pubblici, ivi compresi quelli deputati all'esercizio della giurisdizione penale»¹⁴¹, si spiega perché il consensualismo in materia penale sia divenuto un fenomeno globale, ispiratore di un arcipelago assai eterogeneo di istituti¹⁴².

È poi da rilevare, sempre in una prospettiva comparatistica ad ampio raggio, che la necessità di individuare delle forme processuali più snelle rispetto a quelle ordinarie, idonee a meglio tutelare il canone della ragionevole durata, si è tradotta, «nell'ambito del Consiglio d'Europa, nella messa a punto della Raccomandazione R (87) 18 sulla semplificazione della giustizia penale, adottata dal Comitato dei Ministri il 17 settembre 1987, che contiene alcune proposte ed alcuni suggerimenti riguardanti anche le forme di giustizia negoziata»¹⁴³.

Tale fondamentale provvedimento¹⁴⁴ ha anzitutto manifestato un particolare *favor* per il principio di discrezionalità dell'azione penale, stabilendo che esso «*should be introduced or its application extended wherever historical development and the constitution of member states allows; otherwise, measures having the same purpose should be devised*»¹⁴⁵.

¹⁴¹ Così, R. ORLANDI, *I procedimenti speciali*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso-V. Grevi-M. Bargis, 8ª ed., Padova, 2016, p. 598. Peraltro, non bisogna dimenticare che la giustizia negoziata, data la sua vocazione espansiva, ha dimostrato una tendenza a trovare degli spazi anche in Stati a tutt'oggi certamente autoritari come la Cina. È noto, infatti, che nel 2016 tale Paese ha introdotto un programma pilota per inserire il *plea bargaining* nel suo ordinamento, cfr. sul punto A. HARNEY, *China passes pilot program for plea bargains*, 3 settembre 2016, in www.reuters.com. Per ulteriori dettagli sullo sviluppo giustizia consensuale nell'ordinamento cinese, cfr. Y. MOU, *Beyond Legitimate Grounds: External Influences and the Discretionary Power Not to Prosecute in the People's Republic of China*, in AA.VV., *Discretionary Criminal Justice in a Comparative Context*, a cura di M. Caianiello-J.S. Hodgson, Durham, 2015, pp.115 ss., nonché Y. LI, *The Judicial System and Reform in Post-Mao China: Stumbling Towards Justice*, London-New York, 2016, p. 96-98.

¹⁴² Un quadro d'insieme delle molteplici forme in cui si sviluppa oggi il consensualismo penale può trovarsi in J. PRADEL, *Le consensualisme en droit pénal comparé*, cit., pp. 334 ss.; S.C. THAMAN, *A Typology of Consensual Criminal Procedures*, cit., pp. 331 ss.; F. TULKENS, *Negotiated justice*, cit., 649 ss.

¹⁴³ Così, D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, Milano, 2000, p. 16. Cfr. anche COUNCIL OF EUROPE, *The simplification of criminal justice – Recommendation No. R (87) adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 17 September 1987 and Explanatory Memorandum*, Strasbourg, 1988.

¹⁴⁴ Per un commento analitico, oltre al Memorandum esplicativo appena citato, cfr. D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, Milano, 2000, pp. 16 ss. Si vedano anche A. GIARDA, *Riforma della procedura e riforme del processo penale*, in AA.VV., *Studi in memoria di P. Nuvoletti*, III, Milano, 1991, p. 316; A. GAITO, *Natura, caratteristiche e funzioni del pubblico ministero. Premesse per una discussione*, in AA.VV., *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, a cura di A. Gaito, Napoli, 1991, p. 27 s.

¹⁴⁵ Cfr. *Recommendation*, cit., I, a., 1.

Più precisamente, il Consiglio d'Europa ha in tale occasione esortato gli ordinamenti che si ispirano a questo canone a introdurre in via normativa una serie di archiviazioni "condizionate" alla tenuta di determinate regole di condotta¹⁴⁶, al pagamento di una somma di denaro, o al risarcimento dei danni, necessariamente fondate sulla volontà del prevenuto: «*in the absence of such consent, the prosecuting authority should be obliged to proceed against the alleged offender unless it decides upon a different reason to drop the charges*»¹⁴⁷. Dal canto suo, il Memorandum esplicativo ha anche specificato che tale consenso «*only amount to an admission, that there are grounds for criminal proceedings but not to an admission of guilt in advance. Furthermore, it is contrary to the general general principles of criminal law to equate an admission of guilt with absolute proof since the presumption of innocence can only be removed by a final judicial decision*»¹⁴⁸.

Peraltro, la Raccomandazione ha suggerito anche ai sistemi in cui, per ragioni storiche, è in vigore l'opposto canone dell'obbligatorietà dell'azione penale, di ampliare i casi in cui l'azione penale è soggetta a condizioni. Si è, più in particolare, affermato che «*the law should entitle judges to suspend proceedings conditionally or terminate them in cases and according to procedures similar to those practiced by prosecuting authorities under the system of discretionary prosecution*»¹⁴⁹. Merita notare che quali esempi di meccanismi di tal fatta il Memorandum esplicativo¹⁵⁰ ha richiamato sia la prima forma di patteggiamento proposto dall'art. 77 della legge 689 del 1981¹⁵¹, sia l'archiviazione condizionata di cui all'art. 153a StPO¹⁵².

Ma vi è di più. Oltre ad aver esortato gli Stati a utilizzare a fini deflativi per la criminalità bagatellare anche schemi procedurali sommari o scritti - quali il procedimento per decreto italiano o l'*ordonnance pénale* francese¹⁵³ - che richiedono un'accettazione espressa o tacita degli accusati¹⁵⁴, quest'atto ha dedicato anche uno specifico spazio alle diverse forme di transazioni extragiudiziarie, che erano già da tempo presenti in alcuni Paesi, come l'Olanda e il Belgio. Sul punto si è assai chiaramente affermato che «*in the light of their constitutional requirements, member States should review their legislation with regard to out-of-court settlements in order to allow an authority competent in criminal matters and other authorities, intervening at hits stage, to promote the possibility of out-of-court settlements*»¹⁵⁵. L'oggetto di tali transazioni¹⁵⁶ è espressamente specificato nel Memorandum esplicativo alla Raccomandazione, dove si afferma che «*an out-of-court settlement usually takes the form of an agreement between the prosecuting authority or another competent authority and the alleged offender whereby the authority undertakes not to prosecute subject to specified conditions being met, such as the payment of a fine, forfeiture of property or compensation*

¹⁴⁶ Cfr. *Recommendation*, cit., I, a., 6.

¹⁴⁷ Cfr. *Recommendation*, cit., I, a., 7.

¹⁴⁸ *Explanatory Memorandum*, cit., part. B, I, a., §10.

¹⁴⁹ Cfr. *Recommendation*, cit., I, b., ii.

¹⁵⁰ *Explanatory Memorandum*, cit., part. B, I, b., §2. Sul punto cfr. D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 19.

¹⁵¹ Si veda sul punto capitolo VII, sez. I, §2.

¹⁵² Si veda sul punto capitolo III, §1.

¹⁵³ *Explanatory Memorandum*, cit., part. B, II, c., §§2-3.

¹⁵⁴ Cfr. *Recommendation*, cit., II, c., 1-6.

¹⁵⁵ Cfr. *Recommendation*, cit., II, b., 1.

¹⁵⁶ Cfr. *Recommendation*, cit., II, b., 2.

to a victim»¹⁵⁷. Il provvedimento ha avuto pure cura di precisare che «*the alleged offender who does not wish to accept a proposal for an out-of-court settlement should always be entirely free to ignore or refuse the offer*»¹⁵⁸.

Giunti a questo punto, non stupirà che la grande Europa abbia in questa sede caldamente consigliato anche l'introduzione del meccanismo del *guilty plea*. A tale riguardo, è stato infatti affermato che «*wherever constitutional and legal traditions so allow, the procedure of "guilty pleas", whereby an alleged offender is required to appear before a court at an early stage of the proceedings in order to state publicly to the court whether he accepts or denies the charges against him, or similar procedures, should be introduced*»¹⁵⁹. Questo provvedimento, oltre a stabilire che l'ammissione di colpevolezza sarebbe dovuta avvenire per forza in udienza pubblica¹⁶⁰, ha anche chiarito che la presenza del *guilty plea* avrebbe dovuto legittimare un accorciamento totale o parziale del dibattimento, consentendo persino l'immediato passaggio alla fase di determinazione della pena.

Un ulteriore strumento idoneo a rendere più snelli e rapidi i procedimenti è stato, infine, individuato nel *Memorandum* esplicativo: in tale atto, infatti, si è specificamente promossa la possibilità di stipulare pure degli accordi sulle prove, volti a limitare il numero di periti o testimoni da assumere in dibattimento¹⁶¹.

Non si può di certo dire che la Raccomandazione R (87) 18 – la cui efficacia è stata favorita dai fattori sopra elencati – sia rimasta lettera morta.

Difatti, tale provvedimento ha fornito un ulteriore impulso sia a quel processo di diffusione di procedimenti monitori, che si è visto iniziare già nell'Ottocento¹⁶², sia all'introduzione da parte di sempre più legislatori di meccanismi di diversione dal rito ordinario incidenti sulla fase di esercizio dell'azione penale, consistenti nel pagamento di una somma di denaro, frutto di un accordo tra accusa e imputato, in cambio della decisione di non procedere¹⁶³. Si è così effettivamente diffuso a macchia d'olio il sistema delle archiviazioni condizionate e delle "transazioni".

Al di là di queste forme di "composizioni pecuniarie", volte per lo più a incidere sulla criminalità di medio-basso livello, numerosi Stati – europei ed *extra-europei* – hanno codificato riti consensuali o negoziati applicabili pure ai reati di

¹⁵⁷ *Explanatory Memorandum*, cit., part. B, II, b., §1.

¹⁵⁸ Cfr. *Recommendation*, cit., II, b., 5.

¹⁵⁹ Sul punto, *Recommendation*, cit., III, a., 7.

¹⁶⁰ Sul punto, *Recommendation*, cit., III, a., 8.

¹⁶¹ *Explanatory Memorandum*, cit., part. B, III, a., §§5.

¹⁶² Ciò, ad esempio, è avvenuto in Francia: difatti, è noto che, anche se il procedimento monitorio è rimasto in vigore nell'Alsazia e nella Lorena anche quando, dopo la seconda guerra mondiale, le stesse sono ritornate francesi, nel resto del Paese lo stesso è stato introdotto soltanto nel 1972 ed è stato poi effettivamente potenziato negli anni Novanta e Duemila. Si veda a riguardo, S.C. THAMAN, *A Typology of Consensual Criminal Procedures*, cit., p. 339, nt. 228. In argomento, cfr., per tutti, X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, Paris, 2002, p. 591; J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 4^a ed., 2016, p. 523-524. In Olanda, invece, un istituto appartenente alla categoria dei processi monitori è stato introdotto nel 2008, cfr., sul punto, K. VRIEND, *Avoiding a Full Criminal Trial*, cit., p. 53.

¹⁶³ Come si vedrà, ciò, ad esempio, è accaduto in Francia nel 1999, con l'entrata in vigore della *composition pénale*.

maggior gravità¹⁶⁴. Ci si riferisce, da un lato, ai procedimenti alternativi fondati sul solo consenso dell'accusato, di cui uno dei maggiori archetipi è il giudizio abbreviato italiano¹⁶⁵; oppure, da un altro lato, a quegli istituti in cui ha luogo una vera e propria negoziazione tra autorità e imputato sul *quantum* di pena concreta da applicare, spesso caratterizzati da un'ammissione di colpevolezza da parte di quest'ultimo¹⁶⁶, basati, in maggiore o minore misura, sul modello del *plea bargaining* americano¹⁶⁷.

Peraltro, accanto alle forme "forti" di giustizia negoziata o consensuale, che - oltretutto - in determinati casi, possono riguardare persino i giudizi di impugnazione, in alcuni ordinamenti si sono diffusi - anche informalmente - altri istituti dispositivi "minori"¹⁶⁸. Difatti, come auspicato dalla stessa Raccomandazione R (87) 18, hanno visto la luce anche meccanismi processuali, sempre fondati sul consenso dell'accusato, che hanno come effetto delle mere semplificazioni in materia probatoria¹⁶⁹. È questo il caso dei concordati sulla prova italiani, di alcune forme di *Absprachen* tedesche¹⁷⁰, nonché del cosiddetto *juicio breve* argentino¹⁷¹.

D'altra parte, la spinta verso un'espansione del consensualismo è divenuta così forte da riuscire a contaminare persino la giustizia penale internazionale¹⁷², la quale non è rimasta immune al fascino - o meglio alla necessità - del *plea bargaining*;

¹⁶⁴ Per un ampio quadro comparato sul punto cfr. S.C. THAMAN, *A Typology of Consensual Criminal Procedures*, cit., pp. 345 ss.

¹⁶⁵ Per ulteriori esempi, concernenti gli ordinamenti bulgaro, argentino ed estone, cfr., nuovamente, S.C. THAMAN, *A Typology of Consensual Criminal Procedures*, cit., p. 382.

¹⁶⁶ Cfr., sul punto, M. CHIAVARIO, *La justice négociée*, cit., pp. 32-33.

¹⁶⁷ Numerosi esempi a riguardo, possono trovarsi nel volume collettaneo AA.VV., *World plea bargaining*, cit., *passim*, nonché, in particolare, nelle monografie di J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, cit., pp. 527 ss.; R. RAUXLOH, *Plea Bargaining in National and International Law*, cit., *passim*; J.I. TURNER, *Plea bargaining*, cit., *passim*; T. WEIGEND, *Absprachen in ausländischen Strafverfahren*, cit., *passim*.

¹⁶⁸ Un meccanismo processuale dispositivo, sviluppatosi all'inizio informalmente nell'ordinamento francese (ma anche in quello belga e svizzero) e poi consolidato con una legge del 2004, può essere individuato nella cosiddetta *correctionnalisation*: cfr., sul punto, per tutti, J. PRADEL, *Procédure pénale*, 18^a ed., Paris, pp. 110-112. Esso consiste nel considerare un crimine come un semplice delitto, così da attribuirlo alla competenza di un *Tribunal correctionnel* in luogo di una Corte d'Assise: per funzionare tale meccanismo ha bisogno del consenso di tutti gli attori processuali (cfr., sul punto, ID., *Le consensualisme en droit pénal comparé*, cit., p. 353-354).

¹⁶⁹ Cfr., sul punto, S.C. THAMAN, *A Typology of Consensual Criminal Procedures*, cit., pp. 382-383.

¹⁷⁰ Cfr. S.C. THAMAN, *A Typology of Consensual Criminal Procedures*, cit., p. 383.

¹⁷¹ Cfr. S.C. THAMAN, *A Typology of Consensual Criminal Procedures*, cit., p. 383.

¹⁷² In argomento si veda M. DAMAŠKA, *Negotiated Justice*, cit., pp. 95 ss.; nonché, L. BURENS, *Plea Bargaining in International Criminal Tribunals. The end of truth-seeking in International Courts?*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2013, nn. 7-8, pp. 322 ss.; N.A. COMBS, *Guilty Pleas in International Criminal Law*, Stanford, 2007; H. KUCZYŃSKA, *The Accusation Model Before the International Criminal Court. Study of Convergence of Criminal Justice Systems*, Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2015, pp. 241 ss.; K. MCCLEERY, *Guilty Pleas and Plea Bargaining at the Ad Hoc Tribunals: Lessons from Civil Law Systems*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2016, pp. 1099 ss.; M. MIRAGLIA, *Diritto di difesa e giustizia penale internazionale*, Torino, 2011, pp. 169 ss.; R. RAUXLOH, *Plea Bargaining*, cit., pp. 205 ss.; M. P. SCHARF, *Trading Justice for Efficiency: Plea-Bargaining and International Tribunals*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2004, pp. 1070 ss. A. TIEGER-M. SHIN, *Plea Agreements in the ICTY: Purpose, Effects and Propriety*, *ivi*, 2005, pp. 666 ss.; J.I. TURNER-T. WEIGEND, *Negotiated Justice*, cit., pp. 1376 ss.

e ciò nonostante «l'incompatibilità logica per divaricazione degli scopi»¹⁷³ tra repressione dei terribili crimini di cui si occupano tali giurisdizioni e il mercanteggiamento, che spesso caratterizza gli istituti consensuali.

Insomma, alla luce dell'analisi diacronica fin qui svolta, non sembra azzardato descrivere lo sviluppo odierno – sempre più globale – del consensualismo penale come un tentativo della giustizia egemonica di ricomporre lo strappo creato con quella negoziata: si tratta di un netto *revirement* nelle linee di politica criminale, spesso compiuto senza una reale consapevolezza.

Non sfuggirà, infatti, che, affidandosi a un novero eterogeneo di pratiche consensuali, molti ordinamenti abbiano – in sostanza – (re)introdotti meccanismi assai simili a quelli presenti nell'Europa medioevale e negli *Anciens régimes*, il cui utilizzo è stato vietato solamente a partire dall'epoca illuministica, specie da disposizioni quali quelle sopra esaminate.

È chiaro, tuttavia, che permangono alcune differenze di primaria importanza tra le esperienze antiche di negoziabilità e quelle più recenti, determinate dalla «definitiva affermazione dello Stato di diritto moderno»¹⁷⁴.

La principale e più importante difformità è senza dubbio rappresentata, come già rilevato, dal totale cambio di *status* avuto dall'imputato a seguito dell'approvazione delle Carte internazionali in materia di processo penale. Il consensualismo penale moderno, infatti, lo si ribadisce, ha dovuto e deve fare i conti con le garanzie dell'imputato, le quali ne impongono uno sviluppo "controllato" entro determinati limiti, che assicurino il rispetto perlomeno di un nucleo minimo di diritti indisponibili.

4. La diffusione del paradigma riparativo-conciliativo

Giunti a questo punto bisogna ricordare che, accanto ai sopra citati istituti consensuali, volti a raggiungere dei primari scopi deflativi, sempre più Stati, indipendentemente dalla loro tradizione di origine, hanno iniziato a codificare un ulteriore gruppo di meccanismi processuali dispositivi, caratterizzati, però, da una *ratio* del tutto diversa.

Ci si riferisce al fatto che, anche sull'onda di quel noto movimento dottrinale che, per primo, tra gli anni Settanta e Ottanta, ha iniziato a parlare di *restorative justice*¹⁷⁵, molti sistemi giuridici hanno tentato di individuare degli schemi

¹⁷³ Così, testualmente, G. 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"*, cit., p. 167.

¹⁷⁴ Così, S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 8.

¹⁷⁵ In merito alle origini di tale paradigma giudiziario, cfr., per tutti, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche e terminologiche, le recenti analisi di M. BOUCHARD, *Breve storia (e filosofia) della giustizia riparativa*, in *Quest. giust.*, 2015, n. 2, pp. 66 ss. e di G. MANNOZZI, *Traduzione e interpretazione giuridica nel multilinguismo europeo: il caso paradigmatico del termine «giustizia riparativa» e delle sue origini storico-giuridiche e linguistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 137 ss. Il termine "giustizia riparativa", è – com'è oramai noto – stato coniato da A. EGLASH, *Beyond Restitution: Creative Restitution*, in AA.VV., *Restitution in Criminal Justice*, a cura di J. Hodgson-B. Galaway, Lexington, 1977, pp. 91-100, anche se si ritiene che sia H. ZEHR ad aver fornito una compiuta impostazione teorica a tale "movimento culturale", in particolare a partire dal suo saggio *Retributive Justice*,

alternativi rispetto al modello della giustizia penale imposta, che permettessero «di privilegiare, nella reazione all'illecito penale, una risposta alternativa alla tradizionale sanzione afflittiva»¹⁷⁶ – oramai entrata decisamente in crisi¹⁷⁷ – e di raggiungere una ricomposizione dei rapporti tra la vittima di reato e il suo autore¹⁷⁸.

Peraltro, se l'elemento fondamentale di tali meccanismi processuali è, nuovamente, stato individuato nel consenso dell'accusato¹⁷⁹, negli stessi questo non «si presenta [più come meramente] strumentale alla chiusura anticipata del rito»¹⁸⁰ o all'ottenimento di un beneficio premiale, ma, tutt'al contrario, funge – per lo più – da segnale di adesione a un «processo di “pacificazione”»¹⁸¹ del conflitto sorto con la vittima.

È noto, infatti, che nel modello riparativo «il reato non è più considerato soltanto come un illecito commesso contro la società [...] – e che richiede una pena da espiare –, bensì come una condotta intrinsecamente dannosa ed offensiva, che può provocare alle vittime privazioni, sofferenze, dolore, e che richiede da parte del reo, principalmente forme di attivazione e di riparazione del danno»¹⁸².

Insomma, nonostante le note difficoltà nell'individuare una definizione condivisa di *restorative justice*¹⁸³, secondo l'opinione di autorevole dottrina, gli elementi cardine di tale paradigma giudiziario paino due: «la ricerca di una soluzione “comune” del conflitto – elaborata cioè dal reo e dalla vittima *insieme*, se possibile, con la partecipazione della comunità – e la promozione di una responsabilità “attiva” da parte dell'autore di reato, volta cioè non alla mera

Restorative justice, in *New Perspectives on Crime and Justice*, Occasional Paper of the MCC Canada Victim Offender Ministries Programs and the MCC U.S. Office of Criminal Justice, (4) 1985. La produzione scientifica di tale autore è davvero copiosa, ci si limita, in questa sede, a ricordare anche il suo lavoro H. ZEHR, *Changing Lenses. A New Focus on Crime and Justice*, Scottsdale, 1990. Nella letteratura italiana, i lavori che si occupano della *restorative justice* sono oramai davvero molti, per i dovuti riferimenti dottrinali, ci si limita a richiamare il recente volume collettaneo AA.VV., *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G. Mannozi-A. Lodigiani, Bologna, 2015, nonché le fondamentali monografie di G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003; G. MANNOZZI-G. A. LODIGLIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017.

¹⁷⁶ Così, testualmente, F. PERONI, *Nozioni fondamentali*, in F. PERONI-M. GIALUZ, *La giustizia penale consensuale. Concordati, mediazione e conciliazione*, Torino, 2004, p. 5. In argomento, cfr., anche, M. VAN DE KERCHOVE, *La justice restauratrice au cœur du conflit des paradigmes de la peine*, in *Histoire de la justice*, 2015, n. 1, pp. 123 ss.

¹⁷⁷ Sul punto, cfr., per tutti, C. PALIERO, *Minima non curat praetor*, Padova, 1985, pp. 1 ss.

¹⁷⁸ In argomento, cfr., A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010, p. 48 s.

¹⁷⁹ Cfr., ad esempio, gli artt. 2 e 12, direttiva 2012/29/UE, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, in *G.U.U.E.*, 14 novembre 2012, L. 315/57, i quali pongono il consenso libero dell'imputato e della vittima quale prerequisito per il funzionamento della giustizia riparativa.

¹⁸⁰ Così, efficacemente, M. GIALUZ, *Mediazione e conciliazione*, in F. PERONI-M. GIALUZ, *La giustizia penale*, cit., p. 103.

¹⁸¹ Cfr., di nuovo, M. GIALUZ, *Mediazione e conciliazione*, cit., p. 103.

¹⁸² In tal senso, cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale*, cit., p. 48.

¹⁸³ Cfr., sul punto, per tutti, la recente analisi di G. MANNOZZI-G. A. LODIGLIANI, *La giustizia riparativa*, cit., pp. 89 ss.

“espiiazione” del male commesso, ma alla fattiva riparazione del danno cagionato»¹⁸⁴.

I veri protagonisti del paradigma riparativo-conciliativo sono, quindi, l'autore del reato e la vittima, il cui rapporto viene posto al centro del sistema¹⁸⁵: il fine è quello di raggiungere, anche per il tramite di un terzo, preferibilmente estraneo all'apparato egemonico, un accordo che permetta di ricomporre il dissidio.

Una volta ottenuta la rappacificazione, «l'idea è che [...] scemi l'interesse pubblico all'instaurazione di un processo davanti al giudice penale»: la riparazione e la conciliazione tra vittima e autore del reato, infatti, giustificerebbe la rinuncia dell'apparato giudiziario alla persecuzione del procedimento¹⁸⁶.

Il mezzo privilegiato – ma non esclusivo – di cui si avvale la *restorative justice* è la mediazione¹⁸⁷; ma la stessa contempla anche altri strumenti, tutti accumulati dal richiedere il necessario consenso dell'autore del reato, come ad esempio, il *community service*, la *restitution*, il *family group conferencing* o il *circle sentencing*¹⁸⁸.

Ebbene, tali indicazioni dottrinali hanno fatto breccia in molti Stati europei¹⁸⁹ ed extra-europei¹⁹⁰, che – spesso dopo una previa sperimentazione in ambito minorile¹⁹¹ – hanno inserito tra i loro meccanismi di *diversion* per adulti, delle ipotesi di mediazione, restituzione o svolgimento di lavori di pubblica utilità e così via.

La diffusione del paradigma riparativo, peraltro, non si è arrestato solamente al livello nazionale, posto che anche diverse organizzazioni sovranazionali, tra cui

¹⁸⁴ Così, efficacemente, G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., p. 91.

¹⁸⁵ In tal senso, cfr. C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, 2007, p. 112, nonché, A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale*, cit., p. 48.

¹⁸⁶ In tal senso, cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale*, cit., p. 50.

¹⁸⁷ Questa può intendersi come procedimento tramite cui un soggetto terzo neutrale, «favorendo l'incontro tra le parti, tenta di far sì che esse confrontino i propri punti di vista e giungano, in tal modo, a una “soluzione” del conflitto», così, M. GIALUZ, *Mediazione e conciliazione*, cit., p. 106. In argomento, cfr., tra i moltissimi, R. ORLANDI, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, pp. 1171 ss.; G. UBERTIS, *Riconciliazione, processo e mediazione in ambito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 1321 ss., nonché il volume collettaneo AA. VV., *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, a cura di G. Mannozi, Milano, 2004.

¹⁸⁸ Cfr., sul punto, G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., p. 91. Una recente approfondita analisi delle eterogenee metodologie di cui si può avvalere la giustizia riparativa, si ritrova in G. MANNOZZI-G. A. LODIGLIANI, *La giustizia riparativa*, cit., pp. 217 ss.

¹⁸⁹ Per una compiuta analisi di come la giustizia riparativa si sia sviluppata sul territorio europeo, cfr. AA.VV., *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters. A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, a cura di F. Dünkel-J. Grzywa-Holten-P. Horsfield, Mönchengladbach, voll. 1 e 2, 2015. Cfr., in particolare, F. DÜNKEL-J. GRZYWA-HOLTEN-P. HORSFIELD, *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters in Europe – comparative overview*, *ivi*, vol. II, pp. 1015 ss. Per quanto riguarda l'Italia si vedano i lavori del Tavolo 13 degli Stati Generali dell'Esecuzione Penale, dedicati proprio alla *Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime del reato*, disponibili sul sito www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_1_13.page.

¹⁹⁰ Per un quadro più ampio, cfr. S.C. THAMAN, *A Typology of Consensual Criminal Procedures*, cit., pp. 335 ss.

¹⁹¹ Cfr. M. BOUCHARD, *Breve storia (e filosofia) della giustizia riparativa*, p. 68.

le Nazioni Unite¹⁹², il Consiglio d'Europa¹⁹³ e l'Unione europea¹⁹⁴, si sono fatte promotrici del *restorative model*.

In ogni caso, anche quest'ulteriore breccia aperta dal consensualismo all'interno dei riti penali contemporanei sembra poter essere qualificata – per molti versi – come un ritorno al passato.

Si è già avuto modo di osservare, infatti, che l'idea che stava alla base di molti strumenti processuali dispositivi dell'epoca pre-moderna era – pur con le dovute e marcate differenze del caso – simile ad alcuni principi di fondo della *restorative justice*¹⁹⁵: anche in tal caso, infatti, il reato veniva visto *in primis* come lesivo del rapporto intercorrente tra vittima e autore del reato, da ristabilirsi tramite un processo di conciliazione e riparazione¹⁹⁶. Solo nel caso in cui tale processo di pacificazione fallisse, entrava in gioco l'apparato di potere centrale. I veri protagonisti della scena, quindi, erano – esattamente come nel paradigma riparativo-conciliativo – l'offeso ed il reo, che, coadiuvati da pacieri e mediatori, potevano, mediante il loro accordo trovare una soluzione condivisa all'illecito penale, che aveva l'effetto di impedire lo svolgimento di un procedimento penale "imposto".

Ebbene, aderendo alle istanze provenienti dal movimento della *restorative justice*, gli Stati hanno dato un'ulteriore riprova della situazione di profonda crisi attraversata dalla giustizia egemonica, che, da sola, paradossalmente, non è riuscita a vincere le sfide della modernità.

Per risolvere tale situazione, gli ordinamenti contemporanei di matrice romano-germanica, ma anche di *common law*¹⁹⁷ si sono quindi trovati costretti a ricomporre ulteriormente il conflitto creato, specie in epoca illuministica, con la giustizia negoziata, determinando così, il definitivo superamento del dogma, secondo cui, avendo a oggetto beni indisponibili, la giustizia penale non può che essere imposta unicamente dall'alto.

Così facendo, però, si è rivelato necessario affrontare una nuova e importante sfida: trovare un equilibrio – che, in molti casi, sembrava oramai spezzato – tra le diverse anime sottostanti alla giustizia egemonica e a quella consensuale, senza

¹⁹² Cfr. *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*, adottati dalle Nazioni Unite il 24 luglio 2002.

¹⁹³ Cfr. Raccomandazione R(2010)1 del Comitato dei Ministri agli Stati Membri sulle «Regole del Consiglio d'Europa in materia di probation», adottata dal Comitato dei Ministri il 20 gennaio 2010, nonché la Raccomandazione 19 (1999) del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, relativa alla mediazione in materia penale.

¹⁹⁴ Ci si riferisce alle fondamentali Decisione quadro 2001/220/GAI, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, in *G.U.C.E.*, 22 marzo 2001, L 82/1, nonché alla già citata Direttiva 2012/29/UE.

¹⁹⁵ Per un parallelo tra patriche compositive medievali e degli antichi regimi e filosofia della *restorative justice* cfr., per tutti, S.C. THAMAN, *A Typology of Consensual Criminal Procedures*, cit., pp. 335-336.

¹⁹⁶ Il riferimento va, nuovamente, a M. SBRICCOLI, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica*, cit., p. 1236.

¹⁹⁷ È noto, infatti, che il paradigma della *restorative justice* sia originario proprio dei paesi di *common law*, quali gli Stati Uniti, il Canada, l'Australia e la Nuova Zelanda, dai quali si è poi, man mano, trasferito anche in quelli di *civil law*. Cfr., a riguardo, M. BOUCHARD, *Breve storia (e filosofia) della giustizia riparativa*, p. 67; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., pp. 159 ss.

rinunciare, in nome di quest'ultima, a tutta una serie di principi fondamentali, divenuti oramai patrimonio indiscusso dei sistemi processuali moderni.

CAPITOLO II

ALLA RICERCA DEI CONFINI DELLA GIUSTIZIA PENALE NEGOZIATA

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. Giustizia penale consensuale e giustizia penale negoziata. – 3. Il ruolo dell’“informalità” nella giustizia negoziata. – 4. Modelli “forti” o “deboli” di giustizia negoziata. – 5. Giustizia negoziata e giustizia riparativa. – 6. I confini della presente analisi.

1. Premessa

Una delle prime conseguenze, forse inevitabile, della recente riesplorazione del consensualismo in materia criminale¹ è stata il progressivo diffondersi, all’interno del lessico penalistico, di un ampio novero di termini e concetti propri della riflessione giusprivatistica.

Locuzioni quali “contratto”, “contratto per adesione”, “transazione”, “accordo”², e persino “atto recettizio” o “atto irrevocabile”³, hanno, infatti, iniziato a essere sempre più utilizzate al fine di descrivere il funzionamento – fisiologico e patologico – dei nuovi istituti fondati su una manifestazione di volontà di uno o più soggetti del procedimento penale⁴.

Orbene, per quanto riguarda i Paesi del continente europeo, lo sviluppo di un vero e proprio “vocabolario” del consensualismo penale, caratterizzato da marcate ascendenze civilistiche, sembra essere stato favorito dalla presenza di una “terminologia” analoga nei maggiori modelli comparativi di riferimento, tra cui in particolare l’ordinamento statunitense, che già da tempo utilizzavano espressioni

¹ Com’è noto, il moltiplicarsi di istituti che prevedano trattative, mercanteggiamenti, intese, accordi in rami dell’ordinamento a cui erano tradizionalmente estranei non è una prerogativa esclusiva del contesto penalistico, ma si tratta di un fenomeno assai più diffuso, che ricomprende, ad esempio, il diritto amministrativo e tributario. Cfr., sul punto, F. 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*, a cura di M. Chiavario, 2^a ed., Padova, 2001, p. 626. A tale riguardo, in merito all’ordinamento italiano, per tutti, A. CAMON, *Accordi processuali e giustizia penale: la prova patteggiata*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 55; M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell’esercizio dell’azione penale*, Torino, 2003, pp. 75 ss.; R. ORLANDI, *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 268.

² Questi termini compaiono oramai comunemente – con differenti accezioni – nel linguaggio penalistico: ad esempio, gli stessi già si ritrovano nel noto saggio di respiro europeo di F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., pp. 619 ss.

³ Per l’utilizzo di tali locuzioni, cfr. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, Paris, 2002, pp. 351 ss.

⁴ Si pensi, ad esempio, al grande sforzo definitorio recentemente operato da S.M. CABON, *La négociation en matière pénale*, Paris, 2016, pp. 239 ss. per definire la nozione di “accordo in materia penale”.

quali “*negotiated justice*”⁵, “*justice by consent*”⁶, “*consensual justice*”⁷, “*contract*”⁸, per descrivere i loro meccanismi dispositivi operanti nel rito penale.

In sostanza, quindi, se si vuole parlare di una “americanizzazione” dei sistemi giuridici di matrice romano-germanica nel campo della giustizia penale consensuale⁹, sembra opportuno farlo anche da un punto di vista linguistico/terminologico: i sistemi di *common law*, infatti, paiono aver svolto la funzione di archetipi anche sotto tale non secondario aspetto.

In ogni caso, alla luce dell’analisi diacronica già svolta, sarà oramai chiaro come neppure tale “contaminazione” lessicale da parte delle materie privatistiche può essere intesa come una novità: si è avuto modo di osservare, infatti, che già in passato si è parlato di “transazioni penali” e che istituti consensuali, quali l’*acceptation de l’enquête*, sono stati espressamente descritti come veri e propri “contratti”¹⁰.

Di modo che, pare potersi rilevare una certa tendenza ciclica – propria *in primis* degli studiosi del processo penale – a sfruttare concetti e categorie civilistiche, nel caso in cui non esista un referente adatto in ambito penale, per descrivere quei meccanismi fondati sul consenso di un soggetto accusato o condannato di un reato.

Così, ad esempio, specie nell’ordinamento italiano, ha trovato nuova linfa l’utilizzo in ambito penale del concetto di ascendenza germanica di “negozio

⁵ Cfr., per tutti, J. BALDWIN – M. MCCONVILLE, *Negotiated Justice: Pressures on Defendants to Plead Guilty*, London, 1977; D.J. NEWMAN – E.C. NEMOYER, *Issues of Propriety in Negotiated Justice*, in *Denver Law Journal*, 1970, pp. 367 ss.

⁶ Cfr., ad esempio, A. ROSETT – D.R. CRESSEY, *Justice by Consent: Plea Bargains in the American Courthouse*, Philadelphia, 1976.

⁷ A tale riguardo, si veda, C.A. MCEWEN-R.J. MAIMAN, *Mediation in Small Claims Court: Achieving Compliance through Consent*, in *Law & Society Review*, 1984, p. 46.

⁸ Si vedano, a riguardo, anche per i dovuti richiami giurisprudenziali, tra i moltissimi, S. BAUMGARTEL, *Non prosecution agreements as contracts: Stolt-Nielsen and the question of remedy for a prosecutor’s breach*, in *Wisconsin Law Review*, 2008, p. 26; R. HOLLANDER-BLUMOFF, *Getting to “Guilty”: Plea Bargaining as Negotiation*, in *Harvard Negotiation Law Review*, 1997, p. 119; J.H. DION, *Prosecutorial Discretion or Contract Theory Restrictions? - The Implications of Allowing Judicial Review of Prosecutorial Discretion Founded on Underlying Contract Principles*, in *Western New England Law Review*, 2000, p. 154; F.H. EASTERBROOK, *Plea Bargaining as Compromise*, in *Yale Law Journal*, 1992, p. 1969; D.G. GIFFORD, *Meaningful reform of plea bargaining: the control of prosecutorial discretion*, in *University of Illinois Law Review*, 1983, p. 37; J.A. LUMPKIN, *The standard of proof necessary to establish that a defendant has materially breached a plea agreement*, in *Fordham Law Review*, 1987, p. 1059; J. PALMER, *Abolishing Plea Bargaining: An End to the Same Old Song and Dance*, in *American Journal of Criminal Law*, 1999, p. 508; T.T. STEELE, *Constitutional Law--Guilty Pleas--A New “Voluntariness” Standard?*, in *Tulane Law Review*, 1971, p. 1056; R.E. SCOTT – W.J. STUNZ, *Plea bargaining as Contract*, in *Yale Law Journal*, 1992, p. 1909; D. TEETER, *A Contracts Analysis of Waivers of the Right to Appeal in Criminal Plea Bargains*, in *The University of Kansas Law Review*, 2005, p. 727; F.C. ZACHARIAS, *Justice in plea bargaining*, in *William & Mary Law Review*, 1998, p. 1122.

⁹ Cfr. M. LANGER, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, in AA.VV., *World plea bargaining. Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, a cura di S.C. Thaman, Durham, 2010, pp. 46 ss.; B. SCHÜNEMANN, *¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?*, in ID., *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid, 2002, pp. 288 ss.; ID., *Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur. Die Urteilsabsprachen im Strafprozess als Abgesang auf die Gesetzesbindung der Justiz und den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung*, Berlin, 2005, pp. 7 s.

¹⁰ Cfr. A. ESMEIN, *L’acceptation de l’enquête dans la procédure criminelle au Moyen Age*, Paris, 1888, p. 12.

giuridico”¹¹, che pur – com’è noto – aveva già avuto particolare fortuna, soprattutto nella prima metà del Novecento¹², come *species* del *genus* “rapporto giuridico processuale”¹³, venendo poi rigettato dalla dottrina maggioritaria¹⁴ a seguito della «progressiva presa di coscienza [...] del sostrato costituzionale che permea la cognizione penale»¹⁵.

Ma vi è di più: la categoria del negozio ha fatto talmente breccia all’interno del processo penale italiano¹⁶ da essere oggetto di un’analisi specifica persino dalla stessa dottrina civilistica¹⁷.

Senza contare che «accade sempre più spesso che la disciplina del contratto venga adoperata per risolvere questioni di procedura penale»¹⁸: com’è noto, infatti, in materia di patteggiamento, la giurisprudenza della Cassazione ha, in diversi casi, applicato direttamente alcune disposizioni generali contenute nel codice civile, per risolvere delle problematiche per le quali non vi era una normativa processuale espressa¹⁹.

¹¹ In Italia è la stessa Corte di Cassazione ad aver definito espressamente il patteggiamento e il giudizio abbreviato come “negozi giuridici”: cfr., in questo senso, tra le moltissime, Cass., Sez. III, 12 luglio 2016, n. 39819, in *dejure.it.*; Cass., Sez. IV, 23 febbraio 2016, n. 32549, *ivi*; Cass., Sez. IV, 16 febbraio 2016, n. 39514, *ivi*; Cass., Sez. II, 2 luglio 2014, n. 30778, *ivi*; Cass., Sez. III, 7 febbraio 2014, n. 20237, *ivi*; Cass., Sez. un., 19 gennaio 2000, n. 5, *ivi*; Cass., Sez. I, 8 ottobre 1998, Avanzi, in *Cass. pen.*, 2000, p. 668; Cass., Sez. III, 8 giugno 1993, Iapichello, in *Cass. pen.*, 1995, p. 98. Per una recente e articolata analisi in favore dell’utilizzo di tale categoria, cfr. A. PROCACCINO, *Il negozio probatorio dibattimentale*, Milano, 2010, pp. 51 ss., secondo cui «la categoria negozio giuridico e per la precisione negozio giuridico bilaterale risulta assai pertinente se non irrinunciabile».

¹² Si vedano, ad esempio, tra i moltissimi, F. ANTONIONI, *Appunti sulla figura del negozio processuale*, in *Giust. pen.*, 1952, III, cc. 641 ss.; C.U. DEL POZZO, *La conversione dei negozi processuali in tema di impugnazione con mezzo inammissibile*, *ivi*, cc. 513; G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli, 1961, pp. 596 s.; V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. III, 6^a ed., Torino, 1970, p. 6; B. PETROCELLI, *I vizi della volontà nel processo penale*, Napoli, 1929, *passim*;

¹³ Cfr. F. PERONI, *Nozioni fondamentali*, in F. PERONI-M. GIALUZ, *La giustizia penale consensuale. Concordati, mediazione e conciliazione*, Torino, 2005, p. 3.

¹⁴ V., in particolare, G. RICCIO, *La volontà delle parti nel processo penale*, Napoli, 1969, p. 58, che in tale sede – in modo assai efficace – affermava «la inesistenza, inutilità e pericolosità della categoria del negozio giuridico processuale, la quale, in tanto potrebbe avere rilevanza, in quanto si dimostrasse che essa risponde non già ad un mero criterio di classificazione, ma ad una concreta esigenza scientifica, sia metodologica che ermeneutica». In senso critico rispetto a tale categoria, cfr. già G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, p. 79, il quale sosteneva che «l’adottare in campo processuale la figura del negozio giuridico, non solo non giova ma può essere causa di equivoco, ostacolando, con il quasi inevitabile richiamo alle soluzioni proprie ai negozi del diritto privato, l’esatta individuazione delle soluzioni proprie agli atti di carattere processuale».

¹⁵ Così, F. PERONI, *Nozioni fondamentali*, cit., p. 4.

¹⁶ Cfr. A. CAMON, *Accordi processuali e giustizia penale*, p. 56.

¹⁷ Si occupano degli accordi negoziali penali, tra gli altri, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 17^a ed., Napoli, 2015, p. 778; M.A. RICCI, *Patteggiamento e contratto (le tentazioni del civilista)*, in *Contratto e impresa*, 1994, pp. 1143 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, 2^a ed., Milano, 2011, p. 83; U. SALVESTRONI, *Nozioni generali di diritto civile*, 3^a ed., Milano, 2006, p. 210.

¹⁸ Così si esprime A. CAMON, *Accordi processuali e giustizia penale*, p. 56.

¹⁹ Cfr., ad esempio, Cass., Sez. III, 28 ottobre 1999, n. 13484, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1641; Cass., Sez. V, 20 ottobre 1999, n. 5041, in *Ced. Cass.*, 215048; Cass. Sez. V, 20 ottobre 1999, n. 5041, *ivi*, n. 212514. Si vedano, in argomento, A. CAMON, *Accordi processuali e giustizia penale*, p. 56; E. MARZADURI, *Sull’accordo tra pubblico ministero e imputato la Cassazione applica la disciplina dei contratti*, in *Guida dir.*, 1999, n. 49, p. 72; M.A. RICCI, *Patteggiamento e contratto (le tentazioni del civilista)*, cit., pp. 1143 ss.; F.

A ben vedere, la necessità di utilizzare come modello le categorie proprie del diritto civile sembra trovare una delle sue ragioni principali nell'assenza di una disciplina generale – e ancor prima di una definizione normativa – diretta a stabilire dei principi validi per tutti i diversi meccanismi dispositivi operanti in materia penale²⁰. Gli stessi, infatti, sono regolati soltanto dalle disposizioni processuali e/o sostanziali *ad hoc* dedicate al singolo istituto, le quali, per l'appunto, in alcuni casi, non sono di per sé sufficienti a risolvere ogni problematica concreta che si pone nella prassi.

Peraltro, pare utile osservare che la mancanza nel settore penalistico di una serie di disposizioni analoghe, ad esempio, a quelle dettate per i contratti di diritto privato dal Titolo II del Libro IV del Codice civile italiano, non è una prerogativa propria del nostro Paese, ma, tutt'al contrario, è una costante che accomuna i diversi ordinamenti europei (e non solo).

Senza contare che, nonostante, specie grazie all'operato del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea, siano state approvate alcune norme minime comuni valide per alcuni sotto-settori della giustizia penale dispositiva²¹, il consensualismo in materia criminale risulta – a oggi – privo di una definizione, nonché di una regolamentazione “generale” vincolante anche al livello sovranazionale.

In ogni caso, com'era inevitabile, in assenza di indicazioni normative utili ai fini classificatori, è stata la dottrina a cercare di porre ordine nel magmatico novero degli istituti penali di matrice dispositiva.

Così, ad esempio, risale già agli anni Ottanta un autorevole tentativo di definire il fenomeno del *consensualisme en matiere pénale*, come un «*principe en vertu duquel magistrats de l'ordre répressif et parties privées, délinquant ou victime, conviennent d'exclure l'application des règles juridiques normalement applicables*»²². È chiaro, del resto, che una nozione di tal genere è stata ideata per contenere al suo interno un novero il più ampio possibile (e del tutto eterogeneo) di meccanismi dispositivi²³. Basti pensare che la stessa ricomprende, sia tutti gli istituti consensuali operanti nel processo penale di cognizione²⁴, sia quei, altrettanto diffusi, meccanismi volontari che trovano la loro sede operativa in fase esecutiva o penitenziaria²⁵.

PERONI, *Il recesso unilaterale dal concordato sulla pena: tra logica dispositiva e indefettibilità dei tempi ragionevoli del processo*, in *Cass. pen.*, 2000, pp. 1650 ss.

²⁰ Rileva tale assenza anche 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*, Milano, 2005, p. 4.

²¹ Si pensi, ad esempio, alle regole e definizioni dettate dal Consiglio d'Europa e dall'Unione europea in materia di *restorative justice*.

²² Così si esprime J. PRADEL, *Le consensualisme en droit pénal comparé*, in *Boletim da faculdade de direito. Número especial. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, vol. III, Coimbra, 1984, p. 331, tale definizione è stata ripresa e utilizzata anche da J.-P. EKEU, *Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé*, Paris, p. 1993, p. 3. In senso critico, cfr. V. BONINI, *Forme di manifestazione e contenuti della giustizia penale consensuale*, in *AA.VV., Studi in onore di Antonio Cristiani*, Torino, 2001, p. 49; A. PROCACCINO, *Il negozio probatorio*, cit., p. 23 nt. 32.

²³ Cfr. V. BONINI, *Forme di manifestazione e contenuti della giustizia penale consensuale*, cit., p. 49, nt. 23.

²⁴ Cfr. J. PRADEL, *Le consensualisme en droit pénal comparé*, cit., pp. 334-361.

²⁵ Cfr. J. PRADEL, *Le consensualisme en droit pénal comparé*, cit., pp. 361-370.

Ebbene, specie a partire dagli anni Novanta, con il moltiplicarsi impetuoso dei meccanismi penali di matrice consensuale negli ordinamenti continentali, diversi studiosi hanno tentato di incrementare gli sforzi definitivi, cercando di suddividere in diversi sotto-gruppi gli istituti *lato sensu* "consensuali"²⁶.

Si è venuto, quindi, a creare un intenso dibattito che, in assenza di alcuna regolamentazione unitaria, costituisce il necessario *background* per l'interprete che voglia studiare lo sviluppo della giustizia negoziata in Europa.

2. Giustizia penale consensuale e giustizia penale negoziata

È un fatto noto che le due categorie più utilizzate per classificare gli istituti dispositivi presenti nei sistemi penali contemporanei sono la "giustizia penale consensuale" e la "giustizia penale negoziata".

Peraltro, nonostante la loro diffusione, chi si trovi per la prima volta di fronte a queste locuzioni non sembra non poter rimanere, almeno a un primo sguardo, disorientato: da un punto di vista strettamente letterale, infatti, le stesse paiono affette da una notevole dose di indeterminatezza, cagionata, in buona misura, dalla particolare difficoltà che si incontra nell'attribuire un significato preciso agli aggettivi "consensuale" e "negoziata", i quali ne delineano in via principale il significato.

Così, ad esempio, sembrerebbe persino possibile affermare che nell'alveo della "giustizia penale consensuale"²⁷ possano essere fatti rientrare tutti gli istituti, appartenenti indifferentemente alla fase del processo di cognizione o di esecuzione o penitenziaria, che richiedano quale pre-requisito per il loro funzionamento una manifestazione di volontà – espressa o tacita – di almeno un soggetto operante sulla scena della giustizia penale²⁸.

²⁶ Si pensi, ad esempio, alle analisi di diritto comparato svolte da M. CHIAVARIO, *La justice négociée: une problématique à construire*, in *Archives de politique criminelle*, 1993, n. 15, pp. 27 ss.; ID., *Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit pénal*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1997, pp. 427 ss.; M. DELMAS-MARTY, *Prospettive sulla procedura penale in Europa*, in *Ind. Pen.*, 1994, pp. 236-237; J.-P. EKEU, *Consensualisme et poursuite*, cit., *passim*; L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, Milano, 1992, *passim*; H. JUNG, *Plea Bargaining and its Repercussions on the Theory of Criminal Procedure*, in *European Journal of Crimine, Criminal Law and Criminal Justice*, 1997, pp. 112 ss.; N. RODRIGUEZ GARCIA, *La justicia penal negociada*, Salamanca, 1997, *passim*; B. SCHÜNEMANN, *Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen*, München, 1990, pp. 149 ss.; F. TULKENS, *La justice négociée*, in AA.VV., *Procédures pénales d'Europe*, diretto da M. Delmas-Marty, Paris, 1995, pp. 551 ss.; F. TULKENS-M. VAN DE KERCHOVE, *La justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée?*, in AA.VV., *Droit Négocié, Droit Imposé?*, diretto da P. Gérard-F. Ost-M. van de Kerchove, Bruxelles, 1996, pp. 529 ss.; T. WEIGEND, *Absprachen in ausländischen Strafverfahren. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu konsensualen Elementen im Strafprozeß*, Freiburg, 1990, *passim*, ID., *Die Reform des Strafverfahrens. Europäische und deutsche Tendenzen und Probleme*, in *ZStW*, 1992, pp. 493 ss.

²⁷ Locuzione non a caso definita «polisensa» da F. PERONI, *Nozioni fondamentali*, cit., p. 3.

²⁸ Non è un caso, del resto, che, come si è avuto modo di accennare, Jean Pradel abbia adottato una definizione talmente ampia di consensualismo penale, da farvi rientrare al suo interno sia i meccanismi che operano nella fase di cognizione, sia *post-iudicatum*. Pare utile precisare che secondo V. BONINI, *Forme di manifestazione e contenuti della giustizia penale consensuale*, cit., p. 48 il concetto di "giustizia (penale) consensuale" sarebbe più specifico della nozione di "consensualismo", posto che

È chiaro, però, che, se così intesa, tale categoria diverrebbe talmente ampia da essere svuotata di ogni utilità classificatoria pratica²⁹, posto che conterrebbe degli istituti dispositivi caratterizzati da una *ratio*, ma, ancor prima, da un concreto funzionamento, del tutto eterogenei³⁰.

Si pensi, ad esempio, nella sola esperienza italiana, alle macroscopiche differenze che intercorrono tra un istituto consensuale quale il giudizio abbreviato, da un lato, e la rinuncia espressa a eccepire l'invalidità di un atto, da un altro lato: l'unico elemento che accomuna tali meccanismi processuali è, infatti, la presenza di una manifestazione di volontà di un soggetto del procedimento.

Considerazioni per certi versi simili sembrano valere anche per il concetto di "*negotiated justice*"³¹.

In questo caso, infatti, l'aggettivo "negoziata" riferito alla "giustizia penale", pare poter essere testualmente interpretato perlomeno in due sensi assai diversi.

In primo luogo, tale termine può essere letto da un punto di vista strettamente etimologico³², venendo, quindi, accostato al vocabolo latino «*negotiatio*»³³ e inteso come un «*ensemble de discussions, de pourparlers entre des personnes, des partenaires sociaux, des représentants d'États, mené en vue de parvenir à un accord sur des problèmes posés*»³⁴.

Utilizzata in tal modo, quindi, la locuzione "giustizia negoziata" sarebbe il referente di tutte quelle situazioni di fatto o di diritto, in cui il conflitto penale (inteso

essa evocherebbe «in modo più diretto l'incidenza sul modello di accertamento proprio del processo penale».

²⁹ Proprio in questo quadro si collocano le critiche mosse alla definizione di Pradel da V. BONINI, *Forme di manifestazione e contenuti della giustizia penale consensuale*, cit., p. 49, nonché da A. PROCACCINO, *Il negozio probatorio*, cit., p. 23 nt. 32.

³⁰ Cfr., ad esempio, gli eterogenei istituti fatti autorevolmente rientrare nell'alveo della giustizia penale consensuale da G. SPANGHER, *Verso un processo di parti*, in *Studium Iuris*, 2002, pp. 469-470, il quale in tale categoria colloca, tra gli altri, sia quelle situazioni «nelle quali la decisione diventa definitiva per la non opposizione dell'altra parte», come ad esempio, l'istituto dell'opposizione al decreto penale di condanna italiano, sia quelle «previsioni che, attraverso le iniziative delle parti, possono dar luogo alla sanatoria degli atti invalidi».

³¹ Non è un caso, del resto, che uno degli autori che maggiormente si è occupato in Italia di tale categoria abbia recentemente affermato che «l'espressione "giustizia negoziata" è onnicomprensiva e potrebbe includere ogni situazione in cui la volontà o il consenso delle parti incide sul processo, influenzando su una o più delle sue fasi, oppure disciplinandone uno o più aspetti o momenti particolari»; così si esprime L. MARAFIOTI, *Giustizia penale negoziata e verità processuale selettiva*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2497.

³² In questo senso, cfr. F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., p. 620, così anche, recentemente, T. MOREAU, *Le reconnaissance préalable de culpabilité: just a deal? Une occasion à ne pas manquer, mais un virage à bien négocier*, in AA.VV., *La loi «pot-pourri II» un recul de civilisation?*, diretto da M. Cadelli-T. Moreau, Limal, 2016, p. 129.

³³ Cfr., nuovamente, F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., p. 620, nonché T. MOREAU, *Le reconnaissance préalable de culpabilité*, cit., p. 129.

³⁴ Cfr. S.M. CABON, *La négociation en matière pénale*, cit., p. 1. Secondo M. CHIAVARIO, *La justice négociée*, cit., p. 28, nt. 3, «l'expression "justice négociée" [...] pourrait évoquer l'idée d'un nécessaire marchandage; d'où une préalable appréciation négative en termes de jugement de valeur».

in senso ampio, comprensivo anche della fase esecutiva e penitenziaria) «diventa oggetto [...] di un confronto fra le parti per giungere ad un accordo»³⁵.

L'elemento chiave affinché un istituto possa essere fatto rientrare in tale categoria, sarebbe, quindi, il fatto che lo stesso preveda un "negoziato"³⁶ tra i soggetti che compaiono sulla scena penalistica (autorità giudiziaria, di polizia, penitenziaria, accusato, vittima), i quali «agiscono, almeno formalmente, come i *partners* di un contratto in quello che si potrebbe definire un "incontro di volontà"»³⁷.

Specularmente, quindi, non rientrerebbero in tale paradigma giudiziario tutti quei meccanismi giudiziari in cui «manca l'elemento dinamico della trattativa»³⁸, ovvero non vi è «*un pouvoir de discussion dont l'exercice est susceptible, par le biais de concessions réciproques, d'affecter au moins partiellement le contenu de ces propositions et d'aboutir ainsi à un véritable accord négocié*»³⁹.

Insomma, optando per questa esegesi, non apparterebbero alla "giustizia negoziata", data la "teorica" assenza di una "contrattazione", ovvero uno scambio di reciproche concessioni⁴⁰, anzitutto, quegli istituti, come il giudizio abbreviato italiano, in cui vi è la manifestazione del consenso di un solo soggetto processuale (l'imputato), che si trova solamente di fronte alla scelta attribuita in astratto dalla legge di decidere se optare o meno per tali riti⁴¹.

A ben vedere, però, non rientrerebbero in tale paradigma giudiziario⁴² neppure quei meccanismi processuali che sono stati definiti "contratti per adesione"⁴³, quali alcune forme di transazioni pecuniarie vigenti in Francia, Belgio e Olanda, in cui l'autorità propone all'accusato di far terminare un procedimento penale - per lo più - mediante il pagamento di una somma di denaro, che - perlomeno in determinati casi - può essere solo o accetta o rifiutata *in toto*, ma non negoziata nel *quantum*⁴⁴.

³⁵ Cfr. F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., p. 620, che però «ad evitare il rischio di includere un po' di tutto nel concetto di giustizia negoziata, e di fargli così perdere ogni peculiarità di significato» ha escluso dall'ambito della sua analisi gli accordi che vengono raggiunti in sede esecutiva.

³⁶ Si veda, sul punto, E.M. CATALANO, *L'accordo sui motivi di appello*, Milano, 2001, p. 31.

³⁷ Cfr. F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., p. 621.

³⁸ Cfr. F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., p. 621.

³⁹ In questo senso, cfr. F. TULKENS-M. VAN DE KERCHOVE, *La justice pénale: justice imposée*, cit., p. 533.

⁴⁰ Cfr. S. GLESS-N. ZURKINDEN, *Negotiated Justice - Balancing Efficiency and Procedural Safeguards*, in AA.VV., *Challenges in the Field of Economic and Financial Crime in Europe and the US*, a cura di K. Ligeti e V. Frassen, Oxford-Portland, 2017, p. 119.

⁴¹ Cfr., a tale riguardo, ad esempio, E.M. CATALANO, *L'accordo sui motivi di appello*, cit., p. 31, la quale afferma che «sono estranee al concetto di giustizia penale negoziata *stricto sensu* inteso le manifestazioni unilaterali di volontà, che costituiscono, invece, l'ambito elettivo di applicazione della categoria del negozio sul terreno del processo penale».

⁴² Questa, per l'appunto, è l'opinione di F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., p. 621.

⁴³ Cfr., in questo senso, F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., p. 621; M. VAN DE KERCHOVE, *Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle?*, in AA.VV., *La contractualisation de la production normative*, diretto da S. Chassagnard-Pinet - D.Hiez, Paris, 2008, p. 192, nonché, più di recente, A. JACOBS, *Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée*, in *Revue internationale de droit pénal*, 2012, p. 45.

⁴⁴ In questo senso si esprime F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., p. 621-622, nonché A. JACOBS, *Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée*, cit., p. 45; p. 72, la quale, però, in tale saggio ha precisato che se in Belgio, prima della legge 14 aprile e 11 luglio 2011, la transazione penale non poteva farsi rientrare nella "giustizia negoziata", configurandosi soltanto come un contratto per

Al contrario, rappresenterebbero degli esempi adeguati di “giustizia negoziata” il *plea bargaining* anglosassone, il patteggiamento italiano, la *Verständigung* tedesca, proprio in quanto richiedono quale requisito essenziale la presenza di una trattativa⁴⁵ tra più soggetti del procedimento, che sfocia nel raggiungimento di un accordo avente l’effetto di alterare la normale sequenza ordinaria prevista dal legislatore.

In ogni caso, si è già anticipato che questa non è l’unica possibile esegesi letterale della locuzione “*justice négociée*”.

Difatti, come sostenuto da parte della dottrina italiana⁴⁶, l’aggettivo “negoziata” potrebbe essere interpretato anche in modo assai più tecnico di quello appena esaminato, ovvero in un senso, per così dire, “giusprivatistico”.

È un fatto noto, invero, che nel contesto civilistico si utilizzi da secoli la categoria, di matrice germanica, del “negozio giuridico”, classicamente definito come una «manifestazione o dichiarazione di volontà, esplicita o risultante da un comportamento concludente, diretta a produrre effetti giuridici»⁴⁷.

Proprio a partire dalla diffusione di questa categoria in tale branca del diritto, si è sostenuto che l’utilizzo del vocabolo “negoziata” nella formula in esame permetterebbe di rievocare «la nuda terminologia civilistica»⁴⁸, che risulterebbe utile ai fini classificatori⁴⁹.

adesione, posto che la proposta dell’accusa consisteva per l’imputato solamente in un prendere o lasciare; tutt’al contrario, tale novella avrebbe «*sans doute ouvrir un espace pour une véritable négociation, même si tel n’est pas le modèle adopté par le législateur*». Com’è noto, invece, nell’ordinamento olandese «*it is important to make a distinction [...] between normal transactions (which have been replaced by the punitive order) and special transactions. The last category consists of all transactions above 500,000 € and transactions above 50,000 € that are not included in the internal directives of the prosecution service. Transactions that are offered in controversial cases, such as cases that have attracted substantial media coverage or concern ethical issues, are also labelled as special transactions. In case of a special transaction the prosecutor and the accused can enter into negotiations in order to settle the case and reach an agreement that is acceptable to both parties*», cfr., in questo senso, K. VRIEND, *Fair Trial Rights, Diversions and Shortcuts in Dutch and International Criminal Proceedings*, Berlin-Heidelberg, 2016, p. 62. Sul punto, cfr. anche C. BRANTS, *Consensual, Abbreviated and Simplified Procedures in the Netherlands*, in AA.VV., *World plea bargaining*, cit., pp. 204-206.

⁴⁵ Pare utile precisare che, per far rientrare un istituto all’interno della categoria in esame, il requisito del negoziato – ovvero, lo si ribadisce, di uno scambio di proposte e controproposte tra soggetti del procedimento – sembra dover essere possibile perlomeno in astratto, non essendo invece necessario che lo stesso venga esperito in ogni singola fattispecie concreta. Difatti, sembra del tutto fisiologico che nella prassi si riesca a raggiungere un accordo tra le parti immediatamente, senza la necessaria previa presenza di una discussione. Del resto, è del tutto ovvio un istituto non cessi di appartenere alla giustizia negoziata per il solo fatto che molte volte può avvenire che l’imputato accetti immediatamente, senza controbattere, le pena proposta dall’accusa.

⁴⁶ Cfr., sul punto, in particolare, V. BONINI, *Forme di manifestazione e contenuti della giustizia penale consensuale*, cit., pp. 50-53, in senso adesivo, cfr. M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009, p. 414.

⁴⁷ Così si esprime, autorevolmente, F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, 2^a ed., Milano, 2002, p. 7, per una recente analisi del concetto in campo processuale penale, si rimanda, nuovamente, a A. PROCACCINO, *Il negozio probatorio*, cit., pp. 47 ss. Per una critica a tale categoria, successiva all’entrata in vigore del codice dell’88, cfr., tra i molti, L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, cit., pp. 10 ss., nonché M. GRIFFO, *Volontà delle parti e processo penale*, Napoli, 2008, pp. 37 ss.

⁴⁸ In tal senso, V. BONINI, *Forme di manifestazione e contenuti della giustizia penale consensuale*, cit., p. 51.

⁴⁹ Così, V. BONINI, *Forme di manifestazione e contenuti della giustizia penale consensuale*, cit., p. 52.

Orbene, tenuto conto del fatto che nel linguaggio dei privatisti il concetto di “*Rechtsgeschäft*” (negozio giuridico) non prevede la necessaria presenza di un’attività di mercanteggiamento o di contrattazione tra le parti, potendo presentarsi sia in forma plurilaterale, sia unilaterale, si potrebbe essere portati ad affermare che appartengano alla categoria della “giustizia penale negoziata” anche quei meccanismi in cui vi sia una manifestazione dispositiva di un solo soggetto, come – appunto – l’oblazione italiana⁵⁰ e che, per l’appunto, non richiedono, all’evidenza, alcuna previa attività transattiva⁵¹.

Così facendo, però, l’elemento discriminante della *justice négociée* non consisterebbe più nella presenza di una trattativa, ma nel fatto che un istituto preveda quale pre-requisito funzionale l’esistenza di una dichiarazione di volontà di uno dei soggetti operanti sulla scena della giustizia criminale.

D’altra parte, è chiaro che, ove si optasse per tale interpretazione, la distinzione tra giustizia penale negoziata e consensuale verrebbe a sfumare, se non a cadere del tutto; e ciò in quanto entrambe tali locuzioni rischierebbero di racchiudere al loro interno ogni strumento dispositivo previsto dal sistema penale.

Tenuto conto di ciò, non stupisce che la dottrina che ha proposto di utilizzare l’accezione civilistica dell’aggettivo “negoziata”, si sia trovata poi costretta a soffermarsi su una terza categoria classificatoria – peraltro già diffusa – ovvero sul concetto di “giustizia contrattata”⁵², che, secondo tale opinione, identificherebbe quegli istituti consensuali che attribuiscono «in capo a tutte le parti [...] un potere di disposizione al quale è connessa inscindibilmente una facoltà di limitare le proprie pretese in vista dell’incontro di volontà che determina la definizione del processo»⁵³.

Insomma, alla luce di questa marcata “indeterminatezza” lessicale che affligge le categorie appena esaminate, acuita, oltretutto dall’assenza di alcuna definizione normativa nazionale o sovranazionale utilizzabile come linea guida, pare condivisibile l’opinione di chi, icasticamente, ha affermato che «grande è la confusione sotto il cielo della giustizia c.d. negoziata»⁵⁴ e, lo si precisa, anche di quella consensuale.

Nell’ambito processualpenalistico, infatti, «termini come “consenso”, “negozio”, e “contratto” sono diventati più interscambiabili di quanto non avvenga nel patrio suolo civilistico»⁵⁵.

⁵⁰ Si veda, sul punto, V. BONINI, *Forme di manifestazione e contenuti della giustizia penale consensuale*, cit., p. 53, la quale, però, onde dividere ulteriormente gli istituti dispositivi tra quelli che necessitano o meno per forza di una trattativa, fa rientrare nella categoria della giustizia negoziata i soli schemi processuali dispositivi «poggianti esclusivamente su una manifestazione unilaterale di volontà».

⁵¹ Cfr. V. BONINI, *Forme di manifestazione e contenuti della giustizia penale consensuale*, cit., p. 52.

⁵² L’espressione “giustizia contrattata” era già, ad esempio, utilizzata negli anni Ottanta da V. FANCHIOTTI, *Origini e sviluppo della “giustizia contrattata” nell’ordinamento statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 56 ss. Cfr. anche, tra i moltissimi, E. MARZADURI, *Poteri delle parti e disponibilità del rito nella giustizia negoziata*, in AA.VV., *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant’anni della Corte costituzionale*, a cura di G. Giostra-G. Insolera, Milano, 1998, p. 90, nt. 15; F. TULKENS-M. VAN DE KERCHOVE, *La justice pénale: justice imposée*, cit., p. 533, nonché la curatela di S. Moccia AA.VV., *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, Napoli, 1998.

⁵³ Cfr. V. BONINI, *Forme di manifestazione e contenuti della giustizia penale consensuale*, cit., p. 52.

⁵⁴ Cfr. M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, cit., p. 413.

⁵⁵ Cfr., nuovamente, M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, cit., p. 413.

Basti pensare che, non di rado, autorevole dottrina – acuendo il grado di confusione in tale, già complessa, materia – ha utilizzato in modo del tutto sinonimico le espressioni “giustizia negoziata” e “giustizia consensuale”⁵⁶, le quali, alcune volte, sono state ritenute del tutto analoghe persino ai concetti di “giustizia contrattata”⁵⁷ o “concertata”⁵⁸.

Ciononostante, come anticipato, non è mancato un certo sforzo definitorio nei confronti delle vaghe categorie appena citate, che va ben al di là del mero significato letterale dei termini “consenso”, “negoziato”, “contratto” e così via.

Alcuni studiosi, infatti, onde riuscire a servirsi più efficacemente ai fini classificatori di tali locuzioni, al posto di sostituirle, le hanno “ri-definite”, attribuendovi delle accezioni peculiari⁵⁹.

Una delle prime operazioni metodologiche operate da certi autori è stata, ad esempio, quella di distinguere tra le forme di consensualismo “*endo-procedimentali*” o “*extra-procedimentali*”⁶⁰.

In molti casi, infatti si è deciso di collocare su un piano diverso i meccanismi dispositivi che trovano la propria sede prima della chiusura di un procedimento penale, rispetto a quelli operanti nel momento esecutivo o penitenziario; e ciò «non certo perché lo studio di tali settori normativi dal punto di vista della consensualità non possa rivelarsi fecondo, ma perché essi costituiscono sottosistemi autonomi, che obbediscono a logiche diverse da quelle vigenti per l’ordinario processo di cognizione»⁶¹.

Un ragionamento analogo sembra, inoltre, potersi far valere anche con riguardo alle forme di “consensualismo penale” operanti ove l’accusato di un reato sia un minore, le quali, essendo a loro volta, in molti casi, caratterizzate da finalità peculiari, legate, anzitutto, alla tutela dell’interesse primario all’educazione di tali soggetti, paiono a loro volta meritare una trattazione specifica e distinta rispetto agli istituti ideati per i maggiorenni⁶².

Peraltro, va subito precisato che non si è riusciti comunque a ideare una nozione “uniformemente” condivisa nella dottrina europea delle nozioni di “giustizia consensuale” o “giustizia negoziata”, di modo che possono trovarsi delle

⁵⁶ Cfr. M. CHIAVARIO, *La justice négociée*, cit., p. 29, rilevano il fatto che in tale testo «*les termes de “justice négociée et de justice “consensuelle” sont utilisés indifféremment*» anche F. TULKENS-M. VAN DE KERCHOVE, *La justice pénale: justice imposée*, cit., p. 532, nt. 8.

⁵⁷ Secondo quanto autorevolmente affermato da M. VAN DE KERCHOVE, *Contractualisation de la justice pénale*, cit., p. 195, «*c’est dans le cadre de modèles qu’on peut qualifier respectivement de justice “consensuelle” et de justice “négociée” que se retrouvent, sous des formes et à des degrés divers, de véritables signes de contractualisation de la justice pénale, à défaut de l’émergence d’une véritable justice pénale contractuelle*».

⁵⁸ È questo il caso, ad esempio, di F. TULKENS, *Una giustizia negoziata*, cit., p. 621, ove, per l’appunto, i termini giustizia consensuale, giustizia contrattata, giustizia concertata e giustizia negoziata sono utilizzati come sinonimi.

⁵⁹ È questo il caso, ad esempio, di F. TULKENS-M. VAN DE KERCHOVE, *La justice pénale: justice imposée*, cit., pp. 529 ss.

⁶⁰ In questo modo, ad esempio, agiscono esplicitamente F. TULKENS, *Una giustizia negoziata*, cit., p. 622, nonché S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 4.

⁶¹ Cfr. S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., pp. 4-5.

⁶² Cfr. S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 2.

definizioni piuttosto diverse delle stesse, a seconda della sensibilità dei singoli autori e del differente punto di osservazione che gli stessi vogliono privilegiare⁶³.

Così, ad esempio, la locuzione “giustizia penale consensuale” è stata utilizzata in modi assai diversi.

Oltre a coloro che – come anticipato – hanno ritenuto possibile servirsi di tale concetto in modo equivalente a quello della giustizia negoziata⁶⁴, vi sono, infatti, altri studiosi che lo considerano più ampio di quest’ultima⁶⁵.

Secondo alcuni autori, infatti, la giustizia consensuale sarebbe una sorta di macro-categoria, contenente al suo interno, non solo le situazioni strutturate sulla presenza di un accordo fondato su una trattativa, ma «tutte quelle ipotesi in cui alla manifestazione di volontà delle parti sia collegato un effetto diretto sullo schema di accertamento; sia tutti quei meccanismi in cui esse hanno la possibilità di giocare un ruolo decisivo nel “*déroulement*” della giustizia penale, fino ad implicare la stessa conclusione del procedimento»⁶⁶.

Tra le due classi in esame sussisterebbe, quindi, in sostanza, un rapporto qualificabile in termini di genere e specie.

Su un piano ancora diverso, invece, si è posto chi ha individuato nella *justice consensuelle* un modello di giustizia penale differente – e non ricomprensivo – rispetto alla *justice négociée*.

In un noto saggio degli anni Novanta, infatti, attenta dottrina ha affermato che le due categorie si distinguerebbero sulla base del diverso grado «*de participation des particuliers au déroulement du procès pénal*»⁶⁷.

In sostanza, in base a tale opinione, andrebbero ricompresi nella “giustizia negoziata” unicamente gli istituti processuali fondati su una trattativa tra soggetti del procedimento, quali, ad esempio, il *plea bargaining* anglosassone o la mediazione belga⁶⁸, mentre, invece, alla sola “giustizia consensuale” apparterrebbero tutti quei meccanismi dispositivi fondati su una dichiarazione di volontà unilaterale o su un accordo, in cui non vi sia, però, un previo mercanteggiamento⁶⁹.

⁶³ Cfr., sul punto, A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2011, p. 37.

⁶⁴ Cfr. M. CHIAVARIO, *La justice négociée*, cit., p. 29, A. JACOBS, *Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée*, cit., p. 45; F. TULKENS, *Una giustizia negoziata*, cit., p. 621, nonché, tra gli autori italiani, R. GAMBINI, *Poteri dispositivi delle parti e giudice nei modelli a schema negoziale: riflessioni comparative*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 295.

⁶⁵ Tra questi autori, ad esempio, si collocano V. BONINI, *Forme di manifestazione e contenuti della giustizia penale consensuale*, cit., p. 53; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale*, cit., pp. 37-38; R. VENTURA LEITE, *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, Belo Horizonte, 2013. R. VENTURA LEITE, *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, Belo Horizonte, 2013, p. 24; F. PERONI, *Nozioni fondamentali*, cit. p. 3;

⁶⁶ Cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale*, cit., p. 38.

⁶⁷ Questa tesi è sostenuta da F. TULKENS-M. VAN DE KERCHOVE, *La justice pénale: justice imposée*, cit., p. 532, nt. 8, nonché da M. VAN DE KERCHOVE, *Contractualisation de la justice pénale*, cit., p. 190 ss.. Nel medesimo senso cfr. anche, più di recente, M. BEERNAERT, *Transactions, accords de plaider coupable et autres procédures judiciaires simplifiées*, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2015, p. 208 nt 2.

⁶⁸ Cfr. M. VAN DE KERCHOVE, *Contractualisation de la justice pénale*, cit., p. 195.

⁶⁹ Cfr., sul punto, F. TULKENS-M. VAN DE KERCHOVE, *La justice pénale: justice imposée*, cit., p. 533, M. VAN DE KERCHOVE, *Contractualisation de la justice pénale*, cit., p. 195, nonché M. BEERNAERT, *Transactions, accords de plaider coupable*, cit., p. 208 nt 2.

Peraltro, anche indipendentemente dall'individuazione dei rapporti con la categoria della "giustizia consensuale", va, infine, ricordato che è la locuzione "giustizia negoziata" a essere la più dibattuta tra gli autori europei⁷⁰.

A tale riguardo, basti pensare che autorevole dottrina belga, per riuscire a dar conto di alcune delle possibili accezioni con cui si può intendere tale concetto, si è recentemente trovata costretta a suddividere la *justice négociée* in un senso stretto⁷¹, largo⁷² e larghissimo⁷³.

Un'opinione per molti versi simile, peraltro, era già stata espressa, più di un decennio prima, in Italia: già allora, infatti, si era affermato che «il concetto di giustizia penale negoziata *stricto sensu* inteso aderisce con precisione ai soli schemi negoziali di definizione del processo strutturati sull'accordo delle parti e solo ove impiegato in senso lato si presta a ricomprendere tutti gli schemi di partecipazione dell'imputato alternativi alle modalità operative tipiche dei modelli di giustizia penale imposta»⁷⁴.

In ogni caso, alla luce di un esame delle definizioni più comunemente utilizzate, pare comunque possibile affermare che la dottrina assolutamente maggioritaria in Europa (e non solo) sembra prediligere quello che si è descritto come il senso "etimologico" - legato al termine *negotiatio* - dell'aggettivo "negoziata"⁷⁵.

Difatti, molti autori, condividono la tesi secondo cui «la formula "giustizia penale negoziata" riflette l'accezione comune della locuzione "negoziare" e rinvia alla fase della formazione del mutuo consenso piuttosto che al risultato di tale fase [ovvero l'accordo], cristallizzato nella richiesta congiunta sottoposta alla valutazione del giudice»⁷⁶.

⁷⁰ Come, infatti, hanno recentemente affermato S. GLESS-N. ZURKINDEN, *Negotiated Justice*, cit., p. 119, ancora oggi «*negotiated justice does not have one fixed meaning*».

⁷¹ Cfr. A. JACOBS, *Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée*, cit., p. 44, secondo cui «*au sens strict, la justice négociée s'entend d'une justice ouvrant un champ pour une véritable négociation entre les intervenants à la procédure pénale – autorités policières et judiciaires, accusés, victimes –, partenaires à part entière de la rencontre des volontés, chacun faisant valoir son point de vue et ses intérêts sous forme de propositions et de contrepropositions jusqu'à aboutir à un accord*».

⁷² Cfr. A. JACOBS, *Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée*, cit., p. 44, la quale afferma che «*la justice négociée peut aussi être comprise, dans un sens plus large, comme incluant tout mécanisme comportant un assentiment des personnes visées par le processus judiciaire à la solution du conflit*».

⁷³ Cfr. A. JACOBS, *Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée*, cit., p. 44, la quale, infine, sostiene che «*plus largement encore, l'on peut parler de justice négociée chaque fois que le particulier se trouve en situation de jouer un rôle décisif dans le déroulement de la justice pénale; l'on peut évoquer les hypothèses dans lesquelles la poursuite de l'action publique est subordonnée à une plainte de la victime. Cependant, ici encore, il n'est pas question de véritable négociation*».

⁷⁴ In questo senso già nei primi anni 2000 si esprimeva E.M. CATALANO, *L'accordo sui motivi di appello*, cit., p. 38, ripresa, tra gli altri, anche da G. GARUTI, *Dal dissenso immotivato alla giustizia riparatoria: lo stato dei poteri dispositivi delle parti*, in *Studium Iuris*, 2002, p. 1331.

⁷⁵ Cfr., sul punto, S. GLESS-N. ZURKINDEN, *Negotiated Justice*, cit., p. 119.

⁷⁶ In questo senso cfr., nuovamente, E.M. CATALANO, *L'accordo sui motivi di appello*, cit., p. 31. Optano per un'interpretazione simile a questa, tra gli altri, M. BEERNAERT, *Transactions, accords de plaider coupable*, cit., p. 208 nt 2; M. DELMAS-MARTY, *Prospettive sulla procedura penale in Europa*, cit., pp. 236-237; S. D'ORAZIO, *La consécration de la justice pénale négociée*, in *Annales de droit de Louvain*, 2003, p. 384; Z. FIŠER- M. GIALUZ, *La giustizia negoziata in Europa: uno sguardo comparato tra Slovenia e Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1149; A. JACOBS, *Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée*, cit., p. 44; H. JUNG, *Plea Bargaining and its Repercussions*, cit., pp. 112 ss.; T. MOREAU, *Le reconnaissance préalable*

Di modo che, «proprio il momento delle trattative, ancorché confinato nell'area del giuridicamente irrilevante»⁷⁷ costituirebbe il tratto più significativo della categoria in esame.

Insomma, secondo la tesi dominante, qui condivisa, soltanto gli istituti dispositivi che prevedano un vero e proprio *scambio di proposte e controproposte*⁷⁸ tra più soggetti processuali, volto a raggiungere *un accordo*⁷⁹, «che ha sempre la caratteristica di alterare, in maggiore o minore misura, la normale sequenza procedimentale prevista dal legislatore»⁸⁰, costituirebbero il nucleo duro – o meglio – *il senso stretto*⁸¹, ineliminabile, della “*justice négociée*”.

Peraltro, anche così contenuto il campo d'analisi, il novero dei meccanismi processuali dispositivi, fondati su un “mercanteggiamento”, rimane assolutamente ampio: risulta, quindi, essenziale adottare ulteriori sotto-criteri classificatori⁸², che permettano di distinguere fra istituti, sotto molti punti di vista, tra loro ancora del tutto eterogenei.

3. Il ruolo dell’“informalità” nella giustizia negoziata

de culpabilité, cit., p. 129; F. TULKENS, *Una giustizia negoziata*, cit., p. 621; F. TULKENS-M. VAN DE KERCHOVE, *La justice pénale: justice imposée*, cit., p. 533; J.I. TURNER-T. WEIGEND, *Negotiated Justice*, in AA.VV., *International Criminal Procedure: Principles and Rules*, a cura di G. Sluiter-H. Friman-S. Linton-S. Vasiliev-S. Zappalà, Oxford, 2013, pp. 1376 ss.; S. GLESS-N. ZURKINDEN, *Negotiated Justice*, cit., p. 119. Un'esegesi peculiare della locuzione in esame è, invece, sostenuta da P. FERRUA, *La prova nel processo penale. Volume I. Struttura e procedimento*, 2^a ed., Torino, 2017, p. 9, secondo cui «con negozio si allude allo scambio, al *do ut des* che connota queste procedure: riduzione della pena in cambio dell'accettazione della condanna nel patteggiamento o della rinuncia al contraddittorio per la prova nel giudizio abbreviato». Così facendo, quindi, tale autorevole dottrina individua quale connotato essenziale della “giustizia negoziata” non la sussistenza di una contrattazione concreta, ma la presenza, per l'appunto, di uno *scambio*, anche astratto, determinato dall'adesione di un soggetto processuale a un istituto dispositivo. Una definizione incentrata sul concetto di *scambio* è proposta anche da M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. I, Milano, 2008, p. 14, il quale aggiunge a tale elemento altre condizioni: il meccanismo che prevede il *do ut des* deve rispondere primariamente a un'istanza processuale e portare a una condanna attraverso uno scambio tra ammissione di responsabilità dell'imputato e la concessione di vantaggi per quest'ultimo.

⁷⁷ Cfr. E.M. CATALANO, *L'accordo sui motivi di appello*, cit., p. 31.

⁷⁸ Cfr. F. TULKENS-M. VAN DE KERCHOVE, *La justice pénale: justice imposée*, cit., p. 533; nonché A. JACOBS, *Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée*, cit., p. 44.

⁷⁹ Pare utile ricordare che alcuni autori, tra cui, S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 5 e L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, cit., p. 1, sembrano incentrare le loro definizioni di “giustizia negoziata” più sull'elemento dell'accordo, che sulla necessaria presenza di una trattativa di cui questo costituisca il risultato.

⁸⁰ Cfr. S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 5.

⁸¹ Cfr. E.M. CATALANO, *L'accordo sui motivi di appello*, cit., p. 38; Z. FIŠER- M. GIALUZ, *La giustizia negoziata in Europa*, cit., p. 1149; A. JACOBS, *Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée*, cit., p. 44.

⁸² Per un quadro degli stessi, cfr., ad esempio, S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., pp. 5-6.

Uno dei fattori che rende assai difficile all'interprete studiare la giustizia penale negoziata è il fatto che, spesso, questa «si sviluppa per intero sul registro dell'informale, dell'invisibile e anche dell'ineffabile»⁸³.

Se, infatti, la presenza di un trattamento sanzionatorio «“di favore”» per gli accusati «che “collaborano” allo svolgimento del processo rappresenta» un evento talmente diffuso da essere stato autorevolmente definito come «universale»⁸⁴, molte volte questo fenomeno, pur fondato su precisi accordi e trattative tra soggetti processuali, ha costituito il frutto di una mera prassi consuetudinaria, del tutto estranea all'ordito normativo⁸⁵.

A tale riguardo, basti pensare a tutti quegli istituti, basati su una vera e propria negoziazione tra le parti e – a volte – persino il giudice, sviluppatasi, in via del tutto informale, in Germania sin dagli anni Settanta, di cui le cosiddette *Absprachen* costituivano, fino alla loro codificazione nel 2009, l'ipotesi senza dubbio più significativa.

Peraltro, se, com'è noto, dal canto loro i giudici tedeschi avevano, da tempo, ritenuto legittima la consuetudine delle cosiddette confessioni negoziate⁸⁶, non va dimenticato che le supreme giurisdizioni di altri Paesi, quali, ad esempio, il

⁸³ Cfr., in questo senso, efficacemente F. TULKENS, *Una giustizia negoziata*, cit., p. 633, per un accenno sul punto, si veda anche, S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 3.

⁸⁴ In questi termini si esprime L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, cit., p. 4-5, che riprende quanto affermato da T. WEIGEND, *Absprachen in ausländischen Strafverfahren*, cit., p. 104 secondo cui, «die unterschiedliche Behandlung des Beschuldigten, je nachdem oder die Straferfolgung erleichtert oder erschwert, ist ein universales Phänomen».

⁸⁵ In argomento, cfr. S. WALTOŚ, *Settlements in Criminal Procedures in Europe: an Attempt of Synthesis*, in *Archivum Iuridicum Cracoviense*, 2000, pp. 11 ss., il quale distingue proprio tra accordi formali e informali, affermando espressamente che quest'ultimi sono più frequenti. Si veda anche M. DAMASKA, *Der Austausch von Vorteilen im Strafverfahren: Plea-Bargaining und Absprachen*, in *Strafverteidiger*, 1988, p. 398, il quale afferma che «praktisch alle modernen Strafverfahrenssysteme belohnen mehr oder weniger offen die Beschuldigten, die mit den Behörden kooperieren: Der Impuls, der diesem Austausch von Vorteilen zugrundeliegt, dürfte so allgegenwärtig sein wie der Impuls, Gefälligkeiten zu erwidern oder eine Gegenleistung zu erwarten. Dennoch scheint dieser Austausch auf dem Europäischen Kontinent eher noch implicit als explicit zu geschehen, eher eine Angelegenheit kaum sichtbarer Praxis als von Regulierungen zu sein: Die Angehörigen der Justiz kreieren ein Modell, nach dem kooperative Beschuldigte milder behandelt werden und in dem Beschuldigte Belohnungen sogar dann erwarten dürfen, wenn es an ausdrücklichen Angeboten seitens der Justiz fehlt».

⁸⁶ Cfr., sul punto, *sub parte II*, cap. I, §6.

Portogallo⁸⁷, l’Austria⁸⁸ o la Norvegia⁸⁹, si sono recentemente espresse contro la giustizia negoziata informale, condannandola duramente.

In ogni caso, a testimonianza di quanto lo sviluppo di prassi negoziate *extra-legali* si sia diffuso sul continente europeo, pare utile anticipare che neppure l’ordinamento francese, ovvero la patria del modello processuale misto, sembra essere riuscito a sfuggire a tale fenomeno.

Si pensi, ad esempio, a quanto è accaduto con riguardo all’istituto dell’archiviazione condizionata alla mediazione, emersa in via pretoria già a partire dagli anni 1980-1985⁹⁰, ma anche, più recentemente al noto meccanismo della *Reconnaissance préalable de culpabilité*, introdotto nel 2004⁹¹, il quale – come si avrà modo di vedere – secondo autorevole dottrina era stato teoricamente concepito come un *plea senza bargain*⁹², ovvero come un accordo tra pubblico ministero e accusato non preceduto da una vera e propria negoziazione tramite cui il prevenuto potesse influire sul *quantum* della pena⁹³. Ebbene, al di là delle intenzioni iniziali, la prassi d’Oltralpe pare essersi orientata in un senso diverso: in tale procedura, infatti, «*le procureur de la République ne s’abstient pas de nouer un “dialogue” avec l’avocat de*

⁸⁷ Cfr., Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça del 10 aprile 2013 (Proc. 224/06.7GAVZL.C1.S1), sulla quale cfr. N. BRANDÃO, *Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução*, in *Julgar*, n. 25, 2015, p. 161 ss.; C. CRUZ SANTOS, *Decisão penal negociada*, in *Julgar*, 2015, n. 25, p. 158 ss.; M. DAS NEVES, *Acordos sobre a Sentença Penal: o futuro aqui já!*, in *Revista do Ministério Público*, 2013, pp. 51 ss.

⁸⁸ Cfr. OGH 11 Os 77/04, sulla quale cfr., tra i moltissimi, R. KIER-J. BOCKEMÜL, *Verständigungen in Straferfahren – Ein Plädoyer gegen die Kodifizierung einer „Stpo Light“ in Österreich*, in *Österreichisches Anwaltsblatt*, 2010, pp. 402-404; R. ORLANDI, *Plea bargaining in den kontinentaleuropäischen Ländern*, in *Osterreichische Juristen-Zeitung*, 2009, p. 404; A. PICHLER, *Plea Bargaining in Austria?*, in <http://www.ecba.org>; G. RUHRI, *Verständigungen im Straferfahren. Betrachtungen de lege ferenda*, in *Österreichisches Anwaltsblatt*, 2010, pp. 243 ss.; A. TIPOLD-N. WESS, *„Absprachen im Straferfahren“ – ein Mittel zur Beschleunigung im Straferfahren?*, in AA.VV., *Beschleunigung von Zivil- und Straferfahren. Zwischen Richtigkeitsgewähr, Fairness und Effizienz*, a cura di M. Neumayr, Wien, 2014, pp. 142 ss.

⁸⁹ Cfr. HR-2009-2021-S, case no. 2009/983, sulla quale cfr. G. J. KJELBY, *Some Aspects of and Perspectives on the Public Prosecutor’s Objectivity according to ECtHR Case-Law*, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 2015, p. 79.

⁹⁰ A tale riguardo, cfr., per tutti, J. PRADEL, *Il ruolo della volontà dell’autore di reato nella decisione sull’esercizio dell’azione penale. Un’analisi di diritto francese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 950, per un cenno sul punto, nella dottrina italiana, cfr. M.G. AIMONETTO, *L’archiviazione “semplice” e la “nuova” archiviazione “condizionata” nell’ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di “deprocessualizzazione”*, in *Leg. pen.*, 2000, pp. 102 s.

⁹¹ Ci si riferisce alla loi n°2004-204 del 9 marzo 2004, *portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, detta loi Perben II.

⁹² Tale espressione è di J. PRADEL, *Il ruolo della volontà dell’autore di reato*, cit., p. 959 ed è ripresa da N. GALANTINI, *Plaider coupable e patteggiamento: due riti a confronto*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini-C.E. Paliero, vol. III, *Parte speciale del diritto penale e legislazione speciale. Diritto processuale penale. Diritto, storia e società*, Milano, 2006, p. 2779.

⁹³ Così, J. PRADEL, *Le plaider coupable, confrontation des droit américain, italien, et français*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2005, p. 480, secondo cui «*en France [...] la règle est celle d’un accord sans discussion préalable. C’est le procureur et lui seul qui propose une peine et le prévenu ne peut que répondre oui ou non de suite, à moins qu’il ne préfère différer cette réponse de dix jours. Le législateur français a donc adopté la thèse du contrat d’adhésion comme diraient les civilistes, si l’on peut parler ici de contrat. Il y a accord, sans marchandage*». In tal senso cfr. anche J. PAPAPOPOULOS, *“Plaider coupable”. Le pratique américaine. Le texte français*, Paris, 2004, p. 80-81, il quale chiarisce che «*on observera que le texte ne prévoit pas de phase de négociation de la peine. Le procureur propose une peine. Il n’y a ensuite qu’une alternative: le refus ou l’acceptation de cette peine par la personne concernée*».

prévenu», che può avere a oggetto «*la nature de la peine, son quantum et [...] ses modalités d'application*»⁹⁴. In sostanza, sebbene si sia voluto escludere che il *plaider coupable* dia vita a un vero e proprio “mercanteggiamento”, paragonabile al *plea bargaining* americano⁹⁵, a più voci si è oramai ammesso che lo stesso presuppone, perlomeno, un certo grado di «*“négociation” entre le parquet et l'avocat de prévenu*»⁹⁶.

In questo caso, quindi, analogamente a quanto è avvenuto, ad esempio, in Germania con riguardo all'archiviazione condizionata di cui al § 153a dello *StPO* o al procedimento monitorio di cui ai §§ 407 e ss. *StPO*, la presenza di una prassi informale di discussione sul *quantum* di pena sembra aver attratto nell'area della giustizia negoziata un meccanismo processuale, che, altrimenti, sarebbe stato classificabile come meramente consensuale, proprio perché non fondato – da un punto di vista legale – su alcuna trattativa.

Alla luce di ciò, si comprenderà perché, per individuare quali istituti di un determinato ordinamento processuale appartengano alla categoria della giustizia negoziata, non sia sufficiente esaminare la disciplina positiva del singolo Paese, ma risulti necessario studiare pure «le stesse prassi o politiche di gestione delle notizie di reato e dell'azione penale, più o meno scopertamente adottate dalla polizia e dalla pubblica accusa»⁹⁷.

Del resto, anche in Italia, nel vigore del Codice previgente «la giustizia penale negoziata ha rappresentato una vera e propria “cifra oscura”»⁹⁸: si è, infatti, autorevolmente osservato che «contatti e trattative tra le parti, aspettative di risultato circa il comportamento della parte pubblica nell'esercizio dei suoi poteri d'accusa del corso del processo nonché nei confronti delle decisioni del giudice hanno [...] assunto un certo ruolo anche in quel sistema, formalmente ispirato al principio di stretta legalità nell'esercizio dell'azione penale e ad una tendenziale soggezione dell'imputati all'autorità dello Stato»⁹⁹.

⁹⁴ B. NIANG, *Le «plaider coupable» en France et aux États-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, Paris, 2014, p. 123. Cfr. anche A.S. CHAVENT-LECLERE, *La défense pénale et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité: enjeux et entorses*, in *RPDP*, 2010, p. 143.

⁹⁵ Cfr. B. NIANG, *Le «plaider coupable»*, cit., pp. 281-282. Cfr. anche E. BOCCARA-J. LASSERRE CAPDEVILLE, *La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité: la parole est au condamné*, in *Gazette du palais*, 2011, n. 365, p. 24.

⁹⁶ Cfr. B. NIANG, *Le «plaider coupable»*, cit., p. 282. In questo senso, cfr. S.M. CABON, *La négociation en matière pénale*, cit., pp. 263-264; J. DANET, *Le CRPC: du modèle législatif aux pratiques...et des pratiques vers quel(s) modèle(s)?*, in *A.J. Pénal*, 2005, p. 440; F. DESPREZ, *La Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité: 18 mois d'application a Montpellier (1^{er} octobre 2004 – 1^{er} avril 2006)*, in *Archives de politique criminelle*, 2006, pp. 127 ss.; M. FERNANDEZ-BERTIER – M. GIACOMETTI, *La «reconnaissance préalable de culpabilité» ou «plaider coupable»: une révolution dans notre arsenal procédural?*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 2016, p. 282; Y. MSIKA, *Plaider coupable et rôle de l'avocat à Pontoise et ailleurs*, in *A.J. Pénal*, 2005, p. 446; F. VANSILIETTE, *Le plaider coupable ou coupable de plaider?*, in D. HOLZAPFEL-D. RIBANT-F. VANSILIETTE, *La loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice. La réforme pot-pourri II: la sécurité juridique sacrifiée sur l'autel de l'efficacité*, Waterloo, 2016, pp. 82-83.

⁹⁷ Così, efficacemente, S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 3.

⁹⁸ In tal senso, cfr. L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, cit., pp. 3-4. Sul punto, cfr. anche G. LATTANZI, *Giudizio abbreviato e patteggiamento*, in *AA.VV., Verso una nuova giustizia penale*, Milano, 1989, p. 96.

⁹⁹ Cfr. L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, cit., p. 3.

Ma vi è di più. Se, in prospettiva opposta rispetto a quanto si è accennato in merito all'ordinamento francese, nel sistema giuridico italiano nessuno ha mai dubitato in merito alla possibilità che nel meccanismo dell'applicazione della pena su richiesta delle parti l'accordo di cui agli artt. 444 e ss. c.p.p. possa essere fondato su delle preve contrattazioni tra gli interessati, tuttavia, anche in questo caso, l'intero «retrotterra delle trattative [...] rimane [ancora una volta] relegato nella zona imperscrutabile della negoziazione»¹⁰⁰, posto che non è stato regolato espressamente dal legislatore.

Nonostante, infatti, la denominazione linguistica corrente di “patteggiamento”, assolutamente dominante nella prassi¹⁰¹, lasci intendere che «il nostro istituto mett[a] l'accento sulla fase negoziale»¹⁰² la definizione normativa dello stesso fa trasparire il solo risultato dei “mercanteggiamenti” sotterranei, ovvero l'accordo tra le parti¹⁰³.

L'assenza di una positivizzazione della fase dei negoziati non è, comunque, una peculiarità ascrivibile al solo sistema di giustizia negoziata italiano: si pensi, ad esempio, alla «procedura abbreviata» prevista dal nuovo codice di procedura penale svizzero¹⁰⁴, la quale, esattamente come il nostro patteggiamento, si basa su

¹⁰⁰ In questo senso, cfr., assai efficacemente, E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale, prassi, media, fiction*, Milano, 2016, p. 31. Sul punto si veda anche G. DI CHIARA, *L'architettura dei presupposti*, in AA.VV., *Il patteggiamento*, Milano, 1999, pp. 34-35, il quale afferma che nel caso di accordo già formato «il *bargain* avviene per intero “dietro le quinte”, in sede extraprocessuale, ed è processualmente opaco, salva la limitata possibilità, per il giudice, di squarciarne il velo attraverso la verifica della volontarietà del contributo negoziale dell'imputato ex art. 446, comma 5, c.p.p.», nonché G. ILLUMINATI, *I procedimenti a conclusione anticipata e speciali nel nuovo codice di procedura penale*, in *Pol. dir.*, 1990, p. 257, secondo cui «anche se la legge non ne parla in nessun modo, è chiaro che, per addivenire ad un giudizio abbreviato o ad un patteggiamento, saranno necessarie delle trattative, dei contatti informali fra il pubblico ministero e il difensore. Ciò pare inevitabile, perché non credo che un difensore possa andare al giudizio abbreviato o al patteggiamento *ex abrupto*, senza aver prima sondato qual è l'orientamento del pubblico ministero in quel caso; e, viceversa, non verrà probabilmente fatta al buio nemmeno l'eventuale offerta di patteggiamento che, com'è consentito, può provenire dal pubblico ministero». In merito al ruolo che la vittima può giocare nelle trattative informali del patteggiamento italiano, cfr. per tutti, R. ORLANDI, *Il querelante perde il diritto di ostacolare la definizione del processo con decreto penale di condanna. Chiaroscuri di una decisione non del tutto convincente*, in *Giur. cost.*, 2015, pp. 149; P. TONINI, *Patteggiamento, come si cambia. Presupposti, ambito e limiti del rito ex articolo 444 Cpp*, in *D&G* (27) 2003, p. 11, nonché A. CABIALE, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di procedimento per decreto: una nuova garanzia per l'imputato e una in meno per la “vittima”*, in www.laegislazionepenale.eu, p. 12, a cui si rimanda per ulteriori indicazioni bibliografiche.

¹⁰¹ In argomento, già G. ILLUMINATI, *I procedimenti a conclusione anticipata*, cit., p. 253. Non bisogna dimenticare, del resto, che di “patteggiamento sulla pena” parlava già la stessa Relazione al progetto preliminare, cfr. sul punto G. CONSO-V.GREVI-G.NEPII MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, p. 1009.

¹⁰² Cfr. E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale*, cit., p. 31.

¹⁰³ Cfr. E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale*, cit., p. 31.

¹⁰⁴ Ci si riferisce, come noto, alla “procedura abbreviata”, di cui agli artt. 358-362, del Codice Svizzero del 5 ottobre 2007, sulla quale cfr., tra i molti, P. BERNASCONI, *E pluribus unum: per tutta la Svizzera un nuovo ed unico codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1738; F. BOMMER, *Abgekürztes Verfahren und Plea Bargaining im Vergleich*, in *Revue Pénale Suisse*, 2009, pp. 5 ss.; A. JACOBS, *Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée*, cit., pp. 51 ss.; M. MAZOU, *La procédure simplifiée dans le nouveau Code de procédure pénale: principes et difficultés*, in *Revue Pénale Suisse*, 2011, pp. 1 ss.; M. PIETH, *Besondere Strafoverfahrensarten: das abgekürzte Verfahren*, *ivi*, 2010, pp. 166 ss.; J. PRADEL, *Droit*

«une phase de négociations informelles dont l'objectif est de parvenir à un accord complet sur le contenu de l'acte d'accusation», posto che «le législateur n'a pas souhaité que ces négociations soient réglées par le Code»¹⁰⁵.

Un discorso analogo, inoltre, pare potersi fare anche per il nuovo istituto del *plaider coupable* belga¹⁰⁶, introdotto nel 2016, in merito al quale, ancora una volta, si è affermato che «si le législateur n'a pas explicitement prévu que les peines puissent faire l'objet d'une négociation entre le ministère public et le suspect ou prévenu et sa défense, il pourrait s'établir à notre sens une "zone grise" informelle à l'occasion de laquelle une discussion se nouera quant aux peines à proposer et acceptables pour le suspect ou le prévenu»¹⁰⁷.

In tutti questi casi, quindi, vi è stata una rinuncia a formalizzare, in via generale e astratta, l'area delle trattative, che rimane patrimonio degli operatori pratici, i quali possono plasmarla a seconda delle loro necessità concrete.

Peraltro, non bisogna dimenticare che altri ordinamenti hanno preso una strada parzialmente differente sul punto, facendo emergere in modo espresso la natura negoziata degli accordi rivolti alla definizione del processo penale.

L'archetipo di questo diverso approccio pare poter essere individuato nell'art. 11 (c) (1) delle *Federal Rules of Criminal Procedure* statunitensi, ove si afferma, tra l'altro, che «an attorney for the government and the defendant's attorney, or the defendant when proceeding pro se, may discuss and reach a plea agreement. The court must not participate in these discussions»¹⁰⁸.

Ebbene, da tale previsione risulta in modo esplicito la fase essenziale del *bargaining*, ovvero, appunto, della contrattazione tra le parti, che, nella maggior parte dei casi, giustifica il *guilty plea*¹⁰⁹.

Sul piano europeo, invece, pare potersi richiamare quanto stabilito nell'ordinamento tedesco dal §257c *StPO* con riguardo all'istituto della "*Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten*": nel terzo paragrafo di tale disposizione si afferma espressamente, infatti, che «*die Verfahrensbeteiligten erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme*», ovvero – come si vedrà – che le parti devono avere la possibilità di presentare la loro posizione in merito alla possibile proposta di intesa,

pénal comparé, Paris, 2016, p. 534; C. FALLER-A. REYMOND-J. VUILLE, *Une procédure simplifiée au sens des art. 358 ss CPP peut-elle se dérouler par défaut?*, *ivi*, 2012, pp. 76 ss.; D. SCHWANDER, *Plea Bargaining als "abgekürztes Verfahren" im Entwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung*, in *Schweizerische Juristenzeitung*, 2007, p. 142 ss.

¹⁰⁵ In questo senso, cfr. J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, cit., p. 534, nonché A. JACOBS, *Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée*, cit., p. 52.

¹⁰⁶ Ci si riferisce alla legge 5 février 2016, detta *Pot-Pourri II*, *Loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice*.

¹⁰⁷ Così si esprime M. FERNANDEZ-BERTIER – M. GIACOMETTI, *La «reconnaissance préalable de culpabilité»*, cit., p. 282. Nello stesso senso cfr. F. DESSY, *La reconnaissance préalable de culpabilité: entre révolution textuelle et involution culturelle? Première analyse «à la fortune du pot...»*, in AA.VV., *La réforme «pot-pourri II» en droit pénal et en procédure pénale. Premiers commentaires*, Limal, 2016, p. 123; F. VANSILLETTE, *Le plaider coupable*, cit., p. 82.

¹⁰⁸ In merito a tale disposizione, cfr., ad esempio, G. N. HERMAN, *Plea bargaining*, 3^a ed., New York, 2012, p. 221, nonché S.M. SIGMAN, *An Analysis of Rule 11 Plea Bargain Options*, in *The University of Chicago Law Review*, 1999, pp. 1317 ss.

¹⁰⁹ Cfr., sul punto, i dati statistici citati da S. BIBAS, *Regulating the Plea-Bargaining Market: From Caveat Emptor to Consumer Protection*, in *California Law Review*, 2012, p. 1119 nt. 2.

con ciò esplicitandosi che l'accordo raggiunto può costituire il frutto di una specifica discussione.

Un esempio ancora più chiaro pare potersi individuare nel §244 del Codice di procedura penale estone, interamente dedicato alle «*negotiations in settlement proceedings*», ove nel primo comma si stabilisce che «*after preparation of the report specified in 243 of this Code, the prosecutor's office shall commence negotiations with the suspect or accused and his or her counsel in order to conclude a settlement. At the beginning of negotiations, the prosecutor's office explains the rights of the suspect or accused in settlement proceedings and the consequences of settlement proceedings to the suspect or accused*»¹¹⁰.

Una disposizione simile, peraltro, è contenuta anche nel §434 del Codice di procedura penale lettone, significativamente rubricato «*negotiations regarding the Entering into of an Agreement*»¹¹¹; e ciò a testimonianza non solo di una particolare diffusione della giustizia negoziata nella regione baltica, ma anche di una specifica sensibilità in merito alle modalità di svolgimento delle trattative.

In ogni caso, alla luce degli esempi di istituti "contrattati" fin qui presentati, sarà oramai chiaro che esiste una scala graduale di "informalità" nei diversi meccanismi di giustizia negoziata.

Nel gradino più alto della stessa possono collocarsi quei meccanismi processuali, quali le vecchie *Absprachen* tedesche o quelle attualmente pratiche in Austria, o la prassi delle confessioni negoziate slovene¹¹², che sono totalmente frutto dell'operato creativo della giurisprudenza e degli operatori pratici del diritto.

A un livello intermedio, invece, sembrano porsi gli istituti dispositivi, quali il *plaider coupable* francese, pur fondati su una precisa base normativa, che, da un punto di vista astratto, si sarebbero dovuti collocare al di fuori dell'alveo della giustizia negoziata, ma che, invece, a causa della vocazione espansiva della "negozialità", dovuta alle pressanti esigenze deflative comuni ai diversi ordinamenti, hanno visto nascere delle trattative informali tra le parti¹¹³.

Su un piano ancora più basso, inoltre, pare potersi posizionare il patteggiamento italiano e, più in generale, quei meccanismi processuali che, pur prevedendo in maniera implicita la presenza di una trattativa (finalizzata al raggiungimento di una intesa) non la menzionano espressamente, quasi a voler celare la natura negoziata del rito.

¹¹⁰ Si fa riferimento alla traduzione inglese del §244 del Codice di procedura penale estone, pubblicata sul sito <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/519012017001/consolide#>, il 19 gennaio 2017.

¹¹¹ In questo senso cfr. la versione inglese del §434 del codice di procedura penale lettone, tradotto nel 2016 dal *Valsts valodas centrs* (State Language Centre) e reperibile al sito http://vvc.gov.lv/export/sites/default/docs/LRTA/Likumi/Criminal_Procedure_Law.pdf.

¹¹² Per un cenno sul punto cfr. *sub* riflessioni conclusive §1.

¹¹³ Come ricorda autorevolmente E. RATZ, *Verfahrensbeendende Prozessabsprachen im Strafprozess*, in *Österreichisches Anwaltsblatt*, 2015, p. 279 «*die Sicherstellung der Entscheidung innerhalb einer angemessenen Frist steht notwendigerweise in einem Spannungsverhältnis zu den Verfahrensrechten der Beteiligten. Wird die Spannung zu groß, entwickelt die Praxis Abwehrmechanismen, die zuweilen diametral der Idee rechtsstaatlich einwandfreier Verfahren zuwiderlaufen. Einer davon ist die verfahrensbeendende Prozessabsprache*».

Infine, alla base della scala paiono collocarsi gli istituti – come gli accordi estoni o il *plea bargaining* statunitense federale – che fanno un formale richiamo alla fase delle negoziazioni.

Non sfuggirà, peraltro, che anche ove emerga in modo esplicito il requisito del “mercanteggiamento” tra le parti, la concreta fase della presentazione delle proposte e controproposte rimane inevitabilmente lasciata per lo più alla prassi, che, quindi nella sostanza resta in ogni caso la regina incontrastata della giustizia negoziata¹¹⁴.

4. Modelli “forti” o “deboli” di giustizia negoziata

Se, oramai, si è chiarito che – secondo l’opinione maggioritaria – il requisito fondamentale affinché un istituto possa essere classificato all’interno della “giustizia negoziata” (in senso stretto) è costituito dal suo prevedere (in modo formale o informale) una trattativa tra due o più soggetti del procedimento, che sfocia in un’intesa avente determinati effetti sul rito, va a questo punto rilevato che l’oggetto di tale “accordo processuale” può essere, a seconda dei casi, anche eterogeneo¹¹⁵.

Un esempio, tratto dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, sembra poter porre in luce il concetto.

Nel recente caso *Litwin v. Germania* i giudici di Strasburgo si sono trovati a valutare – ammettendola¹¹⁶ – la legittimità convenzionale (in base in particolare al parametro dell’art. 6 §1 CEDU) di un’*Absprache* informale tedesca con un oggetto molteplice: un giudice avrebbe offerto all’imputato la condanna a una pena diminuita, in cambio delle rinunce (preventive) di questi a proporre appello, a far valere determinati diritti (suoi e della moglie) su beni confiscati, nonché, infine, a presentare ulteriori prove¹¹⁷.

In una fattispecie analoga a questa, quindi, l’accordo negoziato avrebbe, sia un effetto *endo-procedimentale* – comportando, da un lato, un’incidenza sulla piattaforma probatoria, e, dall’altro, l’eliminazione della fase delle impugnazioni e una riduzione del *quantum* sanzionatorio – sia dei risvolti *extra-procedimentali*: la rinuncia – oltretutto operata anche da un soggetto terzo rispetto al rito penale – a far valere dei diritti su determinati beni.

¹¹⁴ In alcuni ordinamenti, come, ad esempio, quello sloveno, si è tentato di ovviare alla carenza di disposizioni normative volte a regolare concretamente la fase delle negoziazioni tra le parti nello *Sporazum o priznanju krivde* (accordo di ammissione di colpevolezza) – e di risolvere così dei problemi riguardanti un utilizzo disomogeneo dell’istituto –, tramite delle circolari, piuttosto dettagliate, emanate dal Procuratore generale della Repubblica. Cfr. sul punto, ad esempio, la circolare Tu 66/12-3-3 del 26 ottobre 2012, *Splošno navodilo o pogajanjih ter o predlaganju sankcij v primeru priznanja krivde in sporazuma o krivdi*.

¹¹⁵ Si vedano sul punto, ad esempio, A. CAMON, *Accordi processuali e giustizia penale*, cit., p. 57; E.M. CATALANO, *L’accordo sui motivi di appello*, cit., p. 31; R. DEL COCO, *Disponibilità della prova penale e accordi tra le parti*, Milano, 2004, pp. 8 ss.; S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 3.

¹¹⁶ Cfr. C. Eur., Sez. I, 3 novembre 2011, *Litwin c. Germania*, §§ 37 ss.

¹¹⁷ Cfr. C. Eur., Sez. I, 3 novembre 2011, *Litwin c. Germania*, §8.

Ebbene, sembra emergere con chiarezza quanto – specie se presi singolarmente – i diversi contenuti di un tale negoziato abbiano un effetto del tutto diverso nell’alterare la sequenza procedimentale ordinaria prevista del legislatore.

Nel caso del patto sulla rinuncia a proporre impugnazione, le conseguenze sul rito sono maggiori, in quanto viene potenzialmente eliminata tutta la fase dei controlli sul *decisum* giudiziale e si ha un immediato passaggio in giudicato della fattispecie.

Mentre, invece, ove vi sia una mera abdicazione dal diritto a presentare più elementi di prova è chiaro che gli effetti del *pactum* sullo svolgimento del rito sono inferiori, posto che il procedimento continua a potersi svolgere nella sua forma ordinaria.

E, infine, il livello di alterazione del procedimento è minimo nel caso della rinuncia a far valere un diritto su un bene confiscato, posto che l’unica conseguenza dell’accordo sul rito risulterebbe nella diminuzione della pena per l’imputato.

A seconda dei casi, quindi, ci si trova – gradualmente – di fronte a un modello di giustizia negoziata che muta in modo più o meno forte¹¹⁸ l’ordinaria sequenza procedimentale creata dal legislatore.

Insomma, anche alla luce di tale esempio, sarà chiaro perché a più voci nella dottrina italiana si sia proposto di classificare gli istituti appartenenti al fenomeno in esame sulla base di un’ulteriore scala¹¹⁹, questa volta costruita a seconda di quanto il contenuto del negoziato si avvicini, man mano, all’oggetto/merito del processo, determinandosi, in tal caso, la più radicale deviazione dallo schema ordinario astratto.

A tale riguardo, si pensi, anzitutto, alle assai eterogenee intese probatorie disciplinate dal codice di rito italiano: com’è noto, il nostro sistema, ammette, da un lato, negozi «sull’an, cioè diretti a rendere utilizzabile una conoscenza che altrimenti non lo sarebbe (è il caso del “patteggiamento sulla prova” ma anche degli artt. [...] 500, comma 3 e 7, 513, commi 1 e 2, c.p.p., 78, comma 2, disp. att. c.p.p.)» e, da un altro lato, «pattuizioni sul *quomodo*, che non dirimono l’alternativa utilizzabilità-inutilizzabilità ma incidono soltanto sul metodo secondo il quale formare una conoscenza»¹²⁰ (art. 496, comma 2, c.p.p.; 559, comma 3).

¹¹⁸ Questa distinzione è stata creata da E.M. CATALANO, *L’accordo sui motivi di appello*, cit., p. 39 e ripresa, tra gli altri, in particolare da G. GARUTI, *Dal dissenso immotivato alla giustizia riparatoria*, cit., p. 1331. Cfr. anche R. FONTI, *Vizi della volontà e giustizia penale negoziata*, in AA.VV., *La giustizia penale differenziata. I procedimenti speciali*, coord. da C. Santoriello, t. I, Torino, 2010, pp. 228-289.

¹¹⁹ Così, ad esempio, S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 6, nonché A. CAMON, *Accordi processuali e giustizia penale*, cit., p. 57.

¹²⁰ La presente citazione e quella immediatamente precedente sono di A. CAMON, *Accordi processuali e giustizia penale*, cit., p. 57. Sulla tematica degli accordi probatori propri del diritto italiano, non si può che rinviare, tra i moltissimi a H. BELLUTA, *Brevi considerazioni critiche sulla chimera efficientistica della “prova concordata”*, in AA.VV., *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, a cura di R.E. Kostoris, Torino, 2005, pp. 173 ss.; ID., *Contraddittorio e consenso: metodi alternativi per la formazione della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, pp. 126 ss.; ID., *Nuovi poteri istruttori extradibattimentali delle parti: l’accordo ex art. 431 comma 2 c.p.p. come criterio epistemico della prova*, in AA.VV., *Nuovi scenari del processo penale alla luce del giudice unico*, a cura di S. Nosengo, Milano, 2002, pp. 69 ss.; M. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell’accertamento penale*, Torino, 2004, pp. 93 ss.; S. BUZZELLI, *Fascicolo dibattimentale «negoziato» e cognizione probatoria*, in *Ind. pen.*, 2001, pp. 389 ss.; D. CHINNICI, *L’incursione della «prova negoziata» nel giudizio penale (alcuni rilievi critici)*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, pp. 864 ss.; R. DEL COCO, *Disponibilità della prova penale*, cit., *passim*; G.M. BACCARI-C. CONTI, *Una nuova*

Orbene, gli istituti appena citati, classificabili tra i modelli deboli di giustizia negoziata¹²¹, paiono potersi collocare alla base della scala; e ciò in quanto la volontà della parte non cade – se non in un senso assai indiretto – sull’oggetto del processo, ma, piuttosto, o sulle modalità di formazione di un singolo o più elementi istruttori o, ancora più banalmente, sull’ordine di assunzione delle prove.

A un livello intermedio, invece, sembrava posizionarsi – perlomeno fino alla legge Carotti¹²², che ha fatto venir meno la sua natura di rito negoziato¹²³ – il giudizio abbreviato¹²⁴, in cui la concorde volontà delle parti rendeva utilizzabile dal giudice ai fini della decisione l’intero materiale investigativo¹²⁵, comportandosi così una assai significativa alterazione del normale *iter* procedimentale.

In prossimità dell’apice, infine, si ritrovano le fattispecie in cui «la volontà delle parti cade immediatamente sulla sanzione»¹²⁶ o, comunque, sull’esito del procedimento, qualificabili come i modelli più forti della giustizia negoziata: è questo il caso – tra gli altri – del patteggiamento italiano¹²⁷, della *Verständigung* o dell’archiviazione condizionata di cui al §153a *StPO* tedesche, del *plaider-coupable* franco-belga, nonché, indubbiamente, del *plea-bargaining* americano.

espressione del metodo dialettico: l’acquisizione concordata di atti di indagine, in *Dir. pen. proc.*, 2003, pp. 873 ss.; S. MAFFEI, *Negotiations ‘on Evidence’ and Negotiations ‘on Sentence’: Adversarial Experiments in Italian Criminal Procedure*, in *Journal of International Criminal Justice*, pp. 1050 ss.; L. MARAFIOTI, *Prova «negoziata» e contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 2933 ss.; A. PROCACCINO, *Il negozio probatorio dibattimentale*, cit., *passim*.

¹²¹ Cfr. E.M. CATALANO, *L’accordo sui motivi di appello*, cit., p. 39, la quale sembra far rientrare nei modelli deboli anche gli accordi di cui all’art. 18, comma 2, c.p.p., nonché quelli di cui agli artt. 139, 5 e il 559, comma 2 c.p.p.

¹²² Cfr. l. 16 dicembre 1999, n. 479.

¹²³ Cfr., per tutti, E. APRILE, *Gli esiti alternativi sul giudizio: la negoziazione sul rito, sulla prova e sulla pena*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3515; G. SPANGHER, *La pratica del processo penale*, vol. I, Padova, 2012, pp. 16-17; P. TONINI, *I riti di impronta angloamericana: patteggiamento e giudizio abbreviato*, in AA.VV., *Il rito accusatorio a vent’anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Milano, 2012, p. 280. *Contra*, invece, P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., p. 9, il quale, adottando una definizione peculiare di “giustizia negoziata”, fa rientrare ancora oggi il giudizio abbreviato all’interno di tale categoria.

¹²⁴ Per un’analisi diacronica in merito all’evoluzione avuta dal giudizio abbreviato nei primi vent’anni di vita del codice di procedura penale italiano, cfr., per tutti, P. TONINI, *I riti di impronta angloamericana*, cit., pp. 275 ss.

¹²⁵ Non a caso, del resto, nella Relazione al progetto preliminare il giudizio abbreviato veniva definito “patteggiamento sul rito”, cfr. sul punto, G. CONSO-V.GREVI-G.NEPII MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale*, p. 1009. In dottrina, cfr., per tutti, P. FERRUA, *Scelte accusatorie e riviviscenze inquisitorie nel nuovo processo penale*, in *Dif. pen.*, n. 22, p. 49, nonché P. TONINI, *I riti di impronta angloamericana*, cit., p. 278, il quale ricorda che «dalla lettura dei lavori preparatori del codice del 1988 si desume che la natura contrattuale di entrambi i modelli angloamericani ha costituito fin dall’origine il principio ispiratore anche per i due riti semplificati nostrani, tanto che si è utilizzata la denominazione simmetrica “patteggiamento sul rito” e “patteggiamento sulla pena”. In merito all’utilizzo di tali espressioni, cfr. già V. GREVI, “Patteggiamento” sul rito e “patteggiamento” sulla sanzione tra progetto Martinazzoli e prospettive del nuovo processo penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, pp. 1127 ss.

¹²⁶ Cfr. A. CAMON, *Accordi processuali e giustizia penale*, cit., p. 57, in termini simili anche, E.M. CATALANO, *L’accordo sui motivi di appello*, cit., p. 39.

¹²⁷ Come affermava già nell’immediatezza dell’entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale italiano E. LUPO, *Il giudizio abbreviato e l’applicazione della pena negoziata*, in AA.VV., *I giudizi semplificati*, coordinato da A.Gaito, Padova, 1989, p. 80 «nel patteggiamento l’accordo ha un contenuto molto più intenso [rispetto al giudizio abbreviato], perché riguarda la pena da applicare, ed esso produce altresì effetti sul rito in quanto determina una particolare chiusura del processo».

A ben vedere, però, anche gli istituti in cui la trattativa verte direttamente sulla sanzione (o su una archiviazione negoziata) non paiono tutti collocabili nel medesimo punto della suddetta scala: difatti, a seconda della singola disciplina normativa, l'accordo tra le parti può concretamente incidere in un modo assai diverso sul risultato del procedimento.

I modelli più forti della giustizia negoziata (e più vicino alla cima) sembrano – sotto molti punti di vista – costituiti dai paesi, come gli Stati Uniti, che non ammettono solo il *sentence bargaining*¹²⁸, ma, consentono anche sia il *charge bargaining* orizzontale e verticale¹²⁹, sia il *fact bargaining*. Non sembrano esservi dubbi nell'affermare che se, tramite la loro concorde volontà, le parti possono portare, ad esempio, a una derubricazione di una fattispecie criminosa, si verifica non solo una deviazione assai marcata dell'incedere del procedimento penale ordinario, ma anche una sorta di “contratto sulla verità”¹³⁰. Infatti, ove vi sia un *charge bargaining* l'enunciato fattuale racchiuso nel dispositivo giudiziale non è più quello ricavabile, in modo tendenzialmente e il più possibile asettico dal giudice dal compendio probatorio, ma diviene il frutto di una costruzione artificiosa tra le parti, che nulla ha a che fare – ad esempio – con la verità intesa come corrispondenza¹³¹.

¹²⁸ Con questa espressione «si intende l'accordo fra l'imputato e il giudice e/o la pubblica accusa in cui, a fronte della dichiarazione di colpevolezza del primo, viene promessa l'applicazione di una pena specificamente indicata o determinabile entro una certa rosa di soluzioni, previamente stabilita», cfr., in tal senso, assai efficacemente, J. BROWN, *Meriti e limiti del patteggiamento*, in AA.VV., *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di E. Amodio-M.C. Bassiouni, Milano, 1988, pp. 132.

¹²⁹ Per questa distinzione, tratta dall'espressione “*vertical e horizontal overcharging*” utilizzata da A.W. ALSCHULER, *The Prosecutor's Role in Plea Bargaining*, in *Chicago Law Review*, 1968, pp. 85 ss., si vedano Z. FIŠER- M. GIALUZ, *La giustizia negoziata in Europa*, cit., p. 1154, nonché S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice Systems of the United States and Germany*, Frankfurt am Mein, 2008, p. 64. Nel “*charge bargaining* orizzontale” si consente alle parti di stipulare un “concordato sulle imputazioni”, ossia di accordarsi sulla pena in relazione a certi reati e, contestualmente, sulla rinuncia da parte del pubblico ministero a esercitare l'azione penale per i reati commessi dall'imputato e non compresi nell'ammissione di colpevolezza. Mentre, nel “*charge bargaining* verticale” si ha uno scambio tra dichiarazione autoaccusatoria dell'imputato e derubricazione dell'imputazione in una fattispecie meno grave. Per una chiara ed efficace sintesi delle diverse tipologie di istituti in cui si dipana la giustizia negoziata statunitense cfr., per tutti, J. BROWN, *Meriti e limiti del patteggiamento*, cit., pp. 132-133; G. MANNOZZI, *Commisurazione e negoziato sulla pena nell'esperienza statunitense: punti di riflessione con riferimento alla legge n. 134 del 2003*, in AA.VV., *Patteggiamento “allargato” e giustizia penale*, a cura di F. Peroni, Torino, 2004, pp. 163 ss.; T. WEIGEND, *Absprachen in ausländischen Strafverfahren*, cit., pp. 37 ss.

¹³⁰ L'espressione è mutuata da A. CAMON, *Accordi processuali e giustizia penale*, cit., p. 59, che però la utilizza con riferimento agli accordi probatori italiani.

¹³¹ Per le dovute indicazioni bibliografiche in merito alla stessa in campo giudiziario, cfr., per tutti, F. CAPRIOLI, *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 608 ss.; M. DAMASKA, *Truth in Adjudication*, in *Hastings Law Journal*, 1998, pp. 289 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, pp. 20 ss.; J. FERRER BELTRÁN, *La valutazione razionale della prova*, Milano, 2007, p. 79; ID., *Prova e verità nel diritto*, Bologna, 2004, pp. 85-86; ID., *Prova e verità nel diritto*, Bologna, 2004, pp. 85-86; P. FERRUA, *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1083; ID., *La prova nel processo penale*, cit. pp. 42 ss.; F. STAMP, *Die Wahrheit im Strafverfahren*, Baden-Baden, 1998, pp. 33 ss.; O. MAZZA, voce *Verità reale e verità processuale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VIII, Torino, 2014, p. 715; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, pp. 145 ss.; ID., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, p. 81; G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano,

Ma vi è di più: il tasso di incisività del negoziato sulla regiudicanda pare variare significativamente anche a seconda di altri fattori, uno dei quali sembra essere la previsione o meno quale contenuto del patto di un'ammissione formale di colpevolezza dell'imputato, la quale vada, in qualche modo, a facilitare, corroborandola, l'eventuale decisione condannatoria del giudice. Così, ad esempio, nel patteggiamento italiano, che non richiede alcuna formale propalazione autoaccusatoria, la pura volontà delle parti sembra incidere in modo più netto sull'oggetto del processo¹³², rispetto, ad esempio, al modello di giustizia negoziata francese, ove, come si vedrà, la trattativa verte su una vera e propria confessione.

Senza contare, inoltre, che la tematica di quali controlli il giudice debba svolgere sull'accordo negoziato prima di condannare, ovvero di quanto la volontà comune delle parti vincoli effettivamente il giudice, pare costituire di per sé un ulteriore elemento caratteristico per collocare un istituto tra i modelli più o meno forti del fenomeno in esame.

In ogni caso, è proprio perché «man mano che, percorrendo la scalinata, ci si sposta verso l'alto, l'oggetto su cui cade la volontà della parte cambia e poco a poco s'avvicina al momento dell'accertamento e della decisione» [...] [che] più si sale e più gli anticorpi (anche costituzionali)»¹³³ dei diversi ordinamenti entrano in allarme. Tale progressione, infatti, determina una deviazione sempre più netta rispetto all'ordinario incedere del rito, che provoca un attrito progressivamente maggiore con alcuni principi fondamentali dei moderni sistemi processuali.

D'altra parte, è precisamente la presenza di un potenziale perenne contrasto tra giustizia negoziata e diritti fondamentali ad aver di recente portato la Corte di Strasburgo a richiedere che l'atto attraverso cui il prevenuto aderisca ai modelli forti di giustizia negoziata, rinunciando ad alcune sue essenziali garanzie convenzionali, sia accompagnato da particolari tutele, volte ad assicurare la genuinità della sua manifestazione di volontà¹³⁴.

2015, pp. 16 ss.; T. WEIGEND, *Should We Search for the Truth, and Who Should Do it*, in *North Carolina Journal of International Law*, 2011, p. 395.

¹³² E ciò specie se si condivide la tesi chi ritiene che la concorde richiesta delle parti nel patteggiamento renda inoperante le normali regole di giudizio richieste per pronunciare una sentenza di condanna: così, ad esempio, tra i molti, M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 21; P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, 2ª ed., Torino, 2009, pp. 315 ss.; R. ORLANDI, *I procedimenti speciali*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso-V. Grevi-M. Bargis, 8ª ed., Padova, 2016, p. 612. In giurisprudenza cfr. Cass., Sez. II, 12 dicembre 2014, n. 1390, in *dejure*; Cass., Sez. IV, 7 giugno 2012, n. 27952, in *Cass. pen.*, 2013, p. 4558; Cass., Sez. VI, 25 marzo 2009, n. 15700, *ivi*, 2010, p. 711; Cass., Sez. II, 9 gennaio 2009, n. 6095, in *Ced. Cass.*, n. 243279; Cass., Sez. II, 28 ottobre 2003, n. 2076, in *Cass. pen.*, 2005, p. 902; Cass., Sez. VI, 28 novembre 1997, n. 1321, *ivi*, 1999, p. 3201; Cass., Sez. Un., 9 giugno 1995, Cardoni, *ivi*, 1996, p. 473, con nota di M. VESSICHELLI, *Prova insufficiente o incompleta e proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p.* In senso contrario, per tutti, cfr. F. CAPRIOLI, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 78 ss.; A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale*, cit., p. 153; G. LOZZI, *Una sentenza sorprendente in tema di patteggiamento allargato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 673; ID., *Il patteggiamento e l'accertamento di responsabilità: un equivoco che persiste*, *ivi*, 1998, p. 1401; Cfr. S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., pp. 156 ss.; M. MENNA, *Studi sul giudizio penale*, Torino, 2009, p. 72; F. PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, Padova, 1999, pp. 33 ss.

¹³³ Cfr. A. CAMON, *Accordi processuali e giustizia penale*, cit., p. 59.

¹³⁴ Corte eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsvlishvili and Togonidze c. Georgia*, § 62.

5. Giustizia negoziata e giustizia riparativa

Si è già avuto modo di rilevare che la mancanza, a livello nazionale e sovranazionale, di una definizione normativa del concetto di giustizia penale negoziata ha provocato, inevitabilmente, notevoli difformità di opinioni nell'individuazione dei confini di tale concetto.

Orbene, una delle questioni in assoluto più discussa tra gli interpreti europei è, senz'altro, costituita dal quesito se anche gli istituti dispositivi – primo tra tutti la mediazione fra autore del reato e vittima (*victim offender mediation*¹³⁵) – appartenenti al paradigma della *restorative justice*, che prevedano lo svolgimento di una trattativa che sfoci in un accordo avente effetti sul processo, possano, a loro volta, essere fatti rientrare nella macro-categoria della *negotiated justice*.

Tale interrogativo è inevitabilmente sorto, posto che, in particolare nella VOM, si possono ritrovare tutti gli elementi che si è visto caratterizzare la definizione di giustizia negoziata in senso stretto: all'interno della stessa, infatti, si svolge, davanti a un mediatore, una discussione tra vittima e autore del reato, la quale è finalizzata al raggiungimento di un'intesa, che può comportare una conclusione anticipata della regudicanda¹³⁶.

Insomma, ci troviamo senz'altro di fronte a strumenti processuali alternativi a un sistema di giustizia penale imposta, fondati su un vero e proprio negoziato, il quale, nel caso vada a buon fine, ha come conseguenza una (assai marcata) *diversion* dal rito ordinario¹³⁷.

Proprio facendo leva sul dato oggettivo – e indiscutibile – della presenza di una contrattazione tra soggetti del procedimento che ha come conseguenza un accordo che può bloccare il rito, una buona parte della dottrina europea, pur con alcune diverse sfumature di pensiero, ha classificato la VOM – ovvero lo si ribadisce l'istituto, senza dubbio, principale della *restorative justice*¹³⁸ – all'interno della giustizia negoziata¹³⁹.

¹³⁵ D'ora in poi abbreviata in "VOM".

¹³⁶ Per una compiuta descrizione del funzionamento della mediazione tra vittima e autore del reato, nonché per i dovuti riferimenti bibliografici, si rimanda, per tutti, al recente lavoro di G. MANNOZZI-G. LODIGLIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, pp. 249 ss.

¹³⁷ Cfr., a riguardo, A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale*, cit., p. 50.

¹³⁸ Così, G. MANNOZZI-G. LODIGLIANI, *La giustizia riparativa*, cit., p. 101.

¹³⁹ In questo senso, tra i molti, R. CAIRO, *La médiation pénale: Entre répression et réparation*, Paris, 1997, p. 17; M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, cit., p. 416; E.M. CATALANO, *L'accordo sui motivi di appello*, cit., p. 38; M. DELMAS-MARTY, *Prospettive sulla procedura penale in Europa*, cit., pp. 236-237; G. GARUTI, *Dal dissenso immotivato alla giustizia riparatoria*, cit., p. 1331; A. JACOBS, *Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée*, cit., p. 45; P. MILBURN, *De la négociation dans la justice imposée*, in *Négociations*, 2004, n. 1, pp. 27 ss.; ID., *Évolution de la place de la médiation dans la justice française*, *ivi*, 2009, n. 12, p. 147; F. OST- M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002, p. 107; F. TULKENS, *Una giustizia negoziata?*, cit., pp. 629 ss.; F. TULKENS-M. VAN DE KERCHOVE, *La justice pénale: justice imposée*, cit., p. 533; M. VAN DE KERCHOVE, *Contractualisation de la justice pénale*, cit., pp. 195 ss. Anche F. CAPRIOLI, *Processo penale e commisurazione della pena*, in AA.VV., *Silèto poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, a cura di M. Pavarini, Bologna, 2006, p. 152, rileva delle decise affinità tra *restorative justice* e giustizia patteggiata italiana.

Tale opinione, però, è stata del tutto rigettata da altra parte della dottrina, che ha collocato la VOM al di fuori dal fenomeno in esame, in ragione della *ratio* del tutto eterogenea che caratterizza i meccanismi “classici” della *negotiated justice* rispetto agli ideali riparativi¹⁴⁰.

Come si è già avuto modo di vedere, infatti, il modello *restorative* – al di là dei complessi problemi definitivi da cui a sua volta è afflitto¹⁴¹ – presenta quale scopo primario l’individuazione di schemi alternativi al sistema punitivo classico¹⁴², che permettano di raggiungere non una mera espiazione del male commesso, ma, viceversa, una ricomposizione e appunto una riparazione, del conflitto che, a causa del fatto di reato, si è venuto a creare tra autore del reato e vittima¹⁴³.

Tutt’al contrario gli istituti “canonici” della giustizia negoziata – quali, ad esempio, il *plea bargaining*, la *Verständigung*, il *plaider coupable* o il patteggiamento – sono mossi da un’ottica puramente efficientistica: gli stessi, infatti, perseguono – in misura senza dubbio preponderante – la finalità prettamente *endo*-processuale di riuscire a far sopravvivere il modello penale classico, permettendo di diminuire il carico – *in primis* – giudiziario, ma, in alcuni casi, anche penitenziario, in eccesso a cui i moderni sistemi di giustizia penale sono certamente esposti¹⁴⁴.

Proprio in quest’ottica, ad esempio, si è posto chi ha tentato di separare la giustizia conciliativa dalla *negotiated justice* affermando che «la prima [...] mira a ristabilire un dialogo tra [...] tra l’agente e la vittima – in merito alle esigenze di tutela e di riparazione concernenti i beni offesi [...]; mentre la giustizia negoziata mira a promuovere [...] l’efficienza del sistema processuale»¹⁴⁵.

Pur in assenza di alcuna indicazione normativa, l’opinione di coloro che posizionano la mediazione vittima/autore del reato – e gli altri istituti riparativi in cui vi sia una trattativa – al di fuori della giustizia *penale* negoziata sembra maggiormente condivisibile, per diverse ragioni.

In primo luogo, la scissione netta tra questi due fenomeni consensuali, sulla base del criterio della *ratio*, pare preferibile in quanto presenta dei notevoli vantaggi

¹⁴⁰ Cfr., L. EUSEBI, *Giustizia conciliativa e discrezionalità nel sistema penale*, in AA.VV., *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, a cura di L. Picotti e G. Spangher, Milano, 2005, p. 71; ID., *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini-C.E. Paliero, vol. II, *Teoria della pena. Teoria del reato*, Milano, 2006, pp. 1122-1123; P. MAGGIO, *Mediazione e processo penale: i disorientamenti del legislatore italiano*, in AA.VV., *Dialogo e modelli di mediazione*, a cura di A. Pera, Padova, 2016, p. 39; F. PERONI, *Nozioni fondamentali*, cit., pp. 5 ss.; M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, p. 14. Opera un distinguo simile, anche se con riferimento alla nozione di giustizia consensuale anche V. BONINI, *Forme di manifestazione e contenuti della giustizia penale consensuale*, cit., p. 58.

¹⁴¹ Come già rilevato, un’ampia analisi sul punto può ritrovarsi in G. MANNOZZI-G. A. LODIGLIANI, *La giustizia riparativa*, cit., pp. 89 ss. Cfr. anche, in particolare, l’allegato 3, intitolato *La giustizia riparativa. Profili definitivi; tipologia e caratteristiche dei programmi di giustizia riparativa*, ai lavori del Tavolo 13, degli *Stati generali dell’Esecuzione Penale*, interamente, dedicato alla “Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime”, reperibile al sito https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/sgep_tavolo13_allegato3b.pdf.

¹⁴² Cfr. F. PERONI, *Nozioni fondamentali*, cit., p. 5.

¹⁴³ In argomento, cfr., A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all’efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010, p. 48 s.

¹⁴⁴ Cfr., a riguardo, F. PERONI, *Nozioni fondamentali*, cit., p. 5.

¹⁴⁵ In questo senso si esprime, assai efficacemente, L. EUSEBI, *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, cit., pp. 1122-1123.

ai fini classificatori, posto che permette di meglio delineare i confini sia della categoria della giustizia negoziata, sia di quella riparativa.

Così, ad esempio, la divisione tra *restorative* e *negotiated justice* consente di distinguere nettamente tra la mediazione vittima e autore del reato e altre tipologie di mediazione, caratterizzate da una finalità del tutto eterogenea da quella riparativa.

Com'è noto, infatti, nel corso degli ultimi anni, specialmente negli Stati Uniti, accanto alla VOM si è sviluppata anche la cosiddetta *Case-Management Criminal Mediation*¹⁴⁶ (anche nota come *Voluntary Settlement Conferencing*), che altro non è se non un percorso in cui un "mediatore" – spesso un giudice – non si preoccupa affatto di raggiungere una riconciliazione dei rapporti tra vittima e autore del reato, ma, al contrario, di riuscire a facilitare – su richiesta delle parti o della Corte – la stipula di un accordo tra *prosecutor* e imputato¹⁴⁷. Lo scopo della *Case-Management Mediation* è, infatti, «*to conserve limited governments funds, by cutting court dockets and increasing the likelihood of pre-trial plea bargains*»¹⁴⁸. Insomma, si tratta un meccanismo processuale volto – anzitutto – a rendere più facile il raggiungimento di un accordo su un *guilty plea* dell'imputato, specie quando «*initial attempts at negotiation or plea bargaining have failed*»¹⁴⁹. Ebbene, proprio il criterio della *ratio* consente di classificare tale tipologia di *mediation in plea bargaining*¹⁵⁰, «*focused on the retributive paradigm*»¹⁵¹, certamente all'esterno della giustizia riparativa e – data la presenza di una contrattazione che sfocia in un'intesa su un *guilty plea* – piuttosto all'interno di quella negoziata.

Non è, infatti, la "parola magica" mediazione in sé a costituire la chiave del sistema riparativo, ma, com'è ovvio, le modalità concrete attraverso cui la stessa è organizzata per ricostruire il legame¹⁵² interrotto tra vittima e autore del reato.

In secondo luogo, inoltre, assimilare all'interno di una medesima macro-categoria, per l'appunto la giustizia penale negoziata, istituti tanto diversi come il

¹⁴⁶ Sulla quale cfr., tra i molti, M.E. LAFLIN, *Remarks on Case-Management Criminal Mediation*, in *Idaho Law Review*, 2004, pp. 572 ss.; T. C. LEONARD, *Pressure to Plead: How Case-Management Mediation Will Alter Criminal Plea-Bargaining*, in *Journal of Dispute Resolution*, 2014, pp. 161 ss.; B.J. LESTER, *System Failure: The Case for Supplanting Negotiation with Mediation in Plea Bargaining*, in *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2005, pp. 563 ss. a cui si rimanda anche per ulteriori indicazioni dottrinali e giurisprudenziali.

¹⁴⁷ Per una chiara distinzione tra VOM e *Case-Management Criminal Mediation* fondata sulla diversità di *ratio* che caratterizza tali istituti, cfr. M.E. LAFLIN, *Remarks on Case-Management Criminal Mediation*, cit., pp. 579 ss., ove viene, tra l'altro, anche precisato che «*while victims and family members may be present for at least some portions of the conference, and some victim offender dialogue is theoretically possible, in practice the session itself is closer to facilitated plea negotiation than to VOM. If the victim and the offender can reconcile, this is an added bonus. Healing relationships is a by-product which may occur under the case management model, but it is not a primary focus*». Per un'applicazione giurisprudenziale cfr. *State v. Milligan*, No. 108,094, 2013 WL 2919942 (Kan. Ct. App. June 27, 2013), sulla quale, cfr. T. C. LEONARD, *Pressure to Plead*, cit., pp. 162, e s.

¹⁴⁸ Cfr., in questo senso, testualmente, T. C. LEONARD, *Pressure to Plead*, cit., p. 168.

¹⁴⁹ Così, M.E. LAFLIN, *Remarks on Case-Management Criminal Mediation*, cit., p. 587.

¹⁵⁰ L'espressione è ripresa da B.J. LESTER, *System Failure: The Case for Supplanting Negotiation with Mediation in Plea Bargaining*, cit., pp. 563 ss.

¹⁵¹ Cfr. M.E. LAFLIN, *Remarks on Case-Management Criminal Mediation*, cit., p. 587

¹⁵² Ci si riferisce al titolo del volume AA.VV., *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G.A. Lodigiani-G. Mannozi, Bologna, 2015.

plea bargaining e la VOM, pare particolarmente rischioso, in quanto si corre il pericolo di svalutare il senso completamente differente della discussione reciproca tra soggetti del procedimento che si ha in questi istituti.

Come si è recentemente affermato, infatti, «l'essenza della mediazione è il "viaggio", il percorso condiviso, il dialogo, lo *storytelling* con valenza terapeutica e di riconoscimento dell'altro, il "rito" che cerca di trasformare gli effetti distruttivi del conflitto nell'opportunità di "convivere con il disordine" e di trovare l'infinita pazienza di ricominciare»¹⁵³.

Tutt'al contrario, invece, nel patteggiamento italiano, così come nella *Verständigung* tedesca o nel *plea bargaining* americano, la negoziazione tra le parti ha finalità meramente utilitaristiche: per l'imputato minimizzare la sanzione che astrattamente gli sarebbe applicabile e per l'autorità riuscire a ottenere una più facile condanna.

Insomma, in questi meccanismi processuali vi sono trattative – almeno idealmente – totalmente differenti, che proprio in ragione della loro eterogeneità non vanno assolutamente assimilate.

Senza contare che collocare al medesimo livello gli strumenti riparativi e quelli negoziati sembra sconsigliabile anche da un punto di vista prettamente pedagogico: si acuisce, infatti, il pericolo – già di per sé concreto – che gli istituti della *restorative justice* non vengano letti nella prassi quali mezzi utili per raggiungere una riparazione del legame di coesistenza umana e sociale incrinato dal fatto di reato, ma come meccanismi prettamente utilitaristici, che permettono di ottenere degli sconti o commutazioni di pena o più cospicui risarcimenti dei danni.

D'altra parte, basti pensare a quanto è avvenuto in Italia con riguardo alla sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato: sebbene autorevole dottrina abbia suggerito di inquadrare tale meccanismo processuale all'interno della *restorative justice*¹⁵⁴, nella sua applicazione concreta¹⁵⁵ la giurisprudenza della Corte costituzionale, spinta da esigenze di deflazione, ne ha dato una lettura prettamente utilitaristica, assimilandolo espressamente persino al giudizio abbreviato e al patteggiamento¹⁵⁶.

¹⁵³ Così, efficacemente, G. MANNOZZI-G. A. LODIGLIANI, *La giustizia riparativa*, cit., p. 257.

¹⁵⁴ Sostengono questa tesi, ad esempio, C. CESARI, sub art. 464 bis, in AA.VV., *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso-G. Illuminati, 2ª ed., Cedam, Padova, 2014, p. 2124; A. SANNA, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 1266 ss.; G. UBERTIS, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in *Arch. pen.*, 2015, p. 726 ss. Altra parte della dottrina, invece, ha negato espressamente che la disciplina della messa alla prova rientri realmente all'interno dei paradigmi della *restorative justice*, cfr., per tutti, B. BERTOLINI, *La messa alla prova per adulti sotto le lenti della giustizia riparativa*, in AA.VV., *Verso un processo penale accelerato. Riflessioni intorno alla l. 67/2014 al d. lgs. 28/2015 e al d.l. 2798/2014*, Napoli, 2015, pp. 30 ss.; R. MUZZICA, *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 3, p. 170 s.

¹⁵⁵ Per un quadro degli orientamenti giurisprudenziali concernenti la messa alla prova, cfr. R. BARTOLI, *Le recenti questioni applicative in tema di messa alla prova dell'adulto*, in *Giur. it.*, Gli speciali, Sistema sanzionatorio e processo penale: lavori in corso, a cura di F. Palazzo e G. Spangher, 2015, pp. 6 ss.; C. CONTI, *La messa alla prova ad un anno dalla Legge n. 67 del 2014: problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi*, *ivi*, pp. 14 ss.; EAD., voce *Sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato maggiorenne*, in *Dig. disc. pen.*, in www.studiolegale.leggiditalia.it.

¹⁵⁶ Ci si riferisce alla sentenza Corte cost., 26 novembre 2015, n. 240, in *Giur. cost.*, 2015, pp. 2189 ss., con nota di O. MAZZA, *Il regime intertemporale della messa alla prova*.

Tale esempio sembra costituire una ulteriore riprova di quanto per riuscire a classificare efficacemente un istituto all'interno delle categorie in esame, sia essenziale l'analisi non solo della disciplina positiva astratta, ma anche della sua applicazione pratica: pare, infatti, esservi sempre il rischio che la vita concreta di uno strumento processuale comporti una sua transazione dalla *restorative* alla *negotiated justice*, dettata da esigenze efficientistiche.

Ma non è tutto. In ultima analisi il motivo che forse più di ogni altro fa propendere per l'esegesi che colloca al di fuori della giustizia *penale* negoziata gli istituti riparativi è individuabile nel fatto che, a ben vedere, la *restorative justice* e, in particolare, la VOM, «rappresenta, quanto a struttura e ad orientamento teleologico, un modello *autonomo* di giustizia, che può interagire con il diritto penale proprio *entrando in esso*»¹⁵⁷.

Come si è autorevolmente affermato, infatti, la giustizia riparativa «surroga» o «completa» il sistema penale ed è certamente legata a questo sia in quanto «essa deriva il suo campo di azione dalla definizione penalistica del conflitto» sia poiché «dipende dalla perdurante, ancorché latente, "pendenza" del processo penale e quindi dalla attiva minaccia della inflizione della pena, in caso di fallimento»¹⁵⁸, ma, costituisce un'entità a sé stante rispetto al classico modello punitivo¹⁵⁹.

In sostanza, quindi, quei meccanismi di *diversion* fondati sulla mediazione tra vittima e autore del reato, che spesso prendono la forma dell'archiviazione condizionata, oramai diffusi in molti paesi europei¹⁶⁰, letti in quest'ottica, potrebbero essere qualificati come dei canali normativi di collegamento di tipo processuale¹⁶¹ tra due mondi del tutto diversi: quello penale classico e quello riparativo, il quale, ove riesca nel suo scopo, permette alla giustizia d'apparato di arrestarsi, prendendo atto della già avvenuta soluzione del conflitto cagionato dal reato.

Tutt'al contrario, invece, posto che la *negotiated justice* è finalizzata primariamente a permettere la sopravvivenza del sistema punitivo classico, altrimenti messo a rischio dalle sfide della modernità, non può che essere collocata nettamente al suo interno.

¹⁵⁷ Cfr., in questo senso, assai efficacemente, C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, 2007, p. 140.

¹⁵⁸ Questa e le citazioni immediatamente precedenti sono di C.E. PALIERO, *La mediazione penale*, cit., p. 139.

¹⁵⁹ In questo senso, cfr., per tutti, G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, pp. 369 ss.; C.E. PALIERO, *La mediazione penale*, cit., p. 140, nonché R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 106 ss.

¹⁶⁰ In argomento, cfr., ad esempio, M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese*, cit., pp. 99 ss.; I. GASPARINI, *La giustizia riparativa in Francia e Belgio tra istituti consolidati e recenti evoluzioni normative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 1982 ss.; E.M. MANCUSO, *La giustizia riparativa in Francia e Germania: tra "legalitätsprinzip" e via di fuga del processo*, *ivi*, pp. 1958 ss.; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., pp. 197 ss. Per un quadro più ampio, cfr., diffusamente, AA.VV., *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters. A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, a cura di F. Dünkel-J. Grzywa-Holten-P. Horsfield, Mönchengladbach, voll. 1 e 2, 2015, *passim*.

¹⁶¹ Tale espressione è di G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit., 374.

In definitiva, quindi, gli istituti riparativi, nonostante spesso prevedano una trattativa che sfocia in un accordo che ha effetti sul processo, non sembrano poter essere ricompresi nella presente analisi, proprio perché rappresentano un *aliud* – solo collegato, ma indipendente – rispetto alla *giustizia penale*.

Insomma, se di *giustizia penale negoziata* si vuole parlare, sembra opportuno farlo con riguardo ai soli istituti che si inseriscono a pieno titolo all'interno dall'ordinamento criminale tradizionale, non potendo, invece, essere ivi ricompresi quei meccanismi, quali la mediazione con la vittima, che, proprio perché fondati su una finalità di fondo del tutto differente, appartengono a un modello di per sé autonomo.

6. I confini della presente analisi

A questo punto del lavoro, sarà ormai chiaro il perché si ritenga opportuno specificare espressamente i limiti entro cui si muoverà il presente studio: come si è già avuto modo di osservare, infatti, in assenza di indicazioni normative che definiscano il concetto della giustizia penale negoziata, spetta in buona misura all'interprete individuare i confini da attribuire a tale complessa categoria.

Ebbene, all'interno di quel vero e proprio mare di istituti che vengono in qualche modo fatti rientrare nella giustizia penale negoziata, in questa sede ci si occuperà solamente dei meccanismi che presentano una vera e propria trattativa tra soggetti del procedimento, la quale sfoci in un accordo, motivato da prevalenti scopi di deflazione, che ha l'effetto di alterare, in misura maggiore o minore, la sequenza procedimentale ordinaria prevista dal legislatore¹⁶².

Tale scelta è parsa quasi obbligata, non solo in ragione del fatto che, come anticipato, il senso stretto del concetto di giustizia negoziata è il più utilizzato sul continente europeo, ma anche perché la sussistenza di una vera e propria fase di contrattazione tra le parti pare l'elemento peculiare degli strumenti – come il *plea bargaining* – che costituiscono il nucleo duro per cui la categoria in esame è stata originariamente creata.

Da un punto di vista terminologico, inoltre, dato l'elemento ineliminabile della negoziazione all'interno di tutti gli istituti qui analizzati, che sfocia in un accordo quantomeno bilaterale, si aderirà all'opinione di chi ritiene possibile utilizzare la locuzione giustizia contrattata come sinonimica rispetto a quella di giustizia negoziata¹⁶³.

L'attenzione verrà posta, oltretutto, sui soli meccanismi che operino all'interno del processo penale di cognizione nei confronti di indagati o imputati maggiorenni; e ciò in quanto – come anticipato – i congegni consensuali che trovano la loro sede propria nei riti minorili o nella fase esecutiva/penitenziaria sono mossi da *ratio* spesso diverse da gli scopi, prettamente di economia processuale, che caratterizzano la giustizia penale negoziata processuale.

¹⁶² Cfr. S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 5.

¹⁶³ Si muovono in questa direzione, ad esempio, Z. FIŠER- M. GIALUZ, *La giustizia negoziata in Europa*, cit., pp. 1149, nt. 40, nonché già, tra i molti, V. FANCHIOTTI, *Origini e sviluppo della "giustizia contrattata"*, cit., p. 56; F. TULKENS-M. VAN DE KERCHOVE, *La justice pénale: justice imposée*, p. 533.

Neppure si approfondiranno le molteplici ipotesi di negoziati concernenti le diverse figure di “collaboratori di giustizia”¹⁶⁴ esistenti nel panorama europeo, dal momento che la finalità prevalente, perseguita in tal caso da parte degli Stati, non pare assolutamente limitabile alla deflazione, quanto piuttosto a riuscire a contrastare più efficacemente determinate forme di criminalità particolarmente insidiose.

Ci si concentrerà, in sostanza, sui soli istituti appartenenti alla categoria dei modelli forti di giustizia negoziata, ovvero quei congegni processuali in cui la discussione e l'accordo vertono direttamente sulla sanzione o comunque sull'esito del procedimento.

Tale restrizione del campo di analisi non trova la sua ragione, questa volta, sulla base del fatto che i modelli deboli della categoria in esame siano mossi da logiche del tutto distinte rispetto a una finalità di risparmio dei tempi del processo¹⁶⁵, ma, piuttosto, dalla constatazione che gli istituti in cui la trattativa ha come oggetto diretto la sanzione sono assolutamente i più problematici, specie con riguardo al rispetto di alcuni principi fondamentali che costituiscono il patrimonio comune indiscusso dei moderni sistemi di giustizia penale.

Non vi sono dubbi, infatti, nell'affermare che è certamente meno critico, dal punto di vista dei canoni che vengono in gioco, permettere alle parti di derogare, specie con riguardo a un singolo elemento cognitivo, al principio del contraddittorio nella formazione della prova, consentendo loro, ad esempio, di concordare sull'inserimento di un atto di indagine all'interno del fascicolo per il dibattimento, rispetto ad aprire il passo a negoziati sul *quantum* di pena da applicare al prevenuto. Questi ultimi, infatti, sembrano sempre correre il pericolo di porsi in contrasto, tra l'altro, con il dogma secondo cui, coinvolgendo il processo penale beni indisponibili, per derivazione, anche lo stesso dovrebbe – di regola – ritenersi sottratto alla volontà delle parti¹⁶⁶.

Inoltre, coerentemente con la distinzione che si è fatta tra giustizia penale negoziata e riparativa, il presente studio neppure si soffermerà – salvo quando sarà strettamente necessario – sulle numerose fattispecie di VOM presenti nei codici di procedura penale di Stati europei, né sugli ulteriori meccanismi appartenenti a tale modello: non si vuole, infatti, porre sullo stesso piano – e, quindi, creare una commistione – tra due fenomeni caratterizzati da una logica del tutto eterogenea.

Lo si ribadisce: nel caso della giustizia riparativa l'elemento dinamico della trattativa tra vittima e autore del reato assume un significato del tutto differente – e assai più nobile – dalla mera contrattazione economica che si sviluppa negli archetipi della *justice négociée* e, proprio per tale motivo, pare opportuno tenere ben

¹⁶⁴ Per un'esauritiva analisi comparata dell'argomento si veda, per tutti, A. BERNASCONI, *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, Milano, 1995; C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002.

¹⁶⁵ Cfr., a riguardo, F. PERONI, *Nozioni fondamentali*, cit., p. 7.

¹⁶⁶ Così si esprime efficacemente M. GIALUZ, *Mediazione e conciliazione*, in F. PERONI-M. GIALUZ, *La giustizia penale consensuale*, cit., p. 110, che si riferisce a quanto sostenuto da G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., pp. 178 ss. Per i dovuti richiami dottrinali in merito al principio di indisponibilità dell'accertamento nel processo penale, cfr., tra i più recenti, M. DI BITONTO, *Profili dispositivo dell'accertamento penale*, cit., pp. 39 ss.

distinti tali modelli, che pur costituiscono la più seria alternativa all'idea di una giustizia imposta meramente dall'alto dall'autorità.

Insomma, il lavoro si soffermerà su taluni tra i più importanti meccanismi di contrattazione sulla pena o comunque sull'esito del procedimento penale che si sono diffusi – spesso prima su un piano meramente informale per poi venir assorbiti nella struttura normativa espressa – a macchia d'olio in sempre più Paesi, appartenenti alle più svariate tradizioni giuridiche, della Grande Europa.

Per intuire l'ampiezza del fenomeno, basti pensare che è stata la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ad affermare, in un suo recente arresto in cui ha avallato la giustizia negoziata come convenzionalmente conforme, che – tra gli altri – Stati tanto diversi come «*Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, the Czech Republic, Estonia, France, Germany, Hungary, Italy, Malta, Moldova, Montenegro, Poland, Romania, Russia, Serbia, Slovakia, Slovenia, Spain, Switzerland, Ukraine and the United Kingdom have established plea-bargaining processes resulting in a criminal conviction*»¹⁶⁷. Mentre «*a small number of other countries (namely Austria, Denmark and Portugal), while not having passed legislation establishing plea bargaining as a legal concept within their legal systems, are nonetheless familiar with plea bargaining or similar processes in practice*»¹⁶⁸.

Oggetto della presente analisi saranno solo alcuni tra questi molteplici ordinamenti – si studieranno, infatti, i sistemi tedesco, austriaco, spagnolo, francese e italiano – i quali però, ognuno per diverse ragioni dogmatiche e/o storiche, assumono una rilevanza del tutto peculiare nel più ampio contesto della diffusione della negozialità sul continente europeo.

¹⁶⁷ Così, testualmente, Corte eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsvlishvili and Togonidze c. Georgia*, § 63.

¹⁶⁸ Corte eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsvlishvili and Togonidze c. Georgia*, § 62.

PARTE II
I PRINCIPALI MODELLI EUROPEI DI
GIUSTIZIA NEGOZIATA

CAPITOLO I

LA GIUSTIZIA PENALE NEGOZIATA IN GERMANIA

SOMMARIO. 1. Considerazioni introduttive. – 2. Le intese riguardanti la criminalità di medio-basso livello: l'interpretazione estensiva del §153 *StPO* e la creazione del §153a *StPO*. – 3. *Segue*. Le intese sui §§154 e 154a *StPO* e sullo *Strafbefehlsverfahren*. – 4. Le *Absprachen* informali concernenti la criminalità di medio/alto livello: considerazioni generali. – 5. La “scoperta” delle *Absprachen* informali da parte della dottrina e lo sviluppo della letteratura tedesca sul tema. – 6. La giurisprudenza tedesca sulle *Absprachen* informali. – 7. Le proposte normative di codificazione delle intese negoziate. – 8. La legge sulle *Verständigungen* del 2009: le disposizioni “satellite”. – 9. *Segue*. Il §257c *StPO*: disciplina e criticità. – 10. La *Verständigung* supera il vaglio del *Bundesverfassungsgericht*. – 11. Gli sviluppi più recenti.

1. Considerazioni introduttive

La Repubblica Federale di Germania rappresenta uno dei sistemi giuridici continentali in cui il fenomeno della giustizia penale negoziata (in senso stretto e forte) si è sviluppato più precocemente e in modo più intenso.

Ciò, a primo acchito, potrebbe forse stupire, tenuto conto che, dopo il secondo conflitto mondiale, in tale ordinamento è stato reintrodotta lo *Strafprozeßordnung* del 1877 – più volte emendato e tutt'ora in vigore – nella sua versione precedente il 1933¹, il quale, perlomeno dal punto di vista della normativa espressa, non lasciava spazio a forme di contrattazione sulla sanzione tra soggetti del procedimento simili al *plea bargaining* anglosassone².

¹ Cfr., sul punto, A. ESER, *La posizione giuridica dell'imputato nel processo penale tedesco*, in *Il giusto processo*, 1991, p. 275; C. SOFFERLING- E. HOVEN, *Foreword: Plea Bargaining in Germany after the Decision of the Federal Constitutional Court*, in *German Law Journal*, 2014, n.1, *Special Issue – Plea Bargains in Germany*, p. 2. In merito alle riforme che la procedura penale tedesca ha incontrato dopo il secondo conflitto mondiale, cfr., ampiamente, V. BAROSIO, *Il processo penale tedesco dopo la riforma del 1965*, Milano, 1967, pp. 3 ss.; P. RIEB, *Entwicklungstendenzen in der deutschen Strafprozessgesetzgebung seit 1950*, in *ZIS*, 2009, pp. 466 ss.

² Per una chiara disamina, in lingua inglese, della distanza concettuale tra principi classici del sistema processuale tedesco e il *plea bargaining*, cfr. T. WEIGEND, *The Decay of the Inquisitorial Ideal: Plea Bargaining Invades German Criminal Procedure*, in *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context. Essays in honour of Professor Mirjan Damaška*, a cura di J. Jackson – M. Langer – P. Tillers, Oxford – Portland, 2008, pp. 43 ss., nonché J. TURNER, *Plea bargaining across borders*, New York, 2009, pp. 75 ss. Cfr. anche i noti lavori di B. SCHÜNEMANN, *¿Crisis del procedimiento penal (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)*, in ID., *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Madrid, pp. 288 ss.; ID., *La reforma del Proceso Penal*, Madrid, pp. 84 ss.; ID., *Zur Kritik des amerikanischen Strafprozessmodells*, in AA.VV., *Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008*, Berlin, 2008, pp. 555 ss.

A questo riguardo, basti pensare che lo *StPO* non solo non prevedeva – come ancora oggi accade – l’istituto del *guilty plea*³, fondamentale per lo sviluppo di prassi negoziate nei paesi anglosassoni, ma è da sempre fondato su alcuni principi tipicamente inquisitori – come il principio di ricerca della verità materiale (*Inquisitionsmaxime*) di cui al §244 (2) – che sembravano poter fungere da decisivo baluardo contro l’invasione della giustizia negoziata⁴.

Vi erano, quindi, delle ragioni certamente fondate perché un comparatista del calibro di *Langbein* definisse, ancora nel 1979, la Germania come “*Land without Plea Bargaining*”⁵.

Tale analisi, tuttavia, non risultava, a ben vedere, esatta⁶: a quel tempo, infatti, nel sistema giuridico della *Bundesrepublik Deutschland*⁷ avevano già iniziato a svilupparsi silenziosamente, in modo sempre più impetuoso, una molteplicità di pratiche negoziate informali, riguardati anche la criminalità di medio-alto livello, che, pur con le dovute differenze, possono essere paragonate alla giustizia contrattata di *common law*⁸.

Si badi, individuare le origini della giustizia negoziata tedesca è un’impresa particolarmente ardua; e ciò proprio perché la stessa ha operato, per lungo tempo, in modo occulto⁹ senza alcuna base normativa, trattandosi, quindi, a seconda delle opinioni, di un fenomeno *praeter* o *contra legem*.

Ebbene, se si è a tal proposito autorevolmente affermato che alcune forme di accordi processuali sarebbero state da sempre presenti in Germania¹⁰, l’opinione dominante nella dottrina sembra collocare il vero punto di svolta nell’espansione delle intese negoziate tedesche negli anni Settanta¹¹.

³ Cfr., sul punto, T. WEIGEND, *The Decay of the Inquisitorial Ideal*, cit., p. 43-44. R. RAUXLOH, *Plea bargaining in National and International Law*, London – New York, 2012, p. 62.

⁴ Sul punto cfr. T. WEIGEND, *The Decay of the Inquisitorial Ideal*, cit., p. 43, nonché M. BOHLANDER, *Principles of German Criminal Procedure*, Oxford – Portland, 2012, p. 120.

⁵ Cfr. J.H. LANGBEIN, *Land without Plea Bargaining: How the Germans Do It*, in *Mich. L. Rev.*, 1979, pp. 204 ss.

⁶ Cfr. S.C. THAMAN, *A Typology of Consensual Criminal Procedures: An Historical and Comparative Perspective on the Theory and Practice of Avoiding the Full Criminal Trial*, in AA.VV., *World Plea Bargaining. Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, a cura di S.C. Thaman, Durham, 2010, p. 387 nt. 496.

⁷ Un discorso diverso, invece, andrebbe fatto per la DDR, sul punto si rimanda all’ampia analisi di R. RAUXLOH, *Plea bargaining*, cit., pp. 135 ss.

⁸ Cfr., sul punto, per tutti, B. SCHÜNEMANN, *Zur Entstehung des deutschen „plea bargaining“*, in AA.VV., *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*, München, 2005, pp. 1177 ss., nonché R. HAMM, *Rechtsgespräch oder Urteilsabsprachen? Der Deal erreicht die Revision*, in AA.VV., *Festschrift für Hans Dahs*, Köln, 2005, p. 267 ss.

⁹ Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen. Sitzungsbericht L zum 58. Deutschen Juristentag*, Bd. II, München, 1990, p. 12.

¹⁰ In questo senso, cfr. J. HERRMANN, *Absprachen im deutschen Strafverfahren*, in *Archivum Iuridicum Cracoviense*, 2000, p. 55. Sul punto cfr. S.C. THAMAN, *Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal Cases*, in AA.VV., *General Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law – Rapports généraux du XVII^e Congrès de l’Académie Internationale de Droit Comparé*, a cura di K. Boele Woelki-S. Van Erp, Bruxelles-Utrecht, 2007, p. 998 nt. 320.

¹¹ Cfr., tra i moltissimi, A. ENGLÄNDER, *Verständigung im Strafverfahren*, in AA.VV., *Effizienz durch Verständigung*, a cura di B.P.Paal – D.Poelzig, Baden Baden, 2015, p. 25; S. KOBOR, *Bargaining in the*

Difatti, per una serie eterogenea di ragioni¹² – tra cui la necessità individuare delle modalità processuali più efficienti per sfoltire il crescente e sempre più complesso carico giudiziario – a partire da tale decennio, hanno iniziato a svilupparsi sempre più delle oramai celebri forme di giustizia contrattata, fondate – molto spesso – su una confessione dibattimentale frutto di una trattativa tra i soggetti del procedimento, comunemente chiamate “*Absprachen*”, “*Verständigungen*”, “*Vereinbarungen*”, “*Vergleiche*”, “*Deal*” o così via¹³; termini che, seppur con delle piuttosto differenti sfumature di significato (positive o negative), rimandano «fondamentalmente all’idea di un incontro di volontà tra i soggetti coinvolti nel processo»¹⁴.

Peraltro, a dimostrazione di come la pratica degli accordi contrattati sulla sanzione non sia nata improvvisamente, ma costituisca il frutto di una progressiva evoluzione, che ha visto solo un significativo aumento quantitativo negli ultimi trent’anni del XX secolo, pare utile ricordare che, secondo quanto affermato da autorevole dottrina¹⁵, già in una decisione del 1 aprile 1960 il *Bundesgerichtshof* si era trovata a giudicare su un “*deal*” fallito tra Corte e accusato¹⁶.

Ma vi è di più. Lo sviluppo delle confessioni negoziate, riguardanti anche i crimini (*Verbrechen*¹⁷), è stato – tra l’altro – accompagnato e favorito da tutta una serie di eterogenee forme di *Absprachen* concernenti i delitti (i *Vergehen*¹⁸)¹⁹, dalla descrizione delle quali pare opportuno iniziare la trattazione.

2. Le intese riguardanti la criminalità di medio-basso livello: l’interpretazione estensiva del §153 StPO e la creazione del §153a StPO

È un fatto noto che in Germania sia in vigore, quale regola generale in materia di esercizio dell’azione penale, il cosiddetto *Legalitätsprinzip*, «per certi versi assimilabile al principio di obbligatorietà»²⁰ italiano.

Si tratta di una regola che, pur non essendo contenuta nel *Grundgesetz*, è proclamata espressamente a livello codicistico al §152, comma 2 *StPO*, il quale stabilisce che il pubblico ministero, salvo che non sia disposto diversamente, è

Criminal Justice Systems of the United States and Germany, Frankfurt a. M., 2008, p. 122; B. SCHÜNEMANN, *Zur Entstehung des deutschen „plea bargaining“*, cit., p. 1179.

¹² Sulle quali, cfr., ampiamente, T. WEIGEND, *The Decay of the Inquisitorial Ideal*, cit., pp. 50 ss., nonché R. RAUXLOH, *Plea bargaining*, cit., pp. 63 ss.

¹³ Sul punto, cfr. già l’acuta analisi di L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, Milano, 1992, p. 137. Più di recente, cfr. J. PETERS, *Urteilsabsprachen im Strafprozess Die deutsche Regelung im Vergleich mit Entwicklungen in England & Wales, Frankreich und Polen*, Göttingen, 2011, p. 7.

¹⁴ Così, cfr. L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, cit., p. 139.

¹⁵ Si allude a T. WEIGEND, *The Decay of the Inquisitorial Ideal*, cit., p. 47, nt. 36, nonché a S.C. THAMAN, *A Typology of Consensual Criminal Procedures*, cit., p. 387.

¹⁶ Cfr. BGH, 1 aprile 1960, 4 StR 36/60.

¹⁷ Si tratta dei reati sanzionati con la pena detentiva non inferiore nel minimo a un anno, §12, comma 1, StGB.

¹⁸ Ovvero i reati sanzionati con una pena detentiva inferiore nel minimo a un anno o pena pecuniaria, cfr. §12, comma 2, StGB.

¹⁹ Si veda, a riguardo, T. WEIGEND, *The Decay of the Inquisitorial Ideal*, cit., pp. 50-51.

²⁰ Cfr. K. JAVERS, *Uno sguardo critico attraverso la lente dei §§153, 153a StPO*, in AA.VV., *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di S. Quattrococo, Torino, 2015, p. 172.

obbligato a perseguire ogni infrazione della legge penale, purché vi siano sufficienti elementi di prova a riguardo²¹.

Ciò premesso, va però ricordato che il legislatore ha inserito, tramite numerosi e stratificati interventi normativi succedutisi nel corso degli anni, un novero assai cospicuo di eccezioni al suddetto principio di legalità (§§ 153 e ss. *StPO*), il quale quindi risulta temperato da tutta una serie, piuttosto eterogenea, di ipotesi d'archiviazione fondate su ragioni di opportunità²², operanti specie per la criminalità bagatellare.

È proprio con riguardo ad alcune di queste deroghe al *Legalitätsprinzip* che la giustizia negoziata tedesca "contemporanea" pare aver mosso i suoi primi passi, dimostrando, da subito, la sua forza espansiva.

Ci si riferisce, in particolare, a quanto avvenuto nel secondo dopoguerra con riguardo al §153 *StPO*, il quale prevede ancora oggi un'ipotesi di archiviazione per tenuità del fatto, riguardante i *Vergehen*, secondo cui, prima dell'esercizio dell'azione penale, il pubblico ministero può astenersi dal formulare l'imputazione - di norma con il consenso della Corte - quando la colpevolezza dell'indagato risulti esigua e manchi un interesse pubblico al perseguimento dell'azione penale²³. Sulla base del §153, comma 2, *StPO*, peraltro, nel caso in cui, invece, l'accusa sia già stata presentata, ove sussistano le medesime condizioni oggettive e soggettive, spetta invece al giudice il potere di "archiviare" la *regiudicanda* durante tutto il corso del procedimento, dovendo però a tal fine ottenere l'assenso del pubblico ministero e dell'imputato²⁴.

Ebbene, per quanto qui interessa, specie negli anni Sessanta, tale disposizione è stata al centro di interpretazioni a dir poco estensive, venendo sfruttata dai difensori e dai rappresentanti delle autorità (giudici/pubblici ministeri) come ponte normativo per contrattare tra di loro, in via del tutto informale, un accordo su un'archiviazione "meritata" dell'imputazione, disposta in cambio del compimento da parte dell'accusato di una prestazione positiva, normalmente consistente nel pagamento di una somma di denaro²⁵.

²¹ Cfr. anche §170 *StPO*.

²² Sullo sviluppo delle eccezioni al *Legalitätsprinzip* cfr., per tutti, H.-J. ALBRECHT, *Criminal Prosecution: Developments, Trends and Open Questions in the Federal Republic of Germany*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2000, pp. 246 ss.; M. DEITERS, *Legalitätsprinzip und Normgeltung*, Tübingen, 2006, *passim*; J.S. DETTMAR, *Legalität und Opportunität im Strafprozess*, Berlin, 2008, *passim*; H.-H. JESCHECK, *The Discretionary Powers of the Prosecuting Attorney in West Germany*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1970, pp. 508 ss.; J. HERRMANN, *The Rule of Compulsory Prosecution and the Scope of Prosecutorial Discretion in Germany*, in *The University of Chicago Law Review*, 1974, pp. 468 ss.; J.H. LANGBEIN, *Controlling Prosecutorial Discretion in Germany*, in *The University of Chicago Law Review*, 1974, pp. 439 ss.; M. PRELLE, *Opportunität und Konsens: Verfahrensförmige Normsuspension als Hilfe für die Überlast im Kriminaljustizsystem?*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2011, pp. 311 ss.; E. SOMMA, *L'organizzazione del pubblico ministero: rapporti nell'ufficio e tra gli uffici*, in AA.VV., *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Milano, 2006, pp. 284 ss.; T. WEIGEND, *Anklagepflicht und Ermessen*, Baden -Baden, 1978, *passim*.

²³ Per una recente e compiuta analisi di tale disposizione in lingua italiana, cfr. K. JAVERS, *Uno sguardo critico*, cit., pp. 173 ss.

²⁴ Cfr. K. JAVERS, *Uno sguardo critico*, cit., pp. 180 ss.

²⁵ Cfr., in argomento, in particolare H.-J. BARTSCH, *Einstellung gegen Bußzahlung - Unzulässiger Freikauf von der Strafsanktion*, in *ZRP*, 1969, pp. 128 ss.; J. HERRMANN, *The Rule of Compulsory*

Più in particolare, in diversi casi i difensori di alcuni indagati – i quali avrebbero spesso preso l’iniziativa sul punto²⁶ – hanno suggerito ai pubblici ministeri la possibilità che i loro clienti facessero una donazione caritatevole nel caso in cui si potessero aspettare l’applicazione dell’esito liberatorio di cui al §153 *StPO*²⁷; e ciò, per l’appunto, nonostante la lettera della legge nulla prevedesse con riguardo alla possibilità di condizionare l’archiviazione allo svolgimento di precisi comportamenti positivi²⁸.

A loro volta alcuni pubblici ministeri²⁹, – a differenza di altri che si sono opposti a tale operazione – si sono sentiti liberi di suggerire l’offerta di una somma superiore³⁰, di modo che, secondo quanto riportato dalla dottrina, in qualche caso avrebbero iniziato a svilupparsi dei veri e propri negoziati, durati anche settimane³¹.

Quella che si è venuta a creare è, quindi, in sostanza una «prassi archiviatori[a] “eterodossa”, scaturit[a] spontaneamente dall’invecchiato schema codicistico (§153 *StPO*)»³², che già di per sé era stato introdotto nel 1924 dall’*Emmiger-Verordnung* «per fronteggiare la “valanga di criminalità”, soprattutto contro il patrimonio provocata nei primi anni venti dal disordine sociale postbellico e dalle temperie economiche del “periodo dell’inflazione”»³³.

Di modo che, in sostanza, nel secondo dopoguerra gli operatori del diritto della *BRD*, onde fronteggiare la crescente criminalità di massa³⁴, hanno tentato di estendere le maglie di una delle principali eccezioni al principio di legalità dell’azione penale, anche al di là di quanto la legge permetteva espressamente, venendo così a creare un istituto di giustizia negoziata informale, caratterizzato da marcate finalità efficientistiche.

Prosecution, cit., pp. 489 ss.; J. KRÜPELMANN, *Die Bagatelldelikte: Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, Berlin, 1966, p. 226; E. SCHMIDHAUSER, *Freikaufverfahren mit Strafcharakter im Strafprozess*, in *JuristenZeitung*, 1973, pp. 529 ss.

²⁶ Questa è l’autorevole opinione di J. HERRMANN, *The Rule of Compulsory Prosecution*, cit., p. 490.

²⁷ Cfr., H.-J. BARTSCH, *Einstellung gegen Bußzahlung*, cit., pp. 128-129; J. HERRMANN, *The Rule of Compulsory Prosecution*, cit., p. 490.

²⁸ Anzi, come riportato da H.-J. BARTSCH, *Einstellung gegen Bußzahlung*, cit., p. 128, nonché da J. HERRMANN, *The Rule of Compulsory Prosecution*, cit., p. 490, se è vero che durante il periodo nazista i pubblici ministeri potevano archiviare una fattispecie penale dietro il pagamento di una somma di denaro, tuttavia, dopo la fine del secondo conflitto mondiale gli stessi hanno perso tale possibilità. Tanto che il §84, comma 4, delle *Richtlinien für das Strafverfahren* del 1966, stabilivano espressamente che «*die Einstellung darf nicht davon abhängig gemacht werden, daß der Beschuldigte die der Staatskasse erwachsenen Auslagen des Verfahrens übernimmt oder sich verpflichtet, eine Geldbuße an die Staatskasse oder eine andere Stelle zu zahlen*».

²⁹ Con riguardo alla prassi della procura d’Amburgo di subordinare l’archiviazione ex §153 al pagamento di una somma di denaro, cfr. E. SCHMIDHAUSER, *Freikaufverfahren mit Strafcharakter im Strafprozess*, cit., p. 529.

³⁰ Cfr., J. HERRMANN, *The Rule of Compulsory Prosecution*, cit., p. 490.

³¹ Cfr., J. HERRMANN, *The Rule of Compulsory Prosecution*, cit., p. 490.

³² Cfr. C.E. PALIERO, «Minima non curat Praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, p. 334.

³³ Cfr. C.E. PALIERO, «Minima non curat Praetor», p. 334.

³⁴ Così si esprime, H.-J. ALBRECHT, *Criminal Prosecution*, cit., p. 246.

Pare, invero, utile precisare che, già in tale primissima fase, le prestazioni a cui l'*Einstellung* veniva condizionata non si esaurivano alla sola ipotesi del pagamento di una somma di denaro a un ente caritatevole³⁵.

Non va dimenticato, infatti, che in alcuni processi – anche piuttosto celebri – il comportamento richiesto all'indagato per ottenere l'applicazione del §153 è stato la riparazione dei danni nei confronti delle vittime³⁶, venendosi così a gettare le basi – per l'appunto in via pretoria – per le successive esperienze di *restorative justice* che si sono sviluppate in Germania.

Ciò, ad esempio, è avvenuto nel celebre caso del Thalidomide, in cui il *Landgericht* di Aachen³⁷, a seguito di un dibattito durato due anni e mezzo ha ritenuto che la colpevolezza degli imputati fosse diminuita e quindi di poter utilizzare il §153, comma 2; e ciò, in particolare, in ragione del fatto che gli stessi, per un verso, erano stati esposti a un lungo processo assai pubblicizzato e, per un altro verso, si erano proposti di pagare alle vittime una somma considerevole a titolo di risarcimento³⁸. In tale fattispecie, oltretutto, l'interesse pubblico a una soluzione giudiziale della regudicanda era stato considerato subordinato a quello delle vittime al raggiungimento di un accordo economico³⁹.

In ogni caso, nonostante le critiche provenienti dalla dottrina⁴⁰ e il clamore mediatico suscitato nell'opinione pubblica dalla pratica di subordinare l'archiviazione alla prestazione di un'attività positiva specifica da parte dell'indagato/imputato⁴¹, il legislatore tedesco l'ha definitivamente assecondata, codificando, nel 1974 la disposizione chiave del §153a *StPO*, che per l'appunto prevede un'importante ipotesi – più volte novellata e a tutt'oggi vigente – di *Einstellung* condizionata al compimento di un novero assai eterogeneo di prestazioni⁴².

³⁵ Si vedano a riguardo gli esempi portati da J. HERRMANN, *The Rule of Compulsory Prosecution*, cit., pp. 489 ss.

³⁶ Cfr. J. HERRMANN, *The Rule of Compulsory Prosecution*, cit., p. 489.

³⁷ La decisione del 18 dicembre 1970 è pubblicata in *Juristenzeitung*, 1971, pp. 507 ss.

³⁸ Si veda sul punto, efficacemente, J. HERRMANN, *The Rule of Compulsory Prosecution*, cit., p. 492.

³⁹ Cfr. J. HERRMANN, *The Rule of Compulsory Prosecution*, cit., p. 492.

⁴⁰ Si vedano le efficaci critiche sollevate da H.-J. BARTSCH, *Einstellung gegen Bußzahlung*, cit., pp. 128 ss.; F. DENCKER, *Die Bagatelldelikte im Entwurf eines EGStGB*, in *Juristenzeitung*, 1973, pp. 144 ss.; E. SCHMIDHAUSER, *Freikaufverfahren mit Strafcharakter*, pp. 529 ss.

⁴¹ Cfr. sul punto E. SCHMIDHAUSER, *Freikaufverfahren mit Strafcharakter*, pp. 529 ss.

⁴² La letteratura in merito a tale disposizione è sconfinata, si vedano, tra i moltissimi, in lingua tedesca, i recenti studi di W. BEULKE, *Die unbenannten Auflagen und Weisungen des § 153a StPO*, in AA.VV., *Festschrift für Hans Dahs*, cit., pp. 209 ss.; J. BRÜNING, *Die Einstellung nach § 153a StPO. Moderner Ablasshandel oder Rettungsanker der Justiz?*, in *ZIS*, 2015, pp. 586 ss.; M. DEITERS – A.H. ALBRECHT, *§ 153a Abs. 2 StPO bei weiter aufklärbarem Verdacht eines Verbrechens? Überlegungen aus Anlass der vorläufigen Einstellung des Bremer Brechmittelverfahrens*, *ivi*, 2013, pp. 483 ss.; H. KUDLICH, *Ecclestone, Verständigungsgesetz und die Folgen – Reformbedarf für § 153 a StPO?*, in *ZRP*, 2015, pp. 10 ss.; F. SALDITT, *§ 153 a StPO und die Unschuldsovermutung*, in AA.VV., *Festschrift für Egon Müller*, a cura di H. Jung – B. Luxenburger – E. Wahle, Baden-Baden, 2008, pp. 611 ss.; C. TRENTMANN, *§ 153a StPO und das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung - Zum Vorwurf der Irrationalität und Paradoxie von Verfahrenseinstellungen gegen Geldauflage anlässlich des Falls Edathy*, in *ZStW*, 2016, pp. 446 ss. In lingua italiana, si rimanda, oltreché al già citato lavoro di K. JAVERS, *Uno sguardo critico*, cit., pp. 182 ss., a G. CORDERO, *Oltre il patteggiamento per i reati bagattellari? La limitata discrezionalità dell'azione penale operante nell'ordinamento tedesco federale e il «nostro» art. 112 Cost.*, in *Legisl. pen.*, 1988, pp. 665 ss.; L. LUPÁRIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. it.*,

In breve, nella versione originaria del primo comma di tale disposizione⁴³ si stabiliva che, ove si procedesse per un *Vergehen*, la colpevolezza dell'indagato fosse esigua e l'interesse pubblico alla persecuzione del reato – pur sussistente – potesse essere controbilanciato dallo svolgimento da parte di questi di una prestazione positiva, il pubblico ministero, con il necessario consenso del soggetto sottoposto a procedimento e senza che fosse richiesta una sua ammissione di colpevolezza⁴⁴, e con l'autorizzazione del giudice⁴⁵, potesse archiviare in modo, per l'appunto, condizionato la regiudicanda.

Come ancora oggi accade, inoltre, una volta ottenuta l'approvazione del giudice⁴⁶, il pubblico ministero poteva procedere a fissare un termine massimo (prorogabile) per l'esecuzione delle prestazioni (modificabili previo consenso dell'indagato), trascorso il quale, in caso di adempimento da parte dell'interessato, questi non era più perseguibile per il medesimo reato, venendo il caso archiviato in via definitiva⁴⁷.

Anche in questo caso, sulla base di quanto stabilito dal §153a, comma 2, già si prevedeva che, dopo l'esercizio dell'azione penale, ove sussistessero i medesimi requisiti e con il consenso del pubblico ministero, oltreché dell'imputato, il potere di disporre l'*Einstellung* meritata passasse, invece, esattamente come nel caso del §153, comma 2, al giudice.

Ebbene, con l'inserimento del 153a si è quindi introdotta nello *StPO* «un'archiviazione sull'accordo dei soggetti processuali»⁴⁸, inquadrabile tra le forme più classiche di *diversion*⁴⁹, la quale, come già accadeva in precedenza nella prassi, nonostante la legge non lo abbia mai chiarito in modo esplicito, spesso si è concretamente basata su delle vere e proprie negoziazioni tra l'accusatore e il difensore dell'indagato⁵⁰.

2002, pp. 1751 ss.; M. MENNA, *La nuova politica delle procedure differenziate a confronto con l'esperienza tedesca*, in *Arch. pen.*, 1988, pp. 648 ss.; C. MORGENSTERN, "Diversion" e sanzioni non detentive nell'ordinamento penale tedesco: una comparazione con il sistema italiano del giudice di pace, in AA.VV., *Competenza penale del giudice di pace e "nuove" pene non detentive*, Milano, 2004, pp. 91 ss.; S. QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Napoli, 2004, pp. 128 ss. In lingua inglese si vedano, tra i molti, S. GLESS – N. ZURKINDEN, *Negotiated Justice - Balancing Efficiency and Procedural Safeguards*, in AA.VV., *Challenges in the Field of Economic and Financial Crime in Europe and the US*, a cura di K. Ligeti – V. Franssen, Oxford, 2017, pp. 117 ss.; T. WEIGEND, *Continental Cures for American Ailments: European Criminal Procedure as a Model for Law Reform*, in *Crime and Justice*, 1980, pp. 381 ss.; ID., *In Germany, Fines Often Imposed in Lieu of Prosecution*, in AA.VV., *Intermediate Sanctions in Overcrowded Times*, a cura di M. Tonry – K. Hamilton, Boston, 1995, pp. 50 ss.

⁴³ Cfr. K. JAVERS, *Uno sguardo critico*, cit., p. 183.

⁴⁴ Secondo quanto riportato da K. JAVERS, *Uno sguardo critico*, cit., p. 183, in virtù della presunzione d'innocenza, il consenso dell'imputato non contiene un'ammissione di colpevolezza di alcun genere. In argomento cfr. D. SAUER – S. MÜNKEL, *Absprachen im Strafprozess*, Hamburg, 2014, pp. 55-56.

⁴⁵ Come accade anche per il §153 *StPO* di regola l'archiviazione è richiesta al giudice, ma in alcuni casi di reati bagatellari è disposta direttamente dalla pubblica accusa, senza l'intervento della Corte.

⁴⁶ In merito alla regola di giudizio richiesta per disporre tale archiviazione cfr. K. JAVERS, *Uno sguardo critico*, cit., p. 183.

⁴⁷ Cfr. K. JAVERS, *Uno sguardo critico*, cit., p. 187.

⁴⁸ Così si esprime, efficacemente, L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, cit., p. 156.

⁴⁹ Cfr. L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, cit., p. 156.

⁵⁰ Si vedano, sul punto, tra i moltissimi, K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, in AA.VV., *World Plea Bargaining*, cit., p. 158; F. BITTMAN, *Die Verständigung und die Rolle der Staatsanwaltschaft*, in AA. VV., *Praxishandbuch zur Verständigung im Strafverfahren*, a cura di A. Sinn –

A ben vedere, peraltro, lo sviluppo di trattative finalizzate a far terminare il procedimento mediante un'archiviazione meritata sembra fosse inevitabile: il legislatore, infatti, non fissando alcun tetto specifico con riguardo all'entità massima delle prestazioni a cui l'esito liberatorio può essere condizionato ha consapevolmente lasciato alle parti – senza disciplinare in alcun modo la fase del negoziato – il compito di trovare, tramite delle proposte e controproposte reciproche, un'intesa sul punto⁵¹.

Pare a questo punto necessario segnalare che anche le condizioni a cui, in base alla versione originaria del §153a, l'archiviazione poteva essere subordinata hanno costituito per lo più il recepimento di quelle sviluppatasi nella prassi previgente, rimanendo, quindi, piuttosto eterogenee e spaziando – tra l'altro –, dal mero pagamento di una somma di denaro allo Stato o a un ente caritatevole, al compimento di attività prettamente restitutorie nei confronti delle vittime⁵². Va subito chiarito che gli oneri stabiliti da tale disposizione sono state man mano aumentati nel corso degli anni, tanto che, ad esempio, nel 1999 si è prevista anche la possibilità di condizionare l'*Einstellung* a una vera e propria mediazione tra vittima e autore del reato⁵³.

Alla luce di ciò, sembra potersi affermare che l'archiviazione di cui al §153a, sin dalla sua introduzione, sia stata caratterizzata da una molteplicità di *ratio*, le quali dipendono dalla profonda diversità dei comportamenti, previsti astrattamente dalla legge, che sono richiesti all'indagato/imputato in cambio di un esito liberatorio.

Pare, infatti, esservi una profonda differenza tra il mero pagamento di una somma di denaro in cambio di un'archiviazione e il compimento di una serie di attività riparatorie/mediate: nel primo caso, infatti, l'istituto sembra essere finalizzato a raggiungere uno scopo di mera economia processuale, mentre, nel secondo, lo stesso pare piuttosto rivolto a prevalenti obiettivi riconciliativi.

Di modo che, in sostanza, nonostante – come si è già chiarito – l'art. 153a si possa basare su un'attività di negoziazione tra soggetti del procedimento, lo stesso non pare collocabile una volta per tutte all'interno della giustizia negoziata in senso stretto come sopra definita, potendo, ove gli oneri concretamente disposti siano tutti improntati in favore della vittima, essere piuttosto fatto rientrare nel paradigma della *restorative justice*.

C. Schöfling, Belin, 2017, pp. 45 ss.; A. ENGLÄNDER, *Verständigung im Strafverfahren*, cit., pp. 24-25; S. GLESS – N. ZURKINDEN, *Negotiated Justice*, cit., pp. 129 ss.; J. HERRMANN, *Absprachen im deutschen Strafverfahren*, cit., pp. 60 ss.; K. JAVERS, *Uno sguardo critico*, cit., p. 183; S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., pp. 132 ss.; T. LEIBOLD, *Der Deal im Steuerstrafrecht. Die Verständigung gemäß § 257c StPO in der Systematik des formellen und materiellen Rechts*, Berlin, 2016, pp. 154 ss.; D. SAUER – S. MÜNDEL, *Absprachen im Strafprozess*, cit., pp. 48 ss.; ; B. SCHÜNEMANN, *Die informellen Absprachen als Überlebenskrise des deutschen Strafverfahrens*, in *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, 1992, p. 367; T. WEIGEND, *Absprachen in ausländischen Strafverfahren*, Freiburg, 1990, pp. 12 ss.; E. WEßLAU, *Absprachen in Strafverfahren*, in *ZStW*, 2004, pp. 152 ss.

⁵¹ Compie delle riflessioni simili S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., p. 133.

⁵² Per un'analisi completa sul punto si rimanda nuovamente a K. JAVERS, *Uno sguardo critico*, cit., p. 186.

⁵³ Cfr., in argomento, efficacemente 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*, Milano, 2005, p. 55.

Peraltro, se tali affermazioni sembrano valide in astratto, va subito precisato che la condizione a cui, statisticamente, si è assai più spesso subordinata l'archiviazione di cui §153a *StPO* è stata il pagamento di una somma di denaro destinata allo Stato⁵⁴, ovvero quella prestazione più marcatamente ricollegabile al mero fine utilitaristico di garantire una rapida – e a volte comoda – via di uscita da un procedimento penale a un indagato/imputato.

Di conseguenza, non paiono esservi dubbi ad affermare che nella prassi, tra le varie anime di tale istituto, ha – fino a oggi – prevalso nettamente quella negoziata rispetto a quella più propriamente riparativa.

Anche a prescindere da tali considerazioni un dato è certo: benché si sia a più voci affermato che gli oneri e ordini previsti nel §153a non costituiscano delle vere e proprie sanzioni⁵⁵, mediante tale disposizione l'ordinamento tedesco ha definitivamente accettato la possibilità che un procedimento penale potesse terminare anticipatamente solo per il tramite di un incontro di volontà delle parti (e, eventualmente, del giudice), raggiunto tramite delle vere e proprie contrattazioni.

Alla luce di ciò, si comprende perché si sia autorevolmente affermato che l'introduzione del §153a «*also put an end to the traditional idea that the criminal process was invariably bound by hard and fast rules; instead, it became possible for the defence to 'make a deal' with the prosecution and thus to avoid a criminal conviction*»⁵⁶.

Si è trattato, quindi, di un segnale di forte apertura nei confronti della giustizia contrattata, che ha inevitabilmente favorito lo sviluppo tra gli operatori del diritto tedeschi di una mentalità aperta alle negoziazioni penali.

Una riprova ancora più forte di ciò si è peraltro avuta nel 1993 quando è stata approvata una riforma, essenzialmente giustificata dai problemi economici dovuti alla riunificazione della Germania, con cui i poteri attribuiti al pubblico ministero o alla Corte di archiviare le fattispecie in modo condizionato *ex* §153a sono stati accresciuti notevolmente⁵⁷.

Da tale momento, infatti, l'autorità pubblica ha acquisito il potere di archiviare la fattispecie penale in modo condizionato non più nei soli casi di esiguità della colpevolezza (come accade per il §153 *StPO*), ma, invece, in tutte le regiudicande in cui «non sussista una colpevolezza grave, ostativa all'archiviazione»⁵⁸.

Ancora una volta, quindi, – come era avvenuto nel primo e nel secondo dopoguerra – il legislatore tedesco ha fatto leva sulle eccezioni al principio di legalità dell'azione penale, incrementandole significativamente, per far fronte alla

⁵⁴ Si vedano sul punto, per tutti, J. ALBRECHT, *Settlements out of court: A Comparative Study of European Criminal Justice Systems*, in *South African Law Commission, Research Paper 19*, Pretoria, 2001, p. 10; T. BAUMANN, *Staatsanwaltschaftliche Ermittlungstätigkeit in Deutschland Umfang und Struktur der Verfahrenserledigung*, in *WISTA – Wirtschaft und Statistik*, 2015, n. 3, p. 81; J. BRÜNING, *Die Einstellung nach § 153a StPO*, cit., p. 588; E. WEßLAU, *Absprachen in Strafverfahren*, cit., p. 153.

⁵⁵ Si veda, in tal senso, K. JAVERS, *Uno sguardo critico*, cit., pp. 185-186

⁵⁶ Così si esprime, autorevolmente, T. WEIGEND, *The Decay of the Inquisitorial Ideal*, cit., p. 51.

⁵⁷ Si veda sul punto H.-J. ALBRECHT, *Criminal Prosecution*, cit., p. 247.

⁵⁸ Cfr. K. JAVERS, *Uno sguardo critico*, cit., p. 183.

scarsità delle risorse necessarie per ricostruire il sistema giuridico della Germania dell'Est, a corto di risorse⁵⁹.

Tuttavia, non va dimenticato come, secondo alcuni, anche in questo caso non si è trattato altro che di dare una base legale a quanto già negli anni precedenti stava accadendo – in particolare con riguardo alla criminalità economica e dei colletti bianchi – nella pratica di molte procure, le quali si erano già notevolmente distaccate da quel criterio della colpevolezza esigua richiesto dalla versione originaria dell'art. 153a⁶⁰, applicando tale archiviazione in modo estensivo.

Anche tale novella, quindi, non costituisce altro che un'ulteriore conferma della vocazione espansiva del modello tedesco di giustizia contrattata, continuamente sviluppatosi tra spinte in avanti favorite da interpretazioni (a dir poco) estensive degli operatori pratici del diritto e successive ratifiche dello *status quo* da parte del legislatore.

3. Segue. Le intese sui §§154 e 154a StPO e sullo Strafbefehlsverfahren

Questa vera e propria rivoluzione nel segno della negozialità, all'inizio sviluppatasi in modo silenzioso tra le maglie della procedura penale tedesca, non è rimasta peraltro confinata all'interno del solo §153a StPO.

Come si avrà modo di vedere meglio in seguito, infatti, anche altre eccezioni al principio di legalità dell'azione penale costituiscono la fonte per delle trattative e accordi tra le parti e, eventualmente, il giudice.

Ciò, ad esempio, è avvenuto con riguardo alle disposizioni di cui ai §§ 154 e 154a StPO⁶¹, le quali forniscono – al pubblico ministero prima dell'esercizio dell'azione penale e al giudice nelle fasi successive – il potere di archiviare, in una serie eterogena di casi, una parte degli addebiti sollevati nei confronti dell'accusato, di cui peraltro non è richiesto il consenso.

Più precisamente, il §154 StPO dispone che l'autorità possa astenersi dal perseguire un fatto di reato «sia quando la pena o la misura di sicurezza aggiuntiva non comporterebbe una condanna significativamente più rilevante di quella correlativa ad altro fatto già coperto dal giudicato o da giudicare [...], sia quando l'astensione per un fatto è giustificata dalla circostanza che la pena o la misura di

⁵⁹ Così si esprime H.-J. ALBRECHT, *Criminal Prosecution*, cit., p. 247.

⁶⁰ Cfr. H.-J. ALBRECHT, *Criminal Prosecution*, cit., p. 248.

⁶¹ Con riguardo alle *Absprachen* ex §§154 e 154a, cfr., per tutti, K. ALTENHAIN – I. HAGEMEIER, M. HAIMERL, K.-H. STAMMEN, *Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren*, Baden-Baden, 2007, pp. 125 s.; K. GÖSSEL, *Zur Zulässigkeit von Absprachen im Strafverfahren in der Rechtsprechung*, in AA.VV., *Recht gestalten - dem Recht dienen. Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag am 29. Juli 2007*, Berlin, 2007, p. 89; A. GRAUMANN, *Die Absprache über die Nichtverfolgung einer Tat gemäß § 154 StPO – Anmerkung zu BGHSt 52, 165, (= HRRS 2008 Nr. 459)*, in AA.VV., *HRRS-Festgabe für GERHARD FEZER zum 70. Geburtstag, am 29. Oktober 2008*, a cura di K. Gaede-F. Meyer-S. Schlegel, Hamburg, 2008, pp. 53 ss.; S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., pp. 139-140; T. LEIBOLD, *Der Deal im Steuerstrafrecht*, cit., pp. 159 ss.; J. PETERS, *Urteilsabsprachen im Strafprozess*, cit., p. 209; T. RÖNNAU, *Die Absprache im Strafprozess. Eine rechtssystematische Untersuchung nach dem geltenden Strafprozessrecht*, Baden-Baden, 1990, p. 32; D. SAUER – S. MÜNKEL, *Absprachen im Strafprozess*, cit., pp. 56 ss; B. SCHÜNEMANN, *Absprachen im Strafverfahren?*, cit., pp. 91 s.

sicurezza per altro fatto coperto dal giudicato od in attesa di esso è ritenuta sufficiente per l'autore del reato e per la difesa dell'ordinamento giuridico»⁶².

Dal canto suo, diversamente dal §154 il §154a *StPO* non riguarda, invece, una pluralità di «fatti completi tra loro collegati»⁶³, quanto piuttosto «parti separate dello stesso fatto (reato continuato) o più violazioni commesse con lo stesso fatto (concorso formale)»⁶⁴.

Ebbene, a tale riguardo, si è sviluppata, nuovamente in via del tutto informale, una prassi secondo cui alcuni indagati hanno promesso nel corso delle indagini preliminari di effettuare una confessione dibattimentale per tutti o una parte degli addebiti, in cambio proprio di un'archiviazione ex §§154, 154a *StPO*⁶⁵. Nel caso in cui la pubblica accusa e l'imputato raggiungessero un accordo di tal genere, toccava prima al pubblico ministero archiviare temporaneamente una parte delle imputazioni, per poi farlo in via definitiva una volta che l'imputato avesse tenuto fede alla sua parte del patto⁶⁶.

In tal modo, quindi, si è venuto in sostanza a creare una sorta di *charge bargaining* orizzontale tedesco⁶⁷, tramite cui, per l'appunto, gli operatori pratici hanno tentato di estendere il più possibile tali eccezioni al generale principio di legalità dell'azione penale, già di per sé caratterizzate da una chiara *ratio* di economia processuale⁶⁸ e fondate su una limitazione *ex lege* – da un punto di vista teorico non negoziata – dell'enunciato fattuale di cui all'imputazione.

Ma non è tutto. Per quanto concerne la criminalità di basso livello, secondo la dottrina, proprio il cambio di mentalità avutosi negli anni Settanta con riguardo alla negoziabilità avrebbe favorito lo sviluppo di una serie di trattative tra pubblico ministero e difensore dell'accusato anche all'interno del procedimento monitorio di cui ai §§407 ss.⁶⁹, il quale è a sua volta un istituto⁷⁰, che, perlomeno da un punto di vista normativo, non dovrebbe lasciare alcuno spazio alla presenza di proposte e controproposte tra le parti⁷¹.

⁶² Si è così ripresa l'efficace spiegazione di E. SOMMA, *L'organizzazione del pubblico ministero*, cit., p. 287.

⁶³ Cfr. E. SOMMA, *L'organizzazione del pubblico ministero*, cit., p. 287.

⁶⁴ Cfr. E. SOMMA, *L'organizzazione del pubblico ministero*, cit., p. 287-288.

⁶⁵ Si veda a riguardo l'efficace spiegazione di S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., pp. 139-140.

⁶⁶ Cfr. S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., pp. 139-140.

⁶⁷ Fa rientrare le *Absprachen* sul 154 e 154a *StPO* all'interno della categoria del *charge bargaining* J. PETERS, *Urteilsabsprachen im Strafprozess*, cit., p. 209.

⁶⁸ S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 53.

⁶⁹ Questa è l'opinione di S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., p. 137. Con riguardo alle *Absprachen* sullo *Strafbefehl*, si vedano, tra i molti, K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., pp. 158-159; J. HERRMANN, *Bargaining Justice – A Bargain for German Criminal Justice*, in *U. Pitt. L. Rev.*, 1992, pp. 761 ss.; T. LEIBOLD, *Der Deal im Steuerstrafrecht*, cit., pp. 164 ss.; R. RAUXLOH, *Plea bargaining*, cit., p. 75; D. SAUER – S. MÜNDEL, *Absprachen im Strafprozess*, cit., pp. 70 ss.; W. SCHMIDT-HIEBER, *Vereinbarungen im Strafverfahren*, in *NJW*, 1982, p. 1020; E. WEBLAU, *Absprachen in Strafverfahren*, cit., p. 161.

⁷⁰ Sul quale si veda la recente analisi di T. ELOBIED, *Die Entwicklung des Strafbefehlsverfahrens von 1846 bis in die Gegenwart*, Berlin, 2010.

⁷¹ Pare peraltro utile ricordare che, come si è accennato, lo *Strafbefehl* è stato a più riprese paragonato da autori anglosassoni e non solo all'istituto del *guilty plea*.

Come il procedimento per decreto italiano, infatti, lo *Strafbefehl* è un rito sommario, interamente scritto, basato su una richiesta del pubblico ministero e una decisione a riguardo di un giudice, pensato per riuscire a smaltire più efficacemente la criminalità più lieve, permettendo la condanna di un imputato – a cui è garantita però la possibilità di proporre opposizione – senza lo svolgimento di un dibattimento⁷².

Ciononostante, è oramai risaputo che da decenni, in un numero considerevole di casi, alcuni avvocati, ove il loro cliente fosse disposto a vedersi applicato uno *Strafbefehl* – con cui nella procedura penale tedesca possono applicarsi solo sanzioni non detentive o comunque sospese – hanno iniziato a contattare la pubblica accusa e a offrire l'accettazione di un "penal order" nel caso in cui la somma di denaro non eccedesse determinati limiti⁷³.

Tanto che, oramai, «*it is well-accepted in Germany that the prosecutor and defense counsel engage in discussions as to the content of the penal order and the recommended punishment before the prosecutor issues the order*»⁷⁴.

Nei casi più complicati persino i giudici sono coinvolti nelle negoziazioni – totalmente informali – tra accusa e difesa⁷⁵.

Si badi, il fatto che il procedimento per decreto tedesco si applichi soltanto ai *Vergehen* non deve trarre in inganno sull'importanza fondamentale che tale istituto di giustizia negoziata riveste in questo sistema processuale: non va, infatti, dimenticato che nel corso degli anni le regiudicande a cui è stato applicato tale rito sono aumentate sempre più⁷⁶.

D'altra parte, due aspetti in particolare hanno favorito le negoziazioni nel procedimento per decreto tedesco: la prima è costituita dal fatto che, con il passare del tempo, le sanzioni pecuniarie sono diventate assai utilizzate anche nei confronti di reati piuttosto gravi⁷⁷, la seconda – e più significativa – è il fatto che nella maggior parte dei giudici hanno sviluppato l'abitudine di emanare lo *Strafbefehl* senza un esame particolarmente approfondito della *regiudicanda*⁷⁸.

Peraltro, se gli accordi sviluppatasi sulla base dei §§153 e ss. o 407 e ss. *StPO* hanno costituito perlomeno il frutto di un'interpretazione estensiva di disposizioni codicistiche esistenti, non determinando, oltretutto, l'applicazione di sanzioni direttamente limitative della libertà personale degli imputati, un discorso del tutto diverso vale per le già citate *Absprachen* concernenti (pure) le fattispecie di reato più gravi⁷⁹.

⁷² Cfr. J. HERRMANN, *Bargaining Justice*, cit., p. 761, nonché, più di recente, S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., p. 136;

⁷³ Cfr. J. HERRMANN, *Bargaining Justice*, cit., p. 761.

⁷⁴ Cfr. K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., p. 158.

⁷⁵ Cfr. J. HERRMANN, *Bargaining Justice*, cit., p. 762, nonché, più di recente, S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., p. 138.

⁷⁶ Si veda, sul punto, in particolare S. C. THAMAN, *The Penal Order: Prosecutorial Sentencing as a Model for Criminal Justice Reform?*, in AA.VV., *The Prosecutor in Transnational Perspective*, Oxford, 2012, p. 158.

⁷⁷ Cfr. J. HERRMANN, *Bargaining Justice*, cit., p. 761, nonché, più di recente, S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., p. 137.

⁷⁸ Cfr. S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., p. 137.

⁷⁹ Si veda per una riflessione simile T. SWENSON, *The German "Plea Bargaining" Debate*, in *Pace International Law Review*, 1995, p. 381, nt. 19

In quest'ultimo caso, infatti, come si è accennato, delle forme eterogenee di giustizia negoziata in senso forte e stretto si sono sviluppate, specie nella fase pre-dibattimentale o dibattimentale, senza alcun appiglio codicistico⁸⁰ e in modo, inizialmente, a tutti oscuro, se non agli operatori pratici del diritto.

4. *Le Absprachen informali concernenti la criminalità di medio/alto livello: considerazioni generali*

Il meccanismo delle *Absprachen* negoziate informali, riguardanti anche le fattispecie di reato di medio-alta gravità, rappresenta, senza alcun dubbio, l'istituto maggiormente rappresentativo della giustizia negoziata tedesca.

Tale fenomeno si è fondato sulla base di una considerazione pratica: sebbene, in ossequio alla tradizione giuridica continentale, nel sistema processuale penale della *Bundesrepublik Deutschland* la confessione – a differenza del *guilty plea* anglosassone – non faccia venir meno la necessità di svolgere un vero e proprio dibattimento per ricercare la verità materiale⁸¹, l'ammissione di responsabilità da parte di un imputato provoca comunque una importante diminuzione dei tempi processuali.

Difatti, specie nel caso in cui l'accusato compia una *Geständnis* (confessione) nel corso dell'esame a cui – volontariamente – è sottoposto all'inizio dell'udienza dibattimentale⁸², si ha un notevole risparmio cronologico, posto che, da quel momento in poi, «*the judge will take only some of the evidence to make sure there is a sufficient factual basis for the confession*»⁸³.

Ebbene, resisi conto di ciò, gli operatori del diritto, pur in assenza di alcun appiglio normativo, hanno iniziato a modellare tra di loro degli schemi del tutto informali di reciproche concessioni, «il cui principale contenuto può essere sintetizzato nello slogan “scambio confessione con sospensione o riduzione della pena”»⁸⁴.

I vantaggi della conclusione di un accordo di tal genere sono, del resto, evidenti: da un lato, l'autorità pubblica ha individuato un modo di risparmiare notevoli energie processuali, raggiungendo più facilmente la prova della colpevolezza dell'imputato; da un altro lato, quest'ultimo è riuscito a diminuire il più possibile l'afflittività della sanzione penale a lui irrogata.

È ovvio d'altra parte che, trattandosi di una prassi del tutto informale, gli sconti di pena dovuti alle *Absprachen* sono decisi volta per volta in base a una valutazione *ad hoc* della singola Corte: in base a quanto di recente riportato, peraltro,

⁸⁰ Cfr. K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., p. 159.

⁸¹ Cfr., sul punto, J. HERRMANN, *Absprachen im deutschen Strafverfahren*, cit., p. 69, E. WEßLAU, *Absprachen in Strafverfahren*, cit., p. 166.

⁸² Cfr. §§243 e 244 StPO.

⁸³ In questo senso, efficacemente, J. HERRMANN, *Bargaining Justice*, cit., p. 763.

⁸⁴ Così, efficacemente, già L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, cit., p. 173. In argomento, cfr., per tutti, M. NIEMÖLLER, *Absprachen im Strafprozeß*, in *StV*, 1990, p. 36; B. SCHÜNEMANN – J. HAUER, *Absprachen im Strafverfahren – Zentrale Probleme einer künftigen gesetzlichen Regelung*, in *AnwBl*, 2006, p. 440; T. WEIGEND, *Abgesprochene Gerechtigkeit - Effizienz durch Kooperation im Strafverfahren?* -, in *JZ*, 1990, p. 774.

il premio per la conclusione di una *Absprachen* informale è stato normalmente ricompreso attorno al 30% della sentenza che sarebbe stata pronunciata a seguito di un dibattimento “normale”⁸⁵.

Come anticipato, le discussioni in merito a uno scambio tra una confessione e una mitigazione del *quantum* di pena da applicare, si sono sviluppate soprattutto dopo la formulazione dell'imputazione⁸⁶, pur avvenendo spesso anche nella fase precedente, sotto forma di archiviazioni *ex art.* 154 – 154a StPO contrattate con la pubblica accusa.

Più in particolare, in molti processi, prima dell'apertura del dibattimento⁸⁷, hanno iniziato aver luogo delle trattative del tutto informali – per telefono, nei corridoi, nella stanza del giudice e così via⁸⁸ – in merito a una possibile soluzione contrattata della regiudicanda.

Le trattative assai spesso sono avvenute nel momento delle discussioni concernenti la fissazione della data per l'udienza⁸⁹: lo scopo primario di tale scambio di opinioni concerneva l'ipotetica durata della *Hauptverhandlung*, la quale – com'è naturale – poteva variare in modo assai significativo a seconda che l'accusato decidesse di contrastare fermamente l'imputazione, richiedendo, ad esempio, l'ammissione di numerose prove a discarico o ammettesse la sua responsabilità.

In altre regiudicande, invece, le negoziazioni si sono sviluppate anche dopo l'inizio del dibattimento⁹⁰, portando, ove si riuscisse a raggiungere un accordo, a una rapida conclusione di udienze, che, altrimenti, sarebbero durate molto tempo. In tali fattispecie, molto spesso, dopo l'assunzione di alcune prove a carico dell'imputato, alcuni giudici hanno preso l'abitudine di interrompere l'udienza e chiedere al difensore e al pubblico ministero di uscire fuori dall'aula e di andare nel corridoio o nella loro stanza: durante la pausa, normalmente, avvenivano le trattative⁹¹.

Merita subito precisare che, nel caso delle *Absprachen* concluse dopo l'esercizio dell'azione penale, le negoziazioni hanno visto come protagonisti principali il giudice – nel caso in cui vi fosse un collegio il presidente⁹², il quale spesso ha operato come promotore e *primus inter pares* della trattativa, persino

⁸⁵ In questo senso, autorevolmente, J. TURNER, *Plea bargaining across borders*, cit., p. 107. Cfr. anche EAD., *Judicial Participation in Plea Negotiations: A Comparative View*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2006, p. 235.

⁸⁶ Cfr., K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., p. 160.

⁸⁷ Cfr., K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., p. 160.

⁸⁸ Si vedano, a riguardo, i significativi esempi pratici riportati da D. DEAL, *Aus der Praxis Der strafprozessuale Vergleich*, in *StV*, 1982, pp. 546 ss. Cfr. anche J. HERRMANN, *Absprachen im deutschen Strafverfahren*, cit., p. 69.

⁸⁹ Cfr., K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., p. 160.

⁹⁰ Cfr., K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., p. 160. Vedi anche K. ALTENHAIN – M. HAIMERL, *Modelle konsensualer Erledigung des Hauptverfahrens*, in *GA*, 2005, p. 281.

⁹¹ Cfr. K. ALTENHAIN – M. HAIMERL, *Modelle konsensualer Erledigung*, cit., p. 283; S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., p. 144.

⁹² Cfr. S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., pp. 142-143.

all'insaputa dei componenti laici della corte e talora anche degli ulteriori giudici togati⁹³ – e il difensore dell'imputato⁹⁴.

Al contrario, invece, la pubblica accusa ha giocato un ruolo minore, rimanendo per lungo tempo persino discusso se il consenso di questi alle discussioni e all'accordo risultasse indispensabile per la buona riuscita del negoziato⁹⁵. A tale riguardo, si è persino affermato che «*since the judge is fully in charge of a case once the charge have been filed and because sentencing is in sole discretion of the court, prosecutorial consent to the bargain as an essential requirement seems alien to the German system of inquisitorial criminal justice*»⁹⁶. Un dato però è certo: visto il potere del pubblico ministero di proporre impugnazione nei confronti della decisione contrattata, il modo più semplice affinché l'accordo andasse a buon fine è stato, com'è ovvio, cercare di coinvolgere e ottenere anche l'assenso di questo soggetto⁹⁷.

Anche l'imputato di norma ha avuto assai poco peso nelle contrattazioni⁹⁸: «in misura analoga a quanto accade negli U.S.A., la partecipazione [di questi] alle trattative in discorso si [è] configura[ta] di solito come meramente marginale e, comunque, del tutto eventuale»⁹⁹. La fase del negoziato è, quindi, stata interpretata come un momento altamente tecnico, il quale, esattamente come nei casi in cui si discutesse sull'applicazione di una norma giuridica, non doveva essere disturbato «da componenti personali ed emotive»¹⁰⁰.

Lo stesso vale anche per le vittime, le quali di norma non hanno avuto un ruolo specifico nelle negoziazioni, non venendo neppure consultate prima che un accordo venisse raggiunto¹⁰¹.

Se, come anticipato, il contenuto delle discussioni ha avuto quale oggetto principale lo scambio tra un trattamento sanzionatorio favorevole e una confessione, non sono mancate anche delle significative variazioni da tale schema base¹⁰².

Difatti, in cambio della promessa dell'applicazione di una determinata pena (o meglio di un determinato tetto sanzionatorio massimo) il giudice o la pubblica accusa hanno chiesto all'imputato di tenere comportamenti che vanno oltre la mera cooperazione nella determinazione di colpevolezza, come, ad esempio, il

⁹³ Così, L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, cit., p. 189.

⁹⁴ Cfr. K. ALTENHAIN – M. HAIMERL, *Modelle konsensualer Erledigung*, cit., p. 302; J. HERRMANN, *Absprachen im deutschen Strafverfahren*, cit., pp. 68-89, nonché S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., p. 142.

⁹⁵ Cfr. S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., p. 142 e in particolare nota 692 dove cita giurisprudenza in favore di una e dell'altra tesi.

⁹⁶ Cfr. S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., pp. 142-143.

⁹⁷ Questa è l'opinione di T. WEIGEND, *The Decay of the Inquisitorial Ideal*, cit., p. 45.

⁹⁸ Cfr. K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., p. 160.

⁹⁹ Così, L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, cit., p. 193.

¹⁰⁰ Così, L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, cit., p. 193.

¹⁰¹ Cfr. J. TURNER, *Plea bargaining across borders*, cit., p. 105.

¹⁰² Cfr. K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., p. 161.

risarcimento dei danni, l'iniziare un'attività di conciliazione con la vittima¹⁰³, nonché, oppure la rinuncia dell'accusato all'assunzione di prove¹⁰⁴.

Come si è già avuto modo di accennare, anche questioni riguardanti la possibilità di confiscare o meno dei beni è stata al centro delle discussioni concernenti le *Absprachen* informali¹⁰⁵.

In ogni caso, merita segnalare che la pratica che più di ogni altra si è sviluppata accanto a quella confessoria è stata quella di negoziare una rinuncia preventiva dell'accusato al suo diritto di proporre appello¹⁰⁶; e ciò in ragione del fatto che «*an Absprache is typically based on a summary investigation on the facts, inferior to that which takes place at a full trial, and thus the risk of reversals is higher than in other cases*»¹⁰⁷.

Si trattava, peraltro, di una pattuizione di cui, da un punto di vista formale, non era possibile imporre l'esecuzione¹⁰⁸, posto che gli imputati, dopo aver raggiunto un accordo, rimanevano comunque liberi di proporre l'appello, avendo oltretutto già ottenuto lo sconto sanzionatorio promesso, in quanto la rinuncia all'impugnazione non poteva avvenire prima che la decisione fosse formalmente pronunciata¹⁰⁹.

Per i giudici, tuttavia, l'effetto psicologico vincolante della promessa era sufficiente¹¹⁰: nel caso, infatti, il difensore dell'imputato non tenesse fede alla propria promessa questi avrebbe visto ridurre drasticamente la sua credibilità, venendo escluso nelle regie giudicande successive dalla possibilità di negoziare¹¹¹.

Peraltro, posto che l'imputato poteva sentirsi quasi obbligato a rinunciare all'appello dall'offerta di una riduzione di pena, questa pratica, come si vedrà, ha dato luogo a un notevole contenzioso giurisprudenziale ed è stata alla fine proibita.

Del resto, è chiaro che, più in generale, l'intero meccanismo delle *Absprachen*, data l'assenza di una copertura normativa che rendesse gli accordi negoziati legalmente vincolanti, si è interamente sviluppato sulla base di rapporti di fiducia reciproca tra gli operatori pratici del diritto, tanto che, ad esempio, si è persino affermato che alcune Corti hanno creato delle "liste nere" di difensori che non hanno tenuto fede ai propri accordi¹¹².

¹⁰³ Cfr. K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., p. 161.

¹⁰⁴ Cfr., ad esempio, la fattispecie oggetto della già citata sentenza C. Eur., Sez. I, 3 novembre 2011, *Litwin c. Germania*, §§ 37 ss.

¹⁰⁵ Cfr. K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., p. 161.

¹⁰⁶ Cfr. K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., p. 174; S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., pp. 146-147.

¹⁰⁷ Cfr. K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., p. 174. A tale riguardo, va ricordato che la disposizione «generale in tema di ritiro o di rinuncia all'impugnazione è fissata dal §302 StPO, ai sensi del quale la *Zurücknahme* di un mezzo già proposto e il *Verzicht* a proporlo possono esser compiuti anche prima del decorso del termine utile finale per impugnare». Così, efficacemente, L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, cit., p. 185.

¹⁰⁸ Cfr. L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, cit., p. 186.

¹⁰⁹ Così, T. WEIGEND, *The Decay of the Inquisitorial Ideal*, cit., p. 49, nt. 43.

¹¹⁰ Cfr. K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., p. 174.

¹¹¹ Cfr. K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., p. 174.

¹¹² Cfr. R. RAUXLOH, *Plea bargaining*, cit., p. 80.

Tenuto conto della loro natura strettamente fiduciaria, non stupisce quindi che, come anticipato, per lungo tempo la pratica delle *Absprachen* sia rimasta segreta e, quindi, sconosciuta al di fuori delle aule di tribunale¹¹³.

Si è quindi dovuto attendere gli anni Ottanta, affinché la dottrina sdoganasse apertamente tale tema e iniziasse, quindi, a rendere noti a tutti quei (rivoluzionari) cambiamenti che, in via del tutto informale, stavano avvenendo all'interno del cuore del processo penale tedesco¹¹⁴.

5. La "scoperta" delle *Absprachen* informali da parte della dottrina e lo sviluppo della letteratura tedesca sul tema

È stato solo nel 1982 che, con la pubblicazione di due articoli in alcune delle più note riviste scientifiche tedesche, il vaso di Pandora è stato aperto, avendo così inizio il dibattito dottrinale in merito alla tematica delle *Absprachen* informali¹¹⁵.

D'altra parte, per comprendere quanto si trattasse di una tematica scottante, basti pensare che l'autore a cui più di ogni altro viene attribuito il merito di aver sdoganato apertamente questo tema – ovvero l'avvocato Hans-Joachim Weider – aveva, assai significativamente, preferito non utilizzare il suo vero nome, ma scrivere sotto lo pseudonimo, poi divenuto celebre, di Detlef Deal¹¹⁶.

Fino ad allora, infatti, vi era stata una notevole timidezza e reticenza a discutere delle *Absprachen*, quasi che si stesse parlando a bassa voce di qualcosa di proibito¹¹⁷: «*fast jeder kennt es, fast jeder praktiziert es, nur keiner spricht darüber*»¹¹⁸.

Come riportato espressamente da Deal, tra i suoi stessi colleghi erano emersi seri dubbi in merito al quesito se fosse opportuno discutere apertamente di quanto stava avvenendo nella prassi¹¹⁹: vi era infatti la paura che, una volta presentato al pubblico, questo sistema non funzionasse più, posto che la collettività avrebbe

¹¹³ Cfr., a riguardo, K. ALTENHAIN – I. HAGEMEIER, M. HAIMERL, K.-H. STAMMEN, *Die Praxis der Absprachen*, cit., p. 20; J. HERRMANN, *Absprachen im deutschen Strafverfahren*, cit., p. 57; S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., p. 123; U. MURMANN, *Reform ohne Wiederkehr? – Die gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren*, in *ZIS*, 2009, p. 526; J. PETERS, *Urteilsabsprachen im Strafprozess*, cit., p. 7; B. SCHÜNEMANN, *Die Absprachen im Strafverfahren – Von ihrer Gesetz- und Verfassungswidrigkeit, von der ihren Versuchungen erliegenden Praxis und vom dogmatisch gescheiterten Versuch des 4. Strafsenats des BGH, sie im geltenden Strafprozessrecht zu verankern*, in *AA.VV., Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag am 4. Juni 2002*, Berlin, 2002, p. 526; ID., *Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur: Die Urteilsabsprachen im Strafprozess als Abgesang auf die Gesetzesbindung der Justiz und den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung*, Berlin, 2005, p. 10; B. SCHÜNEMANN – J. HAUER, *Absprachen im Strafverfahren*, cit., p. 439.

¹¹⁴ Ciò non toglie che la tematica della giustizia negoziata fosse stata già in precedenza oggetto di attente analisi dottrinali: si veda, ad esempio, l'approfondito studio comparato sul *plea bargaining* statunitense, risalente già alla fine degli anni Settanta, di K.F. SCHUMANN, *Der Handel mit Gerechtigkeit*, 1977.

¹¹⁵ Ci si riferisce a D. DEAL, *Aus der Praxis Der strafprozessuale Vergleich*, cit., pp. 545 ss.; W. SCHMIDT-HIEBER, *Vereinbarungen im Strafverfahren*, cit., pp. 1020-1021.

¹¹⁶ È per l'appunto lui l'autore del primo degli scritti citato alla nota precedente. Cfr. sul punto, per tutti, U. MURMANN, *Reform ohne Wiederkehr?*, cit., p. 526.

¹¹⁷ Così, D. DEAL, *Aus der Praxis Der strafprozessuale Vergleich*, cit., p. 545.

¹¹⁸ Cfr. D. DEAL, *Aus der Praxis Der strafprozessuale Vergleich*, cit., p. 545.

¹¹⁹ Cfr. D. DEAL, *Aus der Praxis Der strafprozessuale Vergleich*, cit., p. 545.

finalmente preso coscienza delle degenerazioni che stavano avvenendo nella giustizia criminale.

Ciononostante, egli si era deciso a rompere il Tabù, svelando diversi retroscena della prassi, per un motivo preciso: a suo parere, infatti, per gli avvocati, «*die Kenntnis von der Existenz der vergleichsweisen Erledigung des Strafverfahrens, die dabei geltenden informellen Regeln und die zwingend zu beachtenden informellen Normen gehören ebenso zum Handwerkszeug des Verteidigers wie das Beherrschen des Prozeß- und Strafrechts*»¹²⁰.

Lo scopo di rendere finalmente noto al pubblico quello che stava avvenendo nella prassi, perseguito da tale scritto, può dirsi, invero, totalmente raggiunto.

Negli anni successivi alla sua pubblicazione, infatti, numerosi studi hanno esaminato sempre più a fondo la tematica delle *Absprachen*, venendosi a creare una letteratura sempre più vasta sul punto¹²¹.

Il tema ha iniziato, oltretutto, a essere anche l'oggetto di sempre più importanti convegni¹²², come il simposio di Tubinga del 20 e 21 Novembre 1986¹²³, nonché il 58. *Deutschen Juristentag* tenutosi a Monaco nel 1990 e interamente dedicato, nella sua parte penalistica, al tema delle «*Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen*»¹²⁴.

Peraltro, i timori che l'inizio di una discussione pubblica in merito alle *Absprachen* portasse a una loro eliminazione si sono dimostrati, con il senno di poi, del tutto infondati.

Difatti, le stesse hanno prosperato sempre più grazie al favore degli operatori del diritto, i quali hanno continuato indisturbati a negoziare specie con riguardo ad alcune aree criminali, come i reati di droga ed economici¹²⁵.

Basti pensare, ad esempio, che molti giudici, inizialmente oppostisi alle trattative, una volta passati ad occuparsi di *white collar crimes*, hanno cambiato la loro opinione, realizzando che il novero delle regiudicande era troppo alto per essere risolto utilizzando soltanto le procedure formali dettato dallo *StPO*¹²⁶.

¹²⁰ Cfr. D. DEAL, *Aus der Praxis Der strafprozessuale Vergleich*, cit., p. 545.

¹²¹ La letteratura sul punto è davvero sconfinata, per una bibliografia esaustiva non può quindi che rimandarsi a C.F. STUCKENBERG, sub 257c StPO, in LÖWE – ROSENBERG, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: StPO*, 26^a ed., vol. 6, t. 2, §§ 256-295, Berlin, 2013, pp. 54 ss.

¹²² Si veda sul punto, B. SCHÜNEMANN, *Absprachen im Strafverfahren?*, cit., p. 12, nt. 2.

¹²³ I cui lavori sono pubblicati in AA.VV., *Absprachen im Strafprozeß – ein Handel mit der Gerechtigkeit?*, Stuttgart, 1987, con contributi, tra gli altri, di B. SCHÜNEMANN, *Prozeßrechtliche Vorgaben für die Kommunikation im Strafprozeß*, pp. 24-49 e di W. SCHMIDT-HIEBER, *Verständigung im Strafverfahren*, pp. 50-65.

¹²⁴ È proprio in questa sede che B. SCHÜNEMANN ha pubblicato la sua “storica” critica ai patteggiamenti, già più volte citata, dal titolo *Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen*. Il resoconto finale di tale incontro si può ritrovare in NJW, 1990, pp. 2991 ss. In argomento cfr., in particolare, R. BÖTTCHER, *Der Deutsche Juristentag und die Absprachen im Strafprozeß*, in AA.VV., *Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Lutz Meyer-Gößner zum 65. Geburtstag, München, 2001*, pp. 49 ss.; R. HAMM, *Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen*, in ZRP, 1990, pp. 337 ss.

¹²⁵ Cfr., in particolare, R. HASSEMER – G. HIPPLER, *Informelle absprachen in der Praxis des deutschen Strafverfahrens*, in *Stv*, 1986, pp. 360-361. Si veda anche R. RAUXLOH, *Plea bargaining*, cit., pp. 67-68.

¹²⁶ Cfr. R. RAUXLOH, *Plea bargaining*, cit., pp. 67-68, nonché W. SCHMIDT-HIEBER, *Der strafprozessuale »Vergleich« – eine illegale Kungelei?*, in *StV*, p. 1986, p. 355.

Con il passare del tempo, inoltre, la pratica degli accordi informali è iniziata ad essere applicata anche per ulteriori reati di medio-alta gravità, arrivando, in tempi più recenti, ad operare anche per casi di rapina e omicidio¹²⁷.

Dal canto suo, la dottrina assolutamente maggioritaria si è da sempre scagliata contro le *Absprachen* informali, ritenendole un fenomeno oscuro¹²⁸, lesivo dei più fondamentali principi della procedura penale tedesca¹²⁹.

Per lo più, infatti, si è ritenuto che le intese potessero «a seconda del loro contenuti concreti e delle modalità della loro conclusione, contraddire i principi della ricerca della verità, della pubblicità, dell'oralità, dell'immediatezza, della libera valutazione delle prove, di colpevolezza, del processo equo, dell'eguaglianza [.] del giudice preconstituito per legge»¹³⁰, della presunzione d'innocenza, di legalità dell'azione penale e il diritto al silenzio¹³¹.

Tra questi, il canone di cui forse più di ogni altro si è lamentata la lesione è stato l'*Inquisitionsprinzip* di cui ai §§ 152(2); 155 (2); 169 e 244 (2) *StPO*, i quali, creando in capo alla Corte il dovere, per raggiungere la verità (materiale)¹³², di investigare liberamente tutti i fatti e le prove rilevanti per la decisione, indipendentemente dalle iniziative delle parti, avrebbero dovuto costituire un "bastione" contro una soluzione negoziata della regiudicanda¹³³.

A tale riguardo, si è ad esempio precisato che è solo in presenza di una confessione qualificata, la quale apportasse un forte sostegno istruttorio alla decisione di colpevolezza, che si sarebbe potuto scongiurare un conflitto con il *gerichtliche Aufklärungspflicht*¹³⁴.

Tuttavia, la prassi non avrebbe seguito tale schema virtuoso, posto che, di norma, le confessioni contrattate sarebbero consistite in nulla di più se non una mera

¹²⁷ Cfr. R. RAUXLOH, *Plea bargaining*, cit., p. 68, nonché J. TURNER, *Judicial Participation in Plea Negotiations*, cit., p. 217.

¹²⁸ Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Absprachen im Strafverfahren?*, cit., p. 9.

¹²⁹ Si vedano sul punto K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., pp. 162-164; R. RAUXLOH, *Plea bargaining*, cit., p. 68, pp. 94 ss., J. RINCEANU, *La disciplina dell'intesa (Verständigung) nel diritto processuale penale tedesco*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 771 ss., a cui si rimanda anche per la dottrina *ivi* citata. Per una recente e esaustiva ricapitolazione dei punti critici delle *Absprachen* cfr. C. ROXIN – B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 29^a ed., München, 2017, pp. 98 ss., nonché V.J. CARDUCK, *Quo vadis, German Criminal Justice System? The Future of Plea Bargaining in Germany*, in AA.VV., *Warwick School of Law Research Paper No. 2013-17 (Special Plea Bargaining Edition)*, a cura di J. Hodgson, pp. 12 s.; L. HILDEBRANDT, *Gesetzliche Regelung der Verständigung im Strafverfahren. Kann der Strafprozess im Geiste der stopp von 1877 durch den Gesetzgeber gerettet werde?*, Frankfurt am Main, 2010, pp. 55 ss.; J. PETERS, *Urteilsabsprachen im Strafprozess*, cit., pp. 25 ss.; K. WEICHBRODT, *Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen: zugleich ein Beitrag zur Reformdiskussion unter besonderer Berücksichtigung der italienischen Regelung einvernehmlicher Verfahrensbeendigung*, Berlin, 2006, pp. 144 ss.

¹³⁰ Cfr. J. RINCEANU, *La disciplina dell'intesa*, cit., p. 771

¹³¹ Cfr. T. SWENSON, *The German "Plea Bargaining" Debate*, cit., p. 408, che ricorda anche l'opinione di autorevole dottrina secondo cui le *Absprachen* contrasterebbero in particolare con il §136a *StPO*, il quale vieta di poter spingere l'accusato a parlare prospettandogli dei vantaggi non previsti dalla legge. Cfr., sul punto, per tutti, B. SCHÜNEMANN, *Absprachen im Strafverfahren?*, cit., pp. 98 ss.

¹³² Cfr. K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., p. 162.

¹³³ Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Absprachen im Strafverfahren?*, cit., pp. 80 ss. Sul rapporto tra "verità materiale" e principio del consenso, si veda, per tutti, l'analisi di E. WEBLAU, *Das Konsensprinzip im Strafverfahren: Leitidee für eine Gesamtreform?*, Baden-Baden, 2002, pp. 85 ss.

¹³⁴ Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Absprachen im Strafverfahren?*, cit., p. 83.

accettazione da parte dell'imputato dei risultati delle investigazioni della pubblica accusa¹³⁵.

Insomma, «un “processo consensuale”, sotto forma di un'intesa tra soggetti che partecipano al procedimento, [sembra restare] diametralmente opposto al principio del rinvenimento della verità materiale: se ne può anzi trarre l'impressione che la verità non viene accertata ma data per presupposta»¹³⁶.

Una seconda obiezione fondamentale avanzata nei confronti delle *Absprachen* ha riguardato la lesione del §261 dello *StPO*¹³⁷, secondo cui il giudice è legittimato a decidere, secondo il suo libero convincimento, sulla base di soli elementi di prova ottenuti nel corso del dibattimento. Mentre, invece, «*since the defendant had to make an “advance performance” by rendering a confession, he or she would only do so if the court would be bound to specifically perform its indicated sentence at the conclusion of the trial, that is, if the court's promise were binding*»¹³⁸. Ebbene, proprio il fatto che il funzionamento della procedura delle intese negoziate si è basata, necessariamente, su un vincolo (informale) del giudice alla sua promessa avrebbe determinato una violazione del §261 *StPO*, posto che, in tal caso, la decisione sulla colpevolezza e sulla pena sarebbe stata fondata, in buona sostanza, non sui risultati ottenuti dall'“essenza dell'udienza dibattimentale” ma su un accordo tra i soggetti del procedimento¹³⁹.

Da segnalare, inoltre, che particolarmente accese sono state le critiche sollevate nei confronti delle transazioni negoziate dal punto di vista della lesione che le stesse, per come concretamente configurate, provocherebbero alla *Unschuldsvermutung* (presunzione d'innocenza)¹⁴⁰ e, più in generale, al diritto a un equo processo di cui all'art. 6, par 1 CEDU¹⁴¹. A tale riguardo, infatti, si è autorevolmente affermato che il presupposto delle intese negoziate e, in particolare, della confessione contrattata sarebbe una sorta di presunzione di colpevolezza dell'imputato¹⁴². Tutt'al contrario, invece, una interpretazione adeguata di tale fondamentale canone, avrebbe dovuto far in modo che «*der Richter keine auf ein Geständnis gerichtete Absprachekommunikation initiieren dar, solange der Angeklagte noch nicht in der Hauptverhandlung überführt ist*»¹⁴³.

Un'altra criticità peculiare delle *Absprachen* e, più in generale, dell'intera giustizia negoziata tedesca, è, inevitabilmente, stato individuato nel marcato difetto di pubblicità che per lungo tempo l'ha caratterizzata¹⁴⁴.

L'attrito di prassi fondate su una serie di colloqui del tutto informali con il principio cristallizzato al § 169 della legge sull'ordinamento giudiziario tedesco

¹³⁵ Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Absprachen im Strafverfahren?*, cit., pp. 82-83.

¹³⁶ Cfr. J. RINCEANU, *La disciplina dell'intesa (Verständigung)*, cit., p. 772.

¹³⁷ Cfr. K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., pp. 162-163.

¹³⁸ Cfr. K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., pp. 162-163.

¹³⁹ Cfr. K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., pp. 163.

¹⁴⁰ Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Absprachen im Strafverfahren?*, cit., pp. 94-95.

¹⁴¹ Cfr. R. RAUXLOH, *Plea bargaining*, cit., p. 68, p. 95.

¹⁴² Cfr., sul punto, L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, cit., p. 212, a cui si rimanda anche per la dottrina citata alla nt. 238.

¹⁴³ Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Absprachen im Strafverfahren?*, cit., p. 97.

¹⁴⁴ Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Absprachen im Strafverfahren?*, cit., pp. 87 ss.

(*Gerichtsverfassungsgesetz*), nonché, inevitabilmente, con i canoni di oralità ed immediatezza, è del resto ovvio¹⁴⁵.

Tale lacuna è venuta del resto a creare delle problematiche particolarmente delicate: in tal modo non solo la collettività è stata totalmente tagliata fuori dalla conoscenza concreta del contenuto delle *Absprachen*, che hanno potuto così svilupparsi con contenuti sempre più variabili e spinti, ma lo stesso imputato ha rischiato di trovarsi sprovvisto di una prova del contenuto reale delle promesse svoltesi tra i partecipanti al negoziato, il cui rispetto si è necessariamente basato sulla sola buona fede tra le parti¹⁴⁶.

Tenuto conto di ciò non stupisce che – come si vedrà – dal canto suo la giurisprudenza tedesca abbia tentato man mano di rimediare, almeno parzialmente, a questa criticità, ponendo dei precisi paletti volti a permettere una sorta di *disclosure* delle discussioni informali nel corso del dibattimento.

Colui che, forse più di ogni altro, si è scagliato contro ogni forma di intesa negoziata è probabilmente Bernd Schünemann, il quale, nei suoi innumerevoli scritti in materia¹⁴⁷, ha posto in rilievo come le *Absprachen* abbiano costituito, a ben vedere, un attacco generale al processo penale per come configurato nello *StPO*¹⁴⁸.

Tra le aspre e articolate critiche che l'illustre Autore ha sollevato nei confronti delle confessioni negoziate, pare opportuno citarne espressamente una: egli ha rilevato come la figura che, più di ogni altra, è uscita ingigantita dalla prassi delle contrattazioni informali è, senz'altro, quella del giudice, divenuto un vero e proprio «*übermächtigen Despoten*»¹⁴⁹.

Insomma, secondo tale opinione, «*die [...] Absprachenpraxis hat damit auch die kümmerlichsten Reste einer Verfahrensbalance zerstört, indem so gut wie sämtliche Gewalten in der Hand des Richters vereinigt werden und dieser im Augen Montesquieus im Rechtsstaat unerträglich ist. Die einzige Gegenmacht, die die Verteidigung dagegen aufbieten kann, ist die Drohung mit massiven Verzögerungen und deshalb stricto*

¹⁴⁵ Cfr. J. RINCEANU, *La disciplina dell'intesa* Rinceanu, cit., p. 772.

¹⁴⁶ Questo, del resto, come si è vedrà è stato proprio uno dei problemi alla base del già citato caso C. Eur., Sez. I, 3 novembre 2011, *Litwin c. Germania*.

¹⁴⁷ Oltre ai testi dell'illustre autore già citati, si vedano, tra gli altri, B. SCHÜNEMANN, *Bundesrechtsanwaltskammer auf Abwegen*, in ZRP, 2006, pp. 63 s. ID., *Die Verständigung im Strafprozess – Wunderwaffe oder Bankrotterklärung der Verteidigung?*, in NJW, 1989, pp. 494 ss.; ID., *Die Urteilsabsprachen im Strafprozess – ewige Wiederkehr des Gleichen?*, in AA.VV., *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension.: Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, Berlin, 2013, pp. 1107 ss.; ID., *Die Zukunft des Strafverfahrens – Abschied vom Rechtsstaat?*, in ZStW, 2007, pp. 945 ss.; ID., *Ein deutsches Requiem auf den Strafprozess des liberalen Rechtsstaats*, in ZRP, 2009, pp. 104 ss.; ID., *Ein Linsengericht zum Tausch für den Strafprozess von 1877?*, in *StraFo*, 2004, pp. 293 ss.; ID., *Informelle Absprachen und Vertrauensschutz im Strafverfahren*, in JZ, 1989, pp. 984 ss.; ID., *Risse im Fundament, Flammen im Gebäck: Die Strafprozessordnung nach 130 Jahren*, in ZIS, 2009, pp. 484 ss.; ID., *Strafprozessuale Absprachen in Deutschland – Der Rechtsstaat auf dem Weg in die „Bananenrepublik“?*, Regensburg, 2005; ID., *Die Urteilsabsprachen im Strafprozess – ewige Wiederkehr des Gleichen?*, in *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension.: Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, Berlin, 2013, pp. 1107 ss.; ID., *Wetterzeichen einer untergehenden Strafprozesskultur? Wider die falsche Prophetie des Absprachenelysiums*, in StV, 1993, pp. 657 ss.; ID., *Wohin treibt der deutsche Strafprozess?*, in ZStW, 2002, pp. 1 ss.

¹⁴⁸ Cfr. l'ampia analisi critica contenuta in B. SCHÜNEMANN, *Absprachen im Strafverfahren?*, cit., passim.

¹⁴⁹ Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Zur Kritik des amerikanischen Strafprozessmodells*, cit., p. 570.

sensu mit einem Missbrauch ihrer Rechte. Es geht also um ein destruktives Spiel, um Unterwerfung und nicht etwa um einen kommunikativ erzeugten Konsens aus Richtigkeitsüberzeugung»¹⁵⁰.

Non tutti gli autori, però, hanno assunto una posizione di contrasto nei confronti delle intese negoziate informali¹⁵¹.

Pare utile ricordare, infatti, che una parte, seppur minoritaria, della dottrina tedesca – composta, non a caso, da soggetti provenienti per lo più dalle fila degli operatori pratici della giustizia –, pur rilevando, con diverse sfumature, alcuni aspetti negativi delle *Absprachen*, le hanno accettate, considerandole compatibili «con le regole codicistiche e con i principi fondamentali del processo, se non addirittura un metodo corretto di pervenire alla decisione e, in quanto tale, auspicabile»¹⁵².

In sostanza, secondo tale opinione, le intese negoziate informali non soltanto avrebbero dovuto essere approvate «come un male necessario (*notwendiges Übel*)»¹⁵³, ma sarebbero state legittime in quanto se è vero che lo *StPO* non disciplinava originariamente in modo espresso tale pratica, nessuna disposizione dello stesso vietava una conclusione concertata della regiudicanda¹⁵⁴. Detto altrimenti, il solo fatto che, fino a pochi anni fa, nessuna previsione codicistica ammettesse espressamente le *Absprachen* dibattimentali, non necessariamente implicava la loro illegalità¹⁵⁵. Tutt'al più che il codice di procedura penale tedesco, come si è visto, ammetteva già diversi tipi di comunicazioni e accordi tra i soggetti del procedimento¹⁵⁶, che avrebbero, in sostanza, dimostrato come delle intese negoziate fossero possibili anche nel sistema penale della *BRD*.

Così, ad esempio, si è affermato che il dovere di ricercare la verità non sarebbe stato uno scopo “assoluto”, posto che in base ai §§154 e 154a, questo dovere della Corte già avrebbe subito delle limitazioni legittime in ragione di esigenze di

¹⁵⁰ Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Die Zukunft des Strafverfahrens*, cit., p. 952.

¹⁵¹ Vedi, sul punto, le ricostruzioni di L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, cit., pp. 201-202, nonché di T. SWENSON, *The German "Plea Bargaining" Debate*, cit., pp. 392 ss. Tra questi autori, si vedano in particolare H. DAHS, *Absprachen im Strafprozeß – Chancen und Risiken* –, in *NZST*, 1988, pp. 153 ss.; W. SCHMIDT-HIEBER, *Absprachen im Strafprozeß – Privileg des Wohlstandskriminellen?*, in *NJW*, 1990, pp. 1884 ss.; ID., *Der strafprozessuale »Vergleich« – eine illegale Kungelei?*, cit., pp. 355 ss.; ID., *Vereinbarungen im Strafverfahren*, cit., pp. 1020-1021; ID., *Verständigung im Strafverfahren: Möglichkeiten und Grenzen für die Beteiligten in den Verfahrensabschnitten*, München, 1986. Più di recente, cfr. K. DIPPEL, *Urteilsabsprachen im Strafverfahren und das Prozessziel der Wiederherstellung des Rechtsfriedens*, in *AA.VV., Strafoverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften : Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag*, Köln, 2008, pp. 105 ss.; K-H. GÖSSEL, *Quo Vadis, Strafverfahren? Zweckmäßigkeit versus Gerechtigkeit: Vom rechtsstaatlichen Strafprozess zum geheimen Willkürverfahren in der babylonischen Gefangenschaft der Justiz*, in *AA.VV., Festschrift für Gerhard Fezer zum 70 Geburtstag am 29. Oktober 2008*, a cura di E. Wesslau – W. Wohlers, Berlin, 2009, pp. 495 ss.; ID., *Zur Zulässigkeit von Absprachen im Strafverfahren in der Rechtsprechung*, in *AA.VV., Recht gestalten - dem Recht dienen. Festschrift für Reinhard Böttcher*, cit., pp. 79 ss.

¹⁵² Cfr. L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, cit., p. 202.

¹⁵³ Cfr. L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, cit., p. 202.

¹⁵⁴ Cfr. J. HERRMANN, *Bargaining Justice*, cit., p. 766.

¹⁵⁵ Cfr. J. HERRMANN, *Bargaining Justice*, cit., p. 766.

¹⁵⁶ Cfr. T. SWENSON, *The German "Plea Bargaining" Debate*, cit., p. 393.

accelerazione processuale¹⁵⁷. Considerazioni analoghe, oltretutto, sono state fatte anche con riguardo al già citato §153a StPO¹⁵⁸.

Non si pensi, peraltro, che l'opinione di coloro che si sono dimostrati favorevoli alle *Absprachen* fosse del tutto isolata: a tale riguardo basti ricordare che quando, alla fine della già citata celebre conferenza di del *Deutscher Juristentag* del 1990, è stato pronunciato un voto in merito alla prassi delle intese negoziate, nonostante le autorevoli e numerose voci contrarie che si sono espresse in tale sede, una grande maggioranza dei partecipanti si è espressa in favore degli accordi¹⁵⁹. Ciò non deve stupire, posto che tale incontro è stato per lo più frequentato da pratici del diritto¹⁶⁰.

Accanto alle considerazioni più o meno critiche espresse nei confronti delle *Verständigungen* informali non sono mancati, già nei primi anni Novanta, dei richiami, provenienti dalla dottrina, al legislatore tedesco, con cui si richiedeva una regolazione espressa della pratica delle negoziazioni dibattimentali¹⁶¹.

Ma vi è di più. Risalgono a questo periodo anche alcune pionieristiche proposte *de jure condendo* in materia, che vanno dall'«idea di inserire nell'ambito del §265 StPO una specifica disciplina diretta ad istituzionalizzare i contatti di tipo transattivo tra le parti [...] a quella di un procedimento sommario introdotto dal pubblico ministero in caso di confessione [...]»¹⁶².

In ogni caso, tutte queste richieste di intervento e proposte normative sono rimaste, in un primo momento, del tutto inascoltate: il legislatore tedesco, infatti, ha, fino a pochi anni fa, abdicato alla sua funzione normativa in materia, lasciando alla prassi e, in sostanza, in misura preponderante al potere giudiziario, il compito di stabilire *in primis* la legittimità e, in secondo luogo, la concreta disciplina applicabile alle *Absprachen* dibattimentali.

6. La giurisprudenza tedesca sulle *Absprachen* informali

Per lungo tempo, il novero delle sentenze delle Corti superiori tedesche che si sono occupate del tema delle *informelle Absprachen* è risultato «tutto sommato esiguo»¹⁶³, se paragonato agli importanti problemi sollevati da questa prassi.

Peraltro, attenta dottrina ha individuato una precisa spiegazione per tale iniziale «apparente ridotta sensibilità giurisprudenziale»¹⁶⁴: nel caso in cui gli accordi fossero adempiuti da tutti i soggetti processuali, l'interesse alla

¹⁵⁷ Cfr. H. DAHS, *Absprachen im Strafprozess*, cit., p. 154; T. SWENSON, *The German "Plea Bargaining" Debate*, cit., p. 393.

¹⁵⁸ Cfr. T. SWENSON, *The German "Plea Bargaining" Debate*, cit., p. 393.

¹⁵⁹ Cfr., sul punto, J. HERRMANN, *Bargaining Justice*, cit., p. 766.

¹⁶⁰ Cfr. J. HERRMANN, *Bargaining Justice*, cit., p. 766.

¹⁶¹ Cfr., sul punto, J. HERRMANN, *Absprachen im deutschen Strafverfahren*, cit., p. 59; S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., p. 167. Ad esempio, si veda quanto autorevolmente affermato da B. SCHÜNEMANN, *Absprachen im Strafverfahren?*, cit., pp. 176-177.

¹⁶² Così, L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, cit., p. 237, a cui si rinvia per una approfondita analisi delle prime proposte normative.

¹⁶³ Cfr. L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, cit., p. 228.

¹⁶⁴ Cfr. L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, cit., p. 228.

proposizione di un'impugnazione veniva logicamente meno, posto che le parti potevano dirsi soddisfatte di quanto raggiunto in sede di negoziato¹⁶⁵.

Senza contare che anche l'usanza, assai diffusa, di includere nell'accordo una rinuncia al diritto a proporre appello, sembra aver potuto di per sé giocare un ruolo nel limitare i ricorsi al *Bundesgerichtshof*¹⁶⁶.

Le cose, però, sono iniziate a cambiare dalla fine degli anni Ottanta: a partire da tale periodo, infatti, il numero delle pronunce dei Supremi giudici sulle *Verständigungen* è aumentato sempre più, venendosi a creare una giurisprudenza assai cospicua in materia, che ha costituito, per molti anni, l'esclusiva fonte di regolazione ufficiale della prassi¹⁶⁷.

Tra tutte le sentenze delle Corti superiori tedesche in materia di intese dibattimentali informali, sembrano potersi selezionare tre decisioni chiave, le quali, più delle altre, hanno determinato, ognuna a suo modo, una svolta fondamentale nello sviluppo di tale istituto di giustizia negoziata.

La più risalente è del 1987 ed è la pronuncia con cui il *Bundesverfassungsgericht* è stato chiamato a valutare, per la prima volta, la compatibilità con il *Grundgesetz* delle *Absprachen* informali¹⁶⁸.

Più precisamente, in tale occasione un imputato si era rivolto alla Corte costituzionale federale tedesca, lamentando l'illegittimità di un'intesa negoziata, intercorsa tra giudice, pubblico ministero e difensore, prima della conclusione del dibattimento e al di fuori dello stesso, avente a oggetto una confessione a cui andava ad aggiungersi la promessa di non perseguirlo *ex* §154a *StPO* per ulteriori fattispecie criminose¹⁶⁹.

Dal canto suo, il *Bundesverfassungsgericht* ha stabilito che, in linea generale, i «principi che esigono un processo penale "giusto" e conforme allo stato di diritto (art. 2 II in combinato disposto con l'art. 20 III *Grundgesetz*)»¹⁷⁰, non vietano, di per sé, il raggiungimento di un'intesa *extra*-dibattimentale tra la Corte e le parti, riguardante lo stato e le prospettive del dibattimento¹⁷¹.

Tuttavia, ha precisato subito dopo la Corte, la legge fondamentale impedisce che il dovere del giudice di investigare, di attribuire un'adeguata qualificazione

¹⁶⁵ Cfr., sul punto, T. WEIGEND, *Abgesprochene Gerechtigkeit*, cit., p. 776.

¹⁶⁶ Cfr. R. RAUXLOH, *Plea bargaining*, cit., p. 68.

¹⁶⁷ Per una generale analisi giurisprudenziale in materia si vedano, tra i molti, K.D. BUSSMANN, *Das Entstehen eines neuen Rechtsbegriffs: Verständigungen in Strafverfahren*, in *KritV*, 1989, pp. 376 ss.; H. LANDAU - R. ESCHELBACH, *Absprachen in der strafrechtlichen Hauptverhandlung*, in *NJW*, 1999, pp. 321 ss.; L. MEYER-GOSSNER, *Absprachen im Strafprozess Nach der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen des BGH*, in *AA.VV., Recht gestalten - dem Recht dienen. Festschrift für Reinhard Böttcher*, cit., pp. 105 ss.; L. HILDEBRANDT, *Gesetzliche Regelung*, cit., pp.157 ss.; G.M. MOLDENHAUER, *Eine Verfahrensordnung für Absprachen im Strafverfahren durch den Bundesgerichtshof?*, Frankfurt am Mein, 2004, passim; T. WEIGEND, *Der BGH vor der Herausforderung der Absprachepraxis*, in *AA.VV., 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, Vol. IV, *Strafrecht - Strafprozessrecht*, a cura di C. Roxin - G. Widmaier, München, 2000, pp. 1011 ss.

¹⁶⁸ Cfr. BVerfG, 27.01.1987 - 2 BvR 1133/86, in *NJW*, 1987, 2662

¹⁶⁹ Un'ampia sintesi della pronuncia è contenuta in L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, cit., pp. 225-226.

¹⁷⁰ Cfr. L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, cit., p. 225.

¹⁷¹ Cfr. BVerfG, 27.01.1987 - 2 BvR 1133/86, cit., p. 2662.

giuridica al fatto e di determinare la pena, siano rimessi all'arbitrio e alla libera disponibilità del giudice o delle parti¹⁷².

Pertanto, – secondo i giudici costituzionali – il *Grundgesetz* impedirebbe alla Corte e la pubblica accusa di concludere un accordo mascherato da sentenza, essendo quindi precluso un vero e proprio “*Handel mit der Gerechtigkeit*”¹⁷³.

A questo punto, il *Bundesverfassungsgericht* ha colto l'occasione per stabilire alcune – assai generiche – regole cui avrebbero dovuto sottostare le *Absprachen* informali per essere considerate legittime.

In primo luogo, secondo il tribunale costituzionale, i giudici, per pronunciare una sentenza di condanna, non avrebbero potuto accontentarsi della sola confessione negoziata, compiuta in vista di uno sconto sanzionatorio, dovendo, se del caso, corroborarla mediante ulteriori elementi istruttori assunti a tal fine¹⁷⁴. Inoltre, si è anche precisato che «*er muss es sich auch versagen, den Angeklagten auf eine in Betracht kommende geständnisbedingte Strafmilderung hinzuweisen, mit der er den Boden schuldangemessen Strafens verliesse*»¹⁷⁵.

In terzo luogo, sin da questa pronuncia, il giudice delle leggi ha stabilito la necessità di tutelare la volontarietà della scelta degli imputati di aderire a un'*Absprache*, non dovendo gli stessi essere coartati a fornire il loro consenso attraverso la spinta di benefici non legalmente previsti, oppure portati con l'inganno a confessare¹⁷⁶.

Tuttavia, già allora il *Bundesverfassungsgericht* ha compiuto una precisazione di assoluta importanza: il divieto di obbligare gli imputati a confessare in cambio di benefici illegali, non si sarebbe posto affatto in contrasto con la possibilità del giudice di fornire una dichiarazione o un'istruzione sugli effetti mitigatori di una confessione, ove la stessa trovasse una sua base fattuale negli elementi di prova precedenti¹⁷⁷.

Ebbene, tenuto conto di questi principi, ad avviso dei giudici costituzionali l'accordo negoziato concluso nel caso di specie non avrebbe provocato nessuna violazione costituzionale: difatti, al momento di conclusione dell'intesa, «l'istruzione probatoria era pressoché conclusa, la libertà decisione dell'imputato non era stata in alcun modo limitata, la promessa del pubblico ministero di un'archiviazione parziale era giustificata da ragioni di economia processuale [...] ed era [...] ammissibile ex §154a StPO»¹⁷⁸.

Il – pur circoscritto e piuttosto generico – riconoscimento della costituzionalità delle *Absprachen* compiuto in questa decisione, non è però stato sufficiente per chiarirne, una volta per tutte, la legittimità rispetto ai principi generali della procedura penale tedesca.

¹⁷² Cfr. BVerfG, 27.01.1987 - 2 BvR 1133/86, cit., p. 2663.

¹⁷³ Cfr. BVerfG, 27.01.1987 - 2 BvR 1133/86, cit., p. 2663.

¹⁷⁴ Cfr. BVerfG, 27.01.1987 - 2 BvR 1133/86, cit., p. 2663.

¹⁷⁵ Cfr. BVerfG, 27.01.1987 - 2 BvR 1133/86, cit., p. 2663.

¹⁷⁶ Cfr. BVerfG, 27.01.1987 - 2 BvR 1133/86, cit., p. 2664.

¹⁷⁷ Cfr. BVerfG, 27.01.1987 - 2 BvR 1133/86, cit., p. 2664.

¹⁷⁸ L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, cit., p. 226.

A differenza della Corte costituzionale federale, infatti, il *Bundesgerichtshof* è stato, per lungo tempo, assai più riluttante nel rispondere apertamente al quesito fondamentale se le intese negoziate informali fossero legali e ammissibili¹⁷⁹.

La situazione si è venuta a complicare nei primi anni Novanta, quando differenti senati del giudice di legittimità hanno raggiunto conclusioni antitetiche sul punto¹⁸⁰: una nota decisione del 1991, ad esempio, ha giudicato le confessioni *extra-dibattimentali* negoziate inammissibili e contrarie con i principi dello Stato di diritto¹⁸¹ (“*es gibt Kein rechtsstaatliches Verfahren bei Absprachen zu dem Prozeßergebnis*”¹⁸²), mentre, un'altra, del 1993 ha invece affermato che le *Absprachen* non necessariamente avrebbero pregiudicato la validità di una decisione¹⁸³.

Tale problematica situazione ha, inevitabilmente, creato un senso di profonda incertezza tra gli operatori del diritto¹⁸⁴, accresciuta, oltretutto, dal fatto che altre decisioni del *BGH* non si sono confrontate espressamente con le decisioni che avevano ritenuto illegittime le *Absprachen*¹⁸⁵.

Una svolta sul punto si è avuta solo nel 1997, quando il *Bundesgerichtshof*, ponendo fine alle titubanze iniziali, ha compiuto un secondo passo fondamentale nello sviluppo delle confessioni negoziate informali: il 28 agosto, in una storica pronuncia, i Supremi giudici hanno definitivamente dichiarato la legittimità delle *Absprachen*, purché queste rispettassero determinate condizioni, ivi stabilite in modo espresso¹⁸⁶.

Nel caso di specie, un imputato aveva presentato impugnazione nonostante fosse stato condannato esattamente alla sentenza che aveva negoziato, sostenendo che proprio la conclusione dell'*Absprache* avesse provocato la lesione di alcuni principi cardine dell'ordinamento tedesco¹⁸⁷.

¹⁷⁹ Cfr., sul punto, J. HERRMANN, *Absprachen im deutschen Strafverfahren*, cit., pp. 58-59; ID., *Rechtliche Strukturen für Absprachen in der Hauptverhandlung: Die Richtlinien-entscheidung des Bundesgerichtshofs – BGHSt 43, 195*, in *JuS*, 1999, pp. 1162-1163; H. LANDAU - R. ESCHELBACH, *Absprachen in der strafrechtlichen Hauptverhandlung*, cit., pp. 322 ss.

¹⁸⁰ Cfr. J. HERRMANN, *Absprachen im deutschen Strafverfahren*, cit., pp. 58-59.

¹⁸¹ Cfr. *BGH*, 23.01.1991 - 3 StR 365/90, in *NJW*, 1991, p. 1692.

¹⁸² Cfr. sul punto cfr. R. BÖTTCHER, *Der Deutsche Juristentag*, cit., p. 56; H. KINTZI, *Verständigung im Strafverfahren – steht die Diskussion vor dem Abschluß?*, in *AA.VV., Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999*, Berlin, 1999, p. 178.

¹⁸³ Cfr., sul punto, *BGH*, 19.10.1993 - 1 StR 662/93, in *NJW*, 1994, p. 1293. Cfr. a riguardo R. RAUXLOH, *Plea bargaining*, cit., p. 70.

¹⁸⁴ Cfr. S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., p. 125.

¹⁸⁵ Cfr. J. HERRMANN, *Absprachen im deutschen Strafverfahren*, cit., pp. 58-59; S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., p. 125.

¹⁸⁶ Ci si riferisce a *BGH*, 28.08.1997 - 4 StR 240/97, in *StV*, 1997, 583 ss., una traduzione inglese della stessa si può ritrovare in S.C. THAMAN, *Comparative Criminal Procedure: A Casebook Approach*, 2^a ed, Durham, 2008, pp. 151 ss. In merito a tale fondamentale pronuncia si vedano, in particolare, K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., pp. 164 ss.; J. HELLER, *Die gescheiterte Urteilsabsprache – Verfahrensfairneß gegenüber dem Angeklagten im Anschluß an BGHSt 43, 195*, Baden-Baden, 2004; J. HERRMANN, *Rechtliche Strukturen für Absprachen in der Hauptverhandlung*, cit., pp. 1163 ss.; L. MEYER-GOSSNER, *Gesetzliche Regelung der „Absprachen im Strafprozess“?*, in *ZRP*, 2004, pp. 187 ss.; C. PRASSE, *Verständigung im Strafverfahren*, in *StV*, 1997, pp. 583 ss.; T. WEIGEND, *Eine Prozessordnung für abgesprochene Urteile? Anmerkungen zu den Entscheidungen BGHSt 43, 195 und BGH, in NZtZ*, 1999, pp. 57 ss.

¹⁸⁷ Si veda sul punto T. WEIGEND, *The Decay of the Inquisitorial Ideal*, cit., p. 49.

Dal canto suo, il quarto senato, dopo aver ammesso che lo *StPO* è stato ideato con una struttura fondamentale avversa alla conclusione di accordi processuali¹⁸⁸, ha fondato l'inizio del suo ragionamento sulla base di un richiamo espresso al §153a *StPO*, il quale, assieme ad altre previsioni, avrebbero costituito la riprova di come la possibilità di concludere un patto tra i protagonisti del processo, avente a oggetto persino la conclusione della reg giudicanda, non fosse totalmente aliena alla procedura penale tedesca¹⁸⁹.

A partire da tale premessa i giudici hanno dedotto, per un verso, che «aus der Strafprozessordnung selbst kann daher nicht geschlossen werden, dass Absprachen über das Verfahrensergebnis gänzlich unzulässig seien»¹⁹⁰ e, per un altro verso, che le intese, concernenti uno scambio tra una confessione in cambio di una mitigazione della pena da parte del giudice, fossero possibili, non violando – di per sé – alcun principio costituzionale e processuale¹⁹¹.

Tuttavia, come anticipato, il collegio ha – subito dopo – limitato tale generale valutazione di ammissibilità dei patti negoziati, ideando un vero e proprio *test* di legalità della singola *Absprache*, da compiere caso per caso, in merito al rispetto di alcuni principi indisponibili del diritto penale processuale e sostanziale tedesco.

A tale riguardo, il *BGH* ha, anzitutto, negato espressamente la possibilità di compiere un' *Absprache* informale «über den Schuldspruch»¹⁹² (e quindi sul verdetto di colpevolezza), stabilendo, di conseguenza, il divieto di negoziare sui fatti, nonché sulla loro valutazione e qualificazione giuridica (divieto di *fact* e *charge bargaining*).

In secondo luogo, il Collegio – sulla scia di quanto già affermato dalla Corte costituzionale tedesca 10 anni prima – ha ribadito che, anche nel caso di accordi contrattati, sarebbe comunque rimasto in capo al giudice l'obbligo di ricercare la verità, di modo che questi avrebbe necessariamente dovuto valutare la credibilità della confessione, anche per il tramite di ulteriori elementi di prova assunti a tale fine¹⁹³.

In terzo luogo, i Supremi giudici si sono concentrati sul divieto di coartare la libera determinazione della volontà dell'imputato nel corso della trattativa: dato il necessario rispetto del §136a *StPO* e del canone del *nemo tenetur se detegere*, non si sarebbero potute fare delle pressioni, quali, ad esempio, la minaccia di una pena più elevata o la promessa di benefici non previsti dalla legge, volte a favorire una confessione¹⁹⁴.

Il *BGH* ha poi nettamente condannato – proibendola – la prassi di includere nella trattativa la promessa di una sentenza meno afflittiva in cambio della rinuncia preventiva dell'imputato a proporre impugnazione¹⁹⁵. A tale riguardo, la Corte ha affermato, per un verso, il divieto di creare un collegamento tra il diritto di proporre appello e il *quantum* di pena da applicare nel caso concreto e, per un altro verso, che la rinuncia dell'imputato al gravame sarebbe potuta avvenire al più presto dopo

¹⁸⁸ Cfr. *BGH*, 28.08.1997 - 4 StR 240/97, cit., §7.

¹⁸⁹ Cfr. *BGH*, 28.08.1997 - 4 StR 240/97, cit., §8.

¹⁹⁰ Cfr. *BGH*, 28.08.1997 - 4 StR 240/97, cit., §25.

¹⁹¹ Cfr. *BGH*, 28.08.1997 - 4 StR 240/97, cit., §§ 26 ss.

¹⁹² Cfr. *BGH*, 28.08.1997 - 4 StR 240/97, cit., § 26.

¹⁹³ Cfr. *BGH*, 28.08.1997 - 4 StR 240/97, cit., § 26.

¹⁹⁴ Cfr. *BGH*, 28.08.1997 - 4 StR 240/97, cit., § 27.

¹⁹⁵ Cfr. *BGH*, 28.08.1997 - 4 StR 240/97, cit., § 28.

l'emanazione della sentenza. Le ragioni di questa presa di posizione sono del resto chiare: il *Bundesgerichtshof* non ha voluto privare l'imputato di ogni tipo di rimedio nel caso di violazione del patto¹⁹⁶.

Si è in questa sede pure tentato di trovare un antidoto al difetto di pubblicità delle *Absprachen* informali, stabilendo che l'intesa tra il giudice e le parti, avente a oggetto la confessione dell'imputato e l'entità della pena, dovesse essere raggiunta apertamente nel corso del dibattimento e che i risultati delle negoziazioni fossero posti nel verbale d'udienza¹⁹⁷. Ciò, peraltro, ha precisato la Corte, non avrebbe però escluso la possibilità di una discussione preliminare tra le parti e il giudice anche prima e al di fuori del dibattimento per chiarire l'eventuale interesse a imbastire una trattativa e le rispettive "posizioni contrattuali"¹⁹⁸.

Ogni accordo negoziato, ha affermato ancora la suprema Corte, avrebbe necessitato, per essere ammissibile, della conoscenza e della collaborazione delle parti (quindi anche della pubblica accusa) e del giudice; e ciò in ragione dell'assoluta importanza delle trattative sull'andamento del processo e sulla decisione. In particolare, un patto raggiunto senza la partecipazione dell'imputato personalmente o, allo stesso modo, dei membri laici del collegio è stato valutato esplicitamente inammissibile¹⁹⁹.

Ma non è tutto. In tale articolata pronuncia, il *BGH* ha anche stabilito espressamente il criterio secondo cui l'intesa negoziata non avrebbe potuto consistere in un patto sulla *misura esatta della sanzione* da applicare nel caso di una confessione dell'imputato: ove ciò fosse avvenuto, infatti, vi sarebbe stata una violazione dei §§260 (1) e 261 *StPO*, posto che il decisore non sarebbe più stato libero di determinare l'entità della pena da irrogare²⁰⁰. Tutt'al contrario, secondo la suprema Corte, i giudici avrebbero potuto indicare, in modo del tutto legittimo, un tetto massimo di pena da applicare all'imputato nel caso di buona riuscita del negoziato²⁰¹.

In sostanza, quindi, secondo il *BGH*, la determinazione contrattata di un limite edittale massimo avrebbe costituito l'unica possibile promessa vincolante di un'*Absprache*; e ciò in quanto in tal caso non sarebbe venuta meno la necessaria imparzialità e obiettività richiesta a una Corte per decidere, essendo i giudici liberi di muoversi al di sotto del tetto contrattato²⁰².

Si è ancora stabilito che l'intesa negoziata informale avrebbe comunque dovuto portare a una sentenza proporzionata al grado di colpevolezza dell'imputato, pur ribadendosi l'effetto attenuante di una confessione, anche compiuta per solo ragioni strategiche e non per motivi di rimorso²⁰³.

Nella parte conclusiva della sentenza, infine, il *Bundesgerichtshof* ha affermato che, ove un accordo rispettasse questa molteplicità di criteri, lo stesso sarebbe stato vincolante, salvo che emergessero nuovi fatti sfavorevoli all'imputato sconosciuti al

¹⁹⁶ Cfr. T. WEIGEND, *The Decay of the Inquisitorial Ideal*, cit., p. 49 nt. 43.

¹⁹⁷ Cfr. BGH, 28.08.1997 - 4 StR 240/97, cit., §§31 ss.

¹⁹⁸ Cfr. BGH, 28.08.1997 - 4 StR 240/97, cit., §31.

¹⁹⁹ Cfr. BGH, 28.08.1997 - 4 StR 240/97, cit., §32.

²⁰⁰ Cfr. BGH, 28.08.1997 - 4 StR 240/97, cit., §34.

²⁰¹ Cfr. BGH, 28.08.1997 - 4 StR 240/97, cit., §§ 35-36.

²⁰² Cfr. BGH, 28.08.1997 - 4 StR 240/97, cit., §§ 35-36.

²⁰³ Cfr. BGH, 28.08.1997 - 4 StR 240/97, cit., § 42.

momento della conclusione del patto o nuove prove idonee a incidere sulla credibilità della pronuncia, potendosi, in tal caso eccezionale, irrogare una pena superiore a quella massima negoziata; l'eventualità di una variazione dalla *pena* contrattata avrebbe però dovuto essere annunciata espressamente all'imputato nel corso dell'udienza dibattimentale²⁰⁴.

Come chiarito da autorevole dottrina²⁰⁵, le reazioni a questa pronuncia sono state varie: se alcuni commentatori l'hanno accolta positivamente, quale fonte di un'indispensabile *standard* minimo di legalità²⁰⁶, la dottrina maggioritaria l'ha – ancora una volta – criticata²⁰⁷. In particolare, si è affermato, per un verso, che una promessa vincolante – pur limitata – di un giudice sull'applicazione di un tetto massimo di pena si sarebbe comunque posta in violazione del principio di ricerca della verità²⁰⁸ e, per un altro verso, che la tesi del *BGH*, secondo cui una confessione determinerebbe, di per sé, una diminuzione della pena, solo per i suoi effetti sulla lunghezza del procedimento, non avrebbe avuto alcuna base nel processo penale tedesco²⁰⁹.

Anche la giurisprudenza non pare aver accolto in modo unanime le linee guida della decisione del 1997. Difatti, se, negli anni seguenti a tale sentenza, alcuni fattori sembrano suggerire che i giudici di merito continuassero a negoziare a modo loro²¹⁰, diverse decisioni di altri senati della suprema Corte hanno chiarito, confermato e supportato i criteri stabiliti nel caso-guida²¹¹.

Tuttavia, è stato in particolare il divieto di subordinare l'*Absprache* a una rinuncia all'impugnazione a determinare i più seri conflitti esegetici, sviluppatisi pure tra le Corti superiori²¹².

Si è trattato, infatti, di un criterio aggirabile tramite delle scappatoie: «*instead of explicitly demanding a waiver from the defendant on the record, the trial court could disguise it as an apparently non-binding suggestion in a way that the other participants would correctly understand it as a non-negotiable requirement*»²¹³.

Senza contare che, non era neppure chiaro – anche tra i giudici del *BGH* – quali fossero le conseguenze della violazione di un tale divieto, essendo discusso se la rinuncia all'appello dopo un negoziato fosse in ogni caso invalida, oppure se il

²⁰⁴ Cfr. *BGH*, 28.08.1997 - 4 StR 240/97, cit., § 43.

²⁰⁵ Cfr., sul punto, K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., p. 165.

²⁰⁶ Si veda, sul punto, K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., p. 165.

²⁰⁷ Cfr. B. SCHÜNEMANN, *Die Absprachen im Strafverfahren*, cit., pp. 536 ss.; B. SCHÜNEMANN – J. HAUER, *Absprachen im Strafverfahren*, cit., p. 442; T. WEIGEND, *Eine Prozessordnung für abgesprochene Urteile?*, cit., pp. 59 s.; E. WEßLAU, *Absprachen in Strafverfahren*, cit., pp. 164 ss. Più in generale, per una ricapitolazione delle discussioni successive alla sentenza del 1997, cfr. K. ALTENHAIN – I. HAGEMEIER, M. HAIMERL, K.-H. STAMMEN, *Die Praxis der Absprachen*, cit., pp. 26 ss.

²⁰⁸ Cfr. K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., p. 165.

²⁰⁹ Cfr. K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., p. 165.

²¹⁰ Cfr. K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., p. 165, si veda, però, T. WEIGEND, *The Decay of the Inquisitorial Ideal*, cit., p. 49.

²¹¹ Si veda a riguardo S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., p. 126, nt. 611, nonché R. RAUXLOH, *Plea bargaining*, cit., p. 71.

²¹² Cfr. T. WEIGEND, *The Decay of the Inquisitorial Ideal*, cit., p. 49.

²¹³ Così si esprime, efficacemente, Cfr. K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., p. 174.

vizio si verificasse solo ove fosse provato che la volontà dell'imputato fosse stata influenzata dalla trattativa in modo irresistibile²¹⁴.

Tali incertezze sono state risolte solo nel 2005, quando il *Bundesgerichtshof* – nella sua composizione più autorevole di *Große Strafsenat* – è intervenuto per risolvere il contrasto intercorso tra i singoli senati in materia di abdicazione contrattata all'appello, non perdendo, però, l'occasione per stabilire diversi principi di diritto generali sulle *Absprachen* informali²¹⁵.

La Corte, infatti, ha ritenuto indispensabile, prima di rispondere ai quesiti, risolvere il problema preliminare se le negoziazioni fossero, di per sé, ammissibili nella procedura penale tedesca.

Com'era, peraltro, prevedibile, il *Große Strafsenat* ha, a sua volta, confermato, in via di principio, la legalità e compatibilità delle *Absprachen* informali con lo *StPO* e il *Grundgesetz*, sempreché le negoziazioni si svolgessero in linea con i criteri stabiliti in via pretoria dalla decisione del 1997, fatti propri e in parte precisati espressamente dal Collegio esteso.

Sotto diversi punti di vista, infatti, la pronuncia del 2005 è andata oltre a quanto stabilito nella sopra descritta "capostipite".

Così, ad esempio, il *BGH* nella sua più autorevole composizione ha, in tal caso, ammesso direttamente che, in ragione della scarsità delle risorse finanziarie, il sistema giuridico tedesco non sarebbe stato più in grado di sopravvivere senza la possibilità per i giudici di negoziare la sanzione²¹⁶.

Si è precisato, infatti, che, nel caso in cui le *Absprachen* fossero state vietate, l'ordinamento processuale penale non avrebbe più operato in modo effettivo: la pratica delle contrattazioni, compiute in ossequio a uno *standard* minimo di requisiti, avrebbe dunque permesso di rispondere alla domanda di un appropriato funzionamento della giustizia penale²¹⁷.

In sostanza, il massimo Collegio non si è limitato, come la sentenza del 1997, a far leva sulla disposizione del §153a *StPO* per giustificare il salvataggio della pratica delle contrattazioni informali, ma ha fatto valere come vero e proprio controvalore, da bilanciare con gli altri principi dello *StPO* e del *Grundgesetz*, il canone di economia processuale e il diritto a un processo rapido, espressamente ricollegati persino al *Rechtsstaatsprinzip*²¹⁸.

Dal punto di vista dei criteri da rispettare per compiere delle intese negoziate legittime, il *BGH* ha chiarito più nel dettaglio l'impossibilità di effettuare patteggiamenti sullo *Schuldspruch*, stabilendo espressamente che l'unica eccezione

²¹⁴ Cfr. K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., pp. 174-175.

²¹⁵ Cfr. BGH, 03.03.2005 - GStSt 1/04, in *StV*, 2005, pp. 311-316, sulla quale si vedano, tra i molti, K. ALTENHAIN - I. HAGEMEIER, M. HAIMERL, K.-H. STAMMEN, *Die Praxis der Absprachen*, cit., pp. 29 s.; G. DUTTGE - C. SCHOOP, *Rechtsmittelverzicht als Gegenstand einer Urteilsabsprache*, in *StV*, 2005, pp. 421 ss.; R. FÖRSCHNER, *Der Deal und seine Folgen... Geständniswiderruf und Wiederaufnahme*, *ivi*, 2008, pp. 443 ss.; L. MEYER-GOSSNER, *Absprachen im Strafprozess Nach der Entscheidung des Großen Senats*, cit., pp. 108 ss.; B. SCHÜNEMANN - J. HAUER, *Absprachen im Strafverfahren*, cit, pp. 439 ss.; G. SEHER, *Anmerkung*, in *JZ*, pp. 634 ss.; G. WIDMAIER, *Die Urteilsabsprache im Strafprozeß - ein Zukunftsmodell?*, in *NJW*, 2005, pp. 1985 ss.

²¹⁶ Cfr. BGH, 03.03.2005 - GStSt 1/04, §47.

²¹⁷ Cfr. BGH, 03.03.2005 - GStSt 1/04, §47.

²¹⁸ Cfr. BGH, 03.03.2005 - GStSt 1/04, §48.

a tale divieto sarebbe stata da individuare nei §§154 e 154a *StPO*, dei quali, oltretutto, si è auspicata un'interpretazione estensiva²¹⁹.

Il *Große Strafsenat* ha anche affrontato direttamente l'assai discussa problematica concernente la cosiddetta *Sanktionsschere*²²⁰, ovvero la questione di quale fosse la differenza ammissibile tra l'entità della pena irrogata a seguito di un patto negoziato e quella applicata, nel medesimo caso, dopo un dibattimento ordinario.

A tale riguardo i giudici hanno affermato che, per aversi una contrattazione legittima, il *gap* tra le due ipotesi non avrebbe potuto essere così largo da non essere giustificabile sulla base degli effetti attenuanti di una confessione, dovendosi in ogni caso applicare una pena proporzionata alla colpevolezza del soggetto. Nel caso, in cui, invece, fosse fissato uno sconto di pena irragionevolmente elevato, essendosi, quindi, in sostanza contrattato un tetto massimo di pena negoziato particolarmente basso, si sarebbe, invece, verificata un'indebita pressione sull'imputato, che avrebbe determinato l'illegalità del patto²²¹.

In tale occasione, il supremo Collegio ha anche precisato le condizioni in cui i giudici avrebbero potuto deviare dal limite massimo di pena contrattato, senza con ciò violare il diritto a un equo processo dell'imputato. Secondo la Corte, a differenza di quanto affermato nel 1997, si sarebbe dovuto legittimamente applicare una pena differente da quella risultante dal patto, non più solo nei casi in cui emergessero nuove prove prima sconosciute, ma anche ove vi fossero elementi fattuali o legali già esistenti nella fase del negoziato ingiustamente trascurati²²², pena, altrimenti, una violazione del §261 *StPO*.

Una volta risposto in senso affermativo al quesito preliminare concernente la generale ammissibilità delle *Absprachen* e dopo averne chiarito le condizioni di legittimità la suprema Corte è passata a occuparsi specificatamente della problematica rimessa espressamente alla sua valutazione.

Anche in questo caso, il *Große Strafsenat* si è posto in linea con quanto già affermato nel 1997, stabilendo però alcune innovative precisazioni sul punto.

In particolare, la Corte ha, anzitutto, proibito ai giudici di partecipare o contribuire alle discussioni sull'abdicazione del potere di appellare, non potendo gli stessi neppure incoraggiare, tramite la promessa di sconti sanzionatori, l'esercizio della facoltà discrezionale attribuita all'imputato dal §302 *StPO*²²³.

In secondo luogo, il *BGH*, onde rendere maggiormente effettivo il suddetto divieto, ha stabilito che dopo ogni giudizio fondato su un'*Absprache* dovesse essere fornita all'imputato una cosiddetta "istruzione qualificata", ovvero un'informazione specifica che lo rendesse edotto del fatto che - indipendentemente

²¹⁹ Cfr. *BGH*, 03.03.2005 - *GStSt* 1/04, §36.

²²⁰²²⁰ In argomento, cfr. T. WEIGEND, *The Decay of the Inquisitorial Ideal*, cit., p. 52, a cui si rimanda anche per ulteriori indicazioni dottrinali., nonché, più di recente, a A. KUBIK, *Die unzulässige Sanktionsschere. Zur Strafbarkeit des Richters bei Ankündigung einer unverhältnismäßig großen Strafmaßdifferenz im Rahmen der Urteilsabsprache*, Frankfurt am Main, 2014, *passim*.

²²¹ Cfr. *BGH*, 03.03.2005 - *GStSt* 1/04, §37.

²²² Cfr. *BGH*, 03.03.2005 - *GStSt* 1/04, §38, la quale cita espressamente *BGH NStZ* 2004, 493; 2005, 115.

²²³ Cfr. *BGH*, 03.03.2005 - *GStSt* 1/04, §52.

da quali fossero i patti – questi sarebbe comunque rimasto libero di proporre impugnazione²²⁴.

Per prudenza, si è oltretutto precisato, per un verso, che tale regola avrebbe dovuto trovare applicazione indipendentemente dal fatto che una rinuncia preventiva all'impugnazione fosse stata o meno esplicito oggetto di contrattazione tra le parti e, per un altro verso, che l'effettivo assolvimento da parte dell'autorità dell'obbligo di comunicare l'istruzione qualificata dovesse risultare dal verbale d'udienza²²⁵.

Neppure l'aspetto "sanzionatorio" è stato del tutto trascurato, stabilendosi che, nel caso in cui l'informazione qualificata non fosse data, la rinuncia all'impugnazione sarebbe stata priva di effetti²²⁶.

Tuttavia, il *Große Senat* ha del pari chiarito che l'avvertimento sul diritto di proporre appello, indipendentemente da eventuali patti, avrebbe costituito una protezione necessaria, ma anche sufficiente per garantire i diritti dell'imputato: la presenza dell'avviso avrebbe infatti "sanato" ogni violazione del divieto di negoziare una rinuncia all'impugnazione eventualmente svoltasi in precedenza, posto che l'accusato, tramite l'istruzione, sarebbe stato reintegrato della piena conoscenza sul significato e portata di un suo eventuale "waiver"²²⁷. Di modo che, in sostanza, il massimo collegio ha ritenuto che la rinuncia al gravame presentata dopo aver ricevuto un'istruzione qualificata sarebbe stata valida e irrevocabile, anche nel caso in cui la stessa fosse stata preceduta da discussioni "illeghi"²²⁸.

In un'ultima analisi, la Corte, rendendosi conto che la regolamentazione pretoria delle intese negoziate non fosse più sufficiente, ha compiuto un esplicito e forte appello al legislatore tedesco, affinché questi intervenisse direttamente, dettando una disciplina puntuale in materia di *Absprachen* dibattimentali.

I supremi giudici hanno infatti ricordato che «*es ist primär Aufgabe des Gesetzgebers, die grundsätzlichen Fragen der Gestaltung des Strafverfahrens und damit auch die Rechtsregeln, denen die Urteilsabsprache unterworfen sein soll, festzulegen*»²²⁹.

Ebbene, nonostante le numerose critiche che la dottrina tedesca ha, ancora una volta, sollevato nei confronti delle argomentazioni proposte da tale sentenza²³⁰,

²²⁴ Cfr. BGH, 03.03.2005 - GSSt 1/04, §71 ss.

²²⁵ Cfr. BGH, 03.03.2005 - GSSt 1/04, §72.

²²⁶ Cfr., sul punto, BGH, 03.03.2005 - GSSt 1/04, §75, in cui però la Corte ha anche stabilito che il diritto a impugnare del soggetto a cui non fosse stata fornita l'istruzione qualificata valesse «*allerdings nur innerhalb der Rechtsmitteleinlegungsfrist*». Chiarendosi ancora che «*einer unbefristeten Möglichkeit zur Rechtsmitteleinlegung steht entgegen, daß die Frage der Rechtskraft wegen der mit ihr verbundenen weitreichenden Folgen durch eine klare Fristenregelung eindeutig geklärt sein muß und durch die Rechtsmitteleinlegungsfrist geklärt ist. Der Rechtsmittelberechtigte, der auf Rechtsmittel verzichtet hat, nachdem ihm die Rechtsmittelbelehrung ohne qualifizierte Belehrung erteilt worden ist, darf zudem insoweit nicht besser stehen als derjenige, der keinen Rechtsmittelverzicht erklärt hat*».

²²⁷ Cfr. BGH, 03.03.2005 - GSSt 1/04, §§74. Sul punto, cfr. K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., p. 175.

²²⁸ Si veda sul punto K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., p. 175.

²²⁹ Cfr. BGH, 03.03.2005 - GSSt 1/04, §78.

²³⁰ Cfr. C. KOCH, *Zur Wirksamkeit eines absprachebedingten Rechtsmittelverzichts und deren Auswirkungen im Hinblick auf die Wiedereinsetzung. Anmerkung zum Beschluss des - Großen Senats für Strafsachen vom 03. März 2005 GSSt 1/04 = BGH HRRS 2005 Nr. 310, in HRRS, 2005, pp. 245 ss.; F. MEYER, Der vereinbarte Rechtsmittelverzicht ist wirksam, ist unwirksam, ist wirksam, ivi, 2005, pp. 235 ss.; B. SCHÜNEMANN - J. HAUER, *Absprachen im Strafverfahren*, cit, p. 442.*

e sebbene i dati empirici dimostrino come la stessa non sia riuscita a cambiare realmente la prassi dei patti sulla rinuncia all'impugnazione²³¹, la pronuncia del collegio esteso del *BGH* ha rappresentato comunque un ulteriore passo fondamentale nello sviluppo della giustizia negoziata tedesca.

Gli effetti della decisione del *Große Senat* sono, infatti, stati ben più importanti di una mera precisazione pretoria della prassi già esistente: una "richiesta d'aiuto"²³² così esplicita per una regolamentazione delle intese patteggiate, proveniente dal più autorevole consesso della suprema Corte, non poteva che risvegliare definitivamente il legislatore dal suo, a quel punto, quasi quarantennale torpore.

7. Le proposte normative di codificazione delle intese negoziate

Sebbene le prime iniziative in merito a una regolamentazione espressa delle intese negoziate siano piuttosto risalenti, è solo nei primi anni del nuovo millennio che si è avuta una vera e propria svolta sul punto.

Un chiaro segnale di interesse per la codificazione dei "patteggiamenti" informali si registra già tra il 2001 e il 2004, quando le forze politiche hanno, in due occasioni, inserito la tematica in esame all'interno di più ampi pacchetti di riforma della procedura penale tedesca²³³.

Senza che paia necessario soffermarsi su tali progetti²³⁴, sembra solo opportuno ricordare che gli stessi già presentavano due caratteristiche poi fatte proprie da molte - ma non tutte - delle successive proposte normative in materia.

In primo luogo, infatti, lungi da essere dei disegni di riforma totalmente originali, gli stessi suggerivano sostanzialmente una mera ricezione, in norme generali e astratte, dei criteri ideati dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità nel corso degli anni, evidentemente intesi come un adeguato bilanciamento tra esigenze di economia processuale e principi cardine dello *StPO* e del *Grundgesetz*.

In secondo luogo, da un punto di vista strettamente terminologico, già in questa sede si era deciso di utilizzare non il termine "*Absprache*", più vicino al vocabolo italiano "patteggiamento" e caratterizzato da un'accezione oscura e

²³¹ Cfr. K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., pp. 175-176. Per un'ampia analisi empirica sulla prassi dei patteggiamenti informali, cfr. K. ALTENHAIN - I. HAGEMIER, M. HAIMERL, K.-H. STAMMEN, *Die Praxis der Absprachen*, cit., *passim*.

²³² Cfr. U. MURMANN, *Reform ohne Wiederkehr?*, cit., p. 529.

²³³ Ci si riferisce, in primo luogo, all'„*Eckpunkte einer Reform des Strafvfahrens*“, del 6 aprile 2011, pubblicato in *StV*, 2001, pp. 314 ss. e, in secondo luogo, al documento „*Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafvfahrens*“, pubblicato in *StV*, 2004, pp. 228 ss.

²³⁴ In argomento, cfr. F. BITTMAN, *Das Eckpunktepapier zur Reform des Strafvfahrens*, in *ZRP*, 2001, pp. 441 ss.; M. GRÄFIN VON GALEN - A. WATTENBERG, *Eckpunkte einer Reform des Strafvfahrens: Reform des reformierten Strafprozesses oder Gefahr für rechtsstaatliche Standards?*, *ivi*, pp. 445 ss.; H. LANDAU, *Chancen und Risiken einer Reform des Strafvfahrens*, *ivi*, pp. 146 ss.; F. SALDITT, *Eckpunkte - Streitfragen des partizipatorischen Strafprozesses*, in *StV*, 2001, pp. 311 ss.; U. FREYSCHMIDT - A. IGNOR, *Mehr Verteidigung im Ermittlungsverfahren?! - Anmerkung zum Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafvfahrens*, in *NStZ*, 2004, pp. 465 ss.; K.-U. VENTZKE, *Unheil oder Paradigmenwechsel? Erste Anmerkungen zu einem "Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafvfahrens"*, in *HRRS*, 2004, pp. 246 ss.

negativa ²³⁵, o altri, comunque diffusi, come “*Vergleich*” (“transazione”) o “*Vereinbarung*” (“patto”), ma quello di “*Verständigung*” (“intesa”), etimologicamente vicino a “*Verständis*” (“comprensione”) e “*Verstand*” (“capacità di comprendere”) ²³⁶, ritenuto migliore per rappresentare un fenomeno oramai legalizzato.

Com’era peraltro inevitabile, il dibattito ha poi avuto una netta accelerazione dopo la richiesta al legislatore di un esplicito intervento in materia, operata dal *Große Senat* nel 2005²³⁷.

La prima organizzazione ad accogliere l’appello proveniente dal collegio esteso del *BGH* è stata la *Bundesrechtsanwaltskammer*, che, già nel settembre di tale anno, ha avanzato una sua proposta sul punto, a dir la verità, assai più articolata e diversa rispetto ai tentativi di riforma prospettati fino a quel momento²³⁸.

Dalla lettura dell’introduzione al *Draft*, si desume, invero, come l’organizzazione federale dei difensori abbia, in tale sede, da un lato, assunto un atteggiamento assolutamente favorevole nei confronti delle negoziazioni nel processo penale, e, da un altro lato, dimostrato di ritenere insufficiente il modo in cui il tema delle *Absprachen* fosse stato affrontato fino ad allora.

Se, infatti, le timide iniziative precedenti, nonché la giurisprudenza del *BGH*, erano fondati sul tentativo di trovare un punto di equilibrio tra principi tradizionali della procedura penale tedesca e esigenze di economia processuale, tutt’al contrario, il progetto della *Bundesrechtsanwaltskammer* si è basato su un innovativo “*principio del consenso*” ²³⁹, il cui inserimento avrebbe comportato una parziale delimitazione dei canoni di immediatezza, pubblicità, oralità e ricerca della verità

²³⁵ Si veda sul punto le attente riflessioni di L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, cit., pp. 139-140.

²³⁶ Si veda a riguardo T. WIGEND, *Verständigung in der Strafprozessordnung - auf dem Weg zu einem neuen Verfahrensmodell*, in AA.VV., *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Berlin, 2010, p. 831, nt. 14. Per una critica nei confronti di tale termine, cfr. anche B. SCHÜNEMANN, *Ein deutsches Requiem auf den Strafprozess des liberalen Rechtsstaats*, cit., p. 106.

²³⁷ Si vedano sul punto M. JAHN - M. MÜLLER, *Der Widerspenstigen Zähmung - Aktuelle Gesetzgebungsvorschläge zu den Urteilsabsprachen im Strafprozess*, in *JA*, 2006, p. 682; U. MURMANN, *Reform ohne Wiederkehr?*, cit., p. 528; N. TSUJIMOTO, *Eine inhaltliche Analyse der Verständigung im deutschen Strafprozess aus der Perspektive eines Außenstehenden*, in *ZIS*, 2012, p. 613.

²³⁸ Cfr. STRAFRECHTSAUSSCHUSS DER BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER, *Vorschlag einer gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprache im Strafverfahren*, BRAK-Stellungnahme-Nr. 25/2005, in <http://www.brak.de>. In argomento la letteratura è molto nutrita, si vedano, tra i molti, S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., pp. 168 ss.; H. LANDAU - R. BÜNGER, *Urteilsabsprache im Strafverfahren*, in *ZRP*, 2005, pp. 268 ss.; L. MEYER-GÖRNER, *Zum Vorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer für eine gesetzliche Regelung der Urteilsabsprache im Strafverfahren*, in *StV* 2006, pp. 485 ss.; B. SCHÜNEMANN, *Bundesrechtsanwaltskammer auf Abwegen*, in *ZRP*, 2006, pp. 63 s.; T. WEIGEND, *The Decay of the Inquisitorial Ideal*, cit., pp. 56 ss.

²³⁹ All’interno del *draft* si afferma persino che “*Konsens schafft Frieden*”, ovvero che il consenso porta alla “pace”. In merito al principio del consenso in Germania, cfr., W. HASSEMER, *Konsens im Strafprozeß*, in AA.VV., *Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008*, Berlin, 2008, pp. 171 ss.; M. JAHN, *Die Konsensmaxime in der Hauptverhandlung*, in *ZStW*, 2006, pp. 427 ss.; D. SAUER, *Konsensuale Verfahrensweisen im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, Heidelberg, 2008; C. WEICHBRODT, *Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen*, Berlin, 2006; E. WEßLAU, *Das Konsensprinzip im Strafverfahren*, cit., *passim*.

tradizionali e, quindi, un significativo cambiamento nella procedura penale tedesca²⁴⁰.

La più importante conseguenza dell'adesione al "*Konsensprinzip*" consisteva nel fatto che il nuovo §243a *StPO*, di cui si suggeriva l'inserimento, non richiedeva per forza una confessione²⁴¹. Difatti, posto che la Corte poteva basare il giudizio, per l'appunto, sul solo consenso delle parti, l'imputato avrebbe potuto offrire diversi tipi di contributi in cambio di un trattamento sanzionatorio più favorevole (e non solo su una confessione), come, ad esempio, la rinuncia a chiedere la presentazione di ulteriori prove o a contrastare l'ammissione di prove illegittimamente acquisite²⁴².

In linea con tale principio guida, il progetto suggeriva inoltre che le negoziazioni non fossero iniziate direttamente dal giudice ma congiuntamente dalla pubblica accusa e dalla difesa²⁴³.

Nel caso in cui l'accordo non andasse a buon fine si stabiliva, oltretutto, una regola di esclusione, la quale - con alcune eccezioni²⁴⁴ - garantiva che ogni dichiarazione fatta dall'accusato all'interno delle trattative sarebbe diventata invalida e inammissibile nel corso del dibattimento²⁴⁵.

Coerentemente con l'ispirazione accusatoria della proposta, la stessa prevedeva l'abolizione dell'appello per motivi di fatto nei confronti del "patteggiamento", mantenendolo la possibilità di impugnare tramite *Revision* solo per errori di diritto eventualmente intercorsi nel corso delle negoziazioni²⁴⁶.

Tale iniziativa non ha però avuto fortuna, ricevendo, al contrario, numerose critiche sia dalla dottrina²⁴⁷ sia - assai significativamente - anche dai pratici e, in particolare, dalla *Deutschen Anwaltsvereins*²⁴⁸, che, ha avanzato, a sua volta, un'iniziativa per la codificazione delle *Verständigungen*²⁴⁹.

Nel novembre del 2005, anche i *Generalstaatsanwältinnen* e *Generalstaatsanwälte* hanno risposto all'appello della suprema Corte, formulando, a loro volta, un progetto di codificazione delle intese negoziate, denominato «*Eckpunkte für eine gesetzliche Regelung von Verfahrensabsprachen vor Gericht*»²⁵⁰.

²⁴⁰ Cfr. T. WEIGEND, *The Decay of the Inquisitorial Ideal*, cit., p. 56.

²⁴¹ Cfr., sul punto, T. WEIGEND, *The Decay of the Inquisitorial Ideal*, cit., p. 57.

²⁴² Cfr. T. WEIGEND, *The Decay of the Inquisitorial Ideal*, cit., p. 57.

²⁴³ Cfr. T. WEIGEND, *The Decay of the Inquisitorial Ideal*, cit., p. 57.

²⁴⁴ Cfr. T. WEIGEND, *The Decay of the Inquisitorial Ideal*, cit., p. 58, nt. 75.

²⁴⁵ Cfr. T. WEIGEND, *The Decay of the Inquisitorial Ideal*, cit., p. 58.

²⁴⁶ Cfr., sul punto, S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., p. 169.

²⁴⁷ Cfr. B. SCHÜNEMANN - J. HAUER, *Absprachen im Strafverfahren*, cit., pp. 442 ss, nonché E. WEßLAU, *Konsensprinzip als Leitidee des Strafverfahrens*, in *StrafverteidigerForum*, 2007, pp. 1 ss.; EAD., *Strategische Planspiele oder konzeptionelle Neuausrichtung? Zur aktuellen Kontroverse um eine gesetzliche Regelung der Absprache*, in AA.VV., *Festschrift für Egon Müller*, cit., pp. 779 ss.

²⁴⁸ Cfr. STRAFRECHTSAUSSCHUSS DES DEUTSCHEN ANWALTVEREINS, *'Soll der Gesetzgeber Informelles formalisieren?*, in *StrafverteidigerForum*, 2006, pp. 89 ss.

²⁴⁹ *Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Strafrechtsausschuss zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren (Stand: 18.05.2006) und ein eigener Vorschlag für eine gesetzliche Regelung des Verfahrens (StPO-AE)*, in <https://anwaltsverein.de/de/newsroom>.

²⁵⁰ Cfr. GENERALSTAATSANWÄLTINNEN UND GENERALSTAATSANWÄLTE, *Eckpunkte für eine gesetzliche Regelung von Verfahrensabsprachen vor Gericht*, del 24 novembre 2005, in M. NIEMÖLLER - R.

Peraltro, se, sotto certi punti di vista, la proposta dei pubblici ministeri tedeschi si è dimostrata simile rispetto a quella dell'organizzazione federale degli avvocati – stabilendo ad esempio che il patto si sarebbe dovuto fondare su un'iniziativa concordata dell'accusa e del difensore e su un «*konsensualen Gedanken*»²⁵¹ –, la stessa presentava anche significative differenze: basti pensare che quest'ultima considerava una confessione qualificata come una *condicio sine qua non* di ogni patto processuale²⁵².

A queste iniziative provenienti dagli operatori pratici del diritto, non hanno tardato ad aggiungersi, dopo pochi mesi, anche proposte legislative ufficiali²⁵³.

Dal canto suo, nel marzo del 2006, lo Stato della Bassa Sassonia – in ossequio all'art. 76 §1 GG – ha presentato al *Bundesrat* un disegno normativo, intitolato «*Entwurf eines Gesetzes zur Regelung von Absprachen im Strafverfahren*»²⁵⁴.

Anche il prologo di tale progetto enfatizzava espressamente il ruolo fondamentale giocato dalla pratica delle contrattazioni per il buon funzionamento della giustizia penale, precisando, però, che le trattative dovessero porsi comunque in linea con i canoni fondamentali della procedura penale tedesca, non potendo operare senza limiti²⁵⁵.

Esattamente come nel progetto dell'organizzazione federale dei difensori, pure questa iniziativa si basava sull'introduzione di un nuovo §243a all'interno dello *StPO*, cui andavano ad aggiungersi diverse disposizioni satellite.

In tale iniziativa si prevedeva la possibilità di iniziare le negoziazioni solo dopo la formulazione dell'imputazione²⁵⁶ e – in linea con quanto stabilito dalla giurisprudenza – si ammetteva la possibilità che le contrattazioni potessero essere iniziate direttamente dal giudice (e pure dal procuratore e della difesa)²⁵⁷.

Si stabiliva ancora che ogni negoziato dovesse necessariamente avere a oggetto una confessione (qualificata) dell'imputato²⁵⁸ e portare a una sentenza proporzionata alla sua colpevolezza; mentre – in ossequio alla pronuncia del collegio esteso del 2005 – veniva vietata la possibilità di contrattare sulla rinuncia all'impugnazione²⁵⁹.

In tale disegno di riforma era ancora previsto che l'accordo dovesse essere registrato nel verbale e diventasse vincolante solo con il consenso anche del pubblico ministero²⁶⁰.

SCHLOTHAUER – H.J. WEIDER, *Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren. Kommentar*, München, 2010, pp. 255 ss. Vedi sul punto M. JAHN – M. MÜLLER, *Der Widerspenstigen Zähmung*, cit., p. 684.

²⁵¹ Cfr. GENERALSTAATSANWÄLTINNEN UND GENERALSTAATSANWÄLTE, *Eckpunkte für eine gesetzliche Regelung*, cit., p. 258.

²⁵² Cfr. GENERALSTAATSANWÄLTINNEN UND GENERALSTAATSANWÄLTE, *Eckpunkte für eine gesetzliche Regelung*, cit., p. 255.

²⁵³ Cfr. sul punto, in particolare, D. SAUER, *Konsensuale Verfahrensweisen*, cit., pp. 95 ss.

²⁵⁴ Cfr., BR-Drucks. 235/06 (29 marzo 2006). Sul punto, cfr. E. HEISTER-NEUMANN, *Absprachen im Strafprozess - Der Vorschlag Niedersachsens zu einer gesetzlichen Regelung*, in *ZRP*, 2006, pp. 136 ss.; M. MÜLLER, *Probleme um eine gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren*, Köln, 2008, pp. 422 ss.

²⁵⁵ Si veda sul punto S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., p. 172.

²⁵⁶ Cfr. S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., p. 172.

²⁵⁷ Cfr. S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., p. 172.

²⁵⁸ Cfr., BR-Drucks. 235/06, p. 2.

²⁵⁹ Cfr., BR-Drucks. 235/06, pp. 6-7.

²⁶⁰ Cfr. S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., p. 172.

In ogni caso, l'aspetto maggiormente peculiare di tale proposta normativa era, senza dubbio, rappresentato dalla particolare attenzione che la stessa dimostrava per la figura delle vittime: il progetto della Bassa Sassonia prevedeva, infatti, l'inclusione esplicita anche di tale soggetto nel procedimento di negoziazione, a cui venivano attribuiti poteri di intervento alquanto penetranti ove la stessa fosse costituita quale *Nebenklager*²⁶¹.

Nel maggio del 2006, è stato invece il *Bundesjustizministerium* a presentare un importante progetto per una regolazione delle *Verständigungen*: si trattava, anche in questo caso, di un tentativo di codificazione, con alcune – rilevanti – variazioni, dell'insieme di regole pretorie dettate dalla giurisprudenza²⁶². Lo scopo, infatti, era quello di legalizzare la prassi, senza però voler innovare i principi tradizionali del sistema processuale tedesco, come, invece, per l'appunto avrebbe voluto fare l'associazione federale dei difensori.

Anche questa iniziativa si basava sull'inserimento di una disposizione centrale – per l'appunto un nuovo art. 257c *StPO* – cui andavano ad aggiungersi diverse previsioni collaterali.

Lo svolgimento di trattative tra i soggetti processuali era, infatti, favorito, mediante l'inserimento di specifiche disposizioni, in differenti fasi del procedimento e persino durante le indagini; al giudice veniva attribuito un ruolo peculiare di iniziativa sul punto prima dell'apertura e nel corso del dibattimento.

In modo simile a quanto previsto dalla *Bundesrechtsanwaltskammer*, il Ministero della giustizia non aveva imposto che le negoziazioni avessero per forza a oggetto una confessione dell'imputato, potendo, ad esempio riguardare anche altre attività processuali come la rinuncia a presentare ulteriori prove²⁶³.

A differenza di quanto stabilito dalla sentenza "pilota" del 1997, si prevedeva inoltre che la Corte potesse indicare non solo una soglia massima di pena da applicare nel caso di raggiungimento di un accordo, ma anche un livello sanzionatorio minimo: di modo che, in sostanza, tramite il patto l'accusato avrebbe avuto la possibilità di negoziare una vera e propria forbice edittale.

In ossequio, invece, alla pronuncia del collegio esteso del 2005, veniva stabilito un divieto espresso di contrattazione sulla rinuncia a un appello.

L'iniziativa del *Bundesjustizministerium* affermava, poi che, per diventare efficace, il negozio avesse bisogno del consenso sia dell'accusato, sia della pubblica accusa, oltreché, ovviamente della Corte.

Nel caso in cui la sanzione applicata fosse ricompresa nei limiti negoziati, si prevedeva inoltre che la sentenza potesse essere appellata solo per motivi limitati²⁶⁴.

Tale proposta, presentava però due punti particolarmente delicati.

²⁶¹ Cfr. E. HEISTER-NEUMANN, *Absprachen im Strafprozess*, cit., pp. 138 s.

²⁶² Cfr. *Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren* del 18 maggio 2006, sul quale cfr., in particolare, cfr. K. ALTENHAIN-I. HAGEMEIER-M. HAIMERL, *Die Vorschläge zur gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprachen im Lichte aktueller rechtstatsächlicher Erkenntnisse*, in *NStZ*, 2007, pp. 71 ss.; A. IGNOR, *Die Urteilsabsprache und die leitenden Prinzipien der StPO*, in *AA.VV., Festschrift zu Ehren des Strafrechtausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer*, Köln 2006, pp. 321 ss.; S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., pp. 170 ss.; M. MÜLLER, *Probleme um eine gesetzliche Regelung*, cit., pp.411 ss.; T. WEIGEND, *The Decay of the Inquisitorial Ideal*, cit., pp. 54 ss.

²⁶³ Così, T. WEIGEND, *The Decay of the Inquisitorial Ideal*, cit., p. 54.

²⁶⁴ Cfr., sul punto, T. WEIGEND, *The Decay of the Inquisitorial Ideal*, cit., p. 54.

Da un lato, infatti, se è vero che, in linea di principio, la stessa statuiva che il giudice fosse vincolato all'intesa, la sezione 4 del § 257c del *Draft*, forniva al giudice la possibilità di "ritirarsi" dal patto non solo se le parti non avessero compiuto le attività che avevano promesso di fare o nel caso della scoperta di nuove prove, *ma in ogni ipotesi in cui la Corte arrivasse a fornire una differente interpretazione dei fatti o delle norme di diritto applicabili*²⁶⁵, rispetto alla prognosi effettuata al momento della conclusione dell'accordo.

Da un altro lato, invece, si ammetteva espressamente la possibilità di utilizzare le eventuali prodezze autoaccusatorie pronunciate dall'imputato nel contesto delle trattative, anche nel caso in cui la Corte si ritirasse dal negoziato per gli ampi motivi concessigli, dovendo l'accusato essere informato di tale possibilità (§257c, comma 5 *Draft*), non stabilendosi, quindi, una regola di esclusione che impedisse l'ammissibilità delle dichiarazioni emesse in seno al negoziato²⁶⁶.

Tenuto conto, quindi, che questa iniziativa faceva cadere in capo all'imputato tutti i rischi concernenti possibili deviazioni dai patti previamente raggiunti, non stupisce che sia stata, a sua volta, criticata, venendo persino definita come un "paradiso per i giudici"²⁶⁷.

In ogni caso, negli anni immediatamente successivi non si è riusciti a trovare un accordo politico condiviso in merito a nessuno di questi progetti²⁶⁸.

È solo all'inizio del 2009 che la situazione si è sbloccata²⁶⁹: la proposta del *Bundesjustizministerium* del maggio 2006 è stata, infatti, ripresa dal governo federale e - pur modificata sotto alcuni aspetti - ha costituito la base per un'ulteriore iniziativa normativa in materia²⁷⁰.

In un breve lasso di tempo si è svolta, quindi, un'intensa attività di negoziazioni politiche sul nuovo testo²⁷¹, che, parzialmente modificato, è stato preferito ad altri progetti²⁷², tra cui in particolare a uno proveniente dal *Bundesrat*, in cui era invece confluito il disegno della Bassa Sassonia del 2006²⁷³.

Sorprendentemente, dopo oramai quasi trent'anni di discussioni, in pochi mesi si è riusciti a trovare un'intesa finale per una codificazione delle intese negoziate all'interno della procedura penale tedesca²⁷⁴, di modo che, il 29 luglio

²⁶⁵ Cfr., sul punto, T. WEIGEND, *The Decay of the Inquisitorial Ideal*, cit., p. 54, nonché S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., p. 171.

²⁶⁶ Si vedano sul punto le icastiche considerazioni di T. WEIGEND, *The Decay of the Inquisitorial Ideal*, cit., p. 55.

²⁶⁷ Cfr. T. WEIGEND, *The Decay of the Inquisitorial Ideal*, cit., p. 55.

²⁶⁸ Per una approfondita analisi dei lavori preparatori della legge sulle intese negoziate, cfr. M. NIEMÖLLER, *Teil A. Allgemeine Einführung*, in M. NIEMÖLLER - R. SCHLOTHAUER - H.J. WEIDER, *Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren*, cit., pp. 20 ss., si veda anche, in particolare, B. SCHÜNEMANN, *Ein deutsches Requiem auf den Strafprozess des liberalen Rechtsstaats*, cit., p. 105.

²⁶⁹ Cfr. M. NIEMÖLLER, *Teil A. Allgemeine Einführung*, cit., p. 21. Si veda, ad esempio, il *Gesetzentwurf der Bundesregierung Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren*, del 9 gennaio 2009.

²⁷⁰ Si veda il progetto Br-Druks. 16/12310 del 18 marzo 2009.

²⁷¹ Cfr. M. NIEMÖLLER, *Teil A. Allgemeine Einführung*, cit., p. 21.

²⁷² Cfr. sul punto in particolare i documenti Br-Druks. 16/13095, del 20 maggio 2009, nonché Bundesrat Drucks. 538/09 del 19 giugno 2009.

²⁷³ Cfr. *Bundestagsdrucksache* 16/4197 del 31 gennaio 2007. Si veda, in argomento, A. GRAUMANN, *Die gesetzliche Regelung von Absprachen im Strafverfahren. Die Gesetzentwürfe und der Vertrauensschutz des Angeklagten bei einer fehlgeschlagenen Verständigung über das Strafmaß*, in HRRS, 2008, pp. 122 ss.

²⁷⁴ Si vedano sul punto le considerazioni di M. NIEMÖLLER, *Teil A. Allgemeine Einführung*, cit., p. 22.

2009 è stata, infine, approvata la *Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren*, entrata in vigore il 4 agosto dello stesso anno²⁷⁵.

8. La legge sulle Verständigungen del 2009: le disposizioni "satellite"

Anche la riforma del 2009²⁷⁶, così come il progetto del 2006 da cui è derivata, non ha perseguito l'obiettivo ambizioso di inserire all'interno dello *StPO* un istituto del tutto innovativo, fondato su ideali differenti rispetto a quelli classici dell'ordinamento processuale tedesco, ma, piuttosto, di adeguare tale sistema a quanto, fino a quel momento, fatto meramente in via pretoria.

In sostanza, si è voluto dare una base normativa stabile a tutta quella serie di paletti che la giurisprudenza aveva, nel corso degli anni, creato nei confronti della prassi degli accordi informali, verificandosi, quindi, una forte convergenza di idee tra due dei principali formanti della procedura penale della *BRD*, con riguardo all'individuazione del corretto punto di equilibrio tra esigenze di deflazione e rispetto dei principi fondanti dello *StPO*.

Difatti, essendosi disattese le opinioni dottrinali di chi riteneva necessario risolvere il problema dei patteggiamenti tramite cambiamenti più radicali²⁷⁷, la legge sulle *Verständigungen* – termine, quindi, che alla fine è prevalso, in quanto caratterizzato, come accennato, da un'accezione positiva – ha introdotto all'interno dello *StPO* una disposizione centrale – il nuovo §257c – cui vanno ad aggiungersi

²⁷⁵ Cfr. M. NIEMÖLLER, *Teil A. Allgemeine Einführung*, cit., p. 22.

²⁷⁶ Per un'analisi organica della nuova legge, cfr. il noto commentario di M. NIEMÖLLER – R. SCHLOTHAUER – H.J. WEIDER, *Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren*, cit., passim, nonché, tra i moltissimi, K. ALTENHAIN – M. HAIMERL, *Die gesetzliche Regelung der Verständigung im Strafverfahren - eine verweigerte Reform*, in *JZ*, 2010, pp. 327 ss.; G. FEZER, *Inquisitionsprozess ohne Ende? - Zur Struktur des neuen Verständigungsgesetzes -*, in *NStZ*, 2010, pp. 177 ss.; K.N. KOTSOGLOU, *Über die „Verständigung“ im Strafverfahren als Aussgeerpessung. Eine materiell-rechtliche Studie zu § 257c stopp*, in *ZIS*, 2015, pp. 175 ss.; K. KRÖPIL, *Die gesetzliche Regelung der Verständigung im Strafverfahren und das strafprozessuale Verfahrensziel*, in *Juristische Rundschau*, 2010, pp. 96 ss.; T. LEIBOLD, *Der Deal im Steuerstrafrecht*, cit., passim; U. MURMANN, *Probleme der gesetzlichen Regelung der Absprachen im Strafverfahren*, in *AA.VV., Festschrift für Claus Roxin Zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011. Strafrecht als Scientia Universalis*, Berlin, 2011, pp. 1385 ss.; ID., *Reform ohne Wiederkehr?*, cit., pp. 526 ss.; H. ROSENAU, *Die Absprachen im deutschen Strafverfahren*, in *AA.VV., Strafrecht und Strafgerechtigkeit. Deutsch-Japanischer Strafrechtsdialog*, a cura di H. Rosenau-S. Kim, Frankfurt am Main, 2010, pp. 45 ss.; R. SCHLOTHAUER – H.-J. WEIDER, *Das »Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren« vom 3. August 2009*, in *StV*, 2009, pp. 600 ss.; N. TSUJIMOTO, *Eine inhaltliche Analyse der Verständigung*, cit., pp. 612 ss.; T. WEIGEND, *Verständigung in der Strafprozessordnung*, cit., pp. 829 ss. In lingua italiana si veda l'approfondita analisi di J. RINCEANU, *La disciplina dell'intesa (Verständigung)*, cit., pp. 763 ss., nonché, più di recente, F. IOVENE, *La giustizia negoziata al confine tra modello inquisitorio e accusatorio: patteggiamento e Verständigung a confronto*, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 3282 ss. In lingua inglese, cfr., invece, in particolare V.J. CARDUCK, *Quo vadis, German Criminal Justice System?*, cit., pp. 2 ss.; M. FROMMANN, *Regulating Plea-Bargaining in Germany: Can the Italian Approach Serve as a Model to Guarantee the Independence of German Judges?*, in *Hanse Law Review*, 2009, pp. 197 ss.; S. GLESS – N. ZURKINDEN, *Negotiated Justice*, cit., pp. 117 ss.; R. RAUXLOH, *Formalization of plea bargaining in Germany: will the new legislation be able to square the circle?*, in *Fordham International Law Journal*, 2011, pp. 296 ss.

²⁷⁷ Cfr., sul punto, K. ALTENHAIN, *Absprachen in German Criminal Trials*, cit., p. 178, nonché, S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., p. 173.

alcune previsioni satellite, che pare possibile dividere – sostanzialmente – in tre gruppi diversi.

Anzitutto, con una prima serie di norme, ovvero i nuovi §§160b, 202a, 212 e 257b *StPO*, cui va ad aggiungersi il comma 1 del §257c, il legislatore ha fornito ai partecipanti al rito una serie eterogenea di basi normative per iniziare tra di loro, sin dalla fase delle indagini preliminari, delle discussioni con riguardo all'andamento della *regiudicanda*, aprendosi, quindi, espressamente le porte a un sistema di trattative dislocate lungo tutto il corso del procedimento penale.

Peraltro, mentre nell'*Ermittlungsverfahren* è stato il pubblico ministero a essere stato identificato quale *dominus* dei colloqui²⁷⁸, nelle fasi più propriamente processuali un ruolo guida nelle negoziazioni è stato invece attribuito – conformemente alla tradizione tedesca – al giudice²⁷⁹.

Onde, invero, evitare che le trattative si svolgessero in modo del tutto incontrollato e “oscuro”, già all'interno dei citati §§160b e 202a *StPO* sono stati inseriti dei precisi obblighi di verbalizzazione delle discussioni sull'andamento del procedimento²⁸⁰.

Si badi, peraltro, che all'interno di queste disposizioni non è stato affatto stabilito in modo espresso il possibile oggetto delle discussioni tra i partecipanti al rito, potendo quindi le stesse essere utilizzate non solo quale basi normative per iniziare a imbastire, sin da una fase molto embrionale del procedimento, le trame di una intesa (dibattimentale) *ex* §257c *StPO*²⁸¹, ma anche, per l'appunto, per svolgere più in generale qualsiasi tipo di colloquio sullo stato della *regiudicanda*, idoneo a velocizzarla.

Con i §§160b, 202a, 212 e 257b *StPO* si sono, quindi, inserite delle “clausole aperte”, volte a legalizzare le più disparate tipologie di colloqui (ma non di accordi) emerse nella prassi precedente²⁸².

Così, ad esempio, secondo l'opinione di autorevole dottrina, la nuova disposizione del §160b *StPO*, può essere oggi utilizzata per compiere delle trattative, specie tra l'imputato/suo difensore e pubblico ministero, aventi a oggetto la conclusione (totale o parziale) del procedimento tramite un'archiviazione *ex art.* 153a²⁸³, 154 e 154a *StPO*, nonché mediante l'applicazione di uno *Strafbefehl ex* §407 e ss. *StPO*²⁸⁴.

²⁷⁸ Il §160a *StPO* infatti attribuisce espressamente alla pubblica accusa il potere di discutere sullo stato del procedimento con i partecipanti, nel caso in cui ciò appaia idoneo a velocizzare il rito.

²⁷⁹ Cfr. §§202 a e 257b, i quali stabiliscono che sia la Corte a poter discutere sullo stato del procedimento con i partecipanti, nel caso in cui ciò sembri opportuno per velocizzare il rito.

²⁸⁰ Entrambe tali disposizioni stabiliscono infatti, in modo del tutto analogo, che il contenuto essenziali di tali discussioni debba essere documentato.

²⁸¹ Cfr., in particolare, a tale riguardo L. MEYER-GOßNER, sub §160b *StPO*, in L. MEYER-GOßNER – B. SCHMITT, *Strafprozessordnung*, 59^a ed., München, 2016, p. 842, nonché, Id., sub §202a *StPO*, *ivi*, p. 938.

²⁸² Cfr., sul punto, L. MEYER-GOßNER, sub §160b *StPO*, cit., p. 841, nonché da R. SCHLOTHAUER, sub §160b *StPO*, in M. NIEMÖLLER – R. SCHLOTHAUER – H.J. WEIDER, *Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren*, cit., p. 33.

²⁸³ Si veda, sul punto, anche quanto stabilito in sede di lavori preparatori dal documento BT-Drucks. 16/12310, p. 12.

²⁸⁴ Cfr., in questo senso, chiaramente L. MEYER-GOßNER, sub §160b *StPO*, cit., p. 842; D. SAUER – S. MÜNDEL, *Absprachen im Strafprozess*, cit., p. 46; R. SCHLOTHAUER, sub §160b *StPO*, cit., p. 35.

Ciò in sostanza sta a significare che sebbene la *Verständigungsgesetzts* non si sia occupata esplicitamente delle sopra descritte ipotesi di giustizia negoziata riguardanti la criminalità medio-bassa²⁸⁵, proprio la disposizione di cui al §160b *StPO* è stata interpretata come fonte normativa che consente di considerare ammissibili, anche dopo il 2009, queste ipotesi minori di *Absprachen* extra-dibattimentali²⁸⁶, fondate su interpretazioni “estensive” di disposizioni codicistiche.

Un secondo gruppo di regole inserite con la riforma del 2009 – ovvero i §§ 243, comma 4; 267, commi 3 e 4; 273, commi 1 e 1a *StPO*²⁸⁷ - ha invece perseguito lo scopo primario di assicurare la trasparenza e pubblicità ai negoziati.

Più in particolare, tramite la parziale novella del §243 *StPO* si è imposto, anzitutto, l’obbligo in capo al presidente del collegio di dichiarare apertamente all’inizio del dibattimento la previa presenza di negoziazioni svoltesi ex 202a e 212 *StPO*, dovendo questi anche chiarire se le stesse abbiano avuto a oggetto la possibile conclusione di un accordo negoziato e, in tal caso, anche il loro contenuto essenziale.

Tramite la modifica dei §§267 e 273 *StPO* si è invece stabilito il necessario inserimento, da un lato, all’interno della motivazione della sentenza, dell’informazione se la stessa costituisca il frutto di una *Verständigung* e, da un altro lato, nel verbale d’udienza, della descrizione delle trattative eventualmente avvenute tra i vari soggetti processuali nella fase dibattimentale ex §257b *StPO*, nonché dello svolgimento, dei contenuti e dell’esito di un ipotetico accordo concluso ex §257c *StPO*, di cui peraltro va riportato anche il mancato raggiungimento²⁸⁸.

In tal modo, quindi, si è voluto, in sostanza porre un freno alla prassi di negoziare in modo del tutto informale, senza che rimanesse nessuna traccia dei dibattiti tra i protagonisti del processo, a cui, spesso, risultava addirittura difficile provarne successivamente l’effettivo contenuto.

D’altra parte è chiaro che, così operando, il legislatore ha, in sostanza, tentato di recepire e sviluppare quanto già stabilito dalla giurisprudenza delle Corti superiori, in materia di pubblicità dei patti informali.

Gli insegnamenti del *BGH* sono stati seguiti – con particolare attenzione– anche dal terzo gruppo di disposizioni novellate nel 2009, ossia i §§35a e 302 *StPO*, con cui, invero, si è voluto codificare quanto stabilito dal *Große Senat* nel 2005, in

²⁸⁵ In merito alla tematica delle *Absprachen* concluse nell’*Ermittlungsverfahren* dopo la legge del 2009, cfr. in particolare, F. BITTMAN, *Die Verständigung und die Rolle der Staatsanwaltschaft*, in AA. VV., *Praxishandbuch*, cit., pp. 53 ss., nonché l’approfondita analisi di K. ALTENHAIN, *Absprachen im Ermittlungsverfahren*, in AA.VV., *Wider die wildwüchsige Entwicklung des Ermittlungsverfahrens*, a cura di S. Barton – R. Kölbl - M. Lindemann, Baden-Baden, 2015, pp. 219 ss.

²⁸⁶ Questa è l’opinione di F. BITTMAN, *Die Verständigung und die Rolle der Staatsanwaltschaft*, cit., pp. 54 ss., il quale chiarisce espressamente, tra l’altro, che proprio perché tali patti sono conclusi al di fuori della fase dibattimentale gli stessi, per un verso, vanno ancora oggi chiamati *Absprachen* e non *Verständigungen* e, per un altro verso, non avrebbero una natura propriamente vincolante. Cfr., in argomento, anche K. ALTENHAIN, *Absprachen im Ermittlungsverfahren*, cit., pp. 219 ss.; T. LEIBOLD, *Der Deal im Steuerstrafrecht*, cit., pp. 40 ss.

²⁸⁷ In argomento, cfr. in particolare C. MOMSEN, *Zur Beweiskraft des Sitzungsprotokolls bei Verfahrensabsprachen*, in AA.VV., *Festschrift für Claus Roxin*, cit., pp. 1403 ss.

²⁸⁸ Come si vedrà a breve, il §273, comma 1a *StPO*, stabilisce pure che vada verbalizzato il fatto che siano stati effettivamente forniti all’imputato gli ammonimenti e le comunicazioni stabilite dal §243, comma 4 e, soprattutto, dal §257c, commi 4 e 5 *StPO*.

merito all'impossibilità di includere all'interno del negoziato una rinuncia all'appello²⁸⁹.

Difatti, la nuova dizione del §35a *StPO* oggi prevede in modo espresso che, quando una *Verständigung* abbia preceduto una sentenza, i soggetti coinvolti nelle trattative debbano ricevere una cosiddetta "informazione qualificata", che li renda edotti del fatto che gli stessi in ogni caso sono liberi di proporre impugnazione. Mentre il §302 *StPO* completa la previsione precedente, statuendo che, se una decisione si basa su una intesa contrattata, la possibilità di una rinuncia all'appello deve essere esclusa. Con queste norme, si è quindi perseguito lo scopo di «eliminare determinazioni affrettate assunte dall'imputato nel corso del procedimento, suscettive di essere ricondotte ad una manifesta o latente pressione esercitata dal giudice»²⁹⁰, garantendosi, oltretutto, una possibilità di controllo da parte delle giurisdizioni superiori con riguardo al rispetto dei limiti stabiliti dallo *StPO* in materia di intese negoziate. Va, infatti, precisato che, nella versione definitiva della riforma sui patti negoziati, non si sono stabilite, come invece era previsto nel testo originario del progetto del 2006, limitazioni all'appello della sentenza pronunciata a seguito dell'intesa, che rimane normalmente impugnabile sia per motivi di fatto, sia di diritto²⁹¹.

9. Segue. Il §257c *StPO*: disciplina e criticità

Una volta descritto il contenuto delle previsioni satellite introdotte con la riforma del 2009, l'attenzione va ora posta sul nuovo §257c *StPO*²⁹², il quale, come anticipato, costituisce il vero cuore della *Verständigungsgesetz*.

Già la collocazione normativa di tale regola tra le disposizioni concernenti il dibattimento permette di effettuare una importante precisazione con riguardo alla fase del procedimento penale in cui gli accordi negoziati ex 257c vanno necessariamente conclusi.

Da un punto di vista temporale, infatti, il legislatore che, pur ha ammesso la possibilità dello svolgimento di colloqui preliminari sull'andamento della regiudicanda, ha imposto che il risultato delle trattative, ovvero la *Verständigung*

²⁸⁹ Cfr., ad esempio, B. SCHMITT, sub §35a *StPO*, in L. MEYER-GÖRNER - B. SCHMITT, *Strafprozessordnung*, cit., pp. 143-144.

²⁹⁰ Cfr. J. RINCEANU, *La disciplina dell'intesa (Verständigung)*, cit., p. 770; T. WEIGEND, *Verständigung in der Strafprozessordnung*, cit., p. 844.

²⁹¹ Con riguardo all'appello e alla *Revision* nei confronti della sentenza frutto di una intesa, cfr. le considerazioni di D. SAUER - S. MÜNDEL, *Absprachen im Strafprozess*, cit., pp. 168 ss.

²⁹² Per un commento organico a tale disposizione chiave, cfr., per tutti, M. NIEMÖLLER, sub §257c *StPO*, in M. NIEMÖLLER - R. SCHLOTHAUER - H.J. WEIDER, *Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren*, cit., pp. 57 ss.; L. MEYER-GÖRNER, sub §257c *StPO*, in L. MEYER-GÖRNER - B. SCHMITT, *Strafprozessordnung*, cit., pp. 1155 ss.; C.F. STUCKENBERG, sub § 257c *StPO*, cit., pp. 53 ss. Per una critica rispetto alla scelta del legislatore di posizionare la norma chiave delle intese in tale collocazione, cfr., efficacemente, M. NIEMÖLLER, sub §257c *StPO*, cit., p. 59 nonché L. MEYER-GÖRNER, *Was nicht Gesetz werden sollte! Einige Bemerkungen zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Verständigung im Strafverfahren*, in *ZRP*, 2009, p. 107 s.; ID., sub §257c *StPO*, cit., p. 1156.

vera e propria, debba necessariamente formarsi nel corso dell'udienza dibattimentale²⁹³.

Lo scopo di tale previsione è chiaro: in tal modo si è voluto garantire al massimo la trasparenza e la pubblicità dei patti, assicurandosi oltretutto una loro maggiore controllabilità, non solo da parte dei protagonisti del rito, ma anche della collettività.

Peraltro, pur collocandosi la conclusione della *Verständigung* in tale sede, non è stato però indicato un preciso termine finale entro cui il patto deve essere concluso, lasciandosi – quindi – in linea teorica liberi i soggetti del procedimento di accordarsi in un momento più o meno avanzato del giudizio.

Proprio in ragione dell'assenza di un limite temporale ultimo per la conclusione di un'intesa, la dottrina e la giurisprudenza hanno potuto persino affermare che – sebbene ciò non sia stato stabilito in modo espresso dalla legge – una *Verständigung ex §257c* possa essere conclusa anche nel corso del procedimento d'appello²⁹⁴, il quale, com'è noto, in Germania ha una natura di "nuovo giudizio".

A tale riguardo, si è infatti autorevolmente precisato che «*dem Wesen der Berufung als neuer Tatsacheninstanz entspricht es, dass eine neue Verständigung angestrebt werden kann. Dabei kann auch die Verständigung erster Instanz wiederholt werden*»²⁹⁵; dovendo comunque essere rispettate tutte le normali regole dettate per lo svolgimento del negoziato e la conclusione dell'accordo²⁹⁶.

Il §257c *StPO* non ha neppure previsto un catalogo di reati a cui la disciplina delle intese può essere applicato, stabilendo unicamente, al primo comma, che spetta al giudice il compito di un giudizio in concreto sull'idoneità della singola regudicanda a essere oggetto di un patto²⁹⁷.

Ciò, in sostanza, significa che il legislatore non ha compiuto alcuna limitazione espressa per titolo di reato o soggetti coinvolti, volta a circoscrivere l'area di applicabilità di un accordo negoziato, di modo che tale istituto può operare, in linea di principio, per ogni fattispecie criminosa e nei confronti di ogni accusato.

Il soggetto a cui è stato attribuito il potere di iniziativa nella conclusione dell'accordo è – in linea con quanto stabilito anche dai §§202a e 257b *StPO* – il giudice²⁹⁸: se ciò non pare impedire che anche le parti possano direttamente suggerire l'opportunità di incominciare una trattativa, in tal modo si è comunque definitivamente codificato il ruolo predominante di tale soggetto processuale nella giustizia negoziata tedesca, che, come si è visto, era già emerso nella prassi.

²⁹³ Si veda sul punto M. NIEMÖLLER, sub §257c *StPO*, cit., p. 63. Nella dottrina italiana, cfr. F. IOVENE, *Il patteggiamento made in Germany supera il vaglio di costituzionalità. (Nota esplicativa della sentenza pronunciata il 19 marzo 2013 dal Bundesverfassungsgericht)*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2485.

²⁹⁴ Si vedano sul punto in giurisprudenza, OLG Stuttgart, 26 marzo 2014 - 4a Ss 462/13; LG Freiburg, 18 gennaio 2010, Az. 7 Ns 610 Js 13070/09 - AK 113/09.

²⁹⁵ Cfr., in argomento, H.J. WEIDER, *Teil C Rechtsmittel*, in M. NIEMÖLLER – R. SCHLOTHAUER – H.J. WEIDER, *Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren*, cit., pp. 197. In merito alla prassi, antecedente alla codificazione delle intese, di negoziare un'*Absprache* anche in appello e persino nel corso della *Revision*, cfr. S. KOBOR, *Bargaining in the Criminal Justice*, cit., p. 147.

²⁹⁶ Cfr. H.J. WEIDER, *Teil C Rechtsmittel*, in M. NIEMÖLLER – R. SCHLOTHAUER – H.J. WEIDER, *Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren*, cit., p. 197.

²⁹⁷ In senso critico sul punto cfr. U. MURMANN, *Reform ohne Wiederkehr?*, cit., p. 534, nonché J. RINCEANU, *La disciplina dell'intesa (Verständigung)*, cit., p. 769.

²⁹⁸ Cfr., a riguardo, C.F. STUCKENBERG, sub § 257c *StPO*, cit., pp. 98 ss.

Si è voluto così dare un forte segnale di quanto la procedura penale tedesca, pur essendo – oramai – assolutamente aperta allo svolgimento di trattative aventi a oggetto la sanzione, non voglia comunque lasciare le stesse in mano alla libera disponibilità delle parti, ritenendo piuttosto opportuno affidare i più ampi poteri sul punto alla Corte, che ha, per l'appunto, tra i suoi compiti principali quello di ricercare la verità.

Non a caso, del resto, il legislatore ha inserito, nel primo comma del §257c, un rinvio espresso al §244, comma 2, *StPO* e, quindi, all'*Amtsaufklärungsgrundsatz*, avendo, in tal modo, in sostanza voluto chiarire che «il giudice è obbligato alla ricerca d'ufficio della verità materiale anche in caso di applicazione della disciplina dell'intesa processuale»²⁹⁹.

Sempre al fine di fornire un preciso segnale di come anche le intese negoziate debbano necessariamente porsi in linea con i principi classici della procedura penale tedesca, la legge ha dettato precisi limiti al contenuto di una *Verständigung*.

A tale riguardo, viene in gioco in particolare il comma 2 del §257c *StPO* in cui, tra l'altro, si è codificato espressamente il divieto di patteggiare sullo *Schuldspruch* impedendosi, in tal modo, per un verso, di negoziare sull'esatta entità della pena da applicare, nonché di compiere un *fact* o un *charge bargaining*³⁰⁰, se non nei ristretti limiti concessi dai §§154 e 154a *StPO*³⁰¹.

Il medesimo comma del §257c prevede anche, in via generale, quali invece siano i possibili oggetti legittimi di una *Verständigung* – concetto che peraltro non è in alcun modo definito in via astratta dalla legge³⁰² –, ivi affermandosi che un'intesa può riguardare le conseguenze giuridiche che possono fungere da contenuto di una sentenza, altri provvedimenti concernenti il corso del procedimento di primo grado, come pure la condotta processuale dei soggetti che vi partecipano³⁰³.

Queste – a dir la verità – piuttosto vaghe indicazioni sono poi parzialmente precisate dai commi successivi del §257c *StPO*.

Anzitutto, secondo quanto stabilito dal comma 3 di tale disposizione, la Corte, previo apprezzamento di tutte le circostanze del caso come pure delle generali valutazioni sulla determinazione della pena, può legittimamente indicare una forchetta sanzionatoria minima e massima, da applicare nel caso di raggiungimento di un accordo, entro cui il giudice può muoversi.

La legge non ha però indicato espressamente, in via generale e astratta, quale sia lo sconto di pena da applicare nei casi di buona riuscita del patto, lasciando, quindi, alla discrezionalità del singolo giudice individuarlo, in base ai parametri del caso concreto.

²⁹⁹ Cfr. J. RINCEANU, *La disciplina dell'intesa (Verständigung)*, cit., p. 767. In argomento cfr., in particolare, le considerazioni di T. WEIGEND, *Verständigung in der Strafprozessordnung*, cit., p. 833.

³⁰⁰ Cfr., sul punto, T. WEIGEND – J.I. TURNER, *The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments in Germany*, in *German Law Journal*, 2014, n. 1, Special Issue, cit., p. 91.

³⁰¹ Cfr. sul punto F. BITTMAN, *Consensual Elements in German Criminal Procedural Law*, in *German Law Journal*, 2014, n. 1, Special Issue, cit., pp. 30 s.

³⁰² Cfr., sul punto, BVerfG, 21. aprile 2016 - 2 BvR 1422/15 -, in www.bundesverfassungsgericht.de, §25.

³⁰³ Cfr. sul punto le considerazioni di C. ROXIN – B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 370.

D'altra parte, le nuove norme non hanno neppure stabilito apertamente se, grazie alla conclusione del patto, il decisore possa, in ipotesi, applicare una pena inferiore o meno rispetto al limite edittale stabilito in via generale dalla legge³⁰⁴.

La presenza di una confessione, è, invece, stata individuata come requisito tipico - ma non per forza indispensabile³⁰⁵ - della *Verständigung* per l'imputato (§257c, comma 2, *StPO*): se, peraltro, com'è ovvio, il legislatore non ha previsto che l'ammissione di responsabilità faccia venir meno la necessità di svolgere il dibattimento, rimanendo, per l'appunto in capo al giudice il dovere di ricercare la verità, non è stato però stabilito in modo espresso il dovere per la Corte di riscontrare per forza le propalazioni autoaccusatorie con altri elementi di prova, acquisiti al fine di valutarne l'attendibilità³⁰⁶.

Merita ancora segnalare che la nuova disciplina non ha neppure specificato testualmente il fatto che la confessione, per poter essere parte di un accordo negoziato, debba necessariamente essere "qualificata" e, quindi, narrare in modo dettagliato gli avvenimenti, come, invece, era stato suggerito in alcune proposte normative. Così facendo, si è però rinunciato ad apporre un'ulteriore "barriera letterale" - oltre al richiamo al §244 *StPO* - contro la prassi delle cosiddette confessioni "esili"³⁰⁷ o, persino, "anoressiche"³⁰⁸.

Se, quindi, lo scambio tra la confessione e l'indicazione di una forchetta edittale negoziata costituisce l'ipotesi tipo dell'intesa, nel caso in cui, invece, la stessa non abbia a oggetto una ammissione di responsabilità, si è autorevolmente chiarito che nei concetti di "*Maßnahmen*" e "*Prozessverhalten*", di cui al §257c, comma 2, *StPO* possa farsi rientrare - come già alcune volte avveniva nella prassi - la rinuncia dell'imputato all'assunzione di ulteriori prove³⁰⁹.

Inoltre, come si vedrà, la dottrina e la giurisprudenza hanno individuato un ulteriore possibile oggetto della *Verständigung* nell'applicazione - da parte del giudice - delle disposizioni di cui ai §§153, comma 2; 153a, comma 2; 154, comma 2 e 154a comma 2 *StPO*.

Da un punto di vista più prettamente procedimentale, il §257c *StPO*, comma 3 stabilisce che la Corte annunci apertamente il contenuto di un possibile accordo negoziato e che i "partecipanti al procedimento" debbano avere la possibilità di presentare la loro opinione sui contenuti del patto.

³⁰⁴ Come si vedrà nel paragrafo seguente tale possibilità è stata negata dal *Bundesverfassungsgericht*.

³⁰⁵ Cfr., sul punto, tra i molti, K. ALTENHAIN - M. HAIMERL, *Die gesetzliche Regelung der Verständigung*, cit., p. 330-331; S. KÖNIG, *Das Geständnis im postmodernen, konsensualen Strafprozess*, in *NJW*, 2012, p. 1916; T. LEIBOLD, *Der Deal im Steuerstrafrecht*, cit., p. 21; M. NIEMÖLLER, sub §257c *StPO*, cit., p. 95; D. SAUER - S. MÜNKEL, *Absprachen im Strafprozess*, p. 103; C. ROXIN - B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 370.

³⁰⁶ Si veda sul punto però quanto affermato a tale riguardo dal Tribunale costituzionale federale tedesco. In argomento, cfr. A. MOSBACHER, *The Decision of the Federal Constitutional Court of 19 March 2013 on Plea Agreements*, in *German Law Journal*, 2014, n. 1, *Special Issue*, cit., p. 8.

³⁰⁷ Vedi a riguardo J. RINCEANU, *La disciplina dell'intesa (Verständigung)*, cit., p. 769.

³⁰⁸ Sul punto, S. KÖNIG - S. HARRENDORF, *Negotiated Agreements and Open Communication in Criminal Trials: The Viewpoint of the Defense*, in *German Law Journal*, 2014, n. 1, *Special Issue*, cit., p. 72, nonché S. KÖNIG, *Das Geständnis im postmodernen*, cit., p. 1916.

³⁰⁹ In questo senso, cfr. C. ROXIN - B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 371.

Per l'effettiva conclusione di un'intesa vincolante, la legge ha però richiesto che alla proposta della Corte acconsentano solo la pubblica accusa e l'imputato, i quali, quindi, sono gli unici soggetti necessari (assieme al giudice) di un'intesa.

Nell'ultimo periodo del §257c, comma 3, StPO, si afferma infatti espressamente che «*die Verständigung kommt zustande, wenn Angeklagter und Staatsanwaltschaft dem Vorschlag des Gerichtes zustimmen*».

In tal modo, quindi, è stata risolta definitivamente la *querelle* tra chi, nel vigore delle *Absprachen* informali, considerava o meno il consenso della pubblica accusa come elemento costitutivo necessario dell'accordo.

Peraltro, nonostante nella prassi la vera controparte dell'autorità nei negoziati, dato il loro contenuto tecnico, sia storicamente stato il difensore, quest'ultimo non è stato affatto ricompreso in modo espresso all'interno della nuova disciplina quale *partner* delle trattative o dell'accordo.

Né, oltretutto, la legge ha stabilito testualmente l'obbligatorietà della difesa tecnica per la conclusione di una *Verständigung*³¹⁰.

Si tratta di una lacuna che, tenuto conto della distinzione propria del sistema processuale penale tedesco tra ipotesi di difesa obbligatoria e difesa facoltativa³¹¹, risulta particolarmente problematica.

In tutti i casi in cui la nomina di un avvocato sia lasciata alla libera scelta dell'imputato, infatti, vi potrebbe essere il concreto rischio che questi si trovi a essere spinto a confessare nel contesto di un'intesa, senza l'indispensabile ausilio difensivo che ogni patto necessita, prendendo quindi una scelta che non sia realmente libera e volontaria.

Per risolvere tale *impasse*, si potrebbe affermare, come effettivamente ha sostenuto una parte della giurisprudenza, che, di regola, i casi di *Verständigung* richiedano operazioni di una complessità tale da rientrare per forza nell'ipotesi di difesa obbligatoria di cui al §140, comma 2, StPO, ovvero in quelli in cui il presidente del collegio deve nominare – su istanza di parte o *ex officio* – un difensore all'imputato se la sua presenza appaia necessaria per le difficoltà della situazione fattuale o legale³¹².

³¹⁰ Si vedano sul punto, su tale intricata questione, S. KÖNIG – S. HARRENDORF, *Notwendige Verteidigung nach Urteilsabsprache in erster Instanz*, in *StV*, 2015, pp. 540 ss.; T. LEIBOLD, *Der Deal im Steuerstrafrecht*, cit., p. 24; F. RUHS, *Notwendige Verteidigung bei Verständigungen*, in *NStZ*, 2016, pp. 706 ss.; H. SATZER, *Die notwendige Verteidigung bei Prozessabsprachen*, in *Juristische Ausbildung*, 2016, pp. 327 ss.; R. SCHLOTHAUER, sub §202a StPO, in M. NIEMÖLLER – R. SCHLOTHAUER – H.J. WEIDER, *Gesetz zur Verständigung im Strafoerfahren*, cit., p. 43; M. WENSKE, *Anmerkung zum Beschluss des OLG Naumburg vom 04.12.2013, Az.: 2 Ss 151/13 (Notwendige Verteidigung bei Verständigung)*, in *NStZ*, 2014, pp. 117 ss.

³¹¹ Per una chiara disamina del diritto di difesa tecnica in Germania, in lingua italiana, cfr. A. ESER, *La posizione giuridica dell'imputato nel processo penale tedesco*, cit., pp. 283 ss. Più di recente e in lingua inglese cfr. M. BOHLANDER, *Principles of German Criminal Procedure*, cit., pp. 57 ss.

³¹² Questa, ad esempio, è stata l'interpretazione adottata dall'OLG Naumburg nella decisione 2 Ss 151/13 del 4 dicembre 2013.

Si tratta però di una soluzione tampone – oltretutto osteggiata espressamente da altra parte della giurisprudenza³¹³ e della dottrina³¹⁴ – che, se risolve (in linea teorica) i casi in cui la possibile conclusione dell'intesa è concretamente suggerita dall'autorità, non è idonea a fugare il rischio che all'imputato, privo di difensore e senza conoscenze circa le regole processuali, non sia nemmeno offerta la possibilità di usufruire del nuovo istituto negoziato, visto che la legge non ha neppure previsto un diritto codificato dell'accusato a essere avvisato della possibilità che il processo sia definito ai sensi del §257c *StPO*³¹⁵.

Insomma, la soluzione più lineare e rispettosa dei diritti dell'imputato sarebbe stata quella, per un verso, di non rimettere al vaglio (e alla buona volontà) del singolo giudice la decisione se ricorrono o meno nel caso concreto le condizioni di cui al §140, comma 2 *StPO* nei casi di conclusione di un'intesa negoziata, stabilendo espressamente una nuova ipotesi di difesa obbligatoria per le ipotesi idonee a essere definite tramite a una *Verständigung*³¹⁶, e, per un altro verso, di ideare un nuovo e preciso dovere informativo rivolto a tutti gli accusati in merito alla possibilità di sollecitare l'applicazione di un'intesa negoziata.

Anche da questo punto di vista, quindi, il legislatore tedesco ha dimostrato di vedere nel nuovo istituto uno strumento rivolto in primo luogo e soprattutto al giudice: uno strumento tramite cui questi, a sua discrezione, può favorire – quando lo ritiene opportuno – la conclusione più rapida e vantaggiosa di un procedimento, e solo secondariamente alle parti, che non sembrano aver acquisito in alcun modo un vero e proprio diritto di difendersi o accusare negoziando.

Il soggetto che, però, più di ogni altro, è stato lasciato ai margini del nuovo istituto è la vittima³¹⁷.

La persona offesa dal reato che non possa o non voglia assumere le vesti di accusa ausiliaria privata non si è infatti vista riconoscere alcun diritto codificato né di intervenire nei negoziati, né di influenzare altrimenti le trattative³¹⁸.

In ossequio al terzo comma del §257c *StPO*, invece, la posizione del *Nebenkläger* è leggermente più vantaggiosa, posto che, in quanto partecipante

³¹³ Si veda, per l'appunto, la sentenza (contraria a quella appena citata) dell'OLG Bamberg del 3 dicembre 2014 - 1 Ws 622/14, sulla quale cfr. in particolare la nota di S. KÖNIG - S. HARRENDORF, *Notwendige Verteidigung nach Urteilsabsprache in erster Instanz*, cit., pp. 540 ss.

³¹⁴ Le varie posizioni assunte sul punto in dottrina si possono ritrovare assai chiaramente in S. KÖNIG - S. HARRENDORF, *Notwendige Verteidigung nach Urteilsabsprache in erster Instanz*, cit., p. 540.

³¹⁵ Cfr., a riguardo, T. LEIBOLD, *Der Deal im Steuerstrafrecht*, cit., pp. 24 ss.

³¹⁶ Per una autorevole considerazione de iure condendo, secondo cui ogni patteggiamento necessiterebbe dell'intervento di un difensore professionale, cfr. B. SCHÜNEMANN, *Risse im Fundament*, cit., p. 494.

³¹⁷ Cfr., a riguardo, efficacemente, J. RINCEANU, *La disciplina dell'intesa (Verständigung)*, cit., p. 770, nonché V.J. CARDUCK, *Quo vadis, German Criminal Justice System?*, cit., pp. 24-25. In merito al ruolo delle vittime all'interno delle intese, cfr. in particolare l'ampio lavoro monografico di S. NIEMZ, *Urteilsabsprachen und Opferinteressen – in Verfahren mit Nebenklagebeteiligung*, Baden-Baden, 2011. In argomento, prima della legge del 2009, cfr. il noto saggio di R. BÖTTCHER, *Opferinteressen im Strafverfahren und verfahrensbeende Absprache*, in AA.VV., *Festschrift für Egon Müller*, a cura di H. Jung-B. Luxenburger - E. Wahle, Baden-Baden, 2008, pp. 87 ss.

³¹⁸ Si vedano sul punto, T. WEIGEND - J.I. TURNER, *The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments*, cit., p. 99.

formale al procedimento, deve essere sentito e avere l'opportunità di esprimere il suo punto di vista prima della conclusione di un eventuale patto³¹⁹.

Neppure il *Nebenkläger* ha però acquisito un vero e proprio diritto di veto nei confronti della *Verständigung*³²⁰, che, per l'appunto, vede come partecipanti necessari e sufficienti solo il giudice, l'imputato e la pubblica accusa³²¹.

Del resto, come si è acutamente osservato, garantire all'accusa privata un vero e proprio potere di impedire l'intesa sarebbe stato, per la tradizione giuridica tedesca, eccessivo, tenuto conto del fatto che, in tale sistema, «*sentencing decision should not – and even in ordinary proceedings do not – depend on the approval of the victim*»³²².

Anche da questo punto di vista non si è quindi voluto innovare la prassi, ma solo recepire l'esistente: è del resto un fatto noto che questo atteggiamento di marginalizzazione della vittima «corrisponde a una cultura diffusasi sinora attorno a questo genere di accordi»³²³.

Insomma, alla luce della nuova normativa, pare potersi affermare che il concreto ruolo che i soggetti passivi del reato vengono ad assumere nella *Verständigung* è rimesso, in sostanza, alla volontà dei negoziatori "indispensabili" dell'intesa, che nella prassi possono includere tale soggetto come «*fakultative Verständigungspartner*»³²⁴.

Una cosa però è certa: attribuendo al soggetto passivo un ruolo marginale nelle intese, si è data un'ulteriore conferma della distanza concettuale che intercorre tra gli istituti caratterizzati da una finalità di mera economia processuale e, quindi, appartenenti alla giustizia negoziata, come per l'appunto quello codificato al §257c *StPO*, da quelli mossi da una finalità riparativa, che vedono la vittima come assoluta protagonista delle – eventuali – trattative.

Assai controverso, è, infine, il §257c, comma 4, *StPO*, il quale stabilisce i casi in cui la Corte può cessare di considerarsi vincolata da un'intesa patteggiata previamente raggiunta³²⁵.

Tale disposizione fa venir meno gli obblighi del giudice verso l'accordo, anzitutto, se delle circostanze in fatto o in diritto sono state trascurate al momento della conclusione del patto, oppure in un momento successivo sono emersi nuovi elementi, da cui la Corte tragga la convinzione che la misura di pena previamente negoziata non risulti più appropriata alla gravità dell'offesa o al grado di colpevolezza.

³¹⁹ Cfr., L. MEYER-GÖRNER, sub §257c *StPO*, cit., p. 1166; M. NIEMÖLLER, sub §257c *StPO*, cit., pp. 65-67; T. WEIGEND – J.I. TURNER, *The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments*, cit., p. 99, nonché V.J. CARDUCK, *Quo vadis, German Criminal Justice System?*, cit., pp. 24-25.

³²⁰ Cfr. V.J. CARDUCK, *Quo vadis, German Criminal Justice System?*, cit., p. 25.

³²¹ Cfr. M. NIEMÖLLER, sub §257c *StPO*, cit., p. 66.

³²² Così, T. WEIGEND – J.I. TURNER, *The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments*, cit., pp. 99-100.

³²³ Così, J. RINCEANU, *La disciplina dell'intesa (Verständigung)*, cit., p. 770.

³²⁴ Cfr. M. NIEMÖLLER, sub §257c *StPO*, cit., p. 66.

³²⁵ Cfr., con riguardo a tale disposizione chiave della nuova normativa, V.J. CARDUCK, *Quo vadis, German Criminal Justice System?*, cit., pp. 21-23; M. NIEMÖLLER, sub §257c *StPO*, cit., pp. 102 ss.; C.F. STUCKENBERG, sub § 257c *StPO*, cit., pp. 104 ss.; T. WEIGEND, *Verständigung in der Strafprozessordnung*, cit., pp. 841 ss.

Allo stesso modo, inoltre, la Corte cessa di essere legata dalla *Verständigung* in tutti i casi in cui il concreto comportamento processuale tenuto dall'imputato nel dibattimento non corrisponda a quello previsto *ex ante* dal giudice al momento di conclusione dell'accordo³²⁶.

In tal modo, quindi, sono state attribuite al giudice «possibilità di “fuga” dall'intesa»³²⁷ particolarmente ampie, che, forse ancora di più rispetto alle altre previsioni del §257c, fanno comprendere come la Corte all'interno di questo istituto negoziato tedesco abbia un ruolo di *dominus* praticamente incontrastato, mentre gli altri partecipanti all'accordo «sono spinti ai margini e degradati a *quantité négligeable*»³²⁸.

Le ragioni dell'inserimento di criteri così estensivi è del resto chiara: gli stessi, nuovamente, trovano la loro causa nel cosiddetto principio inquisitorio, che richiede di stabilire la verità di ogni singolo caso³²⁹.

Insomma, un vero “*Richterparadies*”³³⁰ che pone in particolare l'imputato in una situazione delicata: lo stesso, infatti, si vede, da un lato, offrire la possibilità di ottenere uno sconto di pena in cambio – di norma – di una sua confessione, ma, dall'altro lato, questi corre sempre il pericolo che qualche elemento, dopo la conclusione dell'accordo, permetta al giudice di svincolarsi dalla *Verständigung*³³¹.

D'altra parte, è proprio al fine di tutelare meglio la posizione dell'accusato che, a differenza di quanto era previsto nel disegno originario del 2006, nella versione approvata del §257, comma 4, *StPO* si è stabilita una regola di esclusione che opera nei confronti della confessione dell'imputato, pronunciata come corrispettivo di un'intesa, nei casi in cui il giudice, per uno dei diversi motivi possibili, si sia svincolato dall'accordo³³².

Disposizione che vede il suo completamento anzitutto nell'ultima parte del §275, comma 4, il quale – in ossequio a quanto già stabilito dalla giurisprudenza del *BGH* – stabilisce che la Corte debba notificare senza ritardo qualsiasi deviazione rispetto all'accordo.

Infine, come ulteriore forma di tutela si è previsto al §275, comma 5 che l'imputato, al momento di conclusione del patto, debba ricevere una vera e propria istruzione sui prerequisiti e sulle conseguenze di una deviazione della Corte dall'intesa contrattata. In tal modo, quindi, l'accusato è avvisato ufficialmente dell'effettiva precarietà del *deal* da lui concluso³³³.

Merita peraltro segnalare che, come accennato, all'interno del nuovo §273, comma 1a *StPO*, si è anche stabilito espressamente che il necessario assolvimento

³²⁶ Per delle efficaci considerazioni critiche si veda a riguardo, V.J. CARDUCK, *Quo vadis, German Criminal Justice System?*, cit., p. 22, a cui si rimanda anche per la dottrina ivi citata.

³²⁷ Così le definisce J. RINCEANU, *La disciplina dell'intesa (Verständigung)*, cit., p. 769.

³²⁸ Cfr. sul punto J. RINCEANU, *La disciplina dell'intesa (Verständigung)*, cit., p. 769, che riprende le parole di T. WEIGEND, *Verständigung in der Strafprozessordnung*, cit., p. 834.

³²⁹ Cfr., sul punto, V.J. CARDUCK, *Quo vadis, German Criminal Justice System?*, cit., p. 21.

³³⁰ Cfr. T. WEIGEND, *Verständigung in der Strafprozessordnung*, cit., p. 833.

³³¹ Si vedano a riguardo le considerazioni di V.J. CARDUCK, *Quo vadis, German Criminal Justice System?*, cit., p. 21.

³³² Cfr. a riguardo di tale *Beweisverwertungsverbot* R. SCHLOTHAUER – H.-J. WEIDER, *Das »Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren*, cit., p. 605; C.F. STUCKENBERG, sub § 257c *StPO*, cit., pp. 106 s.

³³³ Cfr., sul punto, V.J. CARDUCK, *Quo vadis, German Criminal Justice System?*, cit., p. 23.

da parte dell'autorità degli obblighi informativi così stabiliti dal §275c, comma 4, ultimo periodo e comma 5, debba per forza risultare dal verbale d'udienza.

Si tratta, peraltro, di garanzie alquanto deboli, tenuto conto che, se è vero che il legislatore ha previsto l'inutilizzabilità delle provalazioni autoaccusatorie nei casi di fallimento della *Verständigung*, non ha, invece, stabilito in modo espresso un'incompatibilità a continuare il giudizio per la Corte che sia stata in precedenza parte dell'accordo e poi lo abbia – per qualsivoglia motivo – sciolto³³⁴. È del resto ovvio che, anche per il giudice più esperto, è particolarmente difficile ripartire dalla presunzione che l'imputato è innocente, dopo che egli stesso ha appena ascoltato da lui una confessione – in ipotesi anche dettagliata – con riguardo alle imputazioni mosse nei suoi confronti³³⁵. In questi casi, le parti «potrebbero chiedere la riconsuazione (*Ablehnung*) del giudice per un sospetto relativo alla sua imparzialità ai sensi dei §§24 ss. *StPO*; ma la prassi dimostra che i procedimenti di riconsuazione hanno successo solo in rarissimi casi»³³⁶.

Insomma, l'assenza di regole sull'incompatibilità è inevitabilmente destinata ad accrescere, a sua volta, quella situazione di generale debolezza dell'imputato, che, per l'appunto, rischia di trovarsi a subire delle pressioni psicologiche volte a farlo aderire a un accordo³³⁷, senza neppure avere l'assicurazione che, nei casi in cui lo stesso non riesca a concretizzarsi, il giudice che abbia preso parte alle contrattazioni non possa più partecipare al dibattimento.

Come, del resto, ha affermato autorevole dottrina, una soluzione più rispettosa dei diritti fondamentali dell'imputato sarebbe stata quella di inserire, all'interno del §23 *StPO*, un nuovo caso di esclusione del giudice per fallimento della *Verständigung*³³⁸.

Tale situazione è, oltretutto, resa ancora più critica dal fatto che la citata regola di esclusione stabilita dal legislatore nel §257c, comma 4, si riferisce – da un punto di vista testuale – alla sola confessione pronunciata dall'imputato nel contesto di una intesa, non essendosi, invece, stabilito alcunché né per quanto concerne l'eventuale uso di quanto affermato dall'accusato nel corso delle possibili trattative pre-dibattimentali o, comunque, pre-confessorie, né in merito alla possibilità per l'autorità di servirsi delle prove scoperte solo grazie all'ammissione di responsabilità dell'imputato³³⁹.

In sostanza, quindi, l'*exclusionary rule* prevista dal legislatore tedesco rischia di essere eccessivamente stretta, potendo essere facilmente aggirata, sia servendosi delle informazioni ottenute nella fase delle negoziazioni, sia, comunque, dall'utilizzo, in luogo della confessione, degli elementi istruttori individuati grazie alla stessa.

³³⁴ Cfr., sul punto, le critiche di V.J. CARDUCK, *Quo vadis, German Criminal Justice System?*, cit., p. 24; C.F. STUCKENBERG, sub § 257c *StPO*, cit., p. 85; T. WEIGEND, *Verständigung in der Strafprozessordnung*, cit., p. 841; T. WEIGEND – J.I. TURNER, *The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments*, cit., p. 92.

³³⁵ In questo senso, condivisibilmente, si esprime V.J. CARDUCK, *Quo vadis, German Criminal Justice System?*, cit., p. 23.

³³⁶ Cfr., in questo senso, J. RINCEANU, *La disciplina dell'intesa (Verständigung)*, cit., p. 770.

³³⁷ Cfr. J. RINCEANU, *La disciplina dell'intesa (Verständigung)*, cit., p. 770.

³³⁸ Cfr. T. WEIGEND, *Verständigung in der Strafprozessordnung*, cit., p. 841.

³³⁹ Si veda a riguardo V.J. CARDUCK, *Quo vadis, German Criminal Justice System?*, cit., p. 23.

Un rimedio più effettivo, invece, vi sarebbe stato ove si fosse deciso di inserire all'interno del §257c, comma 4, un divieto probatorio più ampio, che impedisse in modo espresso la possibilità di utilizzare, dopo il fallimento di una *Verständigung*, ogni elemento istruttorio ottenuto grazie alle negoziazioni, comprese anche le prove derivate dall'ammissione di responsabilità dell'imputato³⁴⁰.

Peraltro, la conferma definitiva di quanto l'istituto in esame sia stato sbilanciato in favore del principio di ricerca della verità si ha tenuto conto del fatto che il legislatore non ha in alcun modo vincolato i giudici delle impugnazioni all'accordo sottoscritto tra l'imputato, il pubblico ministero e la Corte di primo grado³⁴¹, i quali quindi sono totalmente liberi rispetto alle intese negoziate concluse in precedenza.

A tale riguardo, è persino discusso se una confessione fatta in prima istanza, come parte di un accordo negoziato, sia ammissibile nel giudizio d'appello, nonostante, per l'appunto, la Corte dell'impugnazione, non avendo sottoscritto il patto, non ne sia legata³⁴².

Da un lato, vi è chi ne ammette l'utilizzabilità facendo leva sul fatto che la regola di esclusione della confessione stabilita dal §257, comma 4 *StPO*, da un punto di vista testuale, riguarda solo l'ipotesi in cui il giudice si sia svincolato dall'accordo e non quella in cui, per l'appunto, la *Geständnis* debba essere utilizzata da un soggetto differente da quello che ha concluso l'intesa³⁴³.

Mentre, da un altro lato, vi è chi per ragioni di equità processuale – anche richiamando espressamente l'art. 6, comma 1, CEDU – ha ritenuto la confessione non utilizzabile nel giudizio d'appello, considerando applicabile in via analogica proprio la regola di esclusione di cui al §257 c, comma 4³⁴⁴.

Al di là di quale di queste esegesi prevarrà in futuro, una cosa è certa: il legislatore tedesco non ha fornito, pure su questo punto, una disciplina espressa volta a garantire all'imputato, nel caso in cui non operi di divieto di *reformatio in peius*, l'applicazione del tetto massimo sanzionatorio concordato con il giudice del primo grado³⁴⁵.

10. La *Verständigung* supera il vaglio del Bundesverfassungsgericht

³⁴⁰ Si vedano a riguardo V.J. CARDUCK, *Quo vadis, German Criminal Justice System?*, cit., p. 23; C.F. STUCKENBERG, sub § 257c *StPO*, cit., p. 106; T. WEIGEND – J.I. TURNER, *The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments*, cit., p. 91, nt. 53. Ciò avrebbe avuto senso, a maggior ragione, tenuto conto che nel sistema probatorio tedesco, la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria non applicano il criterio dei "frutti dell'albero avvelenato", utilizzando, invece, le prove derivate. Cfr., sul punto, per tutti, S. GLESS, *Germany: Balancing Truth Against Protected Constitutional Interest*, in AA.VV., *Exclusionary Rules in Comparative Law*, a cura di S. Thaman, Dordrecht-Heidelberg-New York-London, 2013, p. 128 s.

³⁴¹ Cfr., sul punto, H.J. WEIDER, *Teil C Rechtsmittel*, cit., p. 196, il quale richiama quanto stabilito nel documento dei lavori preparatori BT-Druck, 16/12310 del 18 marzo 2009.

³⁴² Cfr., a riguardo, F. BITTMAN, *Consensual Elements in German Criminal Procedural Law*, cit., pp. 37 s.

³⁴³ In questo senso, ad esempio, OVG Berlin, OVG 1 S 159.11, §6; OLG Nürnberg, 1 St OLG Ss 292/11.

³⁴⁴ Così, ad esempio, H.J. WEIDER, *Teil C Rechtsmittel*, cit., pp. 196-197, nonché OLG Düsseldorf, III-4 RVs 60/10, § 12. Cfr. anche OLG Karlsruhe, 7 marzo 2014 – 3 (6) Ss 642/13

³⁴⁵ Si veda sul punto cfr. M. WENSKE, *Die Verständigung in Strafsachen und die Rechtsmittel der Strafprozessordnung*, in AA. VV., *Praxishandbuch zur Verständigung*, cit., pp. 239 ss.

Per comprendere quanto la legge sulle *Verständigungen* abbia segnato una svolta fondamentale all'interno della procedura penale tedesca, basti pensare che la stessa è stata a più voci descritta come una delle più importanti riforme dello *Strafprozessordnung* dalla sua entrata in vigore nel 1877³⁴⁶.

Nonostante il suo indubbio rilievo, tale novella è stata però accolta solo da alcuni autori come un deciso passo avanti nella giusta direzione³⁴⁷, ricevendo invece numerose critiche da parte della dottrina assolutamente maggioritaria³⁴⁸, la quale ha dimostrato di essere fortemente insoddisfatta di quanto – dopo trent'anni di discussioni – fatto dal legislatore.

A tale riguardo, vi è persino chi – assai autorevolmente –, ritenendo sussistere un'insanabile contrasto tra principi fondamentali dello *StPO* e il nuovo §257c, ne ha descritto l'approvazione come «*ein deutsches Requiem auf den Strafprozess des liberalen Rechtsstaats*»³⁴⁹.

Al di là degli attacchi più accesi, si è in particolare dubitato dell'effettiva capacità della riforma «di soddisfare le esigenze della prassi e quindi di eliminare le preesistenti ipotesi di accordi informali, o “*Gentlemen's Agreement*”»³⁵⁰.

Vi era, in sostanza, il timore che anche dopo l'approvazione della legge sulle intese gli operatori del diritto continuassero a negoziare a modo loro³⁵¹, mediante metodi *praeter* o, oramai, definitivamente *contra legem*; e ciò in quanto la normativa approvata, per un verso, sarebbe risultata di difficile applicazione e, per un altro

³⁴⁶ In questo senso, tra gli altri, M. HEGER- R. PEST, *Verständigungen im Strafverfahren nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, in *ZStW*, 2014, p. 447.

³⁴⁷ Così, M. JAHN, *Entwicklungen und Tendenzen zwei Jahre nach Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes*, in *StV*, 2011, p. 497; ID., *Moralunternehmergewinne und Gewissheitsverluste: Der Beitrag strafprozessualer Verständigung zum Kapitalmarktstrafrecht der Finanzmarktkrise*, in *JZ*, 2011, p. 341; M. JAHN – M. MÜLLER, *Das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren – Legitimation und Reglementierung der Absprachepraxis*, in *NJW*, 2009, p. 2631; M. JAHN – K.-STRAUB, *Die Verständigung vor dem Schwurgericht. Zur Zulässigkeit von Absprachen über die Schuldschwereklausel des § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB*, in *StV*, 2010, pp. 271 ss.; A. IGNOR, *Die gesetzliche Regelung der Verständigung im deutschen Strafverfahren*, in *Österreichisches Anwaltsblatt*, 2010, p. 242. Pare utile ricordare che anche nelle conclusioni del 68 *Deutscher Juristentag*, tenutosi a Berlino nel 2010, la legge sulle intese è stata definita «*grundsätzlich akzeptabel*» (cfr. *Teil II.5 Beschlüsse des 68. DJT Berlin 2010*, *StV* 2011, p. 55). Sul punto cfr. anche W. JANISCH, *68. Deutscher Juristentag in Berlin - Eine Bilanz*, in *ZRP*, 2010, p. 267.

³⁴⁸ Si vedano sul punto, tra i moltissimi, con diverse opinioni, K. ALTENHAIN – M. HAIMERL, *Die gesetzliche Regelung der Verständigung im Strafverfahren*, cit., pp. 327 ss.; T. FISCHER, *Ein Jahr Absprache-Regelung: Praktische Erfahrungen und gesetzlicher Ergänzungsbedarf*, in *ZRP*, 2010, pp. 249 ss.; M. HETTINGER, *Die Absprache im Strafverfahren als rechtsstaatliches Problem*, in *StV*, 2011, pp. 292 ss.; E. KEMPF, *Gesetzliche Regelung von Absprachen im Strafverfahren? oder: Soll Informelles formalisiert werden?*, *ivi*, 2009, pp. 269 ss.; L. MEYER-GÖRNER, *Was nicht Gesetz werden sollte*, cit., pp. 107 ss.; U. MURMANN, *Probleme der gesetzlichen Regelung der Absprachen im Strafverfahren*, cit., pp. 1385 ss.; M. NIEMÖLLER, *Teil A. Allgemeine Einführung*, cit., p. 28; ID., *Unwirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts bei Verständigung*, in *StV*, 2012, pp. 385 ss.; R. SCHLOTHAUER-H.-J. WEIDER, *Das »Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren*, cit., pp. 600 ss.; B. SCHÜNEMANN, *Die Urteilsabsprachen im Strafprozess*, cit., p.1125; ID., *Ein deutsches Requiem auf den Strafprozess des liberalen Rechtsstaats*, cit., pp. 104 ss.; T. WEIGEND, *Verständigung in der Strafprozessordnung*, cit., pp. 828 ss.

³⁴⁹ Questo è per l'appunto, come si è visto, il titolo di uno degli scritti di BERND SCHÜNEMANN.

³⁵⁰ Cfr., in questo senso, efficacemente, F. IOVENE, *Il patteggiamento made in Germany supera il vaglio di costituzionalità*, cit., p. 2486.

³⁵¹ Vedi K. ALTENHAIN – M. HAIMERL, *Die gesetzliche Regelung der Verständigung im Strafverfahren*, cit., p. 337.

verso, non avrebbe correttamente rispecchiato la realtà di come effettivamente le corti tedesche erano solite negoziare³⁵².

Queste preoccupazioni si sono dimostrate del tutto fondate: la nuova disciplina è stata, infatti, oggetto di numerosi fenomeni devianti, come si desume da uno studio sull'applicazione della nuova legge³⁵³, commissionato dalla Corte costituzionale tedesca³⁵⁴ e condotto nel *Nordrhein-Westfalen* dall'Università di Düsseldorf, su un campione costituito da alcune centinaia di giudici, più numerosi pubblici ministeri e avvocati³⁵⁵.

In tale occasione, la maggioranza dei giudici intervistati ha riportato di non aver rispettato le disposizioni normative sulle intese in più della metà dei casi a loro sottoposti³⁵⁶. Il 33% degli stessi ha ammesso, inoltre, di aver condotto trattative in modo confidenziale, senza che queste fossero svelate nell'udienza dibattimentale³⁵⁷. In tale contesto, si è anche rilevato che l'obbligo di presentare pubblicamente l'accordo avrebbe costituito un inutile formalismo. Alla luce di ciò non stupisce che il 54,4% dei decisori abbia ritenuto non obbligatorio verbalizzare i tentativi di negoziati falliti, in palese contrasto con il nuovo §273, comma 1a *StPO*³⁵⁸.

Dalla ricerca si desume inoltre come pure il §267 *StPO* sia stato oggetto di violazioni sistematiche: molti giudici hanno riferito di non considerare necessario includere nelle motivazioni della decisione il fatto che la sentenza sia stata

³⁵² V.J. CARDUCK, *Quo vadis, German Criminal Justice System?*, cit., p. 26.

³⁵³ Ci si riferisce al noto volume di K. ALTENHAIM – F. DIETMEIER – M. MAY, *Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren*, Baden-Baden, 2013.

³⁵⁴ Tale studio è stato infatti commissionato nelle more della fondamentale sentenza BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, in www.bundesverfassungsgericht.de, ai cui §§48-49 vengono infatti riportati alcune dei risultati di tale lavoro. I commenti a tale sentenza sono assai numerosi, si vedano, tra i molti, G. FEZER, *Vom (noch) verfassungsgemäßen Gesetz über den defizitären Vollzug zum verfassungswidrigen Zustand*, in *HRRS*, 2013, pp. 117 ss.; M. HEGER- R. PEST, *Verständigungen im Strafverfahren nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, cit., pp. 446 ss.; S. KÖNIG – S. HARRENDORF, *Negotiated Agreements and Open Communication in Criminal Trials*, cit., pp. 65 ss.; H. KUDLICH, *Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den strafprozessualen Absprachen – Konsequenzen für den Gesetzgeber?*, in *ZRP*, 2013, pp. 162 ss.; H. LANDAU, *Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19. März 2013 zu den Verfahrensabsprachen*, in *AA.VV., Festschrift für Dieter Rössner*, Baden-Baden, 2015, pp. 829 ss.; F. MEYER, *Die faktische Kraft des Normativen – Das BVerfG und die Verständigung im Strafverfahren*, in *NJW*, 2013, pp. 1850 ss.; A. MOSBACHER *The Decision of the Federal Constitutional Court of 19 March 2013 on Plea Agreements*, cit., pp. 5 ss.; M. NIEMÖLLER, *Anmerkung*, in *StV*, 2013, pp. 419 ss.; A. SCHEMMELE – C. CORELL – N. RICHTER, *Plea Bargaining in Criminal Proceedings: Changes to Criminal Defense Counsel Practice as a Result of the German Constitutional Court Verdict of 19 March 2013?*, in *German Law Journal*, 2014, n. 1, *Special Issue*, cit., pp. 43 ss.; J. SCHEINFELD, *Zur Verfassungsgemäßheit der Verständigung im Strafverfahren*, in *ZJS*, 2013, pp. 296 ss.; C.-F. STUCKENBERG, *Entscheidungsbesprechung zur Verfassungsmäßigkeit der Verständigung im Strafverfahren*, in *ZIS*, 2013, pp. 212 ss.; T. WEIGEND, *Anmerkung*, in *StV*, 2013, pp. 424 ss.; ID., *Neues zur Verständigung im deutschen Strafverfahren?*, in *AA.VV., Was wird aus der Hauptverhandlung? Quel avenir pour l'audience de jugement?*, Bonn, 2014, pp. 210 ss.; T. WEIGEND – J.I. TURNER, *The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments*, cit., pp. 81 ss. Nella dottrina italiana, si vedano, in particolare, N. RECCHIA, *La difficile questione della legittimità costituzionale del patteggiamento dinanzi al Bundesverfassungsgericht*, in *Dir. pen. cont.*, 16 ottobre 2013, nonché il già citato commento di F. IOVENE, *Il patteggiamento made in Germany supera il vaglio di costituzionalità*, cit., pp. 2482 ss.

³⁵⁵ Cfr., a riguardo, BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §48.

³⁵⁶ Cfr., a riguardo, BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, § 49.

³⁵⁷ Cfr., a riguardo, BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, § 49.

³⁵⁸ Cfr., a riguardo, BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, § 49.

preceduta da un negoziato³⁵⁹. Anche in presenza di negoziati “formali”, il 30% dei giudici ha affermato di non informare gli imputati della possibilità che la corte possa ritirarsi da un accordo, come domandato dal §275, comma 5 *StPO*³⁶⁰.

Il divieto di patteggiamenti sulle imputazioni è stato a sua volta spesso violato, senza contare che il 38,3% dei giudici intervistati ha rivelato di non aver sempre controllato la credibilità della confessione raggiunta grazie a un accordo³⁶¹. Ma non è tutto: il 35,3% dei decisori ha anche dichiarato di aver, almeno una volta, menzionato durante le trattative una seconda – più grave – pena per il caso in cui non si fosse riusciti a raggiungere un’intesa; mentre il 16% ha persino affermato di agire tipicamente in questo modo per spingere alla conclusione di una *Verständigung*³⁶².

Inoltre, il 14,7% dei giudici ha anche ammesso che, in contrasto con il nuovo §302 *StPO*, una rinuncia all’impugnazione ha accompagnato sempre le loro intese, comportamento che il 56,6% degli stessi ha, invece, riferito di tenere “frequentemente”³⁶³. Più dei 16% dei giudici e circa il 31% dei pubblici ministeri ha affermato di aver accettato di applicare delle pene che loro stessi, date le circostanze del caso concreto, ritenevano troppo lievi³⁶⁴. Al contrario, il 30,3% dei difensori ha, invece, ammesso di aver raggiunto degli accordi in merito a delle pene secondo loro troppo severe³⁶⁵.

Infine, da un punto di vista statistico, si è chiarito che lo sconto di pena generalmente raggiunto tramite una *Verständigung* si è aggirato tra il 25% e 33,3%³⁶⁶.

Tenuto quindi conto del vistoso fallimento a cui la legge sulle intese è andata incontro nei primi anni della sua applicazione, nonché degli “storici” dubbi che la dottrina tedesca aveva sollevato, nel corso degli anni, in merito alla costituzionalità degli accordi negoziati, non stupisce affatto che la questione della compatibilità del nuovo istituto con il *Grundgesetz* sia stata presto presentata al *Bundesverfassungsgericht*.

Il quesito di costituzionalità è giunto al giudice delle Leggi all’esito della proposizione da parte di alcuni soggetti, condannati separatamente, di tre distinti *Verfassungsbeschwerden*, poi riuniti dal tribunale federale: nel caso di specie la Corte di Karlsruhe è stata chiamata non solo a decidere se la (asserita) violazione di alcune norme della *Verständigungsgesetz* avesse provocato una lesione dei diritti costituzionalmente tutelati dei ricorrenti, ma anche e soprattutto a vagliare in via generale la stessa compatibilità astratta con il *Grundgesetz* della regola chiave del §257c *StPO*³⁶⁷.

Data l’importanza della posta in gioco, il procedimento in questione è stato assai articolato, venendo seguito con molta attenzione anche dalla stampa tedesca:

³⁵⁹ Cfr., a riguardo, BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, § 49.

³⁶⁰ Cfr., a riguardo, BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, § 49.

³⁶¹ Cfr., a riguardo, BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, § 49.

³⁶² Cfr., a riguardo, BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, § 49.

³⁶³ Cfr., a riguardo, BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, § 49.

³⁶⁴ Cfr., a riguardo, BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, § 49.

³⁶⁵ Cfr., a riguardo, BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, § 49.

³⁶⁶ Cfr., a riguardo, BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, § 49.

³⁶⁷ Cfr., per una chiara esposizione delle posizioni dei ricorrenti, N. RECCHIA, *La difficile questione della legittimità costituzionale*, cit., pp. 4-5.

in un noto quotidiano, ad esempio, la decisione dei giudici di Karlsruhe è stata accolta con il titolo di “*Der Deal Zerstört das Recht*”³⁶⁸, mentre in un altro l’istituto è stato raffigurato come un vero e proprio mercato delle indulgenze³⁶⁹.

Una pronuncia talmente attesa da coinvolgere tutte le più importanti componenti del mondo della giustizia. Sono, infatti, intervenuti nel giudizio sia i rappresentanti del governo federale sia quelli dell’esecutivo bavarese, oltre a diversi presidenti di sezione del BGH, il *Generalbundesanwalt*, i presidenti di quattro tribunali tedeschi, alcuni esponenti di associazioni di magistrati e avvocati³⁷⁰.

Merita rilevare, inoltre, come a rappresentare alcuni dei ricorrenti di fronte al BVerfG c’era il Professor Schönemann³⁷¹, che ha quindi portato direttamente di fronte al giudice delle Leggi le sue celebri critiche nei confronti dei patteggiamenti.

Peraltro, chi si poteva attendere che il Tribunale federale costituzionale facesse finalmente proprie le (oramai) trentennali obiezioni mosse dalla dottrina nei confronti delle intese negoziate è rimasto totalmente deluso.

Nella sua pronuncia del marzo 2013, infatti la Corte costituzionale ha considerato la legge del 2009 – *per ora* – del tutto costituzionale³⁷², ritenendo però sussistere, nei singoli casi di specie, delle violazioni dei diritti fondamentali e accogliendo, di conseguenza, in parte i ricorsi.

La motivazione che ha portato il *Bundesverfassungsgericht* a questa conclusione è stata però assai articolata e merita di essere ripercorsa, posto che in tale occasione i giudici si sono soffermati su alcuni snodi fondamentali della nuova normativa, compiendo, nella sostanza, quella che è stata definita una sorta di sua interpretazione obbligatoria della *Verständigungsgesetz*³⁷³.

Punto di partenza del ragionamento della Corte è stata una ricognizione di tutta una serie di canoni cardine del diritto penale sostanziale e processuale – tra cui il principio di colpevolezza, quello di ricerca della verità materiale, l’equo processo, il diritto al silenzio e al *nemo tenetur se detegere*, la presunzione d’innocenza, il diritto a un giudice terzo e imparziale e il diritto di difesa – con lo scopo di verificare se la disciplina del 2009 si ponesse in meno in conformità con gli stessi³⁷⁴.

Ebbene, sulla base di questi *standards* il *Bundesverfassungsgericht* ha stabilito espressamente di non poter “*in questo momento*” (*zum gegenwärtigen Zeitpunkt*)³⁷⁵ considerare la legge sulle intese incostituzionale³⁷⁶: la stessa, infatti, a giudizio della Corte, avrebbe ammesso le negoziazioni soltanto con dei limiti precisi, aggiungendo

³⁶⁸ Cfr. T. FISCHER, *Der Deal Zerstört das Recht*, in www.zeit.de, 27 marzo 2013.

³⁶⁹ Cfr. H. PRANDTL, *Der alte Strafprozess ist tot*, in www.sueddeutsche.de, 19 marzo 2013.

³⁷⁰ Si veda a riguardo N. RECCHIA, *La difficile questione della legittimità costituzionale*, cit., p. 1.

³⁷¹ Questo dato emerge dall’instestazione della sentenza BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10.

³⁷² Cfr., a riguardo, in particolare BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, § 64.

³⁷³ In questo senso, A. SCHEMMEL – C. CORELL – N. RICHTER, *Plea Bargaining in Criminal Proceedings*, cit., p. 48.

³⁷⁴ Cfr. BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §§52-63.

³⁷⁵ Il fatto che la Corte abbia fatto riferimento in numerosi passaggi al momento temporale (ad esempio il vocabolo “*derzeit*” è utilizzato per ben 6 volte) è stato letto come un sintomo di come in futuro il giudizio dei giudici costituzionale potrebbe cambiare. Cfr., in questo senso, autorevolmente, C.-F. STUCKENBERG, *Entscheidungsbesprechung zur Verfassungsmäßigkeit der Verständigung im Strafverfahren*, cit., p. 213.

³⁷⁶ Cfr. BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, § 64

delle specifiche salvaguardie, che se interpretate e applicate con la necessaria specificità, soddisferebbero pienamente i requisiti imposti dal *Grundgesetz*³⁷⁷.

In via generale, infatti, il Tribunale federale ha ribadito che, nonostante la presenza di trattative tra i giudici e le parti, aventi ad oggetto la promessa di un limite massimo o minimo di pena in cambio di una confessione dell'imputato, portino con loro il rischio che i principi costituzionali non siano totalmente rispettati, tuttavia, al legislatore tedesco non è preclusa *a priori* la possibilità di permettere degli istituti negoziati per semplificare i procedimenti³⁷⁸. Questi, però, a detta del *BVerfG*, deve comunque prendere le adeguate precauzioni per assicurare che le norme costituzionali vengano comunque rispettate, continuando anche a riesaminare l'effettività dei meccanismi di protezione delle garanzie ideati in astratto: nel caso in cui le salvaguardie si dimostrino incomplete o inefficace il Parlamento è tenuto ad approvare dei miglioramenti, dovendo persino, se necessario, rivedere la sua decisione di permettere i patteggiamenti nei procedimenti penali³⁷⁹.

Insomma, a giudizio della Corte, la valutazione di conformità a Costituzione delle intese processuali non può essere svolta una volta per sempre, ma è subordinata al persistente controllo da parte del legislatore in merito al rispetto, da parte del diritto vivente, delle cautele e obblighi posti nei confronti dei principi costituzionali³⁸⁰.

Merita significativo rilevare come, a parere della Corte costituzionale, ad assicurare – *derzeit* – la conformità con il *Grundgesetz* della legge sulle *Verständigungen*, sta – anzitutto – il fatto che l'obiettivo perseguito tramite la nuova normativa non era affatto quello di introdurre una nuova forma di procedimento "consensuale"³⁸¹, ma, piuttosto, di integrare all'interno del sistema esistente una forma di patto negoziato, caratterizzato comunque dallo scopo della ricerca della verità materiale e dal fine del raggiungimento di una giusta punizione, proporzionata al concreto fatto di reato³⁸².

La concreta riprova di quanto il legislatore abbia voluto lasciare inalterato il fondamentale dovere dei giudici di ricercare la verità materiale anche all'interno delle *Verständigungen*, è stata – inevitabilmente – individuata soprattutto nel richiamo testuale, di cui al primo comma del §257c *StPO*, al §244, comma 2 *StPO*³⁸³, il quale ha rivestito un ruolo chiave all'interno delle argomentazioni della Corte.

Proprio questo riferimento all'*Aufklärungspflicht* è stato, infatti, interpretato come una precisa testimonianza del fatto che il legislatore tedesco fosse del tutto consapevole del pericolo che le confessioni basate su un negoziato siano particolarmente "pericolose", portando con loro il rischio di false ammissioni di colpevolezza³⁸⁴.

³⁷⁷ Cfr. *BVerfG*, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, § 64.

³⁷⁸ Cfr. *BVerfG*, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §107.

³⁷⁹ Cfr. *BVerfG*, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §107.

³⁸⁰ Si veda sul punto N. RECCHIA, *La difficile questione della legittimità costituzionale*, cit., pp. 8-9.

³⁸¹ Cfr. *BVerfG*, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §65.

³⁸² Cfr. *BVerfG*, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §65.

³⁸³ Cfr. *BVerfG*, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §68.

³⁸⁴ Cfr. *BVerfG*, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §68.

Dal canto suo, peraltro, la Corte di Karlsruhe non si è accontentata di questa affermazione, approfittando anche dell'occasione per stabilire la sua "corretta" interpretazione del rinvio al principio di ricerca della verità materiale: lo stesso è stato infatti letto come fonte, da un lato, del divieto per i giudici di accontentarsi di confessioni "deboli" o meramente formali³⁸⁵, e, da un altro lato, del dovere degli stessi di controllare necessariamente la veridicità delle confessioni negoziate, tramite, in linea di principio, delle prove acquisite a tal fine nel dibattimento³⁸⁶. A tale riguardo il *BverG* ha anche stabilito espressamente che non sarebbe, invece, sufficiente per condannare una mera comparazione della confessione con materiali probatori già contenuti nel fascicolo investigativo della pubblica accusa³⁸⁷.

Il *BverG* ha particolarmente apprezzato anche il divieto di patteggiamenti sugli enunciati fattuali e sulla loro qualificazioni giuridica, previsto dal §257c, comma 2, *StPO*, inteso a sua volta come una riprova di quanto la disciplina approvata si sia voluta porre in linea non solo con il principio di ricerca della verità, ma anche con il fondamentale canone di proporzionalità delle pene³⁸⁸.

Proprio a partire dallo spirito e dall'intento che la legge avrebbe perseguito tramite questa disposizione, la Corte costituzionale ha approfittato questa volta per chiarire che un patteggiamento non può avere a oggetto il cambiamento dei limiti edittali, il che, in sostanza, significa che la pena concordata deve necessariamente rimanere all'interno della cornice di pena stabilita in astratto³⁸⁹.

Anche le molteplici previsioni concernenti gli obblighi di documentazione delle trattative, finalizzate a garantire la piena trasparenza e pubblicità del rito negoziato, sono state esplicitamente classificate come punto chiave della legge sulle intese³⁹⁰: in particolare, il *BverG* ha ritenuto essenziale la regola secondo cui l'accordo – quandonche discusso prima – deve essere concluso nel corso del dibattimento orale. In tal modo, il legislatore sarebbe riuscito a garantire, da un lato, la possibilità per i giudici popolari di svolgere un ruolo effettivo nella conclusione delle intese³⁹¹ e, da un altro lato, un fondamentale controllo dell'opinione pubblica sullo svolgimento dei patteggiamenti, necessario al fine di accrescere il senso di fiducia da parte della collettività nelle capacità dello Stato di gestire la criminalità in modo efficiente³⁹².

Una grande importanza è stata inevitabilmente data pure alle disposizioni che stabiliscono per la Corte l'obbligo di informare l'imputato, prima che egli abbia confessato, dei limitati effetti vincolanti dell'accordo (§275, comma 5 *StPO*). A

³⁸⁵ Cfr. BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §70.

³⁸⁶ Cfr. BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §71.

³⁸⁷ Cfr. BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §71. Cfr. sul punto, però quanto acutamente affermato da T. WEIGEND – J.I. TURNER, *The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments*, cit., p. 98, i quali acutamente hanno rilevato come in tale paragrafo il tribunale costituzionale abbia comunque fatto salva la possibilità per la Corte di verificare la confessione tramite due mezzi processuali particolarmente veloci, ovvero il cosiddetto *Selbstleseverfahren* (possibilità per il giudice di leggere dei documenti) e il *Vorhalt* (contestazioni).

³⁸⁸ Cfr. BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §74.

³⁸⁹ Cfr. BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §74. A riguardo si veda F. IOVENE, *Il patteggiamento made in Germany supera il vaglio di costituzionalità*, cit., p. 2489.

³⁹⁰ Cfr. BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §§80 ss.

³⁹¹ Cfr. BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §90.

³⁹² Cfr. BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §89.

parere della Corte, tramite tale istruzione è stato garantito il diritto dell'accusato ad assumere una scelta libera e consapevole nell'aderire al rito negoziato, assicurandosi in tal modo il rispetto sia della *fairness* del patteggiamento, sia del fondamentale canone del *nemo tenetur se detegere*³⁹³. Dato il valore dei principi tutelati dal §257c, comma 5, *StPO*, il *BverG* ha sul punto espressamente stabilito che nei casi di violazione del dovere di provvedere a tale istruzione, la Corte dell'impugnazione deve di norma ritenere che la confessione negoziata e la decisione conseguente alla stessa siano stati pronunciati in violazione del privilegio di non auto-incriminazione, potendo escludere tale eventualità soltanto nel caso in cui la stessa possa stabilire che l'accusato avrebbe ammesso la sua responsabilità anche ove l'istruzione fosse stata data³⁹⁴.

Il Tribunale federale costituzionale ha ancora poi valorizzato i poteri attribuiti dal legislatore al pubblico ministero nel rito negoziato: secondo il *BverG*, infatti, lo scopo principale di rendere il consenso di tale soggetto una condizione essenziale per la conclusione della *Verständigung* è stato quello di assegnarli il compito di garante della legalità delle trattative e dell'accordo³⁹⁵.

La legge del 2009 – si è invero affermato – è basata sull'aspettativa che lo *Staatsanwalt* – in ossequio al suo generale ruolo di “guardiano della legge”³⁹⁶ – si rifiuti di partecipare o concludere dei patteggiamenti illegali, essendo oltretutto obbligato ad appellare le intese fondate su degli accordi illegittimi³⁹⁷.

Insomma, alla pubblica accusa è stato attribuito, a detta del giudice delle leggi, il ruolo di *check and balance* rispetto a possibili eccessi compiuti dall'imputato e dal giudice.

Tenuto conto del ruolo di controllore della legalità delle *Verständigungen* attribuito alla pubblica accusa, non stupisce che il *BverG* abbia ancora statuito che è tale soggetto *in primis* a non poter suggerire quale possibile contenuto di un'intesa dei premi non ammessi dal §257c *StPO*.

A tale riguardo, si è, ad esempio, stabilito che lo *Staatsanwalt* non possa promettere, quale corrispettivo di una *Verständigung*, di archiviare ex §154, comma 1, *StPO* un procedimento pendente diverso da quello in corso. Difatti, a detta della Corte costituzionale, dalla lettera del §257c, comma 1 e 2, si desume che le intese possano riferirsi esclusivamente al rito nell'ambito del quale le stesse nascono, non potendo in alcun caso riguardare altre reg Giudicande: questo divieto di “soluzioni cumulative” è stato inteso quale garanzia indispensabile per assicurare le intenzioni del legislatore di rendere gli accordi controllabili e trasparenti³⁹⁸.

Il *BverG*, infine, ha apprezzato anche i meccanismi di salvaguardia, posti dalla legge del 2009, con il fine permettere un “controllo esaustivo” da parte dei giudici delle impugnazioni in merito alle pronunce basate sui patteggiamenti³⁹⁹,

³⁹³ Cfr. BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §99.

³⁹⁴ Cfr. BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, § 99.

³⁹⁵ Cfr. BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §93.

³⁹⁶ Cfr. BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §§93. Cfr., a riguardo, la recente monografia di S.M. BOYNE, *The German Prosecution Service. Guardians of the Law?*, Berlin-Heidelberg, 2014.

³⁹⁷ Cfr. BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §93.

³⁹⁸ Cfr. BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §79.

³⁹⁹ Cfr. BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §94.

primo tra tutti il divieto di accordo sulla rinuncia all'impugnazione, stabilito espressamente nel nuovo §302 *StPO*.

Anche la scelta di non limitare o escludere le impugnazioni nei confronti delle sentenze pronunciate a seguito di un'intesa è stata considerata coerente con lo scopo di applicare nei confronti dell'imputato una pena adeguata alla sua colpevolezza e di ricercare la verità materiale⁴⁰⁰.

I giudici di Karlsruhe, tuttavia, si sono dimostrati pienamente consapevoli del fatto che la concreta efficacia delle facoltà di controllare il regolare svolgimento dei patti, attribuito ai giudici delle impugnazioni, è concretamente subordinato al rispetto degli obblighi di documentazione stabiliti legislativamente⁴⁰¹.

Per rimediare a questo pericolo il *BverG*, onde assicurare il rispetto dei principi costituzionali, ha enunciato la regola secondo cui la violazione dei doveri di trasparenza e di documentazione, in linea di principio, rende il patteggiamento illegale, persino nel caso in cui lo stesso sia condotto per il resto nel rispetto della disciplina legislativa⁴⁰². Si tratta di un'operazione ritenuta – se non altro – ardita dai commentatori, «poiché si pone in netto contrasto con la disciplina dei vizi del procedimento, mai considerati dalla dottrina causa di nullità generale, come surrettiziamente fatto dal tribunale costituzionale»⁴⁰³.

Inoltre, sempre al fine di evitare che la normativa venga aggirata tramite la mancata documentazione delle trattative, si è ancora stabilito che l'esistenza o meno dei negoziati non può essere desunta dalla mera lettura del solo verbale d'udienza, in cui gli stessi, ad esempio, potrebbero essere non stati volutamente trascritti, come invece richiesto dai §243 e 273 *StPO*. Il giudice dell'impugnazione, infatti, non può escludere la possibilità che la sentenza sia basata su una violazione del §257c *StPO* per il solo fatto che non vi siano riferimenti all'accordo e alle trattative nei verbali, dovendo concretamente verificare l'inesistenza dei colloqui⁴⁰⁴.

Ma non è tutto. Onde garantire ancor di più il rispetto dei suddetti obblighi di trasparenza, la Corte ha persino minacciato la possibilità, in alcuni casi di violazione della normativa, di potersi ipotizzare persino dei comportamenti qualificabili come reato. Più in particolare, si è chiarito che, nel caso in cui vi fosse un'attestazione negativa, ai sensi del §273, comma 1a, del fatto che nel singolo caso non si sia raggiunto un accordo, quando invece nella realtà un'intesa sia stata conclusa in via informale, vi potrebbero essere persino gli estremi per l'applicazione del reato di falso di cui al §348 *StGB*⁴⁰⁵.

A questo punto, i giudici costituzionali hanno ritenuto opportuno ribadire a gran voce che, alla luce del necessario rispetto dell'art. 20, comma 3, *GG*, a seguito dell'approvazione della *Verständigungsgesetz*, sono ammesse soltanto quelle intese che si pongono in linea con quanto stabilito dalla disciplina legislativa⁴⁰⁶, integrata,

⁴⁰⁰ Cfr. BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §95.

⁴⁰¹ Cfr. BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §96.

⁴⁰² Cfr. BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §97.

⁴⁰³ In questo senso, cfr. N. RECCHIA, *La difficile questione della legittimità costituzionale*, cit., p. 8.

⁴⁰⁴ Cfr. BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §98.

⁴⁰⁵ Cfr. BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §78. Si vedano a riguardo, S. KÖNIG – S. HARRENDORF, *Negotiated Agreements and Open Communication in Criminal Trials*, cit., p. 76.

⁴⁰⁶ Cfr. BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §§75-77; § 115.

com'è ovvio, dai chiarimenti esegetici apportati dallo stesso *BverG*⁴⁰⁷. Di modo che, in sostanza, a giudizio della Corte costituzionale, qualsiasi *informelle Absprache*, compiuta al di fuori dei limiti ammessi dallo *StPO*, è da considerarsi del tutto illecita. D'altra parte, si è in sostanza affermato, è stato lo stesso legislatore a stabilire al §257c, comma 1, che sono consentite soltanto quelle intese compiute in conformità con i commi seguenti di tale disposizione.

Tutte queste salvaguardie previste dal legislatore, non hanno, però, impedito il formarsi di prassi devianti, di modo che la Corte non ha potuto «arrestare la sua indagine alla verifica della conformità costituzionale della legge sulle intese processuali così come da esso forgiata»⁴⁰⁸.

Del resto, i risultati allarmanti dello studio dell'Università di *Düsseldorf* non potevano essere ignorati.

Tuttavia, i giudici di Karlsruhe hanno ritenuto che i dati empirici a disposizione non fossero sufficienti per concludere che i meccanismi posti a protezione dei principi costituzionali, previsti dalla legge del 2009, fallissero il loro scopo in una maniera così marcata da rendere la stessa incostituzionale⁴⁰⁹.

Il *BverG* ha, infatti, spiegato che la nuova normativa avrebbe potuto essere dichiarata illegittima, poiché oggetto di prassi devianti lesive del *Grundgesetz*, soltanto se le violazioni fossero dovute a una carenza strutturale della legge stessa, ovvero se la causa della permanenza di ipotesi di *informelle Absprachen* fosse da imputarsi a una inadeguatezza intrinseca della *Verständigungsgesetz*⁴¹⁰.

Peraltro, a parere della Corte, la ragione della disapplicazione delle nuove disposizioni non sarebbe stata da individuare in un difetto proprio delle disposizioni, ma, piuttosto alle difficoltà degli operatori del diritto, dopo trent'anni di prassi informali, di interiorizzare in breve lasso di tempo un istituto di giustizia negoziata, come quello introdotto nel 2009, altamente formalizzato e certamente più definito, rispetto ai *Gentlemen's Agreements*, sviluppatosi in forme assai snelle e informali nella prassi⁴¹¹.

Insomma, non al *Verständigungsgesetz* dovrebbe addebitarsi il permanere di ipotesi di *Absprachen* informali, quanto piuttosto a un mancato cambio di mentalità da parte – primi tra tutti – dei giudici, i quali però sono stati espressamente invitati a rendersi conto del fatto che in uno Stato di diritto è la prassi a dover seguire la legge e non il contrario⁴¹².

In ogni caso, nonostante in vaglio positivo di costituzionalità espressamente effettuato, il tribunale costituzionale federale, prima di accogliere, inevitabilmente, i ricorsi presentati dai condannati, ha pronunciato un ulteriore e definitivo monito al legislatore, attribuendogli il compito di vigilare attentamente sui futuri sviluppi interpretativi in merito al nuovo istituto⁴¹³.

Il Parlamento tedesco è stato quindi definitivamente avvertito che la legge sulle intese ha ricevuto un giudizio di compatibilità con il *Grundgesetz* soltanto in

⁴⁰⁷ Cfr. N. RECCHIA, *La difficile questione della legittimità costituzionale*, cit., p. 9.

⁴⁰⁸ Cfr. N. RECCHIA, *La difficile questione della legittimità costituzionale*, cit., p. 9.

⁴⁰⁹ Cfr. BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §117.

⁴¹⁰ Cfr. BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, § 118.

⁴¹¹ Cfr. BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §119.

⁴¹² Cfr. BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §119.

⁴¹³ Cfr. BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §121.

quel determinato momento e non per sempre, venendo quindi sottoposta a una sorta di *probation*⁴¹⁴: nel caso in cui la prassi giurisprudenziale di ignorare le nuove disposizioni dovesse continuare in futuro si renderebbe allora necessaria l'approvazione di nuovi strumenti di protezione dei diritti fondamentali, pena, altrimenti, in caso di inerzia, il sorgere di una situazione di incostituzionalità⁴¹⁵.

11. Gli sviluppi più recenti

L'approvazione "sotto condizione" della *Verständigungsgesetz* da parte della Corte costituzionale tedesca è stata, inevitabilmente, accolta con molto scetticismo da parte della dottrina maggioritaria, venendo sottoposta a numerose critiche⁴¹⁶.

In particolare, l'esegesi fatta propria dal *BverG*, tutta incentrata sulla valorizzazione degli aspetti maggiormente inquisitori – specie del rinvio al principio della verità materiale – contenuti nelle nuove disposizioni, è stata tacciata di mancanza di senso pratico: non solo, infatti, i giudici di Karlsruhe avrebbero sprecato definitivamente l'opportunità di rimediare ai (vistosi) difetti della normativa⁴¹⁷, ma soprattutto si è giudicato altamente improbabile il fatto che la sentenza riuscisse a sortire un qualche concreto effetto sulla prassi giudiziaria⁴¹⁸, fondata su rapporti di fiducia troppo stretti per essere scalfiti.

Come è stato invero rilevato, nonostante il fatto che nella sua pronuncia la Corte si sia espressamente rivolta al legislatore, «non può che constatarsi che il vero appello è [stato] rivolto ai giudici di merito e di legittimità»⁴¹⁹. Sono questi, infatti, i soggetti a cui, in ultima analisi, è spettata la scelta di ascoltare il monito del *BverG*, conformandosi all'interpretazione "inquisitoriamente orientata" della legge, oppure tentare nuovi modi per continuare a negoziare in via informale, magari nascondendo il tutto «sotto un velo di formale rispetto delle regole di trasparenza e di pubblicità»⁴²⁰.

Peraltro, il fatto che la Corte costituzionale abbia assunto una posizione di una – almeno formale – così netta intransigenza nei confronti delle prassi devianti, essendosi, in sostanza, rifiutata di tenere in considerazione le esigenze di economia

⁴¹⁴ In tal senso, efficacemente, T. WEIGEND – J.I. TURNER, *The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments*, cit., p. 82.

⁴¹⁵ Cfr. BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §121.

⁴¹⁶ Cfr., ad esempio, Cfr. M. NIEMÖLLER, *Anmerkung*, cit., pp. 419 ss.; J. SCHEINFELD, *Zur Verfassungsgemäßheit der Verständigung im Strafverfahren*, cit., p. 302; C.-F. STUCKENBERG, *Entscheidungsbesprechung zur Verfassungsmäßigkeit der Verständigung im Strafverfahren*, cit., p. 216; T. WEIGEND – J.I. TURNER, *The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments*, cit., pp. 99-101. Un giudizio più positivo è, invece, dato ad esempio da A. MOSBACHER *The Decision of the Federal Constitutional Court of 19 March 2013 on Plea Agreements*, cit., pp. 5 ss.

⁴¹⁷ Cfr. T. WEIGEND – J.I. TURNER, *The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments*, cit., p. 100.

⁴¹⁸ Cfr. C.-F. STUCKENBERG, *Entscheidungsbesprechung zur Verfassungsmäßigkeit der Verständigung im Strafverfahren*, cit., p. 216; T. WEIGEND, *Anmerkung*, cit., p. 426; T. WEIGEND – J.I. TURNER, *The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments*, cit., p. 100.

⁴¹⁹ Cfr. N. RECCHIA, *La difficile questione della legittimità costituzionale*, cit., p. 10.

⁴²⁰ Cfr. N. RECCHIA, *La difficile questione della legittimità costituzionale*, cit., p. 10. In argomento, cfr., in particolare, T. WEIGEND – J.I. TURNER, *The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments*, cit., p. 101.

processuale che hanno spinto gli operatori pratici del diritto a forzare il dettato normativo, ha fatto sì che anche nel caso in cui la giurisprudenza si adeguasse effettivamente al *diktat* del *BverG* si sarebbero verificati degli effetti negativi sul sistema processuale penale tedesco.

Difatti, pare condivisibile l'analisi di chi ha affermato che un reale adeguamento dei giudici a un'interpretazione così restrittiva e rigida, come quella propugnata dalle prescrizioni della sentenza, avrebbe sostanzialmente vanificato i concreti effetti deflattivi del carico giudiziario, che – da sempre – hanno caratterizzato le intese negoziate tedesche, determinandosi verosimilmente «una profonda contrazione del numero dei procedimenti conclusi attraverso l'utilizzo di intese processuali»⁴²¹.

Una conseguenza di tal genere, invero, sarebbe stata assai grave: se, infatti, avendo apposto dei lacci troppo stretti alle *Verständigungen* i giudici di Karlsruhe ne avessero comportato una sorta di estinzione, lo *StPO* avrebbe perso uno dei fondamentali mezzi che – a giudizio della stessa giurisprudenza tedesca⁴²² – da anni ne permette il concreto funzionamento, rischiandosi così di far implodere il sistema dall'interno e di trovarsi di fronte a una situazione di forte frizione con il canone della ragionevole durata tutelato dall'art. 6 CEDU.

Ciò, peraltro, se sta a dimostrare la posizione difficile in cui il *BverG* ha dovuto operare – trovandosi, in sostanza, di fronte a un istituto certamente in perenne tensione con alcuni principi cardine dello *StPO*, ma vitale per la sua reale sopravvivenza – fa comprendere come se i giudici di Karlsruhe non si fossero limitati a dichiarare sempre non bilanciabili alcuni principi, avrebbero forse evitato il rischio concreto che tali canoni fossero salvaguardati solo in teoria, venendo, invece, del tutto disattesi nella pratica, data l'assoluta necessità di mezzi di deflazione processuale⁴²³.

Del resto, anche l'ipotesi di *extrema ratio* prospettata dal *BverG*, ovvero la minacciata dichiarazione di incostituzionalità della *Verständigungsgesetz*, nel caso in cui l'istituto non fosse abrogato ove oggetto di prassi devianti non altrimenti eliminabili, non può che lasciare fortemente perplessi: tale soluzione, infatti, sembra rappresentare il paradosso di un legislatore e di un giudice delle leggi che premiano con l'abrogazione o la dichiarazione di illegittimità costituzionale la disapplicazione di una legge da parte del potere giudiziario⁴²⁴.

Senza contare che – come osservato da autorevole dottrina – i giudici costituzionali non si sono resi conto del fatto che il vero soggetto che si è trovato a subire gli influssi negativi della loro interpretazione formalistica e burocratica dell'istituto è stato, nuovamente, l'imputato, che non si è visto riconosciuto alcun diritto al rispetto degli accordi informali eventualmente conclusi di nascosto dal suo avvocato⁴²⁵.

⁴²¹ Cfr. N. RECCHIA, *La difficile questione della legittimità costituzionale*, cit., p. 10.

⁴²² Cfr., in particolare, come si è visto, quanto affermato da BGH, 03.03.2005 - GSSt 1/04, §47.

⁴²³ Cfr., in questo senso, le condivisibili affermazioni di N. RECCHIA, *La difficile questione della legittimità costituzionale*, cit., p. 11.

⁴²⁴ Cfr., a riguardo, ad esempio, M. NIEMÖLLER, *Anmerkung*, cit., p. 423; T. WEIGEND, *Anmerkung*, p. 426.

⁴²⁵ Si veda sul punto, T. WEIGEND - J.I. TURNER, *The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments*, cit., p. 101.

In sostanza, quindi, non solo la persona accusata di un reato è stata, come si è visto, resa dal legislatore il soggetto debole delle *Verständigungen* formali, ma, oltretutto, la sua posizione pare – sotto certi punti di vista – addirittura peggiorata a causa dell'intervento del *BverG*: la stessa, infatti, si è vista addossare il rischio che, per sfuggire ai moniti della Corte costituzionale tedesca, gli operatori pratici del diritto inventino nuove e ancora più oscure forme di negoziato, in cui i diritti degli accusati costituiscano il mero oggetto di scambi del tutto segreti con l'autorità⁴²⁶.

Al di là di quanto si condivida il percorso argomentativo seguito dal *BverG* nel 2013, non è facile valutare in astratto se effettivamente tale decisione riuscirà a raggiungere il suo intento principale di limitare gli eccessi della giustizia contrattata tedesca⁴²⁷, oppure se si avvereranno i prognostici negativi sul punto provenienti dalla dottrina.

Le intese negoziate, infatti, come si è avuto ampiamente modo di vedere, si muovono su un piano di informalità troppo profondo per poter essere neppure lontanamente scalfito da un'analisi teorica.

Peraltro, proprio al fine di svolgere il compito attribuitigli di controllore della *Verständigungsgesetz*, nel mese di aprile del 2017 il ministero della giustizia federale ha bandito un progetto finalizzato al compimento di uno studio empirico concernente l'effettivo rispetto della legge sulle intese, che si svolgerà per 24 mesi e darà una risposta concreta all'effettivo grado di adesione della prassi ai moniti dei giudici di Karlsruhe⁴²⁸.

In attesa di scoprire in futuro i risultati ufficiali di tale progetto, pare opportuno però rilevare che, dalla lettura di alcune decisioni particolarmente note succedutesi nel corso degli ultimi anni, sembra – per ora – quantomeno possibile affermare che il monito generale a negoziare con moderazione, nel rispetto di alcuni principi fondamentali del *Grundgesetz*, non sia stato da tutti ascoltato⁴²⁹.

Queste considerazioni paiono, invero, valide non solo per quanto riguarda quello che oramai è divenuto lo strumento principale di giustizia contrattata del sistema processuale tedesco, ovvero il §257 c *StPO*, ma anche per le eterogenee forme di eccezioni al principio di legalità dell'azione penale di cui ai §§153 e ss. *StPO*, la cui applicazione, come si è già avuto modo di vedere, molto spesso (ma

⁴²⁶ Ipotizza la creazione di nuove prassi informali, ad esempio, T. WEIGEND, *Anmerkung*, p. 426, nt. 15.

⁴²⁷ Cfr., sul punto, M. WENSKE, *Die Verständigung in Strafsachen und die Rechtsmittel der Strafprozessordnung*, cit., p. 210.

⁴²⁸ Si veda a riguardo l'*Ausschreibung Vergabe eines Forschungsvorhabens zum Thema „Evaluierung der Vorschriften des Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29. Juli 2009 (BGBl. I, S. 2353)“* del 5 aprile 2017, pubblicato in www.bundesjustizamt.de. Per uno sguardo ad altre iniziative intraprese di recente dal potere politico con riguardo alle intese negoziate, cfr., in particolare, M. WENSKE, *Die Verständigung in Strafsachen und die Rechtsmittel der Strafprozessordnung*, cit., p. 211, il quale, tra l'altro, ha richiamato i lavori del *Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens*, pubblicati, nel 2014 e disponibili in www.bmjbv.de, in cui la commissione d'esperti si è, ad esempio, appellata alla prassi, con riguardo all'opportunità di sfruttare le opportunità concesse da una legge ancora "giovane" (p. 119).

⁴²⁹ In merito ad alcune delle più recenti prassi in materia, cfr., ad esempio, F. MEYER, *Praxis und Reform der Absprache im Strafverfahren*, in *StV*, 2015, pp. 790 ss., nonché, il già citato volume collettaneo, AA. VV., *Praxishandbuch zur Verständigung*, cit.

non necessariamente) si sono basate su delle trattative e su un conseguente accordo tra il pubblico ministero e imputato.

Difatti, specie la regola chiave di cui al §153a *StPO* è stata al centro di un'attenzione mediatica assai elevata, vista l'applicazione di tale *Einstellung* nei confronti di imputati "eccellenti", dopo lo svolgimento di complesse trattative, che hanno portato a degli accordi la cui legittimità è stata assai discussa⁴³⁰.

Ci si riferisce, in primo luogo, a quanto avvenuto nel 2014 nel noto caso di corruzione che ha visto coinvolto l'ex capo della F1 Bernie Ecclestone, il quale è riuscito a ottenere l'archiviazione della sua regiudicanda ex §153a *StPO*, condizionata al pagamento - in una settimana - della somma record di 100.000.000 di dollari, destinati, nella maggior parte, allo Stato della Baviera⁴³¹. Un patto talmente estremo - concluso, oltretutto, senza l'applicazione della disciplina di cui al §257c *StPO* - da essere definito "osceno" in un noto quotidiano⁴³², nonché "non solo di cattivo gusto, ma davvero insolente" da parte di un ex-ministro della giustizia⁴³³.

Altrettanto celebre, inoltre, è stato anche il procedimento che ha riguardato l'ex membro del *Bundestag* Sebastian Edathy⁴³⁴, il quale ha raggiunto un accordo per l'applicazione di un'archiviazione ex §153a *StPO*, dietro il pagamento di 5.000 euro, in un caso riguardante il possesso di materiale pedopornografico, potendo, quindi, questi, non avendo subito una condanna, continuare del tutto legittimamente ad affermare di essersi sì procurato le immagini incriminate, ma che le stesse non fossero però illegali⁴³⁵.

Tali fattispecie, peraltro, rappresentano soltanto la punta dell'*iceberg*, posto che le ipotesi di applicazioni discusse di questa *Einstellung* sono molte di più⁴³⁶, tanto che in dottrina ci si è persino domandati se il §153a *StPO* costituisca, nella sostanza, una moderna forma di indulgenza⁴³⁷ e se, dopo l'approvazione della *Verständigungsgesetz*, fosse necessaria una riforma di tale istituto, alla luce di quanto oggi stabilito dal §257c *StPO*⁴³⁸.

⁴³⁰ Si veda, per numerosi esempi che hanno avuto notevole una notevole risonanza mediatica, J. BRÜNING, *Die Einstellung nach § 153a StPO*, cit., p. 586 s.; M. DEITERS - A.H. ALBRECHT, § 153a Abs. 2 *StPO bei weiter aufklärbarem Verdacht eines Verbrechens?*, cit., p. 482; C. TRENTMANN, § 153a *StPO und das öffentliche Interesse an der Straferfolgung*, cit., pp. 446 ss.

⁴³¹ Per una chiara descrizione di tale procedimento, cfr. l'articolo, pubblicato il 5 agosto 2014 nel sito www.bbc.com, dal titolo *F1 boss Bernie Ecclestone pays to end bribery trial*. Per un commento dottrinale di tale fattispecie, cfr., tra i molti, H. KUDLICH, *Ecclestone, Verständigungsgesetz und die Folgen*, cit., pp. 10 ss.

⁴³² Cfr. J. JAHN, *Obszöner Deal, Formel-1-Chef Bernie Ecclestone kann vielleicht für 100 Millionen Dollar seinen Prozess beenden. Ein solcher Deal wäre aber obszön*, in www.faz.net, 4.08.2014.

⁴³³ Si fare riferimento alle dichiarazioni di Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, citate nel già richiamato articolo *F1 boss Bernie Ecclestone pays to end bribery trial*, in www.bbc.com.

⁴³⁴ Cfr., a riguardo, in particolare C. TRENTMANN, § 153a *StPO und das öffentliche Interesse an der Straferfolgung*, cit., pp.447 ss.

⁴³⁵ Cfr., a tale riguardo, l'articolo '*Wrong but legal' claims child porn case ex-MP*, pubblicato in <https://www.thelocal.de/20141218/wrong-but-legal-claims-child-porn-case-ex-mp>.

⁴³⁶ Cfr. J. BRÜNING, *Die Einstellung nach § 153a StPO*, cit., p. 586 s.

⁴³⁷ Cfr. J. BRÜNING, *Die Einstellung nach § 153a StPO*, cit., p. 586.

⁴³⁸ Cfr. H. KUDLICH, *Ecclestone, Verständigungsgesetz und die Folgen*, cit., pp. 12-13. Per una recente critica del §153a, alla luce anche dei principi in materia di intese negoziate, espressi dal tribunale costituzionale federale, cfr. K. ALTENHAIN, *Absprachen im Ermittlungsverfahren*, cit., pp. 242 ss.

Un'applicazione così estensiva dell'archiviazione condizionata in questione non sembra però poter stupire, posto che pare costituire l'inevitabile frutto della scelta di politica normativa del legislatore di non ripensare, nel contesto della riforma del 2009, alle condizioni estremamente ampie (e poco trasparenti) stabilite nello *StPO* per accedere alla stessa.

All'atto dell'approvazione della *Verständigungsgesetz* si sarebbe, infatti, potuto decidere di limitare i requisiti di operatività del §153a *StPO*, magari fissando una soglia massima per le prestazioni a cui l'archiviazione è condizionata, oppure stabilendo dei reati ostativi a tale *Einstellung*.

Allo stesso modo, inoltre, alla luce di come tale forma di archiviazione condizionata è stata utilizzata nella prassi, il legislatore avrebbe potuto decidere e di regolamentare finalmente in modo dettagliato la fase dei negoziati tra pubblico ministero e imputato e non lasciarli come ancora oggi accade, in buona sostanza, all'informalità.

Insomma, la sopra descritta disposizione – peraltro di portata generale – del §160b *StPO* non pare sufficiente per disciplinare una fase così delicata come, per l'appunto, delle trattative su una decisione comunque terminativa del procedimento⁴³⁹.

Peraltro, proprio dal fatto che non si sia deciso di modificare il §153a *StPO* sembra potersi ricavare un'ulteriore riprova della volontà di tenere aperti dei canali più ampi possibili per sfoltire il carico giudiziario in eccesso.

L'irrefrenabile necessità di espandere ancor di più i mezzi deflattivi vigenti, sembra, invero, essere la causa pure di quei tentativi illegali di aggiramento della disciplina del §257c *StPO* – specie dal punto di vista del divieto di intese sullo *Schuldspruch* – a cui hanno dovuto fare fronte in alcuni casi, anche dopo la sentenza del 2013, le massime giurisdizioni tedesche.

Sul punto è stato persino chiamato a pronunciarsi nuovamente, a seguito di una *Verfassungsbeschwerde*, anche il tribunale costituzionale federale, il quale, nell'aprile del 2016, ha approfittato del ricorso in cui un condannato lamentava di essere stato coinvolto in un'intesa illegale, concernente un'archiviazione *ex* §154a *StPO*, per stabilire in modo più dettagliato quali siano i possibili contenuti legittimi di un patto *ex* §257c *StPO*⁴⁴⁰.

In tale occasione il *BVerfG* ha, infatti, chiarito, per un verso, che, ai sensi del § 257c, comma 2, primo periodo, oggetto di una *Verständigung* tra giudice e parti possono essere non solo le conseguenze giuridiche della decisione, ma anche *altri provvedimenti* relativi al processo *de quo*, tra i quali vanno ricomprese le archiviazioni pronunciate dal giudice *ex* §§ 153, comma 2; 153a, co. 2; 154, co. 2; 154a, co. 2, *StPO*, e, per un altro verso, che pure la rinuncia all'assunzione di prove o il ritiro di elementi istruttori già presentati possono costituire oggetto di un'intesa⁴⁴¹.

I giudici di Karlsruhe hanno però del pari stabilito che ciò che, invece, non è certamente lecito è compiere delle interpretazioni tanto estensive dell'art. 154a, comma 2, *StPO* da ampliare, nella sostanza a dismisura il significato di tale forma

⁴³⁹ Cfr., ad esempio, a tale riguardo K. ALTENHAIN, *Absprachen im Ermittlungsverfahren*, cit., p. 246.

⁴⁴⁰ Ci si riferisce alla recente decisione BVerfG, 21 aprile 2016 - 2 BvR 1422/15, cit.

⁴⁴¹ BVerfG, 21 aprile 2016 - 2 BvR 1422/15, cit., §20.

eccezionale di archiviazione, tanto da aggirare il divieto di intese sulla *Schuldspruch*⁴⁴².

Ed è proprio quello che era avvenuto nella reg giudicanda sottoposta al giudizio della Corte, in cui le parti e il giudice avevano violato non solo le norme poste a tutela della trasparenza degli accordi, ma anche proprio il divieto di negoziare sul “giudizio di colpevolezza”, essendosi, nella sostanza, limitata – grazie a un accordo informale su un’archiviazione parziale ex §154a *StPO* disposta al di fuori dei casi ammessi dalla legge – dal punto di vista quantitativo (da 3,7 milioni a 800.000 euro) la reale somma di denaro di danno causato dalle attività fraudolente dell’imputato⁴⁴³.

Né, oltretutto, ha avuto ancora modo di precisare il giudice delle leggi, a negare l’applicabilità della disciplina di cui all’art. 257c *StPO* sarebbe stato sufficiente, come, invece, ritenuto anche dal *BGH* in sede di *Revision*, il rilievo che nel caso di specie mancasse un’esplicita dichiarazione di volontà delle parti di vincolarsi in modo irrevocabile, ufficiale e definitivo tra loro alla conclusione di un patto, desunto in particolare dal fatto che il giudice di merito aveva espressamente negato che si fosse raggiunta una *Verständigung*⁴⁴⁴.

A giudizio del *BVerG*, infatti, la legge del 2009 non avrebbe affatto stabilito quale elemento costitutivo delle intese la sussistenza di una manifestazione formale di volontà tramite cui le parti affermino di volersi obbligare in modo irrevocabile a tenere una determinata condotta o prendere una decisione, non essendo le *Verständigungen* state concepite come un negozio di tipo contrattuale⁴⁴⁵. Al contrario, ciò che secondo i giudici di Karlsruhe rileva per verificare la presenza o meno di una *Absprache* informale, non è per l’appunto il fatto che vi sia una dichiarazione ufficiale con cui le parti si impegnino in astratto in merito a un’intesa, quanto piuttosto che sussistano concretamente delle trattative tramite cui i protagonisti del procedimento raggiungano un accordo su un rapporto sinallagmatico del tipo “*do ut des*”⁴⁴⁶ (ad es. rinuncia all’assunzione delle prove in cambio di una limitazione ex §154a *StPO*).

A prescindere dalla condivisibilità dell’esegesi sostenuta dal *BVerG* un dato è certo: nell’accogliere il ricorso a loro sottoposto, i giudici costituzionali si sono trovati, a più di tre anni di distanza dalla loro storica sentenza del 2013, ancora una volta a rilevare la presenza di una *Absprache* informale, la cui legittimità, peraltro, era stata ammessa persino dallo stesso *Bundesgerichtshof* e dalla procura generale.

Tentativi come questo di utilizzare il §154a *StPO* in modo estensivo non sono peraltro isolati, se si pensa che, ancora nel mese di ottobre del 2016, questa volta il *BGH* si è imbattuto – dichiarandone l’invalidità – in una fattispecie in cui il giudice di merito non solo non aveva fornito all’imputato l’avviso di cui al §257c, comma 5, né quello ex §243, comma 4, quinto periodo *StPO*, ma aveva anche acconsentito a limitare – nel contesto di un accordo negoziato – l’imputazione alla sola accusa di

⁴⁴² BVerfG, 21 aprile 2016 - 2 BvR 1422/15, cit., §28.

⁴⁴³ BVerfG, 21 aprile 2016 - 2 BvR 1422/15, cit., §2.

⁴⁴⁴ Nel caso di specie il giudice di merito aveva, infatti, espressamente negato che si fosse raggiunta una vera e propria intesa ex §257c *StPO*. Cfr., a riguardo BVerfG, 21 aprile 2016 - 2 BvR 1422/15, cit., §9.

⁴⁴⁵ Cfr. BVerfG, 21 aprile 2016 - 2 BvR 1422/15, §25.

⁴⁴⁶ Cfr. BVerfG, 21 aprile 2016 - 2 BvR 1422/15, §23.

gravi lesioni personali, quando quella originaria era di omicidio tentato, in concorso con quella di lesioni aggravate, rapina tentata aggravata e danneggiamento⁴⁴⁷.

A tale riguardo, in particolare, i giudici di legittimità hanno precisato che promettere l'esclusione di parti essenziali del fatto ai sensi del §154a, comma 2, *StPO* è vietato, in quanto costituisce un accordo sullo *Schuldspruch*⁴⁴⁸.

Peraltro, per avere un reale quadro di quanto la giurisprudenza della suprema corti sia riuscita, con il passare degli anni, dove fino a oggi ha fallito, ovvero a ricomporre il conflitto tra legge e prassi esistente in materia di patti negoziati, non rimane a questo punto che attendere la fine del 2019, data in cui si dovrà concludere il citato studio commissionato dal ministero della giustizia sull'effettivo rispetto della *Verständigungsgesetz*⁴⁴⁹.

A partire da tale data il legislatore avrà quindi a disposizione tutti gli elementi necessari per riuscire a svolgere al meglio il compito di tutore della legalità delle intese affidatogli dal *BverG*, potendo finalmente dare una risposta al quesito se le disapplicazioni delle nuove disposizioni avutesi nei primi anni dalla loro entrata in vigore siano state il frutto della sola inesperienza iniziale delle parti e dei giudici, oppure, invece, di un rifiuto patologico della prassi rispetto ai lacci posti alle *Absprachen* informali.

A seconda della risposta che riuscirà a ottenere, il parlamento deciderà se intervenire o meno sulla normativa vigente, la quale potrebbe persino correre il rischio di essere abrogata o sostituita per intero⁴⁵⁰.

Al di là di quello che succederà alla disciplina positiva, sembra comunque assai improbabile che nell'ordinamento processuale tedesco la giustizia negoziata non continui ad avere anche in futuro uno sviluppo così radioso come quello verificatosi – quantomeno – negli ultimi quarant'anni.

Difatti, gli istituti contrattati hanno assunto un ruolo così importante in tale Paese che pare più facile che nella prassi continui a esistere una zona grigia, in cui alcuni principi fondamentali dei modelli misti vengano concretamente disillusi, piuttosto che si rinunci realmente a una delle chiavi di volta che permette la sopravvivenza del sistema.

In ogni caso, un dato pare certo: spetta al legislatore e ai giudici costituzionali decidere se percorrere a loro volta la strada iniziata, da decenni, dagli operatori pratici del diritto, i quali oramai sembrano pronti per una riforma più articolata della procedura penale tedesca, improntata in un senso più dispositivo/consensuale, oppure se continuare a difendere strenuamente i valori della tradizione processuale continentale.

⁴⁴⁷ Cfr. BGH, 12 ottobre 2016, 2 StR 367/16. Cfr., in merito a tale pronuncia, F. BITTMANN, *Verfahrensbeschränkungen nach § 154a II StPO als Gegenstand der Verständigung*, *NStZ*, 2017, pp. 244 ss.

⁴⁴⁸ Cfr. BGH, 12 ottobre 2016, 2 StR 367/16, §23.

⁴⁴⁹ Si veda, a riguardo, *Ausschreibung Vergabe eines Forschungsvorhabens zum Thema „Evaluierung der Vorschriften des Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29. Juli 2009 (BGBl. I, S. 2353)*, p. 8.

⁴⁵⁰ Cfr., per un nutrito numero di esempi di come potrebbe intervenire il legislatore tedesco, C.-F. STUCKENBERG, *Entscheidungsbesprechung zur Verfassungsmäßigkeit der Verständigung im Strafverfahren*, cit., p. 218, il quale sul punto richiama persino il vero e proprio divieto che, già negli anni '70, aveva subito il *plea bargaining* nello Stato dell'Alaska, per il tramite dell'operato del procuratore generale Avrum Gross. Si vedano, sul punto, tra i moltissimi, M. L. RUBINSTEIN – T. J. WHITE, *Alaska's Ban on Plea Bargaining*, in *Law & Society Review*, 1979, pp. 367 ss.

Ove però si scelga di prediligere la seconda soluzione, come la pronuncia dei giudici di Karlsruhe del 2013 sembra far presagire, bisognerà però essere pronti a correre il rischio che il divario tra *StPO* e realtà giudiziaria aumenti in modo sempre maggiore, fino a quando non si venga a creare uno strappo tra i vari formanti non più concretamente ricucibile.

CAPITOLO II

LA GIUSTIZIA PENALE NEGOZIATA IN AUSTRIA

SOMMARIO. 1. Considerazioni preliminari. – 2. Le *Absprachen* sulla *diversion*. – 3. La posizione di apertura assunta da parte dell'avvocatura e la prima condanna dell'*Oberste Gerichtshof* alle *Absprachen* informali. – 4. La discussione continua. – 5. La seconda proposta di codificazione dell'ÖRAK e l'interrogazione parlamentare sulle *Prozessabsprachen*. – 6. Il definitivo rifiuto delle intese da parte dell'OGH nel 2010. – 7. La posizione espressa dal gruppo di lavoro nominato dal Ministro della giustizia per riformare la procedura penale austriaca. – 8. Uno sguardo al presente.

1. Considerazioni preliminari

Esattamente come è avvenuto in Germania, anche all'interno del sistema giuridico austriaco il tema della giustizia penale negoziata è stato per lungo tempo trattato come un vero e proprio tabù¹.

Ciò, peraltro, non sembra poter affatto stupire, posto che anche la *österreichische Strafprozeßordnung* del 1975 è fondata su alcuni canoni, tipici del modello misto continentale, tra cui spicca l'obbligo di ricerca della verità materiale, che si è soliti considerare nettamente confliggenti con una soluzione concertata della reg Giudicanda.

D'altra parte, per comprendere quanto all'interno del processo penale austriaco la *Wahrheitserforschung* venga ad assurgere un ruolo fondamentale, basti pensare che la stessa è proclamata, – tra l'altro – già al §3, tra i principi generali su cui si fonda l'intero *öStPO*, ove il compito di trovare la verità è attribuito non soltanto al giudice, ma anche alla pubblica accusa e alla polizia giudiziaria².

In modo coerente con tale canone, quindi, il legislatore austriaco, sin dalle origini, non solo non ha previsto alcun istituto in qualche modo assimilabile al *plea bargaining*³, ma ha vietato pure espressamente alle pubbliche autorità di spingere l'imputato a confessare o, più in generale, a parlare per il mezzo di *promesse* o minacce (§§7, comma 2; 164, comma 4, *öStPO*)⁴.

Anche in tal caso, però, la normativa astratta non è riuscita a trattenere la lunga onda della giustizia contrattata: nel corso degli anni, infatti, in modo simile a

¹ Cfr., a riguardo, A. TIPOLD, *Absprachen im Strafprozeß*, in *Archivum Iuridicum Cracoviense*, 2000, p. 170, nonché R. SOYER, *Ermittlungsrecht und Ausschließung eines Verteidigers*, in *AnwBl*, 1991, p. 72, nt. 7.

² Per un'introduzione a tale disposizione, si veda, ad esempio, S. SEILER, *Strafprozessrecht*, 15^a ed, Wien, 2016, pp. 31 ss., a cui si rimanda anche per la bibliografia ivi citata.

³ Per una completa analisi della giustizia negoziata austriaca si veda la recente – e prima – monografia in argomento di H. LUEF-KÖLBL, *Konsensuale Verfahrensabkürzung im Strafprozess*, Wien, 2017.

⁴ Cfr., sul punto, H. LUEF-KÖLBL, *Konsensuale Verfahrensabkürzung im Strafprozess*, cit., pp. 31 s.

quanto è avvenuto in Germania, anche in Austria hanno iniziato a svilupparsi, in via - a seconda delle opinioni - *praeter* o *contra legem*, delle *Absprachen* sull'esito del procedimento, tipicamente costituite sulla base di un accordo avente a oggetto uno scambio di una confessione dibattimentale con la promessa di un trattamento sanzionatorio più mite, raggiunto a seguito di una trattativa tra accusa, difesa e giudice⁵.

La *ratio* di tale prassi è del resto chiara: sebbene, pure nell'*öStPO*, la presenza di una dichiarazione di colpevolezza, compiuta, ad esempio, nell'interrogatorio che il giudice effettua all'inizio del dibattimento⁶, non faccia venir meno in capo a questi il dovere di ricercare la verità materiale⁷, non vi sono dubbi che, specie una confessione qualificata, faciliti di molto il lavoro delle Corti, le quali, per l'appunto, possono concentrare l'attenzione sull'esame della validità delle dichiarazioni autoaccusatorie, risparmiando così delle energie processuali per i casi "contestati".

Lo sviluppo di tali tipologie di intese "devianti" sembra peraltro essere stato in qualche modo favorito, tra l'altro, da una disposizione del codice penale austriaco (*öStGB*), il quale, al §34, comma 17, prevede una circostanza attenuante per il caso in cui l'imputato faccia una confessione a causa di un suo "pentimento" o abbia facilitato in modo significativo con una sua dichiarazione la scoperta della verità⁸.

È di tutta evidenza, infatti, che uno sconto sanzionatorio così configurato si può prestare ad abusi, specie ove vi sia la compiacenza della pubblica accusa e del giudice, potendo essere perseguito per ragioni di mera "tattica processuale" e non, ad esempio, per una reale contrizione dell'imputato⁹.

In ogni caso, è solo verso la fine degli anni Ottanta¹⁰ e i primi anni Novanta¹¹ che l'ombra su questa zona grigia della procedura penale austriaca ha iniziato, assai lentamente, a diradarsi.

Tuttavia, a differenza di quanto è avvenuto in Germania, dopo i primi riferimenti a tale prassi, si è dovuto attendere ancora diverso tempo affinché l'argomento in esame venisse affrontato in modo approfondito dal punto di vista dogmatico ed empirico¹², tanto che, ancora negli anni Novanta, nei tre manuali

⁵ Per una definizione della *Absprachen* austriache si veda, in particolare, R. MOOS, *Absprachen im Strafprozess*, in RZ, 2004, p. 56, il quale parla di "*Geständnis gegen Milde*", nonché, in particolare, U. MEDIGOVIC, *Konsens- und Konfliktoverteidigung*, in AA.VV., *Strafverteidigung – Ringen um Fairness*. 3. Österreichischer StrafverteidigerInnentag. Graz, 11./12. März 2005, a cura di R. Soyer, Graz, 2005, p. 129-130.

⁶ Pare utile ricordare che, sulla base del §245, comma 1, StPO, il presidente del collegio, nel corso di tale interrogatorio, chiede all'imputato se si dichiari o meno colpevole. Sul punto cfr. S. SEILER, *Strafprozessrecht*, cit., p. 208.

⁷ Cfr., sul punto, tra i molti, ad esempio, A. PICHLER, *Plea Bargaining in Austria?*, in www.ecba.org/, p. 5.

⁸ Cfr. R. MOOS, *Absprachen im Strafprozess*, cit., p. 61.

⁹ Cfr., A. TIPOLD, *Absprachen im Strafprozess*, cit., p. 179.

¹⁰ Generalmente si ritiene che nel lavoro di R. ZITTA, *Rechtsgeschäfte im Strafprozess*, in ID., *Unser Strafprozess*, Wien, 1987, pp. 180 ss. vi sia uno dei primi riferimenti alle *Absprachen* austriache. Si veda, sul punto, H. LUEF-KÖLBL, *Konsensuale Verfahrensabkürzung im Strafprozess*, cit., p. 18.

¹¹ Cfr., il già citato testo di R. SOYER, *Ermittlungsrecht und Ausschließung eines Verteidigers*, cit., pp. 72, nt. 7.

¹² Cfr., a riguardo, A. TIPOLD, *Absprachen im Strafprozess*, cit., p. 185.

principali di procedura penale austriaca non era contenuta alcuna spiegazione in merito ai patteggiamenti informali¹³.

Una vera svolta a riguardo, invero, si è avuta solo nel 2000, quando è stato pubblicato un primo studio interamente dedicato alle tipologie di *Absprachen* esistenti nel processo penale austriaco¹⁴, in cui peraltro la prassi delle intese informali veniva duramente criticata.

A ben vedere, però, questo crescente interesse nei confronti delle intese non costituisce affatto il frutto solamente di una mera mutata sensibilità scientifica, quanto piuttosto la logica conseguenza di alcune scelte di politica normativa operate alla fine degli anni Novanta.

Ci si riferisce al fatto che, pur persistendo nella sua scelta di non codificare l'istituto delle confessioni negoziate, il legislatore austriaco, negli ultimi anni del secolo scorso, ha approvato alcune riforme, con cui ha dimostrato di voler compiere alcune aperture nei confronti della giustizia consensuale.

Al di là di quanto è stato, ad esempio, fatto in materia di collaboratori di giustizia¹⁵, la modifica senza dubbio più importante si è avuta nel 1999, quando si è portata a termine una storica novella in materia di *diversion* per adulti¹⁶, tramite cui il sistema austriaco ha ammessa ufficialmente la possibilità di una regiudicanda penale conclusa tramite un accordo tra soggetti del procedimento¹⁷.

Peraltro, il fatto che neppure l'*öStPO* sia quindi riuscito a resistere alla creazione, perlomeno per la criminalità più lieve, di tutta una serie di eccezioni al generale principio di legalità dell'azione penale¹⁸, non deve però far pensare automaticamente che, così come avvenuto in Germania, anche in Austria la giustizia negoziata abbia trovato, grazie alla *diversion*, una prima via di riconoscimento formale.

Coerentemente con l'impostazione teorica qui adottata, infatti, prima di giungere a tale conclusione è indispensabile indagare quale sia la finalità prevalente degli istituti di diversione austriaci: solo ove la stessa sia la deflazione, si potrà allora parlare di vera e propria giustizia contrattata in senso stretto.

2. Le *Absprachen sulla diversion*

¹³ Cfr. A. TIPOLD, *Absprachen im Strafprozeß*, cit., p. 169. Un cenno invece, in questi anni, era contenuto in R. MOOS, *Der Außergerichtliche Tausch für Erwachsene als strafrechtlicher Sanktionsersatz*, in *JBL*, 1998, p. 351.

¹⁴ Ci si riferisce al già citato studio di Tipold, A. TIPOLD, *Absprachen im Strafprozeß*, cit., pp. 169 ss.

¹⁵ Così, ad esempio, già nel 1997 è stata introdotta all'interno del §41a StGB una circostanza attenuante, valevole per alcuni reati, applicabile nei casi in cui l'imputato abbia intrapreso una collaborazione con le forze dell'ordine.

¹⁶ Per una presentazione della riforma sulla *diversion* austriaca, cfr. M. LÖSCHNIG-GSPANDL, *Diversion in Austria: Legal Aspects*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, pp. 281 ss.

¹⁷ Sulla natura consensuale della *diversion* austriaca cfr., per tutti, H. LUEF-KÖLBL, *Konsensuale Verfahrensabkürzung im Strafprozess*, cit., pp. 78 ss.; R. MOOS, *Absprachen im Strafprozess*, cit., p. 62.

¹⁸ In merito a tale principio, ricavato dal combinato disposto tra l'art. 18, comma 1 della Costituzione federale e del § 210 *öStPO*, cfr. S. SEILER, *Strafprozessrecht*, cit., pp. 28-29.

È un fatto noto che, storicamente, l'apertura dell' *öStPO* a tutta una serie di ipotesi di diversione dal procedimento penale ordinario costituisce il frutto di un cammino particolarmente lungo¹⁹.

Si tratta di un percorso da sempre connesso a doppio filo con il movimento della *restorative justice*²⁰, che ha trovato in tale ordinamento un terreno fertile, grazie ad alcuni istituti inseriti nel codice penale già negli anni '70²¹.

I primordi della grande riforma approvata alla fine del XX secolo vanno, infatti, individuati in alcuni progetti pilota, in cui sono state sperimentate alcune forme di riparazione extragiudiziaria, tra cui la mediazione, riguardanti prima i soli indagati minorenni e, poi, visto il successo di tale iniziativa, anche quelli maggiorenni²².

La *Strafprozeßnovelle* n. 55 del 1999 ha quindi portato definitivamente a termine questo cammino, delineando all'interno dell' *öStPO* un ampio catalogo di possibili percorsi di uscita dal processo, il quale, però, ha per l'appunto risentito – in grande parte – degli influssi del modello *restorative justice*.

Tra le misure di *diversion*, infatti, sono state ricomprese, anzitutto, la mediazione (§204 *öStPO*), la messa alla prova classica (§203 *öStPO*) e l'assegnazione ai servizi di comunità (§201 *öStPO*), le quali, per l'appunto, contengono numerosi aspetti tipici del modello compensativo²³.

Accanto a questi istituti, però, è stata introdotta anche un'ultima forma di *diversion*, ovvero il pagamento di una somma di denaro allo Stato (§200 *öStPO*)²⁴, il cui inserimento trova una spiegazione diversa.

La decisione di permettere di concludere anticipatamente un procedimento penale a seguito del versamento di una *Geldbetrag* si ricollega alla scelta, operata dal legislatore del 1999, di abrogare il *Mandatsverfahren*, ovvero una sorta di procedimento per decreto, che è stato solo di recente reintrodotta con una novella del 2015²⁵: con l'istituto del §200 *öStPO* si è, infatti, in sostanza, voluto rimpiazzare proprio l'eliminazione del rito monitorio²⁶.

Non occorre peraltro spendere molte parole per comprendere come il mero pagamento di una somma di denaro allo Stato, anche se accompagnato, come per l'appunto stabilito dal §200, comma 3, *öStPO*, di norma, dal risarcimento del danno e/o la riparazione delle conseguenze derivanti dal reato, non possa essere intesa come un'attività di *RJ*.

¹⁹ Per una ricostruzione in lingua italiana, cfr., recentemente, E. MANCUSO, *La giustizia riparativa in Austria e in Germania: tra Legalitätsprinzip e vie di fuga dal processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 1958 ss. Cfr. anche R. GOMBOTS-C. PELIKAN, *Austria*, in AA.VV., *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters. A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, Mönchengladbach, 2015, pp. 13 ss.

²⁰ Cfr., sul punto M. LÖSCHNIG-GSPANDL, *Diversion in Austria*, cit., p. 282.

²¹ Cfr. E. MANCUSO, *La giustizia riparativa in Austria e in Germania*, cit., pp. 1959 s.

²² Cfr. E. MANCUSO, *La giustizia riparativa in Austria e in Germania*, cit., p. 1960.

²³ Per una descrizione delle quali si rinvia, nuovamente, a M. LÖSCHNIG-GSPANDL, *Diversion in Austria*, cit., pp. 285 s.

²⁴ Cfr. M. LÖSCHNIG-GSPANDL, *Diversion in Austria*, cit., p. 285.

²⁵ Con riguardo al nuovo istituto, cfr. S. SEILER, *Strafprozessrecht*, cit., pp. 249-251.

²⁶ Cfr., in questo senso, C. GRAFL, *Diversion in Austria: Empirical Data*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, p. 294.

Nel caso della *Geldbetrag*, infatti, manca non solo quel percorso di riavvicinamento con la vittima, prima di tutto dialogico, che, come si è visto, è normalmente intesa come una delle condizioni essenziali perché un istituto possa essere ricompreso nel paradigma riparativo, ma, oltretutto, il soggetto non deve neppure sforzarsi di compiere un cammino progressivo di presa di coscienza del disvalore del comportamento commesso, per il tramite una serie di attività compiute, gradualmente, in favore della collettività.

Senza contare che non sembra neppure possibile individuare una concreta differenza tra una somma di denaro pagata per ottenere una *diversion* e una multa, la quale per l'appunto costituisce una delle sanzioni penali per antonomasia.

Insomma, pare in sostanza possibile affermare che il §200 *öStPO* sia un istituto sostanzialmente differente rispetto a quelli dei §§201, 202, 203 *öStPO*: all'interno del primo, infatti, l'aspetto compensativo del risarcimento dei danni non costituisce affatto l'elemento centrale della fattispecie, ma soltanto uno dei suoi presupposti applicativi.

Alla luce di ciò, quindi, la diversione a seguito del pagamento di una somma di denaro, in quanto inquadrabile all'interno del sistema penale "retributivo" e caratterizzata da una *ratio* prevalente di economia processuale, sembra effettivamente porsi in linea con la nozione qui utilizzata di giustizia negoziata, posto che, peraltro – come ammesso dalla dottrina – anch'essa si presta allo svolgimento di vere e proprie trattative tra le parti²⁷.

Non bisogna, infatti, dimenticare che tra i vari requisiti di operatività di tale istituto²⁸ – ovvero il fatto che si proceda per un reato punito con la pena della reclusione non superiore nel massimo a cinque anni o con una sanzione pecuniaria; la colpevolezza dell'accusato non sia seria; dal reato non sia conseguita, salvo alcune eccezioni, la morte della vittima; le circostanze del fatto siano state sufficientemente chiare per poter effettuare una prognosi provvisoria di colpevolezza²⁹ – vi è anche l'espressione del necessario consenso da parte del soggetto nei cui confronti si procede³⁰.

Orbene, sembra del tutto naturale che essendo quindi necessario, per la concreta definizione della regiudicanda ex §200 *öStPO*, il raggiungimento di un accordo tra l'accusato e, a seconda che si sia già o meno esercitata l'azione penale, pubblico ministero o giudice, si siano sviluppate nella prassi per l'appunto delle

²⁷ Cfr., a riguardo, A. PICHLER, *Plea Bargaining in Austria?*, cit., p. 3. In merito agli accordi sulla *diversion*, cfr. G. MURKO, *Zur Absprache im österreichischen Strafrecht*, in *Österreichisches Anwaltsblatt*, 2015, p. 355; G. RUHRI, *Verständigung im Strafverfahren. Prozessrecht und -realität im österreichischen Strafverfahren*, in AA.VV., *Strafverteidigung auf neuen Wegen?: 2. Dreiländerforum Strafverteidigung Regensburg, 15./16. Juni 2012 (Schriftenreihe der Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen)*, Wien-Graz, 2012, pp. 184-185; A. TIPOLD – N. WESS, „Absprachen im Strafverfahren“ – ein Mittel zur Beschleunigung im Strafverfahren?, in AA.VV., *Beschleunigung von Zivil- und Strafverfahren Zwischen Richtigkeitsgewähr, Fairness und Effizienz*, a cura di Matthias Neumayr, Wien, 2014, p. 150.

²⁸ Per un quadro delle quali, cfr. E. MANCUSO, *La giustizia riparativa in Austria e in Germania*, cit., p. 1963.

²⁹ Secondo M. LÖSCHNIG-GSPANDL, *Diversion in Austria*, cit., p. 284, si applica lo standard della preponderanza della prova.

³⁰ Secondo M. LÖSCHNIG-GSPANDL, *Diversion in Austria*, cit., pp. 284-285 il soggetto dovrebbe persino confessare. In senso contrario, cfr. però S. SEILER, *Strafprozessrecht*, cit., p. 194.

negoziazioni tra i soggetti del procedimento tese a facilitare la conclusione dell'intesa.

Se, quindi, tale ipotesi di giustizia negoziata, sotto forma di decisione di non esercitare l'azione penale in cambio del pagamento di una somma di denaro, sembra presentare delle affinità di fondo con l'archiviazione condizionata di cui al §153a dello *StPO* tedesco sopra esaminata, vi sono però anche alcune significative discordanze tra le due norme.

In primo luogo, infatti, il legislatore austriaco ha rafforzato i poteri spettanti al solo pubblico ministero nel disporre la *diversion* nel corso dell'*Ermittlungsverfahren*: a differenza di quanto (di norma) accade in Germania, infatti, la pubblica accusa non deve chiedere l'assenso a un giudice per poter applicare la misura, avendo acquisito a riguardo un inusuale e esclusivo ruolo "giurisdizionale"³¹.

Peraltro, come accennato, quando l'azione penale sia stata esercitata per un reato punibile *ex officio*, spetta invece alla Corte la possibilità di condurre il giudizio verso una diversione, avendo persino il potere – che non hanno invece ai loro colleghi tedeschi – di proporre uno degli istituti di cui al §§198 *öStPO*, pur in assenza del parere favorevole della pubblica accusa³².

Una differenza ancora maggiore, peraltro, può individuarsi nel fatto che con il §200, comma 2 *öStPO* si è voluto evitare uno degli aspetti più dibattuti dell'archiviazione condizionata tedesca: in tale disposizione, infatti, è stato stabilito un limite massimo di somma di denaro a cui può essere condizionata la *diversion*, che, quindi, non può raggiungere gli eccessi applicativi che negli anni sono avvenuti in Germania³³.

Al di là di queste – e di altre – disparità, va, però, segnalato che – esattamente come è avvenuto nel sistema tedesco – anche in Austria la misura di cui al §200 *öStPO* ha dato prova di un buonissimo livello di utilizzo nella prassi, venendo persino preferita rispetto alle forme di *diversion* "riparative".

Se questo dato era particolarmente significativo già nei primi anni di vita dell'istituto, quanto lo stesso da solo raggiungeva il 60% dei casi conclusi a seguito dell'applicazione di una delle fattispecie di cui ai §§198 e ss. *öStPO*³⁴, ancora nel 2015 la *diversion* a seguito del pagamento di una somma di denaro è stata utilizzata in ben 11.517 casi e, quindi, più del doppio rispetto, ad esempio, della mediazione, di cui si sono contate "solo" 5053 applicazioni³⁵.

Insomma, i dati statistici che provano una applicazione tanto massiccia della *Geldbetrag* sembrano testimoniare come, sebbene il legislatore austriaco con le riforme del 1999 e 2004 in materia di *diversion* abbia voluto, per lo più, aprire definitivamente l'ordinamento di tale Paese alla *RJ*, gli operatori pratici del diritto in molti casi abbiano prediletto uno strumento più snello, appartenente, invece, alla logica negoziata.

³¹ Cfr. M. LÖSCHNIG-GSPANDL, *Diversion in Austria*, cit., p. 283.

³² Cfr. E. MANCUSO, *La giustizia riparativa in Austria e in Germania*, cit., p. 1964.

³³ Cfr. M. LÖSCHNIG-GSPANDL, *Diversion in Austria*, cit., p. 285.

³⁴ Cfr. C. GRAFL, *Diversion in Austria: Empirical Data*, cit., p. 294.

³⁵ Si veda a tale riguardo, le statistiche contenute in SICHERHEITSBERICHT 2015. *Bericht über die Tätigkeit der Strafrechtspflege*, in www.justiz.gv.at, p. 2.

Le ragioni di ciò sembrano del resto chiare: il mero pagamento di una somma di denaro, infatti, permette di raggiungere il massimo risultato, ovvero il risparmio di energie processuali, con il minimo sforzo, riducendosi oltretutto il rischio di fallimento della *diversion*.

Ancora una volta, quindi, la giustizia contrattata ha dato una dimostrazione della sua vocazione espansiva: riuscire a velocizzare il procedimento, infatti, è divenuta oramai una necessità ineliminabile anche per i modelli processuali in cui i principi classici dei sistemi continentali rimangono ancora assolutamente dominanti.

3. La posizione di apertura assunta da parte dell'avvocatura e la prima condanna dell'Oberste Gerichtshof alle Absprachen informali

Negli anni immediatamente successivi all'approvazione della legge sulla *diversion*, la tematica delle *Absprachen* - formali e informali - esistenti nell'ordinamento austriaco è stata, come accennato, definitivamente sdoganata.

A partire da questo periodo, infatti, si è anzitutto iniziato ufficialmente a discutere del fatto che, proprio come avvenuto in Germania con riguardo ai §§153 e ss. *StPO*, già alcune eccezioni al generale principio di legalità dell'azione penale potessero costituire terreno fertile per dei "patteggiamenti" tra le parti.

A detta della dottrina austriaca ciò, ad esempio, si potrebbe verificare non solo per il già esaminato §200 *öStPO*, ma anche per la disposizione oggi contenuta nel §192 *öStPO* (l'originario §34, comma 2, *öStPO*), la quale permette al pubblico ministero, nel caso di imputazioni concorrenti nei confronti di un medesimo imputato, di archiviare, a determinate condizioni, quelle meno gravi³⁶.

Se, peraltro, perlomeno queste forme di accordi tra le parti si sono da sempre fondate su interpretazioni particolarmente estensive di disposizioni esistenti, lo stesso discorso non vale per altre ipotesi di intese del tutto informali, di cui le confessioni dibattimentali negoziate tra le parti e il giudice, in cambio di uno sconto sanzionatorio, costituiscono - come anticipato - l'ipotesi principale.

Alla luce di ciò, non stupisce che è in particolare con riguardo alle *Absprachen* del tutto informali che si è sviluppato il dibattito più acceso.

A questo punto, dopo la pubblicazione di alcuni ulteriori scritti in materia da parte della dottrina³⁷, nel 2002 tutto era pronto affinché l'argomento dei patteggiamenti fosse finalmente affrontato apertamente in una prima importante conferenza tenutasi presso l'Università di Linz³⁸.

³⁶ Cfr., A. TIPOLD, *Absprachen im Strafprozeß*, p. 171, più recentemente, cfr. A. TIPOLD - N. WESS, „*Absprachen im Strafverfahren*“, cit., p. 150, nonché, H. LUEF-KÖLBL, *Konsensuale Verfahrensabkürzung im Strafprozess*, cit., p. 112.

³⁷ Per un quadro dei quali, cfr. R. MOOS, *Absprachen im Strafprozess*, cit., p. 58.

³⁸ Cfr. R. MOOS, *Absprachen im Strafprozess*, cit., p. 58. Si tratta del 7. *Finanzstrafrechtlichen Tagung*, i cui atti sono pubblicati in AA.VV., *Finanzstrafrecht 2002: Absprache /Vergleiche im Abgaben- und Finanzstrafrecht*, a cura di R. Leitner, Wien, 2003. In argomento, cfr. H. LUEF-KÖLBL, *Konsensuale Verfahrensabkürzung im Strafprozess*, cit., pp. 19 ss.

Già in questa sede, peraltro, tra i relatori ha iniziato a manifestarsi una – ancora oggi attuale – profonda divergenza di opinioni in merito gli accordi negoziati informali³⁹.

Se da un lato, infatti, un noto difensore ha assunto in quell'occasione una posizione di assoluto favore nei confronti delle *Absprachen*⁴⁰, auspicando piuttosto una loro regolazione e criticando la mancanza di una grande discussione in Austria sul tema, tutt'al contrario, invece, un autorevole esponente dell'OGH, che, come si vedrà, ha rivestito un ruolo chiave per lo sviluppo successivo di tale tematica, si è scagliato contro le intese informali, respingendole fermamente⁴¹, affermando persino che la conclusione delle stesse potesse portare a conseguenze disciplinari e penali.

In sostanza, quindi, sin dagli esordi, il dibattito austriaco in materia è stato piuttosto acceso ed emozionale⁴²: hanno quindi tanto iniziato a crearsi due opposti schieramenti di convinti sostenitori e oppositori dei patteggiamenti, identificabili già dal linguaggio utilizzato. Esattamente come è avvenuto in Germania, infatti, coloro che hanno voluto connotare in modo negativo la prassi delle intese hanno utilizzato i termini "Deal" o "Handel", mentre i sostenitori delle stesse hanno preferito piuttosto parlare di "Verständigung", "strafprozessualer Vergleich", "Vereinbarung", "konsensuale Erledigung"⁴³.

In ogni caso, l'anno seguente la tematica delle *Prozessabsprachen* è stata al centro anche di altre conferenze⁴⁴, tra cui la 1. *StrafverteidigerInnentag*, tenutasi a Vienna il 21 e 22 marzo 2003, in cui la giustizia negoziata ha incontrato un clima talmente favorevole, che nelle risoluzioni finali dell'incontro è stata persino inserita una proposta concernente l'introduzione ufficiale all'interno dell'öStPO di una base giuridica per gli accordi tra giudice, pubblico ministero e difensore⁴⁵.

A partire da tale periodo, suggerimenti per un regolamento legale dei patti contrattati sono stati presentati anche da esponenti assai autorevoli della dottrina⁴⁶, sembrandosi quindi venire a creare una schiera abbastanza folta di sostenitori delle

³⁹ Si veda sul punto H. LUEF-KÖLBL, *Konsensuale Verfahrensabkürzung im Strafprozess*, cit., pp. 20-21, nonché R. MOOS, *Absprachen im Strafprozess*, p. 58.

⁴⁰ Cfr. R. SOYER, *Der Vergleich im gerichtlichen (Finanz-)Strafverfahren aus der Sicht des Verteidigers*, in AA.VV., *Finanzstrafrecht 2002*, cit., pp. 73 ss.

⁴¹ Cfr. E. RATZ, *Der Vergleich im gerichtlichen (Finanz-)Strafverfahren aus der Sicht des Richters*, in AA.VV., *Finanzstrafrecht 2002*, pp. 105 ss. Dello stesso autore in questo periodo si veda anche ID., *Grundrechtsschutz durch den Obersten Gerichtshof in Strafsachen*, in AA.VV., *Festschrift für Herbert Steininger zum 70. Geburtstag*, a cura di W. Pilgermair, Wien, 2003, pp. 109 ss.

⁴² Così lo definisce, efficacemente, M. DOHR, *Deal oder No-Deal oder vom Anklage- zum Konsensprinzip*, in AA.VV., *Strafverteidigung – Die Hauptverhandlung 13. Österreichischer StrafverteidigerInnentag Linz, 20./21. März 2015*, a cura di R. Soyer – G. Ruhri – A. Stuefer, Wien-Graz, 2015, p. 111.

⁴³ Cfr. M. DOHR, *Deal oder No-Deal*, cit., p. 111.

⁴⁴ Si veda sul punto H. LUEF-KÖLBL, *Konsensuale Verfahrensabkürzung im Strafprozess*, cit. pp. 23-25, che fa riferimento anche alla 31. *Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie in Ottenstein* (2003) e alla *Österreichische Juristentag* tenutasi a Innsbruck nel 2003.

⁴⁵ Cfr. *Beschlüsse des 1. Österreichischen StrafverteidigerInnentages*, pubblicate in <http://strafverteidigung.at/downloads/>, p. 4.

⁴⁶ Cfr., ad esempio, R. MOOS, *Die Reform der Hauptverhandlung (Teil I)*, in *ÖJZ*, 2003, pp. 321 ss.

intese, contrastata però nettamente specie da importanti esponenti della più alta magistratura austriaca⁴⁷.

Alla luce di ciò, non stupirà sapere che già nel 2004 gli entusiasmi dei sostenitori delle *Absprachen* abbiano subito una brusca battuta di arresto, quando l'OGH ha ritenuto necessario intervenire direttamente nel dibattito con uno storico *obiter dictum*, dichiarando, per la prima volta, l'assoluta illegittimità delle confessioni negoziate informali in Austria⁴⁸.

Questo il caso di specie.

Secondo quanto sostenuto dal ricorrente, il suo difensore, prima del dibattimento, aveva discusso con il presidente del Collegio, concordando con questi un accordo, secondo cui, nel caso in cui si arrivasse a una confessione, l'accusato sarebbe stato condannato a tre anni di reclusione⁴⁹.

L'avvocato, quindi aveva avvisato il suo cliente dei termini del "Deal" e l'assistito aveva acconsentito allo stesso, accettandolo come "il male minore".

Nonostante questo patto informale, il giudice, rompendo la sua parte del *bargain*, aveva però condannato l'imputato a una pena più alta di quella concordata.

Il problema ovviamente è che, mancando qualsiasi disciplina normativa che permettesse questa prassi, il giudice non era sottoposto a un vincolo legale di tener fede al patteggiamento, potendosi sentirsi libero di imporre una pena maggiore sulla base delle prove a disposizione.

Ciononostante, l'imputato, dopo aver cambiato avvocato, nella sua impugnazione aveva sostenuto, tra l'altro, di non aver esercitato alcuni suoi diritti difensivi proprio a causa del patto⁵⁰.

Orbene, dal canto suo, il Collegio dell'OGH a cui è stato assegnato il ricorso⁵¹, pur respingendolo, ha approfittato dell'occasione per stabilire, in modo assolutamente netto, che nel processo penale austriaco i patteggiamenti informali non solo risulterebbero contrari al già citato divieto di favorire le confessioni tramite promesse o minacce (§202 oggi 164, comma 4 *öStPO*), ma, più in generale, si porrebbero - senza che però sia stato espressamente piegato il perché, quasi fosse un'affermazione autoevidente - in totale antitesi con il principio di ricerca della verità materiale⁵².

Ma non è tutto: facendo espressamente propria una delle tesi già sostenuta da parte di diversi consiglieri dell'OGH, la suprema Corte ha anche stabilito in modo espresso che la conclusione di una *Prozessabsprache* può comportare sia delle

⁴⁷ Oltre agli scritti di Ratz, si vedano, ad esempio, quelli dell'altro membro del OGH M. DANEK, *Wahrheitsfindung und Prozessökonomie - Welche Rolle kommt dem Vorsitzenden in der Hauptverhandlung zu?*, in RZ, 2004, pp. 122 ss.

⁴⁸ Ci si riferisce a OGH, 24 agosto 2004, 11 Os 77/04, sulla quale cfr., in particolare, H. LUEF-KÖLBL, *Konsensuale Verfahrensabkürzung im Strafprozess*, cit., p. 25 s.; E. RATZ, *Absprachen im Strafverfahren: die bisherige Rechtsprechung*, in AA.VV., *Beschleunigung von Zivil- und Strafverfahren Zwischen Richtigkeitsgewähr*, cit, pp. 161 s.; G. RUHRL, *Verständigung im Strafverfahren. Prozessrecht und -realität im österreichischen Strafverfahren*, cit., p. 182 s. Per un cenno cfr. R. ORLANDI, *Plea bargaining in den kontinentaleuropäischen Ländern*, in ÖJZ, 2009, p. 404.

⁴⁹ Si veda sul punto A. PICHLER, *Plea Bargaining in Austria?*, cit., p. 1.

⁵⁰ Cfr. A. PICHLER, *Plea Bargaining in Austria?*, p. 2.

⁵¹ Di cui, non a caso, facevano parte alcuni dei consiglieri che già in precedenza di era espressi contro le intese negoziate, come, ad esempio, il Dr. Danek.

⁵² Cfr. OGH, 24 agosto 2004, 11 Os 77/04.

conseguenze disciplinari, sia la commissione del reato di abuso d'ufficio (§302 *öStGB*)⁵³.

Insomma, sono state sufficienti queste poche righe affinché l'OGH assumesse un atteggiamento del tutto differente rispetto a quanto fatto dalla giurisprudenza (maggioritaria) tedesca e, invece, piuttosto simile rispetto a quello della dottrina e delle sentenze che, nei primi anni '90, si erano espresse, anche in Germania, contro le *Absprachen*.

La diversità più macroscopica è individuabile, com'è ovvio, nel fatto che i giudici austriaci hanno interpretato il principio di ricerca della verità come un "canone" assolutamente non bilanciabile rispetto alle esigenze di economia processuale, mentre, invece, quelli tedeschi ne hanno ammesso, pur a determinate condizioni, la ponderabilità.

In sostanza, quindi, si è ritenuto che il canone proclamato, tra l'altro, dal §3 *öStPO* venga a ricoprire in Austria un ruolo talmente primario, da non poter subire alcuna deroga di sorta a seguito di una negoziazione non ammessa espressamente della legge.

Si badi: l'OGH non ha quindi assolutamente fatto proprio l'approccio utilizzato dalla storica sentenza del BGH del 1997, in cui, come si è visto, il §153a del codice di procedura penale tedesco è servito da grimaldello, per dimostrare una supposta apertura del sistema tedesco alla possibilità di concludere intese tra le parti.

Ciò, in sostanza, sta a significare che le eccezioni al principio di legalità dell'azione penale non hanno svolto, come è per l'appunto avvenuto in Germania, una funzione di ponte per la giustizia negoziata, utile per espandere il livello delle contrattazioni dalla criminalità di basso livello a quella concernente i reati di gravità medio-alta.

In definitiva, quindi, tale pronuncia sta a dimostrare come, pur partendo da principi del tutto simili (in particolare il canone della ricerca della verità materiale e quello di legalità dell'azione penale), le supreme giurisdizioni austriaca e tedesca abbiano assunto diversi gradi di "inquisitorialità", testimoniati da un rifiuto totale o, invece, da un'apertura condizionata alla giustizia negoziata (prima informale e oggi formale).

Ciò, del resto, non pare poter stupire, tenuto conto che, come si è avuto modo di osservare, anche all'interno della stessa giurisprudenza superiore tedesca vi sono state delle visioni totalmente differenti rispetto alle condizioni di legittimità delle intese contrattate.

D'altra parte a testimoniare quanto, dal canto suo, tale pronuncia dell'OGH abbia assunto, anche dal solo punto di vista strettamente linguistico, un atteggiamento fortemente inquisitorio, sta il fatto che i giudici abbiano vietato di contrattare con un *mutmaßlichen Rechtsbrechern* ("presunto trasgressore"⁵⁴), sembrando così porsi in un'ottica psicologica persino confliggente con il canone di cui all'art. 6, par. 2 CEDU.

A leggere queste parole, sembra quasi potersi dire che in Austria, dopo quasi duecento cinquanta anni dalla codificazione dei sopra descritti divieti di

⁵³ Cfr. OGH, 24 agosto 2004, 11 Os 77/04.

⁵⁴ Questa è la traduzione utilizzata da A. PICHLER, *Plea Bargaining in Austria?*, p. 2.

negoziata, nulla sia cambiato: la lunga mano della teresiana e della giuseppina pare infatti aver creato un clima talmente opposto alla giustizia contrattata, da riuscire, ancora oggi, a produrre i suoi frutti sul pensiero della suprema Corte austriaca.

4. La discussione continua

Se mediante la pronuncia del 2004 i giudici dell'OGH avevano quindi tentato, per un verso, di porre rimedio alla prassi delle intese informali e, per un altro verso, di chiudere sul nascere le prime vere discussioni su una possibile legalizzazione all'interno *öStPO* di un rito negoziato, gli stessi non sono certamente riusciti a raggiungere il loro obiettivo.

Tutt'al contrario, infatti, negli anni immediatamente successivi il dibattito sulle *Absprachen* ha continuato a essere sempre di più al centro dell'interesse scientifico, specie grazie alla forte spinta sul punto proveniente dall'avvocatura⁵⁵.

A tale riguardo, basti pensare che la tematica delle intese negoziate è stata affrontata pure nella 3. *Österreichischen StrafoverteidigerInnentages*, tenutasi a Graz l'11 e il 12 marzo 2005, in cui sono stati coinvolti sia esponenti della dottrina, sia del mondo dei pratici del diritto.

Anche questa volta, peraltro, la risoluzione conclusiva del convegno si è posta in totale contrasto con l'opinione espressa dal più autorevole consesso della giurisprudenza austriaca⁵⁶.

In tale occasione, infatti, non solo si è sostenuta l'assoluta ammissibilità degli accordi tra le parti nel processo penale, ma oltretutto la decisione dell'OGH sopra citata è stata duramente criticata, venendo descritta espressamente come inadeguata e da respingere, citandosi, invece, come modello positivo, la sentenza della Corte suprema federale tedesca del 1997.

In un'ultima analisi, infine, è stato anche effettuato un esplicito richiamo alla "scienza penalistica" ad approfondire tale delicato tema, per superare la posizione assunta dalla giurisprudenza.

Dal canto suo, però, l'OGH, è rimasto del tutto sordo alle sollecitazioni provenienti dal mondo dell'avvocatura: i supremi giudici, infatti, hanno reagito inserendo, in una pronuncia del 2006⁵⁷, un altro breve *obiter dictum* in cui hanno ribadito la posizione assunta del 2004, confermando, quindi, l'illegittimità dei patteggiamenti informali.

Neanche questa decisione ha però fermato la lotta tra i sostenitori e i detrattori delle intese.

⁵⁵ Cfr. H. LUEF-KÖLBL, *Konsensuale Verfahrensabkürzung im Strafprozess*, cit., p. 34.

⁵⁶ *Beschlüsse des 3. Österreichischen StrafoverteidigerInnentages*, pubblicate in <http://strafverteidigung.at/downloads/>.

⁵⁷ Cfr. OGH, 12 luglio 2006, 13Os70/06b, pare utile segnalare che a tale decisione ha partecipato, in qualità di presidente del collegio, il dr. Ratz. Per un cenno a tale pronuncia, cfr., ad esempio, lo stesso E. RATZ, *Absprachen im Strafoverfahren*, cit., p. 182.

Nel 2007, infatti, la questione delle *Prozessabsprachen* non solo è stata nuovamente al centro di ulteriori incontri⁵⁸, in cui i patteggiamenti sono stati accolti in modi discordanti, ma, oltretutto è stata anche pubblicata, questa volta, dal gruppo di lavoro in materia di diritto penale dell'*Österreichischen Rechtsanwaltskammertages*, un'ulteriore risoluzione, finalizzata a ottenere una legalizzazione delle intese processuali⁵⁹.

Dal canto suo l'ÖRAK ha in tale sede sostenuto che la possibilità per gli avvocati di svolgere delle vere e proprie discussioni con la Corte e gli altri partecipanti al rito, finalizzate al raggiungimento di accordi, avrebbe dovuto essere assolutamente assicurata in ogni stato e grado del procedimento, potendo essere classificata come un vero e proprio diritto fondamentale della difesa⁶⁰.

Tali considerazioni generali sono state subito precisate, chiarendosi anche i possibili oggetti dei "patti" tra le parti e i giudici: gli stessi, infatti, secondo tale opinione, avrebbero potuto spaziare dalla soluzione di problemi concernenti l'organizzazione processuale, allo scambio di informazioni e, persino, alla determinazione consensuale dell'esito del procedimento⁶¹.

Un requisito indispensabile di tali intese - si è ancora chiarito - sarebbe stato da individuarsi nel necessario previo consenso degli imputati, i quali, oltretutto, non avrebbero dovuto essere indotti a pensare che si sia stato riusciti a raggiungere un accordo giuridicamente vincolante⁶².

D'altra parte, a parere dell'ÖRAK, l'ammettere la legittimità di discussioni di tal genere non avrebbe affatto comportato una rivoluzione all'interno della procedura penale austriaca, posto che, a ben vedere, le stesse già avrebbero rappresentato una vera e propria "prassi quotidiana", la cui messa alla gogna sarebbe stata del tutto ipocrita, in quanto l'unico effetto di questo divieto sarebbe stata l'aumento dei costi della giustizia e il tempo dei procedimenti⁶³.

Insomma, i rappresentanti di questa storica associazione di difensori hanno in tal modo fatto comprendere di ritenere indispensabile, per garantire il canone della ragionevole durata, interpretare il modello processuale austriaco in modo più aperto, dialogico e consensuale, di quanto fatto dalla massima giurisprudenza, sembrando così percorrere i primi passi verso la creazione di un vero e proprio diritto di "difendersi discutendo".

⁵⁸ Ci si riferisce, ad esempio alla Vorarlberger Tage del 2007, con contributi di U. MEDIGOVIC, *Absprachen im Strafverfahren*, in AA.VV., *Vorarlberger Tage 2007 Fortbildungsveranstaltung aus Strafrecht*, Wien-Graz, 2008, p. 95., nonché di A. SPENLING, *Die Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche im Strafverfahren*, ivi, pp. 113 ss.

⁵⁹ Cfr. ARBEITSGRUPPE STRAFRECHT UND ARBEITSKREIS BERUFSRECHT DES ÖSTERREICHISCHEN RECHTSANWALTSKAMMERTAGE, *Grundsätze der Strafoverteidigung*, in *Österreichisches Anwaltsblatt*, 2007, p. 187.

⁶⁰ Cfr. ARBEITSGRUPPE STRAFRECHT UND ARBEITSKREIS BERUFSRECHT DES ÖSTERREICHISCHEN RECHTSANWALTSKAMMERTAGE, cit., p. 187.

⁶¹ Cfr. ARBEITSGRUPPE STRAFRECHT UND ARBEITSKREIS BERUFSRECHT DES ÖSTERREICHISCHEN RECHTSANWALTSKAMMERTAGE, cit., p. 187.

⁶² Cfr. ARBEITSGRUPPE STRAFRECHT UND ARBEITSKREIS BERUFSRECHT DES ÖSTERREICHISCHEN RECHTSANWALTSKAMMERTAGE, cit., p. 187.

⁶³ Cfr. ARBEITSGRUPPE STRAFRECHT UND ARBEITSKREIS BERUFSRECHT DES ÖSTERREICHISCHEN RECHTSANWALTSKAMMERTAGE, cit., p. 187.

Si tratta, quindi, chiaramente di una lettura della procedura penale profondamente diversa rispetto a quella, legata in modo indissolubile a un inponderabile principio di ricerca della verità materiale, fatta propria dall' OGH e, in sostanza, molto più simile a quella venutasi a delineare in Germania.

Non è quindi un caso che, specie dopo la codificazione del 2009, proprio l'esperienza tedesca abbia quindi costituito il primo termine di paragone utilizzato, per tentare di far cambiare idea alla suprema magistratura sulla giustizia negoziata.

5. La seconda proposta di codificazione dell'ÖRAK e l'interrogazione parlamentare sulle Prozessabsprachen

La legge tedesca sulle *Verständigungen* ha rappresentato una novità di così grande importanza nel mondo della giustizia negoziata di "area germanica" da produrre, inevitabilmente, dei riflessi anche sulla discussione austriaca⁶⁴.

A tale riguardo, basti pensare che se, ancora, nel marzo del 2009, la *Vereinigung Österreichischer Strafoverteidiger*, pur ribadendo l'assoluta legittimità delle *Absprachen*, ha sostenuto che una regolazione legale di tali accordi non sarebbe stata né necessaria, né opportuna, posto che avrebbe portato una pressione ancora maggiore sull'imputato⁶⁵, qualche mese più tardi, l'*Österreichischer Rechtsanwaltskammertag* ha, dal canto suo, espresso un'opinione del tutto diversa sul punto, prendendo a modello proprio l'esempio tedesco.

Nel luglio del 2009, infatti, in seno al gruppo di lavoro sul diritto penale dell'ÖRAK si è riusciti a raggiungere – pur con delle discussioni interne⁶⁶ – un accordo sull'assoluta necessità di approvare delle regole legali sui patteggiamenti; e ciò alla luce dell'effettiva esistenza delle negoziazioni nella prassi quotidiana dei difensori⁶⁷.

Sembra del resto naturale che, viste le conseguenze particolarmente gravi minacciate dalla giurisprudenza della OGH come conseguenza della conclusione di un'intesa contrattata, si sia ritenuto opportuno spingere per ottenere una copertura normativa per le trattative.

Tenuto conto di ciò, non stupirà che l'*Arbeitsgruppe* abbia quindi presentato e discusso nella riunione del 27 e 28 novembre 2009 della *Strafrechtskommission* dell'ÖRAK una proposta normativa, piuttosto articolata e sotto certi punti di vista

⁶⁴ Cfr., a riguardo, ad esempio, con visione opposte R. KIER – J. BOCKEMÜHL, *Verständigungen in Strafverfahren – Ein Plädoyer gegen die Kodifizierung einer „StPO light“ in Österreich*, in *Österreichisches Anwaltsblatt*, 2010, pp. 402; G. RUHRI, *Verständigungen im Strafverfahren. Betrachtungen de lege ferenda*, *ivi*, pp. 243 ss.; ID., *Verständigung im Strafverfahren. Prozessrecht und -realität im österreichischen Strafverfahren*, cit., pp. 181 ss.; A. STAUFER – G. RUHRI, *Verständigungen im Strafverfahren. Betrachtungen de lege ferenda*, in AA.VV., 38. *Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie 24. bis 26. Februar 2010*, Wien-Graz, 2010, pp. 61 ss.

⁶⁵ Cfr. *Beschlüsse des 7. Österreichischen StrafoverteidigerInnentages 2009*, pubblicate in <http://strafverteidigung.at/downloads/>.

⁶⁶ Cfr., sul punto, l'assai pungente commento di R. KIER – J. BOCKEMÜHL, *Verständigungen in Strafverfahren*, cit., p. 403.

⁶⁷ Cfr., G. RUHRI, *Verständigungen im Strafverfahren. Betrachtungen de lege ferenda*, cit., p. 243.

originale⁶⁸, fondata espressamente sul modello della legge sulle intese appena codificata in Germania.

Merita peraltro precisare che i proponenti di tale iniziativa hanno, almeno dal punto di vista delle intenzioni, tentato di trovare un punto di incontro con la posizione sostenuta dall'OGH, non volendo stravolgere i principi fondamentali su cui si basa la procedura penale austriaca.

Non è un caso, del resto, che il principale promotore di questa iniziativa si sia premurato di affermare, all'interno del suo articolo con cui ha presentato i lavori, che il modello di regolamentazione giuridica delle intese suggerito dall'ÖRAK avrebbe consentito il pieno rispetto del canone di ricerca della verità materiale e non avrebbe assolutamente cambiato l'*Aufklärungspflicht* in capo ai giudici⁶⁹.

Insomma, con queste precisazioni si è voluto fin da subito mettere le mani avanti, onde riuscire finalmente a sedare lo scontro tra le "fazioni" degli avversari e dei sostenitori delle confessioni negoziate.

Senza che sembri necessario soffermarsi in modo articolato sui contenuti di questa proposta, pare soltanto opportuno metterne in rilievo alcune peculiarità, che provano come il modello della legge tedesca abbia subito degli adattamenti per renderla più compatibile con le idee dei difensori austriaci.

In primo luogo, infatti, in tale iniziativa si è ritenuto necessario definire espressamente la categoria delle *Verständigungen* – termine anche qui non a caso preferito rispetto a quello di *Absprachen* in quanto più neutrale⁷⁰ – quali accordi, da concludersi dopo l'esercizio dell'azione penale, tra pubblico ministero e imputato/suo difensore, concernenti la fissazione di un limite massimo e minimo di pena e le conseguenze giuridiche di una condanna⁷¹, essendo però esclusi dal loro contenuto «*die Frage der Schuld sowie Regelungen betreffend die Unterbringung*»⁷².

Secondariamente, e qui sta la novità più importante rispetto alla tradizione tedesca, nell'iniziativa dell'ÖRAK i giudici sono stati esplicitamente esclusi dalla fase delle negoziazioni, avendo unicamente un ruolo di controllo successivo sull'accordo raggiunto dal pubblico ministero e difensore dell'accusato⁷³.

A tale riguardo, infatti, si è persino suggerita l'introduzione di un'innovativa figura del *Verständigungsrichter*⁷⁴, il quale, proprio per evitare gli eccessi avutisi in Germania con riguardo alla "*Sanktionsschere*" (riferimento a una pena molto più elevata nel caso di mancata adesione a un patteggiamento), avrebbe per l'appunto dovuto avere soltanto avere poteri decisori.

In terzo luogo, in tale iniziativa è stata anche chiarita in modo espresso – a differenza, invece, di quanto previsto dalle disposizioni tedesche – quale regola di giudizio questo giudice avrebbe dovuto utilizzare per valutare se accettare o meno il patto e quindi condannare, facendosi esplicito riferimento sul punto al criterio dell'al di là di ogni⁷⁵.

⁶⁸ Cfr., G. RUHRI, *Verständigungen im Strafverfahren. Betrachtungen de lege ferenda*, cit., p. 243.

⁶⁹ Cfr., G. RUHRI, *Verständigungen im Strafverfahren. Betrachtungen de lege ferenda*, cit., p. 244.

⁷⁰ Cfr., sul punto, M. DOHR, *Deal oder No-Deal*, cit., p. 111

⁷¹ Cfr. G. RUHRI, *Verständigungen im Strafverfahren. Betrachtungen de lege ferenda*, cit., p. 249.

⁷² Cfr. G. RUHRI, *Verständigungen im Strafverfahren. Betrachtungen de lege ferenda*, cit., p. 249.

⁷³ Cfr. G. RUHRI, *Verständigungen im Strafverfahren. Betrachtungen de lege ferenda*, cit., p. 249.

⁷⁴ Cfr. G. RUHRI, *Verständigungen im Strafverfahren. Betrachtungen de lege ferenda*, cit., p. 246.

⁷⁵ Cfr. G. RUHRI, *Verständigungen im Strafverfahren. Betrachtungen de lege ferenda*, cit., p. 249.

Senza contare che si è ancora stabilito, da un lato, che l'assenso della Corte all'intesa non avrebbe potuto essere rifiutato unicamente in quanto i giudici considerassero inappropriata l'entità della pena concordata dalle parti⁷⁶ e, da un altro lato, che, qualora il *Verständigungsrichter* negasse l'autorizzazione a un accordo, lo stesso sarebbe diventato incompatibile con la continuazione del procedimento.

Un'altra novità di assoluto rilievo rispetto alla disciplina tedesca consiste nel fatto che, proprio per tutelare al massimo il principio di ricerca della verità materiale, l'ÖRAK ha ritenuto che una confessione dovesse necessariamente costituire un prerequisito indispensabile di ogni *Verständigung*⁷⁷.

In tale iniziativa, inoltre, si è anche avuta la cura di precisare che non solo il difensore ma pure l'imputato avrebbe potuto partecipare in prima persona alle trattative⁷⁸.

Anche le vittime non sono state del tutto trascurate, stabilendosi espressamente che quelle che si fossero costituite quali «*Privatbeteiligte*» avrebbero dovuto essere sentite dal giudice in merito all'autorizzazione dell'intesa⁷⁹.

Infine, sono state previste alcune novità in materia di impugnazioni nei confronti delle sentenze concordate: pur ribadendosi la regola secondo cui la rinuncia all'appello non avrebbe potuto fungere da oggetto di un patto, si è anche previsto, per un verso, che il rifiuto del consenso avrebbe potuto essere contrastato con un'apposita azione di annullamento e, per un altro verso, che l'imputato avrebbe potuto impugnare la sentenza in appello ove ritenesse che la pena, commisurata all'interno della cornice edittale prevista nell'intesa, fosse troppo elevata⁸⁰.

Anche da un semplice esame di queste significative differenze tra la proposta di codificazione delle intese avanzata dall'ÖRAK e il modello tedesco, pare possibile affermare che – al di là delle dichiarazioni di intenti compromissorie pronunciate in astratto –, nella sostanza, tale iniziativa ha perseguito lo scopo di incrementare i poteri delle parti (e, in specie, non a caso, dei difensori) nelle intese negoziate, a scapito di quelli dei giudici, il cui ruolo, in tale progetto, è stato fortemente ridimensionato.

A ben vedere, quindi, non stupisce affatto che la presentazione di un'iniziativa così innovativa, peraltro in un Paese già così restio ad aprirsi alla giustizia negoziata per la criminalità di medio-alto livello, non abbia trovato i consensi sperati, venendo, anzi, apertamente avversata persino da alcuni avvocati rimasti in minoranza in seno all'ÖRAK⁸¹.

⁷⁶ Cfr. G. RUHRI, *Verständigungen im Strafverfahren. Betrachtungen de lege ferenda*, cit., p. 249.

⁷⁷ Cfr. G. RUHRI, *Verständigungen im Strafverfahren. Betrachtungen de lege ferenda*, cit., p. 249.

⁷⁸ Cfr. G. RUHRI, *Verständigungen im Strafverfahren. Betrachtungen de lege ferenda*, cit., p. 249.

⁷⁹ Cfr. G. RUHRI, *Verständigungen im Strafverfahren. Betrachtungen de lege ferenda*, cit., p. 249, ma anche pp. 247-248, ove afferma espressamente che «*Opferschutz und Ausgleich von Opferinteressen sind jedoch nicht primäre Zielsetzungen einer Verständigung*».

⁸⁰ Cfr. G. RUHRI, *Verständigungen im Strafverfahren. Betrachtungen de lege ferenda*, cit., p. 250.

⁸¹ Ci si riferisce al già citato commento critico di R. KIER – J. BOCKEMÜHL, *Verständigungen in Strafverfahren*, cit., pp. 402 ss.

Si badi, il fatto che tale progetto non abbia trovato un concreto sbocco normativo non può essere assolutamente addebitato a un disinteresse della politica per la questione delle *Prozessabsprachen*.

È vero, infatti, tutto il contrario.

A riprova di ciò basti pensare che, qualche mese prima della presentazione dell'iniziativa dell'ÖRAK, a seguito del clamore mediatico suscitato da alcuni noti casi giudiziari, dei parlamentari avevano presentato al Ministro della giustizia austriaco una assai articolata interrogazione in cui avevano richiesto, tra l'altro, se in Austria le intese negoziate informali fossero legali e se fosse possibile elaborare dei patti compatibili con il principio della ricerca della verità⁸².

Dal canto suo, il *Bundesministerin für Justiz* nel luglio del 2009 ha risposto ribadendo esattamente quanto stabilito dai giudici dell'OGH e, quindi, stabilendo, a sua volta, che le *Absprachen* si troverebbero in una situazione di irrimediabile conflitto con i principi fondamentali del diritto penale austriaco e, per l'appunto, in particolare, con il canone della ricerca della verità sostanziale⁸³.

È chiaro, quindi, che, essendosi venuta a formare una così grande sinergia tra la giurisprudenza e il governo austriaco nella critica ai patteggiamenti informali, neppure l'esempio della codificazione tedesca sia riuscito a creare realmente le basi per una novella in materia di intese negoziate.

Insomma, un divieto così rigido alle *Absprachen*, come quello pronunciato dai supremi giudici, sembra aver condizionato così tanto il dibattito in materia, da apparire quasi come una sorta di veto preventivo all'opportunità che iniziative legislative potessero andare a buon fine.

Se, infatti, i supremi giudici si fossero limitati a dichiarare l'illegittimità delle *Absprachen*, ad esempio, solo a causa della loro natura assolutamente informale e quindi della lesione del canone di pubblicità, la via verso una codificazione di un patteggiamento austriaco sarebbero stata meno in salita.

Ma così non è avvenuto. Quando la massima giurisprudenza ha dichiarato l'assoluta e generalizzata incompatibilità dei patteggiamenti con il principio di ricerca della verità materiale, pare, infatti, aver effettuato, in buona sostanza, una sorta di dichiarazione anticipata e annunciata di incompatibilità con la Costituzione, pur non pronunciata dal *Verfassungsgerichtshof*, di qualsiasi rito negoziato di cui si programmasse l'approvazione.

6. Il definitivo rifiuto delle intese da parte dell'OGH nel 2010

Dopo la codificazione delle *Verständigungen* in Germania, non si è dovuto attendere molto affinché anche gli autori che si era opposti ai patteggiamenti facessero sentire nuovamente la loro voce.

Lo studioso che forse più di ogni altro si è opposto agli accordi informali è stato, nuovamente, proprio il membro dell'OGH, a quel tempo divenuto presidente

⁸² Cfr. L'interrogazione di Werner Neubauer e altri parlamentari al Ministro della giustizia, presentata il 22 aprile 2009, disponibile in https://offenesparlament.at/gesetze/XXIV/I_01734.

⁸³ Cfr., la risposta a tale interrogazione da parte del Ministro Claudia Bandion-Ortner, il 19 giugno 2009, sempre disponibile in https://offenesparlament.at/gesetze/XXIV/I_01734/.

di sezione e successivamente dell'intera Corte suprema austriaca, che sin dalla prima conferenza del 2002 si era scagliato contro tale prassi.

Nel novembre del 2009, infatti, questi ha pubblicato un nuovo scritto, interamente dedicato alle *Verfahrensbeendende Prozessabsprachen in Österreich*, in cui ha ribadito – con dovizia di argomentazioni – la sua assoluta contrarietà ai negoziati sulla sanzione, ammettendo, invece, la possibilità per le parti di effettuare dei colloqui, meramente organizzativi e non vincolanti, al fine di creare una “tabella di marcia” per il procedimento⁸⁴.

Orbene, alla luce di questa netta presa di posizione espressa, tra l'altro, da uno degli esponenti più autorevoli e influenti della massima giurisdizione austriaca, non stupirà sapere che, non appena ha avuto l'occasione, l'OGH abbia ribadito, ancora una volta, quanto già affermato nel 2004 e 2006.

Nel marzo del 2010, infatti, un altro collegio della Corte suprema – non a caso presieduto proprio dall'autore appena citato – ha pronunciato una importante sentenza, questa volta dedicata interamente alle *Prozessabsprachen*, con cui non solo ha vanificato le speranze di chi sperava in un *renvoiement* giurisprudenziale sul punto, ma ha stabilito anche alcuni principi di diritto piuttosto rilevanti in materia⁸⁵.

Già il caso di specie sottoposto all'attenzione dei supremi giudici risulta particolarmente interessante.

In base a quanto sostenuto dal ricorrente, prima del dibattimento, il suo difensore – senza alcuna autorizzazione – aveva intrattenuto delle trattative informali, finalizzate a raggiungere un'*Absprache*, con un giudice, il quale, dal canto suo, aveva affermato che nel caso in cui vi fosse una confessione avrebbe irrogato una pena più mite⁸⁶.

Tale *Deal*, però, non sarebbe andato a buon fine vista l'opposizione dell'accusato, il quale, rifiutandosi di dichiararsi colpevole, si era però visto applicare esattamente la pena minacciata dal giudice per il caso in cui le accuse fossero contestate⁸⁷.

Orbene, dopo aver proposto inutilmente ricorso alla Corte di appello di Vienna, il condannato si era quindi rivolto all'OGH, lamentando la violazione del suo diritto a un equo processo, cagionata – tra l'altro – dal fatto che il giudice di primo grado, minacciando degli specifici *quantum* di pena differenziati a seconda della presenza o meno di un'ammissione di responsabilità, avrebbe perso la sua imparzialità⁸⁸.

⁸⁴ Ci si riferisce al celebre scritto di E. RATZ, *Verfahrensbeendende Prozessabsprachen in Österreich*, in *ÖJZ*, 2009, p. 952. Dello stesso autore, in questo periodo, cfr. anche ID., *Zur Reform der Hauptverhandlung und des Rechtsmittelverfahrens*, *ivi*, 2010, pp. 387 ss., nonché ID., *Verfahrensbeendende Prozessabsprachen in Österreich*, in AA.VV., 38. *Ottensteiner. Fortbildungsseminar aus. Strafrecht und Kriminologie ... Verfahrensbeendende Prozessabsprachen in Österreich*, cit., pp. 45 ss.

⁸⁵ Cfr. OGH, 4 marzo 2010, 13 Os 1/10m, sulla quale cfr. H. LUEF-KÖLBL, *Konsensuale Verfahrensabkürzung im Strafprozess*, cit., pp. 26 ss.; U. MEDIGOVIC, *Prozessabsprachen als Wiederaufnahmegrund/Zur Hemmung des Strafvollzugs bei Erneuerung des Strafverfahrens*, in *JBl*, 2011, pp. 63 ss.; E. RATZ, *Absprachen im Strafverfahren: die bisherige Rechtsprechung*, cit., pp. 161 s.; G. RUHRI, *Verständigung im Strafverfahren. Prozessrecht und -realität im österreichischen Strafverfahren*, cit., p. 182 s.

⁸⁶ Cfr. OGH, 4 marzo 2010, 13 Os 1/10m.

⁸⁷ Cfr. OGH, 4 marzo 2010, 13 Os 1/10m.

⁸⁸ Cfr. OGH, 4 marzo 2010, 13 Os 1/10m.

Investiti del ricorso, i supremi giudici hanno, anzitutto, ribadito il conflitto tra i patteggiamenti sulla sanzione e il principio di ricerca della verità materiale e, di conseguenza, la loro assoluta illegittimità⁸⁹, senza però spiegare, ancora una volta, le ragioni di tale contrasto e della sua insanabilità.

Inoltre, l'OGH ha pure nuovamente affermato che la conclusione di una *Prozessabsprache* può portare sia a un procedimento disciplinare sia penale, per il reato di abuso d'ufficio di cui al §302, comma 1 *StGB*⁹⁰.

In ogni caso, dopo aver ribadito questi risultati oramai acquisiti, l'OGH ha anche stabilito, questa volta in modo innovativo, che il fatto che un giudice sia stato coinvolto in una *Prozessabsprache* costituisce un evento talmente grave da poter fondare persino un motivo per chiedere una revisione del procedimento *ex* §353, comma 1, *StPO*, impugnazione che però va proposta non all'OGH ma al giudice competente per la causa principale, con esclusione di quello (o quelli) che siano stati coinvolti nelle trattative illegali⁹¹.

A questo punto, peraltro, i supremi giudici hanno voluto anche precisare – riprendendo testualmente sul punto quanto già affermato, meno di un anno prima, nello scritto pubblicato dal presidente del collegio – che al contrario dei veri e propri accordi sulla sanzione, i dibattiti tra le parti volti semplicemente a stabilire una tabella di marcia per il rito sarebbero, invece, del tutto ammissibili, in quanto, evidentemente non considerati contrastanti con il principio di ricerca della verità materiale⁹².

Ma non è tutto. Nei paragrafi successivi, l'OGH ha pure ammesso che, in astratto, il fatto che un giudice abbia partecipato a un negoziato può incidere effettivamente sulla sua imparzialità, specie ove non si sia raggiunto un accordo a causa del rifiuto dell'imputato⁹³.

Onde stabilire nel singolo caso di specie questa evenienza, si è fatto in particolare leva sulla necessità di verificare la presenza di elementi che dimostrino come il giudice non abbia inteso cambiare l'opinione creata nel corso delle trattative, nemmeno in presenza di risultanze probatorie in senso contrario (forza della prevenzione), ciò che, a detta dell'OGH, potrebbe comportare persino la nullità della sentenza (impugnabile dunque con *Nichtigkeitsbeschwerde*)⁹⁴.

Tutto ciò, peraltro, non sarebbe avvenuto nel caso di specie, in cui la Corte d'appello, a detta dei supremi giudici, avrebbe effettuato una verifica accurata circa l'assoluta imparzialità del giudice di primo grado, che, per l'appunto, si è considerato aver pienamente rispetto il principio di ricerca della verità⁹⁵.

In definitiva, quindi, anche questa decisione dell'OGH sta a dimostrare come, in Austria, le tesi prima sostenute da un punto di vista meramente dottrinale da parte degli avversari delle *Prozessabsprachen*, non hanno fatto altro che anticipare quello che poi è divenuto il vero e proprio diritto vivente.

⁸⁹ Cfr. OGH, 4 marzo 2010, 13 Os 1/10m.

⁹⁰ Cfr. OGH, 4 marzo 2010, 13 Os 1/10m.

⁹¹ Cfr. OGH, 4 marzo 2010, 13 Os 1/10m.

⁹² Si confronti, Cfr. OGH, 4 marzo 2010, 13 Os 1/10m, con E. RATZ, *Verfahrensbeendende Prozessabsprachen in Österreich*, cit., p. 952.

⁹³ Cfr. OGH, 4 marzo 2010, 13 Os 1/10m.

⁹⁴ Cfr. OGH, 4 marzo 2010, 13 Os 1/10m.

⁹⁵ Cfr. OGH, 4 marzo 2010, 13 Os 1/10m.

Pare peraltro importante notare che, da un punto di vista argomentativo, il Collegio ha rafforzato le sue affermazioni citando espressamente non solo tutta una serie di autori austriaci contrari alle intese negoziate, ma anche la più autorevole dottrina tedesca che, per anni, si era battuta in patria senza successo contro la giustizia negoziata⁹⁶.

In particolare, ad esempio, la Corte ha sentito la necessità di richiamare una serie di scritti in cui a essere sottoposte a critica non erano solo le confessioni negoziate informali tipiche – tra l'altro – dei sistemi processuali "germanici", ma anche il modello processuale americano fondato sul *plea bargain*⁹⁷.

Ciò, in sostanza, sembra stare a dimostrare come i giudici dell'OGH, pur volendosi scagliare contro una prassi tipica dell'ordinamento austriaco, abbiano ritenuto anche opportuno – seppur solo implicitamente per il tramite del richiamo di alcuni scritti – sottoporre a critica pure il modello di riferimento principale della giustizia negoziata globale, anche soltanto per il suo influsso culturale – secondo tale opinione – "negativo".

Pare, quindi, essersi verificato un vero e proprio paradosso: le tesi che in Germania non erano riuscite a bloccare l'avanzata delle *Absprachen* prima e della *Verständigung* poi hanno avuto successo, invece, in un altro Stato, in cui, al di là di quanto previsto dal legislatore, non si è voluto scendere a compromessi con le esigenze di economia processuale e quindi rinunciare, almeno in parte, ai principi classici dei sistemi misti.

7. La posizione espressa dal gruppo di lavoro nominato dal Ministro della giustizia per riformare la procedura penale austriaca

Anche dopo la pubblicazione di tale importante sentenza, il dibattito sulle *Prozessabsprachen* non si è assolutamente arrestato.

In vari incontri, infatti, i sostenitori e i detrattori della giustizia negoziata hanno nuovamente espresso le loro opinioni antitetiche⁹⁸, senza però riuscire a trovare un punto di incontro che riuscisse a mediare tra le diverse posizioni: il procedere della discussione, infatti, al posto di risolvere le controversie tra gli autori sembra, nella sostanza, aver "polarizzato" ancora di più le diverse "fazioni".

Mentre il legislatore austriaco, pur intervenendo con una novella, entrata in vigore del 2011, con cui sono state inserite delle nuove e più ampie disposizioni in materia di collaboratori di giustizia, ha continuato a non voler prevedere un istituto negoziato per le forme di criminalità medio-gravi⁹⁹.

⁹⁶ La sentenza OGH, 4 marzo 2010, 13 Os 1/10m., cita espressamente numerosi celebri lavori di Bernd Schünemann.

⁹⁷ Come, ad esempio, B. SCHÜNEMANN, *Zur Kritik des amerikanischen Strafprozessmodells*, cit., pp. 555 ss.

⁹⁸ Solo nel 2010, ad esempio, la tematica delle confessioni contrattate è stata affrontata, in modo assai diverso, sia nel corso della 8 *StrafoverteidigerInnenstag*, tenutasi a Salisburgo, sia nella *RichterInnenwoche* di Geinberg, sia nel *Fortbildungsseminar* di Ottensein.

⁹⁹ Ci si riferisce ai §§209a e 209b *öStPO*, sui quali, cfr., ampiamente, H. LUEF-KÖLBL, *Konsensuale Verfahrensabkürzung im Strafprozess*, cit., pp. 86 ss.

Dal canto loro, peraltro, anche negli anni successivi molti difensori non hanno mai abbandonato le loro speranze di un cambio di passo in materia e hanno, periodicamente, riproposto la tematica dei patteggiamenti, come, ad esempio, è avvenuto nel *Dreiländerforum Strafoverteidigung* di Regensburg del 2012¹⁰⁰, il che – tra l'altro – testimonia, se mai ve ne fosse il bisogno, quanto tale questione sia attuale in tutti i paesi di “area tedesca”.

Peraltro, nonostante i loro sforzi, anche dopo questi incontri i sostenitori delle intese hanno ricevuto un ulteriore segnale di quanto, per adesso, il sistema giuridico austriaco non sia ancora pronto per la codificazione di forme di *Absprachen*, riguardanti direttamente la sanzione, con riguardo alla criminalità medio-alta.

Della questione scottante delle *Prozessabsprachen* informali, infatti, si è occupato pure l'*Arbeitsgruppe Strafprozess*, nominato dal ministro della giustizia austriaco alla fine del 2012, con il fine di individuare delle generali prospettive di riforma a lungo termine dello *öStPO*¹⁰¹.

D'altra parte, una volta tenuto conto del fatto che all'interno del ristretto gruppo di persone che hanno fatto parte di questa commissione vi era anche il presidente dell'*OGH*, ovvero, per l'appunto, colui che aveva partecipato in prima persona a due delle decisioni in cui i patteggiamenti erano stati dichiarati illegittimi, non stupirà che anche in questo caso vi sia stata un'ulteriore condanna di tale prassi¹⁰².

Nella parte della relazione finale espressamente dedicata alle *Prozessabsprachen* si è infatti chiaramente ribadita l'assoluta illegalità dei patteggiamenti sulla colpevolezza e sulla pena ed è quindi stato espresso un netto rifiuto in merito a una codificazione di un *plea bargaining* austriaco: tale posizione, ancora una volta, è stata motivata sulla base di un supposto insanabile conflitto tra il principio di ricerca della verità materiale e giustizia negoziata in senso forte¹⁰³.

Anche in questo caso, però, le ragioni per cui si sia ritenuto esservi un contrasto assoluto tra *materiellen Wahrheitsfindung* e patteggiamenti sulla pena non sono state specificamente argomentate, ma meramente affermate, quasi si trattasse di un dato auto-evidente.

Ciò premesso, merita peraltro segnalare come, nella sua relazione, il gruppo di lavoro abbia però aperto alla possibilità di codificare altre forme di discussioni tra i soggetti del procedimento¹⁰⁴.

La commissione ha infatti chiesto all'unanimità di strutturare legalmente quelle forme di *Rechtsgespräch* (colloqui), che regolarmente avvengono in Austria

¹⁰⁰ È proprio da tale occasione che proviene il citato scritto di G. RUHRI, *Verständigung im Strafverfahren. Prozessrecht und -realität im österreichischen Strafverfahren*, cit., pp. 181 ss.

¹⁰¹ Per un cenno a riguardo, cfr. H. LUEF-KÖLBL, *Konsensuale Verfahrensabkürzung im Strafprozess*, cit., pp. 38-39. I lavori finali del gruppo di lavoro sono pubblicati, in ARBEITSGRUPPE STRAFPROZESS, *Entwicklung von optimalen und konkreten Reformszenarien*, Wien, 2013.

¹⁰² Cfr. ARBEITSGRUPPE STRAFPROZESS, *Entwicklung von optimalen und konkreten Reformszenarien*, cit., p. 4, anche un altro membro dell'*OGH*, storicamente contrario alle intese negoziate, ha partecipato ai lavori, ovvero Michael Daneck.

¹⁰³ Cfr. ARBEITSGRUPPE STRAFPROZESS, *Entwicklung von optimalen und konkreten Reformszenarien*, cit., p. 21.

¹⁰⁴ Cfr. ARBEITSGRUPPE STRAFPROZESS, *Entwicklung von optimalen und konkreten Reformszenarien*, cit., p. 20.

all'inizio del dibattimento su questioni giuridiche e organizzative, suggerendosi ad esempio lo sviluppo di dialoghi volti a stabilire un "programma del processo"¹⁰⁵.

Sempre nell'ambito di queste discussioni e in presenza di tutti i partecipanti al processo si è peraltro anche affermato che potrebbe effettuarsi pure l'avviso circa l'essenziale effetto attenuante di una confessione, che di regola avviene all'inizio del dibattimento¹⁰⁶. Attraverso la formalizzazione di questa "istruzione" – a detta dei membri della commissione – sarebbe quindi possibile delimitare legalmente l'inaccettabile prassi delle intese negoziate attualmente predominante, in modo da esplicitarne il carattere abusivo¹⁰⁷.

Fermo restando il divieto di patteggiamenti, alcuni membri del gruppo di lavoro hanno considerato possibile introdurre un'apposita fase all'inizio del dibattimento nell'ambito della quale si possa discutere anche della questione sanzionatoria (senza però poter negoziare la pena) in modo da garantire a favore di tutti trasparenza e certezza del diritto¹⁰⁸.

Ma non è tutto. Nel corso dei lavori è stato oltretutto persino proposto, quale mezzo per accelerare il rito, di prevedere delle pene differenti *ab origine* per i casi in cui vi sia o meno una confessione: ipotesi fortemente avversata dal Presidente dell'OGH in quanto foriera di possibili aperture ai *Deal*¹⁰⁹.

In tale contesto, si è infine ancora suggerito, da un lato, di inserire una nuova norma all'interno della legge sull'ordinamento giudiziario che vietasse ai giudici di discutere del processo insieme al pubblico ministero e, da un altro lato, di non prevedere dei nuovi illeciti penali contro le *Prozessabsprachen*, ma, piuttosto, delle più efficaci sanzioni disciplinari per scoraggiarle¹¹⁰.

Insomma, se in questa sede si è aperto idealmente l'*öStPO* del futuro a una legalizzazione di alcune delle trattative, che comunemente si svolgono tra i soggetti del procedimento, specie ove le stesse abbiano a oggetto questioni processuali, al contrario, la resistenza nei confronti della giustizia negoziata in senso stretto (e quindi dei veri e propri accordi sull'esito del procedimento penale) si è dimostrata ancora troppo forte per essere vinta.

Questa distinzione tra le diverse tipologie di trattative non sembra affatto stupire: nonostante non sia stato affermato espressamente, infatti, pare chiaro che alla base di tale discriminazione vi sia l'opinione secondo cui una vera e propria compressione del principio di ricerca della verità materiale vi sia solamente nei casi in cui a essere negoziato sia proprio l'oggetto del procedimento (e, quindi, in particolare la sanzione).

¹⁰⁵ Cfr. ARBEITSGRUPPE STRAFPROZESS, *Entwicklung von optimalen und konkreten Reformszenarien*, cit., p. 20.

¹⁰⁶ Cfr. ARBEITSGRUPPE STRAFPROZESS, *Entwicklung von optimalen und konkreten Reformszenarien*, cit., p. 20.

¹⁰⁷ Cfr. ARBEITSGRUPPE STRAFPROZESS, *Entwicklung von optimalen und konkreten Reformszenarien*, cit., p. 20.

¹⁰⁸ Cfr. ARBEITSGRUPPE STRAFPROZESS, *Entwicklung von optimalen und konkreten Reformszenarien*, cit., p. 20.

¹⁰⁹ Cfr. ARBEITSGRUPPE STRAFPROZESS, *Entwicklung von optimalen und konkreten Reformszenarien*, cit., p. 20.

¹¹⁰ Cfr. ARBEITSGRUPPE STRAFPROZESS, *Entwicklung von optimalen und konkreten Reformszenarien*, cit., p. 22.

8. Uno sguardo al presente

Gli ultimi anni non sembrano aver portato – perlomeno dal punto di vista normativo – una svolta per la giustizia negoziata austriaca.

Se è infatti vero che, come accennato, nel 2015 il legislatore ha deciso di inserire nuovamente all'interno dello *StPO* il *Mandatsverfahren*¹¹¹, nonostante alcuni membri delle opposizioni si opponessero a riguardo, proprio perché si temeva che questo istituto potesse portare alla formazione di patteggiamenti informali¹¹², nulla è stato fatto con riguardo alla criminalità di medio-altro livello.

Dal canto suo, il ministero della giustizia ha dato un ulteriore segnale di contrarietà rispetto alle intese se non altro quando, nel gennaio del 2017, nella sua guida ai nuovi §§209a e 209b *StPO*, riguardanti – come accennato – alcune ipotesi premiali nei confronti di collaboratori di giustizia, ha voluto espressamente chiarire che tali disposizioni non possono fondarsi su un *Deal* tra pubblico ministero e imputato, ma unicamente sull'iniziativa libera dell'accusato di confessare e di aiutare le autorità nel perseguimento di alcuni gravi reati¹¹³.

Insomma, con la pubblicazione di tale manuale sembra essersi in sostanza detto: collaborazione processuale sì, ma purché la stessa si basi su una libera scelta del “testimone della corona” di allontanarsi volontariamente dall'ambiente delinquenziale e non in ragione di offerte o pressioni delle forze dell'ordine.

Ciononostante, la discussione dottrinale tra sostenitori e oppositori del *Deal* è continuata in modo sempre più articolata.

Così, ad esempio, nel contesto della tredicesima *StrafverteidigerInnentag* tenutasi a Lienz il 20/21 marzo 2015, un noto avvocato non solo ha manifestato il suo favore nei confronti della giustizia negoziata, ma ha anche suggerito di codificare un istituto fondato – con alcune modifiche – sul modello del patteggiamento italiano, preferito espressamente rispetto alle intese tedesche e al procedimento abbreviato svizzero¹¹⁴.

Anche le pagine dell'*Österreichisches Anwaltsblatt* hanno nuovamente costituito la sede per il confronto tra le posizioni assunte da autorevoli membri dell'*ÖRAK*, come il Presidente della “camera penale” della Carinzia¹¹⁵, favorevole alle intese e il Presidente dell'*OGH*, il quale, ha continuato la sua “battaglia” contro le *Prozessabsprachen*¹¹⁶.

Al di là delle posizioni assunte dai singoli autori un dato pare peraltro di particolare interesse: nonostante le svariate condanne pronunciate dalla massima giurisdizione austriaca nei confronti delle confessioni negoziate e le minacce di una

¹¹¹ Con riguardo agli elementi consensuali di tale istituto cfr. H. LUEF-KÖLBL, *Konsensuale Verfahrensabkürzung im Strafprozess*, cit., pp. 95 ss.

¹¹² Cfr. intervento del parlamentare Albert Steinhauser nella seduta del 10 luglio 2014, reperibile in https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/NRSITZ/NRSITZ_00037/SEITE_0133.html.

¹¹³ Cfr. BUNDESMINISTERIUM FÜR JUSTIZ, *Handbuch zur Kronzeugenregelung. §§ 209a, 209b stopp in der Fassung des Strafprozessrechtsänderungsgesetzes II 2016*, Wien, 2017, pp. 3-4.

¹¹⁴ Ci si riferisce al già citato lavoro di M. DOHR, *Deal oder No-Deal*, cit., pp. 124 ss.

¹¹⁵ Cfr. G. MURKO, *Zur Absprache im österreichischen Strafrecht*, cit., pp. 354 ss.

¹¹⁶ Cfr. E. RATZ, *Verfahrensbeendende Prozessabsprachen im Strafprozess*, in *Österreichisches Anwaltsblatt*, 2015, pp. 276 ss.

repressione della prassi con sanzioni disciplinari e penali, autorevoli esponenti del mondo degli avvocati hanno continuato a ribadire non solo la loro tesi secondo gli accordi sarebbero legali, ma anche il dato empirico per cui gli stessi continuerebbero ad avvenire regolarmente nella prassi¹¹⁷.

Alla luce di ciò, pare quindi potersi affermare che se, da un punto di vista astratto, lo scontro tra sostenitori e avversari delle confessioni negoziate pare, ad ora, essere stato vinto nettamente dai secondi, nella realtà quotidiana le cose sembrerebbero andare diversamente.

Nella sostanza, quindi, i rapporti di fiducia sui cui si basano le *Prozessabsprachen* avrebbero surrettiziamente resistito anche ai divieti espliciti della giurisprudenza, con ciò testimoniandosi, ancora una volta, la forza espansiva della giustizia negoziata.

Peraltro, il soggetto che realmente sembra pagare le spese di questo vero e proprio scontro ideologico che, oramai da un ventennio, sta imperversando in Austria con riguardo alla tematica in esame è, ancora una volta, l'imputato.

Pare infatti possibile affermare che gli accusati avrebbero di che dolersi sia nel caso in cui prevalesse del tutto la tesi contraria alle *Absprachen*, magari a seguito di una futura riforma che, anche dal punto di vista legislativo, criminalizzasse definitivamente tale prassi, sia se lo *status quo* riuscisse a sopravvivere segretamente.

Nella prima ipotesi, infatti, se è vero che, una volta eliminati i patteggiamenti gli imputati non subirebbero più delle pressioni così forti per una loro rinuncia ai loro diritti, gli stessi però si vedrebbero totalmente privati, per la criminalità medio-alta, di quello che secondo gli stessi avvocati costituirebbe un vero e proprio corollario del diritto di difesa, ovvero il diritto di difendersi "discutendo"¹¹⁸.

Ancora peggio, invece, nel caso in cui la giustizia negoziata continuasse a imperversare - come per l'appunto secondo molti avviene - in via del tutto informale: in questo modo, infatti, gli accusati si trovano in totale balia di trattative, aventi a oggetto la loro rinuncia a prerogative fondamentali, senza neppure trovare nella legge delle precise forme di tutela che garantiscano un adeguato bilanciamento tra esigenze di economia processuale e diritti primari della persona. Il rischio, infatti, è che gli stessi siano sostanzialmente spinti a confessare solamente sulla base delle pressioni provenienti del giudice, del pubblico ministero o, persino, dello stesso legale, il quale, specie per mantenere dei buoni rapporti con le autorità per dei procedimenti penali futuri, può essere a sua volta spinto a forzare l'imputato affinché aderisca a una confessione negoziata.

Alla luce di queste considerazioni, non stupisce affatto che sempre più autori abbiano scelto una terza via, che tenga conto sia delle esigenze di economia processuale su cui si basa la giustizia negoziata, sia dei diritti fondamentali degli accusati: ovvero la codificazione di un nuovo rito accelerato - fondato o meno su

¹¹⁷ Così, ad esempio, G. MURKO, *Zur Absprache im österreichischen Strafrecht*, cit., p. 354, dice espressamente che «*Ungeachtet dessen gibt es die Absprachen in der Strafrechtspraxis täglich*».

¹¹⁸ Cfr., il già citato lavoro dell' Cfr. ARBEITSGRUPPE STRAFRECHT UND ARBEITSKREIS BERUFSRECHT DES ÖSTERREICHISCHEN RECHTSANWALTSKAMMERTAGE, cit., p. 187.

trattative tra i soggetti del procedimento – che permetta di sfoltire il carico giudiziario in eccesso¹¹⁹.

Se questa fosse la strada prescelta, peraltro, non si farebbe altro che seguire la via oramai percorsa da quasi tutti i sistemi continentali, in cui, per l'appunto, assai spesso è avvenuta una codificazione ragionata di istituti contrattati, volti a consentire, da un lato, all'accusato di ottenere degli sconti sanzionatori e, da un altro lato, allo Stato di ottenere dei vantaggi in termini di deflazione.

Ciò che, infatti, molti autori austriaci (e in generale europei) sembrano aver assolutamente compreso – e che invece l'OGH, data la sua visione assoluta del principio di ricerca della verità materiale rifiuta categoricamente di ammettere – è che una codificazione delle intese costituisce, a ben vedere, più una garanzia di legalità e di tutela delle prerogative degli accusati e dello Stato, piuttosto che un mero e supino adeguamento rispetto a dei valori di per sé estranei al modello processuale misto.

Mediante la legalizzazione dei negoziati, infatti, gli stessi vengono, in buona sostanza, spinti a svilupparsi entro determinate e più limitate forme, evitando così gli eccessi che la giustizia contrattata informale riesce a creare, sfruttando l'assoluta necessità di decongestionare i moderni ordinamenti processuali.

Certo, non pare che ci si possa fare delle illusioni – come l'esempio tedesco aiuta a comprendere – che la codificazione di istituti così profondamente radicati in una cultura giuridica come le *Absprachen* costituisca la soluzione di tutti i mali, posto che le stesse possiedono una forza espansiva talmente elevata da riuscire per l'appunto persino a superare i limiti fissati dal singolo legislatore.

A tal fine, quindi, come ha autorevolmente affermato la Corte costituzionale tedesca, spetta al singolo parlamento e governo vigilare e reindirizzare sulla buona strada le prassi devianti.

In ogni caso, ciò che, sembra, in buona sostanza differenziare l'esperienza attuale della Germania da quella austriaca è che, per l'appunto, il primo ordinamento ha smesso ufficialmente di trattare la prassi delle confessioni negoziate come un elemento eterogeneo rispetto alla sua cultura giuridica, ma l'ha riconosciuta ufficialmente, accogliendola – pur con molte difficoltà – all'interno del diritto positivo.

La posizione di così totale chiusura assunta, invece, *in primis* dall'OGH rischia, per l'appunto, di essere non solo anacronistica, ma anche controproducente, posto che la situazione in cui oggi sembrano trovarsi gli imputati, costretti a negoziare di nascosto e nell'informalità, è particolarmente critica.

D'altra parte è chiaro che i supremi giuridici austriaci abbiano, con le loro condanne ai patteggiamenti informali, voluto difendere oltre al decantato principio di ricerca della verità anche quello di legalità, avendo, in buona sostanza, il fine di garantire che sia la prassi a doversi adeguare alla volontà dei detentori del potere politico e non viceversa¹²⁰.

¹¹⁹ Per un quadro completo delle proposte di codificazione dei patteggiamenti degli autori austriaci, si veda H. LUEF-KÖLBL, *Konsensuale Verfahrensabkürzung im Strafprozess*, cit., pp. 39 ss.

¹²⁰ Questa, come si è visto, è un'altra delle affermazioni sostenute dalla Corte costituzionale tedesca nella sua celebre sentenza del marzo 2013.

Con il loro rifiuto così secco nei confronti dei patteggiamenti, però, la massima giurisprudenza austriaca, se pur si è dimostrata coerente con i principi fondamentali dei moderni Stati di diritto, ha però messo assolutamente in secondo piano le esigenze pratiche di economia processuale, che hanno portato allo sviluppo della giustizia negoziata tipica dei paesi di area tedesca: le stesse infatti rappresentano un chiaro campanello d'allarme in merito alla necessità di individuare de nuovi mezzi per deflazionare il sistema.

Dei risultati forse migliori, invece, si sarebbero forse raggiunti ove, anche in Austria, le *Prozessabsprachen* non fossero più semplicemente state trattate come un elemento estraneo rispetto al modello processuale dello *StPO*, ma piuttosto come una forma di giustizia autoctona, che richiede, per essere accettata, delle importanti limitazioni la cui concreta formulazione non potrebbe che spettare in ultima analisi al legislatore.

Che cosa alla fine deciderà di fare il legislatore austriaco nel prossimo futuro non è facile da prevedere.

Di certo, come si è visto, molti operatori pratici del diritto sembrano oramai pronti per l'introduzione, anche in tale Paese, di un sistema di giustizia penale non più meramente imposta dall'alto da un'autorità distante e distaccata, ma negoziata caso per caso con la stessa.

D'altra parte, anche grazie alla prima vera monografia interamente dedicata alla giustizia contrattata austriaca, i detentori del potere politico hanno oramai a disposizione numerosi e assai articolati modelli dottrinali da cui trarre spunto, per effettuare una codificazione ragionata e, in misura quanto più possibile, compatibile con la tradizione processuale mista, di un rito accelerato che ponga l'Austria al passo con gli altri Stati europei e che – soprattutto – permetta di meglio tutelare i diritti fondamentali degli accusati¹²¹.

Per ora, quindi, non rimane che aspettare e domandarsi, *quo vadis* Austria?

¹²¹ Anche H. LUEF-KÖLBL, *Konsensuale Verfahrensabkürzung im Strafprozess*, cit., pp. 267 ss. ha suggerito una sua, assai articolata, proposta normativa in materia.

CAPITOLO III

LA GIUSTIZIA PENALE NEGOZIATA IN SPAGNA

SOMMARIO. 1. Considerazioni introduttive. – 2. La svolta con l’approvazione della *Ley Orgánica 7/1988*: il meccanismo del *reconocimiento de hechos*. – 3. Le ipotesi di *conformidad* “in senso stretto” contenute nella *Ley Orgánica 7/1988*. – 4. La *Circular de la Fiscalía General del Estado* n. 1 del 1989. – 5. Le riforme alla *conformidad* approvate nei primi anni 2000: generalità. – 6. Segue. Le modifiche alla disciplina del *reconocimiento de los hechos*. – 7. Segue. La novella delle altre ipotesi di *conformidad* collocate nel giudizio abbreviato. – 8. Segue. L’introduzione della *conformidad premiada* nel “giudizio rapido”. – 9. La *Circular 1/2003* e l’*Instrucción 1/2003* del 7 aprile del procuratore generale dello Stato. – 10. Il protocollo sulla *conformidad* del 1 aprile 2009 e l’istruzione n. 2 del 2009 di commento alla medesima. – 11. Le ipotesi di giustizia negoziata contenute nell’*Anteproyecto* di *LECrim* del 2011. – 12. Segue. La bozza di codice di procedura penale del 2013. – 13. Le riforme del 2015 e le iniziative più recenti in materia di giustizia negoziata.

1. Considerazioni introduttive

L’ordinamento processuale spagnolo è stato uno dei primi sistemi giuridici continentali a riaver aperto le porte, già sul finire degli anni Ottanta del Novecento, alla giustizia penale contrattata, avendo quindi assunto sul punto un ruolo guida per gli altri Stati europei (e non), che hanno deciso di seguire tale strada – quantomeno da un punto di vista normativo – solo in tempi molto più recenti.

Lo sviluppo in Spagna del fenomeno qui studiato risulta tuttavia del tutto singolare, in quanto si lega a doppio filo con le profonde riforme a cui è stato soggetto, nel corso degli ultimi decenni, un meccanismo storico della procedura penale di tale Paese, che vede le proprie origini già nella metà del XIX secolo e, più in particolare, in alcune regole, approvate nel 1850, per l’applicazione del Codice penale del 1848¹.

¹ Cfr. sul punto, per tutti, P.M. BUTRÓN BALIÑA, *La conformidad del acusado en el proceso penal*, Madrid, 1998, pp. 6 ss.; L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, Valencia, 1997, pp. 23 ss.; C. MIRA ROS, *Regimen actual de la conformidad*, Madrid, 1998, pp. 19 ss.

Ci si riferisce alla *conformidad del acusado*²: istituto che, in assenza di alcuna definizione normativa precisa³, può essere descritto come una dichiarazione di volontà dell'imputato, compiuta – di norma – con il necessario assenso del suo difensore, attraverso cui questi accetti, in modo libero e incondizionato, tutti i fatti, la loro qualificazione giuridica e la pena presentati nei suoi confronti dal *Fiscal*, oppure, eventualmente, dall'*acusador particular* o *popular*⁴, la quale fa sorgere in capo al giudice il dovere di pronunciare, dopo alcuni controlli non particolarmente penetranti e senza che sia stata svolta una previa istruzione dibattimentale, una sentenza di condanna⁵, idonea a passare in giudicato⁶.

Orbene, specie a partire dalla fine del XIX secolo, varie ipotesi di *conformidad*, pur caratterizzate da modalità operative alquanto diverse, sono state inserite in numerose novelle susseguitesi nel corso degli anni⁷, tra cui, in particolare, spiccano quelle contenute nella versione originaria della, ancora oggi vigente, *Ley de Enjuiciamiento Criminal*⁸ del 1882⁹.

² Tra le monografie più note in argomento, cfr., oltre a quelle citate alla nota precedente, M. AGUILERA MORALES, *El principio de consenso*, Barcelona, 1998; N. RODRÍGUEZ GARCÍA, *El consenso en el proceso penal español*, Barcellona, 1997; M.P. DÍAZ PITA, *Conformidad, reconocimiento de hechos y pluralidad de imputados en el procedimiento abreviado*, Valencia, 2006; S. BARONA VILAR, *La conformidad en el proceso penal*, Valencia, 1994. Per un'analisi più sintetica, ma aggiornata dell'istituto, cfr., in particolare, L. BACHMAIER, *The Principle of Legality, Discretionary Justice and Plea Agreements: The Practice in Spain*, in AA.VV., *Discretionary criminal justice in a comparative context*, a cura di M. Caianiello-J.S. Hodgson, Durham, 2015, pp. 89 ss.; J.-L. GÓMEZ-COLOMER, *La conformidad, institución clave y tradicional de la justicia negociada en España*, in *Revue internationale de droit pénal*, 2012, pp. 15 ss.; A. DEL MORAL GARCÍA, *La conformidad en el proceso penal (Reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español)*, in www.unis.edu.gt; J. VIGIL LEVI, *La institución de la conformidad en el proceso penal español*, in *Julgar on-line*, 2013.

³ Come si avrà modo di accennare in seguito, in alcune delle più recenti proposte normative in materia di *conformidad*, poi non effettivamente implementate, il meccanismo *de quo* trovava una specifica definizione normativa.

⁴ Pare utile ricordare come nell'ordinamento processuale spagnolo coesistono, per l'appunto, sia il cosiddetto *acusador popular*, riconosciuto all'art. 125 della stessa Costituzione, ovvero il cittadino spagnolo che, pur senza esserne direttamente offeso, intenda esercitare l'azione penale per qualsiasi reato pubblico, sia l'*acusador particular*, cioè il soggetto, anche straniero, che in quanto persona offesa può esercitare l'azione penale per reati pubblici e semipubblici. Sul punto, per tutti, la chiara distinzione tracciata da S. MARCOLINI, voce *Processo penale spagnolo*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. I, Milano, 2008, pp. 790-791.

⁵ In Spagna è del tutto pacifico che la decisione che recepisca una *conformidad* abbia in tutto e per tutto gli effetti di una sentenza di condanna. Sul punto, per tutti, 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*, Milano, 2005, p. 73.

⁶ In questa sede è stata sviluppata la definizione proposta da J. M. CHOZAS ALONSO, *La conformidad penal española y el patteggiamento italiano: breve estudio de derecho comparado*, in *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2013, pp. 1 ss. e quella di N. RODRÍGUEZ GARCÍA, *La conformidad de las personas jurídicas en el proceso penal español*, in *La Ley Penal*, 2015, p. 11.

⁷ Cfr. la compiuta analisi di L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 27 ss.

⁸ D'ora in avanti abbreviata in *LECrim*.

⁹ Per un quadro generale delle ipotesi originarie di *conformidad* contenute nella *LECrim*, cfr. T. ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho procesal penal*, 9ª ed., Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2016, pp. 269-270; L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 52 ss.

Si badi, peraltro, che la presenza all'interno di tale atto normativo di un istituto fondato su una sorta di principio dispositivo in campo penale¹⁰ quale quello appena citato, sembrerebbe poter stupire alla luce del fatto che, proprio mediante l'adozione della *Ley* del 1882, la Spagna ha, in linea generale, manifestato l'opzione per un processo misto di tipo bifasico¹¹ (diviso tra un'istruttoria segreta e un dibattimento accusatorio) di stampo tipicamente continentale, fondato non solo sul principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 100-105 *LECrim*), ma anche sulla volontà espressa di ricercare la verità (art. 406 *LECrim*¹²).

Ciononostante, già nella versione originaria della *Ley* del 1882, il legislatore aveva disciplinato diverse ipotesi di *conformidad*, mediante cui ha fundamentalmente consentito all'accusato di impedire lo svolgimento di un'intera istruttoria dibattimentale, volta a stabilire la verità dell'enunciato fattuale di cui all'imputazione, per il solo tramite di una sua dichiarazione di volontà, finalizzata a porre fine anticipatamente a un processo penale già iniziato¹³.

Più precisamente, nel contesto di tale atto normativo, si stabiliva che l'imputato potesse conformarsi all'accusa sia all'interno del giudizio ordinario per i delitti, ove la pena in concreto addebitata fosse di carattere correzionale¹⁴, sia nel procedimento speciale per i casi di delitti flagranti¹⁵.

Peraltro, mentre le ipotesi concernenti il rito ordinario – pur essendo oramai residuali – sono tutt'ora in vigore, lo stesso non vale per le altre forme di *conformidad* originariamente dettate dagli artt. 795-796 *LECrim* per il "*procedimiento en los casos de flagrante delito*", le quali sono state eliminate già nel 1967¹⁶.

Di modo che, in sostanza, ancora oggi il legislatore spagnolo permette agli imputati per cui si proceda con il rito *para delitos graves* (ovvero quelli puniti con pena superiore a nove anni di detenzione) di allinearsi all'imputazione in due

¹⁰ Ritengono che la *conformidad* sia espressione di un principio dispositivo, tra i moltissimi, T. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, 1991, p. 216; L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., p. 168; V. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Cizur Menor, 2015, p. 771; A.M. SIAGURA, *La negoziabilità della pena. Esperienze giuridiche a confronto*, Padova, 2015, p. 160.

¹¹ Cfr., sul punto, efficacemente, S. MARCOLINI, voce *Processo penale spagnolo*, cit., p. 784.

¹² Il primo comma di tale disposizione stabilisce, infatti, che «*la confesión del procesado no dispensará al Juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito*». Merita peraltro rilevare come il principio di ricerca della verità compare anche in molti altri articoli della *LECrim*, cfr., ad esempio, artt. 273; 391, comma 2; 683; 701; 713; 726.

¹³ Cfr. V. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, cit., p. 771.

¹⁴ Si tratta di una categoria di pena, oramai abrogata, proveniente dal dettato degli artt. 26 e 27 del vecchio Codice penale spagnolo del 1870, in cui, per l'appunto le sanzioni penali venivano classificare in *aflictivas, correccionales, leves, comunes a last res clases anteriores, y accessrias*. Si veda, a riguardo, L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., p. 60, nt., 81. Tale sanzione corrispondeva a quella della *prisión menor*, ovvero da sei mesi e un giorno a sei anni di durata; a riguardo, efficacemente, J. VIGIL LEVI, *La institución de la conformidad*, cit., p. 16.

¹⁵ Cfr. L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 34-35.

¹⁶ Cfr. L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 34-35, a cui si rimanda anche per un'analisi delle ipotesi di *conformidad* per i reati flagranti inserite successivamente.

distinti momenti, sempre che la sanzione concretamente richiesta dagli accusatori non superi però una determinata soglia¹⁷.

Ciò, anzitutto, può avvenire, sulla base di quanto stabilito dall'art. 655 *LECRIM*, durante la fase intermedia¹⁸, collocata dopo la conclusione dell'istruttoria preliminare e prima dell'udienza dibattimentale, nel momento in cui il prevenuto presenta il suo scritto di difesa¹⁹, al cui interno è possibile inserire la dichiarazione di *conformidad* rispetto all'atto di accusa più grave.

Un'ulteriore possibilità per ricorrere all'istituto in questione è invece ammessa nella fase iniziale del dibattimento, sulla base di quanto stabilito – in modo alquanto articolato – dagli artt. 688-700 *LECRIM*, i quali, pur facendo riferimento, da un punto di vista nominalistico, alla necessità di una “confessione dell'accusato”, sono stati letti dalla dottrina assolutamente maggioritaria come un'ulteriore ipotesi di *conformidad*, essenzialmente identica a quella dell'art. 655 *LECRIM*²⁰.

Più precisamente, l'art. 688 *LECrim* prevede che all'inizio del giudizio orale il presidente del collegio giudicante debba domandare a ciascuno degli imputati se voglia *confessare* la sua responsabilità e se riconosca altresì la sua responsabilità civile da reato²¹.

Ciò posto, va ora precisato che gli artt. 655, comma 1 e 696 *LECrim* richiedono, da un punto di vista soggettivo, «la volontà concorde dell'imputato e del suo difensore»²² affinché la *conformidad* possa prestare i suoi effetti.

Si tratta, all'evidenza, di un'importante garanzia per gli imputati, volta ad assicurare che la rinuncia del prevenuto a molte delle sue prerogative difensive – tra cui la presunzione d'innocenza²³ – venga presa in modo quanto più possibile consapevole.

¹⁷ La cui entità non è semplice da individuare, posto che la citata categoria della “*pena correccional*” non è più contenuta nel vigente codice penale spagnolo del 1995. Per quanto qui interessa, sembra sufficiente ricordare che, sulla base anche di quanto stabilito dall'11^a disposizione transitoria del nuovo codice penale, la dottrina spagnola ha chiarito che – ad oggi – si potrebbe effettivamente applicare la *conformidad* nel rito ordinario per gravi delitti, solo ove la pena più grave, richiesta in concreto, rientrasse nel *range* della sanzione detentiva da 6 mesi a 3 anni. Cfr., a riguardo, per tutti, J. VIGIL LEVI, *La institución de la conformidad*, cit., p. 16.

¹⁸ Cfr., S. MARCOLINI, voce *Processo penale spagnolo*, cit., p. 796.

¹⁹ Per una chiara spiegazione dell'istituto spagnolo degli scritti di qualificazione si rinvia a S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., pp. 70 s. L'Autore ricorda che nel momento in cui si deve procedere al giudizio le parti accusatrici, pubbliche e private che siano, devono presentare un proprio scritto di qualificazione o scritto d'accusa, ove ciascuna di esse formula per punti l'imputazione. Spetta poi all'accusato, dopo aver ricevuto tale atto, prendere posizione sulle accuse sollevate nei suoi confronti con un proprio scritto di qualificazione o scritto di difesa, nel quale questi può replicare punto per punto agli argomenti degli accusatori, oppure, per l'appunto accettare del tutto l'accusa.

²⁰ Cfr., sul punto, ampiamente, L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., p. 55 ss., a cui si rinvia anche per la cospicua dottrina ivi citata.

²¹ Cfr. A.M. SIAGURA, *La negoziabilità della pena*, cit., p. 191.

²² Così, efficacemente, D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, Milano, 2000, p. 37.

²³ Cfr., per tutti, P. M. BUTRÓN BALIÑA, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 201 ss., a cui si rimanda anche per un'analisi giurisprudenziale sul punto; T. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela*, cit., p. 199; T. L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., p.397. In argomento, cfr., ampiamente, A. DE LA OLIVA SANTOS, *Presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia de conformidad*, in *Revista de Derecho Procesal*, 2007, pp. 701 ss.

Pare inoltre utile segnalare come il legislatore spagnolo avesse, già a partire dal 1882, fornito all'imputato la possibilità di scegliere se manifestare la propria *conformidad* soltanto in merito agli aspetti penalistici della *regiudicanda* (*conformidad* parziale), oppure anche con riguardo alle pretese civilistiche derivanti dal reato, eventualmente richieste nei suoi confronti (*conformidad* totale)²⁴.

Di tale aspetto si occupano il comma quinto dell'art. 655 *LECrim* e l'art. 695 *LECrim*, in cui si stabilisce che, ove l'imputato decida di conformarsi alla sola "domanda" penalistica e non a quella privatistica, il procedimento penale deve continuare ai fini di giudicare sulla responsabilità civile, ovvero allo scopo di risolvere l'unica *quaestio* su cui non si sia manifestata una convergenza di volontà delle parti.

Nella disciplina tradizionale sono inoltre contenute anche alcune regole volte a disciplinare la sorte della *conformidad* nei procedimenti soggettivamente cumulativi.

Ci si riferisce, in particolare, agli art. 655, comma 4 e 697 *LECrim*, secondo i quali, nei casi in cui si proceda simultaneamente nei confronti di più accusati, tutti i prevenuti devono, in linea di principio, manifestare la loro *conformidad*, posto che – altrimenti – il giudice deve disporre la continuazione del procedimento anche nei confronti di coloro che si siano allineati all'imputazione²⁵.

Tali disposizioni, evidentemente finalizzate a evitare giudicati contrastanti, non hanno però impedito alla dottrina e alla giurisprudenza di considerare ammissibile una *conformidad* relativa, riguardante solo alcuni dei coimputati, nel caso in cui si proceda non per il medesimo reato, ma per reati connessi e le diverse posizioni possano legittimare procedimenti separati²⁶.

Indipendentemente dal fatto che si trovi di fronte a una *conformidad* nell'*escrito de defensa* o pronunciata prima del dibattimento, è chiaro che mediante l'inserimento di tale meccanismo processuale il legislatore spagnolo ha da sempre perseguito scopi meramente utilitaristici²⁷, avendo il fine di risparmiare energie, da spendere, invece, nei casi contestati.

Senza voler anticipare troppe riflessioni che si faranno in seguito, pare infatti utile ricordare che, secondo buona parte degli interpreti, attraverso la *conformidad*, il sistema spagnolo avrebbe eccezionalmente derogato al generale canone di obbligatorietà dell'azione penale, optando per uno strumento processuale fondato

²⁴ Cfr. L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., p. 64.

²⁵ Cfr., in argomento, tra i moltissimi, M. LOZANO EIROA, *Conformidad y pluralidad de acusados*, in *Revista de Derecho UNED*, 2012, pp. 347 ss.; M.P. DÍAZ PITA, *Conformidad, reconocimiento de hechos y pluralidad de imputados*, cit., *passim*.

²⁶ Si veda a riguardo, L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 342 ss.; M. LOZANO EIROA, *Conformidad y pluralidad*, cit., p. 353; D. VIGONI, *L'applicazione della pena*, cit., p. 38.

²⁷ In argomento la giurisprudenza è sconfinata, si vedano, tra le più recenti, Tribunal Supremo, 13 giugno 2017, n. 422, in www.poderjudicial.es; Tribunal Supremo, 11 novembre 2014, n. 752, *ivi*; Tribunal Supremo, 12 dicembre 2011, n. 1328, *ivi*.

su un principio di *oportunidad*²⁸, proprio al fine di raggiungere un obiettivo di economia processuale²⁹.

Ciò sta a significare che il legislatore pur non avendo – se non, come si vedrà, in tempi assai recenti – voluto codificare forme di *diversion* simili, ad esempio, al §153 e ss. *StPO* tedesco³⁰, ha, per l'appunto, già dal XIX secolo, previsto con il meccanismo in esame uno strumento delle forme processuali più snelle, legate al consenso dell'accusato, operante però solo nella fase successiva all'esercizio dell'azione penale.

D'altra parte, per comprendere quanto nel contesto della *conformidad* si sia voluto favorire l'obiettivo di accorciare i tempi del giudizio penale, anche a discapito dell'obiettivo di ricerca della verità materiale, sembra sufficiente ricordare come già la *Ley* del 1882 non avesse, dal canto suo, stabilito che il giudice, prima di pronunciare una sentenza di *conformidad*, potesse compiere un – neppur sommario – giudizio di fatto, avente ad oggetto una valutazione circa la corrispondenza con la “realtà” dell'enunciato fattuale mutuamente accettato³¹.

Dalla lettura degli artt. 655 e 688-700 *LECrim* si ricavava infatti che l'organo giudicante, oltre a non poter comunque applicare una pena superiore a quella accettata³², dovesse rigettare la dichiarazione del prevenuto soltanto in alcune limitate ipotesi – come, ad esempio, ove non si fosse riusciti ad assicurare il corpo del delitto nella fase istruttoria, oppure mancasse un'adeguata correlazione tra qualificazione e pena richiesta – tra cui non era però ricompresa quella in cui egli considerasse le prove insufficienti per condannare³³.

Alla luce di ciò, sarà chiaro come, per il mezzo della *conformidad*, gli imputati spagnoli, già nel XIX secolo, avessero acquisito poteri dispositivi apparentemente più forti persino di quelli derivanti dall'istituto del *guilty plea* statunitense, il quale, come stabilito dall'art. 11 delle *Federal Rules of Criminal Procedure*, non fa venir meno la necessità di individuare, per l'appunto, quantomeno una *factual basis* per la dichiarazione autoaccusatoria del prevenuto³⁴.

Al di là delle varie differenze che indubbiamente vi sono tra il meccanismo processuale spagnolo in questione e le forme di *pleas* anglosassoni³⁵, pare in questa sede utile segnalare come gli stessi abbiano però in comune un aspetto

²⁸ In argomento, cfr. T. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela*, cit., passim; L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 202 ss.; V. GIMENO SENDRA, *El principio de oportunidad y el M.F.*, in www.fiscal.es; ID., *Los procedimientos penales simplificados. (Principio de «oportunidad» y proceso penal monitorio)*, in www.mjusticia.gob.es; D.M. SANTANA VEGA, *Principio de oportunidad y sistema penal*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1994, pp. 105 ss.

²⁹ Cfr. L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., p. 218.

³⁰ Cfr. T. ARMENTA DEU, *La “conformidad” dell'accusato nel processo penale spagnolo*, in *Il giusto processo*, 1991, n. 9-10, p. 24.

³¹ Cfr., sul punto, L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., p. 432 e, in particolare, la giurisprudenza citata alla nota 9.

³² Questione diversa, invece, era la possibilità per il decisore di applicarne una minore o, persino, assolvere, ipotesi che da alcuni era ammessa. Cfr. a riguardo, L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 444 ss.

³³ Cfr. L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 396 ss.

³⁴ Cfr., sul punto, D.S. MCCONKIE, *Judges as Framers of Plea Bargaining*, in *Stanford Law & Policy Review*, 2015, p. 71; J.I. TURNER, *Judicial Participation in Plea Negotiations: A Comparative View*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2006, p. 212 s.

³⁵ Per alcune delle quali, cfr., ad esempio, V. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 771 ss.

particolarmente importante: si tratta, in entrambi i casi, di istituti, che, in origine, non costituivano il frutto di un negoziato tra le parti, ma di una scelta difensiva autonoma del solo accusato.

Difatti, esattamente come è avvenuto nei paesi di *common law* per il meccanismo consuetudinario del *guilty plea*, in cui, per l'appunto, la fase del *bargaining* si è sviluppata soltanto in tempi relativamente recenti³⁶, nella sua versione originaria del 1882 anche la *conformidad* non era stata configurata come il frutto di una trattativa tra l'imputato e il *Ministerio Fiscal* (oppure gli accusatori privati), ma piuttosto quale risultato di una decisione del tutto unilaterale della difesa³⁷.

Ed è proprio tenuto conto di questo forte retaggio storico che autorevole dottrina ancora oggi definisce, in via generale, il meccanismo processuale in questione come un «*acto unilateral*», il quale «*no constituye un "negocio jurídico-procesal", puesto que [...] contiene siempre un allanamiento de la defensa a la más alta petición de pena, circunstancia ésta que lo diferencia claramente de la transacción penal o plea bargaining*»³⁸.

Ciò, in sostanza, sta a significare che se è vero che, anche nella sua formulazione originaria, la *conformidad* determinava la conclusione del rito tramite un accordo tra le parti sull'imputazione – posto che per l'appunto l'accusato doveva accettare *in toto* la “proposta” di addebito manifestata dall'accusa –, si trattava però, volendo usare (in modo solo parzialmente proprio) una terminologia civilistica, di una sorta di “contratto per adesione”, proprio perché lo stesso non era negoziato, ma meramente accettato, in modo passivo, dal prevenuto.

Di modo che, proprio in ragione della mancanza di una vera e propria fase di scambio di proposte e controproposte tra le parti, si può facilmente comprendere come per lungo tempo l'istituto in questione non rientrasse nella nozione qui fatta propria di giustizia negoziata. All'interno di tale meccanismo processuale, infatti, c'era sì l'elemento dell'intesa (sull'oggetto della *regiudicanda*), ma mancava il secondo requisito costitutivo del fenomeno qui studiato: la trattativa.

Ma non è tutto. Il legislatore spagnolo non aveva, in origine, neppure previsto, quantomeno da un punto di vista normativo, alcun elemento di tipo premiale³⁹ che fungesse da corrispettivo per la rinuncia dell'accusato ai suoi diritti processuali. Come si è attentamente rilevato, al massimo il beneficio poteva consistere «nel più celere svolgimento del processo, limitando così gli effetti stigmatizzanti che dalla sua celebrazione derivano»⁴⁰. Il che, effettivamente,

³⁶ Si veda, a riguardo, per tutti, la nota analisi di A. ALSCHULER, *Plea Bargaining and Its History*, in *Columbia Law Review*, 1979, pp. 5 ss.

³⁷ Cfr., sul punto, P.M. BUTRÓN BALIÑA, *La conformidad del acusado*, cit., p. 243; T. ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho procesal penal*, cit., p. 269; L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 144-145, il quale però ricorda come una parte minoritaria della dottrina spagnola, facendo leva sulla espressione «*la calificación mutuamente aceptada*», contenuta nell'art. 655 *LECrim*, avesse in passato considerato che già la *conformidad* originaria del 1882 fosse una sorta di “transazione penale”.

³⁸ Cfr. V. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, cit., p. 771.

³⁹ Cfr. S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 72.

⁴⁰ Cfr. A.M. SIAGURA, *La negoziabilità della pena*, cit., p. 192.

sembrava essere troppo poco, salvo che si fosse in presenza di quadri probatori di particolare nitidezza⁴¹.

Anche alla luce di ciò, non stupirà sapere che, per lungo tempo, la *conformidad* non abbia avuto affatto una grande rilevanza pratica⁴².

Questo quadro, però, è decisamente cambiato a partire dalla fine degli anni Ottanta, quando, dopo più di cento anni di vigenza, senza che, come accennato, quantomeno le ipotesi principali dell'istituto in esame fossero modificate, una fondamentale riforma, che costituisce il punto di partenza della presente analisi, ha inserito nuove importanti ipotesi di *conformidades*, in cui «il gene della negozialità»⁴³ era stato inoculato, facendo mutare a tale strumento processuale «decisamente fisionomia e funzione»⁴⁴.

2. La svolta con l'approvazione della Ley Orgánica 7/1988: il meccanismo del reconocimiento de hechos

Esattamente come avvenuto in Germania, anche in Spagna il potere politico non è riuscito a sostituire l'invecchiato sistema processuale penale misto, risalente al XIX secolo, neppure dopo la caduta del regime franchista e la conseguente approvazione nel 1978 di una nuova Costituzione.

Sul finire degli anni Ottanta, però, diversi fattori avevano reso sempre più inevitabile un deciso ammodernamento della procedura penale di tale Paese⁴⁵.

Da un lato, infatti, il *Tribunal Constitucional*, con la fondamentale sentenza n. 1451 del 12 luglio del 1988, consacrando il principio secondo cui «*quien instruye no puede fallar*», aveva segnalato la necessità di separare la funzioni istruttoria e giudicante in determinati procedimenti speciali, causando un vero e proprio terremoto nel sistema processuale spagnolo⁴⁶.

Da un altro lato, invece, gli esempi delle importanti riforme, approvate in quel periodo dalla Germania, dal Portogallo e dall'Italia, avevano creato un clima assolutamente favorevole allo sviluppo anche in Spagna di un dibattito per l'ideazione di un'ampia novella della *LECrim*⁴⁷.

Senza contare che, per quanto qui interessa, una forte spinta verso una generale semplificazione delle forme processuali e una loro accelerazione era appena stata data anche dal Consiglio d'Europa, che, come è avuto modo di vedere, con la raccomandazione R (87) 18, aveva appena invitato gli Stati membri a

⁴¹ Cfr. S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 72.

⁴² Cfr. V. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, cit., p. 770.

⁴³ Cfr. S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 72.

⁴⁴ Cfr. S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 72.

⁴⁵ Cfr., sul punto, ampiamente, la *Circular* n. 1 del 1989 del procuratore generale spagnolo del 28 dicembre 1989, in www.fiscal.es, pp. 395 ss.

⁴⁶ Si veda sul punto, J.A. MARTÍN PALLÍN, *¿Es constitucional la conformidad?*, in *Revista del Poder Judicial*, 2006, p. 225.

⁴⁷ Cfr., *Circular* n. 1 del 1989, cit., p. 395.

sviluppare modalità consensuali e persino negoziate di conclusione delle *regiudicande penali*⁴⁸.

A queste esigenze il legislatore spagnolo ha quindi tentato di dare una risposta con la *Ley Orgánica 7/1988*, del 28 dicembre, la quale ha introdotto – tra l'altro – il c.d. *procedimiento abreviado*⁴⁹, ovvero un rito più snello di quello originario contenuto nella *LECrim*, che si applica (salvo eccezioni) a tutti i delitti puniti con pena privativa della libertà personale non superiore a nove anni o con altro tipo di pena (art. 757 *LECrim*).

Orbene, tenuto conto dell'assai ampio *range* operativo dell'*abreviado* non stupirà sapere che tale tipologia di rito sia – ancora oggi – quella applicata per la maggior parte delle fattispecie criminali, costituendo, quindi, in buona sostanza il vero procedimento penale ordinario⁵⁰.

D'altra parte, non va però dimenticato come la disciplina legale del nuovo giudizio, raggruppata in una quarantina di articoli (dal 757 al 794 *LECrim*), non sia stata pensata come "autosufficiente", essendo applicabili in via suppletiva le disposizioni del rito "comune" per i delitti puniti con pena detentiva superiore ai nove anni (art. 758 *LECrim*).

Senza che sembri necessario in questa sede descrivere nel dettaglio la normativa che regola il *procedimiento abreviado*, pare opportuno solamente rilevare come lo stesso, pur essendo sempre diviso tra una fase istruttoria, una intermedia e una dibattimentale, si caratterizza, in via generale, per «una maggior agilità delle forme e degli snodi procedurali e processuali»⁵¹ e l'attribuzione di un maggior ruolo alla polizia e al *MF*⁵².

Ciò premesso, va a questo punto osservato come già all'interno della disciplina originaria dell'*abreviado* il legislatore spagnolo, proprio al fine di assicurare, in linea con le citate spinte riformatrici europee, un obiettivo di gestione più efficiente del carico giudiziario in eccesso, avesse inserito una serie eterogenea di ipotesi di *conformidad*, alcune delle quali profondamente diverse rispetto a quelle "classiche"⁵³.

⁴⁸ Pare utile segnalare come tale risoluzione sia stata espressamente richiamata nell'esposizione preliminare dei motivi della *Ley Orgánica 7/1988*.

⁴⁹ Per un'ampia descrizione di tale rito in lingua italiana si rinvia a da S. MARCOLINI, voce *Processo penale spagnolo*, cit., pp. 788 ss. Per ampie indicazioni bibliografiche concernenti tale rito, cfr. J.-L. GÓMEZ-COLOMER, *La conformidad*, cit., p. 25, nt. 9.

⁵⁰ In questo senso, cfr. S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 68, nt. 198.

⁵¹ Cfr. S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 69.

⁵² Cfr. S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 69.

⁵³ Per un quadro generale delle ipotesi di *conformidad* introdotte nel 1988, oltre alle monografie citate alle ntt. 1 e 2, cfr., tra i moltissimi, T. ARMENTA DEU, *La "conformidad" dell'accusato nel processo penale spagnolo*, cit., pp. 18 ss.; J.C. CABAÑAS GARCÍA, *El proceso penal español ante una perspectiva de justicia penal negociada*, in *Revista de derecho procesal*, 1991, pp. 231 ss.; E. AGUILERA MORALES, *La conformidad con los hechos y la petición conjunta de pase a enjuiciamiento inmediato ex artículo 789.5.5. L.E. Cr.*, in *Revista de derecho procesal*, 1998, pp. 589 ss.; V. GIMENO SENDRA, *Absprachen im spanischen Strafverfahren*, in *ZStW*, 1992, pp. 223 ss.; S. BARONA VILAR, *La conformidad como manifestación de la justicia negociada y la tutela judicial efectiva penal*, in *Justicia: revista de derecho procesal*, 1997, pp. 33 ss.; EAD., *La conformidad en el proceso penal y la justicia negociada*, in AA.VV., *La criminalidad organizada ante la justicia*, a cura di F. Gutiérrez-Alviz y Conradi, Sevilla, 1996, pp. 85 ss.

Si badi peraltro che – come anticipato – tali disposizioni non hanno abrogato gli artt. 655 e 688-700 *LECrim*, i quali non solo sono rimasti in vigore per il *procedimiento para delitos graves*, ma hanno anche assunto una funzione integrativa, per i casi in cui le regole particolari sulla *conformidad* dell'*abreviado* fossero lacunose e non incompatibili⁵⁴.

Di modo che, in sostanza, a partire da tale momento l'istituto in esame ha iniziato a presentare una «doppia regolamentazione»⁵⁵: quella corrispondente alla disciplina originaria della *LECrim* e, l'altra, introdotta solo nel 1988 nell'ambito del procedimento abbreviato.

Ma vi è di più. Una delle novità forse più significative della *Ley Orgánica* 7/1988 è stata quella di aver ideato un meccanismo processuale del tutto inedito, operante nel solo rito abbreviato, fondato – quantomeno in via di principio – unicamente sul “*reconocimiento dei fatti*” da parte dell'accusato, ma non anche su una sua necessaria adesione alla qualificazione giuridica e alla petizione della pena (come, invece, richiesto da una *conformidad* vera e propria).

Ci si riferisce, per l'appunto, all'istituto comunemente denominato “*reconocimiento de hechos*”, inizialmente inserito all'art. 789, comma 5.5^a *LECRIM*, il quale ha suscitato diversi dubbi in dottrina già da un punto di vista classificatorio generale⁵⁶.

Secondo alcuni, infatti, tale istituto avrebbe costituito una innovativa ipotesi di “*conformidad con los hechos*”⁵⁷, operante già nella fase dell'istruttoria preliminare, mentre per altri sarebbe stato meglio inquadrare tale previsione come un meccanismo acceleratore fondato sul principio del consenso, che, però, in ragione del suo non richiedere un'adesione piena all'accusa, ma al solo enunciato fattuale addebitato al prevenuto, non avrebbe potuto essere equiparato a una vera e propria *conformidad*⁵⁸.

Al di là delle distinzioni terminologiche, pare utile chiarire fin da subito come tale strumento processuale, già nella sua versione originaria, fosse piuttosto complesso, posto che operava mediante il compimento di tre atti susseguenti, da parte di soggetti processuali in tutto o in parte differenti⁵⁹.

Da un punto di vista cronologico, infatti, esso prevedeva, quale punto di partenza che, ove si procedesse per un fatto di competenza del solo *Juez de lo Penal* (ovvero si trattasse di un reato che non superasse i 3 anni di pena detentiva), il prevenuto, assistito dal suo avvocato, potesse riconoscere espressamente i soli fatti che gli si addebitassero (atto unilaterale e personalissimo) davanti al giudice istruttore⁶⁰.

⁵⁴ Cfr., sul punto, L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 60 ss.

⁵⁵ Cfr. T. ARMENTA DEU, *La “conformidad” dell'accusato nel processo penale*, cit., p. 20.

⁵⁶ Cfr., sul punto, L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 83 ss.

⁵⁷ L'espressione *conformidad con los hechos* è, peraltro, in seguito stata utilizzata dallo stesso legislatore nella successiva *Ley* 10/1992, del 30 aprile, *de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, la quale aveva interpolato tale dicitura nel novellato art. 790, comma 6, *LECrim*.

⁵⁸ Per una chiara disamina delle due opinioni, nonché per i dovuti riferimenti dottrinali, cfr. P.M. BUTRÓN BALIÑA, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 257 s.

⁵⁹ Per un'ampia disamina dell'istituto si veda, in particolare, il già citato E. AGUILERA MORALES, *La conformidad con los hechos*, cit., pp. 589 ss.

⁶⁰ Cfr. L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 103 s. In realtà, come precisato dalla dottrina, il riconoscimento dei fatti poteva avvenire anche in precedenza davanti alla polizia o al

Nel caso in cui ciò avvenisse, la legge stabiliva che l'imputato e il *Ministerio Fiscal* potessero presentare una richiesta congiunta (atto bilaterale) all'istruttore con cui gli domandassero di rimettere gli atti direttamente al *Juez de lo Penal*, affinché quest'ultimo potesse convocare le parti per la celebrazione immediata del dibattimento orale.

Solo ove entrambi questi atti parziali si verificassero, la palla poteva quindi passare al giudice istruttore, al quale a quel punto spettava la possibilità di scegliere se rimettere la causa direttamente al magistrato dibattimentale per la celebrazione del giudizio orale, oppure imporre – in determinati casi⁶¹– la prosecuzione del rito nella formulazione ordinaria.

L'effettiva applicazione della *conformidad con los hechos* poteva quindi determinare importanti effetti acceleratori, posto che, per l'appunto, ove i vari passaggi dell'istituto fossero andati tutti a buon fine, l'imputato otteneva un deciso accorciamento della fase istruttoria, l'eliminazione di quella intermedia e, quindi, un rapido passaggio al dibattimento⁶².

Pare peraltro utile precisare come la legge non avesse però assolutamente stabilito in modo espresso alcun effetto premiale che "remunerasse" il *reconocimiento de hechos* dell'accusato.

In ogni caso, al di là del fatto che, come ha chiarito autorevole dottrina, il meccanismo processuale in questione poteva comunque comportare al prevenuto il vantaggio di riuscire a evitare l'applicazione di misure cautelari o il loro prolungamento⁶³, lo stesso presentava sin dalle origini due aspetti peculiari, che lo rendono particolarmente importante per la presente analisi.

Il primo consisteva nel fatto che il legislatore, avendo richiesto per il funzionamento dell'art. 789, comma 5.5^a *LECrim* una dichiarazione di volontà bilaterale dell'accusato e della pubblica accusa sulla conclusione anticipata delle *diligencias de investigación*, ha inevitabilmente favorito lo sviluppo di negoziazioni e accordi tra le parti⁶⁴, da compiersi già in una fase anticipata del rito, di cui però non viene fatta menzione in modo espresso nella lettera della legge.

Pare del resto naturale che, in assenza di una vera e propria trattativa tra il MF e il prevenuto (*rectius* il suo legale), assai difficilmente tale strumento avrebbe potuto funzionare, o almeno ciò sarebbe potuto avvenire in una percentuale risibile di casi.

In secondo luogo, inoltre, il meccanismo del *reconocimiento de hechos* già allora poteva essere utilizzato quale ponte per compiere una *conformidad* "piena" e

pubblico ministero, determinando così un'accelerazione anche delle loro investigazioni, ma doveva però essere ratificato davanti al giudice istruttore, il quale avrebbe dovuto informare il prevenuto delle sue garanzie. Cfr., a riguardo, ad esempio, V. MORENO CATENA, *El proceso penal abreviado*, in V. GIMENO SENDRA-V. MORENO CATENA-V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, 2^a ed., 1997, pp. 797 s.

⁶¹ In argomento, cfr., ampiamente, L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 116 s.

⁶² Cfr. L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 112 ss.

⁶³ Cfr. L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., p. 112.

⁶⁴ In argomento, cfr., V. FAIRÉN GUILLÉN, *Las «negociaciones» y «conformidades» del sujeto pasivo del proceso penal (Ley de 28 de diciembre de 1988)*, in ID., *Estudios de Derecho procesal civil, penal y constitucional*, vol. III, Madrid, 1992, p. 391; P.M. BUTRÓN BALIÑA, *La conformidad del acusado*, cit., p. 259.

accelerata davanti al giudice del dibattimento⁶⁵, a cui le parti comunque erano chiamate a formulare le loro richieste.

A tale riguardo, vi è chi ha persino affermato che, con lo strumento dell'art. 789, comma 5.5^a *LECrim*, il legislatore avesse voluto ideare anzitutto un mezzo di accesso più snello e veloce alla *conformidad* "classica" e solo secondariamente un istituto che permettesse un'anticipazione del giudizio orale⁶⁶.

È del resto chiaro che, ove l'accusato non decidesse di far cessare del tutto sul nascere la fase dibattimentale mediante una *conformidad* "classica" aderendo *in toto* agli addebiti, si sarebbe trovato in una situazione difensiva particolarmente complicata, la cui delicatezza ben si comprende tenuto conto del fatto che l'ammissione fattuale di cui all'art. 789 *LECrim* è stata interpretata come una vera e propria dichiarazione di scienza, dotata di effetti probatori, sostanzialmente analoga a una confessione⁶⁷.

Ciononostante, pare però utile precisare che l'imputato, il quale, pur dopo aver operato con successo un *reconocimiento de hechos*, non si conformasse *in toto* alle accuse in sede dibattimentale, «fermo restando il nucleo storico dei fatti ammessi»⁶⁸, manteneva però la possibilità di produrre degli specifici elementi di prova a sostegno delle sue affermazioni, non avendo rinunciato in alcun modo al suo diritto alla prova⁶⁹.

Non va infatti dimenticato che, per l'appunto, nel meccanismo originario dell'art. 789 *LECRIM*, a differenza di quanto capita nella *conformidad* "classica", il giudizio orale di per sé non veniva evitato, ma soltanto anticipato⁷⁰.

In definitiva, quindi, mediante tale istituto, l'imputato ha acquisito la possibilità di far terminare l'istruttoria preliminare, per il solo tramite di una sua ammissione dei fatti contestati, la quale, oltretutto, già allora poteva costituire parte di un più ampio accordo negoziato tra soggetti del procedimento.

Alla luce di ciò, sarà oramai chiaro come con l'art. 789, comma 5.5^a *LECrim* sia stata introdotta un'importante eccezione all'art. 406 *LECrim* - secondo cui il giudice istruttore non avrebbe potuto concludere la fase preliminare in modo anticipato per la sola presenza di una confessione, essendo obbligato a ricercare la verità materiale⁷¹ - segnandosi così si una svolta per certi versi storica nella procedura penale spagnola.

In tal modo, infatti, il legislatore aveva dato un ulteriore forte segnale di quanto, a determinate condizioni, anche il fondamentale principio di ricerca della verità avrebbe potuto essere "derogato" per ragioni di economia processuale⁷².

⁶⁵ Cfr. P.M. BUTRÓN BALIÑA, *La conformidad del acusado*, cit., p. 259. Cfr. anche D. VIGONI, *L'applicazione della pena*, cit., p. 36; V. MORENO CATENA, *El proceso penal abreviado*, cit., p. 798.

⁶⁶ Cfr. P.M. BUTRÓN BALIÑA, *La conformidad del acusado*, cit., p. 259.

⁶⁷ V., sul punto, L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 89 s.

⁶⁸ Cfr. D. VIGONI, *L'applicazione della pena*, cit., p. 37.

⁶⁹ Cfr. L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 128 ss.

⁷⁰ Cfr. P.M. BUTRÓN BALIÑA, *La conformidad del acusado*, cit., p. 258.

⁷¹ Cfr. T. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela*, cit., p. 167; L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., p. 113, nonché in particolare la *Circular* n. 1 del 1989, cit., p. 416.

⁷² Cfr. L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., p. 113.

3. Le ipotesi di conformidad “in senso stretto” contenute nella Ley Orgánica 7/1988

La *Ley Orgánica 7/1988* ha permesso all'imputato, nei cui confronti si procedesse con il giudizio abbreviato, di manifestare in tre differenti occasioni anche una vera e propria *conformidad* rispetto all'intera imputazione⁷³.

Sulla base di quanto stabilito dal secondo periodo dell'art. 791, comma 3, *LECRIM*, ciò anzitutto poteva avvenire all'interno della fase intermedia, nel lasso procedimentale di presentazione degli atti scritti contenenti l'accusa nei confronti del prevenuto⁷⁴.

In questa disposizione si stabiliva infatti che la difesa potesse dichiarare la propria *conformidad* «conjuntamente con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal».

Orbene, proprio l'utilizzo nella lettera della legge del vocabolo “conjuntamente” è stato interpretato come un segnale di come si fosse voluto aprire le porte del sistema spagnolo a una cooperazione tra le parti nell'elaborazione dell'atto d'accusa⁷⁵.

Difatti, pur spettando la titolarità della *conformidad*, in linea astratta, a una scelta della sola difesa, il fatto che si consentisse la possibilità di depositare uno “scritto di qualificazione” congiunto⁷⁶, ha determinato lo sviluppo di un'esegesi secondo cui la nuova disposizione avrebbe sotteso tutta una serie di contrattazioni tra i soggetti del procedimento, «en torno a un acuerdo sobre la acusación a formular»⁷⁷.

Insomma, nonostante all'interno dell'art. 791, comma 3, secondo periodo *LECRIM* non si parlasse apertamente né di accordi, né di trattative tra le parti, dal linguaggio utilizzato dal legislatore si è dedotto come la *conformidad* espressa in questa fase sarebbe stata *negoziata*⁷⁸ e non più una mera adesione unilaterale della difesa all'*escrito de acusación*.

Il secondo momento utile per effettuare una *conformidad* è stato, invece, individuato nella fase – immediatamente successiva – di presentazione dell'*escrito de defensa*⁷⁹.

Sul punto, la prima parte dell'art. 791, comma 3 stabiliva che «en su escrito, firmado también por el acusado, la defensa podrá manifestar su conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad».

Già da una rapida lettura della disposizione si comprenderà come la stessa dettasse una disciplina per molti versi analoga all'art. 655 *LECRIM* per il rito

⁷³ Cfr. in particolare, l'efficace analisi di T. ARMENTA DEU, *La “conformidad” dell'accusato nel processo penale spagnolo*, cit., pp. 21 ss.; S. BARONA VILAR, *La conformidad como manifestación de la justicia negociada*, cit., pp. 52 ss.

⁷⁴ Cfr. S. BARONA VILAR, *La conformidad como manifestación de la justicia negociada*, cit., p. 52.

⁷⁵ In dottrina si veda sul punto cfr. L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., p. 147, nonché quanto stabilito dalla già citata *Circular n. 1 del 1989*, descritta ampiamente al paragrafo seguente.

⁷⁶ Cfr. S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 72.

⁷⁷ Cfr. L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 147 ss., a cui si rimanda anche per le numerose citazioni dottrinali. Si veda, ad esempio, in giurisprudenza, tra le tante, Tribunal Supremo, 28 febbraio 1996, n. 191, in www.poderjudicial.es. In dottrina, S. BARONA VILAR, *La conformidad como manifestación de la justicia negociada*, cit., pp. 52-53.

⁷⁸ Tanto che da questo momento in poi è stata utilizzata l'espressione “conformidad negociada”, cfr., ad esempio, P.M. BUTRÓN BALIÑA, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 243 ss.; L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 115 ss.

⁷⁹ Cfr. S. BARONA VILAR, *La conformidad como manifestación de la justicia negociada*, cit., p. 53.

concernente i gravi delitti, essendo quindi qualificabile quale ipotesi di «*conformidad espontánea*»⁸⁰, profondamente diversa da quella operante nella fase della presentazione dello scritto di qualificazione dell'accusa.

Difatti, non prevedendo la possibilità di presentare uno scritto di qualificazione congiunto tra le parti, la *conformidad* prevista nel primo periodo dell'art. 791, comma 3 *LECrim* è stata ancora inquadrata come un mero «*acto unilateral de adhesión, por parte de la defensa, al escrito de acusación más grave*»⁸¹ e non quale frutto di una serie di proposte e controproposte tra i partecipanti al rito.

Di modo che, in sostanza, all'interno di un'unica disposizione (l'art. 791 *LECrim*) il meccanismo processuale in esame veniva ad operare in due modi assai diversi: da un lato, per il tramite di una vera e propria trattativa tra le parti e, da un altro lato, mediante una mera scelta unilaterale da parte del prevenuto e del suo difensore.

Ma è stata la terza e ultima ipotesi di *conformidad*, inserita all'art. 793, comma 3.I *LECrim*, a raccogliere più successo nella prassi, venendo applicata in una percentuale molto alta di casi⁸², a detrimento delle altre modalità attraverso cui si strutturava il meccanismo processuale in esame⁸³.

Tale disposizione stabiliva che «*antes de iniciarse la práctica de la prueba, la acusación y la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrán pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación, más grave que la del escrito de acusación*».

Si trattava, quindi, di una *conformidad* dichiarata all'inizio del giudizio orale, tramite cui le parti accusatrici si erano viste attribuire l'inedita possibilità di ritirare l'*escrito de acusación* presentato in precedenza, per depositarne, *in limine iudicii*, uno nuovo, creato sulla base di una trattativa e un accordo con la difesa⁸⁴.

Ancora una volta, infatti, nonostante la legge non parlasse espressamente di trattative, gli interpreti hanno individuato la giustificazione di questo cambio di strategia processuale degli accusatori nel fatto che il legislatore, con la nuova normativa, avesse implicitamente consentito «*que haya negociaciones entre la acusación y la defensa, de cara a obtener una reducción en la petición u otra concesión a cambio de una conformidad*»⁸⁵.

In definitiva, l'art. 793, comma 3 è stato letto come un'ulteriore conferma del fatto che i riformatori dell'88 avessero voluto ammettere «*en el proceso penal la posibilidad de negociación entre acusación y defensa, evitando la celebración del juicio oral*»⁸⁶.

⁸⁰ Cfr. L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., p. 154.

⁸¹ Cfr. L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 154 s.

⁸² Cfr. A. DEL MORAL GARCÍA, *La conformidad en el proceso penal*, cit., p. 3.

⁸³ Cfr. L.M. URIARTE VALIENTE, *La conformidad en el proceso penal abreviado tra la Reforma de 24 de octubre de 2002*, in *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2003, p. 1940.

⁸⁴ Cfr. L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 150-151.

⁸⁵ Cfr. L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 150-151.

⁸⁶ In tal senso, cfr., tra le molte, Tribunal Supremo, 1 marzo 2000, n. 9468, in www.poderjudicial.es; Tribunal Supremo, 3 dicembre 1999, n. 7735, *ivi*; Tribunal Supremo, 19 ottobre 1999, n. 7937, *ivi*; Tribunal Supremo, 22 marzo 1999, n. 1957, *ivi*.

Orbene, il fatto che il legislatore dell'88 non avesse regolato in alcun punto in modo espresso la fase delle trattative e degli accordi tra le parti ha inevitabilmente portato alla conclusione di intese con modalità e contenuti del tutto informali: veri e propri *gentlemen's agreement*, fondati sul principio generale del *pacta sunt servanda*⁸⁷ e sulla massima d'esperienza per cui, ove un soggetto non rispettasse gli accordi presi, non avrebbe più avuto vita facile nei negoziati.

Va altresì posto in rilievo come la novella legislativa, pur contribuendo ad attribuire all'istituto in esame una più marcata impronta negoziale⁸⁸ non aveva stabilito degli espliciti vantaggi né per l'imputato che decidesse di optare per una *conformidad*.

Di conseguenza, anche l'aspetto premiale di tale istituto, lungi da essere definito in via generale e astratta, era «da ricercarsi nelle contrattazioni sommerse tra le parti (specie in ordine alla determinazione dei minimi e dei massimi edittali, nonché al bilanciamento delle circostanze)»⁸⁹.

Al fine di garantire che le reciproche concessioni tra gli operatori pratici del diritto non superassero determinati confini, anche la disciplina dell'88 aveva fornito al giudice del dibattimento dei poteri di controllo sul patto raggiunto tra l'accusa e la difesa, limitati però, secondo l'opinione assolutamente maggioritaria, al piano strettamente giuridico e non estesi a quello fattuale⁹⁰.

Pare al riguardo utile precisare che la tesi secondo cui l'organo giudicante, nel contesto dell'istituto in esame, non avrebbe potuto compiere un giudizio storico, tendente a stabilire se un determinato fatto fosse esistito o no nel passato⁹¹, è stata sostenuta in particolare sulla base della lettera dell'art. 793, comma 3, secondo periodo *LECrim*, secondo cui tale soggetto doveva controllare la dichiarazione del prevenuto solo a partire «*de la descripción del hecho aceptado por todas las partes*»⁹².

Orbene, è proprio in ossequio a tale previsione che il Tribunale supremo spagnolo ha dal canto suo affermato assai nettamente, per un verso, che «*el instituto de la conformidad de las partes impide que el tribunal pueda realizar una valoración probatoria distinta a la conformada*»⁹³ e, per un altro verso, che «*el tribunal no puede*

⁸⁷ In merito all'applicabilità di tale criterio generale nella *conformidad* cfr., tra le moltissime, Tribunal Supremo, 10 novembre 2016, n. 10542, in www.poderjudicial.es; Tribunal Supremo, 12 luglio 2006, n. 4280, *ivi*; Tribunal Supremo, 15 aprile 2003, n. 2664, *ivi*; Tribunal Supremo, 14 febbraio 2000, n. 1063, *ivi*.

⁸⁸ Cfr. D. VIGONI, *L'applicazione della pena*, cit., p. 41.

⁸⁹ Cfr. S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 72.

⁹⁰ Sul punto, cfr., la compiuta analisi di L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 430 ss.; A. DE LA OLIVA SANTOS, *Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal*, in *Revista general de derecho*, 1992, pp. 577 s. Sul punto, cfr. anche, più di recente, in termini assai chiari, T. ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho procesal penal*, cit., p. 273, la quale ricorda come nella *conformidad* «*el control es meramente jurídico, no afecta a valoración fáctica alguna*»; A. DEL MORAL GARCÍA, *La conformidad en el proceso penal*, cit., p. 15; J. VIGIL LEVI, *La institución de la conformidad*, cit., p. 24.

⁹¹ Così, testualmente, L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., p. 433.

⁹² Cfr., sul punto, L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 430 ss.

⁹³ Così, testualmente, tra le tante, Tribunal Supremo, 21 aprile 2005, n. 4836, in www.poderjudicial.es; Tribunal Supremo, 24 maggio 2000, n. 4228, *ivi*; Tribunal Supremo, 6 marzo 2000, n. 1767, *ivi*; Tribunal Supremo, 3 dicembre 1999, n. 7735, *ivi*.

hacer una valoración sobre la prueba de los hechos conformados que vinculan al tribunal, precisamente porque no se ha celebrado juicio oral»⁹⁴.

Mentre, sempre a partire dalla medesima disposizione, in dottrina si è sostenuto che «*cualquier control sobre la legalidad penal de la conformidad, así a favor como en contra del acusado, lo ha de hacer el órgano jurisdiccional tomando como base inalterable los hechos consensuados*»⁹⁵.

Di modo che, in sostanza, secondo detta opinione, anche nel giudizio abbreviato, tramite il meccanismo in esame «*el hecho quedaría formalmente fijado en sentencia como acaecido, sin necesidad de prueba*»⁹⁶ e senza che questo potesse essere comunque alterato.

Insomma, come ha rilevato assai chiaramente la massima giurisprudenza spagnola, concordando una *conformidad*, le parti si sono viste riconoscere la possibilità di evitare che la funzione classica di ricostruzione del fatto attraverso l'esame delle prove «*sea realizada por el Juez, porque las partes le suministran unos hechos conformados, y solicitan del organo jurisdiccional que realice las otras [...] funciones típicas, la de calificación y la determinación de la pena*»⁹⁷.

Alla luce di ciò, quindi, si comprenderà il perché si sia affermato che l'istituto in questione avrebbe singolarmente ammesso che un atto dispositivo, fondato su un accordo delle parti, «*sea suficiente para formar la premisa fáctica de la sentencia, que devendría ya inalterablemente establecida*»⁹⁸.

Si tratta di una soluzione normativa che, avendo evidentemente attribuito notevoli poteri alle parti, è stata oggetto di critiche, tanto che il Consiglio generale del Poder Judicial già negli anni Novanta ha proposto di riformare le disposizioni sulla *conformidad*, per permettere al giudice o al tribunale di accordare la continuazione del giudizio, nel caso in cui non vi fossero prove sufficienti a conferma della dichiarazione autoaccusatoria del prevenuto⁹⁹, senza che tale iniziativa sia stata però implementata.

Una parte minoritaria degli interpreti non ha però condiviso tale tesi¹⁰⁰.

Alcune sentenze, infatti, – concernenti però la disciplina dell'art. 655 LECrim – hanno affermato, nonostante il silenzio della legge, che il giudice avrebbe potuto anche all'interno della *conformidad* «*absolver al procesado o procesados si estiman*

⁹⁴ Così, testualmente, Tribunal Supremo, 10 ottobre 2011, n. 7297, in www.poderjudicial.es; Tribunal Supremo, 21 marzo 2001, n. 10062, *ivi*; Tribunal Supremo, 16 giugno 2000, n. 6497, *ivi*; Tribunal Supremo, 6 marzo 2000, n. 1767, *ivi*; Tribunal Supremo, 1 marzo 2000, n. 9438, *ivi*; Tribunal Supremo, 3 dicembre 1999, n. 7735, *ivi*; Tribunal Supremo, 19 ottobre 1999, n. 7937, *ivi*; Tribunal Supremo, 22 marzo 1999, n. 1957, *ivi*.

⁹⁵ Cfr., sul punto, L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., p. 430.

⁹⁶ Così, L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 430 ss.; A. DE LA OLIVA SANTOS, *Disponibilidad del objeto*, cit., pp. 577-578.

⁹⁷ In tal senso, in modo assai limpido, Tribunal Supremo, 19 ottobre 1999, n. 7937; Tribunal Supremo, 22 marzo 1999, n. 1957, *ivi*.

⁹⁸ Così, L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., p. 431.

⁹⁹ Cfr., sul punto, L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., p. 396.

¹⁰⁰ Cfr., sul punto, ad esempio, L. VARELA CASTRO, *Para una reflexión sobre el régimen de la conformidad en el procedimiento abreviado*, in *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1992, p. 219.

improbados los hechos de autos o no acreditada su participación en los mismos, o imponer pena menor a la mutuamente aceptada por las partes»¹⁰¹.

Si tratta di una soluzione che, pur non trovando per l'appunto un preciso sostegno normativo nella *LECrim*, era probabilmente motivata dal timore che una limitazione assoluta dei poteri del giudice sul piano fattuale avrebbe potuto essere foriera di abusi, che si sarebbero potuti verificare, ad esempio, se il prevenuto avesse manifestato la sua *conformidad* per un reato in realtà da lui palesemente non commesso, oppure non avvenuto del tutto.

Orbene, secondo autorevole dottrina, l'ordinamento spagnolo avrebbe comunque avuto a disposizione precisi "anticorpi" per evitare tali situazioni paradossali¹⁰².

Il primo rimedio sarebbe stato fornito dall'art. 699 *LECrim*, il quale, sin dal 1882, stabilisce che la *conformidad* vada rigettata nel caso in cui non sia stato possibile constatare l'esistenza del corpo del delitto.

Il secondo, invece, avrebbe dovuto essere individuato nell'art. 11, comma 2 della *LOPJ*, il quale permette sempre al giudice di rigettare la richiesta di una sentenza di *conformidad* nel caso in cui questi valuti motivatamente che la dichiarazione del prevenuto determini una frode della legge o processuale.

In ogni caso, neppure i controlli di natura giuridica che il giudice doveva, invece, certamente effettuare erano particolarmente penetranti, essendovi così un'ulteriore riprova di quanto spazio fosse lasciato nel contesto di tale istituto «alla volontà delle parti e agli accordi che incidono direttamente nel merito»¹⁰³.

Sul punto viene in gioco proprio il già citato art. 793, comma 3, *LECrim*, il quale stabiliva anzitutto che il decidente, in presenza di una dichiarazione di adesione dell'imputato all'accusa, dovesse verificare se il fatto approvato dalle parti fosse in realtà privo di tipicità penale, oppure se risultasse evidente «*la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de pena o de su preceptiva atenuación*»¹⁰⁴.

Oltre a ciò la legge dell'88 prevedeva, in via innovativa, che il giudice non fosse vincolato dalle *conformidades* relative all'adozione di una misura di sicurezza, rimanendo quindi questi libero di applicare o meno le stesse secondo il suo prudente apprezzamento.

Ma non è tutto. Le maggiori questioni esegetiche in dottrina e giurisprudenza erano state determinate dall'utilizzo da parte del legislatore spagnolo, all'interno

¹⁰¹ Cfr., in questo senso, Tribunal Supremo, 7 novembre 1990, n. 8004, in www.poderjudicial.es; Tribunal Supremo, 1 marzo 1988, n. 9945, *ivi*; Tribunal Supremo, 1 marzo 1988, n. 1417, *ivi*. Per chiarezza, pare utile rilevare come, anche con riguardo all'art. 655 *LECrim* la giurisprudenza assolutamente maggioritaria era solita affermare che i fatti su cui fosse stata presettata la *conformidad* fossero vincolati sia per le parti sia per il tribunale, cfr. a riguardo, L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., p. 432.

¹⁰² Cfr., L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 440 s.

¹⁰³ Cfr. D. VIGONI, *L'applicazione della pena*, cit., p. 40.

¹⁰⁴ Per un'ampia spiegazione di tali requisiti, cfr., per tutti, L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 441 ss.

dell'art. 793, comma 3, *LECrim*, della locuzione «*sí la pena no excediera de seis años, el Juez o Tribunal dictará sentencia de estricta conformidad*»¹⁰⁵.

Tale disposizione ha dato, infatti, adito a interpretazioni discordanti, essendosi persino discusso in merito al quesito se, all'interno del giudizio abbreviato, gli imputati potessero manifestare la propria *conformidad* anche qualora la pena (da intendersi in concreto) fosse superiore al limite di sei anni, oppure se, nel caso in cui tale *range* edittale fosse superato, lo strumento processuale in esame fosse del tutto precluso¹⁰⁶.

Senza contare che, data la mancanza di alcuna spiegazione normativa dell'espressione «*sentencia de estricta conformidad*», è rimasto a lungo controverso il quesito di quali fossero gli effettivi poteri di controllo dell'organo giudicante in merito alla pena mutualmente accettata dalle parti e, più in particolare, se questi fosse totalmente vincolato dalla stessa, oppure potesse irrogarne una inferiore o persino assolvere¹⁰⁷.

Orbene, tenuto conto di queste e di altre criticità esegetiche sollevate dalla disciplina sul giudizio abbreviato, non stupirà sapere che, poco tempo dopo l'entrata in vigore della legge organica del 1988, l'organo di vertice dei pubblici ministeri spagnoli abbia ritenuto indispensabile emanare un atto di indirizzo, con cui ha tentato di fornire una guida agli interpreti anche per l'applicazione dell'istituto in esame¹⁰⁸.

4. *La Circular de la Fiscalía General del Estado n. 1 del 1989*

Lo sviluppo della giustizia negoziata in Spagna è stato senz'altro favorito dalla *Circular de la Fiscalía General n. 1 del 1989*, in cui, per l'appunto, l'organo di vertice dei procuratori di tale Paese ha predisposto una guida esegetica completa alla grande riforma del 1988.

Si tratta di un atto particolarmente importante, anche in ragione del fatto che lo stesso ha inaugurato la prassi tra i pubblici ministeri spagnoli, seguita più volte nel corso degli anni, di emanare provvedimenti amministrativi in materia di *conformidad*, volti a potenziare l'utilizzo pratico di tale strumento di conclusione del rito.

Ciò, peraltro, non sembra poter stupire, posto che, specie nel caso in cui la disciplina legislativa di un istituto contrattato sia lacunosa, sono gli operatori pratici del diritto a dover regolare in via informale aspetti, anche di primo rilievo, dei negoziati e degli accordi.

Di modo che pare del tutto comprensibile che sia stato lo stesso vertice dei pubblici ministeri ad aver voluto chiarire più precisamente in via astratta le regole

¹⁰⁵ Per un'ampia ricostruzione delle problematiche sollevate da tale disposizione, cfr. P.M. BUTRÓN BALIÑA, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 247 ss.; L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 442 ss.

¹⁰⁶ Sul punto, si veda l'ampia ricostruzione di L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 264 ss. V., anche per ulteriori riferimenti dottrinali, cfr. S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 73 nt. 212.

¹⁰⁷ Cfr. L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 442 ss.

¹⁰⁸ Ci si riferisce alla già citata celebre *Circular n. 1 del 1989*.

del gioco, garantendo così, tra l'altro, maggior uniformità nell'applicazione di tale meccanismo processuale all'interno dei singoli uffici del *Ministerio Fiscal* sparsi in un territorio nazionale.

Per quanto qui interessa, la *Circular* del 1989 assume un rilievo peculiare non soltanto in quanto racchiude una prima esegesi "ufficiale" dell'intera disciplina della *conformidad*, ma soprattutto alla luce di alcune considerazioni generali espresse nell'*incipit* della parte di tale provvedimento dedicata all'istituto in esame.

Va, infatti, puntualizzato che, a detta del *Fiscal General*, la riforma del procedimento abbreviato del 1988, mediante l'inserimento del *reconocimiento de hechos* e la modifica della *conformidad*, avrebbe introdotto all'interno del sistema penale spagnolo un innovativo «*principio del "consenso"*»¹⁰⁹, fondato su alcuni parametri costituzionali¹¹⁰.

Di modo che, secondo tale opinione, il legislatore spagnolo non sarebbe stato libero di decidere se inserire o meno delle soluzioni consensuali di una regiudicanda penale per la criminalità di minore gravità, ma avrebbe avuto un vero e proprio «*imperativo ètico-jurídico*»¹¹¹ ad agire in tal senso.

Data l'importanza dei valori in gioco, il *Fiscal General* si è quindi sentito in dovere di invitare i singoli pubblici ministeri - i quali, pare utile ricordare, in tale ordinamento sono organizzati sulla base di un rapporto gerarchico¹¹² - a promuovere tali soluzioni semplificatrici del procedimento «*utilizando todos los márgenes de arbitrio legal para llegar a situaciones de consenso con el acusado y su defensa, especialmente en el ámbito de los delitos menos graves y de menor trascendencia social, esto es, en el de las infracciones penales conocidas como "bagatelas"*»¹¹³.

È quindi chiaro che, per il tramite di tale atto amministrativo, si sia data una forte spinta a un'utilizzazione massiccia della *conformidad*, intesa, evidentemente, come un istituto non solo legittimo, ma persino imposto dalla necessità di dare piena attuazione ad alcuni principi dotati di copertura costituzionale.

Ma vi è di più. La *Circular* in esame ha anche fornito un autorevole avallo all'esegesi secondo cui alcune delle nuove ipotesi di *conformidad*, inserite con la legge organica del 1988, sarebbero state del tutto innovative, in quanto non fondate su una scelta unilaterale dell'accusato, ma su una trattativa tra le parti¹¹⁴.

Ciò è stato del resto affermato a chiare lettere da parte del *Fiscal General* nella parte del provvedimento in cui sono state descritte le singole modalità operative dell'istituto in esame.

¹⁰⁹ Cfr. *Circular* n. 1 del 1989, cit., pp. 413 ss.

¹¹⁰ Cfr. *Circular* n. 1 del 1989, cit., pp. 413 s. Il primo parametro è stato individuato nell'art. 10, comma 2, della Costituzione spagnola, posto che la manifestazione dell'accusato della volontà di sottomettersi alla sanzione avrebbe costituito una «*manifestación de la autonomía de la voluntad o ejercicio de la libertad y desarrollo de la propia personalidad*». Mentre, il secondo nell'art. 25, comma 2, della Carta fondamentale; e ciò in quanto l'ammissione da parte dell'accusato della sua responsabilità penale e l'accettazione della sanzione avrebbero facilitato l'obiettivo della rieducazione.

¹¹¹ Cfr. *Circular* n. 1 del 1989, cit., p. 413.

¹¹² Per una chiara spiegazione dell'organizzazione degli uffici della pubblica accusa nell'ordinamento spagnolo, cfr. Cfr. S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., pp. 58 ss.

¹¹³ Cfr. *Circular* n. 1 del 1989, cit., p. 414.

¹¹⁴ Cfr. *Circular* n. 1 del 1989, cit., p. 417.

Con riguardo all'art. 791, comma 3, secondo periodo, infatti, si è chiarito che la possibilità per l'accusa e la difesa di presentare uno scritto di qualificazione congiunto avrebbe obbligato a facilitare i contatti tra le parti, al fine di raggiungere un accordo avente ad oggetto una *conformidad*¹¹⁵.

Lo stesso vale anche per la citata disposizione dell'art. 793, comma 3, *LECrim*, la quale è stata letta come un'ulteriore fonte per raggiungere un accordo tra accusa e difesa¹¹⁶.

A detta del vertice dei procuratori spagnoli, questi spazi di negozialità avrebbero dovuto essere sfruttati al massimo dovendo i singoli *Fiscal* adottare «*posiciones estratégicas en el proceso que fomenten la conformidad de los acusados y eviten la carga procesal de la celebración del juicio*»¹¹⁷.

Merita peraltro segnalare come la circolare del 1989, oltre a esortare i *Fiscales* a concludere quanti più accordi possibili, li ha anche espressamente invitati a mantenere le trattative dentro i binari previsti dalla legge, stabilendo che gli accusatori avrebbero dovuto «*promover esas soluciones facilitadoras de la sentencia, no ciertamente apartándose de la legalidad*»¹¹⁸.

In tal modo, quindi, il capo dei procuratori spagnoli, essendosi reso conto degli eccessi in cui facilmente incorrono gli istituti di giustizia contrattata, ha voluto effettuare un netto richiamo agli operatori pratici del diritto a discutere sempre all'interno dei confini ammessi dalla *LECrim*, posto che altrimenti la negozialità da fenomeno positivo avrebbe corso il rischio di divenire un grave problema per l'ordinamento.

In definitiva, quindi, mediante questo atto il fenomeno in esame sembra aver compiuto un ulteriore significativo balzo in avanti, essendo state esplicitate, una volta per tutte, le potenzialità intrinseche sottese a diverse delle innovazioni inserite con la legge dell'88.

L'appello a un utilizzo sempre più massiccio dell' meccanismo in esame compiuto dalla *Circular* pare aver dato i suoi frutti, se si pensa che, nel 1998, il 24,3 % di tutte le sentenze pronunciate dagli *Juzgados de lo Penal* sono state di *conformidad*. Percentuale che poi è man mano cresciuta al 24,8% nel 1999, al 27,3, % nel 2000 e al 29,9 % nell'anno 2001¹¹⁹.

Insomma, si è trattato di un istituto che, proprio in quanto fondato sul gene espansivo della negozialità, ha dato una prova sempre migliore di sé.

Alla luce di ciò, non stupirà sapere che – esattamente come è avvenuto in diversi paesi europei – anche il legislatore spagnolo abbia voluto, dopo un primo periodo di vigenza, aumentare ancor di più l'efficacia deflativa dello strumento contrattato, onde massimizzare le conseguenze benefiche sullo sfoltoimento del carico giudiziario in eccesso.

5. Le riforme alla *conformidad* approvate nei primi anni 2000: generalità

¹¹⁵ Cfr. *Circular* n. 1 del 1989, cit., p. 417.

¹¹⁶ Cfr. *Circular* n. 1 del 1989, cit., p. 418.

¹¹⁷ Cfr. *Circular* n. 1 del 1989, cit., p. 418.

¹¹⁸ Cfr. *Circular* n. 1 del 1989, cit., p. 414.

¹¹⁹ Queste statistiche possono ritrovarsi in Cfr. L.M. URIARTE VALIENTE, *La conformidad en el proceso penal abreviado*, cit., p. 1940.

Se è vero che il legislatore spagnolo aveva, già negli anni Novanta, da un lato, apportato alcune modifiche alle disposizioni del giudizio *abreviado* concernenti l'istituto in esame¹²⁰, e, da un altro lato, introdotto una nuova ipotesi di *conformidad* per i reati di competenza del nuovo *Tribunal del Jurado*¹²¹, in cui il presidente del collegio si è visto attribuire l'inedita possibilità di rigettare la *conformidad* nel caso in cui «*existen motivos bastantes para estimar que el hecho justiciable no ha sido perpetrado o que no lo fue por el acusado*»¹²², è però solo nei primi 2000 che lo strumento contrattato ha subito un completo *restyling*.

Ci si riferisce alle profonde novità apportate in materia tra il 2002 e il 2003 da una serie di leggi – ovvero la l. del 24 ottobre 2002 n. 38; la l. organica del 24 ottobre 2002, n. 8; nonché, infine, la l. organica del 25 novembre 2003, n. 15 – le quali hanno introdotto la maggior parte delle disposizioni che ancora oggi regolano l'istituto della *conformidad*¹²³.

¹²⁰ Ci si riferisce, in particolare, alle modifiche determinate dalla già citata l. 10/1992, del 30 aprile, *de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, la quale, come si è avuto modo di accennare, aveva in particolare introdotto la dicitura espressa *conformidad con los hechos*.

¹²¹ Sulla quale cfr., tra i moltissimi, L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 549 ss.; E.G. PILLADO- D. FERNANDEZ FUSTES, *La regulación de la conformidad en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (II)*, in *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, pp. 35 ss. Pare utile ricordare che, in modo simile alla disciplina della *conformidad* negoziata prevista per il giudizio abbreviato, l'art. 50, comma 1 della legge sul *Jurado* fornisce alle parti la possibilità di manifestare la *conformidad* in due modi assai diversi, ovvero, rispetto allo scritto di qualificazione che richieda l'applicazione della pena più grave, oppure con un nuovo scritto di qualificazione, presentato in quel momento e sottoscritto da tutte le parti. È chiaro, quindi, che in tale seconda ipotesi il deposito di una nuova imputazione costituisce l'emersione di un accordo e di trattative previe tra le parti. Per un cenno sul punto, cfr. P.M. BUTRÓN BALIÑA, *La conformidad del acusado*, cit., p. 266.

¹²² Cfr. l'art. 50, comma 2, della l. organica 22 maggio 1995, n. 5, *del tribunal del jurado*. In argomento, cfr. E.G. PILLADO- D. FERNANDEZ FUSTES, *La regulación de la conformidad*, cit., pp. 57 ss., le quali spiegano come il presidente del collegio per riscontrare l'esistenza di tali motivi sufficienti deve valutare il materiale probatorio, anche se si è nel contesto di una *conformidad*.

¹²³ Per un quadro generale delle modifiche apportate alla *conformidad* da tale fondamentale riforma, cfr., tra i moltissimi, F.J. GARRIDO CARRILLO, *De las reformas procesales penales. Breves reflexiones sobre los juicios rápidos y la conformidad*, in *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2005, pp. 1412 ss.; V. MORENO CATENA, *Los nuevos procesos penales (I). El procedimiento abreviado*, Valencia, 2004, pp. 113 ss.; V. GIMENO SENDRA - J.C. LÓPEZ COIG, *Los nuevos juicios rápidos y de faltas. Con doctrina, jurisprudencia y formularios*, Madrid, 2003, *passim*; T. ARMENTA DEU, *La riforma del processo penale in Spagna*, in *Cass. pen.*, 2004, pp. 3052 ss.; Y. DOIG DÍAZ, *La conformidad «premiada» en los Juicios Rápidos*, in *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2004, pp. 1686 ss.; J.J. MUERZA ESPARZA, *Algunas consideraciones sobre la regulación de la conformidad en la reforma procesal penal de 2002*, in *AA.VV., Homenaje a don Eduardo Font Serra. Tomo II*, vol. II, Madrid, 2004, pp. 1619 ss.; S. QUATTROCOLO - A. LUACES GUTIERREZ, *Conformidad e patteggiamento: spunti per un'analisi comparata tra Spagna e Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 342 ss.; R. LÓPEZ JIMÉNEZ, *La conformidad ante el Juzgado de Instrucción de Guardia*, in *Revista Penal*, 2005, pp. 67 ss.; A. GONZÁLEZ NAVARRO, *Absprachen im spanischen Strafverfahren – mit besonderer Berücksichtigung des beschleunigten Verfahrens*, in *ZStW*, 2011, pp. 163 ss.; M. DEL PILAR MARTÍN RÍOS, *La conformidad del acusado en el juicio rápido (I) e (II)*, in www.diariolaley.laley.es; N. CABEZUDO RODRÍGUEZ, *Justicia negociada y nueva reforma procesal penal*, in *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2003, pp. 1788 ss.; V. GIMENO SENDRA, *La conformidad «premiada» de los juicios rápidos*, *ivi*, 2004, pp. 5 ss.; L.M. URIARTE VALIENTE, *La conformidad en el proceso penal abreviado*, cit., pp. 1921 ss.; S. BARONA VILAR, *Régimen jurídico de la conformidad en el proceso penal tras la Ley 38/2002 y la LO 8/2002*, in *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, 2003, pp. 31 ss.

Specie i primi due atti normativi appena citati sono stati il frutto del “patto di Stato per la riforma della giustizia”, raggiunto il 28 maggio 2001 dal Governo e dal Partito Popolare e da quello Socialista¹²⁴, mediante cui le maggiori forze politiche spagnole si erano ripromesse di elaborare una nuova *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, che recepisce la giurisprudenza del Tribunale costituzionale e apportasse una modernizzazione dell’intero sistema processuale¹²⁵.

Come si può desumere dalla lettura del punto n. 17 di tale provvedimento, uno degli obiettivi che il legislatore avrebbe dovuto perseguire nel contesto di questo mutamento complessivo della procedura penale spagnola sarebbe dovuto essere quello di garantire «*la agilización de los procedimientos, la mejora de los procedimientos abreviados, el enjuiciamiento inmediato de los delitos menos graves y flagrantes, y la simplificación de trámites en las grandes causas*».

Se i partiti politici non sono poi riusciti a concretizzare questo più ambizioso progetto di riforma, con la novella parziale degli anni 2002-2003 si è tentato quantomeno di rispondere alle esigenze di miglioramento dell’efficienza processuale enunciate a gran voce dal patto¹²⁶.

Per raggiungere tale obiettivo, il legislatore è intervenuto massicciamente sulla disciplina originaria della *LECrim*, creando, anzitutto, un nuovo giudizio speciale – il cosiddetto *juicio rápido de delitos* – per la trattazione accelerata di alcune fattispecie di reato, che non implicassero particolari problemi di accertamento¹²⁷. Si tratta di una tipologia procedimentale – simile al giudizio direttissimo italiano¹²⁸ – «che, sulla scorta di precedenti esperienze, valorizza il ruolo della polizia e del *Juez de Guardia*, favorendo la rapida instaurazione del giudizio orale»¹²⁹.

In secondo luogo, oltre a dettarsi una più snella procedura per i reati più lievi (le *faltas*), sono state anche apportate numerose modifiche alla disciplina del *juicio abreviado*, volendosi, in tal modo, per un verso, risolvere i più pressanti problemi interpretativi emersi nel corso dei primi anni di operatività di tale rito e, per un altro verso, garantire un migliore coordinamento con l’appena introdotto *juicio rápido*¹³⁰.

Orbene, uno dei veri e propri fiori all’occhiello di tale articolato intervento normativo è stato – come accennato – proprio la riforma dell’istituto della *conformidad*, il quale è venuto ad assumere un’importanza ancora più capitale sia nel giudizio abbreviato, sia nel nuovo “processo rapido”.

Più precisamente, il legislatore è intervenuto sul punto tanto apportando delle significative novità al meccanismo del *reconocimiento de los hechos* e alle sopra

¹²⁴ Il testo di tale documento è reperibile online al sito www.juecesdemocracia.es/pdf/pactoRefJust.pdf. Per un approfondimento, cfr. V. MAGRO SERVET, *El Pacto de Estado de la Justicia y la apuesta por los juicios rápidos*, in *La Ley*, 2002, p. 1556.

¹²⁵ Cfr., a riguardo, R. LÓPEZ JIMÉNEZ, *La conformidad ante el Juzgado de Instrucción de Guardia*, cit., p. 67.

¹²⁶ Cfr., sul punto, S. QUATTROCOLO – A. LUACES GUTIERREZ, *Conformidad e patteggiamento*, cit., p. 343.

¹²⁷ Per una chiara spiegazione del funzionamento di tale rito si veda, per tutti, T. ARMENTA DEU, *La riforma del processo penale in Spagna*, cit., pp. 3052 ss.; I. FLORES PRADA, *Il giudizio “rapido” spagnolo*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 1, pp. 134 ss.

¹²⁸ Cfr. S. MARCOLINI, voce *Processo penale spagnolo*, cit., p. 789.

¹²⁹ Cfr. S. MARCOLINI, voce *Processo penale spagnolo*, cit., p. 789.

¹³⁰ Cfr., sul punto, S. QUATTROCOLO – A. LUACES GUTIERREZ, *Conformidad e patteggiamento*, cit., p. 345.

esaminate ipotesi di *conformidad* operanti nel giudizio abbreviato, quanto inserendo all'interno della disciplina del giudizio rapido una modalità del tutto inedita di *conformidad*.

Peraltro, l'innovazione forse più significativa introdotta in tale contesto è stata la creazione di alcune ipotesi di *conformidad* premiali¹³¹, comprensive, per la prima volta, di uno sconto di pena, stabilito in via generale e astratta dalla legge.

In tal modo, è stato parzialmente superato quel sistema di contrattazioni del tutto sommerse che potevano, ove mantenute in un limite fisiologico, aver ad oggetto la sola determinazione della pena all'interno dei massimi e minimi stabiliti dalla legge o il bilanciamento delle circostanze.

Ciò sta a significare che quando, nei primi anni 2000, le forze politiche spagnole hanno tentato di rendere più efficiente il sistema processuale penale¹³², piuttosto di intervenire, come, invece, fatto in altri Stati europei, mediante l'inserimento di forme di archiviazione condizionate, ha, ancora una volta, scelto di far leva sull'antico strumento processuale in esame, potenziandolo sia da un punto di vista premiale, sia da quello negoziale.

Si tratta di una opzione di politica normativa, ripensata parzialmente soltanto in tempi molto più recenti, che pare dimostrare come in Spagna il canone dell'obbligatorietà dell'azione penale sia stato inteso, per un lungo periodo, in maniera più rigida rispetto a quanto avvenuto, ad esempio, in Germania e in Austria.

Ci si trova in ogni caso di fronte a un'operazione normativa complessa, che ha determinato un terzo passaggio fondamentale nello sviluppo della giustizia penale negoziata spagnola.

6. *Segue. Le modifiche alla disciplina del reconocimiento de los hechos*

Uno degli istituti su cui il legislatore spagnolo è intervenuto in modo più massiccio nel contesto delle riforme sopra descritte è senza dubbio il meccanismo ponte del *reconocimiento de los hechos*, la cui disciplina – che non aveva avuto un grande successo nella prassi¹³³ – è stata riscritta del tutto e inserita in un nuovo art. 779, comma 1.5^a, *LECrim*¹³⁴.

In via preliminare, pare utile segnalare come la novità forse maggiore apportata sul punto sia stata la creazione di un collegamento diretto, anche normativo, tra tale strumento processuale e la *conformidad* vera e propria.

Detto altrimenti: mentre in origine, come si è avuto modo di vedere, non sussisteva alcun riferimento esplicito nell'art. 789, comma 5.5^a *LECrim*, alla

¹³¹ Cfr. V. GIMENO SENDRA, *La conformidad «premiada»*, cit., pp. 5 ss.

¹³² Cfr. S. BARONA VILAR, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Valencia, 2004, *passim*.

¹³³ M. DEL PILAR MARTÍN RÍOS, *La conformidad del acusado en el juicio rápido (I)*, in *www.diariolaley.laley.es*, p. 11.

¹³⁴ Per un commento organico a tale disposizione cfr. V. MORENO CATENA, *Los nuevos procesos penales*, cit., pp. 114 ss.; J.-L. GÓMEZ-COLOMER, *La conformidad*, cit., pp. 25 ss.; C. CONDE-P. TOURÓN-J. GARBERÍ LLOBREGAT, *sub art. 779 LECrim*, in *Los juicios rápidos, el procedimiento abreviado y el juicio de faltas*, t. I, Barcelona, 2003, pp. 449 s.; L.M. URIARTE VALIENTE, *La conformidad en el proceso penal abreviado*, cit., pp. 1943 ss. Cfr. anche A.M. SIAGURA, *La negoziabilità della pena*, cit., pp. 185 ss.

conformidad "classica", questo aspetto è radicalmente cambiato dopo le novelle degli inizi del nuovo millennio, che hanno, per l'appunto, ideato un legame espresso e necessario (e non più quindi solo occasionale) tra *conformidad con los hechos* e *conformidad "ordinaria"* (negoziata o spontanea che sia).

Ma andiamo con ordine. Anche il nuovo art. 779, comma 1.5^a *LECrim* ha configurato il riconoscimento dei fatti come un meccanismo complesso, il cui ambito di operatività è stato circoscritto sia temporalmente, sia quantitativamente¹³⁵.

Dal primo punto di vista, infatti, la nuova disposizione ha ribadito la possibilità per i prevenuti di optare per tale istituto solo nel corso dell'istruttoria preliminare del *procedimiento abreviado* (il riconoscimento deve avvenire prima che l'istruttore abbia disposto l'atto di conclusione o di continuazione suppletiva delle *diligencias previas*), non essendo possibile aderire allo stesso una volta aperta la fase intermedia¹³⁶.

È del resto chiaro come in tal modo si sia voluta confermare la vocazione fortemente acceleratoria di tale meccanismo, la cui *ratio* è rimasta quella di consentire ai soggetti sottoposti a un procedimento penale un rapido passaggio dalla fase dell'istruttoria preliminare a quella del giudizio, per il tramite di una ammissione dei fatti loro addebitati.

La limitazione quantitativa deriva invece dal richiamo, contenuto nella previsione in commento, ai limiti edittali indicati nel neo-introdotta art. 801 *LECrim*, da cui si desume come lo strumento del *reconocimiento de los hechos* possa operare solamente quando i fatti per cui si procede siano costitutivi di un delitto la cui sanzione (considerata in astratto¹³⁷) non sia superiore ai tre anni di *prisión*, o a dieci anni di pena di distinta natura, con l'unica eccezione della multa, per cui non sussiste alcuna limitazione. Si tratta, all'evidenza, di fattispecie per cui è competente il solo *Juez de lo Penal* e non l'*Audiencia Provincial*¹³⁸, di modo che, in sostanza, gli accusati possono utilmente giovare di tale meccanismo soltanto per alcuni dei reati giudicati con rito abbreviato.

Dal testo dell'art. 779, comma 1.5^a si ricava, inoltre, come l'istituto in questione sia stato fondato su più atti distinti compiuti da soggetti diversi.

Il punto di partenza di tale meccanismo è rimasto il riconoscimento dei fatti per cui si procede, compiuto da parte del prevenuto – assistito dal suo avvocato – alla presenza del giudice istruttore¹³⁹. Anche in questo caso, quindi, il legislatore ha ritenuto possibile consentire all'indagato di determinare una netta semplificazione delle forme per il tramite di una sua dichiarazione di scienza, equiparata a una confessione, necessariamente accompagnata da alcune garanzie (la presenza di un legale e del giudice).

Dopo tale dichiarazione autoaccusatoria, spetta al giudice istruttore – quando concorrono tutti i requisiti fin qui descritti – il compito di convocare

¹³⁵ Cfr. L.M. URIARTE VALIENTE, *La conformidad en el proceso penal abreviado*, cit., p. 1944.

¹³⁶ Cfr. L.M. URIARTE VALIENTE, *La conformidad en el proceso penal abreviado*, cit., p. 1944.

¹³⁷ Cfr. L.M. URIARTE VALIENTE, *La conformidad en el proceso penal abreviado*, cit., p. 1945.

¹³⁸ Cfr. S. BARONA VILAR, *Régimen jurídico de la conformidad*, cit., p. 38.

¹³⁹ Cfr. S. BARONA VILAR, *Régimen jurídico de la conformidad*, cit., p. 38, la quale ricorda che, rispetto alla disciplina passata, in questo caso il fatto che il riconoscimento dei fatti debba essere effettuato alla presenza del giudice è stabilito in modo espresso dalla legge.

immediatamente il *Ministerio Fiscal* e gli accusatori privati, eventualmente partecipanti al rito, affinché questi dichiarino di essere disponibili a formulare uno scritto d'accusa in cui confluisca una vera e propria *conformidad* ordinaria (e quindi riferita all'intera imputazione) dell'imputato.

Come è stato attentamente rilevato, ciò «comporta la previa negoziazione tra le parti in ordine ai fatti, alla loro qualificazione giuridica e alla pena, inquadrandosi così l'istituto tra i veri e propri “negozi giuridico-processuali”»¹⁴⁰.

A tale riguardo, è anzitutto utile osservare come la riforma del 2002 abbia garantito espressamente anche agli accusatori privati il diritto di partecipare alle trattative concernenti questa ipotesi di *conformidad*¹⁴¹, determinando così, tra l'altro, un significativo rafforzamento della situazione della vittima, che abbia scelto di costituirsi nel processo, rispetto alla disciplina precedente.

A ben vedere, però, questa innovazione pare particolarmente delicata, posto che, sembrando la legge richiedere il necessario assenso di tutte le parti per il concreto operare dello strumento processuale in questione, ne ha reso potenzialmente assai difficile l'utilizzo pratico¹⁴².

Dalla lettera della nuova disposizione, sembra infatti che gli accusatori privati abbiano acquisito una sorta di potere di veto sulla concreta operatività di questo istituto, potendo, ove rimasti insoddisfatti dalla fase dei negoziati, impedire all'imputato di portare a termine la procedura dettata nell'art. 779, comma 1.5^a, semplicemente negando di essere disposti a formulare uno scritto di qualificazione congiunto, comprensivo della *conformidad*¹⁴³.

Si tratta, peraltro, di una soluzione che sembra poter far discutere, specie alla luce del fatto che, a ben vedere, il legislatore spagnolo, pur facendo un forte affidamento sulla possibilità per le parti di negoziare e trovare tra di loro delle intese sull'oggetto del rito, non ha ancora una volta regolato in modo espresso tale aspetto, lasciando quindi piena libertà ai soggetti del procedimento di gestire in via informale la fase delle trattative e degli accordi.

Tale impostazione pare, in qualche modo, frutto di una certa fatica – propria di molti legislatori europei – ad ammettere apertamente davanti all'opinione pubblica la presenza di mercanteggiamenti all'interno del rito penale, quasi che i detentori del potere politico provino vergogna a considerare necessario, per riuscire a sfoltire il carico giudiziario in eccesso, introdurre degli istituti di giustizia penale negoziata.

In ogni caso, una volta che le parti abbiano effettivamente manifestato davanti al giudice l'intenzione di concludere una *conformidad*¹⁴⁴, la legge ha poi previsto che il decidente debba trasformare le “indagini preliminari” dell'*abreviado* in investigazioni “urgenti”, ordinando la continuazione del rito per il tramite degli

¹⁴⁰ Così, efficacemente, S. QUATTROCOLO – A. LUACES GUTIERREZ, *Conformidad e patteggiamento*, cit., p. 347.

¹⁴¹ Cfr. J.-L. GÓMEZ-COLOMER, *La conformidad*, cit., p. 26.

¹⁴² Cfr. J.-L. GÓMEZ-COLOMER, *La conformidad*, cit., p. 26.

¹⁴³ Si vedano sul punto le considerazioni critiche di J.-L. GÓMEZ-COLOMER, *La conformidad*, cit., p. 26.

¹⁴⁴ Cfr. L.M. URIARTE VALIENTE, *La conformidad en el proceso penal abreviado*, cit., p. 1948.

artt. 800 e 801 *LECrim*¹⁴⁵, i quali, come si vedrà, riguardano il giudizio rapido per taluni delitti.

Mediante lo strumento del *reconocimiento de los hechos*, il prevenuto ha quindi ottenuto la possibilità di far cambiare la tipologia di procedimento a lui applicabile, provocando il passaggio dal giudizio abbreviato a quello rapido, ideato – di norma – per le situazioni di particolare semplicità probatoria.

A questo punto, una volta aperto il giudizio orale, ove sia presentato concretamente lo scritto di qualificazione d'accusa congiunto, comprensivo della *confirmidad* “annunciata” in precedenza¹⁴⁶, si è stabilito che il giudice istruttore, dopo aver esercitato i generali controlli sulla dichiarazione autoaccusatoria, previsti – come si vedrà – dal nuovo art. 787 *LECrim*, debba pronunciare una sentenza di *confirmidad premiada*, applicando al prevenuto uno sconto di pena secco di un terzo¹⁴⁷.

Le ragioni che possono spingere l'imputato a optare per tale meccanismo saranno quindi ora del tutto chiare: tramite il riconoscimento dei fatti l'imputato si è visto riconoscere la possibilità di ottenere un beneficio premiale, di cui altrimenti non potrebbe altrimenti giovare (salvo i casi di applicabilità del giudizio rapido), neppure ove decidesse di manifestare la propria *confirmidad* ordinaria in seno alla fase intermedia o del dibattimento del giudizio abbreviato.

In tal modo, quindi, il sistema spagnolo di giustizia negoziata ha dato un forte segnale di voler remunerare tramite un (cospicuo) sconto di pena, stabilito per la prima volta in via generale e astratta, soltanto quegli accusati di reati non particolarmente gravi, che facciano risparmiare allo Stato molte energie processuali, ammettendo gli addebiti in momenti anticipati del rito.

7. *Segue. La novella delle altre ipotesi di confirmidad collocate nel giudizio abbreviato*

Nel contesto dell'ampio novero di riforme approvate tra il 2002-2003 il legislatore spagnolo è intervenuto massicciamente anche sulle ipotesi “ordinarie” di *confirmidad*, operanti nel giudizio abbreviato¹⁴⁸.

Come anticipato, le modifiche hanno avuto lo scopo di chiarire determinati punti particolarmente oscuri della disciplina introdotta nel 1988, anche recependo quanto stabilito in via pretoria dalla giurisprudenza¹⁴⁹.

Non si è trattato quindi di un cambio totale di prospettiva: la novella ha infatti mantenuto, quantomeno da un punto di vista generale, le modalità di *confirmidad* che già esistevano nel procedimento abbreviato, nonché la oramai tradizionale dicotomia tra adesione unilaterale o negoziata all'imputazione.

¹⁴⁵ Per una chiara spiegazione del funzionamento di questa fase del meccanismo si rinvia a L.M. URIARTE VALIENTE, *La confirmidad en el proceso penal abreviado*, cit., pp. 1948 s.

¹⁴⁶ Cfr. L.M. URIARTE VALIENTE, *La confirmidad en el proceso penal abreviado*, cit., p. 1949.

¹⁴⁷ Cfr. V. MORENO CATENA, *Los nuevos procesos penales*, cit., p. 120.

¹⁴⁸ Cfr., a riguardo, in particolare, V. MORENO CATENA, *Los nuevos procesos penales*, cit., pp. 120 ss.; A.M. SIAGURA, *La negoziabilità della pena*, cit., pp. 181 ss.; J.-L. GÓMEZ-COLOMER, *La confirmidad*, cit., pp. 27 ss.; L.M. URIARTE VALIENTE, *La confirmidad en el proceso penal abreviado*, cit., pp. 1949 ss.; S. BARONA VILAR, *Régimen jurídico de la confirmidad*, cit., pp. 40 s.

¹⁴⁹ Cfr. L.M. URIARTE VALIENTE, *La confirmidad en el proceso penal abreviado*, cit., p. 1942.

Di modo che, in sostanza, lasciando tale meccanismo processuale spaccettato in tutta una serie di norme separate tra loro, il legislatore non è riuscito ad ovviare a uno dei principali difetti che da sempre ha affetto la *conformidad*, ovvero la sua assoluta mancanza di organicità, foriera di problematiche interpretative e applicative.

Ciononostante, i cambiamenti sono stati diversi e di sicuro rilievo e hanno avuto ad oggetto la stessa sede normativa di tutte le ipotesi operative dell'istituto operanti nel rito in questione.

Così, anzitutto, la disciplina della *conformidad*, manifestata nel corso della fase intermedia, è stata collocata in un nuovo art. 784, comma 3, *LECrim*¹⁵⁰, il quale ha sostituito il sopra descritto art. 791, comma 3, *LECrim*¹⁵¹.

Tale disposizione ha continuato a consentire all'imputato di prestare la sua conformità in due modi assai diversi, ovvero all'interno del suo scritto di difesa (art. 784, comma 3, primo periodo), oppure in uno scritto d'accusa concordato tra le parti (art. 784, comma 3, secondo periodo). Se, peraltro, la prima di queste ipotesi, non essendo il frutto di una trattativa, non assume rilievo in questa sede, la seconda va, invece, certamente analizzata, in quanto racchiude una modalità di *conformidad* negoziata piuttosto diversa rispetto al passato¹⁵².

Da un punto di vista letterale, il nuovo articolo stabilisce infatti – tra l'altro - che «*dicha conformidad podrá ser también prestada con el nuevo escrito de calificación que conjuntamente firman las partes acusadoras y el acusado junto con su Letrado, en cualquier momento anterior a la celebración de las sesiones del juicio oral, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 787.1*».

Il legislatore ha, in buona sostanza, in tal modo voluto sostituire l'originaria ipotesi di *conformidad* prestata congiuntamente al primo scritto di qualificazione dell'accusa, che aveva dato diversi problemi nella prassi¹⁵³, prevedendo, invece, la possibilità per il prevenuto, sempre assistito dal suo difensore, di manifestare l'adesione agli addebiti soltanto¹⁵⁴ in relazione a una «nuova e differente qualificazione dei fatti, concordata con il p.m. e, eventualmente, anche con le altre parti accusatrici, inserendola in un atto [...] redatto e siglato congiuntamente da tutti gli interessati»¹⁵⁵.

Una delle cause di tale modifica è stata individuata proprio nella volontà di evitare gli abusi che, nel vigore della disciplina precedente, si erano venuti a creare nel caso in cui l'imputato ritrattasse la *conformidad* nel momento di comparizione davanti all'organo giudicante, situazione che poteva creare dei pregiudizi alla posizione dell'accusa¹⁵⁶.

In ogni caso, la nuova previsione ha introdotto due novità importanti per il presente studio.

¹⁵⁰ Per un commento organico di tale disposizione, cfr. C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN-J. GARBERÍ LLOBREGAT, *sub art. 779 LECrim*, in *Los juicios rápidos*, cit., pp. 599 ss.

¹⁵¹ Cfr. L.M. URIARTE VALIENTE, *La conformidad en el proceso penal abreviado*, cit., p. 1950.

¹⁵² Cfr. L.M. URIARTE VALIENTE, *La conformidad en el proceso penal abreviado*, cit., p. 1951.

¹⁵³ Cfr. L.M. URIARTE VALIENTE, *La conformidad en el proceso penal abreviado*, cit., pp. 1950-1951.

¹⁵⁴ Cfr. L.M. URIARTE VALIENTE, *La conformidad en el proceso penal abreviado*, cit., p. 1951.

¹⁵⁵ Così, efficacemente, S. QUATTROCOLO – A. LUACES GUTIERREZ, *Conformidad e patteggiamento*, cit., p. 348.

¹⁵⁶ Cfr. L.M. URIARTE VALIENTE, *La conformidad en el proceso penal abreviado*, cit., p. 1951.

La prima consiste nell'aver notevolmente ampliato il lasso di tempo entro in cui l'imputato può manifestare la sua *conformidad* in questo contesto, posto che, a partire da tale riforma, le parti non hanno più dovuto raggiungere un'intesa già nel momento di presentazione del primo scritto di qualificazione del *Fiscal*, ma, invece, hanno acquisito la possibilità di negoziare tra loro e accordarsi per tutto il periodo antecedente alla trattazione del giudizio orale¹⁵⁷.

La seconda – ancora più significativa – va individuata nel fatto che, a differenza rispetto a quanto era previsto nella regolamentazione approvata nel 1988, la nuova normativa ha richiesto il coinvolgimento non solo del *Fiscal*, ma anche degli eventuali accusatori privati, nel raggiungimento di un accordo su uno scritto di qualificazione condiviso in cui far confluire la *conformidad* del prevenuto¹⁵⁸.

È chiaro, quindi, che, a partire da tale novella, la vittima – sempre che decida di costituirsi come accusatore particolare¹⁵⁹ – ha potuto giocare un ruolo ancora maggiore nello svolgimento della fase delle trattative, essendo stato reso necessario anche il suo consenso affinché l'imputato potesse concretamente usufruire della *conformidad* prevista dall'art. 784, comma 3, secondo periodo *LECrim*.

Alla luce di ciò (e di quanto si è già affermato con riferimento all'istituto del riconoscimento dei fatti), si comprenderà come nel modello spagnolo di giustizia negoziata tale soggetto sia venuto a ricoprire un ruolo senza dubbio maggiore rispetto a quanto si è visto accadere ad esempio in Germania, potendo non solo partecipare direttamente ai negoziati, ma anche bloccarli.

Si tratta, a ben vedere, dell'evoluzione di una particolare sensibilità nei confronti del soggetto passivo, già manifestata anche nella disciplina originaria della *conformidad* spagnola, che, come si è avuto modo di vedere, già nel XIX secolo consentiva all'imputato di conformarsi pure alle pretese civilistiche della *regiudicanda*.

Ciò chiarito, va però precisato che, anche dopo la riforma del 2002, il legislatore non ha regolato direttamente all'interno dell'art. 784, comma 3, *LECrim*, ogni aspetto della *conformidad* manifestata nel corso della fase intermedia, limitandosi a compiere un rinvio, per molti aspetti anche fondamentali, a quanto previsto dal più articolato art. 787 *LECrim*¹⁶⁰, il quale detta la disciplina dell'istituto in esame nel corso della fase iniziale del giudizio orale.

Quest'ultima disposizione, che ha sostituito il sopra esaminato art. 793, comma 3¹⁶¹, stabilisce infatti che, prima dell'inizio dell'istruzione probatoria dibattimentale, il prevenuto, sempre assistito dal suo difensore, possa manifestare la *conformidad* o rispetto all'*escrito* contenente la richiesta di piena più grave (atto

¹⁵⁷ Cfr. C. ARANGÜENA FANEGO, *Aspectos fundamentales de la reforma del procedimiento abreviado por Ley 38/2002, de 24 de octubre (II)*, in *Actualidad penal*, 2003, p. 506; L.M. URIARTE VALIENTE, *La conformidad en el proceso penal abreviado*, cit., pp. 1951 s.

¹⁵⁸ Cfr. S. QUATTROCOLO – A. LUACES GUTIERREZ, *Conformidad e patteggiamento*, cit., p. 348 e, in particolare, la nt. 36.

¹⁵⁹ Cfr. X. FERREIRO BAAMONDE, *La víctima en el proceso penal*, Madrid, 2005, p. 380.

¹⁶⁰ Per un commento organico, cfr. C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN-J. GARBERÍ LLOBREGAT, *sub art. 787 LECrim*, in *Los juicios rápidos*, cit., pp. 674 ss.

¹⁶¹ Cfr. L.M. URIARTE VALIENTE, *La conformidad en el proceso penal abreviado*, cit., pp. 1953-1954.

unilaterale), oppure attraverso il deposito di un nuovo scritto redatto congiuntamente dalle parti (atto negoziato)¹⁶².

Accanto a questi precetti non particolarmente innovativi, l'art. 787 detta, invece, tutta una serie di regole di interesse, considerate «comuni ad ogni tipo di *conformidad*»¹⁶³.

In primo luogo, l'articolo stabilisce che è possibile accedere allo strumento processuale in questione nel procedimento *abreviado* soltanto qualora la richiesta di pena in concreto non ecceda i sei anni di "*prisión*"¹⁶⁴.

L'esplicita menzione di questo sbarramento ha avuto il fine di eliminare i dubbi ingenerati dalla (ambigua) locuzione "*stricta conformidad*", che è stata totalmente eliminata¹⁶⁵.

Nella parte immediatamente successiva della disposizione, il legislatore ha poi delimitato, in modo più articolato rispetto al passato, il novero dei controlli a cui è chiamato il giudice del dibattimento a fronte di una dichiarazione di *conformidad*¹⁶⁶.

A tale riguardo, pare anzitutto utile precisare come, anche in questo caso, la riforma abbia attribuito al decisore poteri di verifica di natura meramente giuridica e non fattuale¹⁶⁷, non essendo stato quindi seguito nella *conformidad* prestata nel corso del giudizio abbreviato il modello introdotto con l'art. 50 della legge sul *Tribunal del Jurado*.

Questo dato si può chiaramente ricavare dal secondo comma dell'art. 787 *LECrim*, il quale stabilisce che il giudice o il tribunale, *partendo dalla descrizione dei fatti accettata da tutte le parti* (elemento che quindi viene dato per acquisito senza la necessità di prova)¹⁶⁸, debba valutare la correttezza della qualificazione giuridica e che la pena sia «*procedente según dicha calificación*»¹⁶⁹.

¹⁶² Cfr. C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN-J. GARBERÍ LLOBREGAT, *sub art. 779*, cit., p. 674.

¹⁶³ Cfr. S. QUATTROCOLO – A. LUACES GUTIERREZ, *Conformidad e patteggiamento*, cit., p. 348.

¹⁶⁴ Cfr. S. MARCOLINI, voce *Processo penale spagnolo*, cit., p. 796.

¹⁶⁵ Cfr. S. QUATTROCOLO – A. LUACES GUTIERREZ, *Conformidad e patteggiamento*, cit., p. 349.

¹⁶⁶ In argomento, tra i moltissimi, cfr. L. BACHMAIER, *The Principle of Legality*, cit., pp. 100 s.; T. ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho procesal penal*, pp. 272 s.; A. DEL MORAL GARCÍA, *La conformidad en el proceso penal*, cit., pp. 14 ss.; S. QUATTROCOLO – A. LUACES GUTIERREZ, *Conformidad e patteggiamento*, cit., pp. 351 s.; J.M. FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *El control judicial de la conformidad en el proceso penal*, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2012, pp. 41 ss.; J. VIGIL LEVI, *La institución de la conformidad*, cit., pp. 23 ss.; C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN-J. GARBERÍ LLOBREGAT, *sub art. 787*, cit., pp. 676 ss.; L.M. URIARTE VALIENTE, *La conformidad en el proceso penal abreviado*, cit., pp. 1956 s.

¹⁶⁷ Cfr. T. ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho procesal penal*, p. 273; A. DEL MORAL GARCÍA, *La conformidad en el proceso penal*, cit., p. 15; J. VIGIL LEVI, *La institución de la conformidad*, cit., p. 24.

¹⁶⁸ Cfr. A. DEL MORAL GARCÍA, *La conformidad en el proceso penal*, cit., p. 15; J. VIGIL LEVI, *La institución de la conformidad*, cit., p. 24.

¹⁶⁹ Sul punto autorevole dottrina ha affermato che, nel contesto dell'istituto in esame, il giudice sarebbe chiamato ad effettuare un controllo di stretta legalità sulla pena, dovendosi limitare alla sola verifica del fatto che la sanzione rientri nel range legale corrispondente alla qualificazione giuridica accettata dalle parti. In questo senso, ad esempio, V. MORENO CATENA, *Los nuevos procesos penales*, cit., p. 129; J. VIGIL LEVI, *La institución de la conformidad*, cit., p. 27. In giurisprudenza cfr., però, Tribunal Supremo, 6 maggio 2004, n. 5834, in www.poderjudicial.es, riprendendo un arresto antecedente alla riforma ha affermato espressamente che il giudice non perderebbe in sede di valutazione su una *conformidad* «*las facultades que le proporciona fundamentalmente el artículo 66 del Código penal y que le permite ajustar la pena en función, no sólo de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, sino también valorando las condiciones personales del delincuente y la mayor o menor*

Mediante tale disposizione si è quindi voluto fare in modo che l'organo giudicante possa rigettare eventuali *charge bargaining*, oppure accordi in cui sia concordata l'applicazione di sanzioni non adeguate rispetto alla qualificazione giuridica, non stabilendosi invece che questi possa andare alla ricerca di una *factual basis* per la dichiarazione autoaccusatoria del prevenuto.

Orbene, alla luce di ciò, si comprende perché la procura generale dello Stato spagnola, in uno dei suoi atti di commento alla riforma del 2002¹⁷⁰, abbia definito le facoltà giudiziali nei confronti di una *conformidad* un mero atto di «*homologación*»¹⁷¹ rispetto alla volontà delle parti.

In via del tutto innovativa, il comma 3 dell'art. 787 *LECrim* ha poi previsto che, qualora il decidente consideri imprecisa la qualificazione formulata o che la sanzione non risponda ai parametri di legge, dovrà, in prima battuta, chiedere all'accusa che abbia presentato lo scritto di qualificazione più grave se è disposta a modificarlo o meno¹⁷². In tale evenienza, si apre una duplice possibilità: ove lo scritto venga effettivamente emendato, il prevenuto potrà aderire alla nuova imputazione e il giudice dettare sentenza di *conformidad*; in caso contrario (così come ove il prevenuto non voglia conformarsi al nuovo scritto), dovrà essere disposta la continuazione del dibattimento del rito abbreviato¹⁷³.

Ciò posto, va comunque osservato come queste modifiche non siano riuscite a risolvere in via definitiva la problematica concernente la possibilità per il decisore di rideterminare *in melius* la pena concordata tra le parti, applicandone una inferiore o assolvendo, essendo continuato sul punto un «acceso dibattito, che sovente si attesta su posizioni letteralmente contrapposte»¹⁷⁴.

Oltre ai controlli appena citati, la legge ha stabilito anche una serie di regole volte ad assicurare che la scelta dell'imputato di optare per l'istituto in questione sia il frutto di una decisione autonoma, consapevole e volontaria¹⁷⁵.

Di questo aspetto si occupa, anzitutto, la seconda parte dell'art. 787, comma 2, *LECrim*, in cui si impone all'organo giudicante di sentire in ogni caso l'imputato per verificare che la sua *conformidad* sia prestata liberamente e «*con conocimiento de sus consecuencias*».

In tal modo, il legislatore ha dimostrato di non accontentarsi del fatto che gli scritti di qualificazione, contenenti una *conformidad*, debbano essere firmati dall'accusato, considerando tale garanzia meramente formale e insufficiente.

Ma non è tutto. Onde avere un'ulteriore riprova del fatto che l'adesione del prevenuto all'imputazione sia volontaria, il comma quarto dell'art. 787 stabilisce che, dopo la manifestazione della *conformidad* da parte della difesa, il giudice o il

gravedad del hecho». Cfr. anche Audiencia Provincial Madrid, 17 febbraio 2012, n. 2634, *ivi*; Audiencia Provincial Algeciras, 6 luglio 2006, n. 157, *ivi*

¹⁷⁰ Ci si riferisce alla *Circular* n. 1 del 7 aprile 2003, *sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado*, in www.fiscal.es.

¹⁷¹ Cfr. *Circular* n. 1 del 7 aprile 2003, *cit.*, p. 43.

¹⁷² Cfr. S. QUATTROCOLO – A. LUACES GUTIERREZ, *Conformidad e patteggiamento*, *cit.*, p. 349.

¹⁷³ Cfr. S. QUATTROCOLO – A. LUACES GUTIERREZ, *Conformidad e patteggiamento*, *cit.*, p. 349.

¹⁷⁴ Cfr., in argomento, S. QUATTROCOLO – A. LUACES GUTIERREZ, *Conformidad e patteggiamento*, *cit.*, p. 352, a cui si rinvia anche per ulteriori indicazioni dottrinali; M. DEL PILAR MARTÍN RÍOS, *La conformidad del acusado*, *cit.*, pp. 4, nonché A.M. SIAGURA, *La negoziabilità della pena*, *cit.*, pp. 174-175.

¹⁷⁵ Cfr. V. MORENO CATENA, *Los nuevos procesos penales*, *cit.*, pp. 129 s.; L.M. URIARTE VALIENTE, *La conformidad en el proceso penal abreviado*, *cit.*, p. 1957.

presidente del tribunale (prima del 2010 il cancelliere¹⁷⁶) debba nuovamente illustrare all'accusato gli effetti derivanti da tale atto¹⁷⁷.

Orbene, in seguito a questa informazione, il giudice o il presidente del Tribunale deve chiedere al prevenuto se manifesti la sua *conformidad* definitiva¹⁷⁸, disponendo in ogni caso la continuazione del giudizio nel caso in cui nutra dubbi sul fatto che l'accusato abbia prestato il suo assenso in modo non genuino.

Nell'ultima parte dell'art. 787, comma 4 *LECrim* si è infine ribadito, quale definitiva garanzia della consapevolezza del prevenuto degli importanti effetti derivanti dalla sua scelta di conformarsi all'imputazione, che il rito abbreviato debba continuare nonostante la *conformidad* nel caso in cui il difensore risulti in disaccordo con la scelta del suo assistito di dichiararsi colpevole e il giudice ritenga fondata tale l'eccezione¹⁷⁹.

Tuttavia, da una lettura *a contrario*, si comprenderà come il legale non sembra in questo caso essere il titolare di un vero e proprio diritto di veto sulla scelta del suo assistito di conformarsi, posto che il decidente pare poter valutare la fondatezza dell'opposizione del difensore e, se del caso, emanare comunque una sentenza di *conformidad*¹⁸⁰.

Il legislatore ha inoltre confermato anche nella nuova normativa la regola secondo cui le *conformidades* concernenti le misure di sicurezza non vincolano il giudice o il Tribunale (art. 787, comma 5, *LECrim*).

Ciò chiarito, va ora ribadito che, a differenza di quanto fatto per l'istituto del riconoscimento dei fatti o per il giudizio rapido, la riforma non ha introdotto alcun beneficio premiale esplicito per la *conformidad* prestata nella fase intermedia o dibattimentale del giudizio abbreviato.

Il legislatore, operando tale distinguo, ha quindi manifestato un chiaro *favor* nei confronti delle dichiarazioni di conformità che avvengano in una fase assai anticipata del rito, posto che, ove ciò avvenga, il risparmio in termini di economia processuale per lo Stato è certamente maggiore.

Alla luce di ciò, si comprenderà come, anche dopo la novella del 2002/2003, gli accusati che prestino la loro *conformidad* nel corso della fase intermedia o dibattimentale del rito abbreviato possono giovare solamente di eventuali sconti di pena derivanti dalle contrattazioni sommerse tra le parti, le quali, quindi, hanno continuato ad assumere un ruolo centrale.

In via del tutto innovativa, il legislatore ha invece voluto chiarire espressamente le modalità di redazione della sentenza di *conformidad*.

A tale riguardo, viene in rilievo il comma 6 dell'art. 787, il quale stabilisce, per un verso, che tali decisioni devono essere pronunciate oralmente e documentate in ossequio a quanto previsto nel comma 2 dell'art. 789 e, per un altro verso, che se il pubblico ministero e le parti dichiarino di non voler presentare impugnazione, il

¹⁷⁶ Il comma 4 dell'art. 787 è stato infatti modificato dalla l. 13/2009, de 3 de novembre, *de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial*.

¹⁷⁷ Cfr. S. QUATTROCOLO – A. LUACES GUTIERREZ, *Conformidad e patteggiamento*, cit., p. 350.

¹⁷⁸ Cfr. S. QUATTROCOLO – A. LUACES GUTIERREZ, *Conformidad e patteggiamento*, cit., p. 350.

¹⁷⁹ Cfr. S. QUATTROCOLO – A. LUACES GUTIERREZ, *Conformidad e patteggiamento*, cit., p. 350.

¹⁸⁰ Cfr. S. QUATTROCOLO – A. LUACES GUTIERREZ, *Conformidad e patteggiamento*, cit., p. 350; S. BARONA VILAR, *Seguridad, celeridad y justicia penal*, cit., pp. 225 ss.

giudice, nel medesimo atto, dichiarerà oralmente l'irrevocabilità della sentenza e si pronuncerà sulla sospensione o sostituzione della pena imposta¹⁸¹.

Come si è acutamente rilevato, per il tramite di questa enunciazione i riformatori hanno «disciplinato espressamente un fenomeno già diffuso nella pratica processuale, e cioè la pronuncia da parte del giudice, previa audizione delle parti, della sospensione o della sostituzione della pena, una volta dichiara la definitività della sentenza pronunciata oralmente»¹⁸².

In ogni caso, è chiaro come in tal modo si sia voluto diminuire al minimo gli incombenenti che spettano al giudice ove sussista l'accordo delle parti, cercando di sfruttare la prevedibile generale assenza di contenzioso determinata dalla convergenza della loro volontà per massimizzare il risparmio in termini di economia processuale.

Il comma 7 dell'art. 787 dispone infine che le sentenze di *conformidad* sono ricorribili unicamente quando le stesse non hanno rispettato i presupposti di legge o i termini dell'accordo delle parti, senza che l'accusato possa impugnare per ragioni di merito la sua adesione liberamente prestata¹⁸³.

Anche con riguardo a questi aspetti, non si è fatto altro che recepire in una disposizione generale e astratta quanto già stabilito in modo pacifico dalla giurisprudenza, la quale aveva già chiarito l'impossibilità di impugnare le sentenze di *conformidad* per questioni di fatto¹⁸⁴.

Si tratta, peraltro, di un'impostazione del tutto differente rispetto a quanto si è visto accadere in Germania, ove, per l'appunto, il legislatore non ha stabilito alcun limite normativo alla possibilità di impugnare una sentenza frutto di un patto negoziato tra le parti e il giudice.

I riflessi sistematici della scelta di limitare in maniera così marcata i poteri di impugnativi delle parti, sommata oltretutto ai controlli piuttosto esili spettanti all'organo giudicante di primo grado su una dichiarazione di *conformidad*, paiono di assoluto rilievo.

In tal modo, infatti, le parti si sono viste – tra l'altro – riconoscere la possibilità di concludere un procedimento senza che un giudice possa andare a sindacare, a seguito dello svolgimento di un giudizio orale, la corrispondenza alla realtà dell'enunciato fattuale su cui sussista l'accordo delle parti, sembrandosi così abbandonare il canone di ricerca della verità materiale, per abbracciare un principio dispositivo.

Insomma, essendosi attribuiti ai giudici delle impugnazioni dei poteri di controllo così poco penetranti, pare essersi fornita la conferma definitiva di quanto l'imputato e, soprattutto, gli accusatori siano i veri padroni del sistema spagnolo di giustizia negoziata, a differenza di quanto si è visto avvenire nei paesi di lingua tedesca.

In Spagna, infatti, non solo i giudici non si sono visti riconoscere la facoltà di partecipare alla fase dei negoziati concernenti il raggiungimento di un accordo su

¹⁸¹ Cfr. T. ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho procesal penal*, pp. 273 s.

¹⁸² Cfr. S. QUATTROCOLO – A. LUACES GUTIERREZ, *Conformidad e patteggiamento*, cit., p. 352.

¹⁸³ Cfr. V. MORENO CATENA, *Los nuevos procesos penales*, cit., p. 140.

¹⁸⁴ Cfr. S. QUATTROCOLO – A. LUACES GUTIERREZ, *Conformidad e patteggiamento*, cit., p. 352; L.M. URIARTE VALIENTE, *La conformidad en el proceso penal abreviado*, cit., 1958. In giurisprudenza si veda, tra le moltissime sul punto, Tribunal Supremo, 22 febbraio 2016, n. 123, in poderjudicial.es.

una *conformidad*, ma sono stati privati anche di molte prerogative proprie della stessa funzione giurisdizionale, quale, per l'appunto, quella fondamentale di poter compiere un vero e proprio giudizio di fatto e, secondo molti, di poter determinare autonomamente la pena.

In tal modo, quindi, pare esservi stata una sorta di traslazione di poteri dall'organo giudicante alle parti, nei confronti delle quali vi è stato senz'altro un grande atto di fiducia.

Questa situazione ha però inevitabilmente innalzato il rischio di condanne ingiuste, non sembrando sufficienti a evitare del tutto tale pericolo i tenui controlli stabiliti nell'art. 787, i quali vengono comunque compiuti senza che l'organo giudicante abbia a sua disposizione un cospicuo materiale istruttorio, formato nel dibattimento pubblico e orale, che lo guidi nelle sue scelte.

8. *Segue. L'introduzione della conformidad premiada nel "giudizio rapido"*

Una delle novità introdotte nei primi anni 2000 che ha riscosso più successo è stata l'interpolazione, all'interno di un nuovo art. 801 *LECrim*¹⁸⁵, di un'inedita ipotesi di *conformidad* premiale, applicata dal *juez de guardia*, ovvero il giudice «competente per la fase "pre-cautelare"»¹⁸⁶.

Questo schema procedimentale è fondato su un obiettivo assai chiaro: ottenere il massimo risparmio in termini di deflazione processuale, favorendo, tramite la promessa normativa di un cospicuo sconto di pena, l'adesione dell'imputato all'accusa in un lasso temporale assai breve¹⁸⁷.

Si tratta di una modalità operativa dell'istituto in esame particolarmente efficace, che, è però attivabile solo nel contesto del procedimento speciale denominato "giudizio rapido", con cui vengono giudicate alcune fattispecie di reato di scarsa afflittività¹⁸⁸.

Di modo che, in sostanza, salvo quanto si è già affermato in merito al meccanismo sopra descritto del "riconoscimento dei fatti", gli accusati si sono visti riconoscere la possibilità di giovare di tale forma agevolata di *conformidad* solo nel caso in cui ricorrano, oltre alle specifiche condizioni previste all'art. 801 *LECrim*¹⁸⁹,

¹⁸⁵ Sul quale, cfr., ampiamente, F.J. GARRIDO CARRILLO, *De las reformas procesales penales*, cit., pp. 1412 ss.; A.M. SIAGURA, *La negoziabilità della pena*, cit., pp. 164 ss.; Y. DOIG DÍAZ, *La conformidad «premiada» en los Juicios Rápidos*, cit., pp. 1686 ss.; R. LÓPEZ JIMÉNEZ, *La conformidad ante el Juzgado de Instrucción de Guardia*, cit., pp. 67 ss.; C. CONDE-PUMPIDO TOURÓN-J. GARBERÍ LOBREGAT, *sub art. 801 LECrim*, in *Los juicios rápidos*, cit., pp. 11 ss.; M. DEL PILAR MARTÍN RÍOS, *La conformidad del acusado en el juicio rápido (II)*, in www.diariolaley.laley.es; V. GIMENO SENDRA, *La conformidad «premiada»*, cit., 2004, pp. 5 ss.

¹⁸⁶ Cfr. S. QUATTROCOLO – A. LUACES GUTIERREZ, *Conformidad e patteggiamento*, cit., p. 352.

¹⁸⁷ T. ARMENTA DEU, *La riforma del processo penale in Spagna*, cit., p. 3056 identifica tale termine persino in 72 ore.

¹⁸⁸ Cfr. I. FLORES PRADA, *Il giudizio "rapido" spagnolo*, cit., p. 135.

¹⁸⁹ Per una efficace presentazione cfr., in particolare, R. LÓPEZ JIMÉNEZ, *La conformidad ante el Juzgado de Instrucción de Guardia*, cit., pp. 68 ss.; L.M. URIARTE VALIENTE, *La conformidad en el proceso penal abreviado*, cit., pp. 1958 ss.

anche quelle generali che disciplinano l'ambito di applicazione del rito per l'istruzione rapida di determinati delitti¹⁹⁰.

Alla luce di ciò, va quindi ricordato che, in ossequio al disposto dell'art. 795 *LECrim*, affinché possa operare tale procedimento accelerato è necessario che siano soddisfatti tre presupposti cumulativi e almeno un ulteriore requisito tra altri tre alternativi¹⁹¹.

I tre presupposti necessari sono: che il reato sia sanzionato con una pena privativa della libertà personale che non ecceda i cinque anni o con qualunque altra pena la cui durata non superi i dieci anni (limite edittale, da considerarsi in astratto, che però, come si vedrà a breve, è reso più stringente dall'art. 801 *LECrim* per accedere alla *conformidad* davanti al giudice di guardia); che la notizia di reato sia pervenuta all'istruttore tramite un rapporto di polizia; che il sottoposto a procedimento penale «sia stato arrestato o sia stata comunque assicurata la sua "disponibilità giudiziaria"»¹⁹².

I requisiti alternativi, di cui almeno uno deve concorrere con quelli appena elencati, consistono, invece, nel fatto che ci si trovi di fronte a un reato flagrante, oppure che si tratti di una fattispecie a "istruzione semplice", ovvero, infine, che si proceda per uno dei delitti individuati dal comma 1, nr. 2 dell'art. 795 *LECrim*¹⁹³.

Nei commi 2 e 3 dell'art. 795 *LECrim* il legislatore ha poi previsto due cause che impediscono l'applicazione di tale procedura accelerata, altrimenti obbligatoria¹⁹⁴. La prima concerne i casi di connessione tra uno o più reati per cui sia astrattamente applicabile questo giudizio speciale e un altro che fuoriesca dal suo ambito di applicazione, essendo necessario, in tal caso, procedere per tutte le fattispecie mediante la corrispondente procedura ordinaria. La seconda, invece, opera quando il giudice istruttore impone il segreto sull'attività investigativa¹⁹⁵.

Già da questi requisiti si potrà comprendere come il giudizio rapido sia pensato per fattispecie criminose non particolarmente gravi, la cui repressione sia resa semplice e veloce da una situazione di evidenza probatoria, nonché dalla precisa identificazione del prevenuto e da una sua messa a disposizione, in tempi brevi, davanti al giudice istruttore "in servizio di guardia".

Ciò premesso, vanno ora chiariti i profili procedurali che accompagnano la peculiare ipotesi di *conformidad* premiale di cui all'art. 801 *LECrim*¹⁹⁶.

Il primo momento che il legislatore ha considerato utile affinché il prevenuto possa allinearsi all'imputazione in questo rito speciale è la fase immediatamente successiva alla apertura del giudizio orale, disposta dal giudice di guardia, su richiesta di parte, al termine dell'istruttoria preliminare¹⁹⁷.

¹⁹⁰ Sulle quali cfr., assai chiaramente, I. FLORES PRADA, *Il giudizio "rapido" spagnolo*, cit., pp. 136 ss.

¹⁹¹ Cfr. I. FLORES PRADA, *Il giudizio "rapido" spagnolo*, cit., p. 136.

¹⁹² Cfr. I. FLORES PRADA, *Il giudizio "rapido" spagnolo*, cit., p. 136.

¹⁹³ Cfr. I. FLORES PRADA, *Il giudizio "rapido" spagnolo*, cit., p. 136.

¹⁹⁴ Cfr., in merito all'obbligatorietà del procedimento rapido, A.M. SIAGURA, *La negoziabilità della pena*, cit., pp. 166 ss.

¹⁹⁵ Cfr. I. FLORES PRADA, *Il giudizio "rapido" spagnolo*, cit., p. 139.

¹⁹⁶ Sul punto cfr. ampiamente, la *Circular* n. 1 del 7 aprile 2003, cit., pp. 45 ss.

¹⁹⁷ Cfr. I. FLORES PRADA, *Il giudizio "rapido" spagnolo*, cit., p. 142.

A tale riguardo vengono in rilievo gli artt. 800 e 801 *LECrim*, i quali distinguono due diverse possibili situazioni, a seconda che si sia o meno costituito in giudizio l'accusatore particolare in rappresentanza e difesa della vittima¹⁹⁸.

Come, infatti, si ricava dal secondo comma dell'art. 800 *LECrim* e dall'art. 801, comma 1.1°, nel caso in cui l'unica parte accusatrice sia il pubblico ministero, il giudice, nella medesima udienza in cui si è discusso sulla continuazione del rito attraverso le forme del giudizio rapido e sull'apertura del dibattimento¹⁹⁹, gli chiederà di presentare immediatamente l'imputazione, anche oralmente, rispetto alla quale l'imputato potrà manifestare la sua immediata *conformidad* davanti al *juzgado de guardia*, oppure presentare le sue difese scritte o orali, ovvero, infine, chiedere un termine (non superiore a cinque giorni) per presentare il suo scritto di difesa.

Nel caso in cui invece il *fiscal* non abbia formulato l'accusa, il decidente sarà chiamato a sospendere l'udienza e richiedere che il suo superiore gerarchico la predisponga entro due giorni (art. 800, comma 5 *LECrim*): ove tale termine sia rispettato, il giudice riconvocherà l'udienza, nella quale la difesa potrà dichiarare di aderire agli addebiti elevati nei suoi confronti²⁰⁰.

La *conformidad* potrà però essere presentata davanti al giudice di guardia solamente nel caso in cui siano rispettati i presupposti stabiliti dall'art. 801 *LECrim*, il quale fissa – tra l'altro – dei limiti edittali peculiari di accesso all'istituto²⁰¹.

In particolare, affinché possa operare la forma premiale dello strumento processuale in questione, l'art. 801, comma 1. 2° e 3° richiede che i fatti contestati siano stati qualificati in astratto come delitti puniti con una pena detentiva sino a 3 anni, con la multa di qualunque entità o con altra pena la cui durata non ecceda i dieci anni e che, trattandosi di sanzione detentiva, la pena (o la somma delle pene) richiesta in concreto non superi, al netto della riduzione di un terzo, i due anni di *prisión*.

Da queste soglie di accesso si comprende, quindi, come la *conformidad premiada* sia rivolta a una sfera criminale ancora minore rispetto a quella "ordinaria" e che gli imputati possano giovare di tale forma privilegiata dell'istituto in esame soltanto per alcuni reati per cui si proceda mediante il "giudizio rapido"²⁰².

A tali considerazioni di ordine generale, pare utile aggiungere una spiegazione del perché il legislatore abbia considerato opportuno fissare il secondo limite edittale di pena in concreto in due anni di reclusione: la giustificazione di tale requisito si trova nel fatto che tale tetto di pena corrisponde a quello stabilito dal codice penale spagnolo come soglia per la concessione «della sospensione della pena e alla sostituzione della pena privativa di libertà»²⁰³.

Nel caso in cui tali presupposti siano rispettati, il giudice di guardia sottoporrà la *conformidad* manifestata davanti a lui a tutta quella serie di controlli, sopra esaminati, stabiliti nella disposizione generale dell'art. 787 *LECrim* (art. 801,

¹⁹⁸ Cfr. R. LÓPEZ JIMÉNEZ, *La conformidad ante el Juzgado de Instrucción de Guardia*, cit., pp. 69 ss.

¹⁹⁹ Cfr. I. FLORES PRADA, *Il giudizio "rapido" spagnolo*, cit., p. 142.

²⁰⁰ Cfr. sul punto la *Circular* n. 1 del 7 aprile 2003, cit., p. 44.

²⁰¹ Cfr. sul punto la *Circular* n. 1 del 7 aprile 2003, cit., p. 45.

²⁰² Cfr. A.M. SIAGURA, *La negoziabilità della pena*, cit., p. 169.

²⁰³ Cfr. S. QUATTROCOLO – A. LUACES GUTIERREZ, *Conformidad e patteggiamento*, cit., p. 356.

comma 2, *LECrim*)²⁰⁴. Dovrà, quindi, in particolare, verificare che la qualificazione giuridica sia corretta, che la pena risponda ai parametri di legge e la scelta dell'imputato di allinearsi all'addebito sia volontaria, libera e consapevole.

Merita peraltro rilevare come le novelle non abbiano invece introdotto alcuna disposizione *ad hoc* volta a regolare la delicata questione della *conformidad* prestata nei procedimenti cumulativi o in cui più imputazioni siano sollevate nei confronti del medesimo prevenuto²⁰⁵. Essendo carente sul punto anche la disciplina del procedimento abbreviato, la dottrina maggioritaria ha risolto l'*impasse* considerando implicitamente operante il generale richiamo alle norme del rito ordinario per i delitti gravi²⁰⁶.

Ove tutte queste verifiche diano esito positivo, si è previsto che sia sempre lo stesso giudice di guardia a pronunciare oralmente la sentenza di *conformidad*, operando la riduzione di un terzo della pena, anche quando la sanzione inflitta in concreto venga a essere inferiore al minimo edittale previsto nel codice penale (art. 801, comma 2, *LECrim*)²⁰⁷. Se inoltre le parti esprimeranno l'intenzione di non impugnare, egli dichiarerà oralmente l'irrevocabilità della sentenza e, nel caso in cui la pena imposta sia privativa della libertà personale, provvederà in ordine alla sua sospensione e sostituzione (art. 801, comma 2, *LECrim*).

Ma non è tutto. Il legislatore spagnolo, onde favorire ulteriormente il successo pratico di tale istituto, ha anche stabilito condizioni specifiche particolarmente vantaggiose di accesso alla sospensione e alla sostituzione della pena per gli imputati che decidano di manifestare la propria *conformidad* nei termini stabili dall'art. 801 *LECrim*²⁰⁸.

Ciò posto, va a questo punto rilevato che la scelta di attribuire la competenza funzionale a pronunciare la sentenza di *conformidad* ex art. 801 allo stesso organo (il *juez de guardia*) che ha avuto in carico anche la fase istruttoria ha inizialmente suscitato numerosi dubbi di compatibilità della nuova disciplina con il canone, dotato di una copertura convenzionale e costituzionale, di imparzialità del giudice²⁰⁹.

Peraltro, tale criticità pare oramai essere stata superata, alla luce di un'esegesi che ha messo in risalto il fatto che, a ben vedere, nel contesto della *conformidad* l'organo giudicante non vedrebbe minata la sua imparzialità in quanto sarebbe chiamato a svolgere un mero controllo di legalità e non un vero e proprio giudizio di merito²¹⁰.

²⁰⁴ Cfr. sul punto la *Circular* n. 1 del 7 aprile 2003, cit., p. 43.

²⁰⁵ Cfr. R. LÓPEZ JIMÉNEZ, *La conformidad ante el Juzgado de Instrucción de Guardia*, cit., pp. 65 ss.

²⁰⁶ Cfr. A.M. SIAGURA, *La negoziabilità della pena*, cit., pp. 173 s.

²⁰⁷ Cfr. R. LÓPEZ JIMÉNEZ, *La conformidad ante el Juzgado de Instrucción de Guardia*, cit., p. 76.

²⁰⁸ Cfr. R. LÓPEZ JIMÉNEZ, *La conformidad ante el Juzgado de Instrucción de Guardia*, cit., pp. 79 s.

²⁰⁹ In argomento cfr., tra i tanti, S. QUATTROCOLO - A. LUACES GUTIERREZ, *Conformidad e patteggiamento*, cit., pp. 352 ss.; R. LÓPEZ JIMÉNEZ, *La conformidad ante el Juzgado de Instrucción de Guardia*, cit., pp. 80 ss.; L.M. URIARTE VALIENTE, *La conformidad en el proceso penal abreviado*, cit., pp. 1962 s.

²¹⁰ Cfr. T. ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho procesal penal*, p. 273; I. FLORES PRADA, *Il giudizio "rapido" spagnolo*, cit., p. 143.

Come si è anticipato, nel caso in cui invece si sia costituito un accusatore particolare, le modalità attraverso cui il prevenuto può manifestare la sua *conformidad* sono differenti rispetto a quelle appena esaminate²¹¹.

Di tale fattispecie si occupa l'art. 800, comma 4, *LECrim*, il quale dispone che, ove questi abbia sollecitato l'apertura del giudizio orale e lo stesso sia stato aperto, il giudice di guardia fisserà un termine non superiore a due giorni perché le parti accusatrici presentino i loro scritti, rispetto ai quali il prevenuto potrà conformarsi²¹².

Affinché in questo caso la *conformidad* possa avere effetti premiali la stessa andrà però prestata secondo il dettato dell'art. 801, comma 5 *LECrim*, secondo cui, «*si hubiere acusador particular en la causa, el acusado podrá, en su escrito de defensa, prestar su conformidad con la más grave de las acusaciones según lo previsto en los apartados anteriores*»²¹³.

Orbene, tale disposizione ha dato luogo ad ulteriori criticità esegetiche, essendosi in particolare discusso in merito a quale sia il lasso di tempo entro cui il prevenuto debba presentare il suo scritto di difesa, contenente la *conformidad*, affinché questi possa giovare dello sconto di pena di un terzo, stabilito dall'art. 801 *LECrim*²¹⁴.

Senza che sembri necessario dilungarsi sul punto in questa sede, pare utile ricordare che a riguardo si è autorevolmente affermato che il corretto elemento di discriminazione per comprendere se il prevenuto abbia o meno diritto al citato beneficio premiale vada individuato non tanto nel fatto che si sia costituito un accusatore particolare, quanto piuttosto che il prevenuto presenti la sua dichiarazione di conformità davanti al giudice di guardia o meno²¹⁵.

Di modo che, in sostanza, secondo tale tesi, affinché l'accusato possa giovare della *conformidad premiada* questi o dovrà optare per tale istituto subito dopo la presentazione della più grave delle imputazioni nei suoi confronti, senza richiedere il già citato termine a difesa di cinque giorni per depositare il suo scritto di difesa, oppure, pur sollecitando l'ottenimento di tale termine, avrà comunque l'onere di presentare il suo scritto al giudice di guardia, che solo in questa evenienza potrà applicare l'art. 801 *LECrim*²¹⁶ (sempre che sussistano anche gli altri requisiti stabiliti in tale disposizione).

In ogni caso, va infine chiarito che, all'interno del giudizio rapido, non è applicabile solamente questa forma "speciale" di *conformidad*, ma anche quella

²¹¹ Cfr. sul punto la *Circular* n. 1 del 7 aprile 2003, cit., pp. 46 s., la quale specifica che «*la ausencia de acusación particular, requisito que parece exigirse del tenor literal del art. 801.1.1º, no constituye una genuina condición de la aplicación del beneficio*».

²¹² Cfr. A.M. SIAGURA, *La negoziabilità della pena*, cit., p. 170.

²¹³ Cfr. A.M. SIAGURA, *La negoziabilità della pena*, cit., p. 170.

²¹⁴ Cfr., sul punto, ampiamente, R. LÓPEZ JIMÉNEZ, *La conformidad ante el Juzgado de Instrucción de Guardia*, cit., pp. 70 ss.

²¹⁵ Cfr. R. LÓPEZ JIMÉNEZ, *La conformidad ante el Juzgado de Instrucción de Guardia*, cit., p. 70. Un'opinione del tutto diversa è invece stata sostenuta da altra parte della dottrina, secondo la quale il dettato dell'art. 801, comma 5 *LECrim* permetterebbe anche all'imputato che decida di presentare la sua *conformidad* davanti al giudice del dibattimento di ottenere lo sconto di pena di un terzo. Cfr., sul punto, J.M. CHOZAS ALONSO, *La conformidad penal española*, cit., p. 6.

²¹⁶ Cfr. R. LÓPEZ JIMÉNEZ, *La conformidad ante el Juzgado de Instrucción de Guardia*, cit., p. 71.

“generale” stabilita dall’art. 787 *LECrim* per il giudizio abbreviato, la quale però non presenterà per il prevenuto alcun beneficio premiale stabilito normativamente²¹⁷.

Il prevenuto, quindi, anche ove si proceda mediante tale rito speciale potrà aderire all’imputazione anche prima che abbia inizio la vera e propria istruttoria dibattimentale; e ciò o tramite la presentazione di un nuovo scritto di qualificazione congiunta delle parti, ovvero in un suo nuovo scritto di difesa²¹⁸.

Secondo quanto affermato da autorevole dottrina, tale opzione potrà essere utilizzata specialmente quando, dopo la fase intermedia, l’accusato «abbia bisogno di negoziare con il pubblico ministero una riduzione della pena»²¹⁹, oppure, evidentemente, in tutte le ipotesi in cui i più ristretti limiti edittali stabiliti dall’art. 801 *LECrim* non possano essere rispettati nella singola *regiudicanda*.

Già da tale elemento, sembra quindi potersi ricavare come nel contesto nel nuovo giudizio rapido l’elemento innovativo della premialità “normativa” si è andato solo ad aggiungere alle oramai “classiche” trattative tra soggetti del processo, concernenti la possibile dichiarazione di *conformidad* del prevenuto, senza affatto eliminare tale requisito essenziale della giustizia negoziata.

Orbene, questa considerazione pare ancor più valida una volta tenuto conto del fatto che, come si è già avuto modo di vedere, la disciplina della *conformidad premiada* attribuisce indubbiamente un ruolo chiave, rispetto alla concreta possibilità per l’imputato di poter accedere a tale istituto, alle scelte effettuate dalle parti accusatrici con riferimento alla pena concreta richiesta nell’imputazione. Difatti, al *Ministerio Fiscal* o all’accusatore sarebbe sufficiente ricorrere all’*escamotage* di elevare un addebito per cui la pena sia superiore ai requisiti di accesso all’istituto, oppure chiederne una in concreto superiore a due anni di detenzione, per impedire la possibilità di applicare tale istituto premiale²²⁰.

Anche in questo caso, quindi, il prevenuto è stato invogliato a mantenere rapporti quanto più possibili buoni, pure per il tramite di trattative svolte dal suo difensore, con gli altri attori sulla scena processuale, solo così potendo questi incrementare al massimo le possibilità di raggiungere un accordo in merito a un’imputazione effettivamente ricompresa nei limiti edittali stabiliti dell’art. 801 *LECrim*.

9. La Circular 1/2003 e l’Instrucción 1/2003 del 7 aprile del procuratore generale dello Stato

Esattamente come era avvenuto nel 1989 dopo l’approvazione della grande riforma sull’*abreviado*, anche nel 2003 il vertice dei pubblici ministeri spagnoli si è sentito in dovere di emanare dei provvedimenti amministrativi di tipo organizzativo di commento alla nuova legge 38/2002 e alla legge organica 8/2002.

²¹⁷ Cfr. R. LÓPEZ JIMÉNEZ, *La conformidad ante el Juzgado de Instrucción de Guardia*, cit., p. 73, nonché Cfr. A.M. SIAGURA, *La negoziabilità della pena*, cit., p. 171.

²¹⁸ Cfr. A.M. SIAGURA, *La negoziabilità della pena*, cit., p. 171

²¹⁹ Cfr. I. FLORES PRADA, *Il giudizio “rapido” spagnolo*, cit., p. 143.

²²⁰ Si vedano sul punto le considerazioni di L.M. URIARTE VALIENTE, *La conformidad en el proceso penal abreviado*, cit., p. 1960.

Hanno così visto la luce le coeve *Circular 1/2003*²²¹ e *Instrucción 1/2003*²²² del *Fiscal General*, entrambe del 7 di aprile, con cui è, per l'appunto, stata fornita una autorevole e articolata lettura alle modifiche apportate dalle novelle del 2002.

Per quanto qui interessa, specie nel primo dei due atti appena citati si può ritrovare un'ampia analisi delle nuove disposizioni sulla *conformidad*²²³, la cui applicazione, in ragione della cattiva tecnica normativa utilizzata in determinati punti dal legislatore, poteva risultare particolarmente ostica agli operatori pratici del diritto.

D'altra parte, il fatto che la procura generale abbia dimostrato un'attenzione specifica per il meccanismo processuale in esame non sembra può stupire: si è infatti già avuto modo di porre in rilievo quanto il legislatore spagnolo avesse puntato sullo strumento processuale in questione per sfoltire il carico giudiziario in eccesso; obiettivo che rischiava di essere fortemente frustato dalla poca chiarezza di alcune parti del dettato normativo.

Ma è il secondo provvedimento a cui si è fatto riferimento, ovvero l'istruzione numero 1 del 2003, ad assumere un rilievo peculiare per il presente studio: all'interno della stessa sono infatti contenute alcune riflessioni, sia di ordine generale, sia di natura strettamente pratica, che sembrano aver determinato il compimento di ulteriori passi avanti nello sviluppo della giustizia contrattata spagnola²²⁴.

Ci si riferisce anzitutto al fatto che, in tale sede, il *Fiscal General* abbia ammesso apertamente che, onde riuscire a concretizzare la volontà dei riformatori del 2002 di potenziare le soluzioni negoziate delle regiudicande penali, sarebbe stato necessario facilitare lo sviluppo di relazioni tra pubblici ministeri e difensori, «*de manera que pueda reducirse o evitarse la práctica de diligencias de instrucción, imprimiendo celeridad a la solución del proceso*»²²⁵.

Per raggiungere tale obiettivo si è quindi suggerito di rendere più agevole l'ottenimento da parte del Collegio degli avvocati del numero di telefono del pubblico ministero di guardia, volendosi così fornire «*un enlace para las comunicaciones con aquello*»²²⁶.

Di modo che, in sostanza, il mezzo del telefono è stato in tale sede identificato come strumento particolarmente idoneo per iniziare delle trattative sulla possibilità conclusione concordata del rito.

Nella parte successiva del provvedimento, il procuratore generale ha poi affermato apertamente che, pur comportando un'accettazione volontaria della pena, la *conformidad* non determinerebbe affatto una rinuncia alla ricerca della verità materiale e al rispetto del principio di legalità, «*debiendo el Ministerio Fiscal consignar*

²²¹ Ci si riferisce alla già citata la *Circular* n. 1 del 7 aprile 2003, *sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado*, in www.fiscal.es.

²²² Cfr. *Instrucción 1/2003*, del 7 aprile della procura generale dello Stato, *sobre aspectos organizativos de las fiscalías y sus adscripciones con motivo de la reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, in www.fiscal.es.

²²³ Cfr. *Circular* n. 1 del 7 aprile 2003, cit., pp. 41 ss.

²²⁴ Cfr. *Instrucción 1/2003*, cit., pp. 18 ss.

²²⁵ Cfr. *Instrucción 1/2003*, cit., p. 19.

²²⁶ Cfr. *Instrucción 1/2003*, cit., p. 19.

tanto las circunstancias adversas como favorables al imputado en el relato de hechos de la acusación»²²⁷.

Ciò premesso, si è poi ribadito – in linea con quanto già sostenuto dalla citata circolare n. 1 del 1989 – che all’interno dell’ordinamento spagnolo dovrebbe spettare proprio al pubblico ministero il compito di mantenere i negoziati entro i limiti applicativi concessi dalla legge, non potendo questi dare l’assenso a forme atipiche di trattative e accordi²²⁸.

Insomma, così facendo l’istruzione n. 1 del 2003 ha confermato il ruolo chiave giocato dai *Fiscales* in tale sistema di giustizia negoziata, a cui per l’appunto si è voluto attribuire non solo il compito di partecipare alle trattative, ma anche di assicurarne la legalità.

Sembra, quindi, sul punto potersi rilevare una piena sintonia rispetto a quanto affermato, qualche anno dopo, dalla Corte costituzionale tedesca, nella sua celebre pronuncia con cui ha dichiarato la legittimità con il *Grundgesetz* della legge sulle intese del 2009, la quale, in un modo alquanto simile, ha identificato proprio nel pubblico ministero il primo “guardiano della legalità” delle trattative e degli accordi.

L’istruzione n. 1 del 2003, onde assicurare al meglio la regolarità dei negoziati compiuti nel contesto di una *conformidad*, ha poi ribadito l’obbligo di informare il *Fiscal Jefe* o comunque colui che debba esercitare l’attività di visto sull’imputazione nel caso in cui venga presentato un nuovo scritto di qualificazione contrattato, affinché questi svolga una sorta di controllo sul punto²²⁹.

Orbene, in tal modo si è evidentemente voluto sfruttare la struttura strettamente gerarchica in cui si articola la pubblica accusa spagnola, per creare un primo filtro all’interno all’organizzazione dei *Fiscales*, finalizzato a scoraggiare la conclusione di accordi illegali.

È del resto chiaro come si tratti di una soluzione volta a sfoltire il numero delle *regiudicande* in cui sia invece il giudice a dover rigettare direttamente il patto proposto dalle parti, limitandosi così l’inconveniente di sprecare ulteriori energie processuali, quando sia lo stesso procuratore capo (o un altro da lui delegato) a poter rigettare le intese raggiunte dalle parti.

Ma vi è di più. L’istruzione in commento si è anche ricordata di precisare che, nei casi in cui operi la *conformidad* di cui all’art. 801, dati i tempi particolarmente stretti del giudizio rapido, al meccanismo di visto e verifica *ex ante* compiuto dal procuratore capo sugli scritti di qualificazione sarebbe stato opportuno sostituirne un altro fondato su un controllo *ex post*.

Sul punto, si è infatti previsto che «*en estos casos, el fiscal de guardia ajustará las calificaciones a los criterios fijados en las instrucciones internas y practicas habituales de Fiscalía, debiendo dar cuenta posterior de los escritos presentados al órgano judicial para ser visado antes de la vista del juicio oral*»²³⁰.

L’importanza dell’istruzione n. 1 del 2003 va però anche al di là delle sigole soluzioni esegetiche proposte con riguardo alla disciplina della *conformidad*.

²²⁷ Cfr. Instrucción 1/2003, cit., p. 19.

²²⁸ Cfr. Instrucción 1/2003, cit., p. 19.

²²⁹ Cfr. Instrucción 1/2003, cit., p. 19.

²³⁰ Cfr. Instrucción 1/2003, cit., p. 15.

A ben vedere, infatti, tale provvedimento ha avuto il merito di incrementare ancor di più quel generale clima di favore per le soluzioni contrattate delle regiodicande penali già propiziato dalla circolare n. 1 del 1989, permettendo così lo sviluppo in Spagna di una vera e propria cultura della negozialità, che negli anni successivi ha portato a un'ulteriore evoluzione del fenomeno in esame, verificatasi a *LECrim* invariata.

10. *Il protocollo sulla conformidad del 1 aprile 2009 e l'istruzione n. 2 del 2009 di commento alla medesima*

Nonostante poco dopo l'approvazione delle riforme dei primi anni 2000, parte della dottrina spagnola abbia rilevato la radicale incompatibilità della *conformidad* con tutta una serie di principi fondamentali della Costituzione²³¹, nel corso del primo decennio del nuovo millennio, i giudici di tale Paese non si sono fatti remore a seguire, sempre più assiduamente, la massima secondo cui "vale più un cattivo patto, rispetto a un buon processo"²³².

Difatti, in tale periodo il numero delle sentenze di *conformidad* è aumentato in modo massiccio, tanto che, per citare un esempio, se nel 2006 il 44,7 % delle pronunce dei *juzgados penales* di Barcellona era il frutto dell'applicazione dell'istituto in esame, due anni dopo la tale percentuale è salita a circa il 60%²³³.

Ma ciò evidentemente non è bastato.

Il 1° aprile del 2009 il procuratore generale dello Stato e il presidente del Consiglio generale degli avvocati spagnoli hanno approvato un protocollo generale sulla *conformidad*²³⁴, volto ad accrescere ancora le cifre di quello che è stato espressamente definito come «*uno de los pulmones de oxígeno que explican y permiten la supervivencia de nuestra maquinaria procesal decimonónica*»²³⁵.

Le ragioni e gli obiettivi che hanno portato all'adozione di tale documento si ritrovano nel suo preambolo²³⁶, nonché nell'appena citata istruzione n. 2 del 2009,

²³¹ Ci si riferisce all'articolato lavoro di J.A. MARTÍN PALLÍN, *¿Es constitucional la conformidad?*, cit., p. 236, il quale giunge alla conclusione che «*la conformidad es radicalmente incompatible con el derecho constitucional al debido proceso, por lo que debe ser rigurosamente revisada*».

²³² Si veda sul punto l'articolo di P. RÍOS, *El 60% de las sentencias penales se pactan para evitar el juicio*, in www.elpais.com.

²³³ Cfr. P. RÍOS, *El 60% de las sentencias penales se pactan*, cit.

²³⁴ Ci si riferisce al fondamentale *Protocolo de actuación para juicios de conformidad suscrito entre la fiscalía general del estado y el consejo general de la abogacía española*, firmato a Madrid il 1 aprile del 2009, reperibile, tra l'altro, in www.poderjudicial.es, la quale va letta assieme all'*Instrucción 2/2009* della procura generale spagnola, *Sobre aplicación del protocolo de conformidad suscrito por la fiscalía general del estado y el consejo general de la abogacía española*, in www.fiscal.es. Per un commento, cfr. J.M. CHOZAS ALONSO, *La conformidad penal española*, cit., p. 7; J. MUÑOZ CUESTA, *La conformidad en el proceso penal. Protocolo de actuación entre la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española*, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2009, pp. 7 ss.

²³⁵ Cfr. sul punto *Instrucción 2/2009*, cit., p. 2.

²³⁶ Dove tra l'altro si afferma esplicitamente che «*una adecuada aplicación del presente Protocolo mejorará sensiblemente nuestra administración de Justicia, siendo beneficiosa para toda la sociedad en general. Por un lado, y en relación a la Administración de Justicia, este Protocolo incidirá en la descongestión de los Juzgados, colaborando a reducir el colapso que muchos de nuestros Juzgados y Tribunales vienen padeciendo, al agilizar la finalización de procesos penales por vía del acuerdo entre las partes; y evitará, en parte, el quebranto de las*

con cui il procuratore generale ha fornito un commento organico allo stesso, per aumentarne ancor di più l'applicazione pratica²³⁷.

La preoccupazione principale che ha spinto i massimi rappresentanti degli accusatori e dei difensori ad agire può quindi individuarsi nel fatto che – sebbene, per l'appunto, la cifra delle *conformidades* raggiunte fosse in costante aumento – alcune inerzie sviluppatesi nella prassi forense avrebbero impedito «*un aprovechamiento plenamente satisfactorio de esa útil herramienta procesal*»²³⁸.

A tale riguardo, la procura generale ha aspramente criticato il fatto che la maggior parte delle *conformidades* fosse manifestata nell'ultimo momento legalmente disponibile, ovvero all'inizio del giudizio prima dell'istruzione probatoria dibattimentale²³⁹; comportamento che, secondo tale opinione, avrebbe frustrato tale strumento deflativo di gran parte della sua efficacia, oltre a essere la fonte di ulteriori problemi sia di ordine pratico, sia più strettamente dogmatico²⁴⁰.

Da un lato, infatti, l'usanza di accettare le imputazioni solo nel giudizio avrebbe comportato un inutile dispendio di energie per i testimoni e i funzionari pubblici chiamati a intervenire sulla scena processuale, i quali si sarebbero visti forzati ad alterare le loro attività quotidiane per presenziare a udienze poi non celebrate nella loro interezza a causa dell'adesione del prevenuto alle accuse²⁴¹.

Da un altro lato, invece, tale abitudine avrebbe provocato l'effetto nocivo di rendere necessario lo svolgimento di vere e proprie trattative nel corso dell'udienza dibattimentale alla presenza del giudice o del tribunale; soggetto che, sia che mantenesse una posizione di mero spettatore, sia che decidesse di partecipare abusivamente alle trattative, avrebbe visto contaminata in maniera inevitabile la sua imparzialità o, comunque, la sua apparenza di imparzialità²⁴².

Insomma, come spiega l'Istruzione n. 2 del 2009, l'immagine della credibilità e della dignità della funzione tanto dei giudici e dei pubblici ministeri, quanto degli avvocati, sarebbe stata fortemente incrinata, specie agli occhi degli imputati e delle vittime, nel caso in cui i loro interessi fossero oggetto, in pochi minuti, di negoziati apparentemente improvvisati compiuti nel giudizio orale²⁴³.

Orbene, pur rilevando tali importanti difetti della disciplina vigente, il procuratore generale e il rappresentante dei difensori non hanno però considerato indispensabile attendere un cambiamento della *LECrim* per intervenire, ma hanno ritenuto possibile regolare direttamente tra loro gli aspetti considerati maggiormente critici della *conformidad*.

Peraltro, alla luce delle poche indicazioni normative fornite dalla legislazione spagnola con riguardo alla fase delle trattative e degli accordi raggiunti tra le parti, non stupirà che alcune previsioni chiave del protocollo siano state introdotte

agendas de los órganos de enjuiciamiento a la hora de hacer los señalamientos, permitiendo una mejor programación al conocer de antemano algunas de las conformidades y poder señalar días específicos para las mismas».

²³⁷ Cfr. Instrucción 2/2009, cit., pp. 2 ss.

²³⁸ Cfr. Instrucción 2/2009, cit., p. 2.

²³⁹ Cfr. Instrucción 2/2009, cit., pp. 2 ss.

²⁴⁰ Cfr. Instrucción 2/2009, cit., pp. 2 ss.

²⁴¹ Cfr. Instrucción 2/2009, cit., p. 3.

²⁴² Cfr. Instrucción 2/2009, cit., p. 4.

²⁴³ Cfr. Instrucción 2/2009, cit., p. 4.

proprio con l'obiettivo di rendere più rapidi ed efficienti i negoziati, ovvero il vero e proprio cuore della giustizia contrattata.

Ma andiamo con ordine.

Conviene anzitutto rilevare che l'ambito di applicazione del protocollo è stato limitato alle ipotesi di *conformidad* operanti nel procedimento abbreviato e in quello ordinario per gravi delitti, senza comprendere anche la disciplina dei giudizi rapidi²⁴⁴, ritenendosi evidentemente più urgente intervenire per tali modalità operative dell'istituto in esame.

Ciononostante, il procuratore generale, nella sua istruzione n. 2 del 2009, ha raccomandato ai singoli pubblici ministeri di tenere in considerazione i principi e gli obiettivi ispiratori del documento in questione anche per la *conformidad* manifestata ex art. 801 *LECrim* davanti al giudice di guardia²⁴⁵.

Ciò premesso, va ora precisato che molte delle istruzioni date dalla procura generale²⁴⁶ e diverse disposizioni del protocollo²⁴⁷ hanno perseguito concretamente il fine dichiarato di combattere la prassi delle *conformidades* prestate all'inizio del giudizio orale, tentando di anticipare quanto più possibile il momento di adesione del prevenuto alle accuse²⁴⁸.

Alla luce di ciò, non stupirà sapere che l'istruzione n. 2 del 2009 abbia esortato i pubblici ministeri a incentivare l'utilizzo del meccanismo del riconoscimento dei fatti di cui all'art. 779, comma 1.5 *LECrim*, essendosi ad esempio stabilito l'obbligo per questi di assicurarsi che gli indagati siano sufficientemente informati della possibilità di giovare di tale mezzo premiale²⁴⁹.

Sempre nell'ottica di ottenere il medesimo risultato, l'art. 5, parr. 2.1 e 3.1. del protocollo hanno poi previsto che le *conformidades* manifestate all'interno di un nuovo scritto di qualificazione negoziato (ovvero ex art. 784, comma 3, secondo periodo) debbano essere concluse e portate a conoscenza del giudice almeno dieci giorni prima della data di inizio dell'udienza dibattimentale²⁵⁰.

In tal modo, quindi, si è evidentemente voluto fissare un termine più stringente rispetto a quanto stabilito dal dettato normativo della *LECrim*, volto a permettere una migliore organizzazione della regiudicanda e, più in particolare, a evitare che le parti si trovino a negoziare ancora nel corso dell'udienza dibattimentale.

Ma, in ogni caso, la novità senz'altro più significativa apportata dal protocollo è stata l'aver creato una rete di pubblici ministeri e avvocati specializzati nella materia della *conformidad*, dislocati sul territorio nazionale, a cui sono stati attribuiti una serie di compiti, tutti parametrati sull'obiettivo di rendere più rapido e snello lo svolgimento dei negoziati tra le parti²⁵¹.

²⁴⁴ Cfr. artt. 3 e 4 del Protocollo. Vedi sul punto l'*Instrucción 2/2009*, cit., pp. 13 ss.

²⁴⁵ Cfr. *Instrucción 2/2009*, cit., p. 23.

²⁴⁶ Cfr. *Instrucción 2/2009*, cit., pp. 15 ss.

²⁴⁷ Cfr. artt. 5-6 del protocollo.

²⁴⁸ Cfr. *Instrucción 2/2009*, cit., p. 15.

²⁴⁹ Cfr. *Instrucción 2/2009*, cit., p. 24.

²⁵⁰ Cfr. *Instrucción 2/2009*, cit., p. 19.

²⁵¹ Come si ricava dall'esposizione dei motivi del protocollo «*el presente Protocolo pretende un sistema de conformidades sustentado por las ideas de simplicidad y agilidad. Por un lado, se establece que las distintas Fiscalías y Colegios de Abogados -o agrupaciones de los mismos-, cuenten con Fiscales y Letrados cuya misión*

Si tratta di un modello di coordinamento già sviluppatosi nella prassi di alcune procure spagnole, di cui si è considerato opportuno favorire l'estensione all'intera Spagna²⁵².

Di questa importante novità si occupa l'art. 7 del protocollo, il quale per l'appunto prevede, in primo luogo, che in ogni procura siano designati dal capo dell'ufficio uno o più *Fiscales de incidencias* (questo è per l'appunto il termine con cui sono stati identificati i pubblici ministeri funzionalmente specializzati nelle *conformidades*), coadiuvati dei mezzi umani e materiali necessari, quali punto di riferimento per l'applicazione del protocollo.

A tali procuratori è stata attribuita una triplice funzione²⁵³.

La prima è quella di comunicare direttamente con gli omologhi responsabili del Collegio degli avvocati per qualsiasi questione inerente all'applicazione del protocollo²⁵⁴.

La seconda, invece, consiste nell'assicurare una comunicazione immediata o, comunque, più celere possibile tra il singolo pubblico ministero incaricato del procedimento e l'avvocato, i quali si trovino a negoziare una *conformidad*, dovendo garantire l'efficace svolgimento delle trattative²⁵⁵.

In buona sostanza, quindi, ai *Fiscales de incidencias* è stato assegnato il compito di fungere da collante organizzativo tra le parti che vogliano raggiungere una conclusione concertata del procedimento, rendendo più facili i contatti reciproci e svolgendo una certa funzione mediativa per facilitare la conclusione di un accordo.

Ma è l'ultima funzione che è stata attribuita a questi procuratori a risultare la più interessante.

Per le fattispecie di reato più semplici, individuate in modo preciso dal singolo capo della procura, questi soggetti si sono visti attribuire la facoltà di negoziare in prima persona, al posto del procuratore designato per la singola causa, un'intesa avente ad oggetto una *conformidad*²⁵⁶.

È quindi chiaro come in tali ipotesi i pubblici ministeri originariamente incaricati della *regiudicanda* si sono visti sottrarre una loro prerogativa fondamentale, dovendo necessariamente canalizzare l'iniziativa del raggiungimento di una *conformidad* sui loro colleghi a cui è stata attribuita la funzione di punto di raccordo del protocollo²⁵⁷.

Pare peraltro utile precisare che all'interno dell'istruzione n. 2 del 2009 si è stabilito che i cosiddetti *Fiscales de incidencias*, ove ammessi a imbastire direttamente loro le trattative, debbano consultarsi con il rappresentante dell'accusa incaricato

fundamental será el seguimiento, aplicación y correcto desarrollo del presente protocolo, solventando las distintas incidencias que puedan producirse. La Fiscalía mantendrá un servicio de incidencias diario para atender las conversaciones o pactos sobre conformidad, con independencia de quién sea el Fiscal asignado al asunto».

²⁵² Cfr. Instrucción 2/2009, cit., pp. 6 s.

²⁵³ Per un'ampia spiegazione cfr. Instrucción 2/2009, cit., pp. 6 ss.

²⁵⁴ Cfr. Instrucción 2/2009, cit., p. 7.

²⁵⁵ Cfr. Instrucción 2/2009, cit., p. 8.

²⁵⁶ Cfr. Instrucción 2/2009, cit., p. 8.

²⁵⁷ Cfr. Instrucción 2/2009, cit., p. 7.

della singola *regiudicanda*, senza però essere obbligati a far partecipare tale soggetto materialmente alle trattative²⁵⁸.

Com'era inevitabile, nel secondo comma dell'art. 7 del protocollo è stato poi stabilito l'obbligo per i Collegi degli avvocati di designare a loro volta uno o più difensori coordinatori, incaricati di garantire una corretta applicazione del documento in esame.

Merita, peraltro, ricordare come, tra i vari compiti specifici assegnati a tali avvocati "punto di riferimento" del protocollo, spiccano, da un lato, quello di facilitare i pubblici ministeri nella localizzazione di un difensore con cui possano essere imbastite delle trattative per il raggiungimento di una *conformidad*, nonché, da un altro lato, la funzione speculare di «*facilitar a los Letrados defensores la localizacion de los Fiscales con los que contactar para una posible conformidad*»²⁵⁹.

Insomma, il mezzo migliore individuato dal vertice dei procuratori e degli avvocati spagnoli per incrementare al massimo l'efficacia della *conformidad* e, di conseguenza, riuscire a meglio sfozzare il carico giudiziario in eccesso, è stato quello di creare delle inedite figure di pubblici ministeri e avvocati istituzionalmente addetti allo sviluppo della giustizia negoziata.

Si tratta di una soluzione certamente originale, che, seppur giustificata dall'alto livello di tecnicismo che può accompagnare la conclusione di certe trattative, presenta l'indubbio difetto di sembrare priva di una adeguata copertura normativa²⁶⁰.

Difatti, se è pur vero che le maglie lasciate dal legislatore spagnolo alle parti nel concludere delle trattative concernenti l'oggetto di una *regiudicanda* penale sono senz'altro ampie, non sembra non potersi quantomeno dubitare dell'effettiva legittimazione dell'atto in esame – ovvero, lo si ribadisce, un mero protocollo di intesa – ad apportare un novero di novità tanto rilevanti nel sistema della giustizia contrattata spagnola.

A incrementare ancor di più tali perplessità sta il fatto che le innovazioni introdotte dal protocollo non si limitano alla sola creazione di questo nuovo assetto organizzativo in materia di *conformidad*.

A tale riguardo, pare utile ricordare che l'art. 6 di tale documento ha tentato di instaurare il gene della negoziabilità anche nella *conformidad* prestata nel procedimento ordinario per i delitti gravi (puniti con pena privativa della libertà superiore a nove anni), la quale – come si è accennato – tradizionalmente costituiva una modalità applicativa dell'istituto in esame frutto di una scelta unilaterale del prevenuto e del suo difensore e non di trattative tra le parti.

Più precisamente, in tale disposizione si è stabilito – tra l'altro – che «*antes de evacuar el trámite de calificación, el Ministerio Fiscal y la Defensa del acusado podrán pactar un acuerdo que tendrá reflejo en el escrito de calificación provisional del Ministerio Público, a los efectos de aplicación del artículo 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*».

In tal modo, quindi, sembra che si sia voluto snaturare la *conformidad* manifestata nel *procedimiento ordinario sumario* per il tramite di un'esegesi fortemente creativa, posto che nessuna disposizione della *LECrim* permette

²⁵⁸ Cfr. *Instrucción 2/2009*, cit., p. 8.

²⁵⁹ Cfr. art. 7, par. 2 del Protocollo.

²⁶⁰ Cfr. J.M. CHOZAS ALONSO, *La conformidad penal española*, cit., p. 7.

effettivamente alle parti di contrattare in tale rito un'adesione del prevenuto alle imputazioni, come, invece, avviene nel procedimento abbreviato o nei giudizi rapidi.

Si tratta all'evidenza dell'ennesima riprova della particolare forza espansiva della negozialità: entrata nell'ordinamento spagnolo per il tramite della grande riforma del 1988, quest'ultima si è man mano ramificata nel sistema, fino a "contaminare" anche l'ipotesi storica della *conformidad*, in vigore da ben più di un secolo.

Il protocollo e soprattutto l'istruzione emanata dal procuratore generale hanno poi tentato di incrementare ancor di più il ruolo giocato dalle vittime all'interno della *conformidad*²⁶¹.

Oltre ad aver confermato quanto già in qualche modo desumibile dalla *LECrim*, ovvero la possibilità per gli eventuali accusatori privati, ove effettivamente presenti, di partecipare alle negoziazioni, la procura generale ha infatti anche previsto, in via questa volta del tutto innovativa, che pure le vittime non costituite nel procedimento debbano essere coinvolte nella conclusione degli accordi²⁶².

Sul punto si è invero stabilito che i pubblici ministeri prima di concludere una trattativa su una *conformidad* sentano le vittime, «*aunque no estén personados en la causa*»²⁶³, sempre che ciò sia possibile e che questi lo ritenga necessario per ponderare correttamente l'intesa²⁶⁴.

La discrezionalità dei *Fiscales* è comunque stata limitata in alcune fattispecie, essendosi stabilito un obbligo di audizione dei soggetti passivi in tutti i casi in cui gli stessi siano particolarmente vulnerabili o la gravità del fatto oppure delle sue conseguenze lo richieda²⁶⁵.

Ma non è tutto. Il protocollo ha imposto ai pubblici ministeri di informare le vittime anche dopo la conclusione di un patto avente ad oggetto una *conformidad*, dovendo questi comunicare i contenuti dell'accordo e le conseguenze processuali derivanti da tale meccanismo processuale²⁶⁶.

Mediante la previsione di tali nuove possibilità partecipative i soggetti passivi del reato hanno quindi indubbiamente visto accrescere le loro prerogative rispetto a quanto effettivamente imposto dalla legge, ottenendo un peso ancora maggiore nel contesto della giustizia negoziata spagnola, da spendere in particolare per ottenere in forma più veloce e snella una riparazione per il danno subito.

Il protocollo in esame non ha trascurato di dettare neppure alcune disposizioni finalizzate a garantire la volontarietà e la consapevolezza della scelta del prevenuto di aderire alle imputazioni.

Ci si riferisce in particolar modo al fatto che all'art. 7, par. 4 i massimi rappresentanti degli accusatori e difensori spagnoli abbiano stabilito espressamente

²⁶¹ Cfr. il punto 3 dell'esposizione dei motivi del protocollo, ove si afferma che «*sin duda ello también revertirá de forma positiva en relación a las víctimas, que de forma más ágil y segura podrán ser reparadas del daño causado, así como en relación a los acusados, que verán finalizado el proceso de forma más ágil y consensuada*».

²⁶² Cfr. *Instrucción 2/2009*, cit., p. 12.

²⁶³ Cfr. *Instrucción 2/2009*, cit., p. 12.

²⁶⁴ Cfr. *Instrucción 2/2009*, cit., p. 12.

²⁶⁵ Cfr. *Instrucción 2/2009*, cit., p. 12.

²⁶⁶ Cfr. *Instrucción 2/2009*, cit., p. 12.

il dovere in capo agli avvocati, prima di iniziare le trattative per il raggiungimento di un accordo con il *Fiscal*, di informare al riguardo l'assistito e di ottenere il consenso del medesimo per poter negoziare una *conformidad*.

Senza contare, inoltre, che al comma 7 della medesima disposizione si è anche confermato che gli accusati debbano accettare in modo espresso gli accordi, non potendo quindi essere sostituiti dai loro difensori in tale formalità.

Ebbene, si tratta di previsioni che, pur non stravolgendo l'impianto della *LECrim*, paiono comunque apprezzabili, posto che hanno comunque voluto limitare la possibilità per gli avvocati di obbligare i prevenuti a negoziare, magari per mantenere dei buoni rapporti con i *Fiscales*, ove gli stessi non vogliano optare per tale strategia difensiva.

Merita ancora ricordare che specie l'istruzione sull'applicazione del protocollo ha dedicato anche notevoli sforzi per tentare di rendere maggiormente controllabili le trattative e i patti raggiunti tra le parti²⁶⁷.

Difatti, tale provvedimento, dopo aver ribadito a sua volta quanto stabilito già dalla circolare n. 1 del 1989, ha esortato i capi delle procure a rafforzare i meccanismi utili per compiere un effettivo controllo di legalità sulle trattative e sulle dichiarazioni di conformità²⁶⁸.

A tal fine, il provvedimento ha ribadito che gli scritti di qualificazione formulati dai pubblici ministeri congiuntamente con la difesa debbano essere opportunamente vistati per approvazione, potendo il capo della procura attribuire anche tale ulteriore funzione ai pubblici ministeri specializzati sopra citati²⁶⁹.

Ma vi è di più. L'istruzione n. 2 del 2009 ha anche generalizzato quanto già stabilito dal procuratore generale spagnolo nel 2003, ovvero che nel caso in cui particolari ragioni di urgenza impediscano un visto preventivo di un superiore sullo scritto di qualificazione negoziato dal *Fiscal* incaricato della causa, si applicherà un sistema di controllo *a posteriori*²⁷⁰.

In tal modo, quindi, si è voluto nuovamente scoraggiare la conclusione di patti illegali facendo leva su un sistema di verifiche interne tra i vari procuratori di gradi gerarchici diversi, essendosi oltretutto ribadita in modo espresso la possibilità per i *Fiscal* incaricati del compito di vistare lo scritto di qualificazione di formulare obiezioni e suggerimenti al pubblico ministero che abbia concretamente negoziato un accordo, dovendo quest'ultimo prendere in considerazione quanto rilevato dal superiore²⁷¹.

In ultima analisi, il protocollo e l'istruzione n. 2 del 2009 non hanno tralasciato di dettare anche alcune regole riguardanti il ruolo dei giudici nella *conformidad*; e ciò nonostante il fatto che il *Consejo General del Poder Judicial* non abbia firmato espressamente i documenti in questione²⁷².

²⁶⁷ Cfr. *Instrucción 2/2009*, cit., pp 10 ss.

²⁶⁸ Cfr. *Instrucción 2/2009*, cit., p. 10.

²⁶⁹ Cfr. *Instrucción 2/2009*, cit., p. 11.

²⁷⁰ Cfr. *Instrucción 2/2009*, cit., p. 11.

²⁷¹ Cfr. *Instrucción 2/2009*, cit., p. 10.

²⁷² Cfr. *Instrucción 2/2009*, cit., p. 18.

A tale riguardo, l'istruzione ha anzitutto suggerito ai singoli *Fiscales* di promuovere quanto più possibile delle relazioni con i giudici per facilitare, tramite una proficua collaborazione, l'anticipazione della *conformidad* rispetto al giudizio²⁷³.

In secondo luogo, l'istruzione ha anche esortato i giudici, dopo il raggiungimento di una *conformidad* antecedente al dibattimento, a citare all'udienza dedicata alla ratifica della dichiarazione del prevenuto soltanto il pubblico ministero e le parti²⁷⁴, volendosi così evitare un inutile spreco di energie per i testimoni, periti e così via.

Da un punto organizzativo, la procura generale ha poi imposto ai *Fiscales Jefes* di tentare di collaborare con gli organi giudiziari affinché questi pianifichino delle udienze specificamente dedicate alla decisione di un gran numero di *conformidades*, posto che, secondo tale opinione, così si sarebbe generata «una notable liberación de recursos tanto en el Órgano de enjuiciamiento como en la Fiscalía»²⁷⁵.

In ultima analisi, infine, il protocollo e l'istruzione hanno tentato di rimediare una volta per tutta alla criticata prassi di negoziare davanti al giudice nel corso dell'udienza dibattimentale.

A tal fine, si è infatti ribadita la necessità dei pubblici ministeri di collaborare con gli organi giudicanti in modo tale da assicurare la «*confidencialidad de la negociación*»²⁷⁶.

Tale obiettivo è stato perseguito stabilendosi che, nel caso in cui non sia stato raggiunto un accordo su una *conformidad* prima della celebrazione del giudizio, le parti possano negoziare tra loro solo al di fuori dell'aula di udienza, dopo che il dibattimento sia stato a tal fine interrotto, senza che alle trattative possa comunque partecipare l'organo giudicante²⁷⁷.

Già a un primo sguardo, sarà chiaro come in tal modo i vertici dell'accusa e della difesa spagnoli abbiano assunto un'impostazione totalmente antitetica sul punto rispetto a quella fatta propria dal legislatore e dalla corte costituzionale tedesca, i quali hanno invece fortemente insistito sul fatto che le trattative per il raggiungimento di un'intesa negoziata si debbano, quanto più possibile, svolgere all'interno e non al di fuori dell'aula di udienza dibattimentale.

Tale palese differenza è il frutto della diversa opinione che vi è in tali ordinamenti in merito a come debbano essere bilanciati i principi di oralità, pubblicità, e ricerca della verità materiale da un lato e il canone dell'imparzialità del giudice da un altro lato.

Come si è infatti avuto modo di vedere, nel sistema tedesco i primi tre principi sono stati considerati nettamente prevalenti rispetto al secondo, di modo che si è ritenuto opportuno rendere il giudice il vero e proprio padrone delle contrattazioni, da svolgersi apertamente nell'udienza dibattimentale.

In Spagna, invece, dopo che lo stesso principio della verità materiale è stato interpretato – checché ne dica l'istruzione n. 1 del 2003 – come un canone per certi versi disponibile, proprio in ragione della possibilità data alle parti di concludere

²⁷³ Cfr. Instrucción 2/2009, cit., p. 18.

²⁷⁴ Cfr. Instrucción 2/2009, cit., p. 24.

²⁷⁵ Cfr. Instrucción 2/2009, cit., p. 20.

²⁷⁶ Cfr. Instrucción 2/2009, cit., p. 21.

²⁷⁷ Cfr. Instrucción 2/2009, cit., p. 21.

mediante una *conformidad* una regiudicanda penale senza alcuna istruzione dibattimentale²⁷⁸, si è potuta sviluppare una maggiore sensibilità per il mantenimento da parte del giudice di una maggiore imparzialità anche all'interno di tale peculiare meccanismo processuale.

Si tratta, peraltro, dell'ennesima riprova di quanto gli istituti ricollegabili alla giustizia negoziata possano cambiare nettamente forma e protagonisti, sino a risultare totalmente diversi, a seconda di quali siano i canoni la cui applicazione sia considerata irrinunciabile pure all'interno di tale peculiare modalità di soluzione delle controversie penali.

11. Le ipotesi di giustizia negoziata contenute nell'Anteproyecto di LECrim del 2011

È un fatto noto che, nel corso degli ultimi anni, la necessità di una radicale riforma del vetusto sistema della giustizia penale spagnola sia stata avvertita in modo sempre più impellente²⁷⁹.

Il divario ideologico tra la più moderna Costituzione del 1978 e la legge processuale del 1882 era infatti troppo ampio per poter essere ignorato²⁸⁰, tanto che le stesse forze politiche hanno messo in cantiere e tentato di approvare diversi progetti di legge volti a sostituire interamente il sistema misto di origine napoleonica di cui era erede la *LECrim* con un nuovo modello processuale, finalmente basato su tutta quella serie di diritti e di libertà stabiliti dalla Carta fondamentale.

Nonostante nessuna di queste ambiziose novelle strutturali abbia finora visto la luce, le stesse rivestono comunque una notevole importanza, specie in ragione del fatto che al loro interno si possono ritrovare alcune importanti indicazioni su come – assai probabilmente – si evolverà la procedura penale spagnola nel nuovo millennio.

Il primo tentativo di riforma integrale della legge del 1882 su cui merita in questa sede soffermarsi è il cosiddetto *Anteproyecto* di *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, approvato dal Consiglio dei ministri spagnolo il 27 luglio 2011²⁸¹.

Si trattava di un progetto suddiviso in ben 9 libri per un totale di 789 articoli, strutturato per molti versi in modo simile al codice di rito italiano del 1988²⁸².

²⁷⁸ Si vedano sul punto le ancora attuali pagine di L.-A. DE DIEGO DIEZ, *La conformidad del acusado*, cit., pp. 433, il quale afferma che «*non cade duda que la búsqueda de la verdad material viene afectada por la disposición parcial de los hechos que necesariamente ha de fundamentar, inalterados y en su integridad, la sentencia por conformidad*».

²⁷⁹ Cfr. sul punto, J. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, *La reforma del proceso penal español en el Anteproyecto de la Ley de enjuiciamiento criminal de 27 julio 2011*, in *Dir. pen. cont.*, 23 ottobre 2012, p. 1.

²⁸⁰ Cfr., sul punto, in particolare M. INGENITO, *Il Progetto preliminare di riforma del processo penale spagnolo: un revirement garantista*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, pp. 354 s.

²⁸¹ Il testo del progetto si può ritrovare al sito [www.sisej.com /documentos/doc_download/2267-anteproyecto-lecrim-2011](http://www.sisej.com/documentos/doc_download/2267-anteproyecto-lecrim-2011). Per un commento integrale, cfr. J. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, *La reforma del proceso penal español en el Anteproyecto*, cit.; V. GIMENO SENDRA, *El régimen de intervención de las partes privadas en el anteproyecto de LECrim. de 2011*, in www.laley.es.

²⁸² Cfr. J. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, *La reforma del proceso penal español en el Anteproyecto*, cit., p. 2.

Orbene, l'obiettivo di introdurre anche in Spagna un innovativo sistema processuale improntato in un senso maggiormente accusatorio²⁸³ ha inevitabilmente portato con sé la previsione di meccanismi alternativi all'ordinario rito di cognizione, modulati con delle forme più snelle, al fine di permettere un migliore assorbimento del carico giudiziario in eccesso.

È d'altra parte noto che l'obiettivo generale di assicurare agli indagati e imputati un processo penale fondato su maggiori diritti rispetto al passato accresca la necessità di ideare pure delle modalità procedurali semplificate, in cui proprio tali garanzie non operino integralmente, senza i quali l'effettiva sopravvivenza di un sistema è messa a rischio.

Dal canto suo, l'*Anteproyecto* ha perseguito il fine di diminuire il numero dei procedimenti in cui venisse effettivamente svolta un'intera istruzione dibattimentale puntando in particolar modo su un deciso rafforzamento dell'istituto negoziato della *conformidad*²⁸⁴.

Di tale meccanismo processuale si occupava, anzitutto, il §XXV dell'esposizione dei motivi dell'*Anteproyecto*, dalla lettura del quale possono desumersi alcune delle principali novità che i riformatori desideravano inserire.

Tra queste spicca certamente la decisione di ampliare l'ambito oggettivo di operatività dell'istituto in questione a ogni tipologia di reato, volendosi sfruttare gli effetti benefici di tale strumento processuale anche per la criminalità di rilevante gravità²⁸⁵.

Pare peraltro particolarmente significativa la giustificazione che ha accompagnato questa scelta, ovvero la presa d'atto da parte del legislatore che nel vigore della *LECrim* del 1882 si era sviluppato un diffuso fenomeno di *conformidades encubiertas*, ossia applicate al di fuori dei limiti di operatività stabiliti dalla normativa generale e astratta²⁸⁶.

Orbene, proprio tenuto conto delle esigenze pratiche che avevano portato allo sviluppo delle *conformidades encubiertas*, la riforma del 2011 aveva rinunciato a reprimere senza effettivi risultati tale prassi legalizzandola del tutto, volendo in tal modo quantomeno assicurarsi che tutte le garanzie stabilite in materia dall'*Anteproyecto* si applicassero anche quando il prevenuto aderisse alle imputazioni per le più gravi fattispecie di reato²⁸⁷.

Il ragionamento seguito in tal caso dal legislatore spagnolo è stato, per certi versi simile, rispetto a quanto è accaduto in Germania con riguardo all'istituto delle *Absprachen*: una volta resosi conto della grande forza espansiva delle intese informali il parlamento tedesco ha preferito legalizzare tale fenomeno oscuro piuttosto di contrastarlo.

²⁸³ Cfr. J. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, *La reforma del proceso penal español en el Anteproyecto*, cit., p. 2.

²⁸⁴ Cfr. J. M. CHOZAS ALONSO, *La conformidad penal española*, cit., pp. 7 ss.

²⁸⁵ Cfr. J. M. CHOZAS ALONSO, *La conformidad penal española*, cit., p. 8.

²⁸⁶ Si tratta, in buona sostanza, di accordi ufficiosi tra le parti al fine di raggiungere una soluzione negoziata della regiudicanda anche quando difettino i presupposti stabiliti dalla legge per la *conformidad*. Per un cenno sul punto, cfr. L. BACHMAIER, *The Principle of Legality*, cit., pp. 103 s.; A.M. SIAGURA, *La negoziabilità della pena*, cit., p. 164. Per un esempio di sentenza del tribunale supremo che rilevi la presenza di una *conformidad encubierta*, cfr. Tribunal Supremo, 7 aprile 2016, n. 1505, in www.poderjudicial.es.

²⁸⁷ Cfr. sul punto, il §§ XXV dell'esposizione dei motivi.

In ogni caso, questo tentativo di generalizzare la *conformidad* in tutti i processi penali, senza alcuna eccezione, non ha impedito ai riformatori di differenziare per alcuni aspetti la disciplina dell'istituto in questione a seconda del fatto che lo stesso operasse o meno per la criminalità di medio-basso livello.

Così, ad esempio, l'art. 145 dell'*Anteproyecto* prevedeva che soltanto nel caso in cui la pena concretamente accettata fosse superiore a cinque anni di privazione della libertà personale il giudice dovesse sentire tutte le parti al fine di ricercare una *factual basis* che riscontrasse il riconoscimento dei fatti da parte del prevenuto.

Si trattava di una scelta che non sembrava del tutto soddisfacente, posto che pareva rendere maggiormente disponibile la libertà personale per la sola criminalità di medio-basso livello.

Merita a questo punto segnalare come l'*Anteproyecto* del 2011, oltre a fornire finalmente una disciplina generale dell'istituto della *conformidad* all'interno dal capo I del titolo V del libro primo, intitolato *las formas especiales de terminación del procedimiento penal*, incentivava gli accusati che volessero optare per tale meccanismo processuale tramite la promessa generalizzata della possibilità di uno sconto di pena (di cui però non veniva specificato il *quantum*).

All'interno dell'art. 143, comma 5 di tale progetto, si stabiliva infatti che «*los supuestos de conformidad, el fiscal podrá solicitar la imposición de la pena inferior en grado a la prevista legalmente*».

Da tale disposizione pare potersi avere un'ulteriore conferma di quanto l'iniziativa del 2011 contenesse una vera e propria «*apología de la conformidad*»²⁸⁸ e, più in generale, della giustizia negoziata, posto che non essendosi stabilito l'obbligatorietà di un beneficio premiale fisso di cui avrebbero potuto giovare i prevenuti, le parti si sarebbero viste riconoscere degli spazi assai ampi per negoziare sull'*an* e sul *quantum* di pena da scontare.

Merita d'altra parte segnalare come, dal canto suo, il progetto del 2011 avrebbe segnato una netta evoluzione rispetto alla vigente *LECrim* anche da un punto di vista strettamente terminologico, posto che tale iniziativa per la prima volta stabiliva in modo espresso che le parti potessero accordarsi sull'oggetto della regiudicanda.

Così, ad esempio, l'art. 137 dell'*Anteproyecto*, nel definire²⁸⁹ il concetto del *conformidad* prevedeva che «*el proceso penal podrá concluir si la defensa acepta expresamente los hechos punibles, la calificación jurídica y las penas solicitadas o acordadas con las acusaciones*».

Orbene, il fatto che il legislatore avesse parlato – in diverse disposizioni²⁹⁰ – di intese sulla pena, pareva essere una precisa riprova del cambio di mentalità

²⁸⁸ Cfr. J. M. CHOZAS ALONSO, *La conformidad penal española y el patteggiamento italiano*, p. 8.

²⁸⁹ Come accennato, una delle novità del progetto del 2011 era quindi quella di aver fornito una proposta di definizione normativa del concetto di *conformidad*, attualmente assente nella disciplina vigente.

²⁹⁰ Oltre alla disposizione appena citata cfr., ad esempio, l'art. 139 dell'*Anteproyecto*, il quale stabiliva al comma 1 che «*el defensor del investigado informará detalladamente a su cliente de todos los acuerdos que ofrezca o que le sean ofrecidos por las acusaciones, de las razones por las que, en su caso, aconseja su aceptación y de las consecuencias derivadas de la misma*» e al comma 2 che «*cuando la pena acordada con las acusaciones sea superior a cinco años de prisión, el letrado facilitará por escrito a su cliente la información sobre el acuerdo alcanzado*».

avutosi ella gestione della giustizia contrattata; tale fenomeno era infatti ritenuto così importante nel nuovo modello processuale da potersi superare quella sorta di “puritanesimo processuale” che fino a quel momento aveva impedito di parlare apertamente di trattative e accordi nella lettera della *LECrim*.

In ogni caso, sembra prevedibile che un sistema strutturato senza un beneficio premiale fisso avrebbe premiato di più gli accusati che permettessero allo Stato di ottenere il maggiore risparmio di tempo e di energie processuali; ossia quelli che ammettessero la loro responsabilità con largo anticipo rispetto al termine di dieci giorni dalla notificazione alla difesa dell’atto di apertura del giudizio orale, che l’art. 144 dell’*Anteprojecto* fissava come limite ultimo dato agli accusati per prestare la loro *conformidad*.

Il rischio d’altra parte era che, in assenza di alcuna indicazione normativa volta a specificare l’entità massima o minima degli sconti di pena, le parti si accordassero per benefici che rendessero sproporzionata la pena rispetto al fatto commesso.

Peraltro, nel sistema concepito dall’*Anteprojecto* del 2011 sarebbe spettato a una innovativa figura di “*Juzgado de conformidad*”, diverso dal normale giudice del dibattimento, il compito di evitare che gli accordi raggiunti tra le parti superassero determinati limiti, stabiliti dall’art. 145 di tale provvedimento.

Come si ricava dal già citato §XXV dell’esposizione dei motivi, la previsione di un giudice funzionalmente competente a ratificare le *conformidad* aveva una finalità precisa: porre rimedio a un’altra prassi deviante che si era diffusa nel sistema spagnolo, ovvero il fatto che le intese fossero negoziate indebitamente con l’organo competente per il dibattimento, onde evitare la celebrazione del giudizio orale.

Da qui, per l’appunto, si era proposta la creazione di un procedimento in cui l’accettazione espressa da parte del prevenuto dei fatti punibili, della qualificazione giuridica e della pena fosse negoziata unicamente dalle parti «*y es formalizada después en un documento que el investigado o acusado habrá de ratificar ante un juez que no es el que está llamado a enjuiciar el asunto*»²⁹¹.

Si tratta, quindi, di una proposta per certi versi simile a quella formulata nel 2009 da una parte dei difensori austriaci, i quali a loro volta, avevano suggerito di creare un giudice, estraneo alle trattative, specificamente competente a valutare le intese negoziate.

In ogni caso, pare possibile precisare come una delle funzioni più innovative attribuite al *Juez de la conformidad* fosse quella di verificare se l’intesa raggiunta tra le parti salvaguardasse in modo sufficiente i diritti della vittima (art. 145, comma 2).

Dalla lettura di tale previsione si comprende quindi come, in buona sostanza, nel rinnovato assetto normativo il soggetto istituzionalmente identificato quale tutore degli interessi dei soggetti passivi nel contesto di tale meccanismo acceleratorio non sarebbe stato più il solo pubblico ministero, ma, per l’appunto, direttamente l’organo giudicante.

Si tratta di una disposizione del tutto peculiare, la quale sembra peraltro fornire l’ennesima conferma di quanto il legislatore spagnolo abbia continuato nel

²⁹¹ Così si esprime testualmente il §XXV dell’esposizione dei motivi.

corso degli ultimi anni ad avere a cuore gli interessi dei soggetti offesi e i danneggiati dal reato, pure nel contesto della giustizia negoziata.

Ciò non toglie che anche nel sistema ideato dall'*Anteproyecto* del 2011 la vittima che volesse influire al massimo sui negoziati e sulle intese raggiunte tra le parti fosse chiamata a costituirsi nel procedimento, non avendo acquisito di per sé un diritto di veto rispetto agli accordi raggiunti tra le parti.

Al di là di queste e di altre innovazioni, l'iniziativa normativa del 2011 non si proponeva però di compiere un completo stravolgimento dell'istituto in questione, dato che la stessa si era riproposta di confermare numerose previsioni classiche della *LECrim* del 1882 in materia di *conformidad*.

Così, ad esempio, anche nella nuova legge si ribadiva, da un lato, la necessità che il giudice compiesse tutta una serie di controlli specifici sulla volontarietà della dichiarazione del prevenuto (art. 145, comma 3), e, da un altro lato, il fatto che fosse ammissibile sia una *conformidad* totale del prevenuto anche agli aspetti civilistici, oppure anche una parziale, manifestata soltanto con riferimento alla domanda penale rivolta nei suoi confronti (art. 141).

Oltre alla *conformidad* vera e propria l'*Anteproyecto* prevedeva anche altri istituti acceleratori che potevano portare allo svolgimento di trattative e accordi tra le parti.

Il primo è senz'altro il meccanismo ponte del *reconocimiento de los hechos*, disciplinato dall'art. 253 dell'*Anteproyecto*, il quale, esattamente come in passato, poteva fungere da primo passo per una successiva piena adesione del prevenuto agli addebiti, secondo la disciplina dettata dal capitolo I del titolo V sopra richiamata²⁹².

Ma vi è di più. Tale iniziativa normativa si proponeva di introdurre in Spagna pure una serie di eccezioni al generale principio di obbligatorietà dell'azione penale, fondate su una sorta di canone di "opportunità regolata", le quali però, almeno apparentemente, non sarebbero state caratterizzate da un mero obiettivo di economia processuale.

Non va infatti tralasciato il fatto che l'*Anteproyecto* conteneva diversi istituti ispirati al movimento della *restorative justice*, fra i quali possono ricordarsi non solo una vera e propria ipotesi di mediazione penale²⁹³, ma anche, per l'appunto, una forma di *diversion* processuale, condizionata allo svolgimento da parte del prevenuto di tutta una serie di prestazioni, alcune delle quali sicuramente tipiche di tale paradigma giudiziario.

Ci si riferisce, più in particolare, all'istituto della «*suspensión del procedimiento por razones de oportunidad*», regolato dall'art. 150 dell'*Anteproyecto*, il quale, in base all'esposizione preliminare dei motivi, avrebbe consentito al prevenuto di ottenere

²⁹² Pare interessante rilevare come il comma 3 di tale disposizione avrebbe incorporato il vecchio art. 406 *LECrim*, eliminando però dalla lettera della legge il requisito della ricerca della verità materiale. Tale previsione stabiliva infatti che «*la confesión del investigado, salvo que se formule solicitud de que se dicte sentencia de conformidad de acuerdo con lo establecido en esta ley, no dispensará de practicar todas las diligencias necesarias para comprobar la existencia del delito y la participación de aquél*».

²⁹³ Si vedano, ad esempio, gli art. 157 e ss. e 701 e ss. dell'*Anteproyecto*.

un esito liberatorio in cambio del compimento di determinate «*reglas de conducta que tienden fundamentalmente a la reparación de los perjuicios causados*»²⁹⁴.

A ben vedere, però, esattamente come si è visto avvenire per le archiviazioni condizionate tedesche e austriache, alcune delle condotte che tale disposizione prevedeva parevano in verità estranee alla filosofia della *restorative justice*.

Si pensi, ad esempio, al pagamento di una somma di denaro in dello Stato o di una istituzione pubblica o privata destinata al compimento di opere sociali o pubbliche, ovvero al divieto di assentarsi dal luogo di residenza, oppure ancora all'obbligo di comparire personalmente in procura per informare delle proprie attività e giustificarla: in tutti questi casi la vittima non sarebbe stata affatto il beneficiario primario della condotta positiva tenuta dal soggetto sottoposto al procedimento penale, la quale oltretutto non sembrava neppure avere un più lato significato riparativo.

Di modo che, in sostanza, l'istituto dell'art. 150 dell'*Anteproyecto*, esattamente come l'omologo art. 153a dello *StPO* tedesco, che lo ha espressamente ispirato²⁹⁵, sembrava essere in realtà un meccanismo privo di una *ratio* unitaria; e ciò, lo si ribadisce, in quanto lo stesso prevedeva un novero del tutto eterogeneo di comportamenti astratti che l'indagato avrebbe potuto tenere, solo alcuni dei quali effettivamente in linea con il movimento della *restorative justice*.

Alla luce di ciò, pare quindi possibile affermare che, a ben vedere, nei casi in cui la vittima non fosse il beneficiario primario della prestazione dell'accusato, tale meccanismo sembrava avere più il fine di permettere allo Stato un notevole risparmio in termini di economia processuale, ottenuto promettendo dei precisi vantaggi al prevenuto, piuttosto che di consentire la ricostruzione del legame con il soggetto passivo del reato.

Orbene, se a tale considerazione si aggiunge il fatto che alcune delle condotte stabilite dall'art. 150 dell'*Anteproyecto* indubbiamente presupponevano il compimento di trattative e accordi tra le parti (si pensi ad esempio al fatto che tale disposizione non fissava l'entità massima o minima che l'accusato avrebbe dovuto pagare allo Stato per ottenere la sospensione del suo procedimento) sembra possibile affermare che mediante tale istituto si volesse introdurre nel sistema spagnolo una nuova ipotesi di giustizia penale negoziata, che si sarebbe aggiunta all'istituto storico della *conformidad*.

D'altra parte la disciplina della *suspensión del procedimiento por razones de oportunidad* conteneva al suo interno anche altri elementi tipici del fenomeno in esame, quali, ad esempio, il fatto che il prevenuto, per poter accedere all'istituto, dovesse per forza riconoscere la sua responsabilità «*en la forma prevista en el artículo 253 de esta ley*»²⁹⁶.

²⁹⁴ Così si esprimeva il §XXIV dell'esposizione preliminare dei motivi al progetto, intitolato *Mecanismos alternativos a la acción penal. Principio de oportunidad*.

²⁹⁵ Non bisogna infatti dimenticare che il §XXIV dell'esposizione dei motivi chiari che il legislatore spagnolo aveva utilizzato come modello «*las disposiciones sobre la materia de la Ordenanza alemana y del Código portugués*».

²⁹⁶ Cfr. art. 150 *Anteproyecto*.

In ogni caso, a causa delle elezioni anticipate che hanno determinato lo scioglimento delle camere, l'*Anteproyecto* non è riuscito a essere esaminato dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati della legislatura 2008-2012²⁹⁷.

Il conseguente successivo abbandono di tale iniziativa normativa ha quindi impedito di verificare se, esattamente come avvenuto in Germania e in Austria, anche in Spagna gli indagati avrebbero preferito condizionare la sospensione del proprio procedimento a condotte non riparative, quali il pagamento di una somma di denaro allo Stato, rispetto a (ri)costituire il loro legame con le vittime.

12. *Segue. La bozza di codice di procedura penale del 2013*

Tanto era unanime la critica nei confronti del sistema processuale vigente in Spagna, che, anche dopo la caduta del Governo di centro sinistra che aveva elaborato l'*Anteproyecto* del 2011, il nuovo esecutivo di centro destra non ha atteso molto per tentare a sua volta di sostituire integralmente la vetusta *LECrim* del 1882.

Già sul finire del febbraio 2013, infatti, il Ministero della giustizia ha presentato una vera e propria bozza di codice di procedura penale²⁹⁸ – e non più un mero progetto di *Ley de Enjuiciamiento Criminal* – elaborato da una commissione di esperti designata l'anno precedente²⁹⁹.

Si trattava di un testo certamente meno sviluppato rispetto all'*Anteproyecto*³⁰⁰, il quale, però, a sua volta, aveva lo scopo di risollevare la Spagna dalla “palude” del sistema misto, per traghettarla verso un modello processuale più garantista, ispirato a principi accusatori³⁰¹.

Al fine di consentire l'effettiva sostenibilità del nuovo procedimento penale, pure il *Borrador* del 2013³⁰² si era premurato di introdurre una serie di istituti, spesso fondati sul consenso del prevenuto o su vere e proprie trattative tra le parti, che permettessero di ridurre drasticamente il numero dei dibattimenti pieni che si sarebbero dovuti celebrare³⁰³.

²⁹⁷ Cfr. J. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, *La reforma del proceso penal español en el Anteproyecto*, cit., p. 1.

²⁹⁸ Il testo della bozza di codice è disponibile al sito <http://www.mjusticia.gob.es>.

²⁹⁹ Per un'ampia disamina di tale progetto cfr. l'opera collettanea AA.VV., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, diretto da V.M. Catena, Valencia, 2015. In lingua italiana cfr., M. INGENITO, *Il Progetto preliminare di riforma del processo penale*, cit., pp. 354 ss.

³⁰⁰ Cfr. M. INGENITO, *Il Progetto preliminare di riforma del processo penale*, cit., p. 354 nt. 1.

³⁰¹ Cfr. M. INGENITO, *Il Progetto preliminare di riforma del processo penale*, cit., pp. 355 ss.

³⁰² D'ora in avanti BCPP.

³⁰³ Per una presentazione dei quali, si rimanda a J. M. CHOZAS ALONSO, *Otro avance de la «justicia penal negociada»: la conformidad y la mediación en el borrador de Código Procesal Penal de 2013*, in *Diario La Ley*, 18 luglio 2013; M. I. GONZÁLEZ CANO, *La mediación en el Proceso penal: perspectiva de futuro de la justicia restaurativa en el borrador del Código*, in AA.VV., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, cit., pp. 687 ss.; Y. DOIG DÍAZ, *La potenciación de la conformidad en la propuesta de Código Procesal Penal*, in *Revista General de Derecho Procesal*, 2015; M.D. FERNÁNDEZ FUSTES, *La conformidad en el borrador del Código Procesal Penal*, in AA.VV., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, cit., pp. 871 ss.; E. AGUILERA MORALES, *La conformidad en la propuesta de Código Procesal Penal: ubi nom est iustitia, ibi non potest esse ius, ivi*, pp. 847; N. CABEZUDO RODRÍGUEZ, *Hegemonia del Ministerio Fiscal, principio de oportunidad y Justicia negociada: las claves del nuevo modelo procesal español*, ivi, pp. 829 ss.; C. CUADRADO SALINAS, *Las medidas alternativas al proceso en el Borrador del Código Procesal Penal Español: análisis de la suspensión para el*

Orbene, uno degli strumenti processuali su cui il legislatore aveva maggiormente puntato era, anche in questo caso, l'antico meccanismo della *conformidad*, il quale sarebbe uscito, ancora una volta, fortemente potenziato dalla riforma³⁰⁴.

Le novità in materia erano infatti molte e per l'appunto tutte finalizzate ad aumentare quanto più possibile la probabilità che un indagato/imputato, al posto di contestare gli addebiti sollevati nei suoi confronti, decidesse di accettare «*los hechos punibles, la calificación jurídica y las penas solicitadas o acordadas con las acusaciones*»³⁰⁵.

Di tale meccanismo acceleratorio si occupava, in particolare, il terzo capitolo del titolo IV del libro I del *Borrador*, il quale dettava una serie di regole applicabili a tutte le ipotesi di *conformidad*, poi specificate, da un punto di vista operativo, da diverse altre disposizioni contenute nel codice.

Esattamente come nell'*Anteproyecto* del 2011, anche la bozza del 2013 voleva quindi anzitutto rimediare alle gravi difficoltà esegetiche causate dall'assenza nella vigente *LECrim* di una serie di previsioni generali che riguardassero la *conformidad*.

I passi avanti rispetto al passato compiuti sul piano sistematico sarebbe del resto stati notevoli: basti pensare che nella nuova disciplina poteva ritrovarsi non solo una vera e propria definizione normativa del concetto di *conformidad* (art. 102, comma 1, *BCPP*³⁰⁶), ma anche un'ammissione espressa che la finalità principale di tale atto dispositivo dell'accusato era quella di determinare «*la evitación del resto del procedimiento hasta sentencia*» (art. 102, comma 2, *BCPP*).

Anche in questo caso, oltretutto, i redattori dell'iniziativa avevano previsto apertamente che le *conformidades* potessero essere frutto di accordi tra le parti³⁰⁷, preceduti da negoziazioni.

Sembrava trattarsi, quindi, di un'ulteriore riprova di quanto le forze politiche avessero acquisito una maturità maggiore con riguardo alla giustizia negoziata, non considerando più tale fenomeno talmente oscuro da non poter essere fatto emergere agli occhi della collettività, ma piuttosto quale elemento fondamentale per la tenuta del nuovo sistema processuale.

Le innovazioni forse più importanti previste dalla bozza di codice di procedura penale spagnolo andavano però ricercate con riguardo all'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo dell'istituto della *conformidad*, il quale sarebbe stato oggetto di una decisa espansione, simile a quella prospettata dall'*Anteproyecto* del 2011.

L'art. 103, comma 1 di tale provvedimento stabiliva infatti che «*será posible alcanzar y someter al órgano judicial una propuesta de conformidad en cualquier momento del procedimiento, cualquiera que sea el tipo de delito y con independencia de la pena que le corresponda*».

cumplimiento de prestaciones (artículo 92), ivi, pp. 891 ss.; L. M. BUJOSA VADELL, Oficialidad o discrecionalidad en el inicio de la investigación penal, ivi, pp. 33 ss.

³⁰⁴ Cfr. in questo senso l'esposizione dei motivi preliminare alla bozza, p. 5.

³⁰⁵ Così si esprimeva l'art. 101 *BCPP*.

³⁰⁶ Per certi versi simile a quella suggerita dall'art. 137 dell'*Anteproyecto* del 2011.

³⁰⁷ Cfr., ad esempio, l'art. 102, comma 1, del *Borrador*, ove si stabiliva che «*la conformidad de la acusación y la defensa sobre los hechos punibles, la calificación jurídica y las penas solicitadas o acordadas con las acusaciones dará lugar a una sentencia condenatoria*».

Di modo che, ammettendosi la possibilità di addivenire a una soluzione concertata della regiudicanda non più soltanto per la criminalità di medio-basso livello, ma per qualsiasi reato, la Spagna avrebbe operato una scelta simile rispetto a quella del legislatore tedesco.

Peraltro, il progetto di codice di procedura penale spagnolo aveva in mente di favorire quanto più possibile le *conformidades* innovando anche fortemente la disciplina dell'istituto con riguardo ai procedimenti soggettivamente cumulativi.

A differenza di quanto storicamente stabilito dalla *LECrim* del 1882 e persino dall'*Anteproyecto* del 2011³⁰⁸, l'art. 103, comma 2, del *BCPP* statuiva infatti che la *conformidad* fosse possibile nonostante il fatto che si procedesse nei confronti di vari soggetti e non tutti decidessero di optare per tale meccanismo processuale³⁰⁹.

Si trattava quindi di un cambiamento di impostazione radicale, che rischiava però di determinare la creazione di giudicati effettivamente contrastanti a seconda della decisione o meno di un prevenuto, non seguita dagli altri, di aderire o meno alle imputazioni.

Ma vi è di più. Una delle più grandi novità rispetto al passato era contenuta all'art. 104 del *Borrador*, ove si stabiliva che «*cuando la conformidad se alcanzara antes de expirar el plazo para la presentación del escrito de defensa, mostrándose la conformidad en un escrito que sustituya las conclusiones provisionales de la defensa, la pena sobre la que recaiga la conformidad será rebajada en un tercio en la sentencia, aun cuando ello suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código Penal*».

In tal modo, quindi, il nuovo codice di procedura penale spagnolo voleva non solo generalizzare gli effetti premiali della *conformidad*, purché la stessa fosse manifestata entro un certo limite di tempo, ma anche stabilire espressamente il *quantum* del beneficio di cui avrebbe goduto l'accusato, fissandolo in un terzo secco di pena in meno.

Sempre al fine di garantire un utilizzo massiccio dell'istituto in esame, il legislatore del 2013 aveva poi ideato un'ipotesi del tutto inedita di «*incidente de control de la conformidad por la extensión de la pena*» (art. 110 *BCPP*), che il pubblico ministero avrebbero potuto richiedere al Tribunale nel caso in cui un accordo su una *conformidad* fosse in concreto impedito a causa di una richiesta di qualificazione giuridica o di pena, presentata da uno degli accusatori privati, che lui ritenesse temeraria o contraria alla legge³¹⁰.

È chiaro come tale disposizione fosse volta a diminuire lo strapotere che fino a quel momento l'*acusador particular* o *popular* avevano all'interno della *conformidad*; tali soggetti, infatti, richiedendo l'applicazione di una pena o proponendo una qualificazione giuridica del fatto strumentalmente elevati al fine di impedire o

³⁰⁸ L'art. 140, comma 1, del progetto del 2011, stabiliva infatti che «*sólo será posible la conformidad cuando se refiera a todos los sujetos investigados o acusados por un mismo hecho punible o por hechos conexos que no puedan ser juzgados separadamente sin detrimento del derecho de defensa*».

³⁰⁹ Tale articolo del *Borrador* stabiliva infatti che «*la conformidad es admisible aunque sean varios los encausados y no todos se conformaren. Su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con los no conformes*».

³¹⁰ Sul punto l'esposizione preliminare dei motivi stabiliva: «*con el fin de evitar que peticiones de pena temerarias o de mala fe sustentadas por alguna acusación popular o particular imposibiliten conformidades legítimas se establece un incidente de control por extensión de la pena reclamada que puede instar el Fiscal ante el Tribunal*».

rendere non conveniente l'adesione del prevenuto all'imputazione più grave, hanno avuto la possibilità di minare di molto l'efficacia deflativa del meccanismo acceleratorio in esame.

Si trattava di un rischio che il nuovo modello processuale, per l'appunto, non avrebbe potuto correre, pena altrimenti il possibile collasso del sistema per l'eccessivo carico giudiziario, di modo che nel caso in cui il pubblico ministero richiedesse tale incidente, sarebbe spettato al tribunale convocare un'udienza dove, sentite le ragioni delle parti, avrebbe potuto decidere lui direttamente se la pena più elevata richiesta dagli accusatori privata fosse «*de todo punto irrazonables o contrarias a la Ley o a la buena fe procesal*»³¹¹.

Merita a questo punto rilevare come nella bozza del 2013 il legislatore spagnolo avesse però abbandonato l'idea, sostenuta nell'*Anteproyecto* del 2011, di creare un vero e proprio *Juez de la conformidad*.

Il nuovo progetto aveva stabilito infatti che, ove l'indagato decidesse di formulare la sua dichiarazione nel corso delle indagini preliminari, nelle forme della *conformidad inmediata*, prevista dagli artt. 270 e ss. *BCPP*³¹², la competenza a valutare la sua dichiarazione sarebbe spettata al tribunale delle garanzie (omologo del giudice delle indagini preliminari italiano), mentre, invece, ove il prevenuto optasse per tale meccanismo in un momento processuale successivo (*ex artt.* 437, comma 3³¹³ oppure 444 e ss.³¹⁴ *BCPP*), la decisione sarebbe spettata al normale tribunale del dibattimento.

All'interno dell'iniziativa del 2013 si prevedevano, invece, delle novità certamente più significative in merito alla tipologia dei controlli che il giudice competente avrebbe potuto esercitare sulla dichiarazione di *conformidad*³¹⁵.

Sulla base dell'art. 108 del *BCPP* l'organo giudicante sarebbe stato infatti chiamato a svolgere una serie di valutazioni più penetranti rispetto sia a quanto previsto dalla *LECrin* del 1882, sia dall'*Anteproyecto* del 2011, assumendo delle funzioni che parte della dottrina spagnola ha assimilato a quelle che i giudici italiani hanno nel rito del patteggiamento³¹⁶.

Al di là della condivisibilità o meno di tale paragone, pare anzitutto utile segnalare come la previsione appena citata, dopo aver confermato in capo al giudice

³¹¹ Art. 110 *BCPP*. Pare utile rilevare come una delle novità maggiormente peculiari del progetto di codice di procedura penale spagnolo del 2013 era l'idea di codificare all'art. 17 in via generale il principio di buona fede processuale.

³¹² Il comma 1 di tale disposizione stabiliva che «*si durante las Diligencias de Investigación, el Ministerio Fiscal, las acusaciones y el encausado llegaren a un acuerdo de conformidad, lo presentarán a través de un escrito de acusación para conformidad inmediata, que firmarán conjuntamente el Fiscal, las acusaciones, el encausado y su Letrado*».

³¹³ L'art. 437, comma 3, del Borrador stabiliva, infatti, che «*de oficio o a instancia de parte el Tribunal podrá acordar, cuando lo estime conveniente, la celebración de una audiencia preliminar al juicio para el planteamiento y resolución de las cuestiones previas y, en su caso, de la conformidad*».

³¹⁴ Il comma 1 di questo articolo prevedeva che «*Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la defensa, con la conformidad del encausado presente, podrá pedir al Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en el acto*».

³¹⁵ Non a caso la dottrina ha manifestato notevole interesse per tale aspetto del Borrador. In argomento cfr., ad esempio, M. CHOZAS ALONSO, *La conformidad penal española*, cit., pp. 11 s.; Y. DOIG DÍAZ, *La potenciación de la conformidad*, pp. 25 ss.

³¹⁶ In questo senso si è autorevolmente espresso J.M. CHOZAS ALONSO, *La conformidad penal española*, cit., p. 11.

una serie di compiti già previsti all'interno della vigente *LECrim*, quali, ad esempio, il dovere di verificare che le parti non concludessero alcun *charge bargaining*, stabiliva che questi avrebbe dovuto, a seconda dei casi, o pronunciare una sentenza assolutoria, o applicare una pena inferiore rispetto a quella concordata tra le parti, ove, *partendo dai fatti accettati dalle parti*, avesse considerato che gli stessi non costituissero reato, oppure che la sanzione dovesse essere di minore gravità.

In tal modo, quindi, il legislatore del 2013 aveva voluto mettere finalmente la parola fine su una delle più dibattute *querelle* della materia della *conformidad*, aderendo a quell'indirizzo interpretativo che, già nel vigore dell'ambigua disciplina della *LECrim* del 1882, ammetteva che l'organo giudicante potesse applicare una pena inferiore rispetto a quella richiesta dalle parti o persino assolvere.

Non era questa però l'innovazione più significativa.

La vera "rivoluzione" rispetto al passato era prevista dal n. 4 dell'art. 108 del *Borrador*, ove si stabiliva – tra l'altro – che quando una delle parti non concordi rispetto alla *conformidad* avesse allegato delle ragioni contrarie rispetto all'ammissione di responsabilità del prevenuto, «*por no corresponderse los hechos con la realidad de lo acontecido, el Tribunal podrá acordar la continuación del juicio cuando entienda que la conformidad es contraria al interés de la justicia*».

Grazie a tale disposizione l'organo giudicante avrebbe quindi cessato di essere (salvo l'eccezione della disciplina del *Tribunal del jurado*) di norma totalmente vincolato sul piano fattuale dall'accordo delle parti, acquisendo invece un pur assai limitato potere di sindacare, a determinate condizioni, se effettivamente vi fosse una corrispondenza tra l'enunciato fattuale di cui all'imputazione e la realtà.

Il legislatore non aveva però espressamente stabilito all'art. 108 *BCPP* sulla base di quale materiale probatorio il giudice avrebbe potuto compiere tale verifica.

In tal modo, quindi il *Borrador* aveva assunto una posizione differente rispetto all'*Anteproyecto* del 2011, in cui – come accennato – si precisava che, ove la pena concordata dalle parti fosse superiore a cinque anni, l'organo giudicante avrebbe dovuto sentire le parti per andare alla ricerca di indizi che dimostrassero la fondatezza sul piano fattuale dell'accordo.

All'articolo 109 della bozza di codice di procedura penale del 2013 poteva infine ritrovarsi ancora una novità particolarmente significativa.

In questa disposizione si affermava infatti che «*si la conformidad propuesta fuera rechazada, el reconocimiento de los hechos efectuado por el encausado carecerá de efecto alguno y no podrá incluirse o será excluido de la Pieza Principal para el juicio*».

Si trattava, in buona sostanza, di un'inedita regola di esclusione, operante nei confronti della dichiarazione confessoria del prevenuto, nel caso in cui la sua *conformidad* fosse rigettata per un qualsiasi motivo³¹⁷.

Non sfuggirà quindi che, in tal modo, il legislatore spagnolo volesse inserire una previsione per certi versi simile a quella contenuta nel §257, comma 4, *StPO* tedesco.

Peraltro, esattamente come era avvenuto in Germania, anche nel *BCPP* non veniva stabilita espressamente la sorte di eventuali prove scoperte solo a seguito del

³¹⁷ Per un cenno alla tematica delle regole di esclusione in Spagna, cfr. il recente lavoro di L. ANNUNZIATA, *Questioni probatorie tra male captum bene retentum e theory of the fruit of the poisonous tree*, Pisa, 2017, pp. 136 ss.

riconoscimento dei fatti del prevenuto, non essendosi dettata alcuna regola di inutilizzabilità derivata.

A parte queste e alcune altre innovazioni di minore rilievo, merita comunque anche in questo caso precisare come il *Borrador* del 2013, allo stesso modo del progetto del 2011, avesse voluto confermare alcuni punti chiave della disciplina previgente in materia di *conformidad*.

Così, ad esempio, la bozza di codice si poneva sostanzialmente in linea con quanto già stabilito nella più volte novellata *LECrim* del 1882 con riguardo alle limitazioni ai poteri di gravame attribuiti alle parti nei confronti delle pronunce di *conformidad*, le quali non sarebbero state impugnabili per motivi di merito³¹⁸.

Anche all'interno della bozza del 2013 erano poi previsti altri istituti alternativi rispetto al procedimento penale ordinario, fondati sul consenso del prevenuto o persino su delle vere e proprie trattative tra le parti, che andavano ad affiancare l'istituto classico della *conformidad*, non tutti però caratterizzati da una prevalente finalità di economia processuale.

Tale iniziativa normativa aveva infatti dedicato a sua volta notevole spazio alla *restorative justice*³¹⁹, prevedendo non solo un intero titolo dedicato alla mediazione penale³²⁰, ma anche un'ipotesi di sospensione del procedimento per il compimento di prestazioni da parte del prevenuto³²¹, che l'esposizione dei motivi alla bozza ricollegava espressamente a tale peculiare paradigma giudiziario³²². Si trattava, però, di un istituto assolutamente meno articolato di quello omologo previsto nell'*Anteprojecto* del 2011, dal momento che, ad esempio, all'interno del *Borrador* non erano stabilite nel dettaglio neppure le singole condotte che il prevenuto avrebbe potuto tenere per ottenere un esito liberatorio e che, quindi, necessitava di sicure precisazioni successive da parte del legislatore.

Ma la vera novità rispetto all'*Anteprojecto* del 2011 era, invece, contenuta nel titolo II del libro V del *BCPP*, il quale prevedeva un'inedita forma di *proceso por aceptación de decreto*, la cui introduzione in Spagna era auspicata già da diversi decenni³²³.

Come si ricava espressamente dalla lettura dell'esposizione di motivi, tale rito si ispirava ai numerosi esempi di procedimenti monitori, caratterizzati da chiare

³¹⁸ Cfr. l'art. 115 del *Borrador*, il quale affermava al comma 1 «*únicamente serán recurribles las sentencias de conformidad cuando no hayan respetado los requisitos o términos acordados de la conformidad, sin que se pueda impugnar por razones de fondo la conformidad libremente prestada por ninguna de las partes*». Pare peraltro utile ricordare che il secondo comma di tale disposizione stabiliva espressamente in via innovativa che «*los autos en que se denegare la conformidad y se ordenare la continuación del procedimiento serán recurribles en apelación*».

³¹⁹ Cfr. tra i molti sul punto M. I. GONZÁLEZ CANO, *La mediación en el Proceso penal*, cit., pp. 687 ss.

³²⁰ Si vedano gli art. 143 ss. del *Borrador*.

³²¹ Ci si riferisce all'art. 92 *BCPP*, intitolato *Suspensión para el cumplimiento de prestaciones*. Per un commento organico di tale disposizione, anche confrontata con quanto previsto invece dal progetto del 2011, cfr. C. CUADRADO SALINAS, *Las medidas alternativas al proceso en el Borrador del Código Procesal Penal Español*, cit., pp. 891 ss.

³²² Cfr. esposizione dei motivi, p. 7.

³²³ Cfr., sul punto, il pioneristico lavoro di V. GIMENO SENDRA, *Los procedimientos penales simplificados. (Principio de «oportunidad» y proceso penal monitorio)*, in www.mjusticia.gob.es, il quale già negli anni '80 aveva suggerito di introdurre in Spagna un procedimento di questo genere come rimedio alla lentezza della giustizia penale di tale Paese.

finalità di economia processuale, diffusisi sempre più a macchia d'olio sul continente europeo³²⁴.

Nel disegno elaborato dai redattori del *Borrador* tale rito – il cui ambito di applicazione era riservato alla criminalità bagatellare³²⁵ – aveva un funzionamento complesso, suddiviso in quattro macro-fasi separate³²⁶.

Il punto iniziale di questo procedimento speciale era individuato in una proposta di decreto presentata dal *Fiscal* al Tribunale delle garanzie, «*en cualquier momento después de iniciado el proceso y hasta la finalización de las Diligencias de Investigación*»³²⁷, senza che fosse necessario sentire la persona sottoposta alle indagini preliminari.

Una volta ricevuta tale richiesta, l'organo giudicante avrebbe dovuto dal canto suo compiere una serie di verifiche di natura meramente giuridica e non fattuale per decidere se autorizzarla o meno³²⁸ e, in caso di esito positivo del controllo, notificare il provvedimento al prevenuto³²⁹.

Ove la proposta avesse avuto l'assenso del giudice, iniziava una terza fase del procedimento, con protagonista l'indagato: questi veniva convocato in un'udienza *ad hoc*, in cui – assistito necessariamente da un avvocato – avrebbe potuto accettare espressamente il decreto³³⁰.

A questo punto, a seconda di quale fosse la decisione presa dall'accusato, variava l'ultima fase del rito in questione.

Difatti, nel caso in cui questi avesse accettato la proposta di decreto del pubblico ministero, l'art. 493 *BCCP* stabiliva che il Tribunale dovesse, dopo tre giorni, convertire tale provvedimento in una sentenza di condanna irrevocabile; mentre, invece, la regiudicanda avrebbe proseguito il suo normale corso ove il prevenuto avesse rigettato esplicitamente la richiesta o non fosse comparso all'udienza (art. 494 *BCCP*).

Si badi, quindi, che a differenza di quanto accade in altri modelli di procedimenti monitori continentali, in cui la mancata opposizione a un decreto o a un'ordinanza penale di condanna equivale a accettazione, il disegno di *Borrador* spagnolo richiedeva l'accettazione espressa in udienza del prevenuto della proposta di pena avanzata dal pubblico ministero.

³²⁴ Nell'esposizione dei motivi si affermava infatti che tale rito «*se inspira el modelo en el procedimiento existente en otros sistemas próximos de derecho comparado donde viene funcionando en la práctica con normalidad y desempeñando un instrumento eficaz para evitar actuaciones procesales innecesarias*».

³²⁵ Più precisamente l'art. 485 *BCPP* stabiliva che si potesse accedere a tale rito solamente quando fossero soddisfatte tre condizioni: a) si procedesse per un reato punito con la pena della multa o della pena sostituibile con pena della multa, con o senza la privazione del diritto di condurre veicoli; b) il pubblico ministero ritenesse in concreto applicabile la pena della multa e, se del caso, la pena della privazione del diritto di condurre veicoli; c) non fosse costituita in giudizio un'accusa privata.

³²⁶ Cfr. artt. 485 ss. *BCPP*.

³²⁷ Cfr. art. 485 *BCPP*.

³²⁸ All'art. 489 *BCPP* si stabiliva infatti che «*el Tribunal de Garantías autorizará el decreto de propuesta de imposición de pena cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 485*», disposizione che a sua volta si limitava a prevedere che per accedere al rito non bisognasse superare i limiti di pena sopra descritti e che non fosse costituita un'accusa privata.

³²⁹ Cfr. art. 490 *BCPP*.

³³⁰ Cfr. art. 492 *BCPP*.

Orbene, proprio la presenza, quale requisito necessario di tale rito, di un atto esplicito di adesione dell'imputato a una richiesta di pena e qualificazione giuridica, suggerita dall'accusa e soltanto ratificata da un giudice, rendeva tale giudizio speciale indubbiamente simile all'istituto classico della *conformidad*.

Le ragioni di tale analogia sono del resto chiare: in entrambi tali meccanismi il prevenuto avrebbe potuto, per il tramite di una sua manifestazione di volontà, far concludere in modo anticipato una *regiudicanda* penale senza che venisse celebrata un'istruzione dibattimentale.

Se mai, la principale differenza tra questi meccanismi processuali sarebbe consistita nel fatto che mentre nella *conformidad* vera e propria la decisione del prevenuto di allinearsi alle accuse avrebbe preceduto il controllo del giudice, nel rito monitorio questi avrebbe potuto manifestare il proprio assenso soltanto dopo che l'organo decidente avesse ritenuto sussistenti i requisiti stabiliti dal *Borrador* per procedere tramite tale giudizio speciale.

In ogni caso, dato il ruolo di primo piano attribuito alla volontà dell'accusato nel contesto del *proceso por aceptación de decreto*, non vi sono dubbi nell'affermare che mediante tale rito si volessero estendere ancor di più gli strumenti consensuali semplificatori contenuti nella giustizia penale spagnola.

Ciò premesso, va comunque rilevato come la bozza di codice di procedura penale del 2013 non avesse fatto alcun riferimento espresso alla possibilità per le parti di negoziare tra di loro una proposta di decreto penale; di modo che si sarebbe potuto pensare che – quantomeno astrattamente – l'istituto in questione, pur caratterizzato da finalità prettamente utilitaristiche – non rientrasse nella nozione qui utilizzata di giustizia contrattata.

All'interno della disciplina del *Borrador* infatti non si era ad esempio né stabilito il potere del pubblico ministero di compiere dei colloqui con il prevenuto prima della presentazione della richiesta al giudice delle garanzie, volti a facilitare un'accettazione della proposta, né la possibilità per l'accusa di depositare immediatamente un nuovo decreto, concordato con l'accusato, nella stessa udienza in cui quest'ultimo non avesse accettato una prima iniziativa in tal senso.

Ciò peraltro non toglie che, data la perenne necessità di diminuire il carico giudiziario, i pubblici ministeri potessero negoziare concretamente il decreto in via informale, esattamente come è accaduto in Germania con riguardo al meccanismo dello *Strafbefehlsverfahren*.

La probabilità che delle trattative tra le parti si verificassero concretamente sembrava d'altra parte favorita dal fatto che, nella struttura del *Borrador* del 2013, il *proceso por aceptación de decreto* non era stato configurato come un meccanismo di natura premiale: al prevenuto che decidesse di essere giudicato per il tramite di questo rito non era stato infatti promesso alcuno sconto di pena³³¹.

Di modo che, per riuscire a invogliare gli indagati ad accettare i decreti penali sembrava quasi inevitabile una previa opera di negoziazione della proposta presentata dal pubblico ministero.

³³¹ Cfr. A.M. SANTOS MARTÍNEZ, *El proceso por aceptación de decreto*, in AA.VV., *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, diretto da J. Alonso-Cuevillas Sayrol, Barcelona, 2015, p. 315.

Peraltro, tenuto conto proprio del silenzio normativo sul punto, soltanto l'utilizzo pratico dell'istituto avrebbe potuto far comprendere se lo stesso potesse essere concretamente oggetto di trattative *preater* o *contra legem*.

Anche in questo caso, però, le forze politiche non sono riuscite a trovare un accordo definitivo sul progetto di codice di procedura penale spagnolo, che è stato a sua volta abbandonato³³².

Nel dicembre 2014, infatti, il Ministro della Giustizia giustificava la decisione di rinunciare a tale iniziativa affermando che non era quello «il momento di affrontare l'approvazione di un nuovo codice di procedura penale, che [avrebbe comportato] un cambiamento radicale del modello attuale, e che avrebbe [avuto bisogno quindi un grande consenso]»³³³.

Di conseguenza, a causa delle vicissitudini politiche ed economiche del momento, ancora una volta, il sistema misto di cui era figlia la *LECrim* del 1882 è sopravvissuto, lasciando la Spagna priva di quella agognata modernizzazione della giustizia penale considerata dai più indispensabile.

13. Le riforme del 2015 e l'iniziativa più recenti in materia di giustizia negoziata

Una volta preso atto dell'impossibilità di sostituire per intero la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* del 1882, nel 2014 il governo spagnolo ha optato per un netto cambio di strategia rispetto agli anni precedenti, decidendo di realizzare subito alcune novelle parziali «e ritardare la discussione sul nuovo modello di giustizia penale ad un momento più favorevole»³³⁴.

D'altra parte, grazie all'*Anteproyecto* del 2011 e al *Borrador* del 2013 le forze politiche avevano oramai a disposizione un copioso materiale da cui trarre spunto per risolvere le problematiche più impellenti della giustizia criminale spagnola.

Già nel corso del 2015 hanno quindi potuto vedere la luce diverse leggi ordinarie e organiche di modifica di alcune parti della *LECrim*, in cui sono state per l'appunto trasfuse alcune delle novità che avrebbero dovuto accompagnare l'introduzione in Spagna di un processo di stampo accusatorio³³⁵.

Per quanto rileva per la presente analisi, pare anzitutto utile rilevare come le forze politiche abbiano abbandonato del tutto l'idea di riformare la *conformidad* nel contesto di questi interventi settoriali; di modo che tale istituto ha continuato a essere disciplinato – salvo per alcune lievi modifiche che erano state introdotte nel corso degli anni³³⁶ – per lo più dalle disposizioni che il legislatore aveva introdotto all'inizio del nuovo millennio, nonché – in via amministrativa – dal patto del 2009 sopra descritto.

³³² Cfr., a riguardo, I. FLORES PRADA, *L'"aggiornamento" della giustizia penale spagnola nel 2015. Riforme parziali in attesa del nuovo codice di procedura penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 5, p. 203.

³³³ Cfr. I. FLORES PRADA, *L'"aggiornamento" della giustizia penale spagnola nel 2015*, cit., p. 203.

³³⁴ Cfr. I. FLORES PRADA, *L'"aggiornamento" della giustizia penale spagnola nel 2015*, cit., p. 204.

³³⁵ Un elenco completo può ritrovarsi in I. FLORES PRADA, *L'"aggiornamento" della giustizia penale spagnola nel 2015*, cit., p. 203, nt. 1.

³³⁶ Si pensi, ad esempio, che la legge del 10 di ottobre del 2011, n. 37, aveva già da tempo introdotto all'art. 787 *LECrim* un nuovo comma 8, volto a regolare l'ipotesi delle *conformidades* prestate dalle persone giuridiche.

Tale decisione sembra del resto comprensibile tenuto conto del fatto che il deciso potenziamento della *conformidad*, suggerito nell'*Anteproyecto* del 2011 o dal *Borrador* del 2013, assumeva un senso soprattutto quale corollario di un cambiamento radicale di modello processuale verso un sistema accusatorio, che richiedeva per l'appunto la presenza di strumenti idonei a diminuire al massimo il numero dei dibattimenti.

Tenuto conto di queste considerazioni, non stupirà sapere che anche l'idea di inserire, sulla scia delle esperienze di molti Paesi dell'Europa continentale, una nutrita serie di eccezioni al generale principio di obbligatorietà dell'azione penale sia uscita fortemente ridimensionata dalle riforme del 2015, rispetto a come era stata pensata nel contesto dei progetti di integrali di riforma degli anni precedenti.

La principale novità in materia è stata introdotta dalla legge organica del 30 di marzo del 2015 n. 1, la quale è intervenuta sugli artt. 963.1.1^a; 964, comma 2, a) e 965, comma 1.1^a della *LECrim*³³⁷.

Mediante tali disposizioni si è, in buona sostanza, inserita un'ipotesi di archiviazione per speciale tenuità del fatto, operante per la sola criminalità bagatellare, nei casi in cui non sussista un interesse pubblico rilevante alla persecuzione del reato, requisito che per i reati patrimoniali si è stabilito poter sussistere soltanto quando non vi sia stata una denuncia della vittima e il prevenuto abbia provveduto alla riparazione del danno.

Orbene, si tratta all'evidenza di una fattispecie simile a quelle prevista in altri ordinamenti europei – si pensi al già esaminato art. 153 *StPO* tedesco– la cui introduzione risulta però assai meno ambiziosa rispetto alle previsioni contenute, ad esempio, negli artt. 90 e ss. del *BCCP*.

Ai fini della presente analisi, pare utile rilevare come all'interno di queste disposizioni il legislatore non ha però stabilito in modo espresso né che il prevenuto debba manifestare il proprio consenso rispetto alla richiesta di archiviazione per tenuità presentata della pubblica accusa, né che le parti possano negoziare tra di loro un accordo in merito a tale esito liberatorio.

Peraltro, il fatto che, quantomeno per i reati patrimoniali, si sia richiesto quale requisito indispensabile di operatività dell'istituto che l'indagato abbia risarcito i danni provocati dal reato e che la vittima non abbia presentato una denuncia, fa comprendere come in tali fattispecie si sia implicitamente aperto alla possibilità di discussioni tra il pubblico ministero e l'offeso e il primo e l'indagato, finalizzate a convincerli in merito al vantaggio di concludere il rito per il mezzo di tramite archiviazione per tenuità³³⁸.

³³⁷ Per un commento, cfr. J. M. PASTOR, *La tímida introducción de la potestad discrecional de acusar en el proceso penal español*, in AA.VV., *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, coord. da O. Fuentes Soriano, Valencia, 2017, pp. 65 ss.; V. GIMENO SENDRA, *El principio de oportunidad*, cit., pp. 10 ss. Cfr. anche la *Circular 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015*.

³³⁸ Sul punto cfr. V. GIMENO SENDRA, *El principio de oportunidad*, cit., p. 11, il quale afferma che «mediante este requisito, el mencionado precepto viene a convertir al M.F. en un mediador penal, quien, con anterioridad a dicha petición, habrá de escuchar al ofendido y/o perjudicado acerca de la naturaleza y valor de la cosa-objeto material del delito, para pasar a interrogar inmediatamente al investigado no reincidente y persuadirle de que, si desea el archivo de la causa, debe efectuar al perjudicado la pronta reparación económica».

Peraltro, il fatto che l'oggetto principale di queste eventuali trattative sia il risarcimento dei danni determinati dal reato potrebbe quantomeno far dubitare della possibilità di ricomprendere l'istituto in questione nella nozione qui fatta propria di giustizia negoziata, piuttosto che nel paradigma della *restorative justice*, rispetto al quale – pare utile ricordarlo – erano fortemente debitorie le ipotesi originarie di eccezioni al principio di obbligatorietà contenute nella bozza del 2013 e nel progetto del 2011.

A fugare tale dubbio sembra comunque potersi richiamare l'esposizione dei motivi della legge n. 1 del 2015 in cui esplicitamente si è affermato che tale istituto è stato introdotto al fine di «*descargar a los tribunales de la tramitación de asuntos menores carentes de verdadera relevancia que congestionan su actividad y reducen los recursos disponibles para el esclarecimiento, persecución y sanción de las conductas realmente graves*».

Orbene, tenuto conto delle motivazioni che hanno spinto il legislatore a prevedere tale strumento processuale, pare che lo stesso – ove sia concretamente oggetto di discussioni fisiologiche o patologiche tra le parti – possa essere ricompreso tra gli strumenti di giustizia negoziata, posto che le trattative sul risarcimento del danno sembrano per l'appunto assumere il mero significato di consentire alla vittima di ottenere una soddisfazione rapida dei suoi interessi patrimoniali, piuttosto che essere finalizzate a permettere il raggiungimento di un'effettiva riconciliazione tra le parti.

Una delle misure su cui il legislatore ha maggiormente puntato per garantire comunque una semplificazione dell'amministrazione della giustizia è il procedimento per decreto, il quale è stato definitivamente introdotto in Spagna dalla l. 6 ottobre 2015, n. 41 agli artt. da 803 *bis a*) a 803 *bis j*) *LECrin*³³⁹.

Tale rito è stato per lo più copiato dal *Borrador* del 2013³⁴⁰, rispetto al quale è uscito – sotto certi punti di vista – ancora più potenziato.

Ma andiamo con ordine. Le finalità che hanno spinto i riformatori ad intervenire sul punto possono ritrovarsi, anche in questo caso, nell'esposizione dei motivi della legge 41/2015, ove si afferma che lo scopo è stato quello di inserire un «*mecanismo de aceleración de la justicia penal que es sumamente eficaz para descongestionar los órganos judiciales y para dispensar una rápida respuesta punitiva ante delitos de escasa gravedad*».

³³⁹ In argomento cfr., tra i molti, P. CRESPO BARQUERO, *El proceso por aceptación de decreto: requisitos, objeto y contenido del decreto. Análisis de la reforma legal*, in www.fiscal.es; Y. DOIG DÍAZ, *El proceso por aceptación de decreto*, in AA.VV., *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, cit., pp. 525 ss.; F.R. SÁNCHEZ MELGAREJO, *El proceso por aceptación de decreto: ¿una verdadera vía para la conformidad penal? (I) (II)*, in www.abogacia.es; A.M. SANTOS MARTÍNEZ, *El proceso por aceptación de decreto*, cit., pp. 307 ss.; J.M. ASENSIO MELLADO, *El Proceso por Aceptación de Decreto*, Valencia, 2016; J. CISNEROS DEL PRADO, *El proceso por aceptación decreto. Cuestiones organizativas*, in www.fiscal.es; M. MOLINS RAICH, *El proceso por aceptación de decreto: pe numbras y sombras de una nueva alternativa para la conformidad penal*, in AA.VV., *El nuevo proceso penal*, cit., pp. 327 ss.; L. RODRÍGUEZ RAMOS, *El proceso por aceptación de decreto: procedimiento. Análisis de la reforma legal desde la perspectiva de un abogado*, in www.fiscal.es; C. ALONSO SALGADO, *Una lectura restaurativa acerca del proceso por aceptación de decreto*, in AA.VV., *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, cit., pp. 553 ss.

³⁴⁰ Cfr., P. CRESPO BARQUERO, *El proceso por aceptación de decreto*, p. 3.

Da tali considerazioni, si può quindi desumere come il rito monitorio spagnolo sia dichiaratamente rivolto a raggiungere un obiettivo utilitaristico di pura economia processuale³⁴¹.

L'ambito di applicazione del procedimento in questione, pur rimanendo limitato ai reati bagatellari, è stato precisato rispetto a quanto si prevedeva nella Bozza del 2013, essendosi previsto che lo stesso possa essere utilizzato solo ove si proceda per reati puniti – in astratto e nel massimo – con la pena della multa, con il lavoro di pubblica utilità, o con la detenzione non superiore a un anno (ove possa essere sospesa) o, eventualmente, con il divieto di condurre veicoli a motori o ciclomotori³⁴².

Oltre a ciò, occorre anche che il pubblico ministero ritenga che la pena massima effettivamente applicabile in concreto sia quella della multa, oppure il lavoro di pubblica utilità o il divieto di guidare veicoli e che non si sia costituito nel processo né un accusatore particolare, né popolare³⁴³.

Anche nella formulazione definitiva approvata dal legislatore tale meccanismo processuale è stato configurato come un procedimento speciale suddiviso in diverse fasi.

Il potere di iniziativa a riguardo è stato posto in capo al pubblico ministero, al quale spetta la scelta discrezionale di avanzare – in qualunque momento successivo all'inizio delle sue indagini e prima della conclusione dell'istruttoria preliminare, ancorché il prevenuto non sia stato chiamato a rendere dichiarazioni – una proposta di decreto penale³⁴⁴.

I contenuti necessari di tale provvedimento sono stabiliti dall'art. 803 *bis c* *LECrim*, in cui è stata inserita una delle novità senz'altro più significative rispetto al *Borrador* del 2013.

Ci si riferisce al fatto che, nel corso dei lavori preparatori della l. 41 del 2015, il legislatore spagnolo, onde potenziare il più possibile l'efficacia deflativa del *proceso por aceptación de decreto*, ha scelto di renderlo un istituto espressamente premiale³⁴⁵.

Tale elemento si ricava dall'art. 803 *bis c*, comma 1.5, in cui si prevede che all'interno della sua proposta il pubblico ministero *può* richiedere l'applicazione di una pena ridotta *fino a un terzo* rispetto a quella prevista legalmente, anche quando ciò determini l'irrogazione di una pena inferiore al limite minimo previsto nell'applicazione penale.

Così facendo, la Spagna ha evidentemente deciso di seguire il modello di quei paesi dell'Europa continentale – come l'Italia – in cui la decisione di un indagato di accettare di essere giudicato con un processo monitorio è favorita mediante la promessa di uno sconto di pena.

Si badi, peraltro, che nel procedimento per decreto spagnolo il legislatore non pare aver imposto in capo al pubblico ministero un vero e proprio obbligo di

³⁴¹ Per un tentativo di una lettura in chiave riparativa del rito C. ALONSO SALGADO, *Una lectura restaurativa acerca del proceso por aceptación de decreto*, cit., pp. 553 ss.

³⁴² Cfr. sul punto, I. FLORES PRADA, *L'“aggiornamento” della giustizia penale spagnola nel 2015*, cit., p. 207.

³⁴³ Cfr. I. FLORES PRADA, *L'“aggiornamento” della giustizia penale spagnola nel 2015*, cit., p. 207.

³⁴⁴ Cfr. art. 803 *bis a e b* *LECrim*.

³⁴⁵ Cfr., P. CRESPO BARQUERO, *El proceso por aceptación de decreto*, pp. 36 s.

concedere tale beneficio premiale, sembrando piuttosto aver lasciato una sorta di discrezionalità sul punto in capo all'accusa. Ciò del resto pare ricavarsi dalla lettera della legge in cui si stabilisce che il *Fiscal* può ma, per l'appunto, non *deve* richiedere una sanzione diminuita.

A questo punto, va precisato che, in ragione del fallimento del disegno di riforma complessivo del *Borrador*, il legislatore spagnolo ha dovuto inevitabilmente ripensare all'organo giudicante competente ad autorizzare o meno la proposta di decreto dell'accusa, decidendo di attribuire tale compito al giudice istruttore³⁴⁶.

Non sono invece variate le ragioni per cui tale soggetto può rigettare la proposta di decreto: anche all'interno dell'art. 803 *bis e*) *LECrim* si è infatti stabilito che il giudice ha in tale sede il potere di compiere un mero controllo di legalità sulla sussistenza dei requisiti edittali e formali stabiliti per procedere con tale rito, ma non di effettuare un controllo di merito.

Dopo aver ratificato l'istanza, è compito del medesimo decisore dare un ulteriore impulso al procedimento, comunicando finalmente il decreto all'indagato e citandolo – come era previsto nel *Borrador* del 2013 – a un'udienza *ad hoc*, in cui questi può manifestare o meno la sua adesione al decreto³⁴⁷.

Anche nella versione approvata del procedimento monitorio spagnolo, è stata poi confermata la regola secondo cui l'indagato, necessariamente assistito da un avvocato, debba per forza accettare in modo espresso la proposta del pubblico ministero, non potendo desumersi questo dato solo dalla sua mancata opposizione³⁴⁸.

Una volta ottenuto il consenso del prevenuto, spetta infine al giudice istruttore il compito di convertire il decreto in una sentenza irrevocabile di condanna³⁴⁹.

Dopo aver descritto a grandi linee il funzionamento del nuovo istituto, va ora precisato che il legislatore non ha neppure in questo caso attribuito espressamente alle parti il potere di compiere delle trattative al fine di favorire l'assenso di un prevenuto a un decreto penale³⁵⁰.

Gli articoli 803 *bis a* e seguenti sono infatti muti sia con riguardo all'eventuale possibilità per il pubblico ministero di contattare l'indagato e il suo difensore al fine di concordare una richiesta congiunta di decreto, sia in merito alla legittimità di un'eventuale modifica successiva a una proposta già presentata, in ragione di eventuali accordi raggiunti all'interno della procedura.

Di modo che, in sostanza, vista la presenza nel contesto di tale meccanismo processuale di una mera accettazione dell'accusato rispetto a una proposta apparentemente "ferma" del pubblico ministero, il rito *de quo* sembrerebbe poter essere paragonato solo a un "contratto per adesione" e non a vero istituto di giustizia contrattata.

Orbene, è proprio partendo da tali considerazioni che parte della dottrina spagnola, dopo aver rilevato una sostanziale analogia tra la *conformidad* ordinaria e

³⁴⁶ Cfr. art. 803 *bis d* *LECrim*.

³⁴⁷ Cfr. art. 803 *bis f* *LECrim*.

³⁴⁸ Cfr. art. 803 *bis h* *LECrim*.

³⁴⁹ Cfr. art. 803 *bis i* *LECrim*.

³⁵⁰ Cfr., sul punto, P. CRESPO BARQUERO, *El proceso por aceptación de decreto*, p. 23.

lo strumento processuale in questione, ha definito il *proceso por aceptación de decreto* una nuova modalità di *conformidad* (teoricamente)³⁵¹ non negoziata³⁵².

Insomma, se ci si limitasse al dato normativo, bisognerebbe affermare che il nuovo rito avrebbe sì aumentato gli spazi di consensualità previsti nell'ordinamento spagnolo, ma non le possibilità per le parti di giungere ad una soluzione realmente contrattata di una regiudicanda penale.

Diversi autori però sono andati oltri alla lettera della legge, proponendo un'esegesi volta a massimizzare gli effetti deflativi dell'istituto *de quo*, secondo cui, sebbene la *LECrim* non lo dica apertamente, il pubblico ministero potrebbe comunque negoziare con il prevenuto e il suo difensore una proposta di procedimento per decreto.

Così, ad esempio, dopo essersi fatto leva sulla necessità per l'accusa di avere una ragionevole certezza sul fatto che l'accusato accetti la sua iniziativa, si è affermato che «*se impone, de este modo, antes de formular una propuesta, indagar, negociar o pactar la incoación del proceso monitorio y el contenido del decreto de condena. Incluso con las posibles partes acusadoras a los efectos del desistimiento de sus acciones*»³⁵³.

Allo stesso modo, inoltre, un noto procuratore capo spagnolo ha affermato che sarebbe addirittura impensabile che nessun *Fiscal* utilizzasse tale strumento «*sin una negociación previa con la Defensa, arriesgándose a trabajar en vano*»³⁵⁴, arrivando persino a suggerire l'applicazione al procedimento per decreto del protocollo sulla *conformidad* del 2009³⁵⁵.

In termini simili si è espresso anche un noto penalista, il quale, dopo aver ammesso che lo strumento in questione sarebbe inquadrabile come «*una modalidad más de lo algunos autores llaman "justicia negociada"*»³⁵⁶, ha rilevato che eventuali dubbi del pubblico ministero sul buon esito di tale rito possono risolversi per il tramite di discussioni tra le parti, «*consulta que no está prohibida pero que el legislador podría haber admitido al menos en términos facultativos*»³⁵⁷.

A ben vedere, tali esegesi creative sembrano essere accomunate dall'idea secondo cui, laddove la legge non vieti espressamente un comportamento, lo stesso può ritenersi legittimo, specie ove ciò risulti utile a perseguire gli scopi che il legislatore si era posto mediante l'introduzione di un istituto processuale.

Non sfuggirà, infatti, che tutte queste interpretazioni si muovono negli spazi del non detto, del *praeter legem*, dell'informalità.

Se è vero, infatti, che non essendosi stabilito uno sconto di pena secco per il prevenuto che aderisca all'istituto *de quo* si è favorita la possibilità che le parti compiano quantomeno dei colloqui sul punto, si potrebbe anche pensare che ove il legislatore considerasse effettivamente opportuno permettere alle parti di negoziare nel procedimento per decreto l'avrebbe fatto comprendere almeno implicitamente, come nella *conformidad*.

³⁵¹ Cfr. P. CRESPO BARQUERO, *El proceso por aceptación de decreto*, p. 39..

³⁵² Cfr., sul punto, P. CRESPO BARQUERO, *El proceso por aceptación de decreto*, p. 5.

³⁵³ Cfr. M. ASECIO MELLADO, *El Proceso por Aceptación de Decreto*, cit., p. 126.

³⁵⁴ Cfr. J. CISNEROS DEL PRADO, *El proceso por aceptación decreto*, cit., p. 15.

³⁵⁵ Cfr. J. CISNEROS DEL PRADO, *El proceso por aceptación decreto*, cit. p. 16.

³⁵⁶ Cfr. L. RODRÍGUEZ RAMOS, *El proceso por aceptación de decreto*, cit., p. 4.

³⁵⁷ Cfr. L. RODRÍGUEZ RAMOS, *El proceso por aceptación de decreto*, cit., p. 9.

Al di là della condivisibilità o meno di tale ragionamento una cosa è certa: tramite lo sviluppo dell'opinione secondo cui anche il decreto di condanna potrebbe essere oggetto di trattative, la giustizia negoziata spagnola ha dimostrato, se mai ve ne fosse bisogno, ancora una volta la sua forza espansiva.

D'altra parte, alla luce della presente analisi, sembra potersi rilevare una sorta di ossessione, specie degli operatori pratici del diritto di tale Paese, per la creazione di istituti processuali sempre più agili, anche a discapito del principio di legalità; tendenza che sembra essere aumentata ancor di più dopo il fallimento dei tentativi di riformare totalmente la procedura penale di tale Paese in un senso accusatorio.

Una precisa riprova di ciò pare d'altra parte potersi ritrovare nei nuovi strumenti tecnici volti a consentire una più efficiente negoziazione delle *conformidades* che – pur in assenza di alcun appiglio normativo – stanno iniziando a essere sperimentati nel corso degli ultimi anni.

Ci si riferisce in particolare alla cosiddetta *Agenda de Conformidades*, la quale altro non è se non un'applicazione telematica, frutto di un progetto pilota del 2016 che ha visto coinvolte le procure di León e Ponferrada, accessibile sia attraverso il *web*, sia tramite alcuni dispositivi mobili, finalizzata ad agevolare le trattative tra il pubblico ministero e il difensore per giungere a un accordo su una soluzione concertata di una regiudicanda penale³⁵⁸.

Più precisamente tale mezzo informatico consente all'accusa e all'avvocato di gestire un'agenda telematica condivisa degli incontri in cui si verrà discussa una *conformidad*, permettendo, ad esempio, a questi soggetti di cancellare gli appuntamenti già presi o fissarne di nuovi.

L'obiettivo è, in buona sostanza, quello di creare un modello standard di comunicazione tra tutti i partecipanti alle trattative, sostitutivo di quelli utilizzati singolarmente dai singoli difensori o *Fiscales*.

Merita rilevare come tale progetto, congiuntamente proposto dalla procura generale dello stato e dal consiglio generale degli avvocati spagnoli, abbia ricevuto il plauso anche del *Consejo General del Poder Judicial*, che lo ha ritenuto meritevole del premio *Calidad de la Justicia*³⁵⁹.

Ci si trova, quindi, di fronte a quella che pare una delle nuove frontiere della giustizia penale negoziata moderna, che si pone in ottica di continuità e potenziamento con il protocollo sulla *conformidad* del 2009; ovvero il tentativo di prestabilire, in via generale e astratta, un corretto e condiviso metodo di svolgimento delle trattative tra le parti, che tenti di sfruttare al massimo anche le più recenti novità tecnologiche.

In sostanza, quindi, preso atto dell'eccessivo arbitrio lasciato ai singoli ministeri e agli avvocati nella fase delle discussioni reciproche, i vertici degli operatori pratici del diritto spagnolo hanno tentato di incanalare la libertà di negoziare delle parti all'interno di binari considerati più sicuri ed efficienti.

³⁵⁸ Cfr. a riguardo *La Agenda de Conformidades de la Abogacía Española y la Fiscalía General del Estado*, Premio 'Calidad de la Justicia', in www.aranzadi.es; *La Agenda de Conformidades de la Abogacía Española y la Fiscalía General del Estado*, Premio 'Calidad de la Justicia', in informativojuridico.com.

³⁵⁹ Cfr. *Abogacía Española y la Fiscalía General del Estado*, Premio 'Calidad de la Justicia' por la Agenda de Conformidades, in www.abogacia.es.

Il problema pare anche in questo caso essere la fonte di iniziative come l'*Agenda de Conformidades*, la quale, ancora una volta, non è la legge, ma un mero atto di indirizzo proveniente dagli operatori pratici del diritto.

Difatti, tenuto conto di quanto il raggiungimento di un accordo tra le parti incida sull'oggetto del processo, sembrerebbe che le modalità di svolgimento delle trattative dovrebbero essere regolate soltanto dai detentori del potere politico e non dalle parti.

Al massimo, visto il livello di tecnicismo e di specificità che può in concreto essere richiesto per disciplinare i negoziati, potrebbe pensarsi a disposizioni legislative che autorizzano l'esecutivo a dettare dei regolamenti amministrativi in tema di giustizia negoziata, magari di concerto proprio con gli operatori pratici del diritto.

Al di là di tale osservazione, pare comunque utile rilevare come l'*Agenda de Conformidades*, e, ancor prima, il protocollo del 2009, siano comunque certamente meritevoli di plauso, in quanto finalizzati a tentare di risolvere alla radice uno dei talloni d'Achille del fenomeno in esame: l'assoluta mancanza di trasparenza nella fase dello scambio di proposte e contro-proposte tra le parti.

Si tratta dei primi passi di un cammino innovativo, utile quale esempio anche per gli altri sistemi europei e non, che vogliano tentare di rendere la giustizia negoziata un fenomeno meno oscuro, informale e – spesso – iniquo.

Per il tramite di un programma informatico o comunque pre-stabilendo un mezzo di comunicazione obbligatorio da utilizzare nella conclusione degli accordi, si riuscirebbe infatti ad avere una traccia precisa non solo del numero delle intese effettivamente raggiunte, ma, se del caso, anche dei contenuti parziali delle stesse. Si potrebbe, infatti, ottenere una sorta di brogliaccio dei negoziati, utile al giudice per controllare la validità degli stessi.

Di certo, nonostante il fatto che la forza espansiva della giustizia contrattata porterebbe a tentare di aggirare anche tali paletti – basti pensare a una mancata verbalizzazione di tutta o parte delle discussioni – vi sarebbe comunque un miglioramento rispetto a quanto oggi accade in molti ordinamenti, in cui la legge è totalmente muta sulle modalità in cui si devono svolgere le trattative.

Per quanto concerne l'ordinamento spagnolo, non rimane in ogni caso ora che attendere il momento in cui le forze politiche riusciranno finalmente ad approvare una riforma razionalizzatrice della *conformidad*, per vedere se il legislatore deciderà di cristallizzare all'interno dello stesso corpo normativo tali iniziative "pilota", magari potenziandole, o le sconfesserà.

Una cosa è certa: come dimostra anche la recente proposta di un nuovo patto di Stato per il futuro della giustizia suggerita dal consiglio generale degli avvocati³⁶⁰, non sembra che la Spagna in futuro potrà fare a meno di tutta una serie di meccanismi alternativi di soluzione dei conflitti, fondati su una vera e propria «cultura del acuerdo»³⁶¹.

³⁶⁰ Ci si riferisce alla proposta di riforma della *LECrim*, presentata nel dicembre del 2016, dal consiglio generale degli avvocati spagnoli, intitolata *Elementos para una propuesta de pacto de estado por el futuro de la justicia*, in www.abogacia.es.

³⁶¹ Cfr. *Elementos para una propuesta de pacto de estado por el futuro de la justicia*, punto n. 19.

CAPITOLO IV

LA GIUSTIZIA PENALE NEGOZIATA IN FRANCIA

SOMMARIO. 1. Le forme più risalenti di *transaction pénale* e la *disqualification*. – 2. L'evoluzione del consensualismo penale in Francia negli anni Ottanta. – 3. Le modifiche normative dei primi anni Novanta. – 4. La codificazione delle *classements sous conditions* e la creazione della "*composition pénale*". – 5. L'assenza di negoziazioni tra prevenuto e autorità nella "*composition pénale*". – 6. Il cammino verso la codificazione della *procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*. – 7. La decisione del Consiglio costituzionale francese del 2004 sul *plaider coupable*. – 8. Le prime difficoltà pratiche del *plaider coupable* e la legge 2005-847 del 26 luglio 2005. – 9. La CRPC tra giustizia consensuale e negoziata. – 10. Le proposte di abrogazione della CRPC. – 11. Le proposte di modifica del *plaider coupable* contenute nei lavori delle Commissioni Guinchard, Léger e nell'*avant-projet* di codice di procedura penale del 2010. – 12. Le riforme apportate al *plaider coupable* dalla legge n. 2011-1862 del 13 dicembre 2011. – 13. La *transaction pénale par officier de police judiciaire*. – 14. Le più recenti iniziative di riforma della CRPC.

1. Le forme più risalenti di *transaction pénale* e la *disqualification*

Nonostante rappresenti la patria del modello misto di stampo continentale¹, l'ordinamento francese non è mai riuscito a restare del tutto impermeabile al consensualismo penale.

Come si è già avuto modo di accennare, neppure le riforme risalenti all'epoca della rivoluzione francese e le codificazioni di epoca napoleonica – pur avendo, in via generale, stabilito che «*la transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public*»² – hanno realmente eliminato tutte le tipologie di composizioni ammesse, già nell'antico regime, all'interno di tale ordinamento.

Anche nel periodo di più acceso rifiuto sul suolo europeo nei confronti della giustizia consensuale e negoziata, infatti, alcune leggi speciali d'Oltralpe³ hanno continuato ad attribuire a delle amministrazioni pubbliche (tra cui quella delle dogane, delle imposte indirette, delle poste, dell'acqua e delle foreste) il potere di concludere con gli autori di determinati reati delle transazioni, costruite sulla base di uno scambio tra l'estinzione dell'azione penale «*en contrepartie de l'aveu de*

¹ Cfr., a riguardo, per tutti, B. BOULOC, *Procédure pénale*, 25^a ed., Paris, 2015, p. 64 s., nella letteratura italiana, per una compiuta analisi dello sviluppo della procedura penale d'Oltralpe, cfr., per tutti, M.G. AIMONETTO, voce *Processo penale francese*, in *Enc. dir., Annali II*, t. I, Milano, 2008, p. 723; N. GALANTINI, *Profili della giustizia penale francese*, 2^a ed., Torino, 1995, *passim*.

² Così si esprime l'art. 2046 del *Code civil*. Sul punto, P.P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. XIX, Paris, 1867, pp. 286 ss.

³ Si veda, sul punto, ampiamente, M. BOITARD, *La transaction pénale en Droit français*, in RSC, 1941, pp. 151 ss.

l'infraction et du versement d'une somme d'argente dont elles fixent elles-mêmes le montant»⁴.

Pare utile precisarlo: il risalente istituto della “*transaction pénale*”⁵ può essere definito come «*un accord entre une personne susceptible de faire l'objet de poursuites et une autorité légalement investie du droit d'engager celles-ci, aux termes duquel l'acceptation et la réalisation des mesures proposées par la seconde à la première éteint l'action publique*»⁶.

Orbene, un meccanismo di tal tipo era già previsto da una legge del 1802, la quale stabiliva che «*l'Administration des douanes est autorisée à transiger sur les procès relatifs aux contraventions aux lois qui régissent cette partie des revenus, soit avant, soit depuis le jugement*»⁷. Disposizione che è stata poi riprodotta da un'ordinanza di Luigi XVIII del 30 gennaio 1822, concernente la riorganizzazione dell'Amministrazione delle dogane⁸.

Lo stesso potere di transigere è stato poi attribuito al Servizio delle poste già da un'ordinanza del 19 febbraio del 1843 e all'Amministrazione delle foreste da una legge del 1859, la quale ha stabilito che «*l'Administration des forêts est autorisée à transiger avant jugement définitif sur la poursuite des délits et contraventions. Après jugement définitif, la transaction ne peut porter que sur les peines et réparations pécuniaires*»⁹.

Insomma, tali previsioni stanno a dimostrare come, già nel XIX secolo, l'ordinamento francese prevedeva alcune peculiari eccezioni al principio generale dell'indisponibilità dell'azione penale, che consentivano agli imputati di far terminare in modo anticipato il proprio procedimento semplicemente pagando, entro un certo lasso di tempo, una somma di denaro al Tesoro pubblico.

Non sfuggirà, peraltro, che queste peculiari ipotesi di “transazioni penali” siano da sempre state caratterizzate da precisi obiettivi utilitaristici: le stesse hanno infatti permesso allo Stato, da un lato, di evitare che i Tribunali venissero ingolfati da alcune forme di criminalità peculiari¹⁰, riservando così energie da utilizzare per le fattispecie più gravi, e, da un altro lato, di ottenere una sicura entrata economica, che andasse a remunerare la perdita di natura patrimoniale cagionata dal comportamento del reo.

Merita d'altra parte rilevare come autorevole dottrina abbia giustificato la possibilità concessa agli imputati di transigere in materia fiscale sulla base della considerazione per cui, in tale ambito, «*la poursuite a pour principal objet la réparation pécuniaire d'un dommage causé à l'État par la fraude, et que, dès lors, l'administration lésée, qui, bien qu'elle exerce exceptionnellement les droits d'une partie publique, n'est au fond qu'une partie civile, doit avoir, comme toute autre partie, le droit de transiger sur ses intérêts*»¹¹.

⁴ Così si esprime J. PRADEL, *Procédure pénale*, 18^a ed., Paris, 2015, p. 224. Si veda anche J.-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, Issy-les-Moulineaux, 2014, p. 143.

⁵ Per un recente studio organico cfr. J.-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, cit., *passim*.

⁶ Cfr. F. DESPORTES-L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, 3^a ed., 2013, p. 732.

⁷ Si veda sul punto, nuovamente, M. BOITARD, *La transaction pénale*, cit., p. 153.

⁸ Cfr. M. BOITARD, *La transaction pénale*, cit., p. 153.

⁹ Il testo della disposizione è nuovamente riportato nello studio di M. BOITARD, *La transaction pénale*, cit., p. 153.

¹⁰ Cfr. J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., p. 224.

¹¹ Questa era l'opinione di F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, t. II, *De l'action publique et de l'action civile*, Paris, 1846, pp. 402-403,

Il successo avuto nella prassi da questi meccanismi acceleratori ha portato il legislatore a moltiplicare progressivamente le ipotesi di “transazioni penali”, tanto che oggi ne esiste una schiera realmente numerosa ed eterogenea¹².

Non va peraltro tralasciato come lo sviluppo di tali peculiari meccanismi compositivi nell’ordinamento d’Oltralpe sia stato certamente facilitato dal fatto che, all’interno dello stesso, non vige il principio di obbligatorietà dell’azione penale (come nei Paesi finora studiati), ma, al contrario, quello di opportunità¹³.

La logica francese è, infatti, «diametralmente opposta alla *ratio* del principio di obbligatorietà sancito dalla Costituzione italiana»: tale Paese, infatti, ammette apertamente, «anzi considera necessaria, una dicotomia tra le valutazioni astratte dell’interesse generale da parte del legislatore e quelle, più pragmatiche, dell’autorità giudiziaria, e questo a cominciare dalla decisione di avviare il procedimento penale»¹⁴.

Orbene, tenuto conto di ciò, non stupirà sapere che l’art. 6, comma 3 del *Code de procédure pénale* del 1959, sin dalla sua entrata in vigore, abbia da sempre previsto in via generale che «l’*action publique pour l’application de la peine*» potesse estinguersi «*par transaction lorsque la loi en dispose expressément*», dando così un’ulteriore assai significativa conferma dell’apertura (temperata) del sistema processuale francese rispetto ad alcune forme di consensualismo penale.

Giunti a questo punto è opportuna però una precisazione.

Pur essendo fondati su un accordo concreto, giustificato da ragioni di economia processuale, tra individuo e autorità, avente di norma a oggetto il pagamento di una somma di denaro da parte del primo in favore dello Stato, le transazioni penali francesi non sembrano poter essere fatte rientrare nella nozione qui accolta di giustizia negoziata in senso stretto, in quanto all’interno delle stesse sembra mancare l’elemento dinamico della trattativa tra le parti.

Come a più voci affermato in dottrina, infatti, le numerose ipotesi di transazioni penali francesi presentano la peculiarità di essere basate «*uniquement sur une offre acceptée, sans véritable place pur la négociation*»¹⁵.

È quindi importante notare come non solo il legislatore d’Oltralpe non abbia ammesso – neppure implicitamente – la possibilità di compiere delle contrattazioni concernenti il raggiungimento di un accordo su questi meccanismi processuali, ma pure gli studiosi abbiano negato con forza che nel contesto di tali istituti il soggetto possa discutere con l’autorità la pena¹⁶.

¹² Cfr., per un’analisi delle molteplici ipotesi di transazioni francesi, J.-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, cit., *passim*. Si veda anche il *dossier*, con contributi di diversi autori, dal titolo *Quelle place pour la transaction pénale?*, pubblicato in *AJ Pénal*, 2015, pp. 459-478.

¹³ Per un’efficace analisi in lingua italiana del principio di opportunità francese, cfr. C. MAURO, *Dell’utilità del criterio della non punibilità per particolare tenuità del fatto in un sistema di opportunità dell’azione penale. Esperienze francesi*, in AA.VV., *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di S. Quattrocchio, Torino, 2015, pp. 155 ss.

¹⁴ Così si esprime, efficacemente, C. MAURO, *Dell’utilità del criterio della non punibilità per particolare tenuità del fatto in un sistema di opportunità dell’azione penale*, cit., p. 155, da cui è ripresa anche la citazione immediatamente precedente.

¹⁵ Così si esprime, assai chiaramente, J.-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, cit., p. 447.

¹⁶ Cfr. M.-L. LOYER-LAMERCIER, *Réflexions sur la nature originale des transactions pénales, mode de gestion de l’action publique à la manière contractuelle*, *RPDP*, 2010, p. 351.

Insomma, il prevenuto sembra trovarsi in questo contesto nella situazione di poter soltanto accettare o rifiutare *in toto* la proposta transattiva predeterminata in modo autonomo nei suoi contenuti dal *parquet* (o, come si vedrà, più recentemente, da un ufficiale di polizia giudiziaria), non avendo invece la possibilità di presentarne una alternativa, al fine di abbassare il *quantum* di somma di denaro da versare allo Stato in cambio dell'estinzione dell'azione penale.

Orbene, è proprio in ragione del fatto che l'opinione tradizionale nega che i meccanismi transattivi penali francesi possano dar luogo a negoziati, che gli stessi, pur essendo paragonati a dei veri e propri contratti¹⁷, sono stati assimilati solo alla figura dei "contratti per adesione"¹⁸, ossia a quegli accordi civilistici il cui contenuto non è redatto in modo paritario dalle parti, ma in via unilaterale da una di queste, potendo l'altra unicamente accettarli o meno.

Si tratta di una situazione simile a quella che vigeva in Spagna prima della grande riforma della *conformidad* della fine degli anni Ottanta, dove, in assenza di alcuna apertura legislativa, non si ammetteva la possibilità di compiere un vero e proprio *bargaining* al fine di favorire l'applicazione di tale meccanismo processuale.

Peraltro, questa marcata difficoltà ad ammettere apertamente la possibilità di sfruttare alcuni schemi transattivi consensuali per compiere delle trattative in ordine alla definizione di una regiudicanda penale è durata in Francia molto più a lungo rispetto a quanto avvenuto nell'ordinamento spagnolo, essendovi state delle – più o meno timide – aperture sul punto solo in tempi molto più recenti.

Per tutto il Novecento, infatti, nell'ordinamento d'Oltralpe è proprio «*l'idée de négociation entre les justiciable et le tribunal*»¹⁹ con riguardo al *quantum* della pena a essere stata ritenuta del tutto estranea ai principi propri della tradizione giuridica romano-germanica, venendo considerata confliggente in particolare con il canone fondamentale della ricerca della verità²⁰, consacrato in numerose disposizioni del *Code de procédure pénale* del 1959.

Senza contare che alcuni autori hanno spiegato questa interpretazione restrittiva degli schemi transattivi francesi sulla base della più generale considerazione per cui «*négocier avec le délinquant l'ouverture ou la poursuite de l'action pénale, c'est accepter de le faire-se rendrait complice de ce crime*»²¹.

¹⁷ Cfr. J.-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, cit., p. 446.

¹⁸ In questo senso, tra i tanti, É. GHERARDI, *Réflexions sur la nature juridique des transactions pénales*, in *RFDA*, 1999, pp. 905 ss.; M.-L. LOYER-LAMERCIER, *Réflexions sur la nature originale des transactions pénales*, cit., p. 350 ss.; E. RASCHEL, *Le consentement à la transaction en matière pénale*, in *AJ Pénal*, 2015, p. 463; J.-B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, cit., p. 446. Nella dottrina belga, cfr., autorevolmente, sul punto F. 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*, a cura di M. Chiavario, 2^a ed., Padova, 2001, p. 621; M. VAN DE KERCHOVE, *Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle?*, in AA.VV., *La contractualisation de la production normative*, diretto da S. Chassagnard-Pinet – D.Hiez, Paris, 2008, p. 192, nonché, più di recente, A. JACOBS, *Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée*, in *Revue internationale de droit pénal*, 2012, p. 45.

¹⁹ Si veda, sul punto, in modo assai chiaro, X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, Issy-les-Moulineaux, 2002, p. 595.

²⁰ Cfr. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, cit., p. 594.

²¹ Così si esprime P.H. BOLLE, *Le procès pénal nouveau*, *RD pén crim*, 1995, p. 11.

Pare peraltro utile precisarlo: tale avversione rispetto ad alcune tipologie di negoziati non ha però ostacolato la creazione di molteplici ed eterogenei meccanismi di giustizia consensuale in senso proprio, operanti soprattutto per le fattispecie di reato meno gravi, che si sono andati a sommare alle ipotesi classiche di transazioni, quali, ad esempio, gli istituti dell'*oblation volontarie*, dell'*amende de composition*²² e dell'*ordonnance pénale*²³.

È quindi in sostanza soltanto la possibilità di contrattare la pena e non la conclusione in sé di accordi (non negoziati) sull'oggetto di una regiudicanda penale a essere stata per molti anni contrastata in Francia, in quanto ritenuta frutto di una tradizione giuridica lontana, propria dei soli sistemi accusatori puri²⁴.

Tale generale avversione nei confronti delle contrattazioni sul *quantum* sanzionatorio non ha però impedito lo sviluppo nell'ordinamento d'Oltralpe di alcuni risalenti meccanismi processuali informali, autorevolmente qualificati come *plea bargaining* francese²⁵.

Ci si riferisce alla cosiddetta *disqualification*, che si esplica in una duplice forma, ossia la *correctionnalisation* e la *contraventionnalisation*²⁶, diffuse sin dal XIX secolo non solo in Francia, ma anche in Belgio e Svizzera²⁷.

Si tratta, in entrambi i casi, di prassi, sviluppatasi del tutto *contra legem*, fondate su accordi tra le parti e il giudice, finalizzate a derogare le ordinarie regole di competenza per materia. Lo scopo delle stesse è infatti quello di far decidere la regiudicanda da un giudice che applichi un rito considerato da tutti i soggetti coinvolti nell'intesa più favorevole rispetto a quello che sarebbe, in linea di principio, applicabile sulla base del *Code de procédure pénale*.

Così, ad esempio, la *correctionnalisation judiciaire* consiste nel qualificare come "delitti" dei fatti che in realtà andrebbero intesi come "crimini", «*donc à saisir un tribunal correctionnel au lieu d'une cour d'assises*»²⁸.

Mentre, invece, la *contraventionnalisation* è volta a far sì che il giudizio venga svolto dal *tribunal de police*, che si occupa, per l'appunto, di contravvenzioni, invece che innanzi al *tribunal correctionnel*²⁹, competente per i delitti.

Orbene, per raggiungere tale obiettivo, i pubblici ministeri devono evidentemente adottare determinati stratagemmi, consistenti «*soit en ometteant dans*

²² Sull'origine di tali meccanismi, cfr. R. LEGEAIS, *L'oblation volontaire et l'amende de composition ou les procédures sans débats en droit pénal français*, in RIDP, 1962, p. 449 ss.

²³ Per un'efficace presentazione di tale procedura cfr. J. VOLFF, *L'ordonnance pénale en matière correctionnelle*, in Recueil Dalloz, 2003, p. 2777 ss.

²⁴ In tal senso cfr., nuovamente, X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, cit., p. 595.

²⁵ Cfr. T. WEIGEND, *Continental Cures for American Ailments: European Criminal Procedure as a Model for Law Reform*, in *Crime and Justice*, 1980, p. 406 s.

²⁶ Per un cenno a riguardo, cfr., autorevolmente, D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, Milano, 2000, p. 31.

²⁷ Cfr., per un cenno a riguardo, per tutti J. PRADEL, *Le consensualisme en droit pénal comparé*, in *Boletim da Faculdade de Direito. Número especial. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, vol. III, Coimbra, 1984, p. 353.

²⁸ In tal senso, assai chiaramente, S. GUINCHARD-J. BUISSON, *Procédure pénale*, 10^a ed., Paris, 2014, p. 793.

²⁹ Cfr. D. VIGONI, *L'applicazione della pena*, cit., p. 31.

le report des faits certaines circonstances aggravantes, soit en ne respectant pas le principe de la plus haute expression pénale, soit enfin en disqualifiant les faits»³⁰.

Alla luce di ciò, non stupirà che in dottrina sia rilevata una netta assonanza tra tale prassi e alcune forme di *bargaining* diffusamente applicate dai *prosecutors* americani³¹.

È d'altra parte chiaro come nell'ordinamento francese la *correctionnalisation judiciaire disqualification* e la *contraventionnalisation* provochino delle palesi distorsioni delle regole processuali³², interamente basate su intese tra le parti evidentemente necessarie «*pour couvrir une disqualification des infractions, contraire au principe selon lequel la compétence, en matière pénale, est d'ordre public*»³³.

Si tratta però di accordi assai fragili³⁴, posto che gli stessi «*peut être dénoncé à tout moment, soit par le prévenu, soit par la partie civile qui peuvent soulever l'incompétence, soit par le tribunal qui peut se déclarer d'office incompétent*»³⁵.

Ciononostante, tali patti – che pur configurandosi in senso proprio come accordi sul rito, hanno in realtà degli evidenti riflessi sulla pena – nella maggior parte dei casi vengono rispettati³⁶, in quanto permettono a tutti i partecipanti di raggiungere precisi vantaggi. I procuratori assumono spesso l'iniziativa sul punto in quanto in tal modo ottengono un netto risparmio di tempo, senza che gli interessi sociali vengano seriamente compromessi³⁷. Le corti acconsentono perché «*seule la correctionnalisation permet d'éviter l'encombrement des cours d'assises qui se trouveraient submergées si elles devaient juger tout les faits que la loi qualifie crimes*»³⁸. Gli accusati non si oppongono in quanto così possono sperare di trascorrere meno tempo in custodia cautelare e di ottenere, in molti casi³⁹, una pena più favorevole⁴⁰. Neppure le vittime, infine, propongono eccezione di incompetenza, in quanto le stesse sono spesso interessate solo a vedersi garantito in forma rapida un risarcimento dei danni anche se per un reato meno grave di quello effettivamente subito⁴¹.

Merita peraltro segnalare che malgrado la dottrina francese abbia sollevato nel corso degli anni numerose e assai accese critiche a questi palesi aggiramenti della disciplina codicistica⁴² la legge del 9 marzo 2004, n. 204, detta Perben II, ha ristretto le possibilità di eccepire il fatto che si sia in presenza di una

³⁰ Sul punto, v. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, cit., p. 596; J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., p. 110.

³¹ Cfr., in questo senso, autorevolmente, T. WEIGEND, *Continental Cures for American Ailments*, cit., p. 407-408.

³² Cfr., D. VIGONI, *L'applicazione della pena*, cit., p. 32.

³³ V. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, cit., p. 597.

³⁴ Cfr. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, cit., p. 598.

³⁵ L'espressione è nuovamente di X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, cit., p. 598.

³⁶ Cfr. T. WEIGEND, *Continental Cures for American Ailments*, cit., p. 408.

³⁷ Cfr. T. WEIGEND, *Continental Cures for American Ailments*, cit., p. 408.

³⁸ Cfr. J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., p. 111.

³⁹ Cfr. S. GUINCHARD-J. BUISSON, *Procédure pénale*, cit., p. 793.

⁴⁰ Cfr. T. WEIGEND, *Continental Cures for American Ailments*, cit., p. 408.

⁴¹ Cfr. T. WEIGEND, *Continental Cures for American Ailments*, cit., p. 408.

⁴² In argomento, cfr., per tutti, J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., p. 110, il quale molto chiaramente afferma: «*sur le plan des principes, le procédé est évidemment critiquable puisqu'il est illégal. Seul le législateur peut fixer les infractions et les sanctions. Lui seul peut donc déterminer la juridiction compétente. Sa volonté devant être respectée, la matière est d'ordre public*».

*correctionnalisation*⁴³. Tale provvedimento ha infatti stabilito che se le parti «né contestent pas la qualification correctionnelle donnée aux faits lors du règlement de l'instruction, elles ne pourront plus le faire devant le tribunal correctionnel»⁴⁴. In tal modo, quindi, la prassi *de qua* ne è uscita se non totalmente legalizzata⁴⁵, di certo consolidata⁴⁶, posto che le opportunità di rompere le intese in questione sono alquanto diminuite.

A ogni modo, sebbene la *disqualification* comporti la conclusione di accordi idonei a incidere sulla qualificazione giuridica del fatto di reato o sulle circostanze, caratterizzati da chiare finalità utilitaristiche, e rappresenti quindi «une belle illustration du consensualisme»⁴⁷, bisogna ancora rispondere al quesito se la stessa possa essere fatta rientrare nella definizione qui utilizzata di giustizia negoziata in senso stretto.

L'opinione di alcuni autori francesi sembrerebbe negare tale possibilità. Secondo parte della dottrina, infatti, la *disqualification* darebbe sì vita a intese, ma le stesse sarebbero meramente *implicite*⁴⁸: si tratterebbe infatti di un meccanismo basato più che su delle vere e proprie trattative tra le parti, piuttosto sulla mancata opposizione delle stesse, dovuta a ragioni di convenienza.

In base a questa opinione la *correctionnalisation* (e i fenomeni analoghi) darebbero quindi al massimo vita a forme di «*marchandage tacite*» o di «*conspiration du silence*»⁴⁹, ma non allo sviluppo di una serie di proposte e controproposte espresse tra le parti e il giudice.

Tuttavia, trattandosi di un fenomeno del tutto officioso non si può escludere che a volte il labile confine tra accordi taciti ed espliciti venga superato, sviluppandosi a riguardo delle vere e proprie trattative espresse.

Ed è proprio quello che pare essersi verificato in una regiudicanda recentemente decisa dalla Cassazione francese, nella quale si è lungamente discusso proprio in merito al quesito se una parte civile avesse o meno accettato una proposta di *correctionnalisation* avanzata da un *magistrat instructeur*, volta a derubricare una fattispecie dal più grave crimine di *viol* (art. 222-23 *Code pénal*) in un delitto di *agressions sexuelles* (art. 222-27 *Code pénal*)⁵⁰.

Orbene, ove ci si ritrovi in una fattispecie analoga a questa, il meccanismo *de quo*, proprio in quanto oggetto di vere e proprie trattative tra i soggetti del procedimento, sembra uscire dall'orbita della mera giustizia consensuale, per rientrare, invece, in quella della giustizia negoziata in senso stretto.

⁴³ Cfr. J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., p. 112.

⁴⁴ Cfr. J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., p. 112. A cui si rimanda anche per le eccezioni stabilite dal legislatore a tale regola.

⁴⁵ Si veda, a riguardo, A. DARSONVILLE, *La légalisation de la correctionnalisation judiciaire*, in *Dr. Pénal*, 2007, n. 3, p. 7.

⁴⁶ Cfr. J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., p. 112.

⁴⁷ Cfr. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, cit., p. 597.

⁴⁸ Questa è l'autorevole opinione di X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, cit., p. 597, il quale afferma che la *correctionnalisation* «continue à se pratiquer avec la bienveillance des juridictions du fond, dès lors qu'elle repose sur l'accord implicite des parties et des autorités répressives».

⁴⁹ Cfr. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, cit., p. 597.

⁵⁰ Ci si riferisce a Cass. crim, 19 dicembre 2007, n. 06-82032 07-87149, in www.legifrance.gouv.fr. In tale decisione si parla, infatti, testualmente di un «*magistrat instructeur qui a proposé la correctionnalisation*».

La *disqualification* pare, in buona sostanza, un fenomeno talmente informale da essere difficilmente inquadrabile una volta per tutte in una delle diverse aree del consensualismo penale.

Dalla presenza di questo istituto sembra peraltro potersi ricavare una ulteriore conferma di quanto, anche in Francia, già nel XIX e XX secolo, non si sia sviluppata una contrapposizione assoluta tra *justice consensuelle* e modello processuale continentale.

Insomma, il dogma secondo cui in passato vi sarebbe stata una sorta di incompatibilità "ontologica" tra sistemi romano-germanici e meccanismi dispositivi operanti nel processo penale pare dimostrarsi, a un'analisi attenta, del tutto fallace, posto che in molti sistemi continentali, tra cui anche quelli più fortemente influenzati dalla tradizione inquisitoria, si sono diffusi già da diversi secoli istituti consensuali, per molti versi simili persino alle più spinte forme di *bargaining* sviluppatesi nei paesi di *common law*.

2. L'evoluzione del consensualismo penale in Francia negli anni Ottanta

Se l'idea di prendere in considerazione la volontà dell'autore del reato nella fase dell'esercizio dell'azione penale aveva in Francia un risalente precursore nelle ipotesi speciali di transazioni penali, è solo a partire dagli anni Ottanta del Novecento che il prevenuto ha smesso di essere un mero soggetto passivo della *poursuite* per una serie cospicua di fattispecie di reato⁵¹.

Da questo periodo, infatti, «all'ombra del principio di *opportunité*»⁵², si sono sviluppate in via pretoria delle forme di archiviazioni condizionate, «il cui supporto giuridico inizialmente risiedeva esclusivamente nel disposto dell'art. 40 [del *codé de procédure pénale*]»⁵³, laddove attribuisce al *procureur de la République* il compito di valutare quale seguito dare a una *notitia criminis*⁵⁴.

Alcune procure hanno in particolare iniziato a esercitare l'azione penale soltanto a seguito del fallimento «di una mediazione penale tra indagato e vittima: più precisamente, il prevenuto veniva invitato a risarcire la persona offesa e, nel caso in cui questo risarcimento andasse a buon fine, il pubblico ministero procedeva all'archiviazione»⁵⁵.

In altri casi, invece, il *classement* è stato subordinato a comportamenti positivi differenti da parte del soggetto sottoposto a procedimento penale, quali, ad esempio, la cessazione dell'attività delittuosa, oppure l'obbligo di seguire uno *stage*

⁵¹ In questo senso si esprime, assai efficacemente, J. PRADEL, *Il ruolo della volontà dell'autore di reato nella decisione sull'esercizio dell'azione penale un'analisi di diritto francese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 950. Per una compiuta analisi diacronica sul punto cfr. il recente lavoro monografico di F. LUDWICZAK, *Les procédures alternatives aux poursuites: une autre justice pénale*, Paris, 2015, pp. 39 ss.

⁵² Cfr. M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 102.

⁵³ Cfr. M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata"*, cit., p. 102.

⁵⁴ Così si esprime M.-E. CARTIER, *Les Modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale*, in *Revue générale des procédures*, 1998, p. 3.

⁵⁵ Cfr. J. PRADEL, *Il ruolo della volontà*, cit., p. 950.

di sensibilizzazione o di formazione sulla sicurezza stradale o il ripristino dello stato dei luoghi in caso di reati ambientali, oppure semplicemente una convocazione di questi per fargli comprendere i rischi di una reiterazione del reato⁵⁶.

È chiaro quindi come ci si trovi di fronte a una prassi simile a quella sviluppatasi circa un decennio prima in Germania con riguardo all'art. 153 *StPO*, nonostante in tale Paese sia in generale in vigore l'opposto principio di legalità dell'azione penale.

Insomma, anche in Francia alcuni procuratori hanno ritenuto possibile imboccare la strada del «*classement mérité*»⁵⁷, nonostante in silenzio della legge.

Si è venuta così a creare una cosiddetta “terza via” tra il *classement sans suite* e il promovimento dell'azione penale da parte del *ministère public*⁵⁸, imboccabile però unicamente tramite una manifestazione di volontà del prevenuto.

È infatti evidente che ove non si riuscisse a raggiungere un accordo con il soggetto, convincendolo della convenienza a rinunciare al giudizio ordinario optando per il «*classement mérité*», i procuratori assai probabilmente avrebbero dovuto esercitare la *poursuite*, avendo gli stessi ritenuto inidonea la notizia di reato rispetto a un'archiviazione secca.

Orbene, alla luce di ciò si comprende perché autorevole dottrina abbia affermato, per un verso, «che tutte le misure alternative all'esercizio dell'azione penale implicano, in un modo o nell'altro, una accettazione»⁵⁹ e, per un altro verso, che mediante tali istituti processuali «*l'action publique devient presque négociée, du fait de l'apparition d'un véritable consensualisme*»⁶⁰.

Le archiviazioni condizionate hanno «infatti alla base una sorta di “contratto” tra il pubblico ministero, che propone, e l'indagato, che accetta»⁶¹: si tratta insomma di un'ulteriore riprova di quanto anche il sistema processuale penale francese abbia subito una progressiva «*privatisation*»⁶².

Le ragioni che hanno portato allo sviluppo della prassi in questione sembrano chiare.

La nascita dei meccanismi della “terza via” costituisce, infatti, un preciso sintomo «della volontà crescente in Francia di correggere i principali effetti collaterali del *principe d'opportunité*, tra i quali vi è [...] la scarsa attenzione per i

⁵⁶ Cfr. M.-E. CARTIER, *Les Modes alternatifs de règlement des conflits*, cit., p. 3.

⁵⁷ Come noto, si tratta di un'espressione di J. PRADEL, *La rapidité de l'instance pénale. Aspects de droit comparé*, in *RPDP*, 1995, p. 216.

⁵⁸ Per ulteriori riferimenti dottrinali sulla “terza via” francese, cfr., J.-Y. CHEVALLIER, *Le parquet et la troisième voie*, in *RPDP*, 2003, pp. 629 ss.; J. DANET, *Bref commentaire de quelques chiffres sur la justice pénale*, in *Aj pénal*, n. 3, 2011, p. 122; M. GIACOPELLI, *Les procédures alternatives aux poursuites. Essai de théorie générale*, in *RSC*, 2012, pp. 505 ss.; C. MAURO, *Dell'utilità del criterio della non punibilità per particolare tenuità del fatto in un sistema di opportunità dell'azione penale*, cit., pp. 155 ss.; A. MIHMAN, *Juger à temps : le juste temps dans la réponse pénale*, Paris, 2008; F. RUELLAN, *Les modes alternatifs de résolution des conflits: pour une justice plurielle dans le respect des droits*, in *JCP*, 1999, I, pp. 235 ss.; C. VIENNOT, *Le procès pénal accéléré. Etude des transformations du jugement pénal*, Paris, 2012.

⁵⁹ Così, J. PRADEL, *Il ruolo della volontà*, cit., p. 952.

⁶⁰ V. J. PRADEL, *La rapidité de l'instance pénale*, cit., p. 216.

⁶¹ Così, J. PRADEL, *Il ruolo della volontà*, cit., p. 952.

⁶² Cfr. Y. J. RATINEAU, *La Privatisation de la répression pénale*, t. 1 e 2, Saint-Denis, 2017. X. PIN, *La privatisation du procès pénal*, in *RSC*, 2002, pp. 245 ss.; J. VOLFF, *La privatisation rampante de l'action publique*, in *La Semaine Juridique - Edition générale*, 30 giugno 2004, n° 27, p. 146.

diritti della vittima»⁶³: tale soggetto processuale è stato, infatti, da sempre uno dei protagonisti principali delle forme d'archiviazione condizionate d'Oltralpe, che già in via pretoria avevano assunto una precisa connotazione riparativa. Tra le varie forme di archiviazioni condizionate sopra citate quella senz'altro più significativa pare infatti essere stata il *classement* subordinato a una mediazione tra prevenuto e vittima condotta o dallo stesso pubblico ministero o da terzi, a cui questi avesse conferito mandato⁶⁴.

Non va del resto tralasciato come mediante il «*classement mérité*» il sistema francese sia riuscito a ovviare a una delle problematiche che da sempre affliggevano tale ordinamento: il *parquet*, storicamente privo di una alternativa al bivio *poursuite-classement immédiat*, si trovava da sempre costretto, per non appesantire la macchina giudiziaria, ad archiviare numerose notizie di reato che pure, in astratto, avrebbero meritato l'apertura dell'istruzione⁶⁵. È chiaro quindi che per il tramite di tale prassi i pubblici ministeri abbiano invece creato dei meccanismi capaci di determinare sia una più efficace tutela delle vittime in relazione a reati che in precedenza solitamente non sarebbero stati perseguiti in ragione della tenuità della lesione subita, sia una qualche conseguenza sanzionatoria nei confronti del prevenuto.

Si è iniziata, quindi, a verificare «una sorta di “moralizzazione” del momento archiviativo che passa attraverso l'irrobustimento del ruolo del pubblico ministero al quale è offerta la possibilità di diversificare le risposte processuali alla commissione dell'illecito, con il rischio, peraltro [...] di punizioni anticipate e di strumentalizzazioni del *classement*»⁶⁶.

Ma vi è di più. Le archiviazioni condizionate transalpine sembrano essersi sviluppate anche al fine di fornire una risposta più «rapida e diversificata»⁶⁷ con riguardo alla piccola e media criminalità rispetto all'alternativa secca tra esercizio dell'azione penale e *classement sans suite*, consentendosi così alla macchina giudiziaria di «economizzare le risorse per concentrarsi sui casi meritevoli di un intervento penale»⁶⁸.

Insomma, lo sviluppo del *classement mérité* pare aver voluto fornire anche una risposta al delicato problema della durata irragionevole dei procedimenti, foriero di un'inutile sofferenza sia per l'accusato, sia per le vittime.

D'altra parte, alla diffusione della prassi in questione ha certamente giovato pure quel generale clima di *favor* che, sul finire del secolo scorso, si è diffuso a livello sovranazionale nei confronti dei meccanismi di *diversion*.

È stato del resto lo stesso Consiglio d'Europa ad aver suggerito con la più volte citata Raccomandazione n. 18 del 1987, sulla semplificazione del sistema giudiziario dei Paesi membri, agli Stati membri di fornire una risposta penale in un lasso di tempo ragionevole, conformemente al dettato dell'art. 6 §1 CEDU, anche

⁶³ Così si esprime, efficacemente, L. LUPÀRIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1754.

⁶⁴ Cfr. M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione “semplice” e la “nuova” archiviazione “condizionata”*, cit., p. 103.

⁶⁵ In tal senso, L. LUPÀRIA, *Obbligatorietà e discrezionalità*, cit., p. 1752.

⁶⁶ Così, L. LUPÀRIA, *Obbligatorietà e discrezionalità*, cit., p. 1752.

⁶⁷ Cfr. M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione “semplice” e la “nuova” archiviazione “condizionata”*, cit., p. 102.

⁶⁸ Si veda, M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione “semplice” e la “nuova” archiviazione “condizionata”*, cit., p. 100.

tramite l'introduzione di ipotesi di archiviazioni condizionate, del tutto simili alla terza via iniziata in via pretoria in Francia⁶⁹.

Una certa influenza nelle scelte delle procure francesi possono averla anche giocata gli esempi forniti da alcuni ordinamenti stranieri, dove procedure simili al *classement mérité* erano regolate da tempo⁷⁰.

Non si è peraltro dovuto attendere molto affinché fosse lo stesso legislatore d'Oltralpe a voler porre al passo con questa rinnovata sensibilità europea nei confronti del consensualismo penale il testo del *Code de procédure pénale*.

Un preciso tentativo a riguardo risale, infatti, già alla fine degli anni Ottanta quando la Commissione *Justice Pénale et Droits de l'Homme*, costituita dal guardasigilli Pierre Aspaillange nell'agosto 1988 e presieduta da Mireille Delmas-Marty, ha stilato il suo Rapporto⁷¹.

In tale contesto, infatti, era stato espressamente rilevato come il sistema normativo fino a quel momento in vigore in Francia non attribuisse, salvo in casi eccezionali, al «soggetto perseguito alcuno strumento per incidere sulla scelta della procedura applicata»⁷².

Orbene, per rimediare a tale situazione, la Commissione aveva – tra l'altro – suggerito di codificare dei meccanismi processuali che permettessero di prendere in considerazione nel procedimento la scelta dell'accusato di dichiararsi colpevole, vincendosi così la tradizionale refrattarietà dell'ordinamento francese «a tipizzare forme processuali semplificate collegate alla dichiarazione di colpevolezza dell'imputato»⁷³.

La proposta era, in sostanza, quella di semplificare il rito «*quand l'accusé "plaide coupable"*»⁷⁴.

Secondo la Commissione l'adozione di un *guilty plea* francese avrebbe permesso di ottenere diversi effetti benefici, tra cui una tutela migliore della presunzione d'innocenza, un più opportuno utilizzo dei mezzi di cui dispone la giustizia e «un giudizio più efficace in quanto accettato da colui che lo subisce»⁷⁵

Peraltro, dopo aver precisato che i singoli meccanismi fondati su una dichiarazione di colpevolezza concretamente concepibili potevano essere costruiti in modo differente, i membri di tale consesso avevano però messo in guardia il legislatore contro i possibili rischi che si sarebbero verificati introducendo meccanismi di tal fatta, potendo gli stessi «nuocere sia all'interesse della giustizia che ai diritti della difesa»⁷⁶.

⁶⁹ Per un richiamo alla raccomandazione del Consiglio d'Europa in questione nel contesto della presentazione degli istituti in questione, cfr. C. SAAS, *De la composition pénale au plaider-coupable: le pouvoir de sanction du procureur*, in RSC, 2004, p. 828.

⁷⁰ In tal senso si esprime, J. PRADEL, *Il ruolo della volontà*, cit., p. 1950.

⁷¹ La versione integrale del rapporto è stata pubblicata sotto il titolo *La mise en état des affaires pénales. Commission Justice pénale et Droits de l'homme*, Paris, 1991, disponibile in www.ladocumentationfrancaise.fr. Una traduzione in lingua italiana del rapporto è stata pubblicata da M. PISANI-N. GALANTINI, *La fase preparatoria del processo penale nel progetto Delmas-Marty*, 2^a ed., Bologna, 1994.

⁷² Cfr. M. PISANI-N. GALANTINI, *La fase preparatoria del processo penale*, cit., p. 74.

⁷³ In questo senso, assai efficacemente, D. VIGONI, *L'applicazione della pena*, cit., p. 32.

⁷⁴ Si tratta del titolo della *fiche* del rapporto dedicata a questi meccanismi acceleratori.

⁷⁵ Cfr. M. PISANI-N. GALANTINI, *La fase preparatoria del processo penale*, cit., p. p. 74.

⁷⁶ Cfr. M. PISANI-N. GALANTINI, *La fase preparatoria del processo penale*, cit., p. 75.

Per evitare tali pericoli si proponeva di adottare quindi «alcune cautele»⁷⁷.

Da un lato, la procedura di ammissione di colpevolezza avrebbe dovuto essere adottata «sotto il controllo del giudice», che si sarebbe dovuto rendere garante – tra l'altro – del fatto che tale istituto non sconfinasse «in forme di "mercanteggiamento"»⁷⁸.

Da un altro lato, invece, il necessario rispetto del diritto di difesa aveva fatto sì che si considerasse necessario che la dichiarazione autoaccusatoria dovesse per forza intervenire in presenza di un avvocato e che l'ammissione di responsabilità fosse revocabile: «l'accusato deve conservare [...] il controllo circa la sua linea difensiva e deve poter scegliere di ritrattare in qualsiasi momento, fino all'emanazione della sentenza»⁷⁹.

Se la seconda di queste garanzie dimostra come la Commissione Delmas-Marty avesse a cuore che il *guilty plea* non si trasformasse in una vera e propria trappola processuale per i prevenuti, il fatto che il consesso abbia voluto esplicitare il divieto di mercanteggiamenti sulla dichiarazione di colpevolezza pare alquanto significativo.

In tal modo, infatti, sembra essersi data una precisa riprova del fatto che la Commissione, pur volendo introdurre nell'ordinamento francese degli istituti palesemente costruiti sulla base del modello del *guilty plea* anglosassone, non voleva però con ciò aprire al *plea bargaining*, ovvero alla negoziazione tra accusa e difesa sulla pena e/o sulle imputazioni.

La Commissione *Justice Pénale et Droits de l'Homme* aveva, in sostanza, la mira di consentire al sistema d'Oltralpe di giovare dei notevoli benefici in termini di economia processuale assicurati dagli istituti fondati su un'ammissione di responsabilità, senza però con ciò voler importare anche le prassi più o meno devianti che, soprattutto negli Stati Uniti, caratterizzano il concreto utilizzo del meccanismo del *guilty plea*.

Tale proposta pare d'altra parte essere figlia di quella tradizionale ritrosia, propria dell'ordinamento francese, di ammettere espressamente la possibilità di compiere delle trattative all'interno di una regiudicanda penale.

Tramite il divieto di "mercanteggiamenti" sembra infatti essersi manifestata un'aperta diffidenza e lontananza rispetto agli istituti di giustizia negoziata, evidentemente ritenuti troppo lontani dalla cultura giuridica francese per poter essere importati.

Ma vi è di più. Pare opportuno segnalare che le proposte della Commissione sembrano prendere in generale le distanze non solo dalla giustizia negoziata in senso proprio, ma anche più in generale dall'idea di riconoscere alla confessione, oltre a degli effetti meramente acceleratori, anche una diretta incidenza sul *quantum* di pena da applicare.

L'ammissione di colpevolezza sembra infatti in tale contesto essere letta semplicemente come dato idoneo a facilitare (e di molto) il compito dell'autorità di accertare i reati, ma non quale elemento da remunerare con uno sconto di pena.

⁷⁷ Così si esprime D. VIGONI, *L'applicazione della pena*, cit., p. 32.

⁷⁸ Cfr. M. PISANI-N. GALANTINI, *La fase preparatoria del processo penale*, cit., p. 75.

⁷⁹ Si veda M. PISANI-N. GALANTINI, *La fase preparatoria del processo penale*, cit., p. 75.

Si tratta di considerazioni senz'alto ragionevoli, ma che rischiavano però di essere rese lettera morta dalla "forza espansiva" del fenomeno in esame. Lo si è oramai già detto più volte: i meccanismi simili al *guilty plea* corrono, infatti, sempre il rischio di divenire nella pratica oggetto di contrattazioni e di sconti occulti tra le parti, anche ove il legislatore li abbia in origine pensati come istituti meramente unilaterali e non negoziati.

A ben vedere, però, vi è almeno un meccanismo che la Commissione Delmas-Marty proponeva di introdurre, operante per la criminalità minore, che avrebbe portato a remunerare il *plaider coupable* con dei precisi vantaggi.

Ci si riferisce al cosiddetto *classement judiciaire des poursuites*, operante a seguito di una richiesta dell'accusa al giudice che avrebbe dichiarato estinta l'azione penale e l'esecutività dell'accordo sul piano civile⁸⁰ nel caso in cui, dopo l'ammissione di reità, l'allarme conseguente al reato fosse cessato, il danno fosse stato risarcito o stesse per esserlo.

In tale fattispecie, infatti, la dichiarazione di colpevolezza avrebbe portato il prevenuto a ottenere il cospicuo premio di non subire una condanna penale, guadagnando l'estinzione dell'azione penale.

Il fatto che la Commissione avesse previsto l'introduzione di tale meccanismo processuale sembra peraltro fornire una precisa riprova di quanto la necessità di introdurre un mezzo alternativo tra archiviazione semplice e esercizio dell'azione penale fosse particolarmente sentita, come del resto è dimostrato dal fatto che il medesimo consesso aveva anche esplicitamente avallato il ricorso alle tecniche di mediazione sviluppatosi nella prassi, auspicandone una pronta codificazione⁸¹.

Ciò pare peraltro testimoniare quanto la mancanza di una regolazione espressa nel codice della "terza via" iniziasse a farsi sentire, soprattutto in ragione del fatto che l'affidare alla mera prassi la conclusione delle archiviazioni condizionate «comportava l'affermarsi di una giustizia alternativa "a macchia di leopardo", in quanto legata alle diverse risorse ed alle dissimili "buone volontà" degli uffici di procura sparsi sul territorio»⁸².

Non si è peraltro dovuto attendere molto affinché questi richiami ad agire al legislatore francese fossero effettivamente ascoltati.

3. Le modifiche normative dei primi anni Novanta

All'inizio degli anni Novanta l'esperienza delle archiviazioni condizionate era oramai sufficientemente matura per ricevere una consacrazione ufficiale da parte delle forze politiche francesi.

In questo periodo, infatti, è stato lo stesso Ministero della giustizia ad aver promosso apertamente in una circolare del 2 ottobre del 1992, in materia di *réponses*

⁸⁰ Cfr. D. VIGONI, *L'applicazione della pena*, cit., p. 33.

⁸¹ Si veda M. PISANI-N. GALANTINI, *La fase preparatoria del processo penale*, cit., p. 16, dove si afferma che «non era compito della Commissione proporre un regime giuridico legale di "mediazione" in campo penale, tuttavia essa ritiene che si giunto il momento perché il legislatore di interessi di questo settore».

⁸² Cfr. M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata"*, cit., p. 103.

a la *délinquance urbaine*⁸³, l'usanza pretoria delle «*classements conditionnels avec obligation de faire, à la médiation en matière pénale ou, s'agissant des mineurs, à la réparation*»⁸⁴.

Si pensi, ad esempio, che in tale contesto il *Garde des sceaux* aveva affermato : «*je souhaite maintenant que cette politique soit adoptée par tous les parquets et que les procureurs généraux y veillent tout particulièrement*»⁸⁵.

Tenuto conto di ciò, non stupirà che prima grazie a un decreto del 1992⁸⁶ e soprattutto a seguito di una legge del 4 gennaio 1993⁸⁷ la mediazione penale abbia fatto finalmente il suo ingresso in modo espresso nel sistema processuale penale francese per adulti⁸⁸, venendo codificata – in modo peraltro assai stringato – nell'art. 41 del *Codé de procédure pénale*.

Ma il legislatore non si è accontentato di cristallizzare tale forma principe di archiviazione condizionata, appartenente al modello della giustizia riparativa.

Già a seguito di un progetto di legge del 1994, infatti, le forze politiche hanno iniziato un acceso dibattito sulla possibilità di estendere l'ambito di applicazione della transazione penale: si voleva infatti trasformare tale meccanismo da strumento del tutto eccezionale, riservato soltanto ad alcune fattispecie alquanto peculiari, a istituto di applicazione "abituale" per una determinata fascia di reati, direttamente inserito all'interno del dettato codicistico⁸⁹.

Più precisamente l'idea iniziale era quella di modificare l'art. 6 del *Codé de procédure pénale* al fine di introdurre una nuova forma di *transaction pénale*, applicabile a tutte le infrazioni rispetto alle quali la pena in concreto non eccedesse i tre anni *d'emprisonnement*, costruita sulla base di un accordo tra il prevenuto e la pubblica accusa, avente a oggetto il versamento allo Stato di una somma di denaro, «*fixée par le procureur de la République en fonction des circonstances de l'infraction*»⁹⁰, e l'estinzione dell'azione penale⁹¹.

⁸³ Si veda anche la successiva *Circulaire* CRIM-96-5iE5-19.03.96.

⁸⁴ Cfr. MINISTRE DE LA JUSTICE, *Circulaire* del 2 ottobre 1992, CRIM-92.13/SDJC-2.10.92, *les réponses à la délinquance urbaine*, p. 4.

⁸⁵ Così. MINISTRE DE LA JUSTICE, *Circulaire* del 2 ottobre 1992, CRIM-92.13/SDJC-2.10.92, cit. p. 4.

⁸⁶ Cfr. *Decret* n. 92-1181 del 4 novembre 1992.

⁸⁷ V. *Loi* n. 93-2 del 4 gennaio del 1993, *portant réforme de la procédure pénale*. Cfr. anche la *Circulaire* del 1 marzo 1993, *commentant, article par article, la loi n. 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale*.

⁸⁸ Cfr. G. BLANC, *La médiation pénale (Commentaire de l'article 6 de la loi n. 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale)*, in *La Semaine Juridique Edition Générale*, 1994, *Doctrine*, n. 3760 ; M.-E. CARTIER, *Les Modes alternatifs de règlement des conflits*, cit., p. 5; E. DREYER, *La médiation pénale, objet juridique mal identifié*, in *La Semaine Juridique-Edition générale*, 2 aprile 2008, *Etude*, n. 14-131 ; J. FAGET, *La médiation: essai de politique pénale*, Ramonville-Saint-Agne, 1997 ; C. ESTEVENON, *Les expériences françaises de médiation*, *Gaz. Pal.*, 1993, p. 119; F. RUELLAN, *Les modes alternatifs*, cit., pp. 235 ss.

⁸⁹ Ci si riferisce al *projet de loi* n. 1335, *relatif à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, depositato all'Assemblée Nationale, il 1 giugno 1994.

⁹⁰ Cfr. P. FAUCHION, *Rapport* n. 30, *au nom de la commission des lois, sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, t. I *Exposé Général-Esamen des articles*, del 13 ottobre 1994, p. 30.

⁹¹ Si veda, sul punto, Cfr. P. FAUCHION, *Rapport* n. 30, cit., p. 30.

Orbene, già nel corso del dibattito in seno all' *Assemblée nationale* tale proposta ha incontrato delle forti resistenze, essendosi sollevate avverso la stessa quattro ordini di critiche⁹².

La prima consisteva nell'affermazione per cui l'estensione della transazione avrebbe contenuto in sé il rischio di una "giustizia di classe": le persone più facoltose avrebbero potuto evitare la galera semplicemente pagando una somma di denaro⁹³.

In secondo luogo, si era sostenuto che «*le développement de la transaction priverait en outre l'État de l'exercice de l'une de ses fonctions régaliennes, celle de rendre la Justice qui ne peut appartenir qu'au juge. Corrélativement, elle porterait atteinte au "caractère sacré" de la sanction pénale*»⁹⁴.

La terza obiezione riguardava, invece, il principio della presunzione di innocenza, che si sarebbe trovato in pericolo ove tale meccanismo fosse stato effettivamente approvato: l'estendere l'ambito della transazione infatti avrebbe potuto portare il prevenuto ad accettare di pagare la somma di denaro indipendentemente dalla sua colpevolezza, al solo fine di evitare l'onta dell'esercizio dell'azione penale⁹⁵.

In ultima analisi si era affermato che tale mezzo di estinzione dell'azione penale avrebbe, paradossalmente, peggiorato la situazione delle vittime, le quali avrebbero potuto essere oggetto di minacce volte a ottenere il loro consenso alla transazione⁹⁶.

Orbene, alla luce di tutte queste critiche non stupisce che l' *Assemblée nationale* abbia deciso di stralciare, in prima battuta, tale proposta⁹⁷.

Peraltro, preso atto del numero particolarmente alto di archiviazioni secche pronunciate nel periodo dal 1985 al 1993, il Senato francese, nel corso della prima lettura dell'esame del medesimo progetto normativo, ha considerato opportuno riprendere l'idea di introdurre un istituto, costruito su una sorta di evoluzione del meccanismo classico della transazione penale, che permettesse di dare una risposta più adeguata alla piccola criminalità di massa⁹⁸.

In segno di discontinuità con il passato si era però deciso che tale meccanismo non si sarebbe però più chiamato "transazione penale", ma *composition pénale* e che sarebbe stato affiancato da una disciplina normativa autonoma alquanto articolata⁹⁹.

Senza che sembri necessario dilungarsi sul punto, basti ricordare che questa prima forma di *composition pénale* era stata costruita sulla base di una proposta del pubblico ministero, rivolta al prevenuto di estinguere dell'azione penale in cambio di una sua ammissione di colpevolezza e del compimento di una serie di

⁹² Cfr. P. FAUCHION, *Rapport* n. 30, cit., p. 31.

⁹³ Cfr. P. FAUCHION, *Rapport* n. 30, cit., p. 31.

⁹⁴ Cfr. P. FAUCHION, *Rapport* n. 30, cit., p. 31.

⁹⁵ Cfr. P. FAUCHION, *Rapport* n. 30, cit., p. 31.

⁹⁶ V. P. FAUCHION, *Rapport* n. 30, cit., pp. 31 s.

⁹⁷ Così, P. FAUCHION, *Rapport* n. 30, cit., p. 31.

⁹⁸ Cfr. P. FAUCHION, *Rapport* n. 30, cit., p. 32.

⁹⁹ Cfr. P. FAUCHION, *Rapport* n. 30, cit., p. 33.

comportamenti positivi stabiliti dalla legge, quali il pagamento di una somma di denaro o lo svolgimento di prestazioni utili nei confronti della collettività¹⁰⁰.

Si trattava, peraltro, di uno strumento che il *parquet* avrebbe potuto utilizzare fin tanto che l'azione penale non fosse stata esercitata, solo nel caso in cui vi fossero elementi sufficienti a sostenere l'accusa in giudizio e questi ritenesse che le prestazioni positive indicate dalla legge fossero sufficienti a mettere fine alle conseguenze dannose derivanti dall'infrazione, a prevenire la recidiva, nonché, infine, a riparare i danni subiti dalla vittima¹⁰¹.

Merita rilevare che se, a fini di garanzia, la proposta normativa aveva espressamente stabilito che il prevenuto, assieme all'offerta del pubblico ministero avrebbe dovuto ricevere l'avviso di potersi fare assistere da un avvocato, la stessa non aveva però invece previsto il coinvolgimento di un giudice in tale procedura. Ciò, in sostanza, sta a significare che mediante questa forma di *composition pénale* sarebbe stato direttamente il pubblico ministero a irrogare una sorta di trattamento sanzionatorio nei confronti del prevenuto, venendosi quindi a cumulare nel soggetto competente a esercitare l'azione penale anche delle funzioni tipicamente decisorie, seppure all'interno di un meccanismo attivabile solo sulla base di un accordo con l'accusato.

Una volta che tale meccanismo è tornato all'esame dell'*Assemblée nationale* è stato oggetto di ulteriori modificazioni¹⁰². In tale contesto, si è infatti sostituita la dicitura *composition pénale* con quella di *injonction pénale*¹⁰³, senza che però ciò abbia comportato un cambiamento dei tratti essenziali dell'istituto, che ha continuato a essere sostanzialmente basato su una proposta del pubblico ministero al prevenuto di estinzione dell'azione penale in cambio di un comportamento positivo, che non prevedeva l'intervento di un giudice.

A tale riguardo va peraltro compiuta una precisazione: secondo l'opinione di autorevole dottrina la ragione per cui il Parlamento avrebbe scartato il termine "*transaction*" prima e quello "*composition*" poi sarebbe da individuare nella volontà di «*écarter toute idée de négociation sur l'action publique*»¹⁰⁴. Mediante l'utilizzo della locuzione *injonction pénale* il legislatore avrebbe in sostanza voluto palesare che il nuovo meccanismo non sarebbe potuto essere oggetto di vere e proprie trattative tra le parti sul *quantum* di prestazione da eseguire in cambio della rinuncia del prevenuto al giudizio ordinario. Si sarebbe in sostanza trattato di un ulteriore istituto di giustizia consensuale, paragonabile solo a un "contratto per adesione",

¹⁰⁰ Per consultare tale prima versione della *composition pénale* cfr. *Projet de loi, Modifié par le Sénat, relatif à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, adottato il 20 ottobre 1994, pp. 10-12.

¹⁰¹ Il comma 2 dell'art. 48-1 di cui si proponeva l'introduzione recitava, infatti: «*le procureur de la République peut, lorsque les faits ont été reconnus, faire cette proposition, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement s'il lui apparaît que cette procédure est susceptible de mettre fin au trouble résultant de l'infraction, de prévenir le renouvellement de celle-ci et d'assurer, s'il y a lieu, la réparation du dommage causé à la victime*».

¹⁰² P. FAUCHION, *Rapport n. 116, au nom de la commission des lois, sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, t. I, *Exposé Général-Esamen des articles*, del 7 dicembre 1994, pp. 22 s.

¹⁰³ P. FAUCHION, *Rapport n. 116, cit.*, p. 22.

¹⁰⁴ Questa è l'autorevole opinione di J. VOLFF, *Un coup pour rien! L'injonction pénale et le Conseil constitutionnel*, in *Recueil Dalloz*, 1995, p. 201.

costruito sulla base di una proposta non trattabile della pubblica accusa e non su un vero e proprio negoziato tra le parti.

A ogni modo, i ritocchi apportati dall'*Assemblée nationale* sono stati condivisi anche dal Senato¹⁰⁵, di modo che nel 1994 la maggioranza era riuscita effettivamente ad approvare in via definitiva tale strumento consensuale, che avrebbe dovuto essere collocato agli artt. da 48-1 a 48-7 del *cod. proc. pén.*¹⁰⁶.

A questo punto, però, il 4 gennaio 1995 un gruppo di senatori dell'opposizione ha proposto innanzi al *Conseil constitutionnel* una questione di costituzionalità preventiva nei confronti dell'intero testo della nuova legge.

Il giudice delle leggi si è effettivamente pronunciato con una decisione del 2 febbraio 1995, con cui ha dichiarato l'incostituzionalità dell'*injonction pénale*¹⁰⁷, che, quindi non ha mai visto effettivamente la luce¹⁰⁸.

Com'era infatti prevedibile, il *Conseil constitutionnel* nella sua sentenza ha ritenuto che un meccanismo processuale quale l'*injonction pénale*, pur fondato sul consenso del prevenuto, che consentisse al pubblico ministero di irrogare senza alcun autorizzazione giurisdizionale delle vere e proprie sanzioni penali fosse contrario all'art. 9 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo (e quindi alla presunzione d'innocenza), all'art. 66 della Costituzione (il quale stabilisce che sia l'autorità giudiziaria a essere guardiana della libertà individuale), nonché al diritto di difesa e al canone del giusto processo.

Più in particolare, la Corte costituzionale, dopo aver rilevato «*que certaines mesures susceptibles de faire l'objet d'une injonction pénale peuvent être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle*», ha affermato che «*le prononcé et l'exécution de telles mesures, même avec l'accord de la personne susceptible d'être pénalement poursuivie, ne peuvent [...] intervenir à la seule diligence d'une autorité chargée de l'action publique mais requièrent la décision d'une autorité de jugement conformément aux exigences constitutionnelles ci-dessus rappelées*»¹⁰⁹.

Non si trattava, quindi, di critiche generalmente rivolte alla giustizia consensuale, ma piuttosto dirette a censurare la vera e propria onnipotenza del *parquet* all'interno dell'*injonction pénale*, di modo che da tale pronuncia sembrava trasparire abbastanza nettamente il messaggio per cui, ove le forze politiche avessero attribuito a un giudice e non al solo pubblico ministero il compito di avallare l'accordo tra le parti, concernente un istituto alternativo all'esercizio dell'azione penale, non sarebbero più incorse nella scure del *Conseil constitutionnel*¹¹⁰.

¹⁰⁵ P. FAUCHION, *Rapport* n. 116, cit., p. 23.

¹⁰⁶ Cfr. *Projet de loi, relatif à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, texte définitif*, adottato dal Senato francese il 22 dicembre 1994.

¹⁰⁷ Ci si riferisce alla *Décision* n° 95-360 DC del 2 febbraio 1995.

¹⁰⁸ In merito a tale istituto si vedano comunque, B. BOURDEAU, *L'injonction pénale avortée: scories sur une question de confiance*, in *Actualité législative Dalloz*, 30 mars 1995, n° 6, p. 45; J. PRADEL, *D'une loi avortée à un projet nouveau sur l'injonction pénale*, in *Recueil Dalloz*, 1995, p. 171. Per un confronto tra l'*injonction pénale* e la mediazione francese, cfr. K. MEDJAOUI, *L'injonction pénale et la médiation pénale, tableau comparatif critique*, in *RSC*, 1996, pp. 823 ss.

¹⁰⁹ Cfr. *Décision* n° 95-360 DC del 2 febbraio 1995, § 6.

¹¹⁰ Si vedano, a riguardo, le riflessioni di J. PRADEL, *D'une loi avortée à un projet nouveau sur l'injonction pénale*, cit., p. 171.

Alla luce di ciò, non stupirà sapere che il cammino verso la codificazione di ulteriori meccanismi basati sul consenso del prevenuto non si sia affatto arrestato a seguito della decisione in questione.

Tanto che, solo due anni dopo, la Commissione *de réflexion sur la Justice*, presieduta dal primo presidente della Cassazione francese Pierre Truche, aveva ancora potuto del tutto tranquillamente affermare che «*l'introduction en droit français d'un choix ouvert à l'intéressé de "plaider coupable" formulé en audience publique avec la garantie de l'assistance d'un avocat serait susceptible d'aboutir à un raccourcissement des délais d'investigation et de favoriser une information plus exacte du public*»¹¹¹.

Ciononostante, merita segnalare come tale consenso non avesse però considerato opportuno proporre di introdurre effettivamente una procedura di tal fatta; e ciò non perché la stessa sarebbe stata di per sé «*étrangère à notre tradition*»¹¹², ma piuttosto perché si era ritenuto che ne sarebbero derivati più problemi che benefici¹¹³.

Ma, al contrario, la necessità di precisare da un punto di vista normativo *les conditions d'application de l'opportunité des poursuites*¹¹⁴ e quindi, in ultima analisi, di controllare in modo più efficiente le scelte dei pubblici ministeri nell'esercizio dell'azione penale, aveva però portato tale Commissione *de qua* a suggerire di codificare un istituto – denominato *ordonnance pénale* – costruito sulla base di una proposta dell'accusa accettata dall'interessato, il quale però avrebbe dovuto comportare l'intervento di un giudice, proprio al fine di rispettare il dettato del *Conseil constitutionnel*¹¹⁵.

Non si trattava peraltro neppure in questo caso di una vera e propria apertura alla giustizia negoziata, ma soltanto di una riprova dell'idea – che si è vista in realtà non essere mai stata realmente in discussione – della possibilità di codificare anche nel sistema francese degli istituti costruiti sulla base di un accordo (non contrattato) tra le parti.

Difatti, in questa occasione la Commissione Truche non si era lasciata sfuggire l'occasione di affermare a chiare lettere che «*l'idée de négociation sur la durée ou la nature de la sanction est étrangère à nos traditions*»¹¹⁶.

Giunti a questo punto, non stupirà il fatto che pure il coevo progetto di riforma dell'intera procedura penale francese proposto nel 1997 dalla professoressa M.L. Rassat, nonostante risultasse per molti punti di vista distante da quello stilato dalla Commissione *de réflexion sur la Justice*, abbia espresso una posizione del tutto analoga a questa in tema di giustizia negoziata¹¹⁷.

A tale riguardo, pare infatti utile rilevare come anche tale iniziativa abbia suggerito di codificare un istituto, denominato, nuovamente, *ordonnance pénale*, con cui si era tentato di mediare alcune caratteristiche proprie della "transazione penale" e della versione vigente in quella data del rito monitorio francese.

¹¹¹ Cfr. *Rapport de la commission sur la Justice*, Paris, 1997, p. 66.

¹¹² Cfr. *Rapport de la commission sur la Justice*, cit., p. 66.

¹¹³ Per un cenno a riguardo, D. VIGONI, *L'applicazione della pena*, cit., p. 33.

¹¹⁴ Cfr. *Rapport de la commission sur la Justice*, cit., p. 24.

¹¹⁵ Cfr. *Rapport de la commission sur la Justice*, cit., p. 65.

¹¹⁶ Cfr. *Rapport de la commission sur la Justice*, cit., p. 66.

¹¹⁷ Cfr. *Propositions de réforme du code de procédure pénale: rapport à M. le garde des sceaux, ministre de la justice*, Paris, 1997, p. 84.

Ebbene, secondo quanto si afferma espressamente in tale progetto, questa peculiare forma di *ordonnance pénale* avrebbe garantito il vantaggio di evitare «*une vraie négociation sur la peine entre le ministère public et la personne poursuivie qui nous a toujours paru très choquante sur le terrain des principes. Le ministère public fait une proposition qui est acceptée ou refusée librement*»¹¹⁸.

Vi è così un'ulteriore riprova di quanto, ancora negli ultimi anni del XX secolo, fosse diffusa l'opinione per cui il modello processuale francese sarebbe stato del tutto incompatibile con forme di giustizia negoziata in senso proprio: si trattava di un vero e proprio dogma, che non è stato ripensato neppure quando i più autorevoli giuristi d'Oltralpe sono stati chiamati a stilare dei progetti di riforma complessiva del *Code de procédure pénale*, al fine di porlo al passo con le sfide della modernità.

4. La codificazione delle *classements sous conditions* e la creazione della "composition pénale"

Il dibattito circa la codificazione delle "archiviazioni condizionate", nonché sull'introduzione di un meccanismo consensuale più afflittivo che facesse tesoro di quanto affermato dal *Conseil constitutionnel* con riguardo all'*injonction pénale*, ha avuto una definitiva accelerazione nel maggio del 1998, quando è stato presentato al Senato un progetto di legge «*relatif aux alternatives aux poursuites et renforçant l'efficacité de la procédure pénale*»¹¹⁹.

L'idea di tale proposta era chiara: regolare in modo più preciso la discrezionalità dei procuratori nell'esercizio della *poursuite* per quanto concerne la criminalità di minore rilievo, aumentando il novero delle misure alternative all'esercizio dell'azione penale, al fine di alleggerire il carico di lavoro della giustizia e comunque non lasciare del tutto impuniti una serie di comportamenti criminosi, per cui non si considerava però indispensabile lo svolgimento di un procedimento penale ordinario¹²⁰.

Il progetto di legge in questione aveva quindi avuto l'idea di consentire ai pubblici ministeri di scegliere, a seconda delle caratteristiche della fattispecie concreta, tra una scala graduata di meccanismi che avrebbero accompagnato un comune esito *lato sensu* liberatorio con lo svolgimento da parte del prevenuto di una serie di prestazioni più o meno afflittive.

¹¹⁸ Cfr. *Propositions de réforme du code de procédure pénale*, p. 84.

¹¹⁹ Cfr. *Projet de loi n. 434, relatif aux alternatives aux poursuites et renforçant l'efficacité de la procédure pénale*, presentato al Senato il 14 maggio 1998 dal Ministro della Giustizia Guigou a nome del Primo ministro Jospin.

¹²⁰ Nell'*exposé des motifs* del *Projet de loi n. 434* si afferma infatti che «*la conception traditionnelle de la procédure pénale, qui a perduré jusqu'au début des années quatre-vingt, n'offrait qu'une option aux magistrats du parquet saisis d'une infraction à la loi pénale dont l'auteur était identifié: soit poursuivre la personne devant une juridiction répressive, soit classer sans suite la procédure. Depuis près d'une vingtaine d'années, une troisième solution - récemment qualifiée par le terme générique de " troisième voie " - consiste pour le ministère public à apporter une nouvelle réponse judiciaire à la délinquance en recourant à d'autres moyens que la mise en mouvement de l'action publique. Telle est l'origine de la médiation pénale [...] D'autres mesures peuvent être tout aussi efficaces pour assurer la réparation du dommage causé à la victime, mettre fin au trouble résultant de l'infraction et contribuer au reclassement de l'auteur des faits*».

Più in particolare, si prospettava di introdurre due istituti, caratterizzati da un grado di afflittività diversa, in quanto pensati per dare una risposta a reati di differente gravità.

Per le fattispecie non particolarmente gravi si era pensato di far operare un primo meccanismo, inserito all'art. 41-1 del *cod. proc. pén.*, utilizzabile dal *parquet* o da un suo delegato prima dell'esercizio dell'azione penale, nel caso in cui considerasse che l'irrogazione al prevenuto di una misura "leggera"¹²¹, tra quelle indicate tassativamente dalla legge¹²², consentissero di assicurare la riparazione del danno causato alla vittima, di mettere fine alle conseguenze dannose causate dall'illecito e di contribuire alla rieducazione dell'autore dei fatti.

Merita segnalare che le prestazioni positive di cui il pubblico ministero si sarebbe potuto fare proponente – le quali costituivano in buona sostanza una codificazione di quelle sviluppatesi negli anni precedenti in via meramente pretoria – avevano una caratteristica comune: esse non presentavano un tratto afflittivo marcato, distinguendosi così «quindi nettamente dalla pena tradizionale»¹²³.

Ed è proprio in ragione del fatto che tale istituto non avrebbe previsto l'irrogazione nei confronti del prevenuto di vere e proprie "sanzioni penali" che i proponenti avevano considerato possibile costruirlo senza prevedere che fosse un giudice a autorizzare l'archiviazione condizionata, nonostante quanto affermato nel 1995 dalla Corte costituzionale francese con riguardo dell'*injonction pénale*.

Va oltretutto precisato che tra le "misure" in questione vi erano, sin dal principio, sia la riparazione del danno, sia la mediazione tra l'indagato e vittima, essendovi così un'ulteriore riprova di un particolare occhio di riguardo nei confronti della figura della vittima, tanto cara al sistema processuale francese¹²⁴.

Si trattava, peraltro, di un meccanismo scarsamente regolato¹²⁵ non essendosi neppure stabilito in modo esplicito quali conseguenze sarebbero derivate dal corretto o scorretto svolgimento dei comportamenti positivi da parte del soggetto sottoposto a procedimento penale. Peraltro, alla luce della prassi già diffusa in molte procure, era facilmente comprensibile il fatto che, nel caso in cui l'autore del reato avesse accettato l'offerta del *parquet* e effettivamente compiuto le prestazioni promesse avrebbe meritato l'archiviazione; mentre, invece, ove avesse rifiutato o male eseguito gli stessi il pubblico ministero sarebbe tornato libero di decidere se promuovere o meno l'azione penale.

Nel contempo, già allora il meccanismo di cui all'art. 41-1 *cod. proc. pén.* non predeterminava neppure i reati per cui tale archiviazione condizionata sarebbe stata applicabile, lasciandosi una piena discrezionalità sul punto ai singoli pubblici ministeri.

¹²¹ Quest'espressione è di J. PRADEL, *Il ruolo della volontà*, cit., p. 952.

¹²² Il progetto prevedeva quali "misure leggere": il richiamo a rispettare gli obblighi di legge; l'indirizzamento a una struttura sanitaria, sociale o professionale; la mediazione con la vittima; la riparazione del danno; la proposta all'autore del reato di regolarizzare la sua situazione rispetto a leggi e regolamenti.

¹²³ Cfr., efficacemente, C. MAURO, *Dell'utilità del criterio della non punibilità per particolare tenuità del fatto in un sistema di opportunità dell'azione penale*, cit., p. 161.

¹²⁴ Si veda J. PRADEL, *Il ruolo della volontà*, cit., p. 953.

¹²⁵ In argomento, M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata"*, cit., p. 107.

Una disciplina assai più articolata era, invece, prevista per il secondo meccanismo alternativo all'esercizio dell'azione penale, espressamente qualificato come l'istituto più importante dell'intero progetto di legge¹²⁶, che si voleva introdurre agli artt. 41-2 e 41-3 del *cod. proc. pén.*, allora rubricato «*compensation judiciaire*».

Come si ricava dall'*Exposé des motifs* dell'iniziativa normativa *de qua*, tale strumento processuale era stato pensato come forma di risposta più severa per alcuni reati, questa volta indicati in modo espresso e tassativo, da utilizzarsi quando le misure stabilite dall'art. 41-1 sarebbero state insufficienti¹²⁷.

L'idea, in sostanza, era quella per cui in alcuni casi «*une mesure de médiation, de rappel à la loi, d'orientation, de régularisation ou de réparation constitue une réponse insuffisante à l'acte délictueux, même si la gravité de l'infraction ne justifie pas le prononcé d'une condamnation en audience publique*»¹²⁸.

Va peraltro notato come nella proposta originaria, a differenza di quanto stabilito per le misure "leggere" di cui all'art. 41-1, non si prevedeva espressamente che la *compensation judiciaire* dovesse essere per forza richiesta prima dell'esercizio dell'azione penale (anche se veniva qualificata in via generale quale alternativa all'esercizio dell'azione penale); di modo che sarebbero potuti sorgere dei dubbi sulla possibilità per il *parquet* di utilizzare tale meccanismo anche dopo che questi avesse già presentato la *poursuite*.

A parte ciò, da un punto di vista strettamente operativo, il meccanismo in questione non costituiva altro se non ri-edizione dell'*injonction pénale*¹²⁹, depurata però da quelle criticità che avevano portato il giudice delle leggi francese a dichiararne l'incostituzionalità¹³⁰.

I proponenti, infatti, avevano strutturato la procedura su un'offerta del *parquet* al prevenuto di conclusione di un accordo¹³¹, avente a oggetto lo scambio tra l'estinzione dell'azione penale da un lato e l'ammissione di responsabilità del prevenuto, più la promessa dello svolgimento da parte sua di una misura *lato sensu* sanzionatoria¹³², da un altro lato, che, una volta raggiunto, avrebbe dovuto essere validato dal presidente del tribunale.

Merita precisarlo: nella *compensation judiciaire*, a differenza rispetto a quanto avveniva nella *injonction pénale*, l'intesa tra le parti sarebbe divenuta esecutiva solo a seguito di un'ordinanza del giudice, che peraltro non avrebbe potuto modificare nel *quantum* le misure proposte dal *parquet*, ma soltanto accettarle o rifiutarle *in toto*.

¹²⁶ Così è definito da P. FAUCHON, *Rapport n. 486 (97-98), Commission des Lois, Alternatives aux poursuites, renfort de l'efficacité de la procédure pénale et délégation aux greffiers des attributions dévolues par la loi aux greffiers en chef*, depositato il 10 giugno 1998.

¹²⁷ In tale contesto, si afferma, infatti che «*le projet propose également d'instituer une nouvelle forme d'alternative aux poursuites pour permettre à l'autorité judiciaire d'apporter à certaines formes de délinquance une réponse plus rigoureuse, sans pour autant qu'il soit nécessaire de saisir une juridiction répressive*».

¹²⁸ In questo senso si esprimeva testualmente l'*exposé des motifs* del *Projet de loi* in questione.

¹²⁹ In questi termini si esprime P. FAUCHON, *Rapport n. 486 (97-98)*, cit.

¹³⁰ Non a caso nell'*exposé des motifs* del *Projet de loi* in questione si citava testualmente la decisione della Corte costituzionale francese del 1995.

¹³¹ Non va tralasciato come P. FAUCHON, *Rapport n. 486 (97-98)*, cit. avesse in modo espresso affermato che «*la compensation judiciaire revêt incontestablement un caractère transactionnel*».

¹³² Che andavano dal versamento di una somma di denaro allo Stato all'esecuzione in favore della collettività di un lavoro non remunerato.

Va peraltro notato come già la versione originaria di tale iniziativa normativa non avesse espressamente indicato alcuna regola di giudizio che guidasse la decisione del giudice di validare o meno l'accordo¹³³; stabilendo invece in modo esplicito che tale decisione non sarebbe stata ricorribile.

I proponenti, al fine di evitare di incorrere nuovamente nella scure del giudice delle leggi, avevano poi corredato tale meccanismo processuale con tutta una serie di ulteriori garanzie in favore sia dell'accusato, sia della vittima.

Così, ad esempio, già in questa fase, si era stabilito che il prevenuto prima di scegliere se accettare o meno la proposta della pubblica accusa potesse essere assistito da un avvocato; che, onde evitare future contestazione, l'intesa fosse registrata nel verbale; e, infine, che il giudice potesse sentire l'autore del reato e il suo difensore nella fase di validazione dell'accordo, essendo obbligato a fare ciò nel caso in cui l'audizione fosse richiesta.

Per quanto riguarda la vittima, la tutela principale poteva essere senza dubbio individuata nell'obbligo per il pubblico ministero, ove la stessa fosse individuata, di includere tra i vari comportamenti positivi oggetto della *compensation* anche la riparazione del pregiudizio commesso. Oltre a ciò, i *conditores* avevano anche stabilito che pure tale soggetto potesse o dovesse essere sentito dal giudice prima della sua decisione e che l'estinzione dell'azione penale, determinata dal buon esito dell'istituto, non impedisse alla parte civile di utilizzare lo strumento della *citation directe* al fine di adire il *tribunal correctionnel*.

Il progetto di legge governativo in questione è stato oggetto di un acceso dibattito politico già quando è stato esaminato dalla Commissione legislativa del Senato¹³⁴.

Tale organo ha, infatti, espresso delle opinioni del tutto antitetiche con riguardo ai diversi meccanismi che l'iniziativa normativa voleva introdurre.

Per quanto concerne la codificazione delle "archiviazioni condizionate" il giudizio è stato totalmente negativo, essendosi proposto e (inizialmente) ottenuto di eliminare del tutto l'intervento sull'art. 41-1 del codice, sulla base della considerazione per cui la cristallizzazione di quanto fatto nella prassi avrebbe comportato il rischio di ingenerare l'opinione per cui ai pubblici ministeri non sarebbe stato più consentito sperimentare delle vie alternative rispetto a quelle stabilite dalla legge¹³⁵.

La "*compensation judiciaire*" è stata invece ritenuta un istituto realmente utile e quindi da mantenere, per diversi ordini di ragione.

¹³³ Sul punto, però, si vedano le condivisibili affermazioni di M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata"*, cit., p. 114.

¹³⁴ Cfr. P. FAUCHON, *Rapport n. 486 (97-98)*, cit.

¹³⁵ P. FAUCHON, *Rapport n. 486 (97-98)*, cit., dove si afferma espressamente che «*par ailleurs, la crainte que peut susciter un tel dispositif est qu'aucune mesure ne figurant pas dans cette énumération ne puisse par la suite être prise par les parquets. Il convient de ménager la possibilité que se développent de nouvelles alternatives en fonction de l'évolution du contentieux pénal. Votre commission, consciente du fait que le Parlement se doit de veiller à la qualité des textes législatifs, n'estime pas opportun d'inscrire dans la loi qu'un procureur peut «procéder au rappel auprès de l'auteur des faits des obligations résultant de la loi ».. Elle vous soumet donc un amendement tendant à supprimer le texte proposé pour l'article 41-1 du code de procédure pénale*».

In primo luogo, si è infatti affermato che la stessa avrebbe presentato il vantaggio «*d'apporter une réponse à nombre d'infractions qui font aujourd'hui l'objet de classements sans suite et de soulager l'audience de certaines affaires ni graves ni complexes*»¹³⁶.

In secondo luogo, la *Commission des lois* del Senato ha ritenuto meritevole il fatto che tale nuova forma di alternativa all'esercizio dell'azione penale costituisca «*un premier pas vers la mise en oeuvre d'une forme de "plaidé coupable"*»¹³⁷.

Sul punto, infatti, è stato espressamente affermato che «*le "plaidé coupable" constitue une piste qui ne doit pas être négligée dans la recherche d'une solution à l'engorgement de la justice pénale. Il y voit en outre le germe d'une conception nouvelle, plus humaniste de cette justice*»¹³⁸.

Certo, si è ammesso che «*le "plea bargaining", tel qu'il est pratiqué aux Etats-Unis, fait l'objet de certains excès et donne parfois l'impression d'être un véritable marchandage qui ne grandit pas la justice*»¹³⁹; ma, a detta della Commissione del Senato, tale aspetto "patologico" della procedura penale anglosassone non sarebbe stato sufficiente per rinunciare del tutto a codificare dei meccanismi che consentissero al prevenuto di fare apertamente emenda, affermando apertamente la loro responsabilità.

Secondo il *rapporteur* della Commissione, insomma, introdurre degli istituti fondati su un'ammissione di colpevolezza del prevenuto non sarebbe stato affatto criticabile, consentendosi in tal modo di imboccare una via più «*conforme à la dignité humaine et, de ce fait, plus éducative et donc plus efficace*»¹⁴⁰.

Senza contare che la creazione di un *guilty plea* francese avrebbe pure permesso «*d'associer la personne poursuivie à la décision la concernant. Il peut avoir un effet de responsabilisation, peut permettre une prise de conscience et ne bafoue en rien les droits de la défense lorsqu'il est pleinement volontaire*»¹⁴¹.

Sembra trattarsi, quindi, della testimonianza di un vero e proprio cambio di rotta del legislatore francese rispetto al passato: in tale contesto, infatti, la somiglianza della *compensation judiciaire* con il *plaidé coupable* è stata finalmente vista come un punto di forza e non come un dato da criticare *a priori*.

Vi è quindi una riprova di come, grazie a tutti i progetti normativi presentati negli anni Novanta, il proposito di introdurre effettivamente degli istituti che remunerassero l'ammissione di responsabilità del prevenuto con un trattamento sanzionatorio più favorevole ha iniziato man mano a farsi largo, per non essere poi più abbandonata.

Ciononostante, l'idea di consentire alle parti di compiere un *véritable marchandage* era ancora ben lontana da essere accettata, anche se non avrebbe più costituito un rischio tale da dover bloccare l'introduzione di ogni istituto basato su un *guilty plea* del prevenuto.

¹³⁶ Così, P. FAUCHON, *Rapport* n. 486 (97-98), cit.

¹³⁷ Sul punto, P. FAUCHON, *Rapport* n. 486 (97-98), cit.

¹³⁸ Vedi, P. FAUCHON, *Rapport* n. 486 (97-98), cit.

¹³⁹ Cfr. P. FAUCHON, *Rapport* n. 486 (97-98), cit.

¹⁴⁰ Così si esprime, nuovamente, P. FAUCHON, *Rapport* n. 486 (97-98), cit.

¹⁴¹ P. FAUCHON, *Rapport* n. 486 (97-98), cit.

Il generale *favor* della Commissione del Senato francese nei confronti della *compensation judiciaire* non ha però impedito alla stessa di proporre alcuni emendamenti a riguardo, di non secondario rilievo.

Il suggerimento più importante è stato, nuovamente, di carattere terminologico: si è infatti proposto (e ottenuto) di cambiare il nome del meccanismo processuale in questione in *composition pénale*, ovvero una delle locuzioni che era già stata utilizzata nel corso dei lavori preparatori del testo degli anni 1994-1995, in quanto espressione considerata meno vaga e più appropriata dell'originaria proposta normativa¹⁴².

L'idea era in sostanza che non bisognasse più dissimulare la natura del nuovo istituto «*sous des artifices de vocabulaire*»¹⁴³, essendo invece opportuno che fosse ben chiaro come il nuovo art. 41-2 del *cod. proc. pén.* avrebbe contenuto «*une forme de transaction pénale, qui requiert l'acceptation de l'auteur des faits*»¹⁴⁴.

Allo stesso modo, da questo momento in poi, la somma di denaro da versare al *Trésor public* per ottenere l'estinzione dell'azione penale non si è più chiamata vagamente «*indemnité*», come era stato originariamente pensato, ma espressamente «*amende de composition*», per distinguerla (ma non troppo) dall'*amende pénale*.

Da notare che, tra le altre modifiche proposte, vi era anche quella di obbligare il pubblico ministero a esercitare l'azione penale in caso di fallimento della procedura in questione, nonché di istituire un apposito registro nazionale dove iscrivere le *composition pénale*; suggerimenti che in questa sede non hanno avuto seguito, ma, come si accennerà, sono invece per certi versi stati accolti soltanto diversi anni dopo.

Una volta arrivato all'*Assemblée Nationale* il progetto normativo *de quo* ha subito altre modifiche alquanto significative¹⁴⁵.

Dal canto loro, infatti, i deputati non hanno condiviso alcuni emendamenti approvati dal Senato, a partire soprattutto da quello che aveva eliminato dall'originaria iniziativa governativa la disposizione con cui si voleva codificare la prassi delle "archiviazioni condizionate"¹⁴⁶.

Secondo l'*Assemblée Nationale*, infatti, la cristallizzazione in un nuovo art. 41-1 del *cod. proc. pén.* di alcune forme "leggere" di *classments sous conditions*, tratte dalla concreta esperienza pretoria di molte procure francesi, sarebbe stata una chiarificazione utile, «*applicable sans nuire à la marge de manoeuvre des procureurs de la République*»¹⁴⁷.

Contrariamente a quanto affermato dal *rapporteur* del progetto di legge al Senato, infatti, la Commissione *des lois* dell'Assemblea nazionale ha a tale riguardo sostenuto che la nuova disposizione non avrebbe assolutamente impedito ai pubblici ministeri di «*proposer une mesure n'y figurant pas, tout comme la consécration*

¹⁴² In questo senso si esprime, nuovamente P. FAUCHON, *Rapport* n. 486 (97-98), cit.

¹⁴³ P. FAUCHON, *Rapport* n. 486 (97-98), cit.

¹⁴⁴ Cfr. P. FAUCHON, *Rapport* n. 486 (97-98), cit.

¹⁴⁵ Si veda sul punto L. MERMAZ, *Rapport* n. 1328, *fait au nom de loi, sur le projet de loi, adopté par le sénat, relatif aux alternatives aux poursuites et renforçant l'efficacité de la procédure pénale*, del 20 gennaio 1999, pp. 20 ss.

¹⁴⁶ L. MERMAZ, *Rapport* n. 1328, cit., p. 22.

¹⁴⁷ L. MERMAZ, *Rapport* n. 1328, cit., p. 10.

législative de la médiation pénale en 1993 n'a pas empêché le développement des autres mesures alternatives aux poursuites»¹⁴⁸.

Alla luce di ciò, non stupirà sapere che i deputati abbiano quindi approvato a loro volta un emendamento con cui hanno sostanzialmente ristabilito sul punto il testo dell'originario progetto normativo, prevedendo nuovamente di codificare le archiviazioni condizionate all'art. 41-1 nel *cod. proc. pén.*¹⁴⁹.

Per quanto riguarda, invece, la *composition pénale* la Commissione dell'*Assemblée Nationale* ha condiviso il cambio di nome dell'istituto, proponendo tuttavia a sua volta una serie di ritocchi al fine di affinare ulteriormente il testo¹⁵⁰.

Così, ad esempio, è in questa sede che si è deciso di precisare nel testo dell'art. 41-2 del *Codé* che il *parquet* avrebbe potuto offrire la *composition* «*tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement*», rendendo quindi tale norma simmetrica rispetto a quella dell'art. 41-1.

Allo stesso modo, inoltre, è stata sempre l'*Assemblée Nationale* ad aver suggerito (e ottenuto) la precisazione per cui la *composition pénale* il *parquet* non avrebbe potuto domandare l'applicazione di tale istituto nel corso della *garde à vue*, sanzionandosi l'inosservanza di tale garanzia con la comminatoria di una nullità.

Ed è sempre a partire da questo momento che si è deciso di modificare anche direttamente sulla disposizione generale dell'art. 6 del *cod. proc. pén.*, stabilendo in modo espresso che l'azione penale si estingue non solo in caso di "transazione penale", ma anche «*par l'exécution d'une composition pénale*».

Dopo l'approvazione del testo in prima lettura anche dall'Assemblea Nazionale le distanze tra le due Camere con riguardo agli istituti in questione si sono assottigliate¹⁵¹.

In breve tempo si è quindi riusciti a trovare un accordo politico su un testo condiviso, cosicché gli art. 41-1, 41-2 e 41-3 *cod. proc. pén.* sono stati effettivamente approvati dalla legge del 23 giugno 1999, n. 99-515¹⁵².

In tal modo, quindi, dopo un quinquennio di progetti e decenni di discussioni, la Francia ha finalmente deciso di disciplinare in modo puntuale la "terza via", fornendo ai pubblici ministeri un ampio catalogo di misure alternative

¹⁴⁸ L. MERMAZ, *Rapport* n. 1328, cit., p. 22.

¹⁴⁹ Si veda sul punto L. MERMAZ, *Rapport* n. 1328, cit., p. 10.

¹⁵⁰ I quali si possono ritrovare nel più volte citato rapporto di L. MERMAZ, *Rapport* n. 1328, cit., pp. 23 ss.

¹⁵¹ Per i punti ancora discussi nel dibattito parlamentare successivo si vedano P. FAUCHON, *Rapport* n. 336 (1998-1999), *fait au nom de la commission des lois, sur le projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, renforçant l'efficacité de la procédure pénale*, depositato il 5 maggio 1999, nonché, L. MERMAZ, *Rapport* n. 1607, *fait au nom de la commission des lois, sur le projet de loi, adopté avec modifications par le sénat en deuxième lecture, relatif aux alternatives aux poursuites et renforçant l'efficacité de la procédure pénale*, depositato il 19 maggio 1999.

¹⁵² Per un quadro generale delle novità apportate da tale legge cfr. F. LE GUNEHÉC, *Présentation de la loi n. 99-515 du 23 juin 1999. Première partie: Dispositions relatives aux alternatives aux poursuites*, in *JCP*, 1999, p. 1325 ss.; ID., *Présentation de la loi n. 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale. Deuxième partie*, *ivi*, pp. 1393 ss.

sia all'archiviazione secca, sia all'esercizio dell'azione penale tra cui scegliere quella più adatta a seconda delle peculiarità della fattispecie concreta¹⁵³.

Si tratta, peraltro, di istituti che hanno avuto un vivo successo nella prassi, al punto che, come mettono in rilievo le tabelle statistiche pubblicate dal Ministero della giustizia francese, se il numero di archiviazioni secche è nel corso degli ultimi anni sceso nettamente, le curve dei casi di archiviazioni meritate e dell'utilizzo della *composition pénale* sono invece quasi sempre cresciute¹⁵⁴.

5. L'assenza di negoziazioni tra prevenuto e autorità nella "composition pénale"

All'indomani dell'entrata in vigore della legge del 23 giugno 1999, n. 99-515, autorevole dottrina ha salutato la creazione della *composition pénale* definendola una consacrazione di un «*plea bargaining*» à la française¹⁵⁵. Si trattava, peraltro, di una palese provocazione, posto che – come riconosciuto in modo espresso nel medesimo scritto¹⁵⁶ – tra tali meccanismi processuali vi sono numerose differenze sostanziali che li rendono due istituti non realmente assimilabili¹⁵⁷.

Ci si riferisce, in particolare, al fatto che, secondo l'opinione tradizionale, la *composition pénale* penale, pur essendo per l'appunto fondata su una sorta di *guilty plea* del prevenuto che gli garantisce dei precisi vantaggi in termini sanzionatori e gli permette di evitare una condanna, non dovrebbe comportare «*aucune négociation*

¹⁵³ Per un'analisi aggiornata di tutte le modifiche a cui gli istituti della "terza via" sono stati soggetti nel corso degli anni, cfr., per tutti, la già citata monografia di F. LUDWICZAK, *Les procédures alternatives aux poursuites*, cit., *passim*.

¹⁵⁴ Si veda sul punto la tabella pubblicata dal MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Les chiffres-clés de la Justice* 2016, Paris, p. 14, dove sono rappresentate in forma di grafico comparativo sia il numero delle archiviazioni meritate, sia quello delle *compositions pénales* e dei *classaments sans suite*, applicate dall'anno 2005 al 2015. Da questa tabella si può vedere che se nel 2005 il numero dei classaments sans suite era ben superiore a 300000, nel 2015 era sceso di circa la metà.

¹⁵⁵ Ci si riferisce al noto testo di J. PRADEL, *Une consécration du «plea bargaining» à la française la composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999*, in *Recueil Dalloz*, 1999, pp. 379 ss. Per una presentazione di questo importante meccanismo processuale cfr., tra i moltissimi, A. BUREAU, *Etat des lieux d'un dispositif procédural atypique: la composition pénale*, in *APC*, 2005, pp. 125 ss.; A. BUREAU-A. GUIDICELLI, *Les premières applications de la composition pénale dans le ressort de la Cour d'appel de Poitiers*, Paris, 2003; S. GRUNVALD-J. DANET, *La composition pénale. Une première évaluation*, Paris, 2004; F. LE GUNEHÉC, *Présentation de la loi n. 99-515 du 23 juin 1999*, cit., pp. 1325 ss.; J. LEBLOIS-HAPPE, *De la transaction pénale à la composition pénale. Loi n° 99-515 du 23 juin 1999*, in *JCP*, 2000, I, pp. 198 ss.; J. HEDERER, *Un an d'expérimentation de la composition pénale dans un tribunal de grande instance*, in *AJ Pénal*, 2003, pp. 53 ss.; P. MILBURN-C. MOUHANNA-V. PERROCHEAU, *Controverses et compromis dans la mise en place de la composition pénale*, in *APC*, 2005, pp. 151 ss.; P. PONCELA, *Quand le procureur compose avec la peine*, in *RSC*, 2002, pp. 638 ss.; J.-D. REGNAULT, *Composition pénale: l'exemple du Tribunal de Cambrai*, in *AJ Pénal*, 2003, pp. 55 ss.; J. VOLFF, *La composition pénale: un essai manqué!*, in *Gaz. Pal.*, 26-28 mars 2000, pp. 2 ss. Cfr., anche MINISTRE DE LA JUSTICE, *Circulaire* dell'11 luglio 2001, n. CRIM-01-14/F1, *Présentation des dispositions concernant la composition pénale issues de la loi du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale et du décret du 29 janvier 2001*.

¹⁵⁶ J. PRADEL, *Une consécration du «plea bargaining» à la française*, cit., p. 379, il quale assai chiaramente in tale scritto afferma «notre droit consacre ainsi le fameux plaidoyer de culpabilité qui évoque le *plea bargaining* américain, mais qui ne s'identifie pas à lui».

¹⁵⁷ Si veda in questo senso assai chiaramente la ricerca, di P. MILBURN-C. MOUHANNA-V. PERROCHEAU, *Enjeux et usages de la composition pénale. Controverses et compromis dans la mise en place d'un dispositif pénal inédit, Rapport de Recherche*, in www.gip-recherche-justice.fr, p. 152. *Idem* p. 166.

entre poursuivant et délinquant alors que la discussion est au coeur de l'institution nord-américaine»¹⁵⁸.

In buona sostanza, quindi, la *composition* darebbe vita sì a un *plea*, ma non preceduto da alcun *bargaining*: il *parquet*, ossia non a caso l'unico possibile proponente di tale meccanismo processuale, dovrebbe fare un'offerta ferma al prevenuto, che non potrebbe affatto rilanciare, ma soltanto o accettarla o rifiutarla *in toto*¹⁵⁹.

Siamo, quindi, di nuovo di fronte a un meccanismo fondato su una logica del "prendere o lasciare" e non su vere e proprie trattative tra le parti, di cui peraltro la l'art. 41-2 non parla in alcun modo, esattamente come accadeva per l'*injonction pénale* nel 1995.

Secondo tale tesi il nuovo istituto non sarebbe quindi altro se non una nuova forma aggiornata e estesa a molti più reati dell'antico istituto della "transazione penale": in entrambi i casi, infatti, il prevenuto potrebbe concludere con l'autorità un accordo, costruito sulla base di uno scambio tra l'estinzione dell'azione penale e un trattamento sanzionatorio più favorevole (spesso costituito dal mero pagamento di una somma di denaro), senza però poter incidere direttamente sulla natura e sul *quantum* della prestazione da eseguire.

È d'altra parte chiaro che far rientrare o meno la *composition pénale* all'interno della giustizia consensuale o negoziata¹⁶⁰ non rappresenta affatto una questione meramente teorica, ma permette di leggere l'intero funzionamento dello stesso in modi differenti.

Basti ad esempio pensare che a seconda della risposta che si dà a tale questione lo stesso significato della presenza di un avvocato viene ad assumere un significato completamente diverso. Ove, infatti, come sostiene la tesi maggioritaria, si ritenga che la *composition pénale* dia vita a un mero "contratto per adesione"¹⁶¹, il ruolo del difensore diverrebbe tutto sommato marginale, posto che la sua presenza sarebbe solo funzionale alla prestazione di un consenso consapevole e informato da

¹⁵⁸ J. PRADEL, *Une consécration du «plea bargaining» à la française*, cit., p. 379.

¹⁵⁹ J. PRADEL, *Une consécration du «plea bargaining» à la française*, cit., p. 379, precisa ancora che nella *composition pénale* «il n'y a pas de discussion sur la nature et le quantum des mesures retenues». Esprimono la medesima opinione, tra i molti, A. BUREAU, *Etat des lieux d'un dispositif procédural atypique*, cit., p. 146 s.; J. LEBLOIS-HAPPE, *De la transaction pénale à la composition pénale*, cit., p. 198; A. J. HEDERER, *Un an d'expérimentation de la composition pénale*, cit., pp. 53 ss.; F. LUDWICZAK, *Les procédures alternatives aux poursuites*, cit., p. 174; P. MILBURN-C. MOUHANNA-V. PERROCHEAU, *Enjeux et usages de la composition pénale*, cit., *passim*; V. PERROCHEAU, *La composition pénale et la comparution sur reconnaissance de culpabilité: quelles limites à l'omnipotence du parquet?*, in *Droit et société*, 2010, p. 61; J. VOLFF, *La composition pénale*, cit., p. 3. Si veda anche, nel medesimo senso, F. ZOCCHETTO, *Rapport d'information n. 17, au nom de la commission des lois, sur les procédures accélérées de jugement en matière pénale*, depositato il 12 ottobre 2015, p. 34, dove si afferma che «le mis en cause n'est jamais en situation de négocier la sanction qui lui est proposée mais se trouve davantage face "un contrat d'adhésion"». Nella letteratura italiana, E.M. CATALANO, *L'accordo sui motivi d'appello*, Milano, p. 35 s. pare far rientrare la *composition pénale* tra i meccanismi meramente consensuali proprio in ragione di questa apparente mancanza di trattative.

¹⁶⁰ Una maggiore apertura alla possibilità di svolgimento di veri e propri negoziati all'interno della *composition pénale*, pare essere ammessa da C. SAAS, *De la composition pénale au plaider-coupable: le pouvoir de sanction du procureur*, cit., p. 838 s.

¹⁶¹ Per tutti, sul punto, F. ZOCCHETTO, *Rapport d'information n. 17*, cit., p. 34.

parte del prevenuto¹⁶²; mentre, in caso contrario, questi potrebbe direttamente consentire al suo assistito di ottenere, tramite delle discussioni con il *parquet*, una sanzione meno afflittiva.

L'opinione che nega la possibilità di negoziare all'interno della *composition pénale* non sembra peraltro fondata soltanto su un'interpretazione restrittiva dell'istituto in questione, legata alla volontà di non smentire il dogma dell'avversità del sistema francese alle negoziazioni dirette sulla sanzione, ma pare trovare anche delle precise riprove nel corso dei lavori preparatori.

Non va infatti dimenticato che, ancora nella seduta del Senato dell'11 maggio del 1999, il *rapporteur* della *Commissione des lois*, ha espressamente affermato che tramite la *composition pénale* «*nous n'avons pas du tout envie d'en arriver au "plea bargaining" des Américains, avec ce que cette notion même de "marchandage" contient de choquant pour notre sensibilité*»¹⁶³.

Di modo che, in sostanza, ancora nell'ultima seduta in cui il Senato ha approvato la versione poi divenuta definitiva del meccanismo in questione, uno dei veri e propri "padri" della prima versione dell'art. 41-2 del *cod. proc. pén.* ha negato in modo inequivocabile che con lo stesso si volesse consentire lo sviluppo di mercanteggiamenti tra le parti. Lo scopo era, infatti, assai diverso, ossia, quello di introdurre «*dans tout notre système pénal une sorte de démarche de plaidé coupable*»¹⁶⁴, che però non fosse oggetto di un previo *bargaining* tra le parti, considerato come un elemento ancora "scioccante" per la sensibilità francese.

A ogni modo, pare che sia stata la stessa prassi delle procure d'Oltralpe a prediligere una lettura meramente consensuale e non negoziata (almeno tra il prevenuto e l'autorità) della *composition pénale*.

Come si ricava, infatti, da uno studio pratico in cui si è analizzato come tale meccanismo è stato utilizzato in alcune città francesi, la natura e il *quantum* delle prestazioni offerte dai singoli *parquet* non sono state intese come negoziabili, essendosi al massimo ritenuto possibile discutere sulle modalità esecutive delle misure (ad es. discutendo sulla possibilità di dilazionare il pagamento) a seconda delle concrete necessità economiche o familiari dei prevenuti¹⁶⁵.

Così, ad esempio, in tale contesto uno degli intervistati ha espressamente affermato: «*il n'est pas question de marchander sa peine avec moi. Je propose : c'est accepté ou refusé. Si c'est refusé, ça retourne vers le procureur qui peut décider de poursuites*»¹⁶⁶.

Mentre un altro ha a sua volta precisato che «*dans la CP, il est prévu un délai de réflexion, mais la réflexion est limitée, on ne peut pas faire de contre-proposition, on ne peut rien négocier. Il y a le parquet qui décide, et les avocats en dessous*»¹⁶⁷.

¹⁶² Come afferma J. VOLFF, *La composition pénale*, cit., p. 3 «*il n'ya pas de véritable négociation prévue, malgré la possibilité pur le délinquant de consulter un avocat avant de prendre position. Le ministère public propose une ou des mesures et l'auteur des faits accepte ou refuse cette offre*».

¹⁶³ Cfr. P. FAUCHON, seduta dell'11 maggio 1999, in assemblea pubblica dinnanzi al Senato francese, in www.senat.fr/seances/s199905/s19990511/sc19990511029.html.

¹⁶⁴ Così, P. FAUCHON, seduta dell'11 maggio 1999, cit.

¹⁶⁵ Ci si riferisce allo studio di P. MILBURN-C. MOUHANNA-V. PERROCHEAU, *Enjeux et usages de la composition pénale*, cit., p. 26. Cfr. anche J. HEDERER, *Un an d'expérimentation de la composition pénale*, cit., p. 53.

¹⁶⁶ P. MILBURN-C. MOUHANNA-V. PERROCHEAU, *Enjeux et usages de la composition pénale*, cit., p. 34 s.

¹⁶⁷ P. MILBURN-C. MOUHANNA-V. PERROCHEAU, *Enjeux et usages de la composition pénale*, cit., p. 77.

Un delegato del *parquet* di Grandmont ha, infine, ancora più nettamente affermato: «vous savez, pour nous, il n'y a rien à négocier dans la CP. On propose c'est tout»¹⁶⁸.

Merita comunque notare come da alcune ricerche si ricavi che le singole procure hanno organizzato in modo assai diverso il funzionamento concreto di tale misura alternativa all'esercizio dell'azione penale¹⁶⁹.

In un primo modello, infatti, chiamato «*artisanal contrôle*»¹⁷⁰, le composizioni sono realizzate individualmente dai singoli delegati dei pubblici ministeri, sotto il controllo di quest'ultimi, che indicano per ogni singola regiudicanda l'esatta natura della pena da proporre e il *quantum*¹⁷¹.

Un secondo modello, invece, chiamato «*industriel*»¹⁷², consiste in null'altro se non in delle udienze in cui molte di tali procedure vengono svolte collettivamente alla presenza del pubblico ministero, conservando quindi questi tutti i poteri¹⁷³.

Nel modello «*autonome*»¹⁷⁴, infine, i pubblici ministeri consentono ai loro delegati di determinare autonomamente la natura e il *quantum* della sanzione da proporre per la singola fattispecie concreta, aprendosi così più spazi per lo sviluppo di trattative tra il *parquet* e l'autore dei fatti sull'entità della misura da applicare quale oggetto di una *composition pénale*¹⁷⁵.

Va a questo punto precisato che è la stessa Circolare con cui il Ministero della giustizia ha specificato le modalità applicative del nuovo istituto, pubblicata nel 2001, ad aver invece espressamente auspicato lo sviluppo di discussioni tra il pubblico ministero e il giudice chiamato a omologare la richiesta di *composition pénale*¹⁷⁶, finalizzate a diminuire al minimo la probabilità che l'accordo tra le parti sia rifiutato.

Si è infatti sul punto anzitutto affermato «*qu'en raison de l'exigence de validation par le président du tribunal de mesures proposées par le procureur de la République, la mise en oeuvre de ces nouvelles dispositions nécessitera une concertation préalable entre les magistrats du siège et les magistrats du parquet qui seront appelés à y participer*¹⁷⁷».

In seguito la Circolare è stata poi ancora più precisa, avendo stabilito assai chiaramente che «*rien n'interdit [...] au procureur de la République [...] de faire connaître au magistrat qui sera chargé de la validation les mesures qu'il envisage de proposer ou de faire proposer à l'auteur d'une infraction, avant même que ces mesures ne soient proposées à ce dernier, afin que la validation de ces mesures, si elles sont acceptées, ne soulève ensuite pas de difficulté*»¹⁷⁸.

¹⁶⁸ P. MILBURN-C. MOUHANNA-V. PERROCHEAU, *Enjeux et usages de la composition pénale*, cit., p. 73.

¹⁶⁹ Cfr. F. LUDWICZAK, *Les procédures alternatives aux poursuites*, cit., p. 122 s.

¹⁷⁰ F. LUDWICZAK, *Les procédures alternatives aux poursuites*, cit., p. 123.

¹⁷¹ Così, F. LUDWICZAK, *Les procédures alternatives aux poursuites*, cit., p. 123.

¹⁷² Cfr. F. LUDWICZAK, *Les procédures alternatives aux poursuites*, cit., p. 123.

¹⁷³ V. F. LUDWICZAK, *Les procédures alternatives aux poursuites*, cit., p. 123.

¹⁷⁴ Cfr. F. LUDWICZAK, *Les procédures alternatives aux poursuites*, cit., p. 123.

¹⁷⁵ Cfr. F. LUDWICZAK, *Les procédures alternatives aux poursuites*, cit., p. 123.

¹⁷⁶ MINISTRE DE LA JUSTICE, *Circulaire* dell'11 luglio 2001, n. CRIM-01-14/F1, cit., p. 38. In questo senso cfr. anche J. HEDERER, *Un an d'expérimentation de la composition pénale*, cit., p. 53; P. MILBURN-C. MOUHANNA-V. PERROCHEAU, *Enjeux et usages de la composition pénale*, cit., p. 18.

¹⁷⁷ MINISTRE DE LA JUSTICE, *Circulaire* dell'11 luglio 2001, n. CRIM-01-14/F1, cit., p. 6.

¹⁷⁸ MINISTRE DE LA JUSTICE, *Circulaire* dell'11 luglio 2001, n. CRIM-01-14/F1, cit., p. 38, nt. 10.

Orbene, alla luce di quanto si può ricavare da diverse ricerche empiriche, pare che tali concertazioni tra le autorità siano effettivamente avvenute, essendosi ad esempio precisato che la fase preparatoria di tale meccanismo processuale «*constitué un enjeu important de discussion, voire de négociation, entre les magistrats du parquet et du siège, le greffe occupant une place importante dans ce processus*»¹⁷⁹.

Non sembrano peraltro esservi dubbi nell'affermare che, ove il concreto *quantum* sanzionatorio sia già il frutto di un preciso accordo (individualizzato o generale) tra *parquet* e organo giudicante, le probabilità che il prevenuto venga direttamente coinvolto in trattative informali diminuisce fortemente. Ciò infatti comporterebbe la necessità per l'accusa di rinegoziare anche con l'organo giudicante l'intesa, determinandosi così un palese appesantimento procedurale idoneo a frustrare gli scopi deflativi dell'istituto in questione.

Lo sviluppo di tali accordi e discussioni tra procuratori e giudici sembra peraltro fornire un'ulteriore conferma di quanto il bisogno di deflazionare il carico giudiziario porti a far adattare la giustizia contrattata anche agli "ambienti" meno favorevoli e persino a una cultura che, fino a pochi anni fa, palesemente rifiutava di ammettere la possibilità di compiere delle trattative sulla sanzione.

Nel contesto della *composition pénale*, infatti, l'aderenza ai principi inquisitori non pare aver eliminato del tutto la necessità di sviluppare delle trattative volte a favorire l'uso massiccio di un meccanismo fondato «*sur un motif d'efficacité*»¹⁸⁰, ma piuttosto sembra aver avuto l'effetto di cambiare i soggetti a cui spetta il compito di negoziare la misura, attribuendosi, non a caso, tale funzione direttamente all'autorità e non al prevenuto.

In tal modo si è fatto passare un preciso messaggio: non è l'elemento della trattativa in sé a risultare indigesto ai giuristi francesi, quanto piuttosto il diretto coinvolgimento all'interno delle stesse degli autori del reato e dei loro difensori, ovvero dei soggetti con cui si è evidentemente considerato "poco onorevole"¹⁸¹ per lo Stato compiere delle trattative (ma non concludere degli accordi).

Da ciò sembra oltretutto potersi ricavare un'ulteriore conferma di quanto, a ben vedere, la giustizia negoziata, se letta quale fenomeno negativo, possa essere paragonata a una sorta di virus, che, una volta introdotto in un organismo, cerca di adattarsi all'ambiente che lo circonda, risultando, quindi, assai difficile (se non impossibile) da debellare.

6. *Il cammino verso la codificazione della procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*

Negli anni seguenti l'approvazione della riforma del 1999, il legislatore d'Oltralpe non ha cessato di valorizzare il ruolo giocato dalla volontà del prevenuto all'interno del procedimento penale, ponendosi degli obiettivi sempre più ambiziosi.

¹⁷⁹ P. MILBURN-C. MOUHANNA-V. PERROCHEAU, *Enjeux et usages de la composition pénale*, cit., p. 27.

¹⁸⁰ In questo senso, assai efficacemente, J. PRADEL, *Une consécration du «plea bargaining» à la française*, cit., p. 379.

¹⁸¹ P.H. BOLLE, *Le procès pénal nouveau*, cit., p. 11.

Già tra il 2001 e il 2002 sono state, ad esempio, approvate alcune leggi che hanno modificato diversi aspetti della *composition pénale*, tra cui spicca la *loi* n° 2002-1138 del 9 settembre 2002 (detta *loi* Perben I)¹⁸².

Senza che sembri necessario soffermarsi sul punto, basti ricordare che tale provvedimento ha, da un lato, previsto che la misura in questione vada iscritta nel casellario giudiziale e, da un altro lato, del tutto eliminato la disposizione che impediva, a pena di nullità, al *parquet* di proporre il meccanismo *de quo* durante la *garde à vue*¹⁸³.

Ma vi è di più. È sempre quest'atto normativo ad aver inaugurato la prassi, continuata negli anni successivi, di incrementare per via normativa il novero delle singole prestazioni che il pubblico ministero può offrire quale oggetto di una *composition pénale*: alle quattro misure inizialmente previste ne sono state man mano aggiunte altre, tanto che oggi, i *parquets* possono sceglierne tra una ventina di tipologie differenti¹⁸⁴.

La novità senz'altro più importante risale però all'anno successivo, quando il Ministro della giustizia M. Dominique Perben ha depositato all'*Assemblée nationale* un ampio progetto di legge¹⁸⁵ in cui si è proposto non solo di apportare alcuni ulteriori ritocchi alla disciplina della *composition pénale* – tra cui quello, poi effettivamente approvato, concernente l'estensione dell'ambito di operatività del meccanismo *de quo* «à tous les délits punis de cinq ans d'emprisonnement au plus et à toutes les contraventions de la cinquième classe»¹⁸⁶ – ma soprattutto di introdurre agli artt. 495-7 e ss. del *cod. proc. pén.* un istituto del tutto nuovo, ispirato alla procedura anglosassone del *guilty plea*¹⁸⁷, denominato *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*¹⁸⁸ (d'ora in poi abbreviata con la sigla CRPC).

¹⁸² Per un commento, cfr. J. BUISSON, *Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 et loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002*, in *Procédures*, Novembre 2002, n. 11; M. GIACOPELLI-MORI, *Les dispositions procédurales de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 applicables aux mineurs et majeurs délinquants: Continuité ou rupture?*, in *La Semaine Juridique, Edition Générale*, 4 giugno 2003, n. 23.

¹⁸³ In senso critico sul punto cfr. C. SAAS, *De la composition pénale au plaider-coupable*, cit., p. 837.

¹⁸⁴ Per una recente analisi delle principali novità susseguitesi nel corso degli anni in merito a tale istituto cfr. B. BOULOC, *Procédure pénale*, cit., pp. 596 ss.; J. PRADEL, *Procédure pénale*, cit., pp. 488 ss.

¹⁸⁵ Ci si riferisce al *Project de loi* n. 784, presentato a nome del Primo Ministro Raffarin dal Ministro della giustizia Dominique Perben, *portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, registrato presso la Presidenza dell'*Assemblée nationale* il 9 aprile 2003.

¹⁸⁶ Grazie alla riforma in questione l'art. 41-2 del codice ha da questo momento in poi anche previsto che nel caso in cui il prevenuto rifiuti la proposta di *composition pénale* del pubblico ministero il procuratore della Repubblica, salvo la presenza di elementi nuovi, sia obbligato a esercitare l'azione penale.

¹⁸⁷ L'*exposé des motifs* del *Project de loi* n. 784 stabilisce infatti che «les dispositions les plus importantes et les plus novatrices de cette section sont celles qui créent une nouvelle procédure, dite de "comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité", inspirée des procédures anglo-saxonnes de "plaider coupable"».

¹⁸⁸ Per una prima presentazione di tale meccanismo processuale, cfr. G. AZIBERT, *Perspectives et prospectives. Au sujet de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité dans la loi dite « Perben 2 »*, in AA.VV., *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris, 2006, pp. 173 ss.; S.-M. CABON, *La négociation en matière pénale*, Issey-les-Moulineaux, 2016; N. GALANTINI, *Plaider coupable e patteggiamento: due riti a confronto*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini-C.E. Paliero, vol. III, *Parte speciale del diritto penale e legislazione speciale. Diritto processuale penale. Diritto, storia e società*, Milano, 2006, pp. 2765 ss.; D. CASANOVA-D. MISSISTRANO, *Le point de vue de l'avocat*, in *Le plaider coupable. Journée d'études organisée par la Société Générale des Prisons et de Législation Criminelle (15 novembre 2004)*, in *RPDP*, 2005, pp. 391 ss.; F.

Merita precisarlo fin da subito: con il cosiddetto «*plaider coupable*» il governo ha voluto compiere un vero e proprio cambio di passo rispetto a tutti i meccanismi introdotti in Francia fino a quel momento, compresa la *composition pénale*, di cui pure tale istituto ha costituito una sorta di evoluzione¹⁸⁹.

Difatti, se negli anni Novanta il proposito del legislatore d'Oltralpe era stato quello di aumentare l'efficienza del sistema puntando sulla cosiddetta "terza via", ovvero su una serie di strumenti processuali operanti quali misure alternative all'archiviazione secca e alla *poursuite*, mediante la CRPC si è invece voluto introdurre una sorta di procedimento speciale¹⁹⁰, operante solo dopo l'esercizio dell'azione penale¹⁹¹, fondato su un accordo tra pubblico ministero e prevenuto, necessariamente comprensivo di un'ammissione di responsabilità di quest'ultimo per il reato per cui si procede¹⁹², successivamente omologato da un giudice.

Ciò, in sostanza, sta a significare che mentre le archiviazioni condizionate e la *composition pénale* sono state pensate per delle fattispecie il cui disvalore concreto non necessita la presentazione della *poursuite*, al contrario con il *plaider coupable* le forze politiche d'Oltralpe hanno voluto introdurre un meccanismo, che consentisse di sfoltire il carico giudiziario per dei reati rispetto ai quali l'esercizio dell'azione penale sia invece opportuno.

Si tratta, insomma, di un'importante estensione dell'ambito di rilevanza del consenso del prevenuto nel processo penale francese anche alla fase successiva all'esercizio dell'azione penale, avendosi così in mente di creare un'altra eccezione alla regola generale secondo cui, nella fase del rito conseguente all'esercizio dell'*action publique*, il *parquet* «riacquista il suo ruolo di preminenza», non residuando più «spazio per accordi tra pubblico ministero e imputato»¹⁹³.

L'obiettivo essenziale che ha portato le forze politiche ad attivarsi è, invece, simile a quello che ha ispirato la legge del 23 giugno 1999 in materia di *composition pénale*, oppure la legge 9 settembre 2002: anche con il *plaider coupable*, infatti, si è voluto «*alléger les audiences correctionnelles aujourd'hui dramatiquement engorgées, surtout en comparution immédiate*»¹⁹⁴. Si è voluto quindi perseguire un chiaro scopo di economia processuale.

MOLINS, *Plaidoyer pour le «plaider coupable»: des vertus d'une peine négociée*, in *AJ Pénal*, 2003, pp. 61 ss.; B. NIANG, *Le «plaider coupable» en France et aux États-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, Paris, 2014; I. PAPADOPOULOS, «*Plaider coupable*». *La pratique américaine. Le texte français*, Paris, 2004; J. PRADEL, *Défense du plaidoyer de culpabilité. À propos du projet de loi sur les évolutions de la criminalité*, in *La Semaine Juridique Edition Générale*, 28 gennaio 2004, n. 5; ID., *Le plaider coupable, confrontation des droits américain, italien et français*, in *RIDC*, 2005, pp. 473 ss.; X. PRADEL, *Présentation théorique*, in *Le plaider coupable. Journée d'études*, cit., pp. 377s.; J.P. CERE-P. REMILLIEUX, *De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité: le plaider coupable à la française*, in *AJ Pénal*, 2003, pp. 45 ss.; M. SEURIN, *Le point de vue du magistrat du parquet*, in *Le plaider coupable. Journée d'études*, cit., pp. 383 ss.

¹⁸⁹ Cfr., a riguardo, il già citato F. ZOCCHETTO, *Rapport d'information n. 17*, cit., p. 54.

¹⁹⁰ Si veda sul punto M.G. AIMONETTO, voce *Processo penale francese*, cit., p. 741.

¹⁹¹ J. PRADEL, *Il ruolo della volontà*, cit., p. 957.

¹⁹² Per un approfondimento su tale requisito cfr. J. LEORY, *L'aveu de culpabilité dans la composition pénale et le plaider coupable*, in *Gaz. Pal.*, 2014, pp. 233 ss.

¹⁹³ J. PRADEL, *Il ruolo della volontà*, cit., p. 956, da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente.

¹⁹⁴ In questo senso, cfr. *Commentaire de la décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004*, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Cahier n° 16, 2004, in www.conseil-constitutionnel.fr, p. 21.

È del resto chiaro che un meccanismo, operante, in prima battuta, tramite uno o più colloqui (anche informali)¹⁹⁵ tra il Procuratore della Repubblica e l'imputato/suo difensore, finalizzati a raggiungere un'intesa su uno scambio tra l'ammissione di responsabilità di questi e la promessa di una pena ridotta¹⁹⁶, non potesse che essere accompagnato da tutta una serie di precauzioni, volte a renderlo compatibile con i principi cardine del processo penale francese.

Così, ad esempio, non stupirà il fatto che l'iniziativa normativa *de qua* abbia sin dal principio stabilito un preciso limite edittale di applicazione di tale rito alternativo, rendendolo ammissibile soltanto per i delitti puniti con la *peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans* o con quella dell'ammenda, escluse però alcune tipologie di reati espressamente indicati (art. 495-16).

Peraltro, non soddisfatti di ciò, i proponenti – in modo simile a quanto si è visto accadere in Spagna – avevano anche già previsto un secondo limite edittale, riferito questa volta alla pena in concreto proponibile dal *parquet* al prevenuto: la versione originaria dell'art. 495-8 stabiliva infatti al comma 2 che «*lorsqu'est proposée une peine d'emprisonnement, sa durée ne peut être supérieure à six mois*», mentre al comma 3 che «*lorsqu'est proposée une peine d'amende, son montant ne peut être supérieur à la moitié de l'amende encourue*».

Allo stesso modo, inoltre, sembra coerente con la tradizione inquisitoria francese il fatto che, sin dal disegno originario, il pubblico ministero sia stato reso il vero e proprio *dominus* della decisione di avviare il rito *de quo*¹⁹⁷, essendosi però precisato che questi potesse essere sollecitato a prendere tale decisione anche direttamente da una domanda dell'imputato o del suo avvocato¹⁹⁸.

Non va peraltro tralasciato che il Governo avesse anche predisposto diverse disposizioni (la maggior parte delle quali poi sopravvissute ai lavori preparatori), specificamente volte a tutelare la figura del prevenuto, collocate lungo tutto il corso della procedura in questione.

Così, ad esempio, si era già stabilito che l'imputato potesse essere assistito da un avvocato in tutte le diverse fasi della procedura, senza però che la presenza del legale fosse in origine concepita come obbligatoria¹⁹⁹.

Si era poi già pensato di consentire al prevenuto di richiedere un termine di riflessione di dieci giorni per decidere se accettare o meno la pena offerta dal *parquet*²⁰⁰; potendo però quest'ultimo in tal caso presentarlo «*devant le juge des libertés et de la détention pour que celui-ci ordonne son placement sous contrôle judiciaire ou, à titre exceptionnel et si l'une des peines proposées est égale ou supérieure à deux mois d'emprisonnement ferme, son placement en détention provisoire*»²⁰¹.

Peraltro, la garanzia senz'altro più importante dell'intero istituto andava già individuata nel fatto che, una volta raggiunto, l'accordo dovesse essere omologato dal presidente del tribunale, sollecitato a tal fine dal *parquet*²⁰². In tal modo, infatti,

¹⁹⁵ J. PRADEL, *Il ruolo della volontà*, cit., p. 957.

¹⁹⁶ S.-M. CABON, *La négociation en matière pénale*, cit., p. 61.

¹⁹⁷ Cfr. la versione dell'art. 495-7 *cod. proc. pén.*, che voleva introdurre il *Project de loi n. 784*, cit., p. 78.

¹⁹⁸ Si veda l'art. 495-15 *cod. proc. pén.*, in *Project de loi n. 784*, cit., p. 80.

¹⁹⁹ Cfr. art. 495-8 *cod. proc. pén.*, in *Project de loi n. 784*, cit., p. 78 s.

²⁰⁰ Sul punto, v. artt. 495-8 e 495-10 *cod. proc. pén.*, in *Project de loi n. 784*, cit., p. 78 s.

²⁰¹ Sul punto, v. art. 495-10, in *Project de loi n. 784*, cit., p. 79.

²⁰² Cfr. art. 495-9, in *Project de loi n. 784*, cit., p. 79.

si è voluto, per un verso, evitare che il pubblico ministero approfittasse di tale procedura per compiere degli abusi, magari proponendo delle qualificazioni giuridiche azzardate e non adatte all'imputazione e, per un altro verso, avere un'ulteriore conferma esterna dell'effettiva sussistenza della libertà del consenso dell'imputato²⁰³. È per questo motivo che la prima formulazione dell'art. 459-9, comma 2 stabiliva che la decisione del tribunale fosse, in linea di principio, presa in un'udienza pubblica, durante la quale avrebbe potuto direttamente sentire – tra gli altri – anche l'imputato e il suo difensore.

A testimonianza della particolare cura del progetto iniziale, va ricordato come lo stesso già disciplinasse in modo assai dettagliato l'ordinanza (qualificata come immediatamente esecutiva) con la quale il presidente del tribunale avrebbe omologato l'accordo, stabilendo in modo espresso che la stessa avrebbe avuto gli effetti di una condanna, idonea a passare in giudicato²⁰⁴. Si tratta, peraltro, di una differenza fondamentale rispetto agli istituti della "terza via", i quali, operando prima dell'esercizio dell'azione penale, consentono al soggetto sottoposto al procedimento penale di evitare una condanna in senso proprio.

Ma vi è di più. I proponenti non avevano neppure dimenticato di stabilire che l'ordinanza di omologa avrebbe dovuto essere motivata, dovendo questa precisare «*d'une part que la personne, en présence de son avocat, reconnaît les faits qui lui sont reprochés et accepte la ou les peines proposées par le procureur de la République*» e «*d'autre part que cette ou ces peines sont justifiées au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur*»²⁰⁵.

Il disegno di legge originario aveva poi già previsto che il provvedimento giudiziale potesse «*faire l'objet d'un appel de la part du condamné ou du ministère public conformément aux dispositions des articles 498, 500 et 505*»²⁰⁶ (oltreché dalla parte civile)²⁰⁷, essendosi quindi attribuito in capo a entrambe le parti un ampio potere di recesso nei confronti dell'accordo raggiunto in precedenza, in modo simile a quanto avviene in Germania con la *Verständigung*.

A garanzia ultima della volontarietà del rito, si era poi sin dall'inizio stabilito che nell'ipotesi in cui, per una qualche ragione, l'istituto fallisse il verbale di tale procedimento «*ne peut être transmis à la juridiction de jugement, et ni le ministère public, ni les parties ne peuvent faire état devant cette juridiction des déclarations faites ou des documents remis au cours de la procédure*» (art. 495-14, comma 2).

Neppure la figura della vittima era stata dimenticata dalla proposta, assumendo, al contrario, un vero e proprio ruolo di primo piano all'interno della CRPC.

A tale soggetto, infatti, l'iniziativa *de qua* aveva già dedicato una specifica disposizione (l'art. 495-13) volta ad assicurargli – tra l'altro – un generale diritto ad essere informato della procedura e a partecipare, accompagnato dal suo avvocato, all'udienza di omologazione, avendo la possibilità di costituirsi parte civile in tale sede e di ottenere da parte del giudice l'immediata liquidazione dei danni subiti²⁰⁸.

²⁰³ J. PRADEL, *Il ruolo della volontà*, cit., p. 958.

²⁰⁴ Cfr. art. 495-11, in *Project de loi n. 784*, cit., p. 79.

²⁰⁵ Cfr. art. 495-11, in *Project de loi n. 784*, cit., p. 79.

²⁰⁶ V. art. 495-11, in *Project de loi n. 784*, cit., p. 79.

²⁰⁷ Art. 495-13, in *Project de loi n. 784*, cit., p. 80.

²⁰⁸ Art. 495-13, in *Project de loi n. 784*, cit., p. 79 s.

Ma vi è di più. La versione originaria del progetto normativo stabiliva, in modo analogo a quanto previsto dall'art. 41-2 *cod. proc. pén.* per la *composition pénale*, che nel caso in cui la vittima fosse identificata, il procuratore della repubblica dovesse «*proposer à l'auteur des faits, sauf si celui-ci justifie de la réparation du préjudice commis, de réparer les dommages causés par l'infraction dans un délai qui ne peut être supérieur à six mois*»²⁰⁹.

Data l'innovatività e la complessità dell'istituto in questione non stupisce affatto che lo stesso sia stato oggetto di un intenso dibattito politico all'interno dei lavori preparatori di quella che diverrà la legge Perben II.

Tanto che, ad esempio, già nel corso del primo esame del progetto governativo da parte dell'*Assemblée Nationale*, il Ministro della giustizia si è sentito in dovere di rispondere alle prime critiche di coloro che avevano espresso il timore che il nuovo meccanismo avrebbe determinato una sorta di americanizzazione della giustizia penale francese, ponendo l'accento sulla necessità «*d'avoir bien conscience des énormes différences séparant le système que je propose de la procédure anglo-saxonne*»²¹⁰.

Più precisamente, il *Garde des Sceaux* ha in tale sede voluto precisare che mentre nel processo penale statunitense «*en cas de reconnaissance de culpabilité, il y a systématiquement une véritable négociation de la peine entre la défense et la partie poursuivante, incarnée par l'attorney, qui n'est guère comparable à notre magistrat du parquet*»²¹¹, al contrario, nel progetto di legge da lui avanzato «*le déclenchement de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est laissé à la discrétion du procureur de la République. Et encore une fois, c'est en définitive le président du tribunal de grande instance qui décide*»²¹².

Non si pensi, peraltro, che tali affermazioni abbiano convinto tutti i membri dell'Assemblea Nazionale francese: nella stessa seduta del 21 maggio 2003, infatti, il deputato Jean-Pierre Blazy ha risposto alle parole del Ministro affermando che, a suo parere, grazie al *plaider coupable* il prevenuto avrebbe potuto «*négociier avec le parquet une peine moins sévère que celle qu'il pourrait se voir infliger s'il était jugé*»²¹³. Non contento di ciò il deputato ha rincarato la dose, precisando: «*car c'est bien de négociation qu'il s'agit, monsieur le ministre, une négociation de la peine entre un procureur tout-puissant et un prévenu qui renonce à un procès équitable. Cette logique est dangereuse, parce qu'elle permet de marchander la vérité [...] vous institutionnalisez une renonciation à la recherche de la vérité, et vous autorisez la justice négociée et expéditive*»²¹⁴.

Si trattava di critiche alquanto pungenti, che si sono susseguite anche nelle sedute dei giorni successivi, a cui il Ministro della giustizia ha risposto in modo netto affermando: «*l'introduction dans notre droit de la comparution sur reconnaissance*

²⁰⁹ Art. 495-13, in *Project de loi n. 784*, cit., p. 79.

²¹⁰ Cfr. D. PERBEN, in *Assemblée nationale. Débats parlementaires, journal officiel de la République française de jeudi 22 mai 2003, Compte rendu intégral, 1^{re} séance du mercredi 21 mai 2003*, p. 3932.

²¹¹ D. PERBEN, in *Assemblée nationale*, cit., p. 3932.

²¹² D. PERBEN, in *Assemblée nationale*, cit., p. 3932.

²¹³ J.P. BLAZY, in *Assemblée nationale, Débats parlementaires, journal officiel de la République française de jeudi 22 mai 2003, Compte rendu intégral, 2^{re} séance du mercredi 21 mai 2003*, p. 3963.

²¹⁴ J.P. BLAZY, in *Assemblée nationale*, cit., p. 3963.

*préalable de culpabilité est un des éléments essentiels du projet. Ce dispositif n'a rien à voir avec une négociation»*²¹⁵.

La discussione sulla possibilità di negoziare o meno all'interno del *plaider coupable* non è stata però affrontata unicamente dall'Assemblea Nazionale francese, ma è stata alquanto intensa anche al Senato. A riprova di ciò, basti pensare che ancora nel gennaio del 2004, ovvero quando tale ramo del Parlamento francese si trovava a votare in seconda lettura la proposta di legge, è stato proposto un emendamento che avrebbe consentito al giudice dell'omologa di non limitarsi ad accettare o rifiutare *in toto* l'accordo tra le parti, ma, invece, di restituire gli atti affinché queste potessero rinegoziare l'intesa. Orbene, avverso tale proposta, che non ha avuto successo, si è apertamente scagliato il *rapporteur* al Senato dell'iniziativa normativa *de qua*, il quale in modo assai perentorio ha affermato: «*la commission est totalement défavorable à l'amendement n° 219 rectifié. Il s'agirait de permettre au tribunal d'inviter les parties à renégocier l'accord. Cette proposition est tout à fait contraire à l'esprit de la nouvelle procédure que nous voulons mettre en place. [...] Il n'y a pas de négociation! Par conséquent, il ne peut pas y avoir de renégociation. Il y a une proposition du procureur, qui est ensuite soit acceptée, soit refusée»*²¹⁶.

Insomma, tale dibattito testimonia come vi fosse, già allora, una disparità di opinioni con riguardo alla possibilità che il nuovo meccanismo si trasformasse, a differenza della *composition pénale*, in un vero e proprio istituto di giustizia contrattata, oggetto di trattative tra le parti. Da un lato, infatti, vi era la tesi governativa, secondo cui il *plaider coupable* si sarebbe nettamente distinto dal *plea bargaining* nord-americano proprio per la sua assenza di contrattazioni, mentre, da un altro lato, vi era l'opinione di diversi parlamentari che vedevano nel *plaider coupable* il germe della negoziabilità, affermando icasticamente che «*le temps est venu de la justice négociée, des petits arrangements, et de la subordination accrue du parquet»*²¹⁷.

Anche altri aspetti dell'istituto *de quo* sono stati oggetto di aperte discussioni, tanto che già la Commissione *de loi* dell'Assemblea Nazionale francese ha apportato alcune modifiche di non secondario rilievo al testo del progetto originario.

È stato, infatti, proprio tale organo a suggerire²¹⁸ e a ottenere, nonostante le forti resistenze del Senato²¹⁹, l'eliminazione del carattere pubblico dell'udienza di omologazione (art. 495, comma 9); e ciò sulla base della considerazione per cui «*ce caractère public était difficilement conciliable avec le secret de la procédure en cas de non homologation de la proposition du parquet et n'était pas nécessaire en raison de la publicité donnée à l'ordonnance d'homologation»*²²⁰.

Allo stesso modo, si deve al medesimo organo lo stralcio dal testo dell'art. 495-13 del *cod. proc. pén.* della previsione che in origine obbligava il *parquet*, ove la

²¹⁵ Cfr. D. PERBEN, in *Assemblée nationale. Débats parlementaires, journal officiel de la République française du vendredi 23 mai 2003, compte rendu intégral, 3e séance du jeudi 22 mai 2003*, p. 4176.

²¹⁶ F. ZOCCHETTO, in *Sénat. Débats parlementaires, séance du 21 janvier 2004, compte rendu intégral des débats*, in www.senat.fr.

²¹⁷ J.P. BLAZY, in *Assemblée nationale*, cit., p. 3964.

²¹⁸ J.-L. WARSMANN, *Rapport n. 856, fait au nom de la commission des lois, sur le projet de loi (n. 784), portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, del 14 maggio 2003, p. 22.

²¹⁹ Si veda, ad esempio, F. ZOCCHETTO, *Rapport n. 441, fait au nom de la commission des lois, sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, del 24 settembre 2003, p. 404.

²²⁰ J.-L. WARSMANN, *Rapport n. 856*, cit., p. 22.

vittima fosse identificata, a prendere che il prevenuto risarcisse i danni subiti da questa entro un termine non superiore ai sei mesi²²¹.

È inoltre sempre frutto dei lavori di questa Commissione l'importante precisazione circa la necessità per il giudice, prima di omologare l'accordo, di controllare «*la réalité des faits et leur qualification juridique*»²²².

In tal modo, quindi, si è voluto, per un verso, far comprendere come l'ordinamento francese non avrebbe rinunciato alla ricerca della verità materiale (e quindi a un accertamento dei fatti) anche all'interno dell'istituto del *plaider coupable*, e, per un altro verso, vietare che tale meccanismo potesse essere utilizzato per compiere dei *charge bargaining*, dimostrandosi così di voler mantenere indubbiamente una certa distanza rispetto al modello nord-americano²²³.

Merita peraltro segnalare come degli aspetti comparatistici della procedura *de qua* si sia comunque occupato soprattutto il Senato francese, il quale ha redatto un ampio studio delle forme di giustizia negoziata esistenti in diversi paesi di *common law* e di *civil law*²²⁴.

Ma non è tutto. Il Senato ha a sua volta proposto diversi emendamenti alla disciplina del *plaider coupable*, generalmente volti a riequilibrare in un senso maggiormente coerente con la tradizione processuale francese le disposizioni approvate dall'Assemblea Nazionale.

Tra le varie modifiche che si devono al Senato si può anzitutto citare un ritocco volto a elevare da sei mesi a un anno il *quantum* di pena detentiva proponibile dal *parquet* con l'istituto in questione²²⁵. Tale limite è stato poi nuovamente modificato nel corso dei lavori preparatori, sino a quando si è raggiunto un accordo definitivo, stabilendosi che la pena proposta dal *parquet* e determinata sulla base dell'art. 132-24 del codice penale francese non possa eccedere, se detentiva, un anno di reclusione, né la metà della pena *encourue* (art. 495-8, comma 2, c.p.p.). A ogni modo, il fatto che l'istituto *de quo* consenta di irrogare effettivamente una pena detentiva lo distingue nettamente dalla *composition pénale*, all'esito della quale, come si è avuto modo di vedere, si possono applicare soltanto misure alternative alla massima limitazione della libertà personale.

Anche per quanto concerne, invece, l'ammontare di pena pecuniaria applicabile nel contesto del *plaider coupable* vi è stata un'intensa discussione tra le due Camere, posto che, dal canto suo, l'Assemblea Nazionale era contraria nello stabilire un limite normativo di ammenda irrogabile²²⁶, mentre il Senato ha per lungo tempo insistito affinché si chiarisse che l'ammontare della sanzione pecuniaria «*susceptible d'être prononcée*» non eccedesse «*la moitié de l'amende*

²²¹ Si veda, a riguardo, F. FOURMENT, *La place de la victime dans la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, in *Gaz. Pal.*, 2011, p. 16.

²²² J.-L. WARSMANN, *Rapport n. 856*, cit., p. 23.

²²³ Sul punto J.Q. WHITMAN, *La justice française vers une americanisation?*, in www.liberation.fr.

²²⁴ Cfr. *Les documents de travail du Sénat. Série Législation comparée. Le plaider coupable*, n. LC 122, Maggio 2003, in www.senat.fr.

²²⁵ F. ZOCCHETTO, *Rapport n. 441*, cit., p. 403.

²²⁶ J.L. WARSMANN, *Rapport n. 1236, fait au nom de la commission des lois, sur le projet de loi, modifié par le Sénat, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, depositato il 19 novembre 2003, p. 30.

encourue»²²⁷. Pure in questo caso si è quindi dovuta raggiungere una soluzione di compromesso, stabilendosi, infine, che «*lorsqu'est proposée une peine d'amende, son montant ne peut être supérieur à celui de l'amende encourue*» (art. 495-8, comma 3, c.p.p.).

Un acceso dibattito si è aperto anche in merito a un ulteriore emendamento proposto e approvato dal Senato volto a stabilire l'impossibilità per il prevenuto di rinunciare nel contesto di tale rito alla presenza di un avvocato²²⁸. L'assistenza di un legale è stata, infatti, considerata troppo importante per poter essere letta come una tutela disponibile, posto che, altrimenti, sarebbe aumentato fortemente il rischio che il consenso prestato dall'imputato al "*plaider coupable*" non fosse realmente consapevole e volontario. Orbene, tale regola è stata prima soppressa dall'Assemblea nazionale²²⁹, per poi essere stata reintrodotta grazie all'insistenza del Senato che si è fortemente battuto sul punto²³⁰. Ed è proprio grazie allo sforzo dei senatori che la figura del difensore ha quindi mantenuto un ruolo di primo piano all'interno di tutte le fasi del rito speciale in questione, avendo il diritto, tra l'altro, di consultare direttamente sul luogo il fascicolo processuale (art. 495-8, comma 4, c.p.p.), di intrattenersi a discutere con l'assistito senza la presenza del pubblico ministero prima della decisione di accettazione della proposta di questi (art. 495-8, comma 5, c.p.p.), nonché di essere ascoltato direttamente dal giudice dell'omologa in udienza (art. 495-9, comma 2, c.p.p.).

È stato, invece, accolto con minore difficoltà un altro emendamento del Senato con cui si è limitato, rispetto al progetto originario, il potere di appello del solo pubblico ministero nei confronti delle ordinanze di omologazione dell'accordo delle parti (art. 495-11, c.p.p.). I senatori hanno infatti suggerito che «*le procureur de la République ne puisse pas faire appel de l'ordonnance à titre principal, estimant qu'un tel appel était difficilement concevable dans la mesure où c'est le procureur lui-même qui aura proposé les peines objets de l'appel*»²³¹; a tale soggetto però è stata comunque lasciata la possibilità di presentare appello incidentale al fine di evitare che i condannati con questa procedura potessero proporre impugnazione senza però correre il rischio di incorrere in una sanzione più severa. Il Senato ha ugualmente ottenuto la modifica dell'articolo 520-1 del *cod. proc. pén.*, dedicato alla cognizione del giudice d'appello nel contesto del rito *de quo*, inserendo la precisazione per cui in caso d'appello avverso un *plaider coupable* la Corte «*évoque l'affaire et statue sur le fond sans pouvoir prononcer une peine plus sévère que celle homologuée par le président du tribunal ou le juge délégué par lui, sauf s'il y a appel formé par le ministère public*»²³².

Va peraltro segnalato come l'istituto in questione non abbia suscitato un dibattito assai acceso solo all'interno delle aule parlamentari, ma anche tra gli operatori pratici del diritto.

Una parte della magistratura ha, ad esempio, fortemente criticato il disegno di legge, schierandosi «*contre une "justice marchandisée" au détriment de l'intérêt*

²²⁷ Si veda, ad esempio F. ZOCCHETTO, *Rapport n. 148, fait au nom de la commission des lois, sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, adopté avec modifications par l'assemblée nationale en deuxième lecture*, del 14 gennaio 2004, p. 3.

²²⁸ F. ZOCCHETTO, *Rapport n. 441, cit.*, p. 403.

²²⁹ J.L. WARSMANN, *Rapport n. 1236, cit.*, p. 30.

²³⁰ F. ZOCCHETTO, *Rapport n. 148, cit.*, p. 3.

²³¹ F. ZOCCHETTO, *Rapport n. 441, cit.*, p. 407.

²³² F. ZOCCHETTO, *Rapport n. 441, cit.*, pp. 409 s.

publique»²³³. Una nota associazione di magistrati ha infatti affermato che la creazione del “*plaider coupable*” avrebbe determinato un vero e proprio «*bouleversement de la procédure pénale qui permettra au procureur d’échanger avec un prévenu une forme de clémence contre une reconnaissance de culpabilité*»²³⁴. Tale istituto, si è ancora precisato, sarebbe stato facilmente oggetto di abusi: «*les gens seront pris au sortir de plusieurs heures, voire de plusieurs jours de garde à vue, et seront amenés devant un procureur qui proposera une peine [...]. On nous dit qu’il s’agira d’une négociation mais elle portera en fait uniquement sur l’aveu de culpabilité*»²³⁵.

Orbene, alla luce delle grandi polemiche che hanno fatto da sfondo ai lavori preparatori ²³⁶, nonché della difficoltà nel trovare un accordo su un testo completamente condiviso dell’istituto *de quo* – posto che su diversi aspetti di primaria importanza il Senato e l’Assemblée Nationale continuavano a eliminarsi vicendevolmente gli emendamenti man mano proposti – non stupirà che si sia dovuto ricorrere all’approvazione mediante la stesura di un progetto unitario a opera di una Commissione mista Paritaria.

Negli ultimi giorni del gennaio del 2004, tale organo è riuscito effettivamente a far convergere i consensi sulla formulazione data all’istituto dal Senato in seconda lettura, alla quale sono però state apportate due modificazioni: «*l’une tendant, dans le texte proposé pour l’article 495-8 du code de procédure pénale, à fixer le montant maximum de l’amende proposée à celui de l’amende encourue, l’autre tendant, dans le texte proposé pour l’article 495-9 du code de procédure pénale, à prévoir que l’audience d’homologation de la procédure se déroule toujours en chambre du conseil, l’ordonnance étant ensuite lue en audience publique*»²³⁷.

A questo punto, dopo qualche ulteriore resistenza verificatasi nel corso delle sedute pubbliche, l’11 febbraio 2004 il legislatore è finalmente riuscito ad approvare un testo normativo definitivo, il cui art. 137 era interamente volto a introdurre una nuova Sezione VIII al Capitolo I del Titolo II del Libro II del *Code de procédure pénale*, dedicata alla *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* (artt. 495-7 – 495-16)²³⁸.

Peraltro, alla luce del grande dibattito a cui si è fatto cenno, non stupirà che lo stesso giorno della votazione finale²³⁹ di quella che diverrà la legge Perben II un gruppo di senatori e deputati abbia attivato avverso alcune disposizioni della stessa, tra cui quelle sul *plaider coupable*, il peculiare giudizio preventivo del *Conseil constitutionnel*, che ha quindi avuto modo di pronunciarsi subito sulla compatibilità con i principi fondamentali del sistema processuale francese di tale istituto.

²³³ Cfr. D. SIMONNOT, *Des magistrats contre une «justice marchandisée»*, in www.liberation.fr. Vedi anche N. GUIBERT, *Le « plaider-coupable » bouleverse la culture judiciaire française*, in www.lemonde.fr.

²³⁴ Cfr. D. SIMONNOT, *Des magistrats contre une «justice marchandisée»*, cit.

²³⁵ D. SIMONNOT, *Des magistrats contre une «justice marchandisée»*, cit.

²³⁶ 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*, Milano, 2005, p. 49.

²³⁷ F. ZOCCHETTO-J-L. WARSMANN, *Rapport n. 1377 (Assemblée nationale) n. 173 (Sénat), au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, del 27 gennaio 2004, p. 16.

²³⁸ *Assemblée nationale, Projet de loi n. 255, texte définitif*, dell’11 febbraio 2004.

²³⁹ Cfr. *Commentaire de la décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004*, cit., p. 1.

7. La decisione del Consiglio costituzionale francese del 2004 sul *plaider coupable*

A differenza di quanto era avvenuto per l'*injonction pénale*, nel 2004 le opposizioni parlamentari non si sono limitate alla mera presentazione dell'incidente di costituzionalità nei confronti della *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, ma hanno anche direttamente articolato avverso i nuovi artt. 495-7 e ss. del *Codé* diverse censure alquanto penetranti²⁴⁰.

A detta dei ricorrenti, infatti, il *plaider coupable* avrebbe violato una molteplicità di principi fondamentali del sistema francese e più precisamente: il diritto a un processo equo; il principio di separazione tra funzioni giudiziarie e di accusa; la presunzione d'innocenza; il principio d'uguaglianza e, infine, il canone di pubblicità del dibattimento²⁴¹.

Le garanzie con cui il legislatore ha costellato le due fasi in cui si articola il procedimento *de quo* – ovvero quella finalizzata al raggiungimento dell'accordo tra pubblico ministero e prevenuto e quella successiva di omologazione dell'intesa da parte del *juge du siège* (ovvero il Presidente del Tribunale, oppure un suo delegato) – non sono state quindi considerate dalle opposizioni assolutamente sufficienti per porre tale istituto all'interno del perimetro costituzionale.

D'altra parte, il fatto che il *plaider coupable* avesse alterato così marcatamente la ripartizione classica di poteri tra accusatore, prevenuto e giudice, rideterminando soprattutto i poteri di quest'ultimo²⁴², chiamato solo a omologare o meno in un'udienza a porte chiuse una sanzione già fissata dal *parquet* con l'accordo del prevenuto, senza poterla alterare, aumentava fortemente il rischio di un rigetto nei confronti della nuova procedura speciale.

Peraltro, chi si aspettava fosse direttamente il *Conseil constitutionnel* a opporre una sorta di rifiuto culturale nei confronti del *plaider coupable* è rimasto deluso.

Come è noto, nella sua decisione n° 2004-492 DC del 2 marzo 2004²⁴³, il giudice delle leggi francese ha rigettato le eccezioni più significative sollevate nei confronti dell'art. 137 della *loi* Perben II, confermandone – in linea di principio – la piena legittimità.

A detta del *Conseil constitutionnel*, il legislatore francese nel costruire il nuovo meccanismo acceleratorio avrebbe, anzitutto, rispettato il canone del processo equo; e ciò proprio grazie a quella nutrita serie di tutele predisposte dal legislatore nel contesto di tale rito in favore del prevenuto.

Più precisamente, la Corte ha considerato infondata la censura dei ricorrenti secondo cui il *plaider coupable* «*met la personne concernée en situation de subir une pression réelle sous la menace d'un placement en détention provisoire ou sous contrôle*

²⁴⁰ Cfr. *saisine par 60 sénateurs*, in www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2004/2004-492-dc/saisine-par-60-senateurs.101234.html; *saisine par 60 députés*, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2004/2004-492-dc/saisine-par-60-deputes.101233.html>.

²⁴¹ Cfr. *saisine par 60 sénateurs*, cit. ; *saisine par 60 députés*, cit.

²⁴² R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *La validité douteuse des actes du législateur : le cas du « plaider-coupable*, in *RTD Civ*, 2005, p. 553.

²⁴³ Per un'analisi organica, cfr. *Commentaire de la décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004*, cit.

judiciaire, ou d'une aggravation de la sanction encourue en cas de refus de la proposition du procureur» soprattutto alla luce del fatto che solo un giudice può omologare l'accordo delle parti all'esito di tutta una serie di controlli²⁴⁴, considerati non molto dissimili da quelli che incombono a tutti i *juge du fond*²⁴⁵. A questi, infatti, spetta il compito di verificare la correttezza della qualificazione giuridica dei fatti²⁴⁶, la loro corrispondenza con la realtà²⁴⁷, nonché interrogarsi «*sur la justification de la peine au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur*»²⁴⁸, potendo, oltretutto, rifiutare «*l'homologation s'il estime que la nature des faits, la personnalité de l'intéressé, la situation de la victime ou les intérêts de la société justifient une audience correctionnelle ordinaire*»²⁴⁹. Il che, oltretutto, avrebbe dimostrato come il rito *de quo* non avrebbe violato neppure il principio di separazione tra funzioni del *parquet* e quelle degli organi giudicanti²⁵⁰.

A riprova dell'equità del nuovo rito, il *Conseil constitutionnel* ha invero anche espressamente precisato che «*le président du tribunal de grande instance pourra également refuser d'homologuer la peine proposée si les déclarations de la victime apportent un éclairage nouveau sur les conditions dans lesquelles l'infraction a été commise ou sur la personnalité de son auteur*»²⁵¹. Da questa piana affermazione, si comprende, peraltro, come tale istituto non si sottomette unicamente alle esigenze di risarcimento del danno provocato alla vittima²⁵² consentendole di costituirsi parte civile nell'udienza di omologazione e di ottenere da parte dello stesso giudice una pronta liquidazione del danno (art. 495-13 c.p.p.)²⁵³. Al contrario, l'influenza che questo soggetto può esercitare nella *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* è assai maggiore, potendo questa portare il giudice a rifiutare lo stesso accordo delle parti. A ciò va del resto aggiunto pure il fatto che il danneggiato «costituendosi parte civile par voie d'action o agendo con la *citation directe* prima che il *parquet* si determini all'azione penale con il rito di *plaider coupable* o prima che il giudice emetta ordinanza di omologazione, può di fatto bloccare l'adozione [stessa] del rito»²⁵⁴. In definitiva, quindi, il legislatore e lo stesso giudice delle leggi francese hanno riconosciuto a tale soggetto talmente tanti poteri nel contesto di tale procedimento acceleratorio da attribuirgli quasi una sorta di vero e proprio diritto di veto nei confronti dell'instaurazione del buon esito dello stesso.

Com'era prevedibile, il *Conseil constitutionnel* ha tratto un'ulteriore conferma dell'equità del *plaider coupable* dalla scelta del legislatore francese di far assistere

²⁴⁴ *Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, §107.*

²⁴⁵ Cfr. N. GALANTINI, *Plaider coupable e patteggiamento*, cit., p. 2776. *Commentaire de la décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004*, cit., p. 23.

²⁴⁶ *Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, §106*

²⁴⁷ *Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, §111.*

²⁴⁸ *Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, §107.*

²⁴⁹ *Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, §107.*

²⁵⁰ *Commentaire de la décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004*, cit., p. 22.

²⁵¹ *Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, §107.*

²⁵² Con riguardo, più in generale, al ruolo della vittima nel rito *de quo* si veda F. FOURMENT, *La place de la victime*, cit., pp. 14 ss., il quale però precisa che, nella versione effettivamente approvata della CRPC, a differenza di quanto avviene nella "*composition pénale*", il prevenuto non è obbligato a risarcire i danni alla vittima, ove questa sia identificata.

²⁵³ N. GALANTINI, *Plaider coupable e patteggiamento*, cit., p. 2775.

²⁵⁴ N. GALANTINI, *Plaider coupable e patteggiamento*, cit., p. 2775.

obbligatoriamente il prevenuto da un legale in tutto il corso della procedura di CRPC²⁵⁵; e, quindi, sia nel momento del riconoscimento dei fatti e in quello dell'offerta del pubblico ministero, sia nel corso dell'udienza dell'omologa, sia nella fase in cui soggetto, dopo essere stato condannato, si trovi a scegliere se presentare - entro dieci giorni - appello.

Merita precisarlo: anche la possibilità per il prevenuto di esercitare un vero e proprio diritto di recesso rispetto al patto concluso con il *parquet*, impugnando l'ordinanza immediatamente esecutiva di omologazione al fine di ottenere «*un procès devant la chambre correctionnelle de la cour d'appel*»²⁵⁶, «*qui sera alors totalement libre de fixer la nature et le quantum de la ou des peines qu'elle prononcera*»²⁵⁷, è stata valutata dalla Corte come uno dei requisiti che garantiscono nell'insieme l'equità del nuovo rito²⁵⁸.

Pure la tesi secondo cui il *plaider coupable* avrebbe violato il principio della presunzione d'innocenza è stata rigettata del tutto dalla Corte costituzionale francese.

Sul punto, infatti, il giudice delle leggi ha anzitutto affermato che «*s'il découle de l'article 9 de la Déclaration de 1789 que nul n'est tenu de s'accuser, ni cette disposition ni aucune autre de la Constitution n'interdit à une personne de reconnaître librement sa culpabilité*»²⁵⁹. Cosicché, tramite questa lapidaria affermazione, la Corte ha tolto ogni dubbio sulla compatibilità del sistema francese rispetto a istituti fondati su un'ammissione di colpevolezza del prevenuto, purché questi garantiscano che il "*guilty plea*" sia prestato in modo libero.

A ulteriore riprova dell'assenza di qualsivoglia lesione della presunzione d'innocenza la Corte ha poi fatto leva, ancora una volta, principalmente sul fatto che l'art. 495-9 del c.p.p. precisa che il decisore non può omologare «*les peines proposées par le procureur de la République qu'après "avoir vérifié la réalité des faits"*»²⁶⁰, dovendo quindi questi compiere, prima di pronunciare quello che si è visto essere definito espressamente come provvedimento di condanna²⁶¹, un vero e proprio accertamento positivo sulla responsabilità (e sulla libertà del consenso²⁶²) del prevenuto.

²⁵⁵ Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, § 108.

²⁵⁶ Cfr. Commentaire de la décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, cit., p. 22.

²⁵⁷ Cfr. MINISTRE DE LA JUSTICE, Circulaire del 2 settembre 2004, n. CRIM-04.12.E8-02.09.04, Présentation des dispositions de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité relatives à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, p. 33.

²⁵⁸ Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, § 108. Cfr., però, Cour de cassation, 22 febbraio 2012, n. 11-82786, in www.legifrance.gouv.fr, la quale ha affermato che «*le prévenu, qui a bénéficié de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et qui interjette appel de la décision d'homologation, est irrecevable à former, pour la première fois devant la cour d'appel, une exception de nullité de la procédure d'enquête, dès lors qu'à l'audience d'homologation de la proposition du procureur de la République, un débat s'est instauré au fond*».

²⁵⁹ Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, § 110.

²⁶⁰ Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, § 111.

²⁶¹ L'art. 495-11 cod. proc. pén. Stabilisce infatti che «*l'ordonnance a les effets d'un jugement de condamnation*».

²⁶² Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, § 111, la Corte ha sul punto stabilito che «*le juge devra donc vérifier non seulement la réalité du consentement de la personne mais également sa sincérité*».

Alla luce di ciò non stupirà che, qualche mese dopo, sia stato lo stesso Ministero della giustizia nella sua già citata circolare di commento alle disposizioni della legge Perben II sulla CRPC ad affermare che il giudice non sarebbe autorizzato a omologare l'accordo tra le parti se non ove questi abbia «*l'intime conviction de la culpabilité de la personne, indépendamment du fait que celle-ci reconnaît cette culpabilité*»²⁶³.

È interessante notare, quindi, come, seconda tale opinione, l'ordinanza di omologazione deve rispettare una regola di giudizio del tutto analoga rispetto a quella del processo penale ordinario ²⁶⁴, non accontentandosi di soglie di accertamento inferiori o incomplete.

Il che, in sostanza, testimonia quanto l'obbiettivo della ricerca della verità materiale è stato in tale ordinamento considerato troppo importante per essere – quantomeno apertamente – abbandonato al fine di perseguire scopi di economia processuale.

Merita, inoltre, segnalare come la Corte costituzionale abbia richiamato quale ulteriore conferma del rispetto da parte del *plaider coupable* della presunzione d'innocenza anche la “regola di esclusione” predisposta dal legislatore all'art. 495-14 *code proc. pén.*, secondo cui in caso di fallimento della procedura il verbale della stessa non può essere trasmesso al giudice istruttore o del dibattimento, non potendo, oltretutto, né il *parquet*, né le parti private «*faire état devant cette juridiction des déclarations faites ou des documents remis au cours de la procédure*»²⁶⁵. Si tratta, all'evidenza, di una disposizione particolarmente importante, simile all'art. 257c comma 4, *StPO*, che in quanto volta a tutelare il *nemo tenetur se detegere*, effettivamente preserva anche il canone proclamato all'art. 9 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. A ben vedere, pure in questo caso, però, nulla si è detto – quantomeno in modo espresso – con riguardo alla possibilità di utilizzare prove scoperte grazie all'ammissione di responsabilità del prevenuto, essendosi, quindi, fornita una garanzia per certi versi spuntata.

La Corte costituzionale francese non ha considerato effettivamente violato dalla nuova procedura neppure il principio d'uguaglianza, invocato dai ricorrenti in ragione del fatto che il *plaider coupable* consentirebbe un trattamento diverso per persone perseguite per gli stessi fatti e per le vittime delle stesse infrazioni, sulla base della sola ammissione di responsabilità del prevenuto. Tali argomentazioni sono state, infatti, considerate del tutto infondate, da un lato, perché la distinzione tra prevenuti che confessino o meno compiuta dalla procedura *de qua* non è stata ritenuta assolutamente irragionevole, e, da un altro lato, in ragione del fatto che, come si è già avuto modo di osservare, i diritti delle vittime vengono preservati in modo efficace all'interno del nuovo rito²⁶⁶.

²⁶³ MINISTRE DE LA JUSTICE, *Circulaire* del 2 settembre 2004, n. CRIM-04.12.E8-02.09.04, cit., p. 28.

²⁶⁴ In merito alle regole di giudizio classiche del processo penale francese, cfr. A. FABRI-C. GUERY, *La vérité dans le procès pénal ou l'air du catalogue*, in *RSC*, 2009, p. 351.

²⁶⁵ *Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004*, § 111. In argomento si veda Y.J. RATINEAU, *L'aveu de culpabilité fait au cours de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ne peut être repris devant la juridiction de jugement*, in *La Semaine Juridique – Edition générale*, 26 novembre 2008. In argomento, cfr. anche *Cour de cassation*, 17 settembre 2008, n. 08-80858, in www.legifrance.gouv.fr; *Cour de cassation*, 30 novembre 2010, n. 10-80460, *ivi*.

²⁶⁶ *Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004*, § 113-115.

Al contrario, l'unica eccezione che la Corte ha considerato meritevole di essere accolta è stata, non a caso, quella concernente il principio di pubblicità del dibattimento, derivata dal fatto che, come si è visto, nonostante le forti resistenze del Senato francese, l'Assemblea Nazionale era riuscita a far prevalere la sua idea, secondo cui l'udienza di omologazione avrebbe dovuto essere camerale al fine di preservare la segretezza della procedura²⁶⁷.

Sul punto, infatti, il giudice delle leggi, partendo dal presupposto per cui «*la combinaison des articles 6, 8, 9 et 16 de la Déclaration de 1789 que le jugement d'une affaire pénale pouvant conduire à une privation de liberté doit, sauf circonstances particulières nécessitant le huis clos, faire l'objet d'une audience publique*»²⁶⁸, non poteva che dichiarare l'incostituzionalità delle parole «*en chambre du conseil*», contenute nella versione originariamente approvata dell'art. 495-9.

Non sfuggirà, peraltro, che il risultato a cui è giunta la Corte costituzionale francese è simile a quanto sostenuto negli anni dalla giurisprudenza tedesca prima e dal legislatore di tale Paese con riguardo alle *Verständigungen*. Pare, quindi, diffusa quantomeno in alcuni paesi del continente europeo una corrente di pensiero secondo cui la natura pattizia di certi istituti non possa giustificare la compressione del principio di pubblicità del "dibattimento", risultando un interesse primario della collettività (e degli stessi prevenuti) il fatto che tutti possano effettivamente assistere quantomeno all'udienza in cui i giudici decidono o meno se ratificare un accordo delle parti.

8. Le prime difficoltà pratiche del plaider coupable e la legge 2005-847 del 26 luglio 2005

Dopo essere stata "validata" dalla Corte costituzionale francese la legge n° 2004-204 del 9 marzo 2004, *portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, ha potuto essere pubblicata e entrare in vigore²⁶⁹.

Dal 1 ottobre 2004 la *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* ha quindi iniziato a operare concretamente, incontrando subito un vivo successo nella pratica. Tanto che il 9 maggio 2005 circa 10704 di queste procedure erano già state definite, con un tasso di omologazione da parte dei giudici di circa l'84,6%²⁷⁰.

Tuttavia, l'utilizzo della cosiddetta CRPC ha subito prodotto una serie di problemi, dovuti alla «*insuffisante précision des dispositions de l'article 495-9 du code de procédure pénale relatif à l'audience d'homologation*»²⁷¹.

²⁶⁷ Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, § 117-118.

²⁶⁸ Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, § 118.

²⁶⁹ Per un commento organico cfr. J. PRADEL, *Vers un "aggiornamento" des réponses de la procédure pénale à la criminalité apports de la loi n. 2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II. Première partie*, in *La Semaine Juridique - Edition générale, Etude n. 19-132*; ID., *Vers un "aggiornamento" des réponses de la procédure pénale à la criminalité apports de la loi n. 2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II. Seconde partie*, *ivi*, Etude n. 20-134.

²⁷⁰ Cfr. F. ZOCCHETTO, *Rapport d'information n. 17*, cit. p. 12.

²⁷¹ Si veda, a riguardo, l'*exposé des motifs* della *proposition de loi n. 358*, del 30 maggio 2005, *précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, presentata dal senatore L. Béteille.

Una delle questioni che ha suscitato maggiori dubbi concerneva il quesito se il procuratore della Repubblica fosse o meno obbligato a partecipare a tale udienza: l'articolo 495-9 era, infatti, inizialmente muto su questo aspetto²⁷².

Dal canto suo, la più volte citata Circolare del 2 settembre 2004 sull'applicazione della CRPC, preso atto del silenzio della legge, ha assunto una posizione netta, stabilendo che la presenza del *parquet* in tale sede non solo non fosse necessaria, ma dovesse essere del tutto eccezionale²⁷³. A detta del Ministero della Giustizia, infatti, la partecipazione del pubblico ministero all'udienza di omologa avrebbe comportato più problemi che benefici, essendovi il pericolo che la stessa suscitasse «*une discussion devant le juge du siège et de transformer celui-ci en négociateur ce qui est à l'opposé de sa mission (homologuer ou refuser d'homologuer)*»²⁷⁴.

Un'opinione del tutto antitetica è, invece, stata espressa dalla Corte di Cassazione francese in una celebre sentenza del 18 aprile del 2005: in tale sede i supremi giudici hanno, infatti, prima considerato applicabile al *plaider coupable* la disposizione generale dell'art. 32 del *cod. proc. pén.*, il quale prevede la presenza del procuratore nel corso dei «*débats devant les juridictions de jugement*», per poi giungere alla conclusione che il *parquet* dovesse per forza assistere all'udienza di omologazione²⁷⁵.

A questo punto il 19 aprile 2005 il Ministero della giustizia ha subito pubblicato una seconda circolare, in cui ha ribadito ai magistrati del pubblico ministero la tesi già sostenuta nel provvedimento del 2004, ovvero che, nonostante quanto affermato dalla Cassazione, il pubblico ministero non sarebbe stato tenuto a presenziare alle omologazioni delle CRPC²⁷⁶.

Entrambi tali atti amministrativi sono stati quindi impugnati dal *Syndicat des avocats de France*, che ha domandato al Consiglio di Stato di annullare le disposizioni delle circolari in questione. La suprema giurisdizione amministrativa ha effettivamente dato ragione ai ricorrenti, sospendendo tali disposizioni tramite due ordinanze del 11 maggio 2005²⁷⁷.

Non si è peraltro dovuto attendere molto affinché fosse lo stesso legislatore francese a intervenire direttamente su tale delicata questione: a essere in gioco, infatti, era uno degli obiettivi fondamentali del *plaider coupable*, ovvero quello di consentire allo Stato un netto risparmio di "energie processuali" da dedicare ai casi controversi.

²⁷² Per un'efficace sintesi della questione, cfr., per tutti, S. NICOT, *Décision n° 2005-520 DC du 22 juillet 2005, Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, pp. 165 ss.; J. PRADEL, *Le ministère public doit-il être présent à l'audience d'homologation dans le cadre de la procédure de plaider coupable?*, in *Recueil Dalloz*, 2005, p. 1200; J.-É. SCHOETTL, *La réforme de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ou le retour du "plaider coupable" devant le Conseil constitutionnel*, in *Gaz. Pal.*, 2005, pp. 6 ss. Si veda anche il *Commentaire de la décision 2005-520 du 22 juillet 2005*, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Cahier n. 19, in www.conseilconstitutionnel.fr.

²⁷³ MINISTRE DE LA JUSTICE, *Circulaire* del 2 settembre 2004, n. CRIM-04.12.E8-02.09.04, cit., p. 27.

²⁷⁴ MINISTRE DE LA JUSTICE, *Circulaire* del 2 settembre 2004, n. CRIM-04.12.E8-02.09.04, cit., p. 27.

²⁷⁵ Cfr. *Cour de cassation*, 18 aprile 2005, n. 05-00001, in www.legifrance.gouv.fr.

²⁷⁶ Z. BARTA, *Décision n° 2010-77 QPC du 10 décembre 2010*, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Cahier n. 30, in www.conseilcontitutionnel.fr, p. 3.

²⁷⁷ *Conseil d'État*, 26 aprile 2006, *Syndicat des avocats de France*, n° 273757.

È del resto ovvio che a seconda che i pubblici ministeri dovessero o meno partecipare obbligatoriamente alle udienze di omologazione i vantaggi in termini di economia processuale garantiti dal nuovo rito sarebbero stati del tutto differenti.

D'altra parte, però, l'effettiva presenza del *parquet* in tale contesto si poneva quale requisito indispensabile per lo sviluppo quantomeno di una forma minima di contraddittorio tra questi e il prevenuto dinnanzi al giudice dell'omologa, rendendosi così meno peculiare la struttura già di per sé semplificata dell'udienza *de qua*²⁷⁸.

A ogni modo, come era prevedibile, tra le esigenze di garanzia del contraddittorio e quelle utilitaristiche di «*alléger les audiences correctionnelles des contentieux répétitifs de sorte que le temps nécessaire à l'expression d'un véritable débat judiciaire puisse être redonné aux affaires les plus délicates*»²⁷⁹ le forze politiche hanno fatto nettamente prevalere le seconde.

Già il 12 maggio 2005, infatti, il senatore Laurent Béteille ha presentato una proposta di legge *précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, volta a specificare all'interno dell'art. 495-9 cod. proc. Pén. che «*les formalités prévues par le présent alinéa ont lieu en audience publique; la présence du procureur de la République à cette audience n'est pas obligatoire*»²⁸⁰.

Tale iniziativa è stata subito sostenuta dalla maggioranza parlamentare, tanto che in circa un mese e mezzo il Senato l'ha effettivamente approvata con solo un lieve ritocco: si è preferito sostituire soltanto alcuni termini contenuti nella prima parte della disposizione, che da quel momento ha recitato «*la procédure prévue par la présent alinéa se déroule en audience publique*»²⁸¹.

In questo caso, neppure i deputati dell'Assemblea Nazionale si sono opposti all'adozione della proposta, tanto che il 12 luglio 2005, ovvero dopo solo circa venti giorni dalla trasmissione del testo, tale ramo del parlamento francese è riuscito ad adottare definitivamente la modifica in questione²⁸².

Peraltro, il giorno dopo la votazione della novella più di sessanta senatori e deputati delle opposizioni hanno nuovamente adito il *Conseil constitutionnel*, affinché dichiarasse in via preventiva l'illegittimità della cosiddetta *loi Béteille*, sulla base della considerazione per cui la presenza del *parquet* all'udienza di omologazione sarebbe stata una garanzia costituzionalmente imposta²⁸³.

Dal canto suo, il giudice delle leggi francese non ha però accolto questa tesi e ha al contrario dichiarato – con una decisione questa volta alquanto succinta, ma

²⁷⁸ Si veda, in argomento, N. GALANTINI, *Plaider coupable e patteggiamento*, cit., pp. 2773 s.

²⁷⁹ Cfr. F. ZOCCHETTO, *Rapport n. 409 (2004-2005), fait au nom de la commission des lois, sur la proposition de loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, del 20 giugno 2005, p. 8.

²⁸⁰ *Proposition de loi n. 358*, del 30 maggio 2005, cit.

²⁸¹ *Proposition de loi n. 127, adoptée par le Sénat, précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, del 23 giugno 2005.

²⁸² *Proposition de loi n. 473, adopté définitivement par l'Assemblée nationale, précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, del 12 luglio 2005.

²⁸³ Cfr. S. NICOT, *Décision n° 2005-520 DC du 22 juillet 2005*, cit., pp. 165 ss.; J.-É. SCHOETTL, *La réforme de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable*, cit., pp. 6 ss. Cfr. anche *Commentaire de la décision 2005-520 du 22 juillet 2005*, cit.

netta – l'assoluta legittimità costituzionale del ritocco all'art. 495-9 *cod. proc. pén.*²⁸⁴, di modo che, il 26 luglio 2005, la legge 2005-847 è stata effettivamente pubblicata.

Ancora una volta, quindi, è stata la stessa Corte costituzionale francese a considerare del tutto compatibile con i principi cardine della procedura penale di tale Paese un istituto che consenta di condannare un prevenuto all'esito di un'udienza *sui-generis*²⁸⁵, che non impone neppure lo svolgimento davanti al giudice di alcuna fase di contraddittorio tra accusa e difesa, in quanto evidentemente considerata già assorbita dall'accordo tra le parti.

9. La CRPC tra giustizia consensuale e negoziata

Si è già avuto modo di rilevare come, nel corso dei lavori preparatori della legge Perben II, si sia a lungo discusso sulla possibilità che l'accordo tra le parti concluso nel contesto del *plaider coupable* venisse stipulato all'esito di una vera e propria fase di negoziati.

Peraltro, nonostante le autorevoli opinioni contrarie a tale possibilità espresse – tra gli altri – dal Ministro della giustizia francese e dal *rapporteur* del Senato – gli artt. 495-7 e ss. sono rimasti assolutamente silenti sul punto, di modo che la strada verso l'effettivo sviluppo di trattative, volte a favorire l'intesa in questione, non sembrava, quantomeno da un punto di vista normativo, del tutto chiusa.

Anche su questo aspetto è intervenuta la già citata circolare del 2 settembre 2004 del *Garde des Sceaux*, la quale ha affermato che il nuovo meccanismo processuale «*ne prévoit pas [...] de "négociation" sur la peine entre l'avocat et le procureur de la République, qui est totalement libre de choisir la ou les peines qu'il entend proposer à l'auteur des faits, sans tenir aucun compte des éventuelles observations de l'avocat*»²⁸⁶. Tale affermazione, apparentemente assai netta, è stata però in realtà ridimensionata da un altro passo del medesimo provvedimento, ove si offerma che «*le procès-verbal de présentation, dans lequel figure le détail de la ou des peines proposées, et qui n'est établi qu'à l'issue de la présentation, ne doit faire apparaître que la ou les peines définitivement proposées par le procureur de la République [...], et non la ou les peines que le parquet a pu le cas échéant proposer dans un premier temps, avant d'être convaincu de modifier sa proposition*»²⁸⁷. Ebbene, alla luce di ciò, pare possibile sostenere che sia stata la stessa circolare del 2004 ad aver implicitamente ammesso la possibilità per le parti di favorire il *plaider coupable* mediante delle previe discussioni: d'altra parte da che cosa dovrebbe essere convinto il pubblico ministero a proporre delle pene diverse prima dell'accettazione dell'imputato, se non a seguito di un dialogo con il prevenuto e il suo difensore²⁸⁸?

²⁸⁴ *Conseil constitutionnel, Décision n° 2005-520 DC du 22 juillet 2005.*

²⁸⁵ Definita così dallo stesso, MINISTRE DE LA JUSTICE, *Circulaire* del 2 settembre 2004, n. CRIM-04.12.E8-02.09.04, cit., p. 27.

²⁸⁶ MINISTRE DE LA JUSTICE, *Circulaire* del 2 settembre 2004, n. CRIM-04.12.E8-02.09.04, cit., p. 21.

²⁸⁷ MINISTRE DE LA JUSTICE, *Circulaire* del 2 settembre 2004, n. CRIM-04.12.E8-02.09.04, cit., p. 21.

²⁸⁸ Questa perlomeno è l'opinione di B. NIANG, *Le «plaider coupable» en France et aux États-Unis*, cit., p. 281 e di J. DANET, *La CRPC: du modèle législatif aux pratiques...et des pratiques vers quel (s) modèle (s)?*, in *AJ pénal*, 2005, p. 437.

Tenuto conto di tale sorta di ambiguità di fondo propria già dell'atto destinato a chiarire il funzionamento della CRPC, non stupirà che il dibattito sulla possibilità di compiere dei negoziati all'interno di tale rito sia continuato in modo sempre più intenso.

Pure nel corso della discussione parlamentare della citata legge 2005-847, infatti, le forze politiche hanno nuovamente espresso a riguardo delle opinioni del tutto antitetiche.

Dal canto suo, infatti, il *rapporteur* di tale proposta normativa, nella seduta del 23 giugno 2005 ha - in modo coerente con quanto già affermato l'anno precedente - affermato che «*le principe même d'une négociation est écarté dans le cadre de la CRPC*»²⁸⁹, trattandosi, piuttosto, di un meccanismo processuale simile alla *composition pénale*, fondato su una sorta di proposta ferma, non mercanteggiabile, del pubblico ministero (anche favorita da una richiesta *ad hoc* del prevenuto).

Un'opinione del tutto contraria è stata, invece, sostenuta nella medesima seduta da un'altra senatrice, la quale ha risposto che «*même si vous reniez le terme, nous pouvons à juste titre parler de "négociation" entre le procureur et le prévenu. Si l'on cumule cette négociation au fait que vous souhaitiez à tout prix rendre facultative la présence du procureur lors de l'audience d'homologation, nous avons la désagréable impression de nous retrouver face à une procédure à caractère civil ou commercial, ce qui est gênant lorsque sont en cause des peines privatives de liberté*»²⁹⁰.

Neppure la dottrina è riuscita a porre chiarezza sul punto, dimostrandosi al contrario divisa.

Alcuni autori, infatti, nel commentare la disciplina della CRPC hanno precisato che anche questa procedura, così come la *composition pénale*, darebbe vita a un *plea* senza *bargaining*²⁹¹. La regola sarebbe quella «*d'un accord sans discussion préalable. C'est le procureur et lui seul qui propose une peine et le prévenu ne peut que répondre oui ou non de suite [...]. Le législateur français a donc adopté la thèse du contrat d'adhésion comme diraient les civilistes, si l'on peut parler ici de contrat. Il y a accord, sans marchandage*»²⁹².

Nello stesso senso si è espresso, tra l'altro, pure il già citato studio sull'applicazione della *composition pénale*, ove si è assai chiaramente stabilito che «*la CRPC, comme la composition pénale ne laissera pas de place à la négociation de la peine. Là encore, nous ne sommes pas face à une peine négociée mais devant une peine proposée et acceptée*»²⁹³.

²⁸⁹ F. ZOCCHETTO, *Débats parlementaires, séance du 23 juin 2005, compte rendu intégral des débats*, in www.senat.fr.

²⁹⁰ M. J. MATHON, *Débats parlementaires, séance du 23 juin 2005, compte rendu intégral des débats*, in www.senat.fr.

²⁹¹ Tale espressione è di J. PRADEL, *Il ruolo della volontà dell'autore di reato*, cit., p. 959 ed è ripresa da N. GALANTINI, *Plaider coupable e patteggiamento*, cit., p. 2779.

²⁹² J. PRADEL, *Le plaider coupable, confrontation des droits américain, italien et français*, cit., p. 480. In tal senso cfr. anche J. PAPADOPOULOS, "Plaider coupable". *Le pratique américaine. Le texte français*, cit., pp. 80-81, il quale chiarisce che «*on observera que le texte ne prévoit pas de phase de négociation de la peine. Le procureur propose une peine. Il n'y a ensuite qu'une alternative: le refus ou l'acceptation de cette peine par la personne concernée*».

²⁹³ P. MILBURN-C. MOUHANNA-V. PERROCHEAU, *Enjeux et usages de la composition pénale*, cit., p. 171. Vedi anche V. PERROCHEAU, *La composition pénale et la comparution*, cit., p. 61.

Di modo che, in sostanza, secondo tale corrente di pensiero, la creazione della CRPC non avrebbe apportato una vera e propria rivoluzione culturale all'interno della procedura penale francese, costituendo unicamente un'evoluzione degli istituti della "terza via" già sperimentati in passato.

Se così fosse, mediante il *plaider coupable* il legislatore avrebbe, quindi, dotato il sistema d'Oltralpe di un nuovo istituto di giustizia consensuale, non aprendo invece le porte in modo ufficiale alla giustizia contrattata in senso proprio.

Questa opinione, pur sostenuta da una parte assai autorevole della dottrina, sembra però essere stata smentita in modo sempre più netto dalle analisi pratiche sull'utilizzo dell'istituto *de quo* innanzi ad alcune giurisdizioni francesi, che testimoniano come tale meccanismo processuale, nonostante il silenzio della legge, abbia effettivamente favorito lo sviluppo di vere e proprie trattative informali tra le parti.

Così, ad esempio, una ricerca sull'utilizzo della CRPC a Nîmes e Béziers, pur confermando in linea di principio che «*il existe certes un échange, mais l'idée de négociation paraît inappropriée à ces deux juridictions*»²⁹⁴, si è trovata però ad ammettere che, in tali comuni, la proposta del pubblico ministero, da un lato, sarebbe «*susceptible d'être modifiée*»²⁹⁵ e, da un altro lato, risulterebbe oggetto di discussioni tra questi e l'autore del reato, concernenti soprattutto la natura della sanzione da irrogare²⁹⁶.

Il medesimo autore si è espresso in termini ancora più netti in un'altra analisi sull'utilizzo del *plaider coupable*, questa volta riguardante la città di Montpellier, dove ha chiarito che «*un véritable échange s'installe entre la personne mise en cause et le procureur. Ce dernier commence par rappeler les faits et la sanction qu'il propose pour ensuite demander des explications au prévenu. Aidé de son avocat, l'intéressé essaiera de mettre en avant les circonstances qui ont pu entraîner le passage à l'acte ainsi que certains éléments relatifs à sa situation personnelle. Au vu de ces arguments, le procureur peut envisager de réduire la sanction proposée*»²⁹⁷.

Merita precisare che, sulla base di quanto si ricava da questo scritto, in tale sede giudiziaria i due pubblici ministeri incaricati di occuparsi delle CRPC avrebbero sul punto manifestato delle attitudini differenti: «*l'un propose une sanction élevée qu'il est disposé à réduire face aux justifications apportées par le justiciable ou son avocat; l'autre propose une sanction réduite qui lui paraît la plus appropriée à la situation et à la personnalité du prévenu, mais n'admet que difficilement de la modifier lors de la discussion*»²⁹⁸.

Ma vi è di più, questi veri e propri dialoghi preliminari rispetto all'accordo tra le parti in tale sede giurisdizionale sono anticipati da una proposta di pena informale presentata dal *parquet* 48 ore prima dell'udienza in cui la sanzione sarà

²⁹⁴ F. DESPREZ, *L'application de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité à Nîmes et Béziers. Au regard du principe de judicialité*, in APC, 2007, p. 152.

²⁹⁵ F. DESPREZ, *L'application de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, cit., p. 152.

²⁹⁶ F. DESPREZ, *L'application de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, cit., p. 152.

²⁹⁷ F. DESPREZ, *La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité: 18 mois d'application à Montpellier (1er octobre 2004 – 1er avril 2006)*, in APC, 2006, p. 129.

²⁹⁸ F. DESPREZ, *La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, p. 128.

effettivamente discussa²⁹⁹, dandosi così modo al prevenuto e al suo difensore di elaborare per tempo una strategia difensiva.

La tesi secondo cui, nella prassi, il *plaider coupable* sarebbe oggetto di trattative informali trova un'ulteriore conferma in uno studio riguardante il ruolo dell'avvocato dinnanzi alla giurisdizione di Pontois, dove si afferma infatti che, grazie a questo istituto, la funzione del legale «*s'en trouve changé, car la parole lui est quasiment retirée et le plaideur se transforme en négociateur*»³⁰⁰. Secondo tale analisi, infatti, «*l'avocat pourra soit proposer de renoncer à la procédure de CRPC, soit "négocier" avec le ministère public, après accord du client, pour obtenir une peine à la baisse, et s'il estime que la jurisprudence ne garantit pas son prononcé par la juridiction*»³⁰¹. Nel medesimo articolo si chiarisce ancora che «*il est fortement suggéré de négocier avec le ministère public la peine proposée, car ce dernier a tendance à vouloir appliquer un barème au plus juste tiré d'un tableau déterminant une échelle de peines en fonction de la seule gravité de l'infraction [...] ce qui tendrait à une automaticité de la sanction. Il est, alors, indispensable de discuter avec le représentant du ministère public en avançant des arguments tenant à la personnalité, les antécédents et la situation personnelle du client, etc. pour permettre une individualisation de la peine proposée*»³⁰².

In termini analoghi si è espressa anche un'altra ricerca empirica sul funzionamento della CRPC, basata su 184 questionari presentati nel 2005 a procuratori e giudici di 187 tribunali della Francia metropolitana e d'oltre mare³⁰³. Difatti, i partecipanti a tale analisi alla domanda se, nel contesto di tale istituto, sia possibile una discussione preliminare tra il *parquet* e la difesa sulla pena proposta hanno risposto in modo positivo nel 56% dei casi³⁰⁴. Ma vi è di più. Per il 53% degli intervistati tale dialogo potrebbe riguardare il *quantum* della pena da irrogare, mentre per il 44%, invece, la natura della sanzione, per il 35% le modalità esecutive della stessa e, infine, per il 26% più temi contemporaneamente³⁰⁵.

Alla luce di ciò, non stupirà che il presidente della *comission pénale* degli avvocati di Lione in una conferenza abbia assai chiaramente affermato: «*la pratique de la CRPC révèle majoritairement qu'existe une discussion de la peine entre le magistrat du parquet et l'avocat. Ainsi, sans parler de véritable négociation, la nature et la forme de la peine sont souvent débattues entre l'accusation et la défense*»³⁰⁶; lamentandosi però del fatto che, «*la limite de ce système résulte dans le décalage existant entre la pratique et la lettre de la loi. En effet, le texte excluant la phase de discussion de la peine, la pratique efficace reste contra legem, ce qui génère une insécurité juridique*»³⁰⁷.

Nello stesso senso, depone, d'altra parte, anche una assai recente ricerca sulla «*négociation en matière pénale*» in Francia, dove, con riguardo alla giurisdizione di Bordeaux, si chiarisce che al termine «*de deux matinées d'observation d'audiences de*

²⁹⁹ F. DESPREZ, *La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, p. 129.

³⁰⁰ Y. MSIKA, *Plaider coupable et rôle de l'avocat à Pontoise et ailleurs*, in *AJ pénal*, 2005, p. 445.

³⁰¹ Y. MSIKA, *Plaider coupable et rôle de l'avocat*, cit., p. 445.

³⁰² Y. MSIKA, *Plaider coupable et rôle de l'avocat*, cit., p. 445.

³⁰³ J. DANET, *La CRPC: du modèle législatif aux pratiques*, cit., p. 440.

³⁰⁴ J. DANET, *La CRPC: du modèle législatif aux pratiques*, cit., p. 440.

³⁰⁵ J. DANET, *La CRPC: du modèle législatif aux pratiques*, cit., p. 440.

³⁰⁶ G. CANDELA, *Intervention*, in AA.VV., *Le temps et les hommes*, in www.justice.gouv.fr, p. 88. Cfr. anche A.S. CHAVENT-LECLÈRE, *La défense pénale et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité: enjeux et entorses*, in *RPDP*, 2010, p. 144.

³⁰⁷ G. CANDELA, *Intervention*, cit., p. 88.

CRPC [...] sur 28 audiences, 10 dossiers ont fait l'objet d'une véritable négociation entre l'avocat de la personne mise en cause et le procureur. Parfois, l'avocat rentre dans la salle quelques minutes avant le mis en cause purt engager une discussion informelle seul avec le procureur quant à la peine. Les contre-propositions observées portaient essentiellement sur le montant des amendes, sur la durée du sursis ainsi que sur les modalités d'exécutin de la peine d'emprisonnement»³⁰⁸.

In questo studio si precisa, peraltro, che, in alcuni casi, gli stessi giudici, a non opporsi alle negoziazioni, sembrando anzi incoraggiarle. Tanto che si riporta persino una fattispecie in cui il magistrato dedito alle omologazioni, preso atto della ammenda particolarmente lieve proposta dalle parti, al posto di rigettarla abbia «salue les talents de négociateur de l'avocat», affermando: «ah vous avez bien négocié»³⁰⁹.

È evidente come ci si trovi di fronte a un cambio totale di prospettiva nella lettura del meccanismo in esame che – al di là di quelle che potevano essere le intenzioni iniziali del legislatore – non pare essere stato affatto utilizzato come un istituto meramente consensuale, ma quale meccanismo di giustizia contrattata “in senso forte”.

Da quanto si ricava da una recente monografia francese in materia pare, oramai, un dato comprovato che nella prassi «la procédure du plaider coupable suppose une “négociation” entre le parquet et l'avocat de prévenu»³¹⁰, che può avere a oggetto «la nature de la peine, son quantum et [...] ses modalités d'application»³¹¹.

I procuratori paiono infatti aver preso l'abitudine, quantomeno in alcuni casi, di emettere «en général deux proposition de piene. La proposition de peine initiale permet d'ouvrir le débat. [...] Cette dernière ser de base à la discussion, alors que la seconde proposition est décisive; elle est à prendre ou à laisser»³¹².

Tale offerta iniziale può essere formulata in termini più o meno precisi e, a seconda dei casi, lasciare, quindi maggiore o minore spazio alle trattative tra le parti³¹³. Tanto che, ad esempio, il procuratore, nel colloquio informale durante il quale “offre” la sanzione all'indagato, può limitarsi ad affermare: «sous réserve de ce que dira votre avocat, je m'oriente vers une peine d'emprisonnement avec sursis»³¹⁴. In tale evenienza, l'avvocato quindi «pourra plaider non seulement pur une modification de la nature de la peine envisagée, mais aussi et surtout proposer un quantum de peine favorable à son client»³¹⁵.

Ci si trova, invero, di fronte a un sistema che, proprio in quanto non regolato in modo espresso, pare funzionare a “negozialità variabile”, a seconda di quanto i singoli procuratori della repubblica siano aperti a discutere concretamente con gli avvocati.

Peraltro, una volta che il rappresentante della pubblica accusa si sia convinto di aver raggiunto una proposta di pena “definitiva”, «fait preuve de fermeté. Cette proposition est simultanément consignée sur le procès-verbal de CRPC. Elle ne fait l'objet

³⁰⁸ S.-M. CABON, *La négociation en matière pénale*, cit., p. 264, nt. 1594.

³⁰⁹ S.-M. CABON, *La négociation en matière pénale*, cit., p. 264, nt. 1594.

³¹⁰ B. NIANG, *Le «plaider coupable» en France et aux États-Unis*, cit., p. 282.

³¹¹ B. NIANG, *Le «plaider coupable» en France et aux États-Unis*, cit., p. 123.

³¹² B. NIANG, *Le «plaider coupable» en France et aux États-Unis*, cit., p. 282.

³¹³ B. NIANG, *Le «plaider coupable» en France et aux États-Unis*, cit., p. 282 s.

³¹⁴ B. NIANG, *Le «plaider coupable» en France et aux États-Unis*, cit., p. 283.

³¹⁵ B. NIANG, *Le «plaider coupable» en France et aux États-Unis*, cit., p. 283.

*d'aucune discussion. Elle est à prendre ou à laisser. [...] En général, l'avocat fait signe de la tête au prévenu pour lui conseiller d'accepter la proposition de peine dur parquet lorsque celle-ci semble admissible»*³¹⁶. Nella giustizia negoziata gli stessi rituali paiono quindi cambiare: un semplice cenno di capo sta a significare che la fase delle trattative può dirsi conclusa e che, a detta del legale, un equo accordo tra le parti può effettivamente dirsi raggiunto.

A ogni modo, sembra quindi potersi oramai pacificamente affermare che la procedura del *plaider coupable* preveda una fase – del tutto eventuale e rimessa alla disponibilità dei pubblici ministeri – non disciplinata dalla legge di trattative preliminari tra le parti, esaurita la quale inizia effettivamente a operare la procedura stabilita dal dettato normativo. Una volta raggiunta una proposta soddisfacente per tutti la stessa viene infatti effettivamente cristallizzata nel verbale, come richiesto a pena di nullità dall'art. 495-14 del *code proc. pén.*, e il prevenuto può accettare la pena, che andrà poi omologata dal giudice.

La tesi secondo cui la CRPC avrebbe dovuto costituire una mera estensione della “*composition pénale*”, priva di alcuna contrattazione tra le parti, pare insomma oramai essere stata relegata su un piano teorico: la forza espansiva della giustizia contrattata sembra, infatti, aver fatto man mano breccia anche sulle resistenze del sistema francese ad ammettere apertamente la possibilità che la sanzione penale costituisca il frutto di un negoziato tra le parti.

D'altra parte, persino in alcuni atti ufficiali si può oramai trovare una precisa riprova di quanto il “*plaider coupable*” abbia segnato una svolta epocale per l'ordinamento d'Oltralpe, portando le stesse istituzioni francesi a confessare il fatto che tale meccanismo sia oggetto di trattative tra i partecipanti al processo penale.

Così, ad esempio, già nel più volte citato “*rapport d'information*” del 2005 «*sur les procédures accélérées de jugement en matière pénale*», pur affermando che nel *plaider coupable* «*il n'y a pas de “négociation” sur la peine*», il senatore M.F. Zocchetto, ovvero il più volte citato *rapporteur* della legge Perben II, si è trovato però ad ammettere che «*en revanche, la pratique confirme la réalité d'un dialogue qui peut conduire le parquet à modifier la proposition d'abord envisagée à la lumière de la personnalité de l'auteur des faits ou des circonstances de l'infraction*»³¹⁷.

Ci si trova, quindi, di fronte a un ultimo, strenuo, sforzo per non confessare che un meccanismo, che da sempre si era tacciato come possibile fonte di mercanteggiamenti tra le parti nella prassi, abbia concretamente avverato i timori degli oppositori alla riforma del 2004. Difatti, piuttosto di ammettere che l'istituto da lui promosso aveva dato effettivamente luogo a veri e propri negoziati informali, il *rapporteur* ha preferito “giocare sulla terminologia”, utilizzando il vocabolo “dialogo” o – in altri punti – “discussione”, in luogo del termine, sostanzialmente sinonimico³¹⁸, “negoziato”.

Una cosa è certa. Questa precauzione terminologica è stata adottata al fine di cercare di differenziare il meccanismo del *plea bargaining* anglosassone dal *plaider*

³¹⁶ B. NIANG, *Le «plaider coupable» en France et aux États-Unis*, cit., p. 284.

³¹⁷ F. ZOCCHETTO, *Rapport d'information* n. 17, cit., p. 58.

³¹⁸ Si vedano sul punto le condivisibili affermazioni di B. NIANG, *Le «plaider coupable» en France et aux États-Unis*, cit., p. 281.

*coupable*³¹⁹: mentre, infatti, il primo darebbe vita a un vero e proprio “*marchandage*” o, per l'appunto, a una “*négociation*”, il secondo ammetterebbe unicamente dei dialoghi assai più contenuti tra le parti.

Inutile dire che si tratta di una distinzione che non sembra convincente: in entrambi questi istituti vi sono dei negoziati, ma gli stessi hanno degli oggetti più o meno estesi, potendo, ad esempio, riguardare il solo *quantum* o la natura della pena, oppure anche la qualificazione giuridica da dare all'enunciato fattuale di cui all'imputazione.

Il confine tra i significati dei vocaboli “discussione”, “negoziato”, “dialogo” tra le parti è, del resto, talmente labile che non stupirà che non sia stata solo la dottrina ad aver rigettato tale differenziazione terminologica³²⁰, ma lo stesso legislatore francese abbia infine ammesso apertamente, qualche anno dopo, che nella CRPC vi sono dei veri e propri “negoziati”.

Così, ad esempio, nell'esposizione dei motivi di una delle più recenti proposte di riforma del *plaider coupable*, ancora oggi al vaglio dell'Assemblea Nazionale, si precisa apertamente che: «*la négociation qui a lieu dans les CRPC se déroule à deux niveaux. Dans un premier temps, Siège et Parquet établissent entre eux des accords-cadres visant à rentabiliser l'utilisation d'une telle procédure dans le souci d'éviter au maximum les refus d'homologation. Puis, dans un second temps, le représentant du Parquet et la personne suspectée s'entendent sur la peine*»³²¹.

Si tratta, insomma, di uno strumento processuale che pare aver favorito lo sviluppo di trattative tra tutti i diversi protagonisti del processo penale francese: non vi sono più, infatti, come avviene per la *composition pénale*, unicamente dei negoziati tra magistrati (e, quindi, soggetti appartenenti all'apparato di potere centrale), ma anche tra questi e il difensore del prevenuto, volti a incrementare le probabilità dell'effettivo raggiungimento di un'intesa.

Il fatto che l'ordinamento francese abbia in tal modo vanificato il dogma di una sorta di assoluta incompatibilità tra canoni propri del modello continentale e possibilità per le parti di effettuare delle trattative su una sanzione, pare peraltro aver prodotto dei precisi effetti anche sui sistemi processuali tradizionalmente influenzati dal sistema d'Oltralpe.

Senza che ci si possa dilungare sul punto in questa sede, basti ricordare che nel commentare l'introduzione in Belgio, da parte degli art. 96 e ss. della legge del 5 febbraio 2016 detta *Pot-pourri II*, di un istituto simile al *plaider coupable* francese, denominato a sua volta «*reconnaissance préalable de culpabilité*»³²², due autori hanno

³¹⁹ F. ZOCCHETTO, *Rapport d'information* n. 17, cit., p. 54.

³²⁰ B. NIANG, *Le «plaider coupable» en France et aux États-Unis*, cit., p. 281.

³²¹ Si veda l'*exposé des motifs* della *Proposition de loi* n. 13 (2013-2014), portant réforme de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, presentata dal senatore Mézard e altri il 2 ottobre 2013.

³²² Ci si riferisce all'istituto contenuto nell'art. 216 del *Code d'instruction criminelle* belga, introdotto dagli artt. 96 e 97 della l. del 5 febbraio 2016, *modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice*, C-2016/09064. Per una presentazione di tale meccanismo processuale, oltre ai testi citati nelle due note seguenti cfr. F. DESSY, *La reconnaissance préalable de culpabilité: entre révolution textuelle et involution culturelle? Première analyse «à la fortune du pot...»*, in *Aa.Vv.*, *La réforme «pot-pourri II» en droit pénal et en procédure pénale. Premiers commentaires*, Limal, 2016, pp. 113 ss.; C. DE VALKENEER, *La reconnaissance préalable de culpabilité*, in *AA.VV.*, *La loi «pot-pourri II»: un recul de civilisation?*, diretto da M. Cadelli-T. Moreau, 2016, Limal, pp. 111 ss.; T. MOREAU, *La reconnaissance préalable de culpabilité: just a deal? Une occasion à ne pas manquer, mais un*

precisato: «si le législateur n'a pas explicitement prévu quel es peines puissent faire l'objet d'une négociation entre le ministère public et le suspect ou prévenu et sa défense, il pourrait s'établir à notre sens une "zone grise" informelle à l'occasion de laquelle une discussion se nouera quant aux peines à proposer et acceptables pour le suspect ou le prévenu – come c'est le cas dans la pratique américaine mais également (dans une moindre dimension) française»³²³.

In termini simili si è espresso, oltretutto, anche un altro studioso belga, il quale prima ha sostenuto che «sans doute, cette réduction de la peine fera l'objet de discussions informelles, bien que le texte ne semble pas autoriser une quelconque négociation entre le prévenu et le ministère public», per poi suffragare tale tesi ricordando che «la question de la négociation préalable avait aussi été débattue en France»³²⁴.

Insomma, alla luce di queste affermazioni, si comprende quindi come la presenza di una "zona grigia" di trattative informali all'interno della CRPC francese sia oramai un dato talmente acclarato, da essere persino richiamata dai giuristi belgi quando si sono trovati a preconizzare come in futuro verrà applicata nella prassi la peculiare forma di "plaider coupable" in vigore in tale Paese.

Sembra, quindi, essere in atto in Francia e Belgio una circolazione non soltanto tra la disciplina normativa del *plaider coupable*, ma anche nei confronti dell'esperienza concreta di trattative informali sviluppatasi nel primo Stato, quasi che la negoziazione tra le parti costituisca un elemento talmente caratteristico della CRPC francese da non potersi prendere a modello tale meccanismo, senza recepire anche l'elemento delle discussioni tra le parti.

Pare, insomma, essere in atto una vera e propria diffusione del "modello francese" di giustizia negoziata, il quale consente – per una certa fascia di fattispecie di reato – di compiere soltanto alcune tipologie di trattative – del tutto informali – che hanno però ad oggetto lo scambio tra l'ammissione di responsabilità del prevenuto e un trattamento sanzionatorio più favorevole.

10. Le proposte di abrogazione della CRPC

Anche dopo la sua entrata in vigore il *plaider coupable* ha continuato ad avere una fitta schiera di oppositori, sia dentro sia fuori il Parlamento francese³²⁵.

virage à bien négocier, ibi, pp. 127 ss. ; A. RISOPOULOS-J. UYTENDAELE, *La justice négociée et les droits du justiciable*, in AA.VV., *Les droits du justiciable face à la justice pénale*, diretto da V. Franssen-A. Masset, Liège, 2017, pp. 410 ss.

³²³ Cfr. M. FERNANDEZ-BERTIER – M. GIACOMETTI, *La «reconnaissance préalable de culpabilité» ou «plaider coupable»: une révolution dans notre arsenal procédural ?*, in RDPC, 2016, p. 282.

³²⁴ F. VANSILIETTE, *Le plaider coupable ou coupable de plaider?*, in D. HOLZAPFEL-D. RIBANT-F. VANSILIETTE, *La loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice. La réforme pot-pourri II: la sécurité juridique sacrifiée sur l'autel de l'efficacité*, Waterloo, 2016, p. 82.

³²⁵ Per una compiuta analisi del rapporto tra CRPC e principi fondamentali del sistema processuale francese, cfr. B. NIANG, *Le «plaider coupable» en France et aux États-Unis*, cit., p. 491, il quale giunge alla conclusione per cui «en France [...] la procédure du plaider coupable apparaît, sans aucune exagération, comme un mal nécessaire. Un mal au regard des exigences du respect des principes directeurs dur procès pénal. Une nécessité par rapport aux différentes contingences économiques et politiques». Una serie di critiche

Alcuni membri delle opposizioni, infatti, non si sono mai arresi all'effettiva approvazione di tale meccanismo processuale e ne hanno suggerito a più riprese l'abrogazione.

Tanto che, una prima proposta di legge «*tendant à abroger la procédure de comparution sur la reconnaissance préalable de culpabilité et à protéger les droits de la défense*» è stata presentata al Senato francese già l'8 giugno 2005, ovvero pochi mesi dopo l'approvazione del *plaider coupable*³²⁶.

Tale iniziativa era strutturata sulla base di due articoli, di cui il primo volto a cancellare dal codice l'intera sezione VIII del capitolo I del titolo II del libro II del codice di procedura penale francese.

Da quanto può ricavarsi dall'esposizione dei motivi, la *proposition de loi* in questione è stata presentata alla luce delle prime difficoltà pratiche che il *plaider coupable* aveva riscontrato nella prassi, ovvero la declaratoria parziale di incostituzionalità del 2004 e il vero e proprio scontro tra supreme giurisdizioni e Ministero della giustizia con riguardo alla questione della partecipazione necessaria o meno del pubblico ministero all'udienza di omologazione.

Secondo i proponenti, oltretutto, la procedura della CRPC non avrebbe rispettato «*le droit à un procès équitable auquel tout citoyen peut prétendre*»³²⁷; e ciò sebbene solo pochi mesi prima fosse stata la stessa Corte costituzionale francese a dichiarare l'assoluta compatibilità del nuovo meccanismo processuale con tale principio.

A ogni modo, questa prima iniziativa non ha avuto effettivo sbocco parlamentare, venendo definitivamente abbandonata senza neppure essere votata dalla Commissione parlamentare del Senato.

Peraltro, il medesimo gruppo politico non si è comunque arreso e il 23 maggio 2012 ha presentato una nuova *proposition de loi* dal contenuto e dall'intitolazione sostanzialmente identici alla precedente, volta a abrogare del tutto la sezione del codice dedicata alla *comparution sur la reconnaissance préalable de culpabilité*³²⁸.

In tale seconda occasione la parte dell'*Exposé des motifs* non poteva che essere assai più articolata, essendosi arricchita di molte tra le più diffuse critiche sollevate nei confronti della CRPC nei primi anni di funzionamento concreto.

Così, anzitutto, questa proposta di abrogazione del meccanismo *de quo* è argomentata, da una parte, in ragione del fatto che lo stesso affiderebbe, a scapito

legate al funzionamento pratico di tale meccanismo si possono ritrovare in J.-L. COLOMB, *Les failles de la procédure du comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, in *Gaz. Pal.*, 2011, pp. 21 s.

³²⁶ Ci si riferisce alla *Proposition de loi* n. 371, *tendant à abroger la procédure de comparution sur la reconnaissance préalable de culpabilité et à protéger les droits de la défense*, presentata l'8 giugno 2005 dalla senatrice Borvo Cohen-Seat e altri.

³²⁷ Così si esprime, testualmente, l'*exposé des motifs* della *Proposition de loi* n. 371, *tendant à abroger la procédure de comparution sur la reconnaissance préalable de culpabilité et à protéger les droits de la défense*, cit.

³²⁸ Ci si riferisce alla *Proposition de loi* n. 550 (2011-2012), *tendant à l'abrogation de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et protection des droits de la défense*, presentata il 23 maggio 2012 dalla senatrice Borvo Cohen-Seat e altri.

del giudice, dei poteri troppo intensi al pubblico ministero³²⁹, ovvero a un magistrato a cui la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ha negato la qualità di autorità giudiziaria a causa della sua dipendenza dall'esecutivo³³⁰, e, da un'altra parte, tenuto conto dell'eccessiva importanza che in questo istituto riveste la confessione «*sollicité grâce à la menace d'une sanction pénale plus lourde, était dénoncé*».

Ma vi è di più. Secondo tale proposta normativa il *plaider coupable* sminuirebbe sia il ruolo dell'avvocato, sia della vittima.

Per quanto riguarda il primo, infatti, si è affermato che nonostante l'art. 495-8 renda necessaria l'assistenza del legale in tutte le fasi della procedura, nella pratica questi giocherebbe spesso «*un rôle de faire-valoir et qu'il constitue littéralement un alibi, comme le dénoncent de nombreux membres de la profession*»³³¹.

All'interno di tale rito i difensori si troverebbero in difficoltà, in quanto del tutto schiacciati dall'onnipotenza del pubblico ministero, avendo assai poco tempo per decidere se accettare o meno un accordo con i loro clienti, venendogli anche spesso ricordato dai *parquet* «*qu'ils prendront "toute responsabilité en cas de refus de la proposition émise"*»³³².

Per quanto riguarda, invece, le vittime di reato, l'iniziativa normativa *de qua* si è lamentata in particolare del fatto che tale soggetto processuale non sia coinvolto nella prima fase del CRPC, ovvero quella in cui viene raggiunto l'accordo tra le parti, da cui scaturisce la natura, il *quantum* e le modalità esecutive della sanzione penale che verrà effettivamente irrogata in caso di omologazione al prevenuto.

A ciò si aggiunge il dato per cui in ogni caso la procedura sarebbe è troppo rapida per tutelare gli interessi delle vittime e le parti civili, trovandosi queste spesso a dover citare ulteriormente il condannato davanti al *tribunal correctionnel* per vedersi effettivamente liquidati i danni.

Secondo tale opinione, insomma, proprio perché il *plaider coupable* dà vita a una procedura che, in nome dell'efficienza processuale, cambia il ruolo e le funzioni di tutti i partecipanti sulla scena del processo penale francese³³³, rendendo il *parquet* – ovvero un soggetto non sufficientemente indipendente per svolgere dei compiti quasi-giurisdizionali³³⁴ – l'organo essenziale dell'intera regiodicanda³³⁵, non potrebbe che essere eliminata totalmente dal *code de procédure pénale*.

Merita peraltro segnalare come i proponenti di tale vera e propria raccolta di argomenti critici contro la CRPC non abbiano, invece, fatto riferimento in modo espresso a due temi, che solitamente vengono utilizzati quali invettive contro tale procedura.

³²⁹ Si veda, in argomento, diffusamente A. TALEB, *Le «plaider coupable» français: quel avenir pour l'audience de jugement ?*, in AA.VV., *Was wird aus der Hauptverhandlung? Quel avenir pour l'audience de jugement?*, Bonn, 2014, pp. 228 ss.

³³⁰ Cfr. C. eur., 23 Novembre 2010, *Moulin c. Francia*.

³³¹ V. *exposé des motifs* della *Proposition de loi* n. 550 (2011-2012), *tendant à l'abrogation de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et protection des droits de la défense*, cit.

³³² Nello stesso senso cfr. J.-L. COLOMB, *Les failles de la procédure du comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, cit., p. 21,

³³³ In argomento si veda l'analisi di A. TALEB, *Le «plaider coupable» français*, cit., pp. 228 ss.

³³⁴ In questo senso si esprime testualmente il *Rapport* del novembre del 2013 della *Commission de modernisation de l'action publique, Refonder le ministère public*, presieduta dal procuratore generale J.L. Nadal, p. 3.

³³⁵ A. TALEB, *Le «plaider coupable» français*, cit., p. 225.

In primo luogo, infatti, nell'iniziativa *de qua* non si fa cenno alle peculiarità che rendono l'udienza di omologa una sorta «*d'audience d'un nouveau genre*»³³⁶, in cui una sanzione penale, che può essere anche detentiva, viene irrogata nei confronti di un prevenuto senza alcun tipo di previo contraddittorio sulle prove. Come si è avuto già modo di accennare, infatti, in tale procedura la fase dello scambio dialettico tra le parti non è più concentrata nell'udienza "dibattimentale", ma viene anticipata in quella antecedente del raggiungimento dell'accordo tra le parti, a cui, peraltro, non partecipa il giudice. Il che in sostanza dimostra come, in tale rito, il contraddittorio non sparisca, ma muti sia fase, sia scopo, non essendo più volto a presentare o criticare delle ipotesi davanti a un soggetto imparziale, ma unicamente a raggiungere un'intesa su uno scambio tra ammissione di colpevolezza e uno sconto di pena³³⁷.

In secondo luogo, infine, la proposta di abrogazione in questione non fa alcun cenno al problema dello sviluppo dei "negoziati" informali all'interno del CRPC: si tratta di una lacuna alquanto singolare, posto che sembrava prevedibile che un progetto normativo volto a espungere dal sistema un istituto ritenuto sostanzialmente estraneo al modello processuale francese utilizzasse ai fini argomentativi, per ottenere facili consensi, il dogma del contrasto tra modello inquisitorio e giustizia negoziata.

A ogni modo, anche questa iniziativa non ha avuto successo, venendo alla fine abbandonata senza neppure essere stata votata dalle commissioni parlamentari francesi.

Ancora una volta, quindi, le aspirazioni di coloro che auspicavano un passo indietro dell'Ordinamento d'Oltralpe nel cammino intrapreso sin dagli anni Novanta sono state totalmente disilluse, essendovi stata anzi una precisa riprova di quanto oramai «*le principe même du "plaider coupable" en France n'est plus discutable*»³³⁸.

Il carico giudiziario a cui anche tale Paese infatti deve far fronte è oramai troppo intenso, perché si potesse rinunciare così facilmente a uno strumento deflativo efficace come la CRPC.

D'altra parte, merita segnalare come, tra il 2013 e il 2016, sono state costantemente emesse più di 65.000 ordinanze di omologazione di "*plaider coupable*" all'anno, con un tasso di crescita che nel 2016 si è attestato all'8,6%³³⁹.

Il che, in sostanza, dimostra concretamente come pure nell'ordinamento prevalentemente inquisitorio per eccellenza «*le "plaider coupable" est devenu aujourd'hui [...] "un moyen absolument indispensable à une bonne gestion de la justice pénale*»³⁴⁰.

La nuova era della giustizia negoziata, iniziata in Francia grazie alle riforme degli ultimi anni, non pare insomma destinata a terminare in tempi brevi, essendo,

³³⁶ A. TALEB, *Le «plaider coupable» français*, cit., p. 235 ss.

³³⁷ A. TALEB, *Le «plaider coupable» français*, cit., p. 244.

³³⁸ A. TALEB, *Le «plaider coupable» français*, cit., p. 245.

³³⁹ Cfr. *Les chiffres-clés de la Justice 2016*, cit., p. 15. Merita segnalare che nel 2012 il 13% di tutte le *poursuites* è stato iniziato con una CRPC. Fornisce questo dato S. DUPONT, *Le plaider coupable dans les systèmes anglo-saxon et romano-germanique*, in *Les chiens de la justice*, 2015, p. 84.

³⁴⁰ A. TALEB, *Le «plaider coupable» français*, cit., p. 245. Cfr. anche J. PRADEL, *Le plaider coupable, confrontation des droits américain, italien et français*, cit., p. 490.

invece, probabile che, per ragioni di tempo e di denaro la stessa relegherà in un ruolo sempre più marginale la giustizia tradizionale, la quale «*semble être remise en cause tant elle n'offre plus, à l'heure actuelle, de perspective d'évolution réalistes pur les justices pénales modernes*»³⁴¹.

11. Le proposte di modifica del *plaider coupable* contenute nei lavori delle Commissioni Guinchard, Léger e nell'avant-projet di codice di procedura penale del 2010

Su un piano del tutto antitetico rispetto ai progetti di abrogazione della CRPC del 2005 e 2012 si collocano diverse altre iniziative normative susseguite nel corso degli anni le quali, considerando tale meccanismo processuale assai utile per la giustizia penale francese, ne hanno suggerito un deciso potenziamento rispetto a quanto originariamente previsto dal legislatore del 2004.

Ci si riferisce, anzitutto, a quanto proposto in materia dalla *Commission sur la répartition des contentieux*, presieduta dal prof. Serge Guinchard, nel suo rapporto del 2008, rivolto al Ministro della giustizia francese, intitolato «*L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*»³⁴².

Come è noto, infatti, la Commissione *de qua* non ha unicamente invitato le forze politiche d'Oltralpe a sviluppare delle ulteriori ipotesi di “transazioni in materia penale” rispetto al nutrito novero esistente³⁴³, ma ha pure suggerito di rafforzare diverse tipologie di procedimenti semplificati già contenuti nel *code de procédure pénale*, tra cui, per l'appunto, sia la *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, sia la *composition pénale*³⁴⁴.

Per quanto concerne la CRPC la proposta di intervento è assai chiara: posto che, nel corso dei lavori preparatori, era apparso «*que cette procédure était très appréciée par l'ensemble des intervenants judiciaires, aussi bien les magistrats que les avocats*»³⁴⁵, tale organo ha pensato di suggerire di ampliare l'ambito di applicazione oggettivo della procedura *de qua* a tutti i delitti, qualunque sia la pena prevista in astratto, mantenendo unicamente un elenco di eccezioni espressamente previste³⁴⁶. Il che, in sostanza, altro non significa se non che il *plaider coupable* non avrebbe più operato, come era in origine, unicamente per delle fattispecie di reato di medio-bassa gravità, ma per un novero di reati molto più ampio.

A detta dei proponenti tale estensione del rito oltre la soglia originaria dei cinque anni di pena detentiva non avrebbe prodotto alcun problema di costituzionalità: difatti nella sua decisione del 2 marzo 2004 il Consiglio costituzionale non aveva affatto condizionato la legittimità del rito al fatto che lo stesso fosse limitato soltanto ai delitti di minore gravità³⁴⁷.

³⁴¹ A. TALEB, *Le «plaider coupable» français*, cit., p. 247.

³⁴² Cfr. *Commission sur la répartition des contentieux, Rapport au garde des Sceaux, L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, in www.justice.gouv.fr.

³⁴³ *Commission sur la répartition des contentieux, Rapport au garde des Sceaux*, cit., p. 25.

³⁴⁴ *Commission sur la répartition des contentieux, Rapport au garde des Sceaux*, cit., pp. 26 s.

³⁴⁵ *Commission sur la répartition des contentieux, Rapport au garde des Sceaux*, cit., p. 143.

³⁴⁶ *Commission sur la répartition des contentieux, Rapport au garde des Sceaux*, cit., p. 143.

³⁴⁷ *Commission sur la répartition des contentieux, Rapport au garde des Sceaux*, cit., p. 143.

Al contempo, su un piano pratico, si è sostenuto che tale modifica avrebbe consentito di applicare questo rito semplificato a tutta una serie di infrazioni (ad esempio in materia di stupefacenti) adatti a una trattazione particolarmente rapida e snella³⁴⁸.

Orbene, pare utile ricordare che in tale sede il rappresentante degli avvocati ha appoggiato la proposta di estensione dell'ambito di applicazione di tale meccanismo «*sous réserve d'une harmonisation des politiques des parquets dans le sens d'un dialogue entre le ministère public et la défense*»³⁴⁹. Vi è stata così un'ulteriore riprova di quanto i legali francesi abbiano, nel corso degli anni, iniziato a provare una certa insofferenza nel fatto che le discussioni sulla pena con i pubblici ministeri avvengano in via totalmente informale, senza alcuna copertura normativa. Alla luce di ciò non stupirà che in un recente lavoro dedicato al ruolo dell'avvocato nella CRPC si sia quindi persino proposto di porre luce sulla "zona grigia" delle trattative sviluppatasi all'interno di questo istituto, proponendosi «*une modification de l'article 495-8 qui intégrerait cette réalité*»³⁵⁰.

Ma non è tutto. La Commissione Guinchard ha osservato anche che la situazione descritta per il «*plaide coupable était en grande partie similaire à celle qui existe pour la composition pénale*»³⁵¹: dopo la riforma della legge Perben II, infatti, anche tale meccanismo è stato reso applicabile «*aux contraventions et aux délits punis à titre principal d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à cinq ans*».

Di modo che, facendo leva su tale analogia, quest'organo ha del pari pensato di proporre di estendere pure l'ambito della *composition pénale* a tutti i delitti, fatta eccezione per quelli già esclusi dalla legge (in materia di stampa; omicidio colposo e delitti politici)³⁵².

Anche in Francia, quindi, dopo un primo periodo di applicazione della CRPC e della *composition pénale* a una serie di fattispecie di reato di medio-bassa gravità, il bisogno incessante di definire in modo rapido una gran mole di reg Giudicande ha creato delle forti pulsioni, volte a ampliare sempre più l'area di incidenza della giustizia penale consensuale e negoziata.

Ciò, d'altra parte, è dimostrato ancora più chiaramente da quanto suggerito l'anno successivo da un'altra Commissione di studio nominata al fine di riformare la procedura penale francese, ovvero il *comité de réflexion sur la justice pénale*, presieduto dall'avvocato generale Philippe Leger³⁵³.

Nel suo rapporto del 1 settembre 2009, infatti, tale consesso ha persino proposto (a maggioranza) di instaurare una procedura semplificata del tutto originale, operante nel caso in cui il prevenuto ammettesse la sua responsabilità davanti alla Corte d'Assise per tutta una serie di "crimini"³⁵⁴.

³⁴⁸ *Commission sur la répartition des contentieux, Rapport au garde des Sceaux, cit., p. 143.*

³⁴⁹ *Commission sur la répartition des contentieux, Rapport au garde des Sceaux, cit., p. 143.*

³⁵⁰ A.S. CHAVENT-LECLÈRE, *La défense pénale et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, cit., p. 144

³⁵¹ *Commission sur la répartition des contentieux, Rapport au garde des Sceaux, cit., p. 144.*

³⁵² *Commission sur la répartition des contentieux, Rapport au garde des Sceaux, cit., p. 144.*

³⁵³ *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, del 1 settembre 2009, in www.justice.gouv.fr.

³⁵⁴ *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale, cit., p. 42.*

A tale Commissione, infatti, sembrava «*inutile de consacrer une large partie de l'audience à un débat sur la matérialité des faits lorsque ceux-ci ne sont pas contestés*»³⁵⁵.

Tuttavia, tenuto conto della gravità dei fatti giudicati dalle Corti d'Assise francesi e dell'importanza per le vittime della fase dibattimentale, tale comitato ha ritenuto che la procedura semplificata "consensuale" non avrebbe potuto essere simile alla CRPC, posto che, come si è avuto modo di vedere, quest'ultima esclude «*en effet tout débat lors de l'audience d'homologation*»³⁵⁶.

Nel meccanismo proposto dalla *Commission Leger*, al contrario, si sarebbe dovuta tenere una vera e propria udienza dibattimentale, a cui avrebbero dovuto partecipare l'accusato e la vittima³⁵⁷.

Secondo i proponenti, questa udienza avrebbe avuto una disciplina alquanto peculiare: la Corte «*s'assurera du caractère fondé de la reconnaissance de culpabilité mais sans qu'il y ait a un débat sur cette question, ni d'audition de témoins ou d'experts tendant uniquement à démontrer la culpabilité de l'accusé. En revanche, un débat aura lieu s'agissant de la peine qui devra être prononcée. Les parties pourront citer des témoins pur éclairer la cour sur la personnalité de l'accusé*»³⁵⁸.

Ma vi è di più: tale iniziativa, pur non facendo alcun cenno alla possibilità per le parti di negoziare l'ammissione di colpevolezza, che comunque il prevenuto avrebbe dovuto effettuare fuori udienza assistito da un avvocato, aveva però previsto di premiare il *guilty plea* tramite uno sconto di pena, la cui entità non è stata però esattamente predeterminata³⁵⁹. Va peraltro segnalato che, da quanto si ricava dal rapporto della Commissione, una minoranza dei componenti si è specificamente opposto alla remunerazione del *guilty plea* con un beneficio premiale³⁶⁰.

In ultima analisi si è ancora stabilito in modo espresso che tale procedura semplificata non avrebbe potuto operare innanzi alla Corte d'Assise d'Appello, potendo essere messa in opera soltanto in primo grado³⁶¹.

A ogni modo, l'idea di creare un *plaider coupable* per i "crimini" era senz'altro molto ambiziosa, tanto che, non a caso, la stessa ha ricevuto numerose critiche, non venendo poi effettivamente implementata³⁶².

Peraltro, un'ulteriore e definitiva riprova di quanto, per un certo periodo, si sia diffusa trasversalmente l'idea per cui la CRPC andasse rafforzata, in modo da sfoltire il carico giudiziario per un novero assai più ampio di fattispecie di reato, può essere tratta dalla lettura dell'«*Avant-projet du futur code de procédure pénale*», presentato il 1 marzo 2010 dal Ministero della giustizia francese³⁶³.

In questo progetto normativo, infatti, pur non facendosi alcun riferimento all'opportunità di creare un meccanismo fondato su un *plaider coupable* operante

³⁵⁵ *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, cit., p. 42.

³⁵⁶ *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, cit., p. 42.

³⁵⁷ *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, cit., p. 43.

³⁵⁸ *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, cit., p. 43.

³⁵⁹ *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, cit., p. 43.

³⁶⁰ *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, cit., p. 43.

³⁶¹ *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, cit., p. 43.

³⁶² A. TALEB, *Le point sur la CRPC dans l'avant-projet portant réforme de la procédure pénale : La révolution annoncée aura-t-elle lieu?*, in *Procédures*, aprile 2011, p. 2.

³⁶³ Cfr. *Avant-Projet du futur Code de procédure pénale*, versione del 1 marzo 2010, in www.justice.gouv.fr.

innanzi le Corti d'Assise³⁶⁴, si è invece suggerito di estendere l'ambito di applicazione della CRPC a tutti i delitti e «aux contraventions connexes», salvo solo alcune eccezioni, in modo simile a quanto proposto due anni prima dalla Commission Guinchard³⁶⁵.

Merita segnalare, oltretutto, come l'*Avant project* abbia ripreso i lavori compiuti dai diversi progetti di studio presentati negli anni precedenti anche per quanto concerne la *transaction pénale* e la *composition pénale*, di cui ha proposto, invero, un netto rafforzamento.

Alla luce di ciò, si comprende quindi come il consensualismo penale avrebbe dovuto essere uno dei pilastri su cui si sarebbe dovuto basare anche il nuovo codice di procedura penale francese del XXI secolo: ancora una volta, infatti, si è considerato che la giustizia penale d'Oltralpe non potesse più fare a meno di tutta una serie di meccanismi acceleratori fondati sulla volontà del prevenuto, volti a consentire il risparmio di energie processuali da spendere per le regiudicande effettivamente contestate.

12. Le riforme apportate al *plaider coupable* dalla legge n. 2011-1862 del 13 dicembre 2011

Dopo che una legge del 2009 aveva – tra l'altro – introdotto un nuovo art. 495-15-1 *cod. proc. pén.*³⁶⁶, al fine di consentire ai pubblici ministeri di utilizzare la prassi della cosiddetta *double convocation*³⁶⁷ – consistente nel simultaneo invio a un prevenuto della citazione a partecipare a una procedura di CRPC e una *convocation en justice* ex art. 390-1 *cod. proc. pén.* –, il particolare attivismo delle forze politiche francesi con riguardo al *plaider coupable* ha avuto un'ulteriore conferma a seguito della presentazione, il 3 marzo 2010, da parte del Primo Ministro francese e dal Ministro della Giustizia, di un'articolata proposta di riforma, ispirata dai lavori della commissione Guinchard³⁶⁸.

Nella versione originaria di tale progetto di legge si prevedeva di apportare un'unica, ma alquanto significativa riforma alla disciplina della CRPC: sulla scia di tutte le proposte di rafforzamento del meccanismo *de quo* presentate negli anni precedenti, il Governo francese aveva finalmente deciso di rompere di indugi, suggerendo apertamente al Parlamento di modificare l'art. 495-7 *cod. proc. pén.*, al fine di consentire l'applicazione del *plaider coupable* a tutti i delitti, salvo alcune eccezioni.

Come si desume dalla valutazione d'impatto di tale iniziativa normativa, le ragioni che hanno portato a proporre tale ritocco sono chiare: preso atto del fatto che nel 2008 «55.092 *procédures de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ont été validées par une ordonnance du président de juridiction pour un nombre de*

³⁶⁴ A. TALEB, *Le point sur la CRPC dans l'avant-projet portant réforme de la procédure pénale*, cit., p. 2.

³⁶⁵ Cfr. art. 334-38 dell'*Avant-Projet du futur Code de procédure pénale*, cit., p. 157

³⁶⁶ Ci si riferisce alla *loi n°2009-526 du 12 mai 2009*.

³⁶⁷ Per un'analisi organica di tale questione cfr. A. TALEB, *La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité: une clarification législative née du pragmatisme jurisprudentiel*, in *RPDP*, 2010, pp. 43 ss.

³⁶⁸ Cfr. *Projet de loi n. 344 (2009-2010), relatif à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles*, del 3 marzo 2010, presentato a nome del Primo ministro Fillon dal Ministro della giustizia Alliot-Marie.

condamnations éligibles à cette mesure de 467.778, soit un taux d'application de 12%»³⁶⁹, il Governo d'Oltralpe ha pensato di estenderne l'ambito di applicazione, al fine di incrementarne gli effetti deflativi su una percentuale di reg Giudicande sensibilmente più ampia³⁷⁰.

Una volta che tale iniziativa normativa è stata esaminata dalla *Commission de loi* del Senato, essa si è però arricchita di un'altra proposta di modifica non meno rivoluzionaria per il *plaider coupable*.

È stato, infatti, tale organo ad approvare un emendamento di iniziativa governativa al disegno di riforma iniziale, volto a consentire di ricorrere alla CRPC «*après une instruction, lorsque les faits reprochés à la personne mise en examen constituent un délit*»³⁷¹. Come è invero noto, fino a quel momento, tale meccanismo acceleratorio non poteva che essere attivato dal solo pubblico ministero, ma per l'appunto non dal giudice istruttore all'interno di una «*information judiciaire*».

In questa sede ha quindi preso corpo l'idea di inserire un nuovo articolo 180-1 *cod. proc. pén.*, volto a consentire al giudice istruttore, su domanda o comunque con il necessario accordo del prevenuto (che avesse riconosciuto la sua responsabilità e accettato la qualificazione giuridica data dall'imputazione) del pubblico ministero e della parte civile, di emettere un'ordinanza di rinvio della reg Giudicanda al *parquet* al fine «*de mise en œuvre d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité conformément aux dispositions des articles 495-7 et suivants*»³⁷².

Non si trattava, peraltro, neppure in questo caso di un'idea del tutto originale, ma piuttosto del recupero di quanto già proposto negli anni passati da una Commissione di studio; e, più precisamente, dal *rapport* «*Célérité et qualité de la justice*», presentato nel 2004 al Ministro della giustizia, da un consesso presieduto da Jean Claude Magendi³⁷³.

In sintesi, tale emendamento ha così previsto la possibilità per il giudice istruttore, il quale consideri opportuno mettere in moto un *plaider coupable* non avviato in precedenza per un delitto, di mettere avviare lui tale procedura con l'accordo del pubblico ministero e delle parti, ordinando «*le renvoi de l'affaire au procureur de la République aux fins de mise en œuvre d'une procédure de CRPC*»³⁷⁴.

È d'altra parte chiaro come tale ritocco sia stato mosso da una logica per certi versi simile rispetto all'estensione dell'area di applicazione della CRPC a quasi tutti i delitti: anche in questo caso, infatti, si è voluto aumentare il novero delle reg Giudicande a cui il rito *de quo* fosse applicabile.

³⁶⁹ *Étude d'impact, Projet de loi relatif à la répartition du contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles*, 1 marzo 2010, p. 31.

³⁷⁰ *Étude d'impact, Projet de loi relatif à la répartition du contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles*, cit. p. 31.

³⁷¹ Cfr. Y- DETRAIGNE, *Rapport n. 394, au nom de la commission des lois, sur le projet de loi relatif à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles*, del 30 marzo 2011, p. 118.

³⁷² Y- DETRAIGNE, *Rapport n. 394, cit.*, p. 224.

³⁷³ In questo senso si esprime la nota di spiegazione dell'emendamento governativo di inserimento dell'art. 180-1 *cod. proc. pén.*, in *Projet de loi n. 344, Amendements déposés en vue de l'élaboration du texte de la commission*, Amt n. COM-15, in www.senat.fr.

³⁷⁴ Nota di spiegazione dell'emendamento governativo di inserimento dell'art. 180-1 *cod. proc. pén.*, in *Projet de loi n. 344, cit.*

Dato il numero assai scarso dei procedimenti per cui viene effettivamente ancora oggi effettuata un'*information*³⁷⁵, pare che l'introduzione dell'art. 180-1 *cod. proc. pén.* assuma invero importanza più su un piano strettamente sistematico, che "pratico".

Non va, infatti, dimenticato che, ancora oggi, lo scopo principale che muove l'intera fase dell'istruzione è, a norma dell'art. 81 del *cod. proc. pén.*, l'accertamento della verità: di modo che, in sostanza, il legislatore consentendo al giudice istruttore di bloccare l'*information* per lo svolgimento di una *CRPC* ha dato un forte segnale di quanto tale meccanismo sia considerato, oramai, in tutto e per tutto, compatibile con tale finalità primaria del processo penale francese.

A ogni modo, merita segnalare come pure l'Assemblea nazionale – che ha in tale sede definito la *CRPC* un meccanismo perfettamente integrato nella procedura penale francese³⁷⁶ – abbia in questo caso condiviso subito tali modifiche, approvando sul punto, già nel corso dell'esame in prima lettura del testo normativo, soltanto alcuni emendamenti di natura meramente redazionale.

Nonostante, quindi, il progetto di riforma contenente tali modifiche abbia incontrato un percorso parlamentare assai complesso, le disposizioni concernenti il *plaider coupable* non sono state oggetto di alcuna seria contrapposizione tra i due rami del Parlamento francese, a dimostrazione, quindi, di come vi fosse una larga condivisione nella maggioranza con riguardo alla necessità di estendere l'area di operatività della *CRPC*.

Peraltro, dopo che il 16 novembre 2011 l'Assemblea nazionale francese aveva approvato in via definitiva l'iniziativa normativa *de qua*, le opposizioni hanno nuovamente utilizzato lo strumento dello scrutinio preliminare di costituzionalità al fine di impedire l'effettiva entrata in vigore di tutta una serie di disposizioni, tra cui anche quelle volte a concernenti la *CRPC*.

Dal canto suo, però, il *Conseil constitutionnel* ha ribadito quanto aveva già affermato nella sua pronuncia del 2004, riprendendo diversi passaggi di tale fondamentale decisione³⁷⁷. A detta del giudice delle leggi francese, infatti, l'intero istituto della *CRPC* e pure le disposizioni volte a estenderne l'applicazione a quasi tutti i delitti e alla fase istruttoria non si sarebbero posti in contrasto con la Costituzione francese, in quanto l'istituto *de quo* è caratterizzato da tutta una serie di garanzie a favore del prevenuto e della vittima, che garantiscono il rispetto di tutta una serie di principi supremi del sistema d'Oltralpe³⁷⁸. Anche in questa sua decisione, il *Conseil constitutionnel* ha in particolare ribadito il ruolo chiave giocato dai controlli svolti dal giudice nella tenuta costituzionale della *CRPC*, ricordando, ancora una volta, «*qu'il peut refuser l'homologation s'il estime que la nature des faits, la*

³⁷⁵ Si veda, al riguardo, C. MAURO, *Procedura penale in Francia. Evoluzioni e tendenze*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 692, la quale ha precisato che nella prassi da una decisa d'anni l'istruttoria viene aperta in una percentuale compresa tra il 1 e 5% delle reg Giudicande.

³⁷⁶ Cfr. M. BONNOT, *Rapport n. 3604, au nom de la commission des lois constitutionnelles, adopté par le sénat après engagement de la procédure accélérée, relatif à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles*, del 29 giugno 2011, p. 143.

³⁷⁷ *Conseil Constitutionnel, Décision n° 2011-641 DC du 8 décembre 2011.*

³⁷⁸ *Conseil Constitutionnel, Décision n° 2011-641 DC du 8 décembre 2011.*

personnalité de l'intéressé, la situation de la victime ou les intérêts de la société justifient une audience correctionnelle ordinaire»³⁷⁹.

A questo punto, dopo aver ottenuto il pieno avallo del Giudice delle leggi, il ritocco all'art. 495-7 *cod. proc. pén.* e l'interpolazione dell'art. 180-1 *cod. proc. pén.* hanno potuto essere effettivamente introdotte nel sistema processuale francese da parte della legge del 13 dicembre 2011, n. 1862.

L'effettiva entrata in vigore di tali disposizioni pare aver mutato in modo non secondario volto alla CRPC, avendo definitivamente chiuso un primo ciclo di vita della CRPC, per aprirne un altro.

Si può infatti dire che mentre l'ambito di applicazione originario del *plaider coupable* lo avvicinava a quei modelli europei di giustizia negoziata – come, ad esempio, quello italiano e spagnolo – che considerano possibile (quantomeno da un punto di vista normativo) concludere degli accordi contrattati su una pena unicamente per le fattispecie di reato di medio-bassa gravità, ciò non è più vero dopo la novella del 2011.

A seguito dell'estensione dell'ambito di applicazione della CRPC a quasi tutti i delitti, infatti, tale strumento processuale pare oggi essersi quantomeno avvicinato al *plea bargaining* nord-americano³⁸⁰ e alle *Verständigungen* tedesche, che sono ammessi anche per le fattispecie criminali più gravi.

La necessità di rafforzare le alternative al processo penale ordinario pare, insomma, aver portato il legislatore francese a cambiare passo, consentendo di compiere delle intese sull'oggetto del processo ben al di là degli affari più semplici e lievi come aveva in origine pensato.

Ma vi è di più. Come si è già accennato, anche l'interpolazione dell'art. 180-1 *cod. proc. pén.*³⁸¹ pare avere un'importanza sistematica di primario rilievo, che va ben oltre a quanto si è già accennato con riguardo al principio di ricerca della verità.

A ben vedere, infatti, la possibilità concessa al giudice istruttore di farsi parte promotrice di un *plaider coupable* pare invero aver dimostrato quanto il legislatore del 2011 abbia voluto estendere l'ambito dei soggetti protagonisti della giustizia negoziata francese, anche al di là del *parquet* e delle parti.

È infatti oramai lo stesso art. 180-1 del codice a parlare espressamente della possibilità per l'istruttore di concludere un vero e proprio accordo con il procuratore della repubblica, l'imputato e la parte civile, finalizzato a consentire l'instaurazione di una CRPC.

In tal modo, quindi, anche il soggetto più rappresentativo del sistema continentale di giustizia penale, ovvero, per l'appunto, il giudice istruttore, è venuto per la prima volta a partecipare alla conclusione di intese, fondate su trattative e concessioni reciproche tra le parti, idonee a far terminare in modo anticipato una regudicanda penale.

Il che, in sostanza, significa che fintanto che il legislatore francese non si deciderà di seguire effettivamente le pulsioni volte a eliminare il giudice istruttore,

³⁷⁹ *Conseil Constitutionnel, Décision n° 2011-641 DC du 8 décembre 2011, §16.*

³⁸⁰ Questa è l'opinione di S.-M. CABON, *La négociation en matière pénale*, cit., p. 64.

³⁸¹ Per un commento a tale disposizione cfr. V.-O. DERVIEUX, *La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité dans le cadre d'une instruction préparatoire (CRPCI), cette belle inconnue...*, in *Gaz. Pal.*, 2016, pp. 15 ss.

questi ha voluto dotare anche tale soggetto della possibilità di utilizzare uno strumento acceleratorio negoziato per adempiere alla sua funzione di scoperta della verità.

L'introduzione dell'art. 180-1 *cod. proc. pén.* pare insomma dimostrare come, dopo i primi anni di applicazione della *CRPC*, le forze politiche francesi abbiano superato le timidezze iniziali, cercando di adattare man mano sempre meglio il modello di riferimento (ovvero il *guilty plea* anglosassone) alle peculiarità del sistema processuale d'Oltralpe.

In tal modo, quindi, la giustizia contrattata sembra aver dato una ulteriore riprova della sua versatilità: la stessa, infatti, è riuscita man mano ad adattarsi anche a un contesto di riferimento particolarmente ostile come quello francese, ramificandosi sempre più anche all'interno delle fasi più tipicamente inquisitorie della procedura penale di tale Paese, fino a portare all'ideazione di un giudice istruttore "negoziatore", ovvero di una figura quasi ossimorica di cui, fino a pochi anni fa, nessuno avrebbe potuto preconizzare la creazione.

13. *La transaction pénale par officier de police judiciaire*

Si è avuto già modo di accennare che, nel corso degli ultimi anni, il legislatore francese, anche grazie al buon successo avuto nella prassi dai meccanismi della "terza via"³⁸², ha creato numerose nuove ipotesi di "*transaction pénale*", che si sono via via aggiunte a quelle in vigore oramai da secoli³⁸³.

La scelta delle forze politiche di percorrere tale strada si deve, invero, anche ai suggerimenti in tal senso provenienti dalle diverse Commissioni di studio nominate nel corso degli ultimi anni dal Ministero della giustizia, tra cui non solo la già citata *Commission Guinchard*, ma anche quelle presiedute dal procuratore generale Jean-Luis Nadal³⁸⁴ e dal consigliere della Cassazione Pierre Delmas-Goyon³⁸⁵.

In tutti i loro rapporti, infatti, questi autorevoli consessi hanno fortemente spinto a potenziare i meccanismi transattivi, in quanto trasversalmente considerati uno strumento agile, idoneo a consentire alla giustizia penale francese un cospicuo risparmio di tempo.

Senza che sembri utile soffermarsi su tutte le peculiari figure di transazioni codificate negli ultimi tempi, in questa sede pare unicamente spendere alcune considerazioni sull'ipotesi forse più peculiare tra quelle introdotte dal legislatore

³⁸² C. MAURO, *Dell'utilità del criterio della non punibilità per particolare tenuità del fatto in un sistema di opportunità dell'azione penale*, cit., p. 163.

³⁸³ Per un'efficace presentazione di alcune tipologie, cfr. C. MAURO, *Dell'utilità del criterio della non punibilità per particolare tenuità del fatto in un sistema di opportunità dell'azione penale*, cit., pp. 164 ss. Una recente analisi organica si può ritrovare oltre che nella monografia di J.B. PERRIER, *La transaction en matière pénale*, cit., *passim*, nel già citato *dossier*, con contributi di diversi autori, dal titolo *Quelle place pour la transaction pénale?*, pubblicato in *AJ Pénal*, 2015, pp. 459-478.

³⁸⁴ *Rapport* del novembre 2013 della *Commission de modernisation de l'action publique, Refonder le ministère public*, cit., p. 55.

³⁸⁵ *Rapport* del dicembre 2013, «*Le juge du 21ème siècle*». *Un citoyen acteur, une équipe de justice*, in www.justice.gouv.fr, p. 14.

francese, ovvero la cosiddetta “*transaction pénale par officier de police judiciaire*”, comunemente detta *TOPJ*³⁸⁶.

Si tratta di un istituto che vede le sue origini in un emendamento, presentato nel maggio del 2014, dal deputato Dominique Raimbourg, a un progetto di legge «*relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*»³⁸⁷.

È intatti in tale contesto che si è avuta l'idea di inserire un nuovo articolo 41-1-1 *cod. proc. pén.*, volto a consentire agli ufficiali di p.g. di proporre per tutta una serie di reati minori una transazione penale al prevenuto, fintanto che l'*action publique* non fosse stata esercitata, consistente nel pagamento di una somma di denaro allo Stato e, eventualmente, nel risarcimento dei danni, idonea a estinguere l'azione penale. Merita precisare che, in origine, questo provvedimento avrebbe dovuto essere omologato dal solo *parquet*³⁸⁸, non richiedendo l'intervento di un giudice.

Già allora, peraltro, si prevedeva che per la concreta determinazione della proposta di transazione si sarebbe dovuto tener conto delle circostanze e della gravità del reato, della personalità e della situazione materiale, familiare e sociale dell'autore e dei suoi oneri e risorse, non potendosi comunque eccedere in ogni caso un terzo dell'importo dell'ammenda prevista in astratto³⁸⁹.

Dal canto suo, il Senato francese si è in un primo momento fermamente opposto a tale istituto, considerando che la missione degli ufficiali della polizia giudiziaria «*s'opposent à la possibilité de lui octroyer un pouvoir de transaction, dès lors que son rôle consiste à rendre compte des infractions à la loi pénale à l'autorité judiciaire et à se conformer à ses directives*»³⁹⁰.

Si è dovuto, quindi, ricorrere anche in questo caso a una Commissione mista paritetica perché si riuscisse a raggiungere una posizione condivisa tra le due camere del Parlamento francese.

Per poter essere accettato dal Senato tale meccanismo ha però dovuto subire numerose modifiche, che ne hanno mutato in modo sostanziale il funzionamento.

Essendosi, infatti, accorti che la versione originaria della *TOPJ* lasciava troppi poteri al duo *parquet*-ufficiale di polizia giudiziaria, i membri della Commissione paritetica hanno previsto che non fosse più il pubblico ministero a omologare l'accordo tra prevenuto e ufficiale della polizia giudiziaria, ma il presidente del *tribunal de grande instance* o un giudice da lui designato³⁹¹.

³⁸⁶ Per un commento di tale istituto cfr. N. JEANNE, *Réflexions sur la transaction pénale par officier de police judiciaire*, in *RSC*, 2016, pp. 1 ss.; C. MANSIONI, *La transaction par officier de police judiciaire ou TOPJ*, in *AJ Pénal*, 2015, p. 469; J.B. PERRIER, *La transaction pénale de l'article 41-1-1 du code de procédure pénale. Bonne idée ou outil dangereux?*, in *Recueil Dalloz*, 2014, pp. 2182 ss.

³⁸⁷ Cfr. D. RAIMBOURG, *Rapport n. 1974, fait au nom de la commission des lois, sur le projet de loi n. 1413, relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, del 28 maggio 2014, p. 344.

³⁸⁸ Cfr. *Projet de loi n. 1974, tendant à renforcer l'efficacité des sanctions pénales*, del 28 maggio 2014, p. 28.

³⁸⁹ Cfr. *Projet de loi n. 1974, tendant à renforcer l'efficacité des sanctions pénales*, del 28 maggio 2014, p. 28.

³⁹⁰ Cfr. J.P. MICHEL, *Rapport n. 641, t. I (2013-2014), fait au nom de la commission des lois, sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, tendant à renforcer l'efficacité des sanctions pénales*, del 18 giugno 2014, p. 147.

³⁹¹ Vedi D. RAIMBOURG – J.P. MICHEL, *Rapport n. 2102 Assemblée nationale – n. 690 Sénat, fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif à la prévention de la récidive et à l'individualisation des peines*, dell'8 luglio 2014, pp. 18 s.

In sostanza, quindi, da quel momento in poi tale meccanismo è stato costruito sulla base di una proposta di un'ufficiale della polizia giudiziaria, autorizzata dal procuratore della repubblica, che, una volta accettata dal soggetto sottoposto a procedimento penale, avrebbe dovuto essere omologata da un giudice, in modo simile a quanto avviene per la *composition pénale*.

Oltre a ciò, la nuova versione dell'art. 41-1-1 *cod. proc. pén.* ha esplicitato anche un'ulteriore garanzia essenziale per la tenuta costituzionale di tale rito, ovvero la possibilità (ma si badi non la necessità) per il prevenuto di essere assistito da un legale nel corso della procedura³⁹².

Nonostante la delicatezza del meccanismo *de quo*, merita segnalare come lo stesso non sia stato ricompreso tra le disposizioni impugnate in via preventiva innanzi al Consiglio costituzionale, di modo che il giudice delle leggi francese non si è potuto subito pronunciare sulla legittimità costituzionale dello stesso.

La legge 15 agosto del 2014, n. 896 ha quindi potuto introdurre senza ulteriori difficoltà la *TOPJ* nel codice di procedura penale francese, arricchendo così la "terza via" francese di un nuovo strumento, potenzialmente alquanto efficace per un novero di reati tutto sommato notevole.

La *transaction pénale par officier de police judiciaire*, infatti, collocandosi in uno spazio intermedio tra le archiviazioni condizionate e la *composition pénale* presenta il vantaggio di poter per l'appunto essere messa in opera direttamente da un soggetto diverso dal *parquet*, il quale può così risparmiare tempo, limitandosi solo a acconsentire o meno a una misura alternativa all'esercizio dell'azione penale predisposta da altri.

Si è però dovuto attendere quasi un anno affinché venisse approvato pure il *décret en Conseil d'Etat* che l'ultimo comma dell'art. 41-1-1 *cod. proc. pén.* ha previsto dovesse fissare le modalità concrete di applicazione di tale meccanismo.

Solo nell'ottobre del 2015 è stato, infatti, adottato il *décret* n. 2015-1272 «*pris pour l'application des articles 41-1-1 du code de procédure pénale et L. 132-10-1 du code de la sécurité intérieure*»³⁹³, che ha quindi completato la disciplina legislativa mediante alcune ulteriori disposizioni essenziali per il funzionamento pratico della *TOPJ*.

Così, anzitutto, lo stesso ha precisato le modalità di autorizzazione della transazione da parte del pubblico ministero, stabilendo che «*l'officier de police judiciaire qui propose une transaction [...] en application de l'article 41-1-1 demande l'autorisation au procureur de la République en indiquant le montant de l'amende qu'il propose et, le cas échéant, les modalités de réparation du dommage*»³⁹⁴.

In tal modo, quindi, il provvedimento amministrativo *de quo* pare aver dato una precisa riprova, da un lato, del fatto che la *TOPJ* costituisca un atto di iniziativa autonoma da parte della polizia giudiziaria³⁹⁵, unicamente autorizzato dal *parquet*, e da un altro lato, di quanto spetti direttamente all'ufficiale della polizia giudiziaria il compito di individuare, sulla base delle peculiarità della fattispecie concreta,

³⁹² *Projet de loi* n. 2102 *Assemblée nationale* – n. 691 *Sénat*, *relatif à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales*, dell'8 luglio 2014, p. 28.

³⁹³ Per un commento cfr. J.B. PERRIER, *Décret relatif à la transaction «pénale»: entre déception(s) et consolation*, in *Recueil Dalloz*, 2016, p. 135.

³⁹⁴ Cfr. art. R. 15-33-37-1, *cod. proc. pén.*

³⁹⁵ Si veda, a riguardo, N. JEANNE, *Réflexions sur la transaction pénale par officier de police judiciaire*, cit., p. 6.

l'ammontare della somma di denaro che il prevenuto si trova a pagare in cambio dell'estinzione dell'azione penale.

Non stupisce, invero, che neppure in questo provvedimento, così come nell'art. 41-1-1 *cod. proc. pén.*, si sia fatto alcun riferimento alla possibilità per l'ufficiale della polizia giudiziaria di negoziare assieme al prevenuto l'ammontare della somma di denaro oggetto della transazione. Tanto che, alla luce della tradizione francese che vede i meccanismi transattivi come strumenti non contrattati tra individuo e autorità, ma come offerte ferme, semplicemente accettate o rifiutate, si potrebbe essere portati a pensare che anche la *TOPJ* rappresenti una sorta di contratto per adesione e, quindi, un mero istituto di giustizia consensuale e non negoziata. D'altra parte, sembra che nei prossimi anni andrà verificato se le contrattazioni che si sono diffuse nel contesto della *CRPC* produrranno l'effetto di creare una generale mentalità favorevole allo svolgimento di trattative tra le parti di un procedimento penale anche nei meccanismi processuali differenti, quali, per l'appunto, la *TOPJ*, oppure la *composition pénale*. Detto altrimenti: visto che oggi pare oramai un dato acclarato che nella *CRPC* possa essere contrattata anche una pena detentiva per reati ben più gravi di quelli per cui sono ammessi gli istituti della terza via e anche la *transaction pénale*, sembra doveroso chiedersi se, una volta rotto il tabù della negoziabilità, la stessa si espanderà a macchia d'olio coinvolgendo anche quegli istituti che la dottrina francese ha tradizionalmente descritto come meramente consensuali. È del resto ovvio che, in assenza di un divieto normativo espresso rispetto al compimento di trattative nel contesto di una *TOPJ* o di una *composition pénale*, una deriva verso la giustizia negoziata di tali meccanismi pare possibile, posto che dipende unicamente dall'atteggiamento pratico di apertura o chiusura rispetto alle contrattazioni con il prevenuto assunto dagli operatori del diritto. Difatti, ove i rappresentati dell'autorità, preso atto dell'efficacia con cui vengono negoziate le *CRPC*, decidessero di iniziare a sviluppare sempre più trattative informali anche per gli altri meccanismi acceleratori fondati sulla volontà del prevenuto gli stessi cesserebbero di essere dei meri "contratti per adesione". Di modo che, in sostanza, pare che, fintanto che il legislatore non interverrà espressamente ammettendo o negando le trattative informali, la vera e propria chiave dello sviluppo futuro della negoziabilità in Francia starà nelle mani dei pubblici ministeri e degli ufficiali della polizia giudiziaria: a seconda di quanto gli stessi subiranno gli influssi delle trattative svolte nel *plaidier coupable*, diventando disponibili a svolgere delle discussioni anche su meccanismi una volta non contrattati, la giustizia negoziata d'Oltralpe subirà o meno un'ulteriore evoluzione.

A parte la precisazione concernente le modalità di autorizzazione della *TOPJ* da parte del pubblico ministero il decreto del 2015 ha introdotto anche altre disposizioni di primaria importanza per il meccanismo *de quo*.

Così, ad esempio, quest'atto ha chiarito pure che tale peculiare forma di transazione non possa essere proposta a una persona fintanto che la stessa si trovi in *garde à vue*³⁹⁶. Si tratta di una garanzia senz'altro apprezzabile, simile a quella in origine prevista per la *composition pénale*, inserita al fine di tutelare la libertà del consenso prestato dal prevenuto a tale misura, volendosi evitare che la particolare

³⁹⁶ Cfr. art. R. 15-33-37-2 *cod. proc. pén.*

situazione di limitazione della sua libertà derivante dalla *garde à vue* vada a inficiare la sua libertà di autodeterminazione nella decisione di rinunciare a un processo penale ordinario.

Oltre a ciò, il decreto del 2015 ha anche adottato una previsione volta a rafforzare il ruolo delle vittime nella *TOPJ*, che si è andata ad aggiungere alla possibilità, da sempre prevista all'interno dell'art. 41-1-1, per gli ufficiali della polizia giudiziaria di inserire, ove lo ritengano opportuno, quale contenuto ulteriore della transazione anche la riparazione dei danni. Questo provvedimento amministrativo ha infatti stabilito che «*l'exécution de la transaction ne fait pas échec au droit de la partie civile de délivrer citation directe devant le tribunal correctionnel dans les conditions prévues au présent code. [...] La victime a également la possibilité, au vu de l'ordonnance d'homologation, lorsque l'auteur des faits s'est engagé à lui verser des dommages et intérêts, d'en demander le recouvrement suivant la procédure d'injonction de payer, conformément aux règles prévues par le code de procédure civile*»³⁹⁷.

Non si è peraltro dovuto attendere molto da quando la *TOPJ* ha iniziato concretamente a operare, perché tale meccanismo processuale divenisse bersaglio di numerose critiche provenienti dalle più autorevoli giurisdizioni francesi.

Già alla fine del 2015, infatti, il sindacato della magistratura e quello degli avvocati hanno proposto dinnanzi al Consiglio di Stato un ricorso con cui hanno chiesto, da un lato, l'annullamento del decreto 2015-1272 del 13 ottobre 2015 per il vizio di eccesso di potere, e, da un altro lato, di rinviare al Consiglio costituzionale una questione prioritaria di costituzionalità sull'articolo 41-1-1 *cod. proc. pén.*, dato il suo asserito contrasto con diversi principi fondamentali³⁹⁸.

Tramite una decisione del 27 giugno 2016 il Consiglio di Stato ha effettivamente sollevato un'incidente di costituzionalità sull'art. 41-1-1 *cod. proc. pén.* lamentando che «*le moyen tiré de ce qu'elles portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, notamment au droit à un procès équitable et à la présomption d'innocence et au principe de légalité des délits et des peines et de la procédure pénale, soulève une question présentant un caractère sérieux*»³⁹⁹

Il *Conseil constitutionnel* ha avuto quindi così la possibilità di arricchire la sua già cospicua giurisprudenza in materia di “transazioni penali”, sviluppando, a ben vedere, dei concetti che aveva già espresso nelle sue sentenze del 30 marzo 2006 n. 535 e 26 settembre 2014 n. 416⁴⁰⁰.

In particolare, il giudice delle leggi francesi ha potuto rispondere alle critiche principali sollevate dai ricorrenti, secondo cui la *TOPJ* non avrebbe presentato le caratteristiche «*d'une transaction librement consentie et exécutée*», violando, oltretutto, anche il principio della presunzione d'innocenza.

Dal canto suo, il *Conseil constitutionnel* ha sconfessato tali affermazioni, affermando anzitutto che «*les dispositions relatives à la consignation d'une somme d'argent en vue de garantir le paiement de l'amende transactionnelle ne confèrent pas à cette*

³⁹⁷ Art. R. 15-33-37-6 *cod. proc. pén.*

³⁹⁸ *Conseil d'État*, 27 giugno 2016, n. 395321, in www.legifrance.gouv.fr.

³⁹⁹ *Conseil d'État*, 27 giugno 2016, n. 395321, in www.legifrance.gouv.fr.

⁴⁰⁰ Si veda sul punto *Commentaire* alla *Décision n° 2016-569 QPC du 23 septembre 2016*, in www.conseilconstitutionnel.fr, pp. 8 ss. Per un ulteriore commento alla decisione della Corte costituzionale francese cfr. J.B. PERRIER, *La transaction pénale et les progrès du Conseil constitutionnel*, in *Recueil Dalloz*, 2016, pp. 2545 ss.

dernière un caractère exécutoire, puisque l'auteur de l'infraction peut toujours, même après l'homologation, refuser d'acquitter la somme due»⁴⁰¹.

In secondo luogo, inoltre, i giudici hanno prima ribadito in via generale che, affinché i diritti del prevenuto siano assicurati all'interno di una procedura di transazione penale la stessa «*doit reposer sur l'accord libre et non équivoque, avec l'assistance éventuelle de son avocat, de la personne à laquelle la transaction est proposée*»⁴⁰², per poi compiere una riserva di costituzionalità della TOPJ stabilendo che «*les dispositions contestées ne sauraient, sans méconnaître les droits de la défense, autoriser qu'une transaction soit conclue sans que la personne suspectée d'avoir commis une infraction ait été informée de son droit à être assistée de son avocat avant d'accepter la proposition qui lui est faite, y compris si celle-ci interviennent pendant qu'elle est placée en garde à vue*»⁴⁰³.

Ciò, in sostanza, significa che, a detta della Corte costituzionale francese, nonostante il silenzio dell'art. 41-1-1 *cod. proc. pén.* gli ufficiali della polizia giudiziaria devono necessariamente avvisare il prevenuto della possibilità di essere assistito da un avvocato nel corso di tale procedura, pena, altrimenti, la lesione del diritto di difesa e la conseguente incostituzionalità della TOPJ.

Il giudice delle leggi ha a questo punto anche negato l'asserita violazione della presunzione d'innocenza facendo leva su quanto aveva già da tempo affermato nella sua giurisprudenza precedente. Ancora una volta, infatti, il Consiglio costituzionale ha affermato che «*ni le principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser, qui découle de l'article 9 de la Déclaration de 1789, ni aucune autre exigence constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une personne suspectée d'avoir commis une infraction reconnaisse librement sa culpabilité et consente à exécuter une peine, s'acquitter d'une amende transactionnelle ou exécuter des mesures de nature à faire cesser l'infraction ou à en réparer les conséquences*»⁴⁰⁴.

A essere stata effettivamente accolta è, invece, una questione, tutto sommato secondaria, concernente la violazione del principio di legalità processuale da parte del n. 4 del paragrafo I dell'art. 41-1-1, il quale rinviava a un decreto amministrativo la fissazione del valore del oggetto rubato al di sotto della quale fosse possibile proporre all'autore di un furto tale transazione penale. Lo stesso è stato infatti considerato contrario alla costituzione, in quanto «*en renvoyant ainsi au pouvoir réglementaire le soin de délimiter le champ d'application d'une procédure ayant pour objet l'extinction de l'action publique, le législateur a méconnu sa compétence dans des conditions affectant l'égalité devant la procédure pénale*»⁴⁰⁵.

Di modo che, in sostanza, salvo questa declaratoria parziale di incostituzionalità e quanto si è detto con riguardo al necessario avviso della possibilità per il prevenuto di farsi assistere da un legale nel contesto di tale procedimento, il Consiglio costituzionale francese ha considerato la TOPJ del tutto conforme ai principi supremi di tale ordinamento.

Tale valutazione tutto sommato positiva del nuovo meccanismo deflativo, pare però non essere stata condivisa dal Consiglio di stato francese, che ha, dal canto

⁴⁰¹ Conseil Constitutionnel, Décision n° 2016-569 QPC du 23 septembre 2016, §7.

⁴⁰² Conseil Constitutionnel, Décision n° 2016-569 QPC du 23 septembre 2016, §9.

⁴⁰³ Conseil Constitutionnel, Décision n° 2016-569 QPC du 23 septembre 2016, §9.

⁴⁰⁴ Conseil Constitutionnel, Décision n° 2016-569 QPC du 23 septembre 2016, §12.

⁴⁰⁵ Conseil Constitutionnel, Décision n° 2016-569 QPC du 23 septembre 2016, §17.

suo, considerato illegittima la parte del *décret* n. 2015-1272 concernente la *TOPJ*, in quanto contrastante con il diritto a un equo processo, garantito dall'art. 6 CEDU, e l'ha di conseguenza totalmente annullata⁴⁰⁶.

Nella sua decisione del 24 maggio 2017, infatti, la suprema giurisdizione amministrativa francese ha in particolare criticato il fatto che «*ni l'article 41-1-1 du code de procédure pénale ni les dispositions de ce code introduites par le 1° de l'article 1er du décret attaqué ne prévoient que la personne à qui est proposée la transaction soit dûment informée de la nature des faits reprochés ainsi que de leur qualification juridique*»⁴⁰⁷; e ciò nonostante tale meccanismo possa essere attivato in uno stadio del procedimento in cui il prevenuto non abbia alcuna contezza degli addebiti mossi nei suoi confronti.

A detta del Consiglio di Stato francese, infatti, affinché una transazione penale riposi su un consenso libero e non equivoco dell'autore del fatto questi deve essere necessariamente informato prima di acconsentire a tale misura della natura dei fatti a lui addebitati e della loro qualificazione giuridica: requisito su cui né l'art. 41-1-1 *cod. proc. pén.*, né il decreto del 2015 si soffermano in modo esplicito, andandosi così a creare una palese frizione tra la nuova alternativa alla *poursuite* e quanto imposto dall'art. 6 CEDU⁴⁰⁸.

Una volta preso atto di questo contrasto tra la *TOPJ* e le garanzie convenzionali, i supremi giudici non hanno quindi considerato possibile salvare il decreto del 2015, affermando che «*sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens dirigés contre ces dispositions, qui sont divisibles des autres dispositions du décret attaqué, les syndicats requérants sont fondés à en demander l'annulation*»⁴⁰⁹.

Spetterà ora alla giurisprudenza francese valutare quanto i principi espressi da tale tutto sommato rivoluzionaria decisione del Consiglio di Stato portino a dover ripensare in modo più globale la disciplina di tutte le molteplici ipotesi di transazioni penali, al fine di prevedere espressamente il diritto del prevenuto di essere informato, prima di prestare il suo consenso a tali meccanismi, dei fatti a lui addebitati⁴¹⁰ (oltreché del diritto, ove lo voglia, di essere assistito da un difensore).

14. Le più recenti iniziative di riforma della CRPC

Se, come testimonia la moltiplicazione delle ipotesi delle transazioni esistenti in Francia, non si può certo dire che, nel corso degli ultimi anni, il consensualismo penale non stia continuando la sua espansione, merita dar conto del fatto che i detrattori della giustizia negoziata non si sono però dati per vinti, ma hanno invece moltiplicato i loro sforzi, al fine di riformare la *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, in un modo più compatibile con i principi classici della procedura penale d'Oltralpe.

Un folto gruppo di senatori d'Oltralpe, infatti, preso atto della difficoltà di abrogare totalmente la *CRPC*, ha tentato di adottare una strategia differente,

⁴⁰⁶ *Conseil d'État*, 24 maggio 2017, n. 395321-395509, in www.legifrance.gouv.fr. Per un commento cfr. A. ANDRE, *Transaction pénale versus procès équitable*, in *Dalloz actualité* 2 juin 2017.

⁴⁰⁷ *Conseil d'État*, 24 maggio 2017, n. 395321-395509, §6.

⁴⁰⁸ *Conseil d'État*, 24 maggio 2017, n. 395321-395509, §6.

⁴⁰⁹ *Conseil d'État*, 24 maggio 2017, n. 395321-395509, §6.

⁴¹⁰ A. ANDRE, *Transaction pénale versus procès équitable*, **cit.**

presentando, già nel marzo del 2011, una proposta di legge di riforma di tale meccanismo processuale, che, in controtendenza rispetto a quanto effettivamente fatto dalla legge n. 1862 del 13 dicembre 2011, aveva il fine principale di diminuire l'ambito di applicazione del rito *de quo* ai soli delitti puniti con pena inferiore o uguale a tre anni di detenzione⁴¹¹.

Peraltro, dato che a quel tempo il clima politico non era certo favorevole a tale novella la stessa è stata per un po' di tempo abbandonata, per poi essere ripresentata, sostanzialmente in forma identica, il 2 ottobre 2013⁴¹².

Esattamente come era avvenuto per le iniziative volte a abrogare del tutto il *plaider coupable* anche nell'esposizione dei motivi di tale *proposition de loi* possono ritrovarsi le più comuni critiche nei confronti di tale meccanismo acceleratorio sostenute nel corso degli anni dalla dottrina francese⁴¹³.

Così, ad esempio, i proponenti, dopo aver ricordato che in questo rito il prevenuto riceve, in cambio della sua ammissione di colpevolezza uno sconto di pena, hanno sostenuto che si verrebbe così a creare «*un déséquilibre entre les parties à l'accord qui rend tout à fait illusoire la liberté du consentement tant à la mesure qu'à la peine. Le but est de faire disparaître tout débat probatoire sur la culpabilité, le tribunal devenant une simple chambre d'enregistrement d'un accord sur lequel il ne peut revenir*»⁴¹⁴.

Ma vi è di più. Si è infatti persino affermato a gran voce che la «*le spectre de la contractualisation du droit pénal n'est qu'un leurre pour faire accepter une procédure inégalitaire et contraire à la bonne administration de la justice. Cette procédure méconnaît la quasi-totalité des principes fondamentaux de la procédure pénale française. Si ses objectifs - visant à désengorger les tribunaux - sont louables et révélateurs des maux dont est victime la justice en général, et la justice pénale en particulier, la solution retenue est contraire aux fondements de notre droit processuel*»⁴¹⁵.

La procedura della CRPC, secondo tale opinione, contrasterebbe, insomma, con tutti i principi fondamentali del sistema processuale francese racchiusi nell'articolo preliminare del *code de procédure pénale*, oltreché con l'art. 6 della CEDU.

Peraltro, come si è accennato, nonostante tali critiche radicali i proponenti non si sono arrischiati a suggerire una totale eliminazione del *plaider coupable*, che avrebbe incontrato delle resistenze troppo forti per trovare effettivamente uno

⁴¹¹ Ci si riferisce alla *Proposition de loi* n. 331, portant réforme de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, presentata l'8 marzo 2011 dai senatori Mézard e altri.

⁴¹² Cfr. *Proposition de loi* n. 13 (2013-2014), portant réforme de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, presentata il 2 ottobre 2013 dai senatori Mézard e altri.

⁴¹³ Ciò del resto è ammesso esplicitamente da P.Y. COLLMBAT, *Rapport* n. 120 (2013-2014), fait au nom de la commission des lois, sur la proposition de loi de M. Jacques Mézard et plusieurs de ses collègues portant réforme de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, del 6 novembre 2013, p. 7, dove si afferma che «*la présente proposition de loi, déposée au Sénat le 2 octobre 2013, se fait l'écho de ces critiques en proposant des modifications importantes de la CRPC, visant à rapprocher autant qu'il est possible cette procédure de la poursuite en audience correctionnelle ordinaire*».

⁴¹⁴ Cfr. *exposé des motifs*, *Proposition de loi* n. 13 (2013-2014), portant réforme de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, cit.

⁴¹⁵ Cfr. *exposé des motifs*, *Proposition de loi* n. 13 (2013-2014), portant réforme de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, cit.

sbocco parlamentare, proponendo unicamente «*de moraliser cette procédure et de redonner à la personne poursuivie le libre choix de reconnaître les faits*»⁴¹⁶.

A tal fine sono quindi stati promossi alcuni ritocchi di non secondaria importanza agli articoli del codice concernenti la CRPC.

Oltre alla proposta di ridurre l'ambito di applicazione di tale rito ai soli delitti puniti con la pena inferiore o uguale a tre anni di detenzione⁴¹⁷, merita ricordare come in tale sede si è anzitutto raccomandato di modificare l'art. 495-7 del *cod. proc. pén.* al fine di impedire l'applicazione del *plaider coupable* ai recidivi, per poi prevedere anche la totale eliminazione del limite che impedisce ai pubblici ministeri di proporre all'interno di tale rito pene detentive di durata superiore a un anno, né comunque superiore alle metà della pena astratta. La presenza di tale soglia ridotta, infatti, è stata considerata come idonea a creare delle pressioni irresistibili nei confronti dei prevenuti ad accettare la proposta del *parquet*⁴¹⁸.

Questa iniziativa – in modo simile a quanto già in passato previsto da altri disegni normativi – ha anche suggerito di consentire all'organo giudicante di non limitarsi più ad accettare o rifiutare l'accordo delle parti, ma di «*prononcer une peine de la même nature mais d'un quantum inférieur*» rispetto all'intesa⁴¹⁹. È d'altra parte ovvio come questo ritocco sia stato motivato dalla volontà di trasformare la figura del giudice da mero controllore passivo di tale rito, a un soggetto attivo idoneo a incidere sul contenuto del *pactum* concluso tra le parti.

In aperta controtendenza con quanto fatto dal legislatore francese nel 2005 e nel 2009 la *proposition de loi* ha ideato poi due disposizioni volte, da un lato, a rendere obbligatoria la partecipazione del *parquet* all'udienza di omologazione, così da assicurarsi lo svolgimento di un vero e proprio contraddittorio dinnanzi al giudice⁴²⁰, e, da un altro lato, a abrogare del tutto l'art. 495-15-1 del *cod. proc. pén.*, volendosi così impedire ai pubblici ministeri di continuare a utilizzare la «*double convocation par la voie de la citation directe ou de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*»⁴²¹, in quanto tale prassi è stata considerata minare la libertà di scelta del prevenuto.

Alla luce di ciò si comprende, insomma, come questa iniziativa normativa avesse il fine di eliminare tutte le innovazioni introdotte nel corso degli anni in materia di CRPC, oltretutto di rafforzare soprattutto la figura del giudice all'interno di tale rito semplificato, così da rendere lo stesso più compatibile con i principi classici della tradizione romano-germanica.

⁴¹⁶ Cfr. *exposé des motifs, Proposition de loi n. 13 (2013-2014), portant réforme de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, cit.

⁴¹⁷ Cfr. proposta di modifica dell'art. 495-7 suggerita dalla *Proposition de loi n. 13 (2013-2014), portant réforme de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, cit.

⁴¹⁸ P.Y. COLLMBAT, *Rapport n. 120 (2013-2014)*, cit., p. 19.

⁴¹⁹ Cfr. proposta di modifica dell'art. 495-9 suggerita dalla *Proposition de loi n. 13 (2013-2014), portant réforme de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, cit.

⁴²⁰ Cfr. proposta di modifica dell'art. 495-9 suggerita dalla *Proposition de loi n. 13 (2013-2014), portant réforme de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, cit.

⁴²¹ Cfr. proposta di abrogazione dell'art. 495-9 suggerita dalla *Proposition de loi n. 13 (2013-2014), portant réforme de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, cit.

A differenza di quanto era accaduto per le proposte di eliminazione totale del *plaider coupable*, tale *proposition de loi* non è stata abbandonata, venendo effettivamente esaminata dalla *Commission de loi* del Senato⁴²².

Come spesso accade, però, tale organo è intervenuto in modo massiccio sulla proposta originaria, cambiandola totalmente: sono state infatti eliminate in questa sede, tramite molteplici emendamenti, sia tutte le disposizioni volte a rimodulare l'ambito di operatività del rito *de quo*, sia il ritocco finalizzato a consentire al giudice di irrogare una pena inferiore all'accordo, sia la regola destinata a rendere obbligatoria la partecipazione del *parquet* all'udienza di omologa, sia, infine, quella volta a impedire la prassi della *double convocation*⁴²³.

Il che, in sostanza, altro non significa se non che la Commissione del Senato ha, quindi, in buona sostanza, totalmente riscritto il progetto di legge originario, sostituendo le disposizioni ideate dai proponenti di tale iniziativa normativa con delle altre, considerate più idonee a migliorare l'attuale disciplina della *CRPC*.

È chiaro d'altra parte che, così facendo, l'intervento in questione ha cambiato totalmente significato, posto che non è stato più finalizzato a ridurre drasticamente il numero di *CRPC* effettivamente applicate e quindi a stravolgere quanto fatto dal legislatore negli anni dal 2005 al 2011.

Insomma, da questo momento in poi tale *proposition de loi* ha cessato di rappresentare la realizzazione dei propositi degli oppositori della giustizia negoziata francese, divenendo, invece, solo uno dei molteplici progetti di riforma del rito *de quo* susseguitesesi nel corso degli anni.

A ogni modo, i ritocchi di maggior interesse approvati dal Senato riguardano la figura della vittima, che, a seguito dell'effettiva approvazione di tale riforma, vedrebbe notevolmente accresciuto il suo ruolo – già di primo piano – all'interno del *plaider coupable*.

Questo soggetto, infatti, è il destinatario di ben due modifiche suggerite dalla *Commission de loi*, di cui la prima consiste nel proposito di codificare all'interno dell'art. 495-9 *cod. proc. pén.* quanto già stabilito dalla Corte costituzionale francese nel 2004 e nel 2011, ovvero che il giudice dell'omologa «*peut refuser l'homologation s'il estime que la nature des faits, la personnalité de l'intéressé, la situation de la victime ou les intérêts de la société justifient une audience correctionnelle ordinaire, ou si les déclarations de la victime convoquée en application de l'article 495-13 apportent un éclairage nouveau sur les conditions dans lesquelles l'infraction a été commise ou sur la personnalité de son auteur*»⁴²⁴.

Sicuramente più innovativo è, invece, un altro ritocco, di cui questa volta sarebbe destinatario l'art. 495-13 *cod. proc. pén.*, all'interno del quale si propone di aggiungere un periodo volto a consentire alla vittima di proporre osservazioni al

⁴²² P.Y. COLLMBAT, *Rapport* n. 120 (2013-2014), cit.

⁴²³ Si veda il testo risultante dai lavori della commissione del Senato: *proposition de loi* n. 121, portant réforme de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, *texte de la commission des lois*, del 6 novembre 2013.

⁴²⁴ Cfr. *proposition de loi* n. 121, portant réforme de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, *texte de la commission des lois*, del 6 novembre 2013.

pubblico ministero nella fase iniziale della procedura, ovvero quella del raggiungimento dell'accordo delle parti⁴²⁵.

Si tratta, com'è ovvio, di un intervento di primario rilievo: lo stesso, infatti, permetterebbe al soggetto passivo del reato di essere ammesso direttamente a presenziare all'unica fase della CRPC rispetto alla quale, a oggi, non viene invitata a partecipare in modo esplicito.

Così facendo, oltretutto, sembra che tale soggetto acquisirebbe una posizione negoziale più forte, probabilmente potendo persino essere ammesso alla fase delle trattative sulla pena da applicare, che non sarebbero più svolte solo tra il *parquet*, il prevenuto e il suo difensore, ma anche per l'appunto con la vittima (*rectius* dal suo legale).

Nel gennaio del 2014 la proposta normativa in questione non ha incontrato troppe difficoltà a essere effettivamente approvata dall'Assemblea del Senato, che ha apportato soltanto alcune lievi modifiche redazionali al testo redatto dalla Commissione⁴²⁶.

Mentre, al contrario, le innovazioni più importanti che alcuni Senatori avevano tentato di aggiungere in tale sede – quale ad esempio un ritocco all'art. 495-14 *cod. proc. pén.* volto a consentire di espungere del tutto dal fascicolo i verbali delle CRPC in caso di fallimento di tale procedura⁴²⁷ – non hanno invece avuto successo.

Chi poteva pensare che dopo questo percorso di votazione relativamente rapido al Senato l'approvazione di tale *proposition de loi* sarebbe stata facile si è sbagliato totalmente.

Difatti, dopo che il testo del progetto è stato trasmesso all'Assemblea nazionale lo stesso è per anni scomparso dai calendari delle aule parlamentari francesi, non venendo neppure discusso dalla Commissione di tale Camera.

Qualcosa però sembra essere cambiato il 6 luglio 2017 quando il testo di tale riforma è stato ri-depositato all'Assemblea nazionale e inviato nuovamente «à la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république»⁴²⁸.

Non rimane ora che attendere per comprendere le ragioni per cui le forze politiche francesi hanno deciso di non far cadere nel nulla tale novella.

Una cosa è peraltro certa: le differenze di vedute tra i due rami del Parlamento d'Oltralpe con riferimento all'istituto *de quo* sono state negli anni

⁴²⁵ Cfr. suggerimento di modifica dell'art. 495-13 *cod. proc. pén.*, contenuto nella *proposition de loi* n. 121, portant réforme de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, texte de la commission des lois, del 6 novembre 2013.

⁴²⁶ Si veda la *proposition de loi* n. 68, portant réforme de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, adottata in prima lettura dal Senato il 23 gennaio 2014.

⁴²⁷ Cfr. l'emendamento volto a modificare l'art. 495-14 *cod. proc. pén.*, presentato nella seduta del 23 gennaio 2014, dai senatori Lipietz e altri, in www.senat.fr, che avrebbe così riscritto tale disposizione: «lorsque la personne n'a pas accepté la ou les peines proposées ou lorsque le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui n'a pas homologué la proposition du procureur de la République, le dossier est expurgé de toutes les pièces relevant spécifiquement de la procédure mentionnée aux articles 495-8 à 495-13 avant d'être transmis à la juridiction d'instruction ou de jugement, et ni le ministère public ni les parties ne peuvent faire état devant cette juridiction des déclarations faites ou des documents remis au cours de cette procédure».

⁴²⁸ Cfr. *Proposition de loi* n. 60, portant réforme de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, trasmise par le M. Président du Sénat à M. le Président de l'Assemblée Nationale, del 6 luglio 2017.

talmente tante che non stupirebbe del tutto se, mutate le maggioranze politiche, l'Assemblea nazionale riscrivesse a sua volta del tutto il testo approvato dal Senato, magari recuperando quando previsto dalla proposta di legge originaria.

Sembra che ci si trovi quindi di fronte a un'ulteriore bivio per lo sviluppo della giustizia negoziata francese.

Ove, infatti, nel continuo del dibattito parlamentare di tale iniziativa normativa verranno riprese le disposizioni volte a limitare l'area di operatività della *CRPC* soltanto alla criminalità minore, significherà che il percorso di assestamento della negozialità nel sistema di tale Paese non è ancora compiuto. Al contrario, nel caso in cui verrà effettivamente approvato il testo votato in prima lettura dal Senato, magari arricchito da ulteriori regole, volte ad esempio a disciplinare finalmente in modo esplicito la zona grigia delle trattative informali tra *prevenuto* e *parquet* all'interno del *plaidier coupable*, significherà davvero che la giustizia contrattata è divenuta parte integrante di uno dei sistemi in cui, ancora oggi, i principi inquisitori sono ancora più radicati.

PARTE III
IL CONFRONTO CON L'ESPERIENZA ITALIANA

CAPITOLO I

L'EVOLUZIONE DELLA GIUSTIZIA NEGOZIATA IN ITALIA

SOMMARIO. 1. Premessa. - 2. Un'analogia (ri)scoperta della "giustizia penale negoziata" negli anni Ottanta del Novecento. - 3. Segue. La svolta nella seconda metà degli anni Ottanta. - 4. Gli anni Novanta. - 5. Gli anni Duemila. - 6. Le iniziative più recenti.

1. Premessa.

Il primo punto di contatto tra l'esperienza italiana in materia di giustizia negoziata e quella degli ordinamenti processuali analizzati nel presente studio può essere individuato in un dato prettamente cronologico.

Anche nel nostro Paese, infatti, il fenomeno in esame ha iniziato a (ri)espandersi negli ultimi decenni del Novecento e ha subito un'ulteriore progressiva evoluzione nei primi anni del Ventunesimo secolo.

Ciò, d'altra parte, certamente non toglie che, pure in Italia, già fossero in vigore da tempo alcuni istituti, operanti per la criminalità "minore", che consentivano lo sviluppo di discussioni informali tra le parti finalizzate a stipulare degli accordi idonei a concludere in modo anticipato una regudicanda penale.

Ci si riferisce, in particolare, al fatto che «da sempre [...] la prassi conosce [...] trattative che si svolgono tra il potenziale querelante e il potenziale querelato in vista di un'eventuale astensione dal proporre la querela o di una sua remissione, ancor prima che il pubblico ministero abbia assunto iniziative»¹.

Si tratta di contrattazioni assai frequenti², che vedono come protagonisti l'accusato e l'offeso, spesso condotte per il tramite dei loro difensori, aventi a oggetto lo scambio tra restituzioni e risarcimenti del danno compiuti dal primo in favore del secondo e la stipula di una transazione «il cui cuore è appunto rappresentato dai rispettivi impegni a rimettere [o rinunciare] [al]la querela»³.

Tanto premesso va precisato che, nonostante la legge non abbia mai regolato in modo espresso i negoziati in questione, vi è chi ha individuato già nell'istituto di cui all'art. 300 del c.p.p. Rocco, rubricato «facoltà del giudice istruttore di sentire il denunciato, il querelato o l'offeso in contraddittorio di chi è indicato come reo» un

¹ In tal senso, M. CHIAVARIO, *Processo penale e alternative: spunti di riflessione su un «nuovo» dalle molte facce (non sempre inedite)*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 408. Sulla presenza dell'istituto della remissione della querela sin dal primo codice post-unitario italiano, si veda G. BATTAGLINI, *La querela*, Torino, 1958, p. 408.

² Così, 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*, Milano, 2005, p. 80.

³ Cfr., di nuovo, S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 80.

meccanismo utile a favorire, ove possibile, una riconciliazione tra le parti⁴ e, quindi, il raggiungimento di un'intesa avente a oggetto la rimessione di una querela.

Anche indipendentemente da tale appiglio normativo, si è del pari riconosciuto che dei tentativi di conciliazione «per reati perseguibili a querela [...] anteriormente al nuovo codice» non fossero di fatto ignoti, venendo «anche compiut[i] dagli organi giudiziari (finanche in sede dibattimentale)» non potendosi «dire ignorat[i] pure in sede di polizia giudiziaria»⁵.

Con l'entrata in vigore del Codice Vassalli, questi "tentativi" sostanzialmente informali di stimolo da parte dell'autorità di intese finalizzate a far terminare in modo anticipato la regiudicanda grazie (in particolare) alla remissione della querela e alla conseguente estinzione del reato hanno poi avuto una definitiva "cristallizzazione" nella versione originaria dell'art. 564 c.p.p.⁶.

Tale disposizione, infatti, affidava al pubblico ministero la possibilità di citare, anche prima di compiere atti di indagine, il querelante e il querelato a comparire dinnanzi a sé al fine di verificare se il primo fosse disposto a rimettere la querela e il secondo ad accettare la remissione, avvertendoli della possibilità di farsi assistere da un difensore.

Come noto, l'art. 564 c.p.p. è stato poi abrogato e il compito di favorire questi peculiari accordi tra le parti è stato affidato direttamente al giudice monocratico dall'art. 555, comma 3, c.p.p.⁷, a testimonianza di come, in ogni caso, la logica negoziale che accompagna gli istituti in questione continui a trasparire direttamente dal tessuto codicistico, vedendo coinvolti nelle trattative in modo ufficiale anche i rappresentanti dell'autorità⁸.

In un'ottica «di soluzione extragiurisdizionale della vertenza, ottenuta con l'attribuire effetti giuridici tali da bloccare il corso del procedimento a scelte lasciate nella disponibilità delle parti direttamente coinvolte dall'illecito penale, si [è posta], poi, [sin dall'epoca "fascista"], la disposizione di cui all'art. 596, comma 2, c.p.»⁹. Quest'ultima, infatti, con riguardo ai reati di ingiuria e diffamazione, entrambi

⁴ Si vedano sul punto G. GARUTI, *Brevi note in tema di tentativo di conciliazione nel nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 294; A. VIRGILIO, *Il tentativo di conciliazione nel nuovo codice*, in *Giust. pen.*, 1990, III, c. 78.

⁵ V. A. VIRGILIO, *Il tentativo di conciliazione*, cit., c. 80.

⁶ Sul quale cfr., per ulteriori riferimenti dottrinali, M. D'ANDRIA, sub art. 564, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, Torino, 1991, pp. 679 ss.; G. GARUTI, *Brevi note in tema di tentativo di conciliazione*, cit., pp. 291 ss.; F.M. PAOLA, voce *Tentativo di conciliazione*, in *Dig. pen.*, Torino, 1999, vol. XIV, pp. 201 ss. P. PAZÉ, *Il tentativo di conciliazione del pubblico ministero*, in *Leg. pen.*, 1997, pp. 649 ss. Per un rapido cenno circa il fatto che prassi simili si sono sviluppate da tempo anche in Francia cfr. M. CHIAVARIO, *La justice négociée: une problématique à construire*, in *Archives de politique criminelle*, 1993, n. 15, p. 27, nt. 1.

⁷ Introdotto dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479. Per ulteriori riferimenti dottrinali in merito a tale disposizione I. ALESSANDRUCCI, voce *Conciliazione*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IV, 2008, pp. 142 ss.

⁸ Un vero e proprio potere di impulso al raggiungimento di una conciliazione è stato d'altra parte in seguito attribuito al giudice di pace dall'art. 2 del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, il quale stabilisce che, nel corso del procedimento, egli deve favorire, per quanto possibile, la conciliazione tra le parti. In argomento, ampiamente, per tutti, A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010, pp. 304 ss.

⁹ Si vedano, sul punto G. UBERTIS, *Obbligatorietà dell'azione e diversion nel sistema penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1497, nonché V. GREVI, *Rapporto introduttivo su diversion e mediation nel sistema penale italiano*, in *Rass. penit. Criminol.*, 1983, pp. 60 ss.

punibili a querela, già consentiva, quando ancora in Italia dominava il modello misto prevalentemente inquisitorio del codice Rocco, alla vittima e al prevenuto, ove l'offesa consistesse nell'attribuzione di un fatto determinato, di accordarsi al fine di deferire a un giurì d'onore il giudizio sulla verità del fatto in questione. Ove ciò avvenisse «la querela si considera[va] tacitamente rinunciata o rimessa» (art. 597, comma 2, c.p.p.)¹⁰. Indipendentemente dallo scarso successo pratico di tale meccanismo processuale, una cosa è certa: per queste peculiari fattispecie di reato è stato lo stesso legislatore fascista a ritenere utile consentire alle parti concludere un accordo, così espressamente qualificato dall'art. 596 c.p., idoneo a far terminare in modo anticipato una regiudicanda penale.

In ultima analisi, si può fare un cenno a quella peculiare forma transattiva, comunemente nota come "conciliazione doganale", prevista dall'art. 334 del T.U.L.D. del 1973. In modo simile a quanto si è visto avvenire in Francia, infatti, anche in Italia tale disposizione ha attribuito all'Amministrazione delle dogane la possibilità di far concludere in modo anticipato i procedimenti penali per i delitti di contrabbando punibili con la sola pena della multa stipulando una composizione con il prevenuto, basata sullo scambio tra il pagamento di una somma di denaro allo Stato più il tributo in cambio dell'estinzione del reato. Si tratta di una previsione particolarmente interessante, che fa comprendere come, specie in determinate materie¹¹, la necessità di favorire una rapida definizione delle regiudicande, a cui si aggiunge l'opportunità per lo Stato di incamerare somme di denaro, è riuscita a prevalere anche su una più generale diffidenza nei confronti del consensualismo penale.

2. Un'analogia (ri)scoperta della "giustizia penale negoziata" negli anni Ottanta del Novecento

Nonostante la presenza di questi precedenti, è indubbio che anche l'Italia abbia compiuto un vero e proprio balzo in avanti in materia di giustizia negoziata soprattutto a seguito di una serie di riforme approvate a partire dai primi anni Ottanta del Ventesimo secolo, ovvero nello stesso periodo in cui hanno iniziato a vedere la luce le archiviazioni condizionate francesi e in Germania è stata presentata al pubblico la prassi delle *Absprachen*.

Una prima tappa fondamentale si è avuta, infatti, già con la l. 24 novembre 1981, n. 689, contenente due innovazioni di particolare rilievo per la presente analisi¹².

Tale atto normativo ha, infatti, in primo luogo creato l'oblazione c.d. facoltativa (art. 162-bis c.p.), che consente sì al prevenuto di ottenere l'estinzione della contravvenzioni per le quali la legge stabilisce la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda semplicemente pagando una somma di denaro allo stato - in modo

¹⁰ Cfr., ancora, G. UBERTIS, *Obbligatorietà dell'azione e diversion*, cit., p. 1497.

¹¹ Si veda sul punto, L. LUPÀRIA, *Profili dell'azione penale "europea"*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 940, nt. 40.

¹² Vedi ancora G. UBERTIS, *Obbligatorietà dell'azione e diversion*, cit., pp. 1498 s.

simile a quanto avviene in Francia con la “*transaction pénale*”¹³ – ma che il giudice può rifiutare per tutte una serie di ragioni, tra cui il permanere delle conseguenze dannose o pericolose del reato, eliminabili dal “contravventore”.

Orbene, come si è acutamente rilevato, tale disposizione è «sicuramente suscettibil[e] di una valorizzazione in chiave consensuale e compositiva»¹⁴, potendo persino essere attratta «in un’ottica negoziale»¹⁵.

Il ricorso all’oblazione facoltativa, implica, infatti «una sorta di “concordia” tra i diversi protagonisti del processo»¹⁶, che è certamente facilitata da previi contatti tra il prevenuto, l’offeso e persino il giudice¹⁷: ove, infatti, il primo voglia incrementare al massimo la probabilità di ottenere l’estinzione del reato a seguito del mero pagamento di una somma dovrà premunirsi di accontentare la vittima da un punto di vista risarcitorio, eliminando così le conseguenze dannose o pericolose del reato, il che evidentemente può comportare delle prelieve discussioni con la stessa.

Va comunque precisato che, secondo l’opinione di attenta dottrina, queste potenzialità “negoziali” dell’istituto in questione paiono essere state «mortificate [...] dalla prassi che, animata dal desiderio di massima deflazione anche a scapito delle ragioni della vittima del reato, ha sovente esteso gli automatismi propri dell’oblazione obbligatoria a quella facoltativa, esercitando di rado il proprio potere di rigetto delle istanze»¹⁸.

Ma la novità senz’altro più significativa è stata introdotta dagli artt. 77-85 della legge 689 del 1981, i quali hanno creato l’applicazione di sanzioni sostitutive su richiesta dell’imputato¹⁹, ovvero un meccanismo acceleratorio, nella prassi divenuto

¹³ In questo senso, efficacemente, M.G. AIMONETTO, *L’archiviazione “semplice” e la “nuova” archiviazione “condizionata” nell’ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di “deprocessualizzazione”*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 117.

¹⁴ Così, S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 83.

¹⁵ V. S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 82.

¹⁶ Cfr., in questo senso, efficacemente, A. MARTINI, voce *Oblazione (profili sostanziali)*, in *Dig. pen.*, Torino, 1994, vol. VIII, p. 408.

¹⁷ S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 83.

¹⁸ S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 84.

¹⁹ Per i dovuti riferimenti dottrinali e giurisprudenziali in merito a tale meccanismo, cfr., per tutti, A. DALIA, *La deprocessualizzazione come obiettivo primario delle recenti «modifiche al sistema penale»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pp. 484 ss.; R. GAMBINI MUSSO, *Il «plea bargaining» tra common law e civil law*, Milano, 1985; G. GIOSTRA, *Formalità e garanzie nell’applicazione delle “nuove” sanzioni sostitutive*, in *Pol. Dir.*, 1982, p. 280 ss.; V. GREVI, *Riflessioni e suggestioni in margine all’esperienza nordamericana del «plea bargaining»*, in *Rass. penit. crim.*, 1985, pp. 62 ss.; ID., *Sull’efficacia del parere del pubblico ministero nell’applicazione di «sanzioni sostitutive»*, in *Leg. pen.*, 1984, pp. 560 ss.; G. LOZZI, *Commento agli artt. 77-79 legge 24 novembre 1981 n. 689, ivi*, 1982, pp. 379 ss. e 385 ss.; E. MARZADURI, *L’applicazione di sanzioni sostitutive su richiesta dell’imputato*, Milano, 1985; M. NOBILI, *Osservazioni di carattere processuale sulla legge 689 del 1981*, in *Pol. Dir.*, 1982, p. 384; P. TONINI, *L’applicazione di sanzioni sostitutive su richiesta dell’imputato*, in *Foro it.*, 1982, V, c. 208 ss.; G. UBERTIS, *La richiesta di sanzioni sostitutive da parte dell’imputato: funzioni ed effetti*, in *Cass. pen.*, 1985, p. 656. Più di recente cfr. D. VIGONI, *L’applicazione della pena su richiesta delle parti*, Milano, 2000, pp. 1 ss.

noto come “patteggiamento”²⁰ o “contrattazione”²¹, che è stato a più riprese paragonato al *plea bargaining* nord-americano²², «quasi a voler sottintendere che anche il legislatore italiano, di fronte alla complessità del reale e alla varietà dei casi da decidere, sarebbe venuto attestandosi su posizioni che sempre più nettamente prevedono l'accoglimento di istituti di “giustizia negoziata”»²³.

Tale procedimento, originariamente non previsto nel disegno di legge poi approvato, «è stato introdotto dal Comitato ristretto della Commissione Giustizia»²⁴ con delle finalità assai chiare: ovvero allo scopo di «ottenere un effettivo decongestionamento della macchina giudiziaria “troppo spesso soffocata dalla criminalità bagatellare»²⁵.

Si trattava, insomma, di un meccanismo palesemente volto a raggiungere puri obiettivi utilitaristici.

Da un punto di vista operativo, la legge stabiliva che la procedura di cui all'art. 77 avesse inizio sulla base di una richiesta dell'imputato, presentata nel corso dell'istruzione e fino a che non fossero compiute per la prima volta le formalità di apertura del dibattimento²⁶.

Il giudice, «qualora in base all'esame degli atti e degli accertamenti eventualmente disposti»²⁷ avesse ritenuto possibile applicare la sanzione sostitutiva della libertà controllata o della pena pecuniaria poteva, quindi, «disporre l'applicazione, escludendo ogni pena accessoria e misura di sicurezza, ad eccezione della confisca obbligatoria di cui all'art. 240 c.p.; contestualmente, veniva dichiarato estinto il reato con sentenza inappellabile»²⁸.

Il rito in questione non poteva però perfezionarsi senza il previo parere favorevole del pubblico ministero all'istanza dell'imputato²⁹, il quale era vincolante – secondo quanto affermato dalla Consulta³⁰ – «solo fino a quando il dibattimento non fosse stato aperto»³¹; mentre, invece, nella fase dibattimentale il giudice avrebbe potuto recepire la richiesta del prevenuto e pronunciare una sentenza ex art. 77, pure a prescindere dalla posizione assunta dal p.m.³².

²⁰ In questo senso, G. LOZZI, voce *Patteggiamento*, in Aa.Vv., *Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di G. Vassalli, Milano, 1986, p. 745. Secondo E. AMODIO, *Il processo penale nella parabola dell'emergenza*, in *Cass. pen.*, 1983, p. 2120, in questo meccanismo l'istituto del *plea bargaining* era solo riecheggiato.

²¹ Vedi R. GAMBINI MUSSO, *Il «plea bargaining» tra common law e civil law*, cit., p. 115.

²² Si veda per le dovute differenziazioni del caso R. GAMBINI MUSSO, *Il «plea bargaining» tra common law e civil law*, cit., pp. 115 ss.

²³ R. GAMBINI MUSSO, *Il «plea bargaining» tra common law e civil law*, cit., p. 115.

²⁴ R. GAMBINI MUSSO, *Il «plea bargaining» tra common law e civil law*, cit., p. 115.

²⁵ R. GAMBINI MUSSO, *Il «plea bargaining» tra common law e civil law*, cit., p. 115.

²⁶ Sul punto, cfr. D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 2.

²⁷ Così, D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 2.

²⁸ Cfr. D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 2.

²⁹ In argomento cfr. V. GREVI, *Sull'efficacia del parere del pubblico ministero*, cit., p. 560 ss.

³⁰ Ci si riferisce a Corte cost., 30 aprile 1984, n. 120, in *Giur. cost.*, 1981, p. 618. In merito a tale pronuncia si veda, diffusamente, E. MARZADURI, *L'applicazione di sanzioni sostitutive*, cit., pp. 137 ss.

³¹ Cfr. D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 2.

³² V. D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 3.

Già in questa prima versione del “patteggiamento” non era poi richiesta alcuna ammissione di responsabilità del prevenuto, affinché il giudice potesse accogliere la richiesta dell’imputato³³.

All’interno dell’istituto di cui agli artt. 77 e ss. della citata legge dell’81 le parti non concludevano quindi un vero e proprio “accordo”, in quanto il pubblico ministero era chiamato solo a rendere un parere, che, in determinati casi, poteva però trasformarsi in una sorta di veto per il giudice³⁴, di modo che, a parte i proclami di somiglianza con il *plea bargaining*, l’effettiva appartenenza dell’applicazione di sanzioni sostitutive su richiesta dell’imputato alla giustizia negoziata poteva sembrare quantomeno dubbia³⁵.

Non così, invece, nello schema originario dell’istituto, «in cui i poteri delle parti erano posti su di uno stesso piano, dal momento che l’epilogo anticipato del procedimento era ipotizzabile soltanto “su richiesta o con il consenso del pubblico ministero e dell’imputato”»³⁶.

Ebbene, proprio tenuto conto del fatto che la dizione definitiva del citato art. 77 parlasse, invece, unicamente di una richiesta proveniente dal prevenuto e di un “parere” del p.m., non stupirà sapere che si sia assai nettamente affermato che in questo istituto non solo non vi fossero intese tra le parti, ma neppure trattative: «almeno la legge non le disciplinava e neppure le sottintendeva [...]. Infatti, l’assenso del P.M., pur ritenuto necessario per la definizione anticipata, era dato al giudice; almeno ufficialmente, quindi, non vi potevano essere “reciproche concessioni”. L’eventuale accordo transattivo poteva avere luogo solo “sotto banco”, *extra legem*, se non addirittura, *contra legem*, a seconda del contenuto dell’accordo “velato”»³⁷.

In termini simili si è espressa anche autorevole dottrina, la quale aveva ammesso la possibilità che nel contesto di tale istituto vi fosse una presa di contatto tra le parti finalizzata a «saggiare la disponibilità del p.m., perché, dato il carattere preclusivo attribuito al parere sfavorevole di quest’ultimo, qualora “l’antagonista non vi [aderisse] [sarebbe nato] morto il tentativo»³⁸.

Pare utile precisarlo: non si trattava, invero, secondo questa opinione, di vere e proprie contrattazioni tra le parti, basate su concessioni reciproche, ma soltanto di

³³³³ Come efficacemente affermato da R. GAMBINI MUSSO, *Il «plea bargaining» tra common law e civil law*, cit., p. 120 nell’art. 77 «elemento centrale è la richiesta dell’imputato, nella quale neppure implicitamente può intravedersi un riconoscimento di responsabilità assimilabile al *guilty plea* presupposto dall’istituto americano».

³⁴ Cfr. E.M. MANCUSO, *L’applicazione della pena su richiesta delle parti*, in AA.VV., *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da G. Spangher-A. Marandola-G. Garuti-L. Kalb, vol. III, *Procedimenti speciali*, a cura di G. Garuti, Torino, 2015, p. 103.

³⁵ Dal canto suo R. GAMBINI MUSSO, *Il «plea bargaining» tra common law e civil law*, cit., p. 119, ha affermato che «la richiesta disciplinata dall’art. 77 non è assimilabile ad un *plea bargaining*, non già per singole diversità di disciplina (che anzi a questo livello è possibile cogliere talune somiglianze), bensì perché non può farsi rientrare a pieno titolo tra gli istituti di “giustizia negoziata”».

³⁶ In tal senso, E. MARZADURI, *L’applicazione di sanzioni sostitutive*, cit., p. 97.

³⁷ Cfr., in questo senso, G.M. ANCA, voce *Pena, applicazione su richiesta delle parti*, in *Dig. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, pp. 379.

³⁸ In questo senso, R. GAMBINI MUSSO, *Il «plea bargaining» tra common law e civil law*, cit., p. 120.

meri “sondaggi” informali³⁹, evidentemente volti ad aumentare la probabilità della buona riuscita della procedura deflativa.

Insomma, se tale «inatteso intervento legislativo» ha indubbiamente cambiato «qualcosa nel nostro stile», nel senso che «le parti [hanno iniziato a contare] di più»⁴⁰, l’effettiva apertura rispetto alla giustizia negoziata che l’ordinamento italiano ha compiuto in questa occasione sembra essere ancora tutto sommato marginale e ciò non solo per il mancato richiamo (neppure implicito) dell’art. 77 alla possibilità di concludere trattative tra le parti, ma anche per l’area di operatività assai ristretta di questo “minipatteggiamento”.

Ciò peraltro non toglie che, avendo deciso di attribuire l’iniziativa di questa prima forma di “patteggiamento” direttamente all’imputato, il legislatore italiano ha dimostrato come, già nei primi anni Ottanta, avesse fatto propria una visione assai diversa da quegli Stati – come la Francia – che hanno invece deciso, ancora in tempi molto più recenti, di affidare al solo *parquet* il ruolo di proponente “forte” degli accordi idonei a concludere in modo anticipato una regiudicanda. In tal modo, si sono infatti gettate le basi di quello che nel nostro sistema è diventato, con il passare degli anni, un vero e proprio diritto dell’imputato di difendersi in un procedimento penale richiedendo di concludere dei patti con il pubblico ministero⁴¹; soggetto che non ha quindi mai assunto in questo contesto una vera e propria posizione di onnipotenza⁴² nei confronti del prevenuto, come avviene, invece, in altri ordinamenti.

3. *Segue. La svolta nella seconda metà degli anni Ottanta*

Nonostante la sua importanza sistematica, la procedura *ex art. 77* ha avuto uno «scarso successo, risultando sostanzialmente inidonea a soddisfare le esigenze di economia processuale e di decongestionamento del carico giudiziario»⁴³.

Con il rito approvato nel 1981 si è comunque rotto una sorta di tabù, di modo che la necessità di individuare un adeguato sfogo per il carico giudiziario in eccesso ha portato in breve tempo le forze politiche ad agire.

³⁹ Così, R. GAMBINI MUSSO, *Il «plea bargaining» tra common law e civil law*, p. 121.

⁴⁰ In tal senso, autorevolmente, F. CORDERO, *Procedura penale*, 8ª ed., Milano, 1985, p. 524, da cui è ripresa anche la citazione che precede.

⁴¹ Si allude al celebre “diritto di difendersi negoziando”. L’espressione, come noto, si deve a M. PISANI, *Italian style: figure e forme del nuovo processo penale*, Padova, 1998, p. 91. Al riguardo, cfr. anche D. VIGONI, *La prova di resistenza del «patteggiamento» nei percorsi costituzionali*, in Aa.Vv., *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Conso, Napoli, 2006, pp. 793 ss.

⁴² Parla invece di onnipotenza dei pubblici ministeri negli istituti consensuali e negoziati francesi V. PERROCHEAU, *La composition pénale et la comparution sur reconnaissance de culpabilité: quelles limites à l’omnipotence du parquet?*, in *Droit et société*, 2010, p. 61.

⁴³ V. D. VIGONI, *L’applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 4. Parla di «sostanziale fallimento del “vecchio” patteggiamento», A. MACCHIA, *Il patteggiamento*, Milano, 1992, p. 6, nonché di «modesti risultati» A. FURGIUELE, *L’applicazione di pena su richiesta delle parti*, Napoli, 2000, p. 39. Per alcune indicazioni statistiche in merito all’applicazione dell’istituto cfr. E. MARZADURI, *L’applicazione di sanzioni sostitutive*, cit., p. 1., nt. 1.

Solo un anno dopo, infatti, con la legge delega del 1982 per l'approvazione di un nuovo codice di procedura penale è stato infatti dato un preciso segnale di quanto si volesse revisionare totalmente la materia⁴⁴.

Nel proseguire dei lavori preparatori verso l'instaurazione in Italia di un modello processuale (tendenzialmente) accusatorio questo generale clima di *favor* per un netto potenziamento delle soluzioni negoziate previste dal processo penale italiano ha poi ricevuto un ulteriore impulso⁴⁵, tanto che il testo definitivo della direttiva n. 45 della legge delega 81/1987 ha potuto configurare una forma di "patteggiamento" assai diversa (e matura) di quella prevista dall'art. 77 della legge dell'81.

Tale disposizione, infatti, prevede – tra l'altro – che «il pubblico ministero, con il consenso dell'imputato, ovvero l'imputato, con il consenso del pubblico ministero, possano chiedere al giudice, fino all'apertura del dibattimento, l'applicazione delle sanzioni sostitutive nei casi consentiti, o della pena detentiva irrogabile per il reato quando essa, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non superi due anni di reclusione o di arresto, soli o congiunti a pena pecuniaria».

Le novità che questo nuovo patteggiamento ha presentato rispetto a quello dell'1981 sono assolutamente di primo piano e vanno ben oltre al cospicuo incremento dall'ambito di applicazione del rito a tutte le misure sostitutive e persino alla pena detentiva, pur non superiore ad un preciso limite quantitativo, nonché alla previsione di un sostanzioso sconto di pena volto a incentivare i prevenuti a scegliere di rinunciare al loro diritto a un procedimento ordinario.

A risultare totalmente mutata è infatti l'intera struttura dell'istituto, non più fondato sulla base di «due atti differenziati (richiesta dell'imputato e parere del p.m., entrambi diretti al giudice)»⁴⁶, ma su uno scambio di "consensi" e, quindi, su un vero e proprio accordo, avente a oggetto una richiesta condivisa di applicazione di una pena detentiva non superiore a due anni (limite da determinarsi in concreto, previa la diminuzione "fino a un terzo") su cui il giudice deve pronunciarsi irrogando la sanzione individuata, nella specie e misura dalle parti, oppure rigettando il concordato in blocco⁴⁷.

Come si è osservato, «tutto ciò realizza il passaggio dalla previsione di un mero beneficio per l'imputato alla costruzione di un rito alternativo, di ispirazione negoziale e contenuto premiale»⁴⁸.

⁴⁴ Cfr. D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 4.

⁴⁵ Si vedano a riguardo, E. AMODIO, *La riforma del patteggiamento tra «remore illuministiche» e «resistenze inquisitorie»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, pp. 1124 ss.; M. CHIAVARIO, *A proposito di "patteggiamento": garanzie e funzionalità*, *ivi*, pp. 1090 ss.; V. GREVI, «Patteggiamento» sul rito e «patteggiamento» sulla sanzione tra progetto Martinazzoli e prospettive del nuovo processo penale, *ivi*, pp. 1127 ss.; G. LATTANZI, *Il "patteggiamento" tra realtà e prospettive di riforma*, *ivi*, pp. 1059 ss. Per una chiara analisi diacronica dei diversi progetti in materia di "patteggiamento" che si sono susseguiti fino all'entrata in vigore del nuovo codice, cfr. la recente analisi di E.M. MANCUSO, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., pp. 104 s. A riguardo, cfr. anche la compiuta analisi di D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 4.

⁴⁶ Così, efficacemente, D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 5.

⁴⁷ D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 5.

⁴⁸ Cfr. D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 5..

Ci si trova, quindi, di fronte a una vera e propria «composizione sulla pena»⁴⁹ o «"transazione" che concerne in primo luogo il merito»⁵⁰, per utilizzare una terminologia coniata da autorevole dottrina e che, curiosamente, riecheggia quella propria della tradizione francese.

Non sfuggirà, peraltro, che, pur essendosi allontanato nettamente dalla prospettiva dei primi anni Ottanta, il legislatore delegante non si è però neppure in tale occasione spinto tanto innanzi da imporre di disciplinare in modo esplicito la fase di della discussione tra le parti, finalizzate a raggiungere l'intesa sul "progetto di sentenza" da sottoporre al giudice.

Il che, in sostanza, altro non significa se non che la direttiva 45 della legge del 1987, come spesso accade, ha imposto al legislatore delegato la regolazione soltanto di alcune fasi di quel procedimento "complesso" costituito da un meccanismo "contrattato", senza però aver detto alcunché sul vero cuore della "giustizia negoziata", costituita dalle trattative.

Si tratta di una scelta su cui si avrà modo di tornare in seguito, ma che ha inevitabilmente avuto degli influssi sulla disciplina del patteggiamento effettivamente cristallizzata negli art. 444 c.p.p. e ss. del codice Vassalli⁵¹, che, merita precisarlo, ha del tutto sostituito gli artt. 77-80 della l. 689 del 1981, testualmente abrogati dall'art. 234 delle disp. att. c.p.p.⁵².

Nonostante, infatti, il legislatore dell'88 abbia ideato, sulla scia della direttiva 45 della legge delega, una disciplina composita dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, questi, ancora una volta, non ha regolato il modo esplicito la fase dello scambio di reciproche proposte e controproposte, che è stata, per l'appunto, lasciata all'informalità e data del tutto per scontata⁵³.

In altre parole, pur potendosi desumere già dalla versione originaria degli artt. 444 e ss. che il nuovo istituto si sarebbe basato, di norma, su un'intesa delle parti - rispetto alla quale entrambe avrebbero potuto prendere l'iniziativa - avente a oggetto l'applicazione «di una sanzione sostitutiva o di una pena pecuniaria, diminuita fino a un terzo, ovvero di una pena detentiva quando questa tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non supera due anni di reclusione o di arresto, soli o congiunti a pena pecuniaria», i codificatori non hanno in alcun modo normato «il retroterra delle trattative condotte per raggiungere l'intesa sulla

⁴⁹ Questa, come noto, è la terminologia utilizzata da F. CORDERO, *Strutture d'un codice*, in *Ind. pen.*, 1989, p. 23.

⁵⁰ Così, A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, 10^a ed., Milano, 2007, p. 598.

⁵¹ Per ulteriori riferimenti dottrinali con riguardo alla disciplina "originaria" del patteggiamento, cfr., per tutti, G. ARICÒ, *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in AA.VV., *I procedimenti speciali*, a cura di A.A. Dalia, Napoli, 1989, pp. 97 ss.; G. ILLUMINATI, *I procedimenti a conclusione anticipata e speciali nel nuovo codice di procedura penale*, in *Pol. dir.*, 1990, p. 251 ss.; G. LOZZI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 27 ss.; E. LUPO, *Il giudizio abbreviato e l'applicazione della pena negoziata*, in AA.VV., *I giudizi semplificati*, Padova, 1989, pp. 61 ss.; L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, Milano, 1992, pp. 255 ss. S. SOTTANI, *Osservazioni critiche sul nuovo patteggiamento*, in AA.VV., *I giudizi semplificati*, cit., pp. 119 ss. Più di recente, cfr. l'affresco dato da D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in AA.VV., *I procedimenti speciali in materia penale*, a cura di M. Pisani, 2^a ed., Milano, 2003, pp. 118 ss.

⁵² Si veda a riguardo A. MACCHIA, *Il patteggiamento*, cit., p. 7.

⁵³ Cfr., sul punto, G. ILLUMINATI, *I procedimenti a conclusione anticipata*, cit., p. 257.

sanzione da applicare», che è quindi rimasto relegato «nella zona imperscrutabile della negoziazione»⁵⁴.

Così facendo, peraltro, i *conditores* – in modo simile a quanto è avvenuto nello stesso periodo in Spagna con riguardo alla *conformidad* nel procedimento *abreviado* – hanno fatto passare indirettamente il messaggio per cui le parti sarebbero state totalmente libere di individuare, sulla base delle peculiarità della fattispecie concreta, il modo migliore per arrivare a una soluzione concordata della singola regudicanda, da sottoporre poi al vaglio del giudice.

Gli artt. 444 e ss. c.p.p. non solo non hanno infatti potuto spingersi tanto in là da predeterminare i motivi che avrebbero potuto portare il pubblico ministero a prestare il suo consenso al *pactum*, oppure il difensore a scegliere questa strada, ma non hanno neanche stabilito degli assai più banali doveri di “verbalizzazione” delle trattative – come, invece, avviene in Germania – in modo tale da avere traccia delle diverse posizioni assunte man mano dalle parti.

Di un vero e proprio “patteggiamento” – inteso come sinonimo di *bargaining* tra soggetti del procedimento – non ha insomma parlato neppure il legislatore italiano, che ha, invece, dettato una disciplina formale con riguardo a tutte le altre fasi di tale rito contrattato.

I codificatori hanno, infatti, anzitutto, normato il momento di presentazione della richiesta, fornendo delle prescrizioni per quanto concerne la forma⁵⁵ e il tempo di deposito della stessa⁵⁶ e precisando che entrambe le parti (a differenza di quanto avveniva nell’istituto del 1981) possono farsi promotrici di un’istanza di applicazione concordata di pena. Ma vi è di più. Il legislatore ha anche indicato diverse modalità eterogenee di presentazione delle istanze di patteggiamento, stabilendo in modo espresso la possibilità di formulare sia richieste congiunte, sia unilaterali con il consenso già prestata dall’altra parte, sia, infine, totalmente unilaterali rispetto alle quali l’altra parte debba aderire in seguito⁵⁷.

Si badi, peraltro, che è chiaro che a seconda di quale di queste strade alternative venga effettivamente scelta dai contraenti il percorso di raggiungimento dell’accordo varia sensibilmente.

Difatti, ove sia presentata al giudice una richiesta congiunta, oppure unilaterale con il consenso dell’altra già prestato in sede extraprocessuale, ci si trova di fronte a un accordo sostanzialmente già perfezionato, di modo che, in tale evenienza, «il *bargain* avviene per intero “dietro le quinte”» ed è «processualmente opaco, salva la limitata possibilità, per il giudice, di squarciarne il velo attraverso la

⁵⁴ Si veda, a questo riguardo, E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, Milano, 2016, p. 31, da cui è ripresa anche la citazione immediatamente precedente.

⁵⁵ Per una sintesi delle forme dell’accordo cfr. F. PERONI, *L’applicazione della pena su richiesta*, in F. PERONI-M. GIALUZ, *La giustizia penale consensuale. Concordati, mediazione e conciliazione*, Trieste, 2004, p. 12, nonché F. RIGO, *Il procedimento*, in AA.VV., *Il patteggiamento*, Milano, 1999, p. 71.

⁵⁶ Non va peraltro tralasciato che, in origine, per favorire al massimo l’utilizzo massiccio di questo rito si stabiliva che lo stesso potesse essere richiesto dalle indagini preliminari fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado. Per una compiuta analisi sul punto cfr. D. VIGONI, *L’applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 5.

⁵⁷ Sulla dinamica del rito cfr., ampiamente, D. VIGONI, *L’applicazione della pena su richiesta delle parti*, in AA.VV., *I procedimenti speciali*, cit., p. 169.

verifica della volontarietà del contributo negoziale dell'imputato ex art. 446, comma 5, c.p.p.»⁵⁸.

Nel caso in cui, invece, vi sia un'iniziativa unilaterale (scritta o orale) di una parte, presentata al giudice senza il previo consenso dell'altra, si ha un«accordo *in progress*», formato nel processo: «qui il *bargain* è - in qualche misura - processualmente trasparente, anche se certo non possono escludersi informali contatti tra le parti, cui potrebbero partecipare anche soggetti estranei»⁵⁹.

Si tratta, peraltro, di nulla di più se non di “punti di emersione” di contatti che il codice ha lasciato svilupparsi in modo del tutto informale tra le parti, non avendo indicato neppure un “luogo preciso” per lo svolgimento delle trattative, che, quindi, del tutto legittimamente si possono compiere sia in udienza, ma anche, assai più spesso, “dietro le quinte”, nei corridoi dei tribunali o negli uffici dei pubblici ministeri.

Anche in questo caso il legislatore italiano non ha previsto quale requisito necessario per la conclusione dell'applicazione su richiesta delle parti un'ammissione di responsabilità del prevenuto, essendovi, quindi, stata una conferma della scelta già operata nel 1981 con l'art. 77 sopra richiamato.

La disciplina legislativa si è occupata, invece, di dettare alcune disposizioni a tutela della volontarietà del consenso “definitivo” prestato dall'imputato al rito, stabilendo che lo stesso debba essere manifestato personalmente, o al massimo tramite procuratore speciale⁶⁰, e che il giudice possa verificare l'effettiva sussistenza del consenso di questi disponendo la comparizione del prevenuto (art. 446, comma 5, c.p.p.)⁶¹.

Un'attenzione del tutto peculiare è stata poi prestata per il profilo premiale⁶², essendosi prevista tutta una serie di “benefici” in caso di effettivo accoglimento da parte del giudice della richiesta delle parti, che vanno ben oltre allo sconto “fino a un terzo” della pena promesso dall'art. 444, comma 1, c.p.p. Difatti, all'interno dell'art. 445 c.p.p., il legislatore ha previsto che la sentenza di patteggiamento - solo equiparata, salve diverse disposizioni di legge, a una condanna - non comporta l'applicazione né di pene accessorie, né di misure di sicurezza (fatta eccezione per la confisca ex art. 240, comma 2, c.p.), né di spese del procedimento, non avendo oltretutto effetto nei giudizi civili o amministrativi. Nella medesima disposizione è stato ancora creato un meccanismo di l'estinzione postuma del reato che opera se, entro un determinato periodo di tempo, l'imputato non commette un delitto ovvero una contravvenzione della stessa indole.

Ma vi è di più. Un peculiare vantaggio garantito dal concordato sulla pena va individuato nell'assenza di pubblicità del rito⁶³, che, come hanno affermato

⁵⁸ Così, G. DI CHIARA, *L'architettura dei presupposti*, in AA.VV., *Il patteggiamento*, cit., p. 34 s.

⁵⁹ Cfr. G. DI CHIARA, *L'architettura dei presupposti*, cit., p. 35.

⁶⁰ Vedi D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 141.

⁶¹ Sul quale cfr. R.S. AITALA, *Consenso dell'imputato e verifiche del giudice nella disciplina del patteggiamento*, in *Giur. it.*, 1998, c. 1918; A. MACCHIA, *Il patteggiamento*, cit., pp. 75 ss.; E.M. MANCUSO, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 179 ss.; D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in AA.VV., *I procedimenti speciali*, cit., p. 145.

⁶² Cfr., a riguardo, per tutti F. PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, Padova, 1999, pp. 85 ss.

⁶³ Cfr. M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Enc. dir., Annali II*, t. I, Milano, 2008, p. 15.

espressamente i giudici costituzionali italiani, facendo propria un'impostazione del tutto antitetica rispetto ai loro omologhi francesi e tedeschi, può talvolta rappresentare uno degli elementi incentivanti [...] atti a favorire» la scelta del prevenuto di optare per questo meccanismo deflativo⁶⁴.

Il legislatore del 1988, per ottimizzare ancor di più l'appetibilità del rito, aveva poi già stabilito che, nel caso in cui vi fosse una costituzione di parte civile, il decisore non avrebbe dovuto decidere sulla relativa domanda (a meno che non si trovasse a ritenere congrua una richiesta di applicazione della pena del solo imputato in sede di impugnazione⁶⁵), di modo che il danneggiato, per vedersi risarciti i danni, si sarebbe di norma dovuto rivolgere al giudice civile.

Sugli aspetti premiali del "patteggiamento" si avrà modo di tornare in seguito, ma un'annotazione pare utile fin da subito: il fatto che i codificatori abbiano cristallizzato tutta questa serie di benefici premiali non ha solo costituito una via per attirare potenziali "patteggianti", ma ha anche diminuito la probabilità che fosse direttamente la prassi (e non i detentori del potere politico) a individuare in via informale gli sconti di cui avessero diritto gli imputati.

I *conditores* si sono poi preoccupati di creare pure alcune norme al fine di prevenire che i pubblici ministeri negassero ingiustificatamente il consenso al rito: si è, infatti, sin dal principio, previsto per essi l'obbligo di motivare le ragioni del dissenso a una proposta del prevenuto (art. 446, comma 6, c.p.p.)⁶⁶.

L'art. 448, comma 1, c.p.p. ha rafforzato poi ancor di più la posizione degli imputati, stabilendo la possibilità per il giudice dibattimentale o dell'impugnazione di applicare comunque la pena richiesta dall'accusato, nel caso in cui ritenessero ingiustificato il dissenso del pubblico ministero e congrua la pena richiesta dall'imputato⁶⁷. Da tale disposizione si comprende quindi come il nuovo codice abbia portato a compimento il cammino verso la creazione in capo all'imputato un vero e proprio "diritto di difendersi negoziando"⁶⁸, da tutelare contro le possibili ostruzioni pretenziose delle pubbliche accuse.

Si tratta, è evidente, di un'impostazione diversa da quella propria soprattutto dal legislatore francese che, lo si detto più volte, ha individuato nel *parquet* o negli ufficiali di polizia giudiziaria i veri e propri *domini* delle procedure consensuali o negoziate. Al contrario, in Italia gli imputati, quantomeno da un punto di vista normativo, paiono essere meno schiacciati dai pubblici ministeri, dato che

⁶⁴ In questo senso si è espressa Corte cost., 6 giugno 1991, n. 251, in *Cass. pen.*, 1991, p. 711.

⁶⁵ Cfr. sul punto D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 212, secondo cui «l'esigenza di non sacrificare troppo le aspettative del danneggiato, oltre che evidenti ragioni di economia processuale, hanno indotto a consentire, invece – come risulta espressamente dall'art. 448, comma 3 – la decisione sull'azione civile, a norma dell'art. 578, in sede di impugnazione.

⁶⁶ In argomento, cfr. R.M. GERACI, *L'appello contro la sentenza che applica la pena su richiesta*, Padova, 2011, pp. 106 ss.; P. SECHI, *Sul dissenso del pubblico ministero all'applicazione della pena su richiesta*, in *Giur. it.*, 1990, II, c. 276.

⁶⁷ Sul punto, per tutti, R.M. GERACI, *L'appello contro la sentenza che applica la pena su richiesta*, cit., passim; V. GREVI, *Applicazione della pena richiesta dell'imputato nonostante il dissenso del pubblico ministero: una soluzione non consentita in sede di giudizio abbreviato*, in *Giur. it.*, 1990, II, c. 29; G. LATTANZI, *Rinnovazione nel dibattimento della richiesta di patteggiamento e immediatezza della decisione*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 4583 ss.

⁶⁸ Cfr. M. PISANI, *Italian style*, cit., p. 91. Si veda anche diffusamente, proprio a questo riguardo, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 18^a ed., Milano, 2017, pp. 823 s.

l'ordinamento ammette, seppur in via residuale, la trasformazione del rito *de quo* da negoziato a meramente "consensuale" in tutti i casi in cui la pubblica accusa neghi in modo ingiustificato il suo assenso all'istanza di concordato del prevenuto. In tale evenienza, infatti, non si avrà più un "patteggiamento", ma l'applicazione della pena su richiesta del solo imputato, che, evidentemente, è stato ritenuto titolare di un vero e proprio diritto a giovare quantomeno della diminuzione tipica del rito, oltretutto dell'inefficacia extrapenale della sentenza, mentre è invece discusso se anche gli altri benefici dell'art. 445 c.p.p. operino pure in caso di decisione di recupero di una richiesta rigettata⁶⁹.

È noto, peraltro, che a seguito dell'approvazione della legge Carotti «la *chance* di un "recupero" dell'epilogo patteggiato» è stata poi offerta «non solo all'imputato che abbia visto respinta la propria proposta dal pubblico ministero, ma anche alle parti che, concordi sin dall'inizio sui termini dell'iniziativa negoziale, abbiano subito il rigetto della richiesta da parte del giudice competente»⁷⁰. Di modo che, in sintesi, la modifica dell'art. 448, comma 1, c.p.p. del 1999, ha superato «definitivamente le incongruità della versione originaria, equiparando, quanto a dinamiche, l'ipotesi di dissenso del pubblico ministero e quella di rigetto del concordato da parte del giudice»⁷¹.

Non va peraltro trascurato che, per controbilanciare il potere del giudice del giudice del dibattimento di accettare una richiesta di patteggiamento a cui il pubblico ministero non abbia prestato il consenso, il legislatore ha attribuito alla pubblica accusa l'eccezionale potere di appellare la sentenza di applicazione della pena, la quale negli altri casi è, invece, inappellabile, proprio perché pronunciata sulla base dell'accordo delle parti⁷².

L'unica impugnazione che, invece, i codificatori hanno – anche se solo implicitamente ammessa – nei confronti delle "sentenze negoziate" è il ricorso per cassazione, la cui esperibilità avverso le decisioni in questione – costituzionalmente imposta dall'art. 111 della Carta fondamentale italiana – è stata per quasi trent'anni garantita solo dalle norme di chiusura del sistema delle impugnazioni degli artt. 568, comma 2, c.p.p. e 606, comma 2, c.p.p.⁷³.

Un'ultima serie di regole riguardava i controlli del giudice sul progetto di sentenza proposto dai contraenti: nella versione originaria dell'art. 444, comma 2,

⁶⁹ Per la tesi per cui il corredo premiale dovrebbe essere più ristretto, cfr. F. PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, cit., pp. 184 s.; ID., *Quali benefici nella sentenza dibattimentale che applica la pena richiesta dall'imputato?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1118. Per quella secondo cui i premi, invece, sarebbe gli stessi, cfr. A. FURGIUELE, *L'applicazione di pena su richiesta delle parti*, cit., pp. 82 ss.; ID., *Il patteggiamento dopo la riforma del 1999*, in *Giust. pen.*, 2000, III, c. 620; D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 372.; R.M. GERACI, *L'appello contro la sentenza che applica la pena su richiesta*, cit., pp. 77 ss. In giurisprudenza, a favore della tesi più garantista, cfr. Cass., Sez. III, 3 novembre 2016, n. 7951, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2867; Cass., Sez. III, 17 aprile 2002, Cacace, in *Ced. Cass.*, n. 222141.

⁷⁰ Così, efficacemente, F. PERONI, voce *Riti alternativi I) Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Enc. giur. Treccani*, 2002, p. 12.

⁷¹ Cfr. F. PERONI, voce *Riti alternativi I) Applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 12.

⁷² In argomento, per tutti, la recente monografia di R.M. GERACI, *L'appello contro la sentenza che applica la pena su richiesta*, cit., *passim*.

⁷³ In argomento, tra i moltissimi, R.M. GERACI, *Sentenza di patteggiamento e limiti alle impugnazioni*, in *Giur. it.*, 2003, p. 1449; F. RIGO, *sub art. 448 c.p.p.*, in A. GIARDA – G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 5ª ed., t. II, Milano, 2017, p. 1941.

c.p.p. si statuiva infatti che il decisore, prima di accogliere l'accordo delle parti, dovesse valutare la necessità di pronunciare una sentenza *ex art. 129 c.p.p.*, la correttezza della qualificazione giuridica, nonché l'applicazione e la comparazione delle circostanze prospettate dalle parti⁷⁴. Si trattava, quindi, di una serie di verifiche per certi versi simili rispetto a quelle che devono compiere i giudici francesi e spagnoli prima di pronunciare un'ordinanza di *CRPC* o una sentenza di *conformidad*, tra le quali però evidentemente mancava la possibilità per il decisore di sindacare la "congruità della pena" suggerita nella richiesta. In tal modo si lasciava alle parti potere dispositivo con riguardo alla scelta della pena concreta da irrogare eccessivamente ampio, di modo che a tale lacuna ha presto posto rimedio la Corte costituzionale, la quale, con la celeberrima sentenza n. 313 del 1990, ha dichiarato incostituzionale l'art. 444, comma 2, c.p.p. «nella parte in cui non prevede[va] che, ai fini e nei limiti di cui all'art. 27, comma 3, Cost., il giudice po[tesse] valutare la congruità della pena indicata dalle parti, rigettando la richiesta in ipotesi di sfavorevole valutazione»⁷⁵.

Comunque sia, già il dato per cui già la versione originaria degli artt. 444 e ss. c.p.p. non regolasse affatto la fase del *bargaining*, ovvero, lo si ribadisce, il vero cuore del "patteggiamento", senza la quale lo stesso in molti casi non può funzionare, dà una precisa riprova di quanto i codificatori, con l'applicazione della pena su richiesta delle parti, abbiano in sostanza creato un prodotto "semilavorato"⁷⁶, da completare nei suoi punti essenziali direttamente tramite l'utilizzo concreto e lo sviluppo giurisprudenziale.

Il Codice, insomma, «non ha voluto imbrigliare i contenuti del congegno negoziale in linee portanti solide e blindate»⁷⁷, ma ha semplicemente costruito lo "scheletro" di un rito alternativo, che necessariamente non poteva che essere riempito dagli operatori pratici del diritto.

Certo, il fatto che l'art. 444 c.p.p. costituisca se non una vera e propria norma in "bianco", «ma "in grigio", con tante aree da riempire»⁷⁸ ha da sempre comportato il rischio che i negoziati prendessero delle vie "*contra legem*", forzandosi, ad esempio, il prevenuto a rendere dichiarazioni *erga alios*⁷⁹, oppure a risarcire per forza la vittima, in cambio del consenso del pubblico ministero al patteggiamento.

⁷⁴ Circa i dubbi di costituzionalità suscitati dalla originaria formulazione dei poteri di controllo giudiziari, cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, pp. 619 s.; ID., *Patteggiamenti e crisi della giurisdizione*, in *Quest. giust.*, 1989, p. 381 s.

⁷⁵ Cfr. Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313, in www.cortecostituzionale.it. Sulla quale cfr. E. DOLCINI, *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale? Note a margine dell'art. 444 c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 797 s.; G. FIANDACA, *Pena patteggiata e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di pare e controllo giudiziale*, in *Foro. it.*, 1990, I, c. 2886 ss.; G. LOZZI, *La legittimità costituzionale del c.d. patteggiamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 1600 s.; P. PITTARO, *L'applicazione della pena su richiesta: profili di diritto penale sostanziale*, in AA.VV., *Il patteggiamento*, cit., pp. 18 s.; G. TRANCHINA, «Patteggiamento» e principi costituzionali: una convivenza piuttosto difficile, in *Foro. it.*, 1990, I, c. 2394 ss.

⁷⁶ Così, efficacemente, E. AMODIO, *La nuova fisionomia dei riti alternativi premiali*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, 2007, p. 72. Cfr. anche ID., *Giustizia penale negoziata e ragionevole durata del processo*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3407; ID., *I procedimenti speciali nel labirinto della giustizia costituzionale*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, n. 3, p. 114.

⁷⁷ E. AMODIO, *La nuova fisionomia dei riti alternativi premiali*, cit., p. 72.

⁷⁸ E. AMODIO, *La nuova fisionomia dei riti alternativi premiali*, cit., p. 73.

⁷⁹ E. AMODIO, *La nuova fisionomia dei riti alternativi premiali*, cit., p. 74.

Ciò nonostante, la necessità che il rito contrattato svolgesse in modo quanto più efficiente possibile il suo ruolo deflativo ha però portato il legislatore a considerare i negoziati un vero e proprio “giardino proibito”, entro cui non si è voluto addentrare, temendo evidentemente che una “formalizzazione” della fase delle discussioni vanificasse l’obiettivo primario di economia processuale.

Si è preferito, insomma, accettare il rischio dello sviluppo di prassi “devianti”, irrispettose dei diritti fondamentali del prevenuto, piuttosto che diminuire la probabilità che il patteggiamento contribuisse all’obiettivo generale di tutti i riti alternativi al procedimento penale ordinario di diminuire a una quota minima il numero di dibattimenti “ordinari” da celebrare.

Del resto, come emerge – non a caso – in modo testuale dalla stessa relazione al progetto preliminare del 1988 nel corso della discussione parlamentare si è rilevato come «“buona parte dell’efficienza del nuovo codice” fosse “affidata a questo istituto”, che consente non solo di risparmiare tutto il dibattimento, ma anche di eliminare un grado di impugnazione, vista l’inappellabilità della sentenza emessa su accordo delle parti; istituto che se da un lato si ricollega nell’ispirazione al “patteggiamento” della l. n. 689 del 1981, dall’altro se ne differenzia notevolmente per una impostazione più matura e robusta, che ha superato le originarie incertezze, anche di natura costituzionale»⁸⁰.

Nonostante, quindi, il legislatore dell’88 abbia attribuito un ruolo “deflativo” “principe” al patteggiamento, non va però tralasciato che accanto a questo sono stati creati anche altri istituti alternativi al procedimento ordinario, che, al loro interno, avevano il “germe” della negozialità.

Ci si riferisce, in particolare, al giudizio abbreviato, che già la direttiva n. 53 della legge-delega del 1987 aveva configurato sulla base di una richiesta dell’imputato – favorita dalla promessa dello sconto di pena secco di un terzo – che necessitava per forza del consenso del pubblico ministero per essere accolta, finalizzata a consentire al giudice di poter definire la reg Giudicanda nell’udienza preliminare, ove ritenesse di poter decidere allo stato degli atti.

Questo schema è stato ripreso fedelmente nella versione originaria dell’art. 438, comma 1, c.p.p. il quale stabiliva per l’appunto che l’imputato potesse «chiedere, con il consenso del pubblico ministero, che il processo [fosse] definito nell’udienza preliminare»⁸¹.

Ebbene, è chiaro, quindi, che ci si trovava così di fronte a un secondo meccanismo processuale, operante, questa volta, anche per la criminalità più grave, che per funzionare necessitava per forza della stipula di un vero e proprio accordo delle parti sul “rito”.

⁸⁰ Cfr. G. CONSO- V.GREVI- G.N. MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1989, p. 1025.

⁸¹ Per i dovuti riferimenti al funzionamento della versione originaria del rito abbreviato, cfr. S. BUZZELLI, *Per un giudizio abbreviato coerente con la scelta accusatoria della legge delega*, in *Cass. pen.*, 1991, pp. 507 ss.; G. DI CHIARA, *Considerazioni in tema di rito abbreviato, finalità del processo e tecniche di giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 574 ss.; M. FERRAIOLI, *Giudizio abbreviato*, in *AA.VV., I procedimenti speciali*, cit., pp. 8 ss.; E. LUPO, *Il giudizio abbreviato e l’applicazione della pena negoziata*, cit., pp. 63 ss.; O. MAZZA, *I paradossi dell’attuale giudizio abbreviato e le prospettive di soluzione nel solco della delega*, in *Cass. pen.*, 1992, pp. 1992 ss.; E. SOMMA, *Giudizio abbreviato*, *AA.VV., I procedimenti speciali*, cit., pp. 69 ss.; F. ZACCHÉ, *Il giudizio abbreviato*, Milano, 2004, pp. 17 ss.

Era, infatti, lo stesso art. 439 c.p.p. a stabilire che la richiesta del prevenuto di giudizio abbreviato – al quale, merita precisarlo, a differenza dell’applicazione della pena su richiesta delle parti, era stato dato un potere di iniziativa esclusivo sul punto – dovesse essere depositata unitamente all’atto di consenso del pubblico ministero, trattandosi, quindi, di provvedimenti che al giudice dovevano essere per forza presentati come “congiunti”, restando altrimenti privi di effetti.

Ed è del resto proprio alla luce del fatto che tale meccanismo si fondava su un’intesa tra le parti che il giudizio abbreviato era originariamente stato qualificato come vero e proprio “patteggiamento sul rito”⁸² – posto che per l’appunto l’accordo non aveva come oggetto diretto la pena ma soltanto una definizione “anticipata” del processo rispetto al dibattimento –, potendo, quindi, essere fatto rientrare nell’alveo della giustizia negoziata⁸³.

Non va, d’altra parte, tralasciato che, nel giudizio abbreviato originario, l’accordo tra le parti, pur avendo quale oggetto “diretto” la procedura da seguire, aveva un preciso effetto sul merito, dato che l’intesa comportava il beneficio premiale dello sconto di pena di un terzo, dovuto per il solo fatto di aver scelto il procedimento speciale *de quo*⁸⁴.

Il “patteggiamento sul rito”, pertanto poteva avere «conseguenze anche sull’entità della pena, pure se tali conseguenze [erano] un effetto indiretto dell’accordo delle parti e meramente eventuale, potendo la pronuncia di merito essere anche di proscioglimento»⁸⁵

Anche in questo caso, però, il legislatore non aveva in alcun modo regolato la fase della formazione dell’accordo delle parti, di modo che, come nel patteggiamento sul “merito”, essa avveniva «al di fuori del processo ed ivi entra[vano] soltanto gli atti in cui tale consenso, eventualmente formatosi, si esprime»⁸⁶.

A testimoniare peraltro quanto, nonostante il silenzio della legge, la mentalità dei giuristi italiani fosse oramai assolutamente aperta alla negozialità basti pensare che, nel descrivere il meccanismo di cui agli artt. 438 e ss. c.p.p., autorevole dottrina, poco dopo l’entrata in vigore del nuovo codice ha precisato che «per addivenire ad un giudizio abbreviato [...] [sarebbero state] necessarie delle

⁸² In dottrina, cfr., per tutti, P. FERRUA, *Scelte accusatorie e riviviscenze inquisitorie nel nuovo processo penale*, in *Dif. pen.*, n. 22, p. 49, nonché P. TONINI, *I riti di impronta angloamericana: patteggiamento e giudizio abbreviato*, in AA.VV., *Il rito accusatorio a vent’anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Milano, 2012, p. 278, il quale ricorda che «dalla lettura dei lavori preparatori del codice del 1988 si desume che la natura contrattuale di entrambi i modelli angloamericani ha costituito fin dall’origine il principio ispiratore anche per i due riti semplificati nostrani, tanto che si è utilizzata la denominazione simmetrica “patteggiamento sul rito” e “patteggiamento sulla pena”. In merito all’utilizzo di tali espressioni, cfr. già V. GREVI, “Patteggiamento” sul rito e “patteggiamento”, cit., pp. 1127 ss.

⁸³ In questo senso, cfr. V. FANCHIOTTI, *Negotiated justice in Italy*, in *Archivum Iuridicum Cracoviense*, 2000, p. 33. P. FERRUA, *La giustizia negoziata nella crisi della funzione cognitiva del processo penale*, in AA.VV., *La giustizia contratta. Dalla bottega al mercato globale*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1998, p. 52; E. MARZADURI, *Poteri delle parti e disponibilità del rito nella giustizia negoziata*, in AA.VV., *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant’anni della Corte costituzionale*, a cura di G. Giostra e G. Insolera, Milano, 1995, p. 90 ss.; P. TONINI, *I riti di impronta angloamericana* p. 280.

⁸⁴ E. LUPO, *Il giudizio abbreviato e l’applicazione della pena negoziata*, cit., p. 64.

⁸⁵ E. LUPO, *Il giudizio abbreviato e l’applicazione della pena negoziata*, cit., p. 64.

⁸⁶ Cfr. E. LUPO, *Il giudizio abbreviato e l’applicazione della pena negoziata*, cit., p. 66.

trattative, dei contatti informali fra il pubblico ministero e il difensore»⁸⁷. Ciò era, secondo tale opinione, inevitabile, posto che sarebbe stato difficile pensare che un difensore potesse «andare al giudizio abbreviato o al patteggiamento *ex abrupto*, senza aver prima sondato qual è l'orientamento del pubblico ministero in quel caso»⁸⁸. Sembrava, insomma, del tutto inverosimile che non si sviluppasse «una serie di contatti tra il difensore ed il pubblico ministero prima della proposizione della richiesta e del consenso»⁸⁹.

Non pare necessario spendere molte parole per porre in rilievo la grande distanza tra un'esegesi come quella appena riportata e la ferrea opposizione che, per lunghi anni, è stata compiuta in Francia nei confronti della giustizia negoziata. Mentre Oltralpe, infatti, ogni scusa è stata per lungo tempo buona per proclamare apertamente che gli istituti basati su accordi tra le parti sarebbero stati dei meri "contratti per adesione" non negoziati, in Italia, invece, già nei primi anni Novanta, non si è avuta difficoltà ad ammettere che, per sfruttare al meglio il giudizio abbreviato e il patteggiamento, nonostante il silenzio del legislatore, avrebbero dovuto svilupparsi delle trattative informali.

D'altra parte, una conferma definitiva di quanto, con il nuovo codice di procedura penale, i vari formanti dell'ordinamento processuale penale italiano abbiano assunto una mentalità aperta nei confronti della giustizia negoziata, può essere tratta dal fatto che il legislatore del 1988 non abbia rinunciato a inserire pure un istituto deflativo, fondato su un accordo tra le parti, operante nel giudizio d'appello.

Ci si riferisce al cosiddetto "concordato sui motivi d'appello"⁹⁰ o "concordato sui motivi e sulla pena"⁹¹ inserito all'interno dell'art. 599, comma 4, c.p.p. e dell'art. 602, comma 2, c.p.p., al fine di consentire alle parti di accordarsi sull'accoglimento, in tutto o in parte, dei motivi di impugnazione, con eventuale rinuncia alle altre residue ragioni di gravame⁹².

Già da una semplice lettura di tali disposizioni, si poteva comprendere che l'atto complesso composto dalla richiesta congiunta di accoglimento dei motivi patteggiati sarebbe stato idoneo, ove effettivamente accolto dal giudice, a produrre degli specifici effetti sostanziali sulla pena effettivamente irrogata. Sin dalla versione originaria dell'art. 599, comma 4, c.p.p.⁹³ si stabiliva infatti che se i motivi di cui si chiedeva l'accoglimento avessero comportato una rideterminazione della pena il pubblico ministero, l'imputato e la persona civilmente obbligata per la pena

⁸⁷ In tal senso, G. ILLUMINATI, *I procedimenti a conclusione anticipata*, cit., p. 257.

⁸⁸ G. ILLUMINATI, *I procedimenti a conclusione anticipata*, cit., p. 257.

⁸⁹ È ancora l'opinione di G. ILLUMINATI, *I procedimenti a conclusione anticipata*, cit., p. 257.

⁹⁰ Anche queste espressioni si deve a M. PISANI, *Il pubblico ministero nel nuovo processo penale: profili deontologici*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 191.

⁹¹ G. SPANGHER, *Il concordato sui motivi e sulla pena nel giudizio di appello*, in *Studium iuris*, 1996, p. 432.

⁹² Per un affresco dell'originaria struttura del concordato cfr. G. DI CHIARA, *Primi appunti in tema di "concordato" sui motivi di appello*, in *Giur. mer.*, 1990, pp. 1053 ss.; M. GARAVELLI, sub art. 599 c.p.p., in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. VI, Torino, 1991, p. 184; G. LATTANZI, *Il patteggiamento in appello: un incompreso*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 362 ss.; G. SPANGHER, *Sulla forma della decisione del giudice di appello ai sensi dell'art. 599 comma 4 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 150 ss.

⁹³ Un'esaustiva disamina delle molte vicissitudini che ha avuto tale rito cfr. F. CALLARI, *Il concordato sui motivi di appello e il mito della fenice*, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 4640.

pecuniaria avrebbero potuto indicare direttamente al decisore la sanzione sulla quale gli stessi fossero d'accordo.

Pare sul punto utile effettuare una precisazione. Come è stato condivisibilmente sostenuto da attenta dottrina, sin dalla versione "iniziale" dell'art. 599, comma 4, c.p.p. si capiva chiaramente, non solo che l'accordo avrebbe dovuto coprire l'intera area del *devolutum*, ma anche che lo stesso avrebbe potuto avere «un contenuto assai variabile»⁹⁴.

Ciò, in sostanza, significa che «la combinazione dei possibili elementi dell'accordo sui motivi [era già allora] affidata all'autonomia delle parti secondo una logica negoziale che consent[iva] di enucleare una gamma di modelli graduabili, secondo una scala di crescente complessità»⁹⁵.

Nella forma più semplice l'accordo avrebbe potuto conseguire «al pieno riconoscimento, ad opera di una delle parti processuali, delle pretese avanzate dall'altra nei motivi di appello, senza che intervenisse alcuna rinuncia di sorta. In tal caso, l'area della pattuizione [avrebbe assunto] dimensioni coincidenti con l'intero perimetro dei motivi originariamente presentati, di modo che l'effetto devolutivo della impugnazione si [sarebbe trasformato] in richiesta congiunta di accoglimento del gravame»⁹⁶. Ciò, ad esempio, sarebbe potuto avvenire ove un imputato proponesse impugnazione solo allo scopo di ottenere una riduzione della pena e il pubblico ministero concordasse con tale richiesta, limitandosi così essi a rideterminare la sanzione, «magari facendo leva sulle circostanze»⁹⁷.

Erano però possibili anche delle formule combinatorie assai più complesse, costruite sulla base di uno scambio tra la rinuncia dell'appellante ad alcuni dei motivi dedotti con l'atto di impugnazione e «il consenso prestato dalla controparte all'accoglimento del motivo o dei motivi residui. In quest'ottica, l'intesa sarebbe sì stata circoscritta solo ad alcuni dei motivi d'appello, ma «proprio per rendere ammissibile la domanda, [alla stessa] avrebbe dovuto concorrere la contestuale rinuncia a tutti gli altri motivi dell'intesa»⁹⁸. Ciò significa che nella fattispecie in cui le parti non condivisero «tutte le censure mosse alla sentenza di prime cure, all'oggetto positivo dell'accordo» se ne aggiungeva «uno negativo, che si sostanziava [nell'individuazione implicita dei motivi che [dovevano] essere abbandonati»⁹⁹. In questa evenienza, infatti, «a dare attuazione al *pactum* non [era] sufficiente la sola istanza comune: questa [avrebbe dovuto] essere accompagnata dai singoli atti di rinuncia»¹⁰⁰. Così, ad esempio, poteva avvenire nell'ipotesi assai frequente in cui l'imputato proponesse appello contro una condanna chiedendo l'assoluzione e, in subordine, la riduzione della pena, e vi fosse un accordo sul

⁹⁴ F. CALLARI, *Il concordato sui motivi di appello e il mito della fenice*, cit., p. 4645.

⁹⁵ Cfr. E.M. CATALANO, *L'accordo sui motivi di appello*, Milano, 2001, p. 7.

⁹⁶ F. CALLARI, *Il concordato sui motivi di appello e il mito della fenice*, cit., p. 4645.

⁹⁷ Cfr. M. GIALUZ, *Il concordato sui motivi e sulla pena in appello*, in F. PERONI-M. GIALUZ, *La giustizia penale consensuale*, cit., p. 62, da cui è tratto l'esempio.

⁹⁸ In tal senso, assai chiaramente, F. CALLARI, *Il concordato sui motivi di appello e il mito della fenice*, cit., p. 4645.

⁹⁹ Cfr. M. GIALUZ, *Il concordato sui motivi e sulla pena in appello*, p. 62.

¹⁰⁰ V. M. GIALUZ, *Il concordato sui motivi e sulla pena in appello*, p. 62.

motivo subordinato previa la rinuncia di quello principale¹⁰¹. È chiaro che in tale più complessa ipotesi si sarebbe venuto a costituire un vero e proprio «rapporto sinallagmatico tra rinuncia dell'appellante ai motivi proposti e prestazione del consenso della controparte all'accoglimento dei motivi residui, che evoca immediatamente la logica di scambio di tipica impronta negoziale»¹⁰².

Alla luce di ciò, non stupisce quindi che nella prassi il meccanismo *de quo* sia stato denominato "patteggiamento in appello"¹⁰³.

Ma vi è di più. Attenta dottrina ha anche apertamente affermato che la necessità di calibrare concretamente il contenuto dell'accordo dalle parti sui motivi avrebbe favorito «lo svolgimento di trattative caratterizzate da reciproche concessioni» e promosso «il recupero di un modello genuinamente negoziale di giustizia penale»¹⁰⁴.

Anche in questo caso, però, la fase delle discussioni delle parti non è stata normata direttamente dal legislatore, di modo che lo sviluppo di una lettura "negoziata" del concordato sui motivi non era affatto imposta, essendo piuttosto la logica conseguenza della volontà di sfruttare al massimo gli effetti deflativi¹⁰⁵ del meccanismo *de quo*.

Detto altrimenti: se è di certo vero che un meccanismo processuale strutturato come il concordato sui motivi d'appello ha in sé delle marcate "potenzialità negoziali", le stesse si sono effettivamente potute esprimere appieno solo grazie a quel generale *favor* sviluppatosi in tutti i diversi formanti dell'ordinamento processuale penale italiano in merito alla possibilità di compiere delle discussioni sull'oggetto di una regiudicanda penale.

Mentre, al contrario, a lettera della legge invariata, in un contesto meno favorevole alla giustizia negoziata, un istituto quale quello dell'art. 599 e 602 c.p.p. avrebbe potuto essere letto come operante sulla base di "offerte ferme", magari provenienti solo dall'autorità, che il prevenuto avrebbe potuto accettare o rifiutare in blocco, svilendosi così, però, l'effettiva potenzialità di smaltimento del carico giudiziario dell'istituto.

Giunti a questo punto un dato sarà oramai chiaro: la grande svolta avutasi in Italia negli anni Ottanta in Italia con riguardo alla *negotiated justice* non è stata affatto il frutto solamente di una o più riforme "normative", posto che, per l'appunto, la legge di vere e proprie trattative non ha mai parlato.

Tutt'al contrario, il fenomeno in esame ha potuto svilupparsi solo grazie al fatto che tutte le variegate componenti del sistema processuale penale italiano (avvocatura, magistratura, dottrina e così via) sono state disposte ad ammettere apertamente, proprio a partire dagli anni Ottanta, che il modo migliore per sfruttare

¹⁰¹ Cfr. F. CAPRIOLI, *La definizione concordata del processo d'appello dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 628.

¹⁰² E.M. CATALANO, *L'accordo sui motivi di appello*, cit., p. 7.

¹⁰³ Per l'utilizzo di tale espressione cfr. F. CAPRIOLI, *La definizione concordata*, cit., p. 625; A. FERRARO, *In tema di "patteggiamento" sui motivi di appello*, in *Cass. pen.*, 1992, pp. 1817 ss.; P.V. MOLINARI, *In tema di patteggiamento per l'accoglimento dei motivi di appello*, ivi, pp. 984 ss.; N. GALANTINI, *Note in tema di patteggiamento sui motivi di appello*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2577.

¹⁰⁴ Così, E.M. CATALANO, *L'accordo sui motivi di appello*, cit., p. 7.

¹⁰⁵ Sul punto, E.M. CATALANO, *L'accordo sui motivi di appello*, cit., p. 7.

una serie di istituti man mano approvati era quello di consentire lo sviluppo, seppur entro determinati limiti, di negoziati tra i diversi soggetti del procedimento penale.

Nel passaggio dell'Italia verso un sistema prevalentemente accusatorio, il modello del *bargaining* americano non ha insomma soltanto influenzato le scelte del legislatore¹⁰⁶, ma è stato avallato da tutti gli altri formanti dell'ordinamento¹⁰⁷, che non hanno affatto innalzato barricate, fondate su posizioni di principio, volte a negare alla radice l'opportunità di negoziare nel penale.

Si tratta, insomma, di una situazione simile a quella che si è avuta in Spagna a seguito della grande riforma dell'*abreviado* del 1988: anche in tale Paese, infatti, non è stato il legislatore a parlare di trattative tra le parti concernenti una *conformidad*, ma sono stati gli operatori pratici del diritto e la dottrina a voler sfruttare sino in fondo le potenzialità intrinseche fornite dalle nuove disposizioni.

Ma, a dir la verità, una situazione non del tutto differente si è verificata nel medesimo periodo anche in Germania, sebbene, come si è avuto modo di vedere, a quel tempo le forze politiche tedesche fossero ben lungi da codificare le *Absprachen*. È stato, infatti, soprattutto grazie alla risposta positiva proveniente, *in primis*, della Corte costituzionale tedesca alla domanda generale circa la possibilità di concludere – seppur entro determinati limiti – degli accordi aventi a oggetto confessioni contrattate, che in tale Paese il *tabù* della giustizia negoziata ha potuto iniziare a sgretolarsi, nonostante le assidue resistenze di una parte assai autorevole della dottrina.

4. Gli anni Novanta

Se gli anni Settanta e Ottanta hanno rappresentato il periodo della ri-espansione della “negozialità” nel processo penale sul continente europeo¹⁰⁸, i

¹⁰⁶ Del resto è noto che il legislatore italiano dell'88 fosse talmente “affascinato” dall'efficienza della giustizia negoziata nord-americana da farvi espresso riferimento nella relazione al progetto preliminare del 1988. Si è infatti sostenuto che «gli istituti del *guilty plea* e del *plea bargaining* del processo nord-americano costituiscono al riguardo un esempio estremamente significativo, posto che consentono di risolvere senza ricorrere al dibattimento almeno il 90 % dei casi per cui il pubblico ministero ha iniziato l'azione penale».

¹⁰⁷ I contributi comparatistici italiani rispetto alla *negotiated justice* americana sono infatti innumerevoli e assai risalenti, si ricordino, solo a titolo esemplificativo, oltre al già citato volume di R. GAMBINI MUSSO, *Il «plea bargaining» tra common law e civil law*, cit., passim, e al volume collettaneo AA.VV., *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di E. Amodio e M.c. Bassiouni, Milano, 1988, i numerosi contributi del Prof. Fanchiotti, tra i quali, V. FANCHIOTTI, *Antiprocedure*, Genova, 1999; ID., *Il processo penale statunitense: un modello complesso da rivisitare*, in *Giur. it.*, 1989, c. 408; ID., *Origini e sviluppo della “giustizia contrattata” nell'ordinamento statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 56; ID., *Osservazioni sul “patteggiamento” previsto dal nuovo codice di procedura penale e sui suoi modelli*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 723; ID., *Profili privatistici della giustizia penale statunitense*, in *Giur. it.*, 1992, IV, c. 313. Cfr. ancora D. MORETTI, *Patteggiamento e obbligatorietà dell'azione penale, ovvero l'impraticabilità del modello americano*, in *Critica dir.*, 1991, pp. 38 ss.; R. GAMBINI MUSSO, *Difesa e difensore nei sistemi di negotiated justice*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvoione*, III, Milano, 1991, p. 611; G.S. VITTORINI, *La richiesta di patteggiamento come espressione di un “nolo contendere”*, in *Cass. pen.*, 1992, pp. 107 ss.

¹⁰⁸ Ciò è ovvio è potuto accadere perché in tale decennio il valore della speditezza del processo, al fine di rispettare il canone della ragionevole durata, è emerso come valore costituzionale nella

decenni successivi hanno, invece, dimostrato quanto, specie dopo un primo periodo di sperimentazione (formale o informale) dei riti contrattati, diversi ordinamenti abbiano sentito il bisogno di riformarne in modo sostanziale la struttura, al fine di potenziare la loro efficacia deflativa.

Una situazione simile, lo si è visto, si è avuta sia in Spagna, sia in Francia.

Nel primo Stato, infatti, alla grande riforma del 1988 è seguita a stretto giro quella forse ancora più importante del 2002/2003, che ha portato alla completa riscrittura delle *conformidades* al fine di renderle più efficienti e alla creazione di quella *premiada*, allo scopo di aumentarne l'impatto deflativo. Negli anni successivi, il Protocollo sulla *conformidad* prima e, soprattutto, l'*Anteproyecto* del 2011 e il *Borrador* del 2013 poi hanno confermato questa strada, esprimendo chiaramente il proposito di estendere l'ambito di operatività dei negoziati anche per le soglie di criminalità più gravi.

In Francia, invece, dopo che con l'utilizzo pratico della *CRPC* il dogma dell'impossibilità di compiere delle trattative tra le parti aventi a oggetto una sanzione penale è venuto a essere sempre più insostenibile, il legislatore del 2011, consentendo di utilizzare tale istituto per quasi tutti i delitti e ammettendone l'utilizzo anche in fase di istruttoria, ha aumentato di molto il novero dei reati per cui tali "discussioni" sono possibili. Come si è avuto poi modo di vedere, nemmeno i ripensamenti dovuti al progetto del senatore Mézard del 2013 di far tornare la Francia sui propri passi, restringendo l'ambito di applicazione del *plaider coupable*, hanno avuto successo, di modo che dal fallimento di tale iniziativa vi è stata un'ulteriore conferma indiretta di quanto, nonostante lo sviluppo della "zona grigia" di trattative informali nella *CRPC*, questo istituto sia, per ora, inteso come uno strumento troppo importante ai fini deflativi per essere depotenziato.

Neppure la situazione tedesca, pur con le sue peculiarità, pare distaccarsi da questo schema di progressiva estensione dell'ambito di operatività della giustizia negoziata.

In tale Paese, infatti, la strada verso una cristallizzazione normativa delle contrattazioni informali era, a ben vedere, già iniziata negli anni Settanta con la creazione del §153a *StPO*, mediante il quale, lo si è visto, è stata recepita la prassi di alcune procure di "condizionare" l'archiviazione nei confronti dei prevenuti al compimento di determinate prestazioni, tra cui soprattutto il pagamento di una somma di denaro allo Stato.

Di modo che la codificazione delle *Verständigungen* del 2009 ha, per certi versi, completato questo percorso; e ciò in quanto mediante questa riforma è stato lo stesso formante legislativo, recependo le indicazioni di quello giurisprudenziale, ad ammettere ufficialmente la possibilità di negoziare anche all'interno delle reg Giudicande concernenti la criminalità più grave.

Dal canto suo, l'esperienza italiana è sotto molti punti di vista assimilabile a quella di questi Stati, anche se presenta alcune peculiarità di non secondario rilievo. La prima consiste nel fatto che, già l'anno dopo l'entrata in vigore del Codice Vassalli, uno dei tre "patteggiamenti" creati dal legislatore dell'88 (quello in appello) ha subito un netto ridimensionamento a seguito di un intervento della

giustizia europea. Cfr., sul punto, la nota analisi di E. AMODIO, *Nuovi valori «costituzionali» nella giustizia penale del continente europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 941 ss.

Consulta, che ne ha fortemente minato le potenzialità semplificatrici¹⁰⁹. Ci si riferisce, più precisamente, al fatto che con una pronuncia che ha suscitato notevoli dubbi e critiche – ossia la sentenza n. 435 del 1990 – i giudici della Consulta hanno dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 599, commi 4 e 5 e 602, comma 2, c.p.p., per eccesso di delega, nella parte in cui consentivano la definizione del procedimento nei modi *ivi* previsti anche al di fuori dei casi elencati nel comma 1 dell'art. 599 c.p.p. Senza che risulti opportuno soffermarsi sul punto in questa sede, preme solo precisare che in tale evenienza la Consulta non ha, per l'appunto, dichiarato incostituzionale il concordato in appello in ragione di una indiscriminata ostilità nei confronti della possibilità di negoziare una pena in sede di impugnazione, ma in particolare in ragione del fatto che nella legge delega mancava una previsione espressa dell'accordo su motivi di appello¹¹⁰. Orbene, alla luce di ciò, era quindi preconizzabile che il legislatore potesse (come è effettivamente avvenuto) rimediare al difetto d'origine dell'istituto *de quo*, superando a piè pari le critiche del giudice delle leggi.

Comunque, non si è dovuto attendere molto perché venissero, invece, manifestate pulsioni inverse, volte a potenziare gli strumenti negoziali esistenti nel nostro Paese.

Tra le varie iniziative avanzate a riguardo, può, anzitutto, ricordarsi il modello di patteggiamento "allargato" proposto nel 1994 dai rappresentanti della Procura milanese¹¹¹.

In estrema sintesi l'art. 14 di tale proposta, anticipando alcuni suggerimenti poi, per certi versi, ripresi solo quasi un decennio dopo dal legislatore, ha suggerito di innalzare il limite edittale massimo di pena detentiva patteggiabile da due a tre anni. Peraltro, nelle fattispecie in cui si superasse lo sbarramento dei due anni di reclusione «sarebbero venute meno alcune significative conseguenze di carattere premiale, caratteristiche del rito, quali l'inapplicabilità delle pene accessorie e delle misure di sicurezza»¹¹². In questa sede si era, insomma, prospettata, per la prima volta, un «possibile sdoppiamento delle fattispecie di "patteggiamento", introducendo, accanto al modello tradizionale, una variante a caratura premiale asimmetrica»¹¹³.

¹⁰⁹ Cfr. Corte cost., 10 ottobre 1990, n. 435, in *Giur. cost.*, 1990, p. 2593. Sulla quale, cfr. F. CAPRIOLI, *La definizione concordata del processo d'appello dopo l'intervento della Corte costituzionale*, cit., pp. 625 ss.; M. D'ANDRIA, *Il c.d. patteggiamento per l'accoglimento dei motivi di appello, prima e dopo l'intervento demolitore della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1991, pp. 152 ss.; G. LATTANZI, *Il patteggiamento in appello: un incompreso*, cit., pp. 364 ss.; N. GALANTINI, *Note in tema di patteggiamento sui motivi di appello*, cit. p. 2577; S. SAU, *Il procedimento in camera di consiglio ex art. 599 4 comma c.p.p. dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *Il giust. proc.*, 1991, pp. 352 ss.; T. TREVISSON LUPACCHINI, *Sui poteri del giudice nell'appello con rito camerale instaurato a seguito di accordo delle parti*, in *Giur. it.*, 1991, II, c. 253.

¹¹⁰ Si veda F. CALLARI, *Il concordato sui motivi di appello e il mito della fenice*, cit., p. 4645.

¹¹¹ Cfr. AA.VV., *Proposte in materia di prevenzione della corruzione dell'illecito finanziamento dei partiti*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2348. Per una compiuta analisi diacronica dell'istituto dell'evoluzione avuta negli anni dal patteggiamento cfr. E.M. MANCUSO, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., pp. 106 ss.; A. SCILLA, *Il patteggiamento "allargato" nel quadro della programmata espansione della giustizia negoziale*, in AA.VV., *Patteggiamento "allargato" e giustizia penale*, a cura di F. Peroni, Torino, 2004, pp. 3 ss.

¹¹² E.M. MANCUSO, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 107.

¹¹³ E.M. MANCUSO, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 107.

Un cambiamento ancora più radicale dell'istituto originario è stato prospettato, poi, qualche anno dopo, nell'ambito di quel disegno di modifica noto come "pacchetto Flick", approvato dal Consiglio dei ministri nel gennaio del 1997¹¹⁴.

Le linee fondamentali di tale proposta normativa – oggetto come noto di aspre e penetranti critiche provenienti da autorevole dottrina¹¹⁵ – consistevano nell'introduzione, accanto all'originaria applicazione della pena su richiesta delle parti, di un nuovo istituto denominato «condanna a pena concordata»¹¹⁶, operante per i reati per i quali fosse richiesta l'irrogazione di pene superiori ai due anni di reclusione, ma che non oltrepassassero il limite di tre¹¹⁷. Peraltro, la novità principale di tale meccanismo non era costituita dall'aumento dell'ambito di operatività rispetto al "patteggiamento" originario, quanto piuttosto nel fatto che all'interno dello stesso l'imputato – se del caso – si sarebbe potuto dichiarare colpevole del fatto addebitatogli¹¹⁸. In breve, tale iniziativa cercava di dare una risposta all'insoluta questione, sulla quale si tornerà in seguito, del livello di accertamento che il giudice deve compiere prima di accettare una richiesta di applicazione della pena su richiesta delle parti originaria, creando per l'appunto un istituto che, in quanto comprensivo di un (eventuale) *guilty plea*, avrebbe dovuto essere caratterizzato da una «*plena cognitio* del giudice»¹¹⁹. Il fatto che il meccanismo processuale che si voleva codificare all'art. 445-bis c.p.p. richiedesse un accertamento completo da parte del decisore sulla responsabilità del prevenuto¹²⁰, aveva poi portato i proponenti a chiarire che la sentenza conseguente a una condanna a pena concordata sarebbe stata una vera e propria condanna (e non più a una sentenza solo equiparata a una condanna), «uguale, per caratteristiche ed effetti, a quella pronunciata in seguito di dibattimento»¹²¹, che avrebbe comportato la perdita di diversi benefici per il prevenuto rispetto al patteggiamento "originario". La condanna a pena concordata, infatti, a differenza dell'applicazione della pena *ex art. 444 e ss. c.p.p.*, non avrebbe impedito il pagamento delle spese processuali, l'applicazione delle pene accessorie e delle misure di sicurezza, sarebbe stata iscritta nel certificato penale e avrebbe, infine, spiegato una piena efficacia nei

¹¹⁴ Cfr. d.d.l. C. n. 2968, *modifiche al codice di procedura penale*, presentato dal ministro di grazia e giustizia Flick il 15 gennaio 1997.

¹¹⁵ Vedi P. FERRUA, *La giustizia negoziata nella crisi della funzione cognitiva del processo penale*, cit., pp. 49 ss.; A. MANNA, *Il c.d. patteggiamento allargato: aspetti processuali e sostanziali*, in *Temi rom.*, 1997, p. 9; F. PERONI, *Le nuove norme in materia di "patteggiamento allargato" e di sanzioni sostitutive*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1069; A. RUGGIERO, *Forme di patteggiamento. Dal patto sulla sanzione alla conciliazione sul fatto: un obiettivo nuovamente mancato*, in *Aa.Vv., Patteggiamento allargato e sistema penale*, a cura di A. De Caro, Milano, 2004, pp. 37 ss.; A. SCCELLA, *Il patteggiamento "allargato"*, cit., p. 6 s.

¹¹⁶ Cfr. d.d.l. C. n. 2968, cit., pp. 3 ss.

¹¹⁷ Cfr. d.d.l. C. n. 2968, cit., p. 3.

¹¹⁸ Non si trattava, peraltro, di un obbligo, ma di una mera scelta del prevenuto. Cfr. d.d.l. C. n. 2968, cit., p. 4.

¹¹⁹ E.M. MANCUSO, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 107. Cfr. d.d.l. C. n. 2968, cit., p. 4.

¹²⁰ Cfr. d.d.l. C. n. 2968, cit., p. 4.

¹²¹ Cfr. d.d.l. C. n. 2968, cit., p. 4.

giudizi civili o amministrativi¹²². Merita, infine, precisare che i proponenti avevano però ideato dei nuovi benefici di cui avrebbero potuto giovare coloro che optassero per il meccanismo di cui all'art. 445-bis c.p.p., ma anche per il "patteggiamento classico"¹²³. Ci si riferisce, in particolare, all'inedito strumento di cui si proponeva l'inserimento all'art. 445-quater c.p.p., che avrebbe permesso a coloro che optassero per l'applicazione della pena su richiesta delle parti e per la condanna a pena concordata di ottenere un ulteriore sconto della pena detentiva fino a un terzo, in cambio del pagamento di una somma di denaro a titolo di riparazione dell'interesse pubblico tutelato dalla norma violata. Inutile dire che si trattava di «un incentivo notevole [...] perché [avrebbe consentito] di far rientrare nei limiti dei due diversi patteggiamenti reati che altrimenti, per la pena applicabile, ne sarebbero [stati] esclusi»¹²⁴.

Questa ambiziosa proposta di riforma, lo si è anticipato, è stata sommersa da numerose e convincenti critiche, venendo poi abbandonata. Ma non per questo si è rinunciato, solo poco tempo dopo, a riformare in modo radicale il sistema complessivo della giustizia negoziata italiana.

Con la legge 19 gennaio 1999, n. 14¹²⁵ il legislatore italiano, ha, infatti, anzitutto provveduto a ristabilire l'istituto del concordato sui motivi d'appello nella sua dimensione originaria, recuperando così un prezioso strumento per garantire l'accelerazione dei tempi processuali e, di conseguenza, lo sfolgimento dell'arretrato giudiziario¹²⁶. Di modo che, da quel momento è stato «di nuovo pienamente ammissibile qualsiasi tipo di concordato in grado d'appello, che si sostanziasse, cioè, non solo nell'accordo delle parti sulla specie o sulla misura della pena, ma altresì nella rinuncia di una o entrambe le parti a motivi d'appello della più disparata natura e, segnatamente, a quelli in tema di responsabilità»¹²⁷.

La legge costituzionale del 23 novembre 1999, n. 2 nel riformare l'art. 111 della Costituzione¹²⁸, al fine di inserirvi i principi del giusto processo, ha poi chiarito

¹²² Nasce così l'idea di una variante di caratura premiale asimmetrica di cui parla F. PERONI, *La nuova fisionomia del patteggiamento*, in Aa.VV., *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di G. Di Chiara, Torino, 2003, p. 370.

¹²³ Cfr. d.d.l. C. n. 2968, cit., p. 5.

¹²⁴ Cfr. d.d.l. C. n. 2968, cit., p. 5.

¹²⁵ In verità il legislatore con la l. 19 gennaio 1998, n. 51 aveva già introdotto un meccanismo di accordi fra le parti analogo al concordato sui motivi di appello, operante però solo in via transitoria. Per un cenno a riguardo, F. CALLARI, *Il concordato sui motivi di appello e il mito della fenice*, cit., p. 4643, il quale spiega che «fu, dunque, la preoccupazione per un iniquo favor, riservato solo a quanti si fossero trovati a "beneficiare" della procedura semplificata, che indusse il legislatore a estendere l'istituto a tutti i processi non ancora definiti, attraverso il ripristino, anche pro futuro, della originaria disciplina codicistica in tema di concordato sui motivi di appello».

¹²⁶ Cfr., a riguardo, F. NUZZO, *Alcune riflessioni di sintesi intorno al concordato sui motivi di appello*, in *Cass. pen.*, 2000, pp. 1655 ss.; G. SPANGHER, *Riscoprire le sue origini il concordato sui motivi d'appello*, in *Studium iuris*, 1999, p. 225.

¹²⁷ F. CALLARI, *Il concordato sui motivi di appello e il mito della fenice*, cit., p. 4643. In argomento cfr. S. CASTELLANI, *Modifica degli artt. 599 e 602 c.p.p. (l. 19 gennaio 1999 n. 14)*, in *Leg. pen.*, 1999, p. 23; G. FRIGO, *Giudizio penale più veloce anche in appello: rivive l'accordo delle parti su motivo e pena*, in *Guida dir.*, 1999, n. 6, p. 22; A. NAPPI, *Rispristinato il patteggiamento in appello*, in *Gazz. giur.*, 1999, n. 7, p. 1.

¹²⁸ Per un commento, cfr., per tutti, C. CONTI, voce *Giusto processo*, b) *Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, V agg., Milano 2001, pp. 627; E. MARZADURI, sub art. 1 l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, in *Leg. pen.*, 2000, p. 755 ss.

una volta per tutte la possibilità di derogare al principio fondamentale del contraddittorio nella formazione della prova sulla base del «consenso dell'imputato», elevando così esplicitamente la volontà dell'imputato a valore dotato di rilevanza costituzionale, idoneo a incidere sullo stesso metodo di accertamento utilizzabile all'interno del processo penale¹²⁹.

Alla fine dello stesso anno è stata approvata, infine, la l. 16 dicembre 1999, n. 479¹³⁰, la quale ha, anzitutto, apportato alcuni eterogenei ritocchi alla disciplina originaria dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, tra i quali spiccano l'anticipazione del "termine finale" di accesso al rito secondo cadenze analoghe all'abbreviato¹³¹, nonché l'introduzione della possibilità per il prevenuto di rinnovare l'istanza di applicazione concordata di pena prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, fornendosi così all'imputato un ulteriore *chance* per ottenere i benefici premiali previsti in caso di buon esito del patteggiamento. Senza contare che è stata sempre la legge Carotti ad aver, da un lato, offerto la già accennata possibilità di un recupero dell'epilogo concordato anche alle parti che, pur concordi sulla pena, avessero visto rigettarsi ingiustificatamente l'accordo dal giudice competente, e, da un altro lato, ad aver precisato all'interno dell'art. 444, comma 2, c.p.p., in ossequio al *diktat* della Consulta, che i decisori, prima di accogliere i patteggiamenti, devono sindacare anche la congruità della pena proposta¹³².

La legge in questione ha però introdotto delle innovazioni ancora più significative per il giudizio abbreviato¹³³, la cui disciplina è stata totalmente riformulata rispetto a come era stato in origine ideata dai codificatori del 1988¹³⁴.

L'art. 27 della l. n. 479 del 1999 nel riscrivere totalmente l'art. 438 c.p.p. ha infatti fatto perdere al rito *de quo* ogni aspetto negoziale¹³⁵, trasformandolo in un meccanismo consensuale, fondato su una scelta del tutto unilaterale dell'imputato. È stata, infatti, tale legge a eliminare, per un verso, la necessità del consenso del pubblico ministero per poter disporre il giudizio abbreviato¹³⁶ e, per un altro verso,

¹²⁹ In argomento cfr. l'articolata analisi di H. BELLUTA, *Contraddittorio e consenso: metodi alternativi per la formazione della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, pp. 126 ss.

¹³⁰ Per i dovuti riferimenti dottrinali alle modifiche in materia di giudizi speciali introdotti dalla legge Carotti, cfr. i volumi citati da E.M. MANCUSO, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 108.

¹³¹ E.M. MANCUSO, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 108.

¹³² In merito alle novità in tema di applicazione della pena su richiesta delle parti apportate da questa legge, cfr. per tutti, F. PERONI, *Le novità in tema di patteggiamento: tra suggestioni giurisprudenziali e razionalizzazione dell'esistente*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Padova, 2000, p. 509; D. VIGONI, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, p. 34.

¹³³ Per un'efficace sintesi delle innumerevoli problematiche che questo rito aveva provocato G. CANZIO, *Alcune riflessioni sul giudizio abbreviato dopo un decennio di applicazione dell'istituto*, in *Foro it.*, 1998, II, c. 641 ss.; ID., *Realtà e prospettive del giudizio abbreviato*, in *Quest. giust.*, 1999, pp. 1063 ss.

¹³⁴ In argomento cfr. B. LAVARINI, *Il nuovo giudizio abbreviato*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, pp. 750 ss.; G. LOZZI, *Il giudizio abbreviato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pp. 449 ss.; L. MAGLIARO, *La legge Carotti e la riforma del giudizio abbreviato*, in *Quest. giust.*, 2000, pp. 424 ss.; A. MARANDOLA, *Il giudizio abbreviato*, in *Studium iuris*, 2000, pp. 1332 ss.; D. NEGRI, *Il «nuovo» giudizio abbreviato: un diritto dell'imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economia processuale*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, cit., pp. 444 ss.; F. ZACCHÉ, *Il giudizio abbreviato*, cit., pp. 31 ss.

¹³⁵ Cfr. P. TONINI, *I riti di impronta angloamericana*, cit., p. 280.

¹³⁶ V. P. TONINI, *I riti di impronta angloamericana*, cit., p. 280.

l'ulteriore presupposto di accesso al rito costituito dalla decidibilità allo stato degli atti¹³⁷, introducendo, per converso, la possibilità per il giudice di disporre, ove necessario, un'integrazione probatoria (art. 441, comma 5, c.p.p.)¹³⁸. Di modo che, in sostanza, a seguito di questa riforma, il prevenuto che presenti una richiesta di abbreviato "secca" ha acquisito un vero e proprio diritto allo sconto di pena di un terzo assicurategli da questo procedimento. Ed è sempre in questa sede che si è deciso di consentire agli imputati di condizionare la richiesta di giudizio abbreviato a una integrazione probatoria, sindacabile, però, questa volta da parte del giudice che, a determinate condizioni, in tal caso, può rifiutarsi di ammettere il rito¹³⁹.

Se, quindi, con la legge n. 14 del 1999 le forze politiche avevano nuovamente riportato ai fasti originari il "patteggiamento in appello", ovvero uno dei tre meccanismi contrattati principali originariamente creati dal legislatore dell'88, le modifiche apportate al giudizio abbreviato dalla legge "Carotti" hanno, invece, fortemente ridotto l'ambito di estensione della negozialità nel sistema processuale penale italiano.

Difatti, nonostante sia certamente vero che un concordato in appello può essere astrattamente compiuto per qualsiasi fattispecie di reato, non essendosi stabilito a riguardo alcun limite edittale di accesso, e, però, altrettanto indiscutibile che mediante la fuoriuscita dell'abbreviato dalla giustizia negoziata gli imputati hanno perso la possibilità di compiere delle trattative nel procedimento penale di primo grado per tutte le fattispecie di reato più gravi, rispetto alle quali non è applicabile il patteggiamento sul merito.

In tal modo, peraltro, il legislatore nostrano ha fornito l'importante segnale per cui la *negotiated justice* non costituisce per forza il modo più efficiente per ottenere degli obiettivi di economia processuale, potendo essere, a certe condizioni, persino più utile costruire degli strumenti che, in quanto meramente consensuali, non presentano il freno costituito dalla necessità di dover compiere delle trattative raggiungere un accordo tra più soggetti¹⁴⁰.

È del resto ovvio che dei meccanismi come il *guilty plea* o la *conformidad*, se intesi quali istituti meramente unilaterali, possono consentire di sfoltire in modo migliore il carico giudiziario in eccesso pure rispetto a un "*plea bargaining*" o a una *conformidad* negoziata proprio perché permettono di risparmiare le energie e il tempo indispensabili per la stipula dell'intesa tra le parti. Il fatto che però sembra finora aver spesso favorito la negozialità, anche a scapito della giustizia penale consensuale, pare stare nella scelta di molti legislatori di non voler predisporre in

¹³⁷ Cfr. P. TONINI, *I riti di impronta angloamericana*, cit., p. 281.

¹³⁸ Cfr. P. TONINI, *I riti di impronta angloamericana*, cit., p. 281.

¹³⁹ Per i dovuti riferimenti dottrinali e giurisprudenziali sul punto, si vedano R. ORLANDI, *Il giudizio abbreviato fra limiti alla rinnovazione della richiesta condizionata e diritto alla diminuzione di pena*, in *Giur. cost.*, 2006, pp. 4444 ss.; L. PARLATO, *La rinuncia alla prova nel giudizio abbreviato su richiesta "condizionata"*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, pp. 1027 ss.; C. RUSSO, *Sulla richiesta di giudizio abbreviato condizionato ad integrazione probatoria*, in *Giust. pen.*, III, c. 146 ss.; P. SPAGNOLO, *Note minime in tema di giudizio abbreviato condizionato: prova necessaria, legalità della pena, oneri dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 368 ss.; G. TODARO, *Giudizio abbreviato condizionato, impossibilità sopravvenuta dell'integrazione probatoria, giusto processo*, *ivi*, 2013, pp. 4277 ss.; F. ZACCHÉ, *Il giudizio abbreviato*, cit., passim.

¹⁴⁰ Questa, come noto, è l'articolata tesi sostenuta da T. WEIGEND, *Why have a Trial when you can have a Bargain?*, in AA.VV., *The Trial on Trial*, vol. II, *Judgement and Calling to Account*, a cura di R.A. Duff-L. Farmer-S. Marshall, V. Tadros, Oxford-Portland, 2006 pp. 207 ss.

via generale e astratta sconti di pena volti a remunerare la scelta dei prevenuti di adire questi istituti. Di modo che è ovvio che, in assenza della promessa astratta di un beneficio premiale, agli imputati risulti piuttosto conveniente tentare di ottenere uno sconto di pena mediante delle negoziazioni concrete con i rappresentanti delle autorità.

La riforma dell'abbreviato del 1999 pare, insomma, aver fornito a tutti i legislatori un modello che può essere sfruttato anche all'estero, specie nel caso in cui si ritenga la giustizia negoziata un male da eliminare. Le contrattazioni, infatti, potrebbero essere marginalizzate, rendendole meno convenienti di meccanismi operanti sulla base del solo consenso del prevenuto, i quali però prevedano in via generale e astratta dei benefici effettivamente appetibili. In tal modo, peraltro, si riuscirebbe a ottenere anche l'innegabile vantaggio di una più soddisfacente tutela del principio di legalità; e ciò in quanto si eviterebbe che siano direttamente l'individuo e il rappresentante dell'autorità a negoziare in concreto il premio necessario per remunerare la scelta del prevenuto di rinunciare a una serie di suoi diritti processuali fondamentali.

5. *Gli anni Duemila.*

Poco dopo aver trasformato il "patteggiamento sul rito" in un procedimento solo consensuale, il legislatore italiano ha dato una precisa riprova di considerare ancora indispensabile puntare fortemente, quantomeno per una determinata fascia della criminalità, sulla giustizia penale negoziata.

Ciò si era reso, del resto, necessario in quanto il complesso dei riti alternativi in generale e, soprattutto, la configurazione originaria dell'applicazione della pena su richiesta delle parti non avevano assolutamente soddisfatto le aspettative di deflazione in essi risposte¹⁴¹, venendo effettivamente applicati in un numero tutto sommato modesto di casi¹⁴², non assolutamente paragonabile non solo alla percentuale, divenuta man mano mito, dei *guilty plea* nordamericani, ma neppure a quella delle *conformidades* spagnole.

Per diversi ordini di ragioni, infatti, una quantità assai elevata di reg Giudicande continuava a giungere al dibattimento, venendosi così ad autoalimentare un circolo vizioso: man mano che con il passare del tempo il carico giudiziario arretrato aumentava, anche i tempi dei processi che si riuscivano

¹⁴¹ Cfr., sul punto, esplicitamente, p.d.l. C. n. 1423, *Modifiche al codice di procedura penale in materia di applicazione della pena su richiesta delle parti*, d'iniziativa dei deputati Palma e altri, presentata il 25 luglio 2001; p.d.l. C. n. 718, *Modifiche al codice di procedura penale in materia di applicazione della pena su richiesta delle parti*, d'iniziativa del deputato Pisapia, depositata il 12 giugno 2001.

¹⁴² Si vedano, sul punto, le statistiche riportate da M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 17 nt. 17, il quale, sulla base di dati forniti dal Ministero della giustizia, ricorda che tra il 2001 e il 2006 la percentuale media di sentenze negoziate rappresentava circa il ventitré % del totale dei provvedimenti definitivi emessi da corsi d'assise e tribunali e quasi il trentatré % delle condanne. Le sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti sono state: 79408 nel 2001; 80723 nel 2002; 80370 nel 2003; 86754 nel 2004; 86822 nel 2005; 79817 nel 2006. Cfr. anche i dati statistici riportati da R. ORLANDI, *L'insostenibile lunghezza del processo penale e le sorti progressive dei riti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 21, da cui si può desumere che nel 2007 le sentenze in questione erano 85.266 e nel 2008 84806.

effettivamente a celebrare divenivano più lunghi, in palese spregio del diritto convenzionalmente e costituzionalmente tutelato alla ragionevole durata.

Preso atto dello «stato disastroso in cui versa[va] il sistema della giustizia» penale italiano all'inizio del nuovo millennio, determinato dai «tempi spaventosamente lunghi della giustizia penale e [dal] conseguente ingorgo delle cause»¹⁴³, le forze politiche non hanno quindi potuto che dimostrarsi concordi nella necessità di potenziare gli strumenti idonei a sfoltire il numero dei dibattimenti “inutili”.

Senza che peraltro sembri utile soffermarsi in questa sede sulle peculiari forme di concordati che si sono potute sviluppare a seguito dell'introduzione da parte del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274 della figura del giudice di pace¹⁴⁴, né sulla legge del 27 marzo 2001, n. 27 con cui il legislatore ha introdotto il vincolo extrapenale della sentenza che applica la pena nei procedimenti disciplinari *ex art.* 653 c.p.p., pare invece opportuno richiamare tre disegni di legge, presentati nel 2001, con cui sono state poste le basi definitive per un potenziamento, poi finalmente avvenuto, dell'applicazione della pena su richiesta delle parti¹⁴⁵.

Più nel dettaglio, il 12 giugno 2001 è stata avanzata, dal deputato Pisapia, la proposta di legge n. 718 che, in estrema sintesi, aveva suggerito di creare un nuovo meccanismo, denominato “conciliazione penale”, che avrebbe operato per i reati puniti con una pena detentiva in concreto compresa tra i due e i tre anni di reclusione e che non avrebbe garantito agli imputati i benefici premiali previsti dall'art. 445 c.p.p. per il patteggiamento “originario”¹⁴⁶. Tale iniziativa presentava la peculiarità di essersi fatta carico delle istanze di tutti coloro che, negli anni, avevano considerato troppo sacrificato il ruolo della vittima di reato nel patteggiamento¹⁴⁷. La proposta Pisapia aveva, infatti, previsto che la persona offesa nel contesto della conciliazione penale – termine evidentemente analogo a quello utilizzato negli anni Novanta dal legislatore francese – potesse proporre le proprie osservazioni, anche a mezzo di difensore e essere destinataria di una somma a titolo di provvisoria sul risarcimento del danno. Ma vi è di più. L'ultimo comma dell'art. 444-bis c.p.p. di cui si suggeriva l'introduzione stabiliva che, tramite una richiesta concorde, il pubblico ministero e l'imputato potessero chiedere al giudice di sostituire l'intera pena o parte della stessa con la prestazione di attività non retribuita a favore della collettività, con altre forme di lavoro sostitutivo o con misure prescrittive specifiche per un periodo pari alla pena inflitta aumentata della

¹⁴³ P.d.l. C. n. 718, cit., p. 1.

¹⁴⁴ Sui quali cfr. la recente analisi di A.M. SIAGURA, *La negoziabilità della pena. Esperienze giuridiche a confronto*, Padova, 2015, pp. 104 ss.

¹⁴⁵ Ci si riferisce alle già citate p.d.l. C. n. 1423, cit.; p.d.l. C. n. 718, cit.; a cui va aggiunta la p.d.l. C. n. 1488, *Modifiche agli articoli 444 e 446 del codice di procedura penale in materia di applicazione della pena su richiesta*, d'iniziativa dell'on. Vitali, presentata il 2 agosto 2001. Per un quadro di sintesi delle stesse cfr. G. DI CHIARA, *Coordinate planimetriche della ristrutturazione del rito patteggiato: le risagomature dello spettro applicativo e del regime premiale*, in AA.VV., *Patteggiamento “allargato”*, cit., pp. 21 ss.; E.M. MANCUSO, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 108 s.; A. SCILLA, *Il patteggiamento “allargato”*, cit., pp. 9 ss.; D. VIGONI, *Nuovo articolo 444 Cpp, privilegiati i “premi” a scapito delle vittime*, in *Dir. giust.*, 2002 (31), p. 20.

¹⁴⁶ P.d.l. C. n. 718, cit., p. 3 s.

¹⁴⁷ P.d.l. C. n. 718, cit., p. 1.

metà¹⁴⁸. È del resto chiaro come dal ruolo primario giocato dalla vittima in questo meccanismo, nonché da tutta questa serie di attività eventuali che potevano costituire l'oggetto di una conciliazione penale, si comprende come si trattasse di un meccanismo evidentemente influenzato dalle logiche della *restorative justice* e non meramente utilitaristico. A ogni modo il disegno di legge n. 718 presentava infine un'ultima peculiarità di particolare rilievo sistematico, riguardante anche il "patteggiamento classico". Questa iniziativa, infatti, aveva manifestato il proposito di abbandonare l'idea originaria secondo cui i giudici avrebbero potuto solo accettare o rigettare *in toto* le intese¹⁴⁹, suggerendo di introdurre l'inedita facoltà per i decisori di invitare le parti a riformulare l'accordo, indicandone direttamente i contenuti opportuni. È inutile dire che, ove tale suggerimento avesse avuto successo, i giudici avrebbero smesso di giocare un ruolo (almeno in astratto) passivo nei concordati, venendo ufficialmente attratti nell'orbita negoziale, con la conseguenza che il patteggiamento non sarebbe stato più costruito, in linea teorica, su accordi/trattative bilaterali, ma trilaterali.

Poco più di un mese dopo sono stati i deputati Palma e altri a presentare un secondo disegno di riforma del patteggiamento, del tutto eterogeneo da quello appena descritto¹⁵⁰. L'idea di fondo della proposta di legge C. n. 1423 del 25 luglio 2001 era, infatti, quella di creare una nuova forma di patteggiamento che avrebbe consentito di concludere degli accordi su pene non superiori a vent'anni di reclusione o anni quattro di arresto, nonché sull'ergastolo senza isolamento diurno a cui sarebbe stata sostituita la reclusione di anni ventiquattro. Questa iniziativa aveva poi ancora suggerito di aumentare lo sconto di pena di accesso al rito, che sarebbe potuto andare da un terzo alla metà, nonché di creare, per gli ulteriori aspetti, un regime premiale differenziato a seconda dell'entità della pena concordata. È del resto chiaro che, ove tale "superpatteggiamento" fosse stato effettivamente approvato, il modello di giustizia contrattata italiano sarebbe divenuto assai più simile a quello nord-americano e tedesco, in cui anche le fattispecie di reato più gravi sono negoziabili.

Una terza proposta di modifica dell'applicazione della pena su richiesta delle parti è stata, infine, depositata il 2 agosto 2001 dal deputato Vitali¹⁵¹. Si trattava di un'iniziativa assai meno articolata rispetto alle altre due, con cui si suggeriva unicamente di elevare la soglia di accesso al rito ai quattro anni di reclusione o di arresto, soli o congiunti a pena pecuniaria, senza che si fosse in tal caso considerato opportuno creare un regime differenziato di benefici a seconda della soglia di pena concretamente negoziata.

Peraltro, nonostante tutte le differenze del caso questi disegni di riforma presentavano comunque un importante elemento in comune: gli stessi, infatti, avevano considerato utile riprendere l'idea, già manifestata più volte nel corso degli anni, di incrementare il numero di patteggiamenti mediante l'innalzamento della soglia di accesso al rito.

¹⁴⁸ P.d.l. C. n. 718, cit., p. 4.

¹⁴⁹ Cfr. E.M. MANCUSO, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 129.

¹⁵⁰ P.d.l. C. n. 1423, cit.

¹⁵¹ P.d.l. C. n. 1488, cit.

Le suddette proposte, nonostante la loro eterogeneità, sono poi confluite in un unico progetto di legge (d.d.l. 718-B/C) che – dopo un percorso parlamentare non semplice – è poi effettivamente sfociato nella legge 12 giugno 2003, n. 134, con cui, dopo quindi quasi un decennio di discussioni, è stato creato il cosiddetto “patteggiamento allargato”¹⁵².

Merita invero sin da subito segnalare che il testo definitivamente approvato ha apportato delle modifiche assai meno “rivoluzionarie” di quelle prospettate in origine rispetto alle proposte C. 718 e C. 1423, la cui radicalità è stata, quindi, del tutto annacquata dai lavori parlamentari.

Ciò non toglie che l’intervento del 2003 ha costituito senza dubbio il primo reale tentativo riuscito di modifica dei caratteri originari del patteggiamento¹⁵³.

La novità senz’altro di maggior rilievo introdotta dalla l. n. 134/2003 è stata il cospicuo innalzamento del limite massimo di pena negoziabile. Il nuovo comma 1 dell’art. 444 c.p.p. ha stabilito, infatti, che il prevenuto e il pubblico ministero possono proporre al giudice un *pactum* avente a oggetto l’applicazione di una pena detentiva che, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non superi i cinque anni di reclusione, soli o congiunti a pena pecuniaria.

Non sfuggirà che il legislatore italiano ha così individuato un tetto di pena contrattabile simile a quella entro cui opera la *conformidad* nel procedimento *abreviado*, che, come si è avuto modo di vedere, secondo l’opinione maggioritaria, è fissato in sei anni di detenzione, da valutarsi in concreto.

¹⁵² Sul tema la letteratura è vastissima. Cfr., senza alcuna pretesa di completezza, E. AMODIO, *I due volti della giustizia negoziata nella riforma del patteggiamento*, in *Cass. pen.*, 2004, pp. 700 ss.; D. CARCANO, *Patteggiamento: com’era e cos’è*, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 2148 ss.; G. DI CHIARA, *Coordinate planimetriche della ristrutturazione del rito patteggiato*, cit., pp. 21 ss.; L. CREMONESI, *Patteggiamento “tradizionale” e “allargato”, ecco le differenze*, in *Dir. giust.*, 2003, n. 24, p. 15; P. FERRUA, *Patteggiamento allargato, una riforma dai molti dubbi*, in *Dir. giust.*, 2003, n. 8, p. 8; R.M. GERACI, *Chiaroscuri della disciplina in tema di patteggiamento allargato*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 2445 ss.; A. GIARDA, *Dum Romae consultur*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, pp. 665 ss.; F. GIUNTA, *I nodi del “patteggiamento” giungono al pettine*, in *Legisl. pen.*, 2004, pp. 858 ss.; R.E. KOSTORIS, *Con il nuovo «patteggiamento allargato» il rischio di una gigantesca negoziazione*, in *Guida dir.*, 2003, n. 25, pp. 10; S. LORUSSO, *Il patteggiamento “allargato” tra limiti all’accertamento della verità ed esigenze di deflazione processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, pp. 665 ss.; E. MARZADURI, *Prime considerazioni sul “patteggiamento allargato”*, in *Legalità e giustizia*, 2004, n. 1, pp. 15 ss.; ID., *Una riforma dagli effetti incerti che mette a dura prova l’interprete*, in *Guida dir.*, 2003, n. 25, p. 25; E. MARZADURI-A. DI MARTINO, *L. 12.6.2003 n. 134 - Modifiche al codice di procedura penale in materia di applicazione della pena su richiesta delle parti (GU 14.6.2003 n. 136)*, in *Leg. pen.*, 2004, pp. 241 ss.; O. MAZZA, *Il patteggiamento “allargato” supera l’esame della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2004, pp. 2326 ss.; G. LOZZI, *Patteggiamento allargato: nessun beneficio dall’applicazione di una giustizia «negoziale»*, in *Guida dir.*, 2003, n. 30, p. 10; ID., *Una sentenza sorprendente in tema di patteggiamento allargato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pp. 671 ss.; F. PERONI, *La nuova fisionomia del patteggiamento*, cit., pp. 370 ss.; ID., *Le nuove norme in materia di patteggiamento “allargato” e di sanzioni sostitutive*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, pp. 1068 ss.; ID., *“Patteggiamento allargato” e nuove diatribe sulla natura della sentenza applicativa di pena concordata*, in *Foro it.*, 2006, c. 18 ss.; A. SANNA, *Le coordinate del patteggiamento allargato secondo le Sezioni Unite*, in *Giust. pen.*, 2007, c. 463 ss.; G. SPANGHER, *Il patteggiamento “allargato”*, in *Studium iuris*, 2003, pp. 1125 ss.; P. TONINI, *Giudizio abbreviato e patteggiamento a vent’anni dalla riforma del 1988*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, pp. 649 ss.; ID., *Patteggiamento, come si cambia*, in *Dir. giust.*, 2003, n. 27, pp. 112 ss.; D. VIGONI, *Patteggiamento “allargato”: riflessi sul sistema e sull’identità della sentenza*, in *Cass. pen.*, 2004, pp. 710 ss.

¹⁵³ Cfr. E.M. MANCUSO, *L’applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 110.

D'altra parte è singolare notare la più generale simmetria cronologica tra la riforma dell'istituto nostrano e quella spagnolo: entrambi i Paesi, infatti, nel 1988 hanno preso la decisione di far leva fortemente sulla negozialità per completare delle riforme complessive del loro sistema processuale in un senso più accusatorio, per poi ribadire tale scelta nei primissimi anni 2000, potenziando fortemente i meccanismi processuali ideati circa quindici anni prima.

Esattamente come è avvenuto in Spagna per la *conformidad* nei giudizi rapidi (o nel riconoscimento dei fatti), anche la novella italiana del 2003 ha, poi, ideato un meccanismo a caratura premiale asimmetrica¹⁵⁴, variabile a seconda della pena in concreto convenuta dalle parti.

Coloro che richiedono un "patteggiamento allargato" non godono, infatti, di alcuni privilegi che invece sono tuttora legati al solo patteggiamento "semplice"¹⁵⁵.

Con un ritocco all'art. 445, comma 1, c.p.p. il legislatore ha previsto che l'esonero dal pagamento delle spese del procedimento, l'inapplicabilità di pene accessorie e delle misure di sicurezza (salvo per la confisca nei casi previsti di cui all'art. 240) possano operare solo nell'ipotesi in cui la pena concordata non sia superiore alla soglia originaria di due anni di detenzione.

Allo stesso modo, il terzo comma di tale disposizione prevede che la peculiare ipotesi di estinzione del reato per decorso del tempo senza che l'imputato commetta altri delitti o contravvenzioni della stessa indole venga in rilievo soltanto ove sia stata irrogata una pena detentiva non superiore a due anni soli o congiunti a pena pecuniaria.

Le ipotesi di patteggiamento *minor* e *maior* condividono, invece, oltre allo sconto di pena fino a un terzo anche un altro «ristretto nucleo di benefici premiali, vale a dire l'inefficacia della decisione nei giudizi civili o amministrativi e la non menzione della sentenza nel certificato del casellario giudiziale richiesto dai privati»¹⁵⁶.

In modo invece simile all'impostazione utilizzata dal legislatore francese con la *composition pénale* e la CRPC i riformatori hanno stabilito delle preclusioni di natura oggettiva e soggettiva per l'accesso al "patteggiamento allargato", ancora una volta, invece, non operanti nel caso in cui sia concordata un'applicazione della pena su richiesta delle parti infrabiennale¹⁵⁷.

In un nuovo comma 1-bis dell'art. 444 c.p.p. è stato infatti specificato che il concordato *maior* non può essere utilizzato né per un elenco di reati ivi tassativamente previsto, né dai delinquenti abituali, processuali e per tendenza o recidivi reiterati¹⁵⁸.

Quale ultima modifica di rilievo introdotta dalla legge 134 del 2003 va, infine, ricordata la novella dell'art. 630 c.p.p., con la quale si è voluto specificare in modo espresso la possibilità per i condannati a seguito di patteggiamento (indipendentemente se "allargato" o meno) di usufruire del rimedio straordinario

¹⁵⁴ F. PERONI, *La nuova fisionomia del patteggiamento*, cit., p. 370.

¹⁵⁵ S. LORUSSO, *Il patteggiamento "allargato"*, cit., pp. 665 ss.

¹⁵⁶ Cfr. E.M. MANCUSO, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 110.

¹⁵⁷ D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in AA.VV., *I procedimenti speciali in materia penale*, cit., p. 155 s.

¹⁵⁸ Sul punto, cfr. la chiara analisi di D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in AA.VV., *I procedimenti speciali in materia penale*, cit., p. 155 ss.

della revisione¹⁵⁹, volendosi in tal modo garantire uno strumento idoneo a rimediare agli errori giudiziari che, come noto, possono spesso essere favoriti dai benefici assicurati dai riti negoziali.

Per quanto concerne i profili strettamente procedurali la disciplina del rito *de quo* non è stata invece novellata in modo significativo.

Di certo, però, il fatto che il legislatore abbia, da un lato, creato un regime premiale a doppia velocità¹⁶⁰ per il patteggiamento "allargato" e "infrabiennale" e, da un altro lato, ribadito la sua scelta di non regolare in alcun modo la fase delle trattative tra le parti pare aver indirettamente rafforzato la posizione dei pubblici ministeri in tale rito¹⁶¹. Sembra, infatti, condivisibile l'autorevole opinione di chi ha rilevato che, a seguito della riforma del 2003, la pubblica accusa ha visto estesi i suoi poteri, avendo acquisito il potere di negare l'accesso al rito entro il più garantito limite di due anni di reclusione, per fornire, invece, l'assenso solo a una pena superiore a tale soglia, al fine di impedire il godimento da parte del prevenuto dei maggiori vantaggi assicurategli dal patteggiamento *minor*¹⁶².

A ogni modo, senza che sembri opportuno in questa sede ripercorrere la diatriba tra coloro che hanno letto nella dicotomia tra patteggiamento "allargato" e "infrabiennale" un unico istituto a matrice unitaria¹⁶³, oppure due meccanismi, che, in ragione delle loro differenze, acquisirebbero una piena autonomia reciproca¹⁶⁴, pare possibile affermare che, con la l. 134 del 2003, il formante legislativo italiano abbia dato una precisa conferma di voler continuare a puntare sulla negozialità quale mezzo principe per garantire l'efficienza del sistema, rinunciando alla stessa soltanto per le fattispecie di reato più gravi, per le quali l'opinione pubblica avrebbe disapprovato il raggiungimento di un *pactum* tra individuo e autorità.

Nonostante gli auspici, non sembra che però la riforma del 2003 abbia prodotto i risultati deflativi sperati.

Merita, infatti, segnalare che nel primo decennio di applicazione del "patteggiamento allargato" il numero di concordati effettivamente applicati non è affatto aumentato, essendo prima salita solo leggermente per poi scendere in modo vertiginoso: se, infatti, nel 2002 le sentenze negoziate erano 80.723 e nel 2010 85.445, nel periodo 1 luglio 2014 - 30 giugno 2015 sono state, invece, 65.380¹⁶⁵. Questi

¹⁵⁹ In argomento, tra i tanti, I. CALAMANDREI, *Sentenza di patteggiamento e revisione*, in *Giur. it.*, 2005, pp. 214 ss.; E. DI DEDDA, *La revisione della sentenza di patteggiamento dopo la l. 12 giugno 2003*, n. 134, in *Giur. mer.*, 2004, pp. 655 ss.; M. GIALUZ, *Prova nuova e limiti della revisione della sentenza di patteggiamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, pp. 1209 ss.; O. MURRO, *La revisione della sentenza di patteggiamento*, in *Cass. pen.*, 2012, pp. 2168 ss.; G. SANTALUCIA, *I limiti alla revisione per nuove prove della sentenza di patteggiamento*, *ivi*, 2007, pp. 2729 ss.

¹⁶⁰ E.M. MANCUSO, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 110.

¹⁶¹ E. AMODIO, *I due volti della giustizia negoziata nella riforma del patteggiamento*, cit., p. 701.

¹⁶² A riguardo, E. AMODIO, *I due volti della giustizia negoziata nella riforma del patteggiamento*, cit., p. 701.

¹⁶³ Cass., Sez. un., 23 maggio 2006, n. 17781, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2769. A. DE CARO, *Le linee politiche della legge n. 134 del 2003. Principi fondamentali e nuovo "patteggiamento"*, in AA.VV., *Patteggiamento allargato e sistema penale*, cit., p. 1; G. DI CHIARA, *Coordinate planimetriche della ristrutturazione del rito patteggiato*, cit., p. 31.

¹⁶⁴ Questa, come noto, è la tesi di E. AMODIO, *I due volti della giustizia negoziata nella riforma del patteggiamento*, cit., p. 703.

¹⁶⁵ Tale dato si può ricavare da G. CANZIO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2015*, Roma, 28 gennaio 2016, p. 53.

numeri sembrano insomma rappresentare un palese fallimento per la giustizia contrattata italiana, che non è quindi riuscita affatto a sbloccare quel carico giudiziario “emergenziale” descritto nei progetti di riforma del concordato sulla pena dei primi anni 2000. Gli effetti deflativi del patteggiamento paiono, insomma, aver rappresentato una sorta di mito, tanto che viene da chiedersi se, preso atto di queste statistiche sconcertanti, valga la pena sacrificare in maniera così palese numerosi diritti fondamentali degli individui in nome di una supposta, e per ora non dimostrata, efficienza garantita dalla negoziabilità.

Ed è forse proprio per questo motivo che, dal canto suo, la Commissione Riccio, nella sua bozza di delega legislativa al governo per l’emanazione di un nuovo codice di procedura penale, sembrava aver voluto puntare più sulla giustizia consensuale che su quella negoziata in senso stretto¹⁶⁶.

Come è noto, infatti, tale complessivo disegno di riforma aveva, in estrema sintesi, proposto di sostituire il patteggiamento “allargato”¹⁶⁷ con il meccanismo (ripreso, per certi versi, dal Pacchetto Flick) della “condanna su richiesta dell’imputato”, per cui non era stato prestabilito un limite di accesso edittale. Esso avrebbe permesso al prevenuto – il quale non doveva però in questo caso dichiararsi colpevole – di ottenere uno sconto di pena nella misura dalla metà o di un terzo a seconda della gravità dell’imputazione, ove chiedesse, in sede di discussione finale, al giudice di essere condannato a una pena specificamente indicata nella quantità¹⁶⁸. Orbene, è interessante notare come quest’istituto non stabiliva la necessità di raggiungere un vero e proprio “accordo” con il pubblico ministero, dovendo questi essere solo sentito prima della decisione del giudice, di modo che, almeno in astratto, poteva sembrare uno strumento consensuale e non negoziato. Sotto un profilo strettamente formale pare, insomma, che tramite la condanna su richiesta l’imputato avrebbe potuto cercare di ottenere uno sconto di pena assai cospicuo proprio nei casi in cui il pubblico ministero non prestasse il consenso all’applicazione concordata di pena. Merita segnalare che la delega 67.9 stabiliva poi (a differenza di quanto dettato per il patteggiamento infrabiennale, che si voleva comunque mantenere) che il giudice prima di condannare l’imputato su sua richiesta dovesse compiere un accertamento pieno della responsabilità dell’imputato per i fatti contestati, dovendo oltretutto valutare la congruità della pena.

Sotto un diverso profilo, peraltro, non va dimenticato che tale bozza voleva però indirettamente aumentare i poteri dispositivi delle parti del patteggiamento “infrabiennale”, posto che aveva ridotto i motivi di ricorso in cassazione, effettivamente esperibili avverso tale pronuncia, alle sole ragioni concernenti le

¹⁶⁶ Cfr. bozza di delega legislativa al Governo della Repubblica per l’emanazione del nuovo codice di procedura penale elaborata nel 2007 dalla Commissione presieduta dal prof. Riccio, dora in poi citata come “bozza Riccio”.

¹⁶⁷ G. SPANGHER, *Intervento*, in Aa.Vv., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, Milano, 2014, p. 214.

¹⁶⁸ Cfr. “bozza Riccio”, reperibile al sito www.giustizia.it, direttiva n. 67.8. Per alcuni cenni su questo meccanismo processuale, cfr. G. COLAIACOVO, *La sentenza di condanna su richiesta dell’imputato*, in AA. VV., *Verso un processo penale accelerato, Riflessioni intorno alla l. 67/2014 al d. lgs. 28/2015 e al d.l. 2798/2014*, a cura di A. Marandola – K. La Regina – R. Aprati, Napoli, 2015, pp. 139 s.

«ipotesi di illegittima acquisizione della volontà dell'imputato, di mancata corrispondenza fra la richiesta di pena dell'imputato ed il contenuto della decisione, di illegalità della pena e della misura di sicurezza, anche se conseguente all'errata qualificazione giuridica del fatto»¹⁶⁹.

Se nessuna di queste proposte di riforma ha avuto, nell'immediato, successo, va però segnalato che un'astratta riduzione dell'area di operatività della giustizia negoziata in Italia sarebbe dovuta derivare dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 luglio 2008, n. 125, il quale ha abrogato *sic et simpliciter* il concordato sui motivi in appello¹⁷⁰, forse anche in quanto nel progetto di delega per un nuovo codice della Commissione Riccio tale meccanismo non era stato più ripreso¹⁷¹. Di modo che, a seguito di questa novella, «veniva così soppresso l'istituto chiamato a valorizzare i poteri di iniziativa delle parti nel giudizio di appello, introducendo elementi di flessibilità e di semplificazione processuale»¹⁷².

Tuttavia, tale eliminazione del concordato sui motivi di appello «ne ha, però, rivelato una straordinaria capacità di cripto-sopravvivenza all'interno del sistema processuale e delle potenzialità operative finora (forse) poco conosciute»¹⁷³. L'abrogazione di questo meccanismo, infatti, non ha impedito¹⁷⁴ lo sviluppo di una prassi di "patteggiamenti" in appello del tutto informali: «invero, qualora il giudice di secondo grado "assicur[asse]" la propria disponibilità ad accogliere un possibile accordo tra accusa e difesa in fase di impugnazione»¹⁷⁵ e l'imputato contestualmente rinunciasse ai motivi che ritenesse pretestuosi, si sarebbe venuto a creare un meccanismo sotto molti punti di vista analogo al vecchio concordato in appello. Detto altrimenti: non si può tacere come, anche dopo l'abrogazione dei commi 4 e 5 dell'art. 599 e del comma 2 dell'art. 602 c.p.p., attraverso «autonomi meccanismi di negoziazione sui reciproci motivi di impugnazione (principale o incidentale) pot[esse] venire, nei fatti, rievocata l'eventualità di un accordo» che venisse «a ricondurre entro termini più contenuti ed essenziali, rispetto agli interessi effettivamente coltivati dalle parti, l'oggetto della devoluzione»¹⁷⁶. Insomma, «nella prassi quotidiana seguita nelle aule di giustizia, l'istituto ha finito per conservare di fatto un certo ambito di operatività», in quanto è accaduto che i difensori concordassero «informalmente con il procuratore generale di udienza una

¹⁶⁹ Così, la "bozza Riccio", cit., direttiva n. 67.15

¹⁷⁰ In argomento, cfr. B. PIATTOLI, *Abrogato l'accordo sui motivi d'appello e sulla pena: intenti legislativi e riflessi di sistema*, in AA.VV., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125)*, a cura di O. Mazza- F. Viganò, Torino, 2008, pp. 342 ss.; G. SPANGHER, *Storia di un istituto negletto: le alterne sorti del "patteggiamento in appello"*, in AA.VV., *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, a cura di S. Lorusso, Padova, 2008, p. 163; F. ZACCARIA, *L'abrogazione del "patteggiamento in appello": questioni passate e scenari futuri*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2009, pp. 501 ss.

¹⁷¹ G. LATTANZI, *Il patteggiamento in appello un incompreso*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4495.

¹⁷² F. CALLARI, *Il concordato sui motivi di appello e il mito della fenice*, cit., p. 4644.

¹⁷³ In tal senso, F. CALLARI, *Il concordato sui motivi di appello e il mito della fenice*, cit., p. 4644.

¹⁷⁴ Come si è infatti autorevolmente affermato «a ben vedere, tranne che per alcuni aspetti particolari, un patteggiamento in appello potrebbe svolgersi anche senza una specifica previsione normativa: nel sistema infatti non incontrano ostacoli l'adesione del procuratore generale alle richieste contenute in alcuni dei motivi di appello dell'imputato e il successivo accoglimento di esse da parte del giudice». Così, G. LATTANZI, *Il patteggiamento in appello un incompreso*, cit., p. 4495.

¹⁷⁵ F. CALLARI, *Il concordato sui motivi di appello e il mito della fenice*, cit., p. 4644.

¹⁷⁶ F. CALLARI, *Il concordato sui motivi di appello e il mito della fenice*, cit., p. 4644.

determinata soluzione finale e [rinunciassero] così ad uno o alcuni dei motivi dell'impugnazione. Soluzione informale che, però, non vincola[va] affatto la corte di appello nelle sue determinazioni»¹⁷⁷.

Orbene, lo sviluppo di queste negoziazioni informali all'interno del processo d'appello italiano pare particolarmente interessante per la presente analisi. Difatti, si è avuta così una precisa dimostrazione di come, anche nel nostro Paese, così come in tutti gli ordinamenti qui studiati, il formante legislativo incontra delle vive difficoltà a far rispettare agli operatori pratici del diritto le sue "direttive" in materia di giustizia contrattata. Vi è, insomma, una tendenza comune a considerare la possibilità di giungere a una soluzione concordata della regiudicante come un vantaggio talmente importante da prevalere persino sul principio fondamentale di legalità processuale.

6. Le iniziative più recenti

Un approccio del tutto differente in tema di giustizia penale negoziata da quello sostenuto dalla "Bozza" Riccio è stato, invece, manifestato, qualche anno dopo, dalla "Commissione Canzio"¹⁷⁸.

Nell'elaborato del Collegio presieduto dal Presidente della Cassazione, infatti, si voleva infatti aumentare fino a sei anni la pena massima patteggiabile, stabilendosi, oltretutto, che per le pene comprese tra i due ed i sei anni le parti dovessero presentare al giudice anche la richiesta di pena accessoria, la cui determinazione sarebbe quindi rientrata «nell'oggetto del negozio processuale»¹⁷⁹. Ma vi è di più. Tale proposta aveva anche stabilito che nel formulare la richiesta le parti potessero anche richiedere al giudice di applicare una delle misure alternative al carcere previste dall'ordinamento penitenziario, potendo, in tal caso, disporre direttamente il decisore della cognizione gli accertamenti, che, di regola, sono demandati al tribunale di sorveglianza¹⁸⁰. In modo analogo alla Bozza Riccio, poi, anche la Commissione Canzio aveva, dal canto suo, ritenuto opportuno ridurre direttamente da un punto di vista normativo, il novero dei motivi di ricorso per Cassazione esperibili avverso una sentenza di patteggiamento, alle sole ragioni riguardanti l'espressione della volontà dell'imputato, la correlazione tra richiesta e la decisione, l'erronea qualificazione giuridica del fatto e l'illegalità della pena o della misura di sicurezza¹⁸¹.

¹⁷⁷ Cfr. E. APRILE, *Appello, ricorso per cassazione e revisione*, Milano, 2013, p. 205.

¹⁷⁸ I lavori della "Commissione Canzio" sono reperibili sotto il titolo "*Verso una mini-riforma del processo penale: le proposte della Commissione Canzio*", in *Dir. pen. cont.*, 27 ottobre 2014. Per un commento "autentico", cfr. G. CANZIO, *Il processo penale: le riforme "possibili"*, in *Criminalia*, 2013, p. 505 s.

¹⁷⁹ Cfr. "Commissione Canzio", *Modifiche in materia di "riti alternativi"*, in *Verso una mini-riforma del processo penale*, cit., p. 2.

¹⁸⁰ Cfr. "Commissione Canzio", *Modifiche in materia di "riti alternativi"*, cit., p. 2.

¹⁸¹ V. "Commissione Canzio", *Modifiche in materia di "Impugnazioni"*, cit., p. 4. Pochi anni prima gli artt. 2.1 e 2.2. della "Carta di Napoli", pubblicata in AA.VV., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, Milano, 2014, p. 291, volevano del tutto eliminare la possibilità di ricorrere avverso le sentenze di patteggiamento. Contro tale proposta si era però scagliata l'UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE. OSSERVATORIO CASSAZIONE, *Osservazioni a margine della*

Si trattava, insomma, di una vera e propria apologia del “patteggiamento”: a seguito dell’approvazione di tale riforma, infatti, non solo il rito contrattato avrebbe visto estendersi ancor di più il suo ambito di applicazione, ma, soprattutto, le parti avrebbero visto accresciuti i loro poteri negoziali a temi nuovi, quali le pene accessorie.

Orbene alla luce di questo *favor* nei confronti della giustizia contrattata, non stupirà sapere che la Commissione Canzio avesse, dal canto suo, anche suggerito di reintrodurre ufficialmente in via normativa il “tormentato” istituto del concordato sui motivi in appello, in modo, tra l’altro, da risolvere diversi problemi pratici determinati dalla prassi di negoziazioni informali sopra descritta, tra cui l’opposizione che alcune sentenze della Cassazione avevano manifestato nei confronti della stessa¹⁸².

Una significativa innovazione per il “consensualismo penale” italiano è stato poi fornita dalla legge del 28 aprile 2014, n. 67, che ha inserito agli artt. 464-*bis* e ss. c.p.p. e 168-*bis* e ss. c.p. un istituto del tutto nuovo per il sistema processuale per adulti, ovvero la sospensione del procedimento con messa alla prova¹⁸³.

Senza che sembri utile dilungarsi in questa sede su questo rito speciale, pare sufficiente ricordare che lo stesso ha consentito agli imputati per tutta una serie di reati di medio/lieve gravità di chiedere al giudice – con cadenze temporali analoghe al patteggiamento – di sospendere il procedimento al fine di consentirgli di svolgere un programma di trattamento, elaborato d’intesa con l’UEPE, la cui corretta esecuzione comporta l’estinzione del reato e, quindi, il proscioglimento.

Peraltro, nonostante la messa alla prova sia un istituto, fondato su una dichiarazione di volontà del prevenuto, particolarmente idoneo allo sviluppo di trattative e intese, sembra difficile dire che, quantomeno da un punto di vista normativo, la stessa abbia uno scopo meramente utilitaristico.

Difatti, i vari comportamenti che l’imputato deve svolgere quale oggetto di una messa alla prova – che vanno dal risarcimento del danno e restituzioni, al lavoro di pubblica utilità e alla mediazione – sono caratterizzati da una chiara finalità

“Carta di Napoli”, in www.camerepenali.it, p. 3, che aveva presentato una sua iniziativa (sulla quale cfr. M. BARGIS – H. BELLUTA, *Rimedi per i “mali” della Corte di Cassazione: ovvero “Carta di Napoli” e dintorni*, in M. BARGIS-H. BELLUTA, *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, Torino, 2013, p. 323) non tanto dissimile da quella delle Commissioni Riccio prima e Canzio poi. In termini simili si è espressa anche l’art. 3 della p.d.l. C. n. 273/2013, del 20 marzo 2013. Tra i molti studiosi favorevoli alla restrizione dell’area di ricorribilità oggettiva delle sentenze di patteggiamento, negli ultimi anni, si possono ricordare, E. AMODIO, *Intervento*, in AA.VV., *La Corte assediata*, cit., p. 81; G. CIANI, *Intervento*, *ivi*, p. 153; O. MAZZA, *La Corte assediata e il garantismo efficiente (note a margine della Carta di Napoli)*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 5, p. 5 s.; A. SCALFATI, “Considerazioni inattuali” sulla Suprema Corte, *ivi*, 2013, n. 1, p. 6; A. SCELLA, *Inflazione dei ricorsi e perdita di autorevolezza della Corte suprema: quali riforme per il giudizio penale di cassazione?*, *ivi*, n. 6, 2012, p. 4 s.; G. SPANGHER, *Intervento*, in AA.VV., *La Corte assediata*, cit., p. 213 s.

¹⁸² cfr. Cass., Sez. II, 25 novembre 2010, n. 44347, in www.dejure.it; Cass. Sez. VI, 30 settembre 2010, n. 41675, *ivi*; Cass., Sez. I, 11 luglio 2008, n. 29500, *ivi*. Contro questo indirizzo, però, Cass., Sez. V, 1 ottobre 2009, n. 4976, *ivi*.

¹⁸³ Per un’esaustiva rassegna bibliografica con riguardo a tale istituto si rimanda, per tutti, a C. CESARI, *Sospensione del processo con messa alla prova*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2016, pp. 1005 ss.; C. CONTI, voce *Sospensione del processo con messa alla prova dell’imputato maggiorenne*, in *Dig. disc. pen.*, in www.studiolegale.leggiditalia.it; N. TRIGGIANI, *Poteri del giudice e controlli nella messa alla prova degli adulti*, in *Proc. pen. giust.*, 1, 2016, p. 137, nt 1.

riparativo-conciliativa, che, lo si è detto, è estranea a quella che si è definita giustizia penale contrattata in senso stretto.

Se non che la tesi, pur sostenuta a più voci, per cui la *probation* processuale per adulti avrebbe comportato finalmente un'apertura dell'ordinamento italiano alla "*restorative justice*"¹⁸⁴, pare essere stata parzialmente smentita dall'atteggiamento concreto assunto da una parte della giurisprudenza¹⁸⁵, anche della Corte costituzionale, la quale in diverse occasioni ne ha dato una lettura prettamente utilitaristica, assimilandolo espressamente persino al giudizio abbreviato e al patteggiamento¹⁸⁶.

Alla luce di ciò, sembra condivisibile la tesi di attenta dottrina secondo cui il meccanismo di cui all'art. 464-*bis* e ss. c.p.p., per come sembra essere stata spesso utilizzato, sembra avere delineato «una nuova forma di giustizia negoziata. La *probation* ripropone [infatti] lo schema tipico dei procedimenti semplificati che eliminano il dibattimento: il sinallagma deflazione/premio»¹⁸⁷.

Pare, insomma, che la prassi, quantomeno in questo primo periodo di utilizzo dell'istituto, abbia in alcuni casi sminuito le sue potenzialità riparative, prediligendo una lettura dello stesso di stampo utilitarista, «che si regge interamente sull'iniziativa dell'interessato cui dovrebbe conseguire in maniera quasi automatica la sospensione, colta esclusivamente nella sua funzione di alleggerimento del carico giudiziario»¹⁸⁸.

Anche la prima versione della cosiddetta "riforma Orlando"¹⁸⁹ aveva, infine, proposto diverse innovazioni piuttosto significative in materia di giustizia negoziata, tra cui senza dubbio spiccavano alcuni importanti ritocchi alla disciplina del patteggiamento, palesemente ispirati dall'articolato della Bozza Riccio.

Sotto un primo profilo, infatti, l'art. 14 del d.d.l. c. 2798, voleva nuovamente eliminare il "patteggiamento allargato", riservando, però, all'applicazione

¹⁸⁴ Sostengono questa tesi, ad esempio, C. CESARI, sub art. 464 *bis*, in AA.VV., *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso-G. Illuminati, 2^a ed., Cedam, Padova, 2014, p. 2124; A. SANNA, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 1266 ss.; G. UBERTIS, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in *Arch. pen.*, 2015, p. 726 ss. Altra parte della dottrina, invece, ha negato espressamente che la disciplina della messa alla prova rientri realmente all'interno dei paradigmi della *restorative justice*, cfr., per tutti, B. BERTOLINI, *La messa alla prova per adulti sotto le lenti della giustizia riparativa*, in AA.VV., *Verso un processo penale accelerato. Riflessioni intorno alla l. 67/2014 al d. lgs. 28/2015 e al d.l. 2798/2014*, Napoli, 2015, pp. 30 ss.; R. MUZZICA, *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 3, p. 170 s.

¹⁸⁵ Per un quadro degli orientamenti giurisprudenziali concernenti la messa alla prova, cfr. R. BARTOLI, *Le recenti questioni applicative in tema di messa alla prova dell'adulto*, in *Giur. it.*, Gli speciali, Sistema sanzionatorio e processo penale: lavori in corso, a cura di F. Palazzo e G. Spangher, 2015, pp. 6 ss.; C. CONTI, *La messa alla prova ad un anno dalla Legge n. 67 del 2014: problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi*, *ivi*, pp. 14 ss.; EAD., voce *Sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato maggiorenne*, cit.

¹⁸⁶ Ci si riferisce alla sentenza Corte cost., 26 novembre 2015, n. 240, in *Giur. cost.*, 2015, pp. 2189 ss., con nota di O. MAZZA, *Il regime intertemporale della messa alla prova*.

¹⁸⁷ Cfr. C. CONTI, voce *Sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato maggiorenne*, cit.

¹⁸⁸ Cfr. C. CONTI, voce *Sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato maggiorenne*, cit.

¹⁸⁹ Cfr. d.d.l. C. n. 2798, *Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi e per un maggiore contrasto del fenomeno corruttivo, oltre che all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena*, presentato dal Ministro della giustizia Orlando il 23 dicembre 2014.

concordata «di pene sino a tre anni di reclusione tutti i benefici che oggi sono riconosciuti al cosiddetto patteggiamento infrabiennale»¹⁹⁰.

Sotto un secondo profilo, invece, il comma 9 del medesimo art. 14 aveva ripreso l'idea di introdurre in un nuovo art. 448-*bis* c.p.p. il meccanismo della «sentenza di condanna su richiesta dell'imputato», fondato su una domanda del prevenuto, che avesse ammesso la sua responsabilità, di essere condannato a una «pena specificamente indicata, non superiore, tenuto conto delle circostanze e diminuita da un terzo alla metà, ad anni otto di reclusione»¹⁹¹.

Merita, peraltro, segnalare che tale meccanismo era assai più "estremo" dei suoi predecessori previsti nel pacchetto Flick e nella Bozza Riccio, posto che richiedeva, per la prima volta, quale presupposto di operatività necessario l'ammissione di responsabilità del prevenuto.

Neppure tale nuova ipotesi di condanna su richiesta dell'imputato però, esattamente come aveva stabilito la Bozza Riccio e a differenza del pacchetto Flick, richiedeva il raggiungimento di un accordo tra prevenuto e pubblico ministero, il quale avrebbe dovuto essere solo sentito dal giudice, di modo che, almeno in astratto, sembrava trattarsi di un istituto solo consensuale e non negoziato¹⁹².

Il terzo comma dell'art. 448-*bis* c.p.p. stabiliva poi che il decisore, prima di accettare la richiesta dell'imputato, dovesse accertare la sua responsabilità al di là di ogni ragionevole dubbio, e, quindi, sulla base delle regole di giudizio proprie del giudizio ordinario¹⁹³.

Date le scadenze temporali del rito, si è era poi ancora previsto che il giudice, in caso di costituzione di parte civile, dovesse decidere sulla relativa domanda.

Accanto a tali «interventi più significativi»¹⁹⁴ erano stati fin dal principio inseriti altri ritocchi, tra cui due modifiche - tratte dai lavori della "Commissione Canzio" - rispettivamente agli artt. 448 e 130 c.p.p., finalizzate a risolvere una volta per tutte la delicata questione della «troppo ampia ricorribilità per cassazione»¹⁹⁵ del patteggiamento.

In estrema sintesi il comma 8 dell'art. 14 del d.d.l. Orlando aveva a sua volta ripreso l'idea di inserire un comma 2-*bis* all'art. 448 c.p.p., al fine di limitare per via normativa l'ambito di ricorribilità oggettiva del patteggiamento ai solo motivi attinenti all'espressione della volontà dell'imputato, al difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza, all'erronea qualificazione giuridica del fatto e, infine, all'illegalità della pena o della misura di sicurezza.

Mentre il primo comma della medesima disposizione proponeva di introdurre, in un nuovo art. 130, comma 1-*bis*, c.p.p., una disciplina *ad hoc*,

¹⁹⁰ Cfr. d.d.l. C. n. 2798, cit., p. 7. Per un'analisi, al riguardo, si legga A. TESTAGUZZA, *Il patteggiamento*, in, AA.VV., *Verso un processo penale accelerato*, cit., p. 114 s.

¹⁹¹ Cfr. d.d.l. C. n. 2798, cit., p. 7. G. COLAIACOVO, *La sentenza di condanna su richiesta dell'imputato*, cit., 139 ss.

¹⁹² Si vedano sul punto le condivisibili affermazioni di G. COLAIACOVO, *La sentenza di condanna su richiesta dell'imputato*, cit., p. 143 e s., il quale afferma che in tale rito il pubblico ministero avrebbe svolto una funzione meramente consultiva, essendo solo chiamato a rendere un parere non vincolante, collocandosi così in una posizione a metà strada tra quella svolta nel patteggiamento, dove può negare il consenso e l'abbreviato, dove non è più titolare di alcun potere.

¹⁹³ Cfr. d.d.l. C. n. 2798, cit., p. 59.

¹⁹⁴ In tal modo si esprime la stessa *Relazione al d.d.l. C. n. 2798*, cit., p. 7.

¹⁹⁵ Cfr. d.d.l. C. n. 2798, p. 7.

asseritamente più agile¹⁹⁶, per la correzione degli errori di denominazione o di computo contenuti nelle sentenze negoziate.

Ma vi è di più. L'art. 18 del progetto legislativo aveva ripreso pure l'idea di reintrodurre l'istituto del "concordato anche con rinuncia ai motivi di appello", questa volta inserito agli artt. 599-*bis* e 602, comma 1-*bis* c.p.p., nei quali erano però già contenute alcune significative varianti rispetto alla disciplina precedente.

La prima novità consisteva nella creazione di un inedito elenco di preclusioni di natura oggettiva e soggettiva di accesso all'istituto, quasi analoghe a quelle ideate nel 2003 per poter usufruire del "patteggiamento allargato".

La seconda innovazione, in questo caso frutto dei lavori della Commissione Canzio¹⁹⁷, era invece volta a attribuire ai procuratori generali presso le Corti d'appello il compito di dettare linee guida, ideate di concerto con i magistrati dell'ufficio e con i procuratori della Repubblica del distretto, intese a uniformare il consenso che i pubblici ministeri potessero prestare rispetto alla stipula dei concordati in appello¹⁹⁸, tenuto conto delle tipologie di reati e della complessità dei procedimenti.

La finalità di tale disposizione è chiara: al fine di diminuire la probabilità che anche la nuova disposizione fosse la fonte di prassi devianti quali quelle che avevano portato nel 2008 all'abolizione del concordato¹⁹⁹, si è pensato di autorizzare, tramite una disposizione di legge, gli operatori del diritto a creare «una sorta di cornice che faccia da guida per i singoli pubblici ministeri che vanno in udienza in appello e che devono patteggiare la pena»²⁰⁰.

Non sfuggirà la palese affinità di questa idea con il protocollo sulla *conformidad* del 2009, con cui per l'appunto i massimi rappresentanti dei procuratori e dei difensori spagnoli hanno concordato alcune linee guida per migliorare l'applicazione pratica di tale istituto.

Di certo, peraltro, la strada scelta dall'Italia pare sul punto preferibile, posto che mentre in Spagna l'iniziativa del suddetto protocollo non ha una copertura normativa, nel nostro Paese le linee guida sul concordato in appello trovano la loro fonte nella legge.

Non sfuggirà, peraltro, che si sia deciso di creare delle linee guida proprio per un istituto, quale in concordato in appello, che non prevede in via generale e astratta alcun beneficio premiale.

Non è un caso, invece, che una scelta simile non sia stata (per ora) suggerita in materia di patteggiamento, proprio perché, lo si è già rilevato, è la legge a stabilire i benefici derivanti dall'applicazione dell'istituto.

A ogni modo, l'idea di creare protocolli e linee guida il cui contenuto sia creato di concerto tra tutti gli operatori pratici del diritto, volti a indicare l'*an* e il *quomodo* degli accordi sulla pena pare particolarmente interessante, specie per quei sistemi che non vogliono cristallizzare una volta per tutte in astratto i benefici o le

¹⁹⁶ Cfr. d.d.l. C. n. 2798, p. 7.

¹⁹⁷ V. "Commissione Canzio", *Modifiche in materia di "Impugnazioni"*, cit., p. 8.

¹⁹⁸ V. "Commissione Canzio", *Modifiche in materia di "Impugnazioni"*, cit., p. 8.

¹⁹⁹ Si veda, sul punto, F. CAPRIOLI, in *Camera dei Deputati, Indagine conoscitiva, XVII Legislatura, II Commissione, Seduta del 29 aprile 2015*, p. 6.

²⁰⁰ Cfr. G. CANZIO, in *Camera dei Deputati, Indagine conoscitiva, XVII Legislatura, II Commissione, Seduta del 19 febbraio 2015*, p. 10.

fattispecie incriminatrici concordabili, ma che nel contempo non ritengano neppure opportuno lasciare totalmente libere le parti di negoziare in modo informale.

La strada delle circolari, protocolli e linee guida in materia di giustizia negoziata sembra, insomma, meritevole in futuro di essere ripresa e sviluppata dal nostro Paese (e non solo) anche al di fuori dell'istituto del concordato in appello, proprio perché pare ben bilanciare le esigenze di controllo sulle trattative e quella necessaria flessibilità di cui abbisognano gli istituti concordati per non essere la fonte di prassi *contra legem*.

Giunti a questo punto, va segnalato che l'idea originaria della riforma Orlando è stata però presto alterata.

L'art. 14 del d.d.l. C. n. 2798 è stato infatti sottoposto a serrate critiche, già nel corso delle indagini conoscitive della II Commissione Giustizia della Camera, molte delle quali concentrate sull'istituto della sentenza di condanna su richiesta dell'imputato²⁰¹. Avverso l'introduzione dell'art. 448-*bis* c.p.p. erano stati avanzati talmente tanti dubbi che, dopo l'ennesima opinione contraria, la stessa Presidente della seduta, on. Ferranti, si era trovata laconicamente ad affermare: «non abbiamo ancora trovato uno favorevole»²⁰².

Una maggiore disparità di opinioni vi era invece con riguardo alla tematica della riduzione dell'area di ricorribilità del patteggiamento.

Se, infatti, alcuni dei partecipanti alle audizioni si erano detti pienamente favorevoli a come il progetto di riforma intendeva affrontare la questione²⁰³, si registravano alcune voci fuori dal coro.

Da un lato, infatti, un autorevole esponente della magistratura riteneva talmente importante limitare il potere di impugnazione avverso tali decisioni da proporre di restringere ulteriormente i motivi di ricorso ammissibili, rimodulando in particolar modo quello concernente l'espressione di volontà dell'imputato, in quanto foriero di frustrare gli scopi deflativi della riforma, nonché la ragione legata all'erronea qualificazione giuridica del fatto, che si considerava opportuno ammettere soltanto in casi di evidenza o manifesta evidenza del vizio²⁰⁴.

In un senso del tutto contrario, invece, si esprimeva una voce dottrinale, secondo la quale l'unica via per consentire una limitazione dell'area di ricorribilità del patteggiamento sarebbe stata quella di intervenire previamente sul testo dell'art. 111, comma 7, Cost. Al contrario, agire mantenendo il ricorso «e sottraendo vizi, cioè scegliendone alcuni, pochissimi» veniva considerata un'operazione se non altro discutibile e foriera di futuri problemi, tra cui, ad esempio, l'impossibilità, sulla base

²⁰¹ Cfr., sul punto, G. CANZIO, in *Camera dei Deputati, Indagine conoscitiva, XVII Legislatura*, cit., p. 7; B. MIGLIUCCI, in *Camera dei Deputati, Indagine conoscitiva, XVII Legislatura, II Commissione, Seduta del 24 febbraio 2015*, p. 13; R.M. SABELLI, in *Camera dei Deputati, Indagine conoscitiva, XVII Legislatura, II Commissione, Seduta del 17 febbraio 2015*, p. 7; G. SPANGHER, in *Camera dei Deputati, Indagine conoscitiva, XVII Legislatura, II Commissione, Seduta del 19 febbraio 2015*, p. 13.

²⁰² Testualmente, D. FERRANTI, in *Camera dei Deputati, Indagine conoscitiva, XVII Legislatura, II Commissione, Seduta del 24 febbraio 2015*, p. 13.

²⁰³ Cfr., ad esempio, G. CANZIO, in *Camera dei Deputati, Indagine conoscitiva*, cit., p. 7; D. NEGRI, in *Camera dei Deputati, Indagine conoscitiva, XVII Legislatura, II Commissione, Seduta del 26 marzo 2015*, p. 9.

²⁰⁴ V. L. RIELLO, in *Camera dei Deputati, Indagine conoscitiva*, cit., p. 12.

del nuovo art. 448, comma 2-*bis*, di far valere l'assoluta mancanza di motivazione della sentenza negoziata²⁰⁵.

Anche la reintroduzione del concordato sui motivi d'appello è stata a più voci accolta con favore nel corso delle audizioni degli esperti²⁰⁶. Merita però rilevare come in questa sede non sia mancato, per un verso, chi abbia criticato la scelta dei proponenti di creare delle preclusioni oggettive e soggettive di accesso al rito, che è stata qualificata come irragionevole e foriera di futuri problemi di costituzionalità²⁰⁷, e, per un altro verso, chi si è del tutto opposto a reinserire tale meccanismo, foriero di più problemi che benefici²⁰⁸.

Vi è da ritenere che l'eco di queste discussioni abbia influenzato il successivo dibattito parlamentare.

Già nella seduta del 24 giugno 2015 della II Commissione della Camera venivano infatti avanzate ben ventisei proposte emendative avverso l'art. 14 del d.d.l., molte delle quali volte - non a caso - a sopprimere i commi di tale disposizione in cui si proponeva di introdurre l'art. 448-*bis* c.p.p. e, conseguentemente, anche quelli destinati a modificare l'ambito di operatività del patteggiamento, posto che altrimenti vi sarebbe stata una perdita in termini di deflazione processuale non più compensata dall'introduzione di un nuovo meccanismo deflativo premiale²⁰⁹.

Tale obiettivo è stato effettivamente raggiunto già nella seduta del 23 luglio 2015 della Commissione giustizia della Camera, a seguito dell'approvazione di cinque identici emendamenti sul punto²¹⁰ - provenienti sia dalla maggioranza, sia dalle opposizioni - che hanno completamente falcidiato l'art. 14 del d.d.l., lasciando al suo interno soltanto la disposizione volta a limitare l'area di ricorribilità delle sentenze negoziate (art. 448, comma 2-*bis*) e quella concernente la rettificazione degli errori di denominazione o di computo (art. 130, comma 1-*bis*).

Per quanto concerne, invece, il concordato in appello merita segnalare come le obiezioni di coloro che avevano criticato le preclusioni oggettive e soggettive di accesso al rito sono, inizialmente, riuscite a fare breccia nella mente del legislatore, tanto che nella seduta del 23 luglio del 2015 le stesse sono state eliminate dal progetto di riforma da tre identici emendamenti²¹¹.

Non va peraltro tralasciato come il relatore di minoranza, on. Ferraresi, nella sua presentazione in Assemblea alla Camera del testo del d.d.l. conseguente alle modifiche approvate in Commissione Giustizia, avesse colto l'occasione per ribadire la forte contrarietà di parte delle opposizioni rispetto alla riduzione

²⁰⁵ Ci si riferisce a S. CARNEVALE, in *Camera dei Deputati, Indagine conoscitiva, XVII Legislatura, II Commissione, Seduta dell'8 aprile 2015*, p. 9.

²⁰⁶ Cfr., ad esempio, G. CANZIO, in *Camera dei Deputati, Indagine conoscitiva*, cit., p. 10; D. NEGRI, in *Camera dei Deputati, Indagine conoscitiva*, cit., p. 7; S. CARNEVALE, in *Camera dei Deputati, Indagine conoscitiva*, cit., p. 8.

²⁰⁷ S. CARNEVALE, in *Camera dei Deputati, Indagine conoscitiva*, cit., p. 8 s.

²⁰⁸ F. CAPRIOLI, in *Camera dei Deputati, Indagine conoscitiva*, cit., p. 8.

²⁰⁹ Cfr. *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XVII Legislatura, II Commissione*, 24 giugno 2015, p. 82 s.

²¹⁰ Cfr. gli emendamenti 14.16 (Ermini e altri); 14.3 (Pagano e Buttiglione); 14.4 (Santelli); 14.7 (Molteni e Fedriga); 14.18 (Ferraresi e altri), in *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XVII Legislatura, II Commissione*, 23 luglio 2015, p. 142.

²¹¹ Cfr. gli emendamenti 18.2 (Ermini); 18.1 (Ferraresi); 18.4 (Pagano e Buttiglione); in *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XVII Legislatura, II Commissione*, 23 luglio 2015, p. 143.

dell'area di ricorribilità oggettiva delle pronunce di patteggiamento. In tale sede, infatti, venivano manifestate vibranti preoccupazioni con riguardo all'impossibilità di far valere, a seguito dell'approvazione della riforma, eventuali difetti di motivazione contenuti in tali sentenze²¹². Alla luce di ciò, non stupirà che il 17 settembre 2015 lo stesso on. Ferraresi sia stato firmatario, insieme ad altri parlamentari dello stesso gruppo politico, di un ulteriore emendamento volto a espungere dalla riforma l'art. 448, comma 2-*bis*, c.p.p.²¹³. La necessità di affrontare l'annosa problematica dell'eccessivo numero di ricorsi avverso i patteggiamenti era però troppo impellente perché tale proposito venisse abbandonato, di modo che tali suggerimenti non sono stati effettivamente recepiti.

Nella sua relazione l'on. Ferraresi aveva inoltre anche criticato la disposizione concernente l'approvazione di linee guida dei procuratori in materia di concordati in appello, posto che, a suo parere, «l'antidoto a indici troppo elevati di discrezionalità è la legge, non la discrezionalità di pochi. Quindi simili criteri devono essere individuati *una tantum* (e soprattutto *erga omnes*) dalla legge. Altrimenti meglio lasciare libera la "contrattazione" tra le parti nell'appello, senza mettere l'imputato di fronte ad un pubblico ministero che ha un potere di scelta limitato, essendo portavoce di scelte altrui»²¹⁴. Alla luce di queste critiche non stupisce affatto che nella medesima seduta il relatore di minoranza, assieme ad altri del medesimo gruppo politico, abbia presentato un emendamento soppressivo anche di tale disposizione, che, però, non ha avuto successo²¹⁵.

Nel corso dell'esame al Senato di quello che era divenuto il d.d.l. S. n. 2067 le opposizioni hanno riproposto di cancellare dalla riforma i nuovi commi 2-*bis* e 1-*bis*, rispettivamente degli artt. 448 e 130 c.p.p., approvati in prima lettura dalla Camera. Anche questi ulteriori suggerimenti di modifica sono stati però respinti²¹⁶.

Dal canto suo, la Commissione giustizia al Senato non ha, invece, condiviso l'eliminazione da parte della Camera delle preclusioni di accesso al concordato sui motivi d'appello, di modo che nella seduta del 27 luglio 2016 ha approvato un emendamento con cui è stato ristabilito l'elenco originario di reati e dei soggetti che non possono accedere a tale strumento deflativo²¹⁷. In tal modo, quindi, nonostante le critiche provenienti da autorevole dottrina, si è ristabilita quella sorta di collegamento implicito tra "patteggiamento sul merito" allargato e "concordato in appello", determinato dal fatto che entrambi i meccanismi contengono un catalogo di preclusioni quasi identico. Difatti «se diciamo che non potranno concordare l'accoglimento dei motivi d'appello gli imputati degli stessi reati per i quali non si può patteggiare la pena in primo grado, è chiaro che istituamo un'evidente

²¹² Si legga la *Relazione dell'On. Ferraresi*, in *Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, XVII Legislatura, Disegni di legge e Relazioni, Documenti*, p. 12.

²¹³ Cfr. emendamento 15.14., in *Resoconto dell'Assemblea, Camera dei Deputati, XVII Legislatura, Allegato A, Seduta di giovedì 17 settembre 2015*.

²¹⁴ *Relazione dell'On. Ferraresi*, cit., p. 14.

²¹⁵ Cfr. emendamento 21.6., in *Resoconto dell'Assemblea, Camera dei Deputati, XVII Legislatura, Allegato A, Seduta di giovedì 17 settembre 2015*.

²¹⁶ Cfr. gli emendamenti 22.1; 22.2; 22.3 dei senatori Ciardiello e altri, in *Senato della Repubblica, XVII legislatura, 2ª Commissione permanente, Resoconto sommario del 22 giugno 2016*.

²¹⁷ Cfr. emendamento 28.4, dei senatori Lumia e altri, in *Senato della Repubblica, XVII legislatura, 2ª Commissione permanente, Resoconto sommario del 27 luglio 2016*.

correlazione. La logica è questa: “Per questi reati particolarmente gravi e odiosi, mi spiace, ma tu non meriti una riduzione di pena”»²¹⁸.

Una volta che il testo della riforma è tornato alla Camera sono stati nuovamente presentati tutta una serie di emendamenti soppressivi concernenti le disposizioni in commento, che però non hanno avuto fortuna. La maggioranza, infatti, è andata dritta per la sua strada, rifiutando di apportare qualsivoglia modifica al testo proveniente dal Senato. Di modo che il 23 giugno 2017, i commi 49, 50, 51 dell’art. 1 della l. 23 giugno 2017 hanno introdotto una disciplina ad *hoc*, parametrata sulle peculiarità del rito contrattato, in tema di “ricorribilità in cassazione” e rettificazione delle sentenze pronunciate *ex art.* 444 e ss. c.p.p.²¹⁹ e il comma 56 ha nuovamente introdotto nel sistema processuale italiano, dopo solo pochi anni di formale assenza, il concordato anche con rinuncia ai motivi di appello²²⁰.

²¹⁸ F. CAPRIOLI, in *Camera dei Deputati, Indagine conoscitiva*, cit., p. 7.

²¹⁹ G. COLAIACOVO, *L’impugnazione della sentenza di patteggiamento*, in AA.VV., *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, a cura di G. Spangher, Pisa, 2017, pp. 197 ss.

²²⁰ Sul punto cfr. G. SPANGHER – A. MARANDOLA, *Concordato in appello: basta equivoci*, in www.ilpenalista.it.

CAPITOLO II

LE PRINCIPALI ANALOGIE E DIFFERENZE TRA I DIVERSI MODELLI DI GIUSTIZIA NEGOZIATA

SOMMARIO. 1. I ritardi italiani in materia di archiviazioni condizionate. – 2. La mancata regolazione normativa della fase delle trattative. – 3. Analogie e differenze riguardo al ruolo del pubblico ministero. – 4. Segue. Il ruolo dell'imputato. – 5. Segue. Il ruolo del difensore. – 6. Segue. Il ruolo del giudice: la questione della partecipazione alle trattative. – 7. Segue. Le funzioni strettamente decisorie. – 8. Segue. Il ruolo della vittima. – 9. La premialità. – 10. Giustizia negoziata e forma della decisione. – 11. Giustizia negoziata e impugnazioni. – 12. Giustizia negoziata e archetipi processuali.

1. I ritardi italiani in materia di archiviazioni condizionate

L'analisi diacronica compiuta nel capitolo che precede avrà già fatto balzare agli occhi una profonda differenza tra l'esperienza italiana in materia di giustizia negoziata rispetto a quella tedesca, francese e austriaca.

Nel nostro Paese, infatti, in modo simile a quanto è avvenuto in Spagna, il legislatore ha optato per una quasi assoluta chiusura nei confronti dello strumento delle archiviazioni condizionate¹, che, invece, hanno avuto grande successo in Francia, Germania e in Austria, rappresentando una delle fonti principali per lo sviluppo di trattative e accordi tra le parti.

Le ragioni di questo ostracismo nei confronti di un meccanismo deflativo tanto efficace è nota.

Nonostante, infatti, in Italia esistano da tempo istituti quali la remissione della querela, anche normativamente favorita da un tentativo di conciliazione, o soprattutto l'oblazione che, ove operi nelle indagini preliminari, presenta delle palesi affinità rispetto alle transazioni in vigore in altre esperienze giuridiche, la

¹ Si vedano sul punto M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, in *Leg. pen.*, 2000, pp. 116 ss.; M. CHIAVARIO, *L'espansione dell'istituto della "tenuità del fatto": frammenti di riflessione su alcuni aspetti chiaroscurali*, in AA.VV., *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di S. Quattrocchio, Torino, 2015, p. 262; ID., *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, 1995, pp. 131 ss.

formulazione netta nell'art. 112 ha costituito un ostacolo per lo sviluppo di "eccezioni" al principio di obbligatorietà dell'azione penale².

Nel nostro Paese, infatti, tale canone è stato per lungo tempo oggetto di una lettura assolutamente rigida³ – riassumibile nel dogma secondo cui la legge non potrebbe facoltizzare il pubblico ministero «a non agire [...] in base a valutazioni estranee all'oggettiva infondatezza della *notitia criminis*»⁴ – che ha portato a escludere la possibilità di individuare nell'istituto archiviativo un mezzo idoneo a essere flessibilizzato a fini deflativi.

Al contrario, invece, in Germania e in Austria il fatto che il *Legalitätprinzip* sia stato proclamato solo al livello di legge ordinaria ha certamente favorito la creazione di tutta quella serie di eccezioni, fondate sull'opposto principio di opportunità dell'azione penale, volte a valorizzare i comportamenti positivi del prevenuto nei confronti della collettività o della vittima quale dato idoneo a controbilanciare l'interesse dello Stato (e del singolo) all'esercizio dell'azione penale per quella regiudicanda.

Ed è proprio in ragione di questa esegesi "assolutistica" dell'art. 112 della Costituzione che il legislatore italiano ha strutturato gli istituti consensuali o negoziati via via introdotti come meccanismi che, anche ove possano essere richiesti nella fase pre-processuale (come avviene per il patteggiamento o per la messa alla prova per adulti), debbano necessariamente imporre al pubblico ministero di esercitare l'azione penale all'atto di instaurazione del rito speciale.

Peraltro, è noto come tale lettura fondamentalista dell'obbligatorietà⁵ abbia prodotto delle precise conseguenze nella prassi, derivate dal fatto che, da

² A riguardo, per tutti, M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, cit., pp. 123 ss.; R. ORLANDI, *L'insostenibile lunghezza del processo penale e le sorti progressive dei riti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 28.

³ Sul punto, cfr. M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, cit., pp. 114 s. In argomento cfr. anche ID., *Appunti sulla problematica dell'"azione" nel processo penale italiano: incertezze prospettive limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, pp. 908 ss.

⁴ La sentenza manifesto di questa interpretazione rigida dell'art. 112 Cost. è, come noto, Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 88, in *Cass. Pen.*, 1992, p. 249, la quale ha affermato che «il principio di obbligatorietà dell'azione penale esige che nulla venga sottratto al controllo di legalità effettuato dal giudice: ed in esso è insito, perciò, quello che in dottrina viene definito *favor actionis*. Ciò comporta non solo il rigetto del contrapposto principio di opportunità che opera, in varia misura, nei sistemi ad azione penale facoltativa, consentendo all'organo dell'accusa di non agire anche in base a valutazioni estranee all'oggettiva infondatezza della *notitia criminis*; ma comporta, altresì, che in casi dubbi l'azione vada esercitata e non omessa. Di ciò è, del resto, palese dimostrazione la formulazione - mai messa in discussione - dell'istituto dell'archiviazione in termini di "manifesta infondatezza"». Cfr. anche Corte cost., 22 dicembre 1993, n. 478, in www.cortecostituzionale.it.

⁵ Questa efficace espressione di deve a M. CHIAVARIO, *L'espansione dell'istituto della "tenuità del fatto"*, cit., p. 250.

soli, i procedimenti alternativi non sono riusciti a costituire una valvola deflativa sufficiente a gestire l'ipertrofico carico giudiziario nostrano.

Nel corso degli anni, infatti, hanno visto la luce tutta una serie di Circolari provenienti dai capi ufficio di alcune Procure della repubblica, volte a meglio disciplinare le modalità temporali (e non solo) di presa in carico delle notizie di reato da parte dei singoli pubblici ministeri⁶.

Ciò in sostanza sta a significare che sono stati gli stessi vertici di alcune Procure, trovatesi schiacciate da un numero di *notitiae criminis* ingestibili, a stabilire in via pretoria quali scelte di priorità compiere per la trattazione delle regiudicande, così da meglio gestire le poche risorse umane ed economiche disponibili⁷.

Lo sviluppo di queste *guidelines*, pur tra loro assai eterogenee⁸, ha in modo univoco dimostrato da parte della prassi una necessità ineliminabile di attenuare la supposta (quasi assoluta) inderogabilità del canone di cui all'art. 112 Cost.

Di ciò si è, invero, accorta da diverso tempo la dottrina italiana che, dal canto suo, si è sforzata di proporre delle letture più flessibili del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, che contemporaneamente consentissero di tutelare i valori di fondo per cui lo stesso è proclamato nella Carta fondamentale e l'indispensabile bisogno di individuare nuovi meccanismi idonei a sfoltire il carico giudiziario in eccesso.

Orbene, preso atto del successo pratico che hanno avuto in diversi ordinamenti continentali (e non solo) le archiviazioni meritate, non stupirà affatto sapere che diversi autori si siano quindi interrogati sulla possibilità di

⁶ Per ampie indicazioni bibliografiche sul punto, si rimanda a L. RUSSO, *I criteri di priorità nella trattazione degli affari penali: confini applicativi ed esercizio dei poteri di vigilanza*, in *Dir. pen. cont.*, 9 novembre 2016; D. VICOLI, *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost: un tentativo di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pp. 273 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Stabilire le priorità nell'esercizio obbligatorio della azione penale*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, Milano, 1994, pp. 104 ss.

⁷ Ci si riferisce, ad esempio, alle cd. Circolari: Pieri-Conti dell'8 marzo 1989, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1616 del presidente e del Procuratore generale della Corte d'Appello di Torino; Zagrebelsky del 16 novembre 1990, in *Cass. pen.*, 1991, p. 362 della Procura della Repubblica presso la Pretura di Torino; Maddalena del 10 gennaio 2007, in *Quest. giust.* 2008, p. 617, della Procura della Repubblica di Torino. Cfr. anche a circolare 4 ottobre 1993 del Procuratore della Repubblica presso la Pretura circondariale di Padova e l'ordine di servizio 22 aprile 1995 del Procuratore della Repubblica di Genova, sulle quali cfr. G. ICHINO, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale*, in *Quest. giust.*, 1997, p. 296.

⁸ Si veda a riguardo R.E. KOSTORIS, *Per un'obbligatorietà temperata dell'azione penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 875.

conciliare l'art. 112 della Costituzione anche con istituti di tal fatta, arrivando a più voci ad argomentare una risposta positiva a tale quesito⁹.

Nonostante l'apertura di molti studiosi nei confronti della concreta possibilità di introdurre anche in Italia dei meccanismi simili all'art. 153a *StPO* tedesco o alla *composition pénale* francese, le forze politiche italiane hanno continuato per lungo tempo a considerare il tema dell'obbligatorietà un vero e proprio tabù, persistendo, quindi, nella quasi totale chiusura nei confronti di questi strumenti acceleratori.

D'altra parte, occorre dire che in Italia non hanno fatto breccia neppure le sollecitazioni sul punto provenienti da diversi atti sovranazionali, tra cui, lo si è già accennato più volte, spicca la Raccomandazione n. 18 del 1987 sulla semplificazione del sistema giudiziario dei Paesi membri, nella quale veniva suggerita «una introduzione diffusa del *principe d'opportunité* o almeno la messa a punto di misure tendenti alle medesime finalità»¹⁰.

Ma se l'effettiva introduzione di un generale principio di opportunità, pur controllata, come auspicato anche nel corso del Colloquio di Toledo del 2-4 aprile 1992¹¹, costituiva – quantomeno da un punto di vista psicologico – un passo che poteva sembrare troppo brusco per il nostro Paese, merita precisare che delle pulsioni per un abbandono di letture eccessivamente rigide dell'art. 112 Cost. sono negli anni derivate anche da quegli atti che, in via di principio, hanno considerato opportuno accogliere il canone di *légalité de la poursuite*, inteso quale «*garantie essentielle contre des actions arbitraires et discriminatoires*»¹².

⁹ Cfr., ad esempio, M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata"*, cit., pp. 116 ss.; M. CHIAVARIO, *L'espansione dell'istituto della "tenuità del fatto"*, cit., p. 262; ID., *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, 1995, pp. 131 ss.; F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, p. 601; V. GREVI, *Pubblico ministero e azione penale: riforme costituzionali o per legge ordinaria?*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 495; R. ORLANDI, *L'insostenibile lunghezza del processo penale e le sorti progressive dei riti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 28 ss.; L. LUPÀRIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. it.*, 2002, pp. 1757.

¹⁰ Così, efficacemente, L. LUPÀRIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, cit., pp. 1752. Più in particolare, al principio di discrezionalità era regolato il punto I a) della Raccomandazione n. R (87) 18, dove si stabiliva, per un verso che, «*the principle of discretionary prosecution should be introduced or its application extended wherever historical development and the constitution of member states allow; otherwise, measures having the same purpose should be devised*» e, per un altro verso, che «*the waiving or discontinuation of proceedings may be pure and simple, accompanied by a warning or admonition, or subject to compliance by the suspect with certain conditions, such as rules of conduct, the payment of moneys, compensation of the victim or probation*».

¹¹ Colloquio di Toledo (2-4 aprile 1992), seduta preparatoria del XV Congresso dell'A.I.D.P. Sul punto, M. CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, cit., p. 125.

¹² Così ad es. le *Risoluzioni di Rio* del 1994, redatte al XV Congresso dell'Associazione internazionale di diritto penale, le quali hanno considerato possibile accompagnare il principio di obbligatorietà con una discrezionalità controllata per i casi di minima lesione degli interessi

Ci si riferisce al *Corpus Juris*¹³ del 1997 e del 2000¹⁴ e al libro verde sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione¹⁵, ma soprattutto – in tempi più recenti – alla proposta di regolamento del Consiglio UE volto a istituire una Procura europea, la quale, almeno nella sua versione originaria, considerava possibile temperare il principio generale dell'obbligatorietà dell'azione penale con delle forme di archiviazioni condizionate, sia al pagamento di somme di denaro, sia a comportamenti risarcitori¹⁶.

Per dir la verità, si poteva pensare che qualcosa fosse cambiato dopo che con il d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274 sono stati introdotti, per i reati di competenza del giudice di pace, gli istituti dell'estinzione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto¹⁷ e, soprattutto, dell'estinzione del reato conseguente

protetti e di lieve colpevolezza dell'indagato. Sul punto cfr. L. LUPÀRIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, cit., p. 1752.

¹³ Il documento originario del 1997 è pubblicato in «*Corpus Juris*» portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, sous la direction de M. Delmas-Marty, Paris, 1997. La traduzione italiana della versione più recente si trova in *Il Corpus juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, a cura di G. Grasso – R. Sicurella, Milano, 2003.

¹⁴ Come noto l'art. 19 del *Corpus iuris* del 2000 stabiliva che il Pubblico ministero europeo fosse obbligato a esercitare l'azione penale. Ciò nonostante, le lettere b) e c) del comma 4 di tale disposizione avevano creato rispettivamente, un'ipotesi di archiviazione condizionata, che richiedeva l'ammissione di responsabilità del prevenuto, ma non un controllo di un giudice, e una vera e propria forma di transazione, sempre operante sulla base di un riconoscimento di colpevolezza dell'indagato, che in questo caso richiedeva però il previo assenso di un giudice per essere efficace. Per una compiuta analisi di queste previsioni cfr. L. LUPÀRIA, *Profili dell'azione penale "europea"*, cit., pp. 937 ss.

¹⁵ Cfr. *Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea*, COM (2001) 715 def., pp. 75 ss., il quale, pur accogliendo in via generale il principio di obbligatorietà dell'azione penale, aveva mutuato dal *Corpus iuris* anche le ipotesi di archiviazione meritate al pagamento di una somma di denaro.

¹⁶ Cfr. Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea, del 17 luglio 2013, COM (2013) 534 final. Tale provvedimento, nonostante fosse a sua volta improntato al principio di obbligatorietà dell'azione penale, prevedeva – sulla base di un'evoluzione dell'archetipo del *Corpus iuris* – all'art. 29 l'istituto del "compromesso", che non era altro se non una forma di transazione, costruita sulla base del pagamento di una somma forfettaria da parte del prevenuto all'Unione in cambio dell'archiviazione definitiva del caso. Se, in modo simile al *Corpus iuris*, anche in questo caso non si stabiliva alcun controllo giurisdizionale sull'istituto, merita segnalare come, invece, nel "compromesso" non fosse richiesta una esplicita dichiarazione di responsabilità da parte del prevenuto. È noto peraltro che tale disposizione è stata in seguito eliminata nel corso dei lavori preparatori della proposta, venendo sostituita dalle "procedure semplificate di azione penale" (art. 40 del regolamento definitivo di istituzione della Procura europea) con cui, in estrema sintesi, si consente all'EPPO di concludere degli accordi con gli accusati, idonei a far terminare in modo concordato una regudicanda penale, però strutturati sulla base delle procedure semplificate previste dal singolo diritto nazionale applicabile.

¹⁷ Cfr., sul punto, per tutti, S. QUATTROCOLO, *Eseguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Napoli, 2004, pp. 323 ss.

a condotte riparatorie¹⁸. Specialmente quest'ultimo meccanismo ha infatti una certa familiarità con le archiviazioni meritate¹⁹, posto che si basa su uno scambio tra restituzioni o risarcimento da parte dell'imputato e estinzione del reato.

Ma così non è stato. Anche quando, dopo decenni di discussioni, il d.lgs. del 16 marzo 2015, n. 28 ha finalmente ideato una nuova ipotesi di archiviazione per tenuità del fatto²⁰, questa volta operante anche al di là della criminalità meramente bagatellare, il legislatore ha costruito «i meccanismi applicativi dell'istituto in modo da escludere tanto l'instaurazione di procedure conciliative in alternativa al processo penale, quanto un'imposizione di obblighi alternativi alla sanzione, a carico di colui che viene individuato come autore del fatto stesso, la cui esecuzione condiziona la pronuncia liberatoria da ogni sanzione»²¹. Di modo che, in sostanza, pure codificando un meccanismo quale la non punibilità per tenuità, che sembrava particolarmente idoneo per fungere da "testa di ponte" per l'introduzione anche in Italia di una archiviazione condizionata, il legislatore ha, ancora una volta, confermato un perdurante rifiuto nei confronti di questi istituti²².

Il legislatore italiano non ha insomma intrapreso la strada seguita, invece, da quello spagnolo che – ancora una volta con una curiosa convergenza temporale – nel 2015, dopo anni di tentennamento ha introdotto una prima forma di archiviazione per speciale tenuità del fatto, condizionata però alla riparazione del danno da parte del prevenuto.

L'ennesima occasione perduta sul punto si è avuta a seguito dell'introduzione, da parte della legge 23 giugno 2017, n. 103, di una nuova causa di estinzione del reato: la riparazione per tutti i reati a querela rimettibile (art. 162-ter c.p.)²³.

Si tratta, infatti, di un istituto il cui ambito di applicazione è limitato a una soglia di criminalità bagatellare per cui già operava l'art. 152 c.p. Da ciò si desume che esso non costituisce altro se non un mezzo attraverso cui l'ordinamento tenta di guadagnare degli effetti deflativi pure nei casi in cui le negoziazioni sulla

¹⁸ Si veda, a riguardo, G. VARRASO, *Il procedimento davanti al giudice di pace*, Milano, 2006, pp. 183 ss.

¹⁹ Cfr. L. LUPÀRIA, *Profili dell'azione penale "europea"*, cit., p. 938.

²⁰ Per i dovuti riferimenti dottrinali sul punto cfr. M. DANIELE, *L'archiviazione per tenuità del fatto fra velleità deflattive ed equilibrismi procedimentali*, in AA.VV., *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, cit., pp. 42 ss.; P. SPAGNOLO, *Gli epiloghi processuali della "particolare tenuità del fatto"*, *ivi*, pp. 65 ss.

²¹ M. CHIAVARIO, *L'espansione dell'istituto della "tenuità del fatto"*, cit., p. 260.

²² M. CHIAVARIO, *L'espansione dell'istituto della "tenuità del fatto"*, cit., p. 259 s.

²³ Tra le prime analisi, O. MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione*, in AA.VV., *La riforma Orlando*, cit., pp. 48 ss.; C. PERINI, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162-ter c.p. deflazione senza restorative justice*, in *Dir. pen. proc.*, 1274 ss.

remissione della querela non siano andate a buon fine, perché la vittima non sia accontentata dell'offerta risarcitoria, pur equa, compiuta dall'imputato²⁴.

Non era però questa l'idea originaria della riforma "Orlando", che prevedeva l'estensione di tale beneficio «anche ad alcuni reati contro il patrimonio procedibili d'ufficio, quali quelli rubricati dagli artt. 624 c.p., nei casi aggravati dal primo comma dell'art. 625 c.p. ai numeri 2,4,6,8-*bis*; nonché ai delitti di cui agli artt. 636 e 638 c.p.»²⁵.

Orbene, se tale meccanismo deflativo avesse operato anche per alcuni reati perseguibili d'ufficio, e quindi estranei alla tradizionale logica della remissione della querela, lo stesso sarebbe effettivamente apparso una novità nel nostro panorama processuale e non un mero completamento di dinamiche in realtà già sperimentate da tempo.

Alla luce di ciò, pare insomma che la tanta agognata riduzione del carico giudiziario in eccesso sarebbe stata assai più efficacemente raggiunta ove il legislatore avesse intrapreso strade diverse.

D'altra parte, sembra che i primi trent'anni di vigenza del codice Vassalli abbiano oramai dato degli insegnamenti piuttosto chiari in punto di deflazione: i riti speciali da soli non bastano a gestire, in un tempo ragionevole, le reg Giudicande che intasano gli uffici giudiziari italiani e tutti gli altri meccanismi processuali, limitati alla criminalità bagatellare, via via introdotti, non sono riusciti a migliorare di molto (se non per nulla) la situazione.

Se si vuole finalmente cessare di utilizzare la prescrizione quale mezzo deflativo occulto pare quindi necessario un cambio di passo.

Una delle opzioni sul piatto al fine di risolvere la situazione è quella di sfruttare i timidi avanzamenti fatti nel corso degli anni con meccanismi quali l'art. 35 del d. lgs. 274 del 2000, la particolare tenuità del fatto e oggi anche l'art. 162-*ter* c.p. per far comprendere come già l'attuale sistema giuridico non si basi più su una lettura sempre rigida dell'obbligatorietà dell'azione penale.

Si potrebbe in sostanza dire che la presenza di questi strumenti deflativi già dimostra come, al giorno d'oggi, l'art. 112 della Cost. non è (e non può essere) un tabù intoccabile²⁶, che da garanzia fondamentale diventa l'elemento che più di ogni altro impedisce un corretto funzionamento del sistema accusatorio italiano

Oramai, terminato questo periodo di sperimentazione a piccoli passi di meccanismi transattivi operanti per la criminalità bagatellare, si potrebbe estenderne l'ambito di applicazione, un po' come quando dal patteggiamento

²⁴ Si veda, efficacemente, O. MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione*, cit., p. 49.

²⁵ O. MURRO, *La riparazione del danno come causa di estinzione*, cit., p. 50.

²⁶ R. ORLANDI, *L'insostenibile lunghezza del processo penale*, cit., p. 28.

“*minor*” si è passati al patteggiamento “allargato”, utilizzando quale modello istituti come il §153a *StPO* – con alcuni precisi correttivi, quali la fissazione di soglie massime per le prestazioni positive a cui condizionare l’esito liberatorio, per evitare gli abusi che si sono verificati in Germania – così da cercare finalmente di bloccare sul nascere un gran numero di processi che comunque non si riesce a celebrare.

Certo, si è ben consapevoli che l’archiviazione meritata tedesca o la *composition pénale* francese presentano notevoli criticità e difetti, ma non è forse più irrispettoso della *ratio* dell’art. 112 Cost. continuare a consentire che siano le selezioni operate dai pubblici ministeri, unite al mero decorso del tempo, a decidere le sorti dell’azione penale in Italia?

Bisognerebbe, insomma, seguire anche nel nostro Paese quel *trend* che ha visto negli ultimi decenni sempre più ordinamenti, fondati sul canone dell’obbligatorietà, creare «spazi di discrezionalità controllata capaci [...] di dare linfa vitale all’agonizzante principio di durata ragionevole dei processi»²⁷.

La dottrina più attenta lo aveva già detto agli inizi degli anni 2000²⁸: è necessario ripartire dall’idea per cui «il limite implicito all’obbligatorietà, razionalmente intesa, è che il processo non debba essere instaurato quando si palesi oggettivamente superfluo»²⁹. Ebbene, tutte le numerose circolari, linee guida, criteri di priorità, e così via, creati in questi decenni, danno una specifica riprova delle ipotesi in cui si considera già oggi possibile ragionare su un modello di azione penale flessibile, concreta e non rigida: sta adesso al legislatore utilizzare tale “patrimonio” per tarare dei meccanismi che permettano all’azione di arrestarsi a fronte di condotte che è più efficace affrontate con strumenti alternativi rispetto a non affrontarle affatto con il rito penale “classico”.

2. La mancata regolazione normativa della fase delle trattative

Si è già avuto modo di rilevare come il codice di procedura penale italiano non regoli affatto, neppure per l’istituto contrattato “principe” dell’applicazione della pena su richiesta delle parti, la fase delle trattative condotte per raggiungere l’intesa sulla sanzione da applicare.

A ben vedere, però, come si è accennato, l’effettiva “visibilità” a soggetti estranei ai “contraenti” delle negoziazioni preliminari rispetto a un

²⁷ L. LUPÀRIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell’azione penale nel quadro comparativo europeo*, cit., p. 1757.

²⁸ L. LUPÀRIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell’azione penale nel quadro comparativo europeo*, cit., p. 1757 s.

²⁹ Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 88, cit., p. 249.

patteggiamento pare variare a seconda di quale dei diversi modelli di formazione del *pactum*, stabiliti dagli artt. 444 e ss., venga utilizzato.

Difatti, il legislatore ha fornito alle parti la possibilità di presentare al giudice un concordato già totalmente concluso, di modo che, in tale evenienza, il *bargaining* rimane persino per il decisore un mistero: questi si trova di fronte a un negozio preconfezionato, potendo unicamente verificare – oltre alla volontarietà del consenso dell'imputato – se i suoi esiti finali siano o meno conformi ai paletti prestabiliti dal legislatore. Ciò, in sostanza, sta a significare che il tempo, il luogo, nonché gli effettivi termini delle negoziazioni sono in questo caso sconosciuti a tutti, salvo al ristretto novero di soggetti chiamati a parteciparvi.

Ove, invece, una parte decida di seguire la via della proposta unilaterale depositata ufficialmente nella cancelleria del giudice *ex art.* 447, comma 3, c.p.p. la situazione sembra diversa. In questo caso, infatti, è il giudice in qualche modo a poter regolare i tempi del raggiungimento dell'intesa, dovendo fissare con decreto un termine all'altra parte per esprimere il consenso o il dissenso. Oltretutto, posto che in questa evenienza la legge stabilisce che prima della scadenza di tale termine non è consentita la revoca o la modifica della richiesta, gli spazi per l'effettivo svolgimento di un *bargaining* tra le parti sembrano venir ristretti. Anche se nulla vieta che vi siano comunque dei contatti informali volti o a convincere la controparte della bontà della propria offerta, oppure a gettare le basi per una nuova proposta più conveniente per entrambi i soggetti, da avanzare, magari congiuntamente, dopo che la prima sia caducata.

Un altro elemento che sembra poter influire sulla trasparenza o meno delle negoziazioni pare essere determinato dalla fase del procedimento in cui le parti decidano di patteggiare.

Nel caso in cui, infatti, i contatti avvengano nel corso delle indagini preliminari, salvo che non si decida di optare per la appena descritta procedura della presentazione di una proposta unilaterale, l'opacità delle trattative è massima, in quanto le stesse rimangono relegate a una zona per tutti oscura, posto che il codice si occupa solo del punto di emergenza finale del *pactum* nel segmento in cui l'imputato e la pubblica accusa sottopongono al giudice il loro accordo definitivo³⁰.

Dopo l'esercizio dell'azione penale, invece, sembra esservi una maggiore probabilità che il giudice assista al *bargaining* ove il concordato si formi oralmente in udienza e non in una pausa o prima della celebrazione della stessa. Ma – anche in questo caso – l'effettivo svolgimento delle negoziazioni di fronte al giudice, oppure nei corridoi delle aule di giustizia, o nell'ufficio del pubblico ministero, è del tutto rimesso alla volontà delle parti, senza che il codice abbia stabilito a

³⁰ E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, Milano, 2016, p. 30 s.

riguardo alcun obbligo di verbalizzazione specifico, né un potere di intervento del decisore nelle trattative, che – quantomeno in astratto – non potrebbe influire sui patti *in fieri*, ma solo accogliere o rigettare (e non modificare) quelli a lui presentati come definitivamente conclusi.

In definitiva, quindi, il legislatore italiano ha lasciato quasi totalmente libere le parti di gestire a piacimento le negoziazioni, influenzandone solo indirettamente i contenuti tramite le regole che vanno a stabilire il novero di controlli che il giudice deve effettuare sull'accordo.

Lo si è visto, una scelta quasi analoga sul punto è stata compiuta, quantomeno da un punto di vista normativo, in Spagna.

Anche in tale Paese, infatti, il codice lascia solo intuire la possibilità di svolgere una fase di *bargaining* sulle *conformidad*, parlando, ad esempio, della presentazione di scritti di qualificazione congiunti, oppure del ritiro di scritti già presentati in precedenza, ma non regola affatto il *quomodo* delle contrattazioni.

Si è, invece, avuto modo di vedere come in Francia non vi siano neppure questi timidi segnali normativi da cui si possa comprendere che una *CRPC* sia negoziabile. Ciò è del resto naturale, perché sono proprio le trattative tra le parti e non la conclusione di accordi a essere state nel corso degli anni osteggiate dalla dottrina d'Oltralpe come contrarie ai principi classici del modello processuale continentale. Si è d'altra parte visto che è solo grazie alla prassi che effettivamente delle negoziazioni su un *plaidier coupable* si sono potute via via sviluppare, al fine di incrementare l'impatto deflativo di tale istituto sul carico giudiziario. Alla luce di ciò, la stessa regola dell'art. 495-14 *cod. proc. pén.* francese, la quale stabilisce che, a pena di nullità, le attività compiute in applicazione degli artt. 495-8 e 495-13 devono essere verbalizzate, pare del tutto depotenziata. Difatti, proprio perché le discussioni tra le parti sono del tutto informali, queste avvengono prima della vera e propria proposta definitiva del *parquet* al prevenuto *ex art.* 495-8, *cod. proc. pén.*, correndo quindi il rischio di sfuggire dall'ambito di operatività della disposizione.

La situazione è ovviamente ancora più critica in Austria dove l'intera procedura delle *Absprachen* è del tutto informale, nonché, secondo l'autorevole opinione della Corte suprema di tale Paese, assolutamente *contra legem*, potendo costituire persino un illecito di rilevanza penale.

L'unico Stato che si distingue da queste esperienze è – quantomeno da un punto di vista normativo – la Germania, che, come si è avuto modo di vedere, ha stabilito dei precisi obblighi di verbalizzazione di tutte le discussioni che il prevenuto, il pubblico ministero e il giudice possono svolgere lungo il corso della regiodicanda. Ma vi è di più: in tale Paese si è imposto anche l'obbligo in capo al presidente del collegio giudicante di dichiarare all'inizio del dibattimento la previa presenza di negoziazioni svoltesi *ex §§* 202a e 212 *StPO*, dovendo questi

anche chiarire se le stesse abbiano avuto a oggetto la possibile conclusione di un accordo negoziato e, in tal caso, anche il loro contenuto essenziale. Di modo che, in sostanza, uno scheletro delle contrattazioni tra le parti dovrebbe rimanere nei verbali, dalla cui lettura, quindi, si potrebbe squarciare il velo degli accordi già conclusi, andando a risalire alle diverse posizioni dei soggetti partecipanti ai concordati.

Peraltro, al di là di quella che può essere l'effettiva tenuta nella vita quotidiana delle aule di giustizia di questi obblighi di verbalizzazione, che – lo si è visto – sono stati oggetto di palesi prassi *contra legem*, è facile intuire che gli stessi siano frutto della necessità di cercare di bloccare le tendenze espansive della giustizia negoziata tedesca. Insomma, tale sorta di maggiore attenzione dello *StPO* per la gestione delle trattative è senz'altro il frutto dei lunghi anni di prassi di *Absprachen* informali, che si sono volute anche in questo modo contrastare.

Ad ogni modo, va però ribadito che vi sono diversi segnali che dimostrano come, nel corso degli ultimi anni, gli operatori pratici del diritto spagnoli e francesi abbiano dimostrato una sorta di insofferenza verso la scarsa (o nulla) regolazione delle trattative nei loro modelli di giustizia negoziata.

Dal canto loro, infatti, i massimi rappresentanti dei procuratori e dell'avvocatura spagnola hanno creato il già più volte citato protocollo sulla *conformidad* del 2009 con cui hanno – tra l'altro – fornito delle indicazioni utili anche circa il *quomodo* delle negoziazioni. Senza contare che, con la creazione della cosiddetta *Agenda de Conformidades*, gli operatori del diritto di tale Paese hanno anche cercato di meglio regolare gli aspetti più prettamente pratici delle trattative, sfruttando a tal fine pure le più recenti novità tecnologiche.

Con riguardo all'ordinamento francese, invece, va sicuramente ricordata l'opinione di quei difensori che, per superare l'insicurezza giuridica causata dalla situazione attuale in cui le negoziazioni si possono sviluppare solo in via del tutto informale, hanno suggerito di stabilire espressamente nell'art. 495-8. *cod. proc. pén.* che un *plaider coupable* possa essere frutto di discussioni tra le parti³¹.

Anche in Italia, a ben vedere, la nuova disposizione dell'art. 599-*bis*, comma 4, c.p.p. con cui si è attribuito il compito ai procuratori generali di dettare delle linee guida per orientare i pubblici ministeri nella conclusione dei patteggiamenti in appello, sembra rappresentare un primo passo verso una maggiore formalizzazione dei patti.

Di modo che, in sostanza, pare essere comunemente avvertita la necessità di rimediare – almeno in parte – al fatto che, nello strutturare delle procedure

³¹ Ci si riferisce alla già citata opinione di A.S. CHAVENT-LECLÈRE, *La défense pénale et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité: enjeux et entorses*, in *RPDP*, 2010, p. 144.

complesse come quelle negoziate, i legislatori abbiano lasciato scoperta la fase fondamentale in cui si decide il contenuto del *pactum* che poi verrà proposto all'organo giudicante.

I sistemi giuridici italiano, francese e spagnolo paiono, insomma, aver volontariamente trascurato il fatto che un istituto negoziato funziona sulla base di più fasi cronologicamente successive, ovvero: a) quella di presentazione di una proposta (formale o informale) di accordo da un soggetto processuale; b) quella (eventuale - ma essenziale) di svolgimento di una serie di trattative tra le parti al fine dell'effettivo raggiungimento di un *pactum*; c) quella giurisdizionale di controllo sul concordato; d) quella dedicata alla possibile impugnazione della sentenza contrattata.

Peraltro, la scelta di lasciare quasi del tutto "libera" la fase delle trattative, pur essendo giustificata dalla volontà di favorire un utilizzo quanto più massiccio degli istituti concordati pare particolarmente delicata e rischiosa; e ciò, non solo perché può andare a creare una palese situazione di incertezza negli ordinamenti - come quello francese - in cui persino la possibilità per le parti di discutere una sanzione è in discussione.

È difatti palese che le trattative rappresentano il momento critico in cui i rappresentanti dell'autorità, con le loro offerte - che, per l'appunto, rimangono per lo più nascoste nella zona imperscrutabile della negoziazione - possono coartare la volontà del prevenuto ad accettare un *pactum* per lui non conveniente, specie se l'accusato non sia per forza assistito da un legale o comunque abbia solo un difensore d'ufficio.

Orbene, se per evitare tale pericolo i legislatori hanno configurato dei controlli da parte del giudice sulla volontarietà del consenso del prevenuto, ove fossero introdotti anche in Italia, Francia e Spagna dei precisi obblighi di verbalizzazione delle trattative, simili a quelli in vigore in Germania, si introdurrebbe un ulteriore freno (anche se, è ovvio, facilmente aggirabile tramite prassi distorte) alla conclusione di patti *contra legem*.

Senza contare che non sembrerebbe del tutto sfornita di fondamento una proposta ancora più innovativa, con cui si volesse stabilire un obbligo di videoregistrazione dei negoziati compiuti al fine di stipulare un patto sulla sanzione. Così facendo, infatti, il giudice del *pactum* - che, in ipotesi, potrebbe essere l'unico (insieme ai difensori e a superiori gerarchici della pubblica accusa) a consultare la documentazione concernente le trattative - avrebbe la possibilità di accertarsi visivamente del fatto che la volontà del prevenuto non sia stata coartata, nonché di quali sia stato il contenuto del *bargaining*, avendo così la possibilità di svolgere meglio tutti i controlli a lui affidati.

Se non si vuole giungere a tanto per il timore di svilire la portata deflativa degli istituti in questione, per meglio regolare le trattative si potrebbe puntare

quantomeno sulla strada abbozzata dall'Italia e dalla Spagna dei protocolli in cui siano i vertici delle procure e dei difensori a individuare più precisamente, per categorie di reati e complessità dei procedimenti, i contenuti effettivi e le modalità pratiche di conclusione delle intese. Certo, si rischierebbe in tal modo di addivenire a una sorta di tariffario degli sconti di pena stabilito – entro le cornici imposte dalla legge – dagli operatori pratici del diritto, ma che comunque di per sé potrebbe sembrare foriero di meno disuguaglianze rispetto all'attuale situazione, in cui l'intero potere di negoziare è lasciato in capo al singolo procuratore incaricato della regiudicanda. Non vi sono peraltro dubbi nell'affermare che tali protocolli o linee guida andrebbero configurati in modo flessibile, cosicché le parti abbiano comunque un certo margine di discrezionalità per adattare alla singola fattispecie concreta.

In definitiva, quindi, la tematica di una maggiore formalizzazione del modo in cui gli accordi su una pena sono raggiunti pare rappresentare una delle sfide a cui in futuro saranno chiamati diversi ordinamenti giuridici.

Questa affermazione pare ancora più valida tenuto conto del fatto che è stata la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo a stabilire che, per porsi in linea con l'ordinamento convenzionale, i meccanismi negoziati devono consentire al giudice chiamato a vagliare il *pactum* di conoscere non solo i contenuti del *bargain* ma anche «*the fairness of the manner in which it had been reached between the parties*»³². Lo scopo che i giudici di Strasburgo hanno voluto raggiungere con queste precisazioni è chiaro e si pone in linea con le considerazioni appena svolte. La Corte europea ha, infatti, valorizzato la presenza di un controllo del giudice anche sul *bargaining* al fine di tutelare la volontarietà dell'adesione del prevenuto al *pactum*. A detta della CEDU tale verifica costituisce, infatti, una delle minime «*safeguards*»³³ necessarie per garantire che il prevenuto, stipulando un *plea bargaining*, abbia legittimamente rinunciato «*of a number of procedural rights*». Solo ove infatti questi fornisca il suo consenso «*in full awareness of the facts of the case*

³² Così, testualmente, Corte Eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, §92. Sulla quale cfr. M. BEERNAERT, *Transactions, accords de plaider coupable et autres procédures judiciaires simplifiées*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2015, pp. 208 ss.; F.S. CASSIBBA, *Il "patteggiamento" supera il vaglio di compatibilità con i requisiti dell'equità processuale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 13 maggio 2014; L. MILANO, *La conventionnalité de principe de la procédure de «plaider coupable»*, *La semaine juridique*, n. 21-22, 26 maggio 2014, p. 1067; A. SCARCELLA, *Patteggiare una pena e non poterla appella non viola il diritto dell'imputato ad un processo equo*, in www.ilquotidianogiuridico.it; S. MARCOLINI, *A quali condizioni i negoziati sulla pena sono conformi alla Cedu?*, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 3488 ss.

³³ Corte Eur., Sez. III, 23 febbraio 2016, *Navalnyy and Ofitserov v. Russia*, §100, secondo cui «*to be effective for Convention purposes, therefore, any waiver of procedural rights must always be established in an unequivocal manner, must be attended by minimum safeguards commensurate with its importance and must not run counter to any important public interest*».

*and the legal consequences and in a genuinely voluntary manner»³⁴, si potrà dire che il suo *wavier* a tutta una serie di garanzie fondamentali convenzionalmente tutelate sia stato effettivamente valido.*

Ebbene, sul punto – come si è avuto modo di vedere – pare che la disciplina italiana, francese, spagnola, sia lacunosa, dato che i giudici di questi Stati, quando valutano un accordo, possono sì conoscere gli esatti termini dell'accordo, ma non anche delle «*preceding negotiations*»³⁵, che sono per tutti i non contraenti un mistero. Pare insomma che nei sistemi processuali del futuro non dovranno affatto essere eliminati di per sé gli istituti che consentono lo sviluppo di negoziazioni tra le parti sul *quantum* di pena da applicare³⁶. Gli stessi però richiederanno alcuni adattamenti finalizzati a non rendere più la gestione delle trattative come un fatto imperscrutabile e del tutto informale, ma come una fase di cui il giudice possa *ex post* controllare l'equità complessiva.

3. Analogie e differenze riguardo al ruolo del pubblico ministero

Il pubblico ministero è certamente il soggetto che, più di ogni altro, all'interno di molti istituti di giustizia negoziata vede rafforzata la sua figura rispetto al procedimento ordinario.

Ciò, del resto, si comprende da una semplice valutazione dei "rapporti di forza" che si vengono a creare all'interno dei meccanismi contrattati.

Per quanto concerne la relazione prevenuto/accusatore basti pensare che se il primo ha un fondamentale interesse proprio nella buona riuscita delle contrattazioni – potendo ottenere uno sconto nel *quantum* di limitazione della libertà personale che dovrà subire, oppure nella somma di denaro che dovrà allo Stato – il secondo non ottiene nulla per sé dal patto (almeno nei Paesi in cui non venga eletto e si giochi la rielezione sulla base del numero di condanne ottenute), se non un vantaggio economico per il soggetto che lui rappresenta come

³⁴ Corte Eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsolishvili and Togonidze v. Georgia*, §92.

³⁵ Corte Eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsolishvili and Togonidze v. Georgia*, §94.

³⁶ Corte Eur., Sez. III, 23 febbraio 2016, *Navalnyy and Ofitserov v. Russia*, §100; Corte Eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsolishvili and Togonidze v. Georgia*, §90; Corte Eur., Sez. V, 3 novembre 2011, *Litwin v. Germany*, §38; Corte Eur., 10 maggio 2011, *Dimitrov and Hamanov v. Bulgaria*, §59; Corte Eur., Sez. IV, 6 luglio 2010, *Babar Ahmad v. United Kingdom*, §168, le quali hanno affermato che «*that it can be considered a common feature of European criminal-justice systems for an accused to obtain the lessening of charges or receive a reduction of his or her sentence in exchange for a guilty or nolo contendere plea in advance of trial or for providing substantial cooperation with the investigative authority*».

contraente, ossia lo Stato. Di modo che è ovvio che la parte più forte sia quella che ha meno da perdere dalla buona riuscita dell'intesa.

Nei Paesi in cui non è prevista istituzionalmente una partecipazione del giudice alle trattative, anche tale soggetto si vede costretto a cedere all'accusatore parte delle sue funzioni. In molti casi è infatti il pubblico ministero il rappresentante dell'autorità a cui viene affidato il compito di fissare in concreto la sanzione adeguata da applicare per una regiudicanda, che il decisore, in sede di vaglio successivo, spesso potrà solo accettare o meno, ma non modificare.

Senza contare che le archiviazioni condizionate contenute nel *Corpus iuris* 2000³⁷, oppure la forma di compromesso pecuniario inserito nella proposta di regolamento istitutiva del Procuratore europeo³⁸, così come la mai nata *l'injonction pénale* francese – seguendo il modello, ad esempio, della transazione belga³⁹ – non prevedevano alcuna fase giurisdizionale di controllo del *pactum* raggiunto tra accusa e prevenuto. Di modo che, in tal caso, la figura del giudice sarebbe stata *in toto* sostituita dal pubblico ministero, con tutti i problemi di compatibilità con il *diktat* della Corte di Strasburgo⁴⁰ che ne sarebbero derivati.

Insomma, come è stato autorevolmente affermato, con la (ri)nascita del negozio giuridico processuale spesso, «correlativamente, regredisce l'oracolo giurisdicente»⁴¹, chiamato, nella migliore delle ipotesi, solo a recepire o rifiutare un *pactum* stipulato da altri.

³⁷ Cfr. art. 19, comma 4, lett. b) del *Corpus iuris* 2000. Sul punto cfr. L. LUPÀRIA, *Profili dell'azione penale "europea"*, cit., pp. 937 ss.

³⁸ Cfr. art. 29, comma 4, della Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea del 17 luglio 2013,

³⁹ Pare, infatti, utile ricordare che per lungo tempo la transazione contenuta nell'art. 216-bis del codice d'istruzione criminale belga si è distinta «*par le fait que [...] se réalise en dehors de tout contrôle par un juge. Si cet aspect a suscité la critique, l'on a aussi relevé qu'il ne se concevait guère qu'un juge s'immisce dans un mécanisme jusque là perçu comme peu louable eu égard à la conception que l'on se faisait de la justice. Ainsi, la transaction est-elle restée dans la sphère du ministère public, sous la forme d'une proposition à prendre ou à laisser par le contrevenant, ce qui préservait l'autorité de la justice. En toute hypothèse, elle ne débouchait pas sur une quelconque forme de condamnation, mais bien sur l'extinction de l'action publique*» (così, A. JACOBS, *Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée*, in *Revue internationale de droit pénal*, 2012, p. 75). Non va peraltro tralasciato che *Cour constitutionnelle*, 2 giugno 2016, n. 83, anche facendo leva sul fatto che la sentenza Corte Eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsolishvili and Togonidze v. Georgia*, §92 ha fissato quale requisito necessario per l'equità dei meccanismi negoziati europei che un giudice possa esercitare un controllo sufficiente sui contenuti dell'accordo e del modo in cui lo stesso è stato raggiunto, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 216-bis nella parte in cui consentiva di «*conclure une transaction pénale pour autant qu'aucun jugement ou arrêt définitif n'ait été rendu et en ce qu'il limite le rôle du juge compétent à constater l'extinction de l'action publique « après avoir vérifié*».

⁴⁰ Corte Eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsolishvili and Togonidze v. Georgia*, §92.

⁴¹ F. CORDERO, *Strutture d'un codice*, in *Ind. pen.*, 1989, p. 23.

Certo, questa passaggio di funzioni dal giudice all'accusa non può che preoccupare, specie negli ordinamenti, come quello francese e spagnolo, in cui vi è una forte dipendenza dall'esecutivo da parte dell'accusa. Tramite delle direttive dall'alto del Ministero della giustizia, infatti, compiute sulla base di mere scelte politiche, i pubblici ministeri possono essere portati a compiere interpretazioni estensive al fine di concludere, per determinate fattispecie, un gran numero di negoziati.

Ad ogni modo, pare che nei diversi istituti negoziati qui studiati il pubblico ministero venga ad assumere un ruolo più o meno forte, anche a seconda della fase processuale in cui questi sia chiamato a compiere delle trattative con il prevenuto.

Si pensi, ad esempio, alla situazione tedesca. Fintanto che si tratta di discutere nell'*Ermittlungsverfahren* egli assume un ruolo preponderante rispetto al decisore, specie nell'applicazione di una delle varie forme di archiviazioni contrattate esistenti in tale Paese.

Dopo l'esercizio dell'azione penale, invece, è il giudice a diventare il vero e proprio *dominus* della giustizia negoziata tedesca, assumendo il controllo non solo degli istituti dei §§153 e ss. *StPO*, ma, soprattutto, della decisione se avviare o meno una *Verständigung ex §257c StPO*.

Anche in Francia, ovvero il Paese in cui senza alcun dubbio il pubblico ministero ha acquisito più poteri grazie agli istituti consensuali e negoziati, il *parquet* pare ancora più onnipotente prima dell'esercizio dell'azione penale. Basti ad esempio pensare che il legislatore ha previsto che il giudice debba effettuare dei controlli assai più penetranti su una *CRPC* – utilizzabile solo dopo l'esercizio dell'azione penale – rispetto a una *composition pénale*, che opera quale forma di terza via tra l'archiviazione e la *poursuite*. Nel primo caso, infatti, il decisore deve pronunciare un'ordinanza di omologazione preceduta da tutta una serie di verifiche stabilite in modo esplicito dall'art. 495-9 del codice, mentre nella seconda ipotesi deve semplicemente "validare" la misura, senza che la legge fornisca indicazioni specifiche ulteriori alla semplice possibilità di sentire gli interessati circa il *quomodo* di tale controllo.

Orbene, alla luce di ciò pare potersi affermare che, in diversi Stati, il ruolo che il pubblico ministero viene a giocare negli istituti contrattati è maggiore finché l'esercizio dell'azione penale non è esercitata. Mentre una volta che l'azione pubblica è stata promossa, il giudice riacquista, a seconda dei casi, una parte o tutti i suoi poteri.

Il paragone tra l'ordinamento tedesco e francese – in cui rispettivamente dopo l'esercizio dell'azione penale il *dominus* della giustizia negoziata è il giudice o, invece, continua a rimanere il pubblico ministero – sembra far comprendere

come i principi “inquisitori” classici siano stati declinati in modo assai diversi da parte dei legislatori di tali Paesi.

In Germania, infatti, il principio di ricerca della verità ha avuto un’influenza tale da portare le forze politiche a continuare ad attribuire al giudice, anche dopo l’approvazione della legge del 2009, il ruolo di promotore e guida delle intese negoziate.

In Francia, invece, nonostante tale canone sia proclamato numerose volte nel codice, tutti i tentativi di consentire al giudice di modificare i patti proposti dalle parti, acquisendo così una maggiore forte negoziale, sono naufragati. In questo Stato, infatti, la vera battaglia in difesa dei “principi inquisitori” è stata giocata non sul soggetto a cui sarebbe spettato dirigere il *plaidier coupable*, che pacificamente si è individuato nel *parquet*, ma piuttosto sulla stessa possibilità di negoziare una *CRPC*, ipotesi che in origine era negata, ma che poi ha preso il sopravvento nella prassi.

Ebbene, una possibile spiegazione di questa marcata differenza tra sistemi processuali fondati su principi, sotto molti punti di vista, ancora simili, pare poter essere individuata nel diverso ruolo che sembra aver avuto in questi ordinamenti l’archetipo del *plea bargaining* americano. Mentre, infatti, le varie forme di *Absprachen* tedesche sembrano essersi sviluppate come istituti autoctoni, che, al massimo, hanno potuto rafforzarsi grazie al fatto che anche in uno degli archetipi culturali di riferimento si puntasse tanto sulle negoziazioni, la situazione francese pare assai diversa. La *composition pénale* e soprattutto la *CRPC* sono, infatti, dei meccanismi processuali dichiaratamente importati sul modello del *guilty plea*, che non a caso è stato a più riprese richiamato nel corso dei lavori preparatori delle leggi che hanno portato alla creazione di questi istituti. Di modo che, in sostanza, il ruolo maggiore o minore giocato dal giudice e dal pubblico ministero nella giustizia negoziata francese e tedesca sembra dipendere proprio da questa ragione di fondo (ovvero, per l’appunto, dal fatto che in un caso si tratta di meccanismi originali del sistema tedesco, che sono stati solo poi cristallizzati dal legislatore, mentre nel secondo caso, invece, la *CRPC* e la *composition pénale* rappresentano delle esplicite imitazioni, pur modificate sulla base dell’esigenze del sistema francese, del *guilty plea*) e non tanto da un’effettiva volontà di bilanciare in modo diverso il principio di ricerca della verità materiale.

Pare, infine, doversi concludere a riguardo con alcune considerazioni concernenti il sistema italiano.

Nel nostro Paese, infatti, non sembra potersi parlare – quantomeno da un punto di vista normativo – di una vera e propria onnipotenza del pubblico ministero nel patteggiamento, come del resto già si intuisce dal fatto che questi è tenuto a motivare espressamente le ragioni del suo dissenso alla proposta del prevenuto.

Ma soprattutto la possibilità attribuita, sin dagli anni Ottanta, al giudice di applicare comunque la pena richiesta dall'imputato, oltre a tutti (o quantomeno a una parte) degli ulteriori benefici di legge, anche quando la pubblica accusa abbia negato in modo irragionevole il suo assenso al concordato, sembra dimostrare come il prevenuto venga ad assumere una posizione "contrattuale" senz'altro più forte di quanto avviene in Francia, Germania, Austria e persino in Spagna (posto che la *conformidad* unilaterale non prevede sconti di pena prestabiliti). Difatti, quantomeno in astratto, in Italia il pubblico ministero non potrà forzare la mano rifiutando di prestare il suo consenso all'iniziativa del prevenuto anche ove la stessa fosse palesemente adeguata rispetto alla singola fattispecie concreta, posto che, in tale evenienza, sarà il giudice a poter irrogare la pena e tutti (o una parte) dei premi sulla base della sola istanza dell'imputato. Lo si è già detto, in Italia gli imputati sono venuti ad acquisire con il tempo un diritto di difendersi negoziando⁴²: si tratta di una articolazione del diritto di difesa che negli altri Paesi qui studiati non sembra ancora sorta per una ragione precisa. In tali ordinamenti, infatti, la stessa possibilità di negoziare pare ancora vista come una sorta di "concessione" che l'autorità fa al prevenuto, che deve ritenersi "fortunato" a ottenere qualsiasi sconto di pena che i rappresentanti dello Stato gli vogliano concedere, quasi si tratti di un atto di "clemenza sovrana".

Ma neppure l'Italia ha scelto di fissare sempre direttamente in astratto gli sconti di pena che derivano da un rito negoziato.

Il legislatore, infatti, non ha mai stabilito in via normativa alcun premio per l'applicazione del concordato in appello. Senza contare che per quest'istituto il legislatore non ha creato neppure un meccanismo di recupero della proposta dell'imputato simile a quello appena esaminato per l'applicazione della pena su richiesta delle parti, che consenta al giudice d'appello o alla Cassazione di irrogare comunque la pena "scontata" offerta dal prevenuto in cambio di una proposta di concordato ingiustamente rigettato dalla pubblica accusa.

Alla luce di ciò sembra potersi dire che anche in Italia l'effettiva forza "contrattuale" del pubblico ministero cambi a seconda dell'istituto e della fase in cui questi si trovi a negoziare. Mentre in primo grado l'accusa si può trovare costretta a subire un'applicazione di pena su richiesta del solo imputato, al contrario nel patteggiamento in appello la pubblica accusa riacquista una posizione dominante, assai simile a quella che hanno i procuratori francesi e spagnoli, non essendo possibile applicare il concordato senza la sua volontà. Il che, in sostanza, significa che il diritto di difendersi negoziando pare essere stato,

⁴² Cfr. M. PISANI, *Italian style: figure e forme del nuovo processo penale*, Padova, 1998, p. 91.

a oggi, strutturato in modo più forte per i meccanismi contrattati che operano in primo grado.

Di certo, però, questa situazione è stata innovata dalla scelta del legislatore del 2017 di consentire la creazione delle più volte citate linee guida per la conclusione dei concordati in appello.

A oggi, infatti, mentre alcune linee guida, pubblicate dalla procura generale di Bologna si sono limitate a meglio disciplinare la fase di raggiungimento dell'accordo tra le parti⁴³, quella pubblicata dalla Procura generale di Trieste è assai più interessante⁴⁴. Nelle linee guida triestine, infatti, non solo sono state fornite delle specifiche indicazioni con riguardo alle tipologie di regiudicande nelle quali patteggiare in appello – è stata data preferenza ai processi indiziari, a quelli in cui vi siano eccezioni di nullità, a quelli in cui vi sia stata una riparazione del danno intervenuto dopo la prima sentenza, nonché a quelli prossimi alla prescrizione – ma, oltretutto, si è anche espressamente stabilito che «tendenzialmente la riduzione della pena nel concordato non deve essere eccedente la misura di un terzo rispetto alla pena inflitta in sentenza, salvo casi eccezionali di manifesta sproporzionalità»⁴⁵. Con questa indicazione, insomma, nonostante le opinioni contrarie di autorevole dottrina⁴⁶, si è manifestata espressamente la natura premiale anche del patteggiamento in appello, solo che, per la prima volta nel nostro Paese, non è stata la legge a generalizzare lo sconto di pena derivante dall'applicazione di un istituto contrattato, ma un atto amministrativo di un procuratore della repubblica, che pur trova fondamento nel nuovo art. 599-*bis*, comma 4, c.p.p.

D'altra parte, il fatto che la legge non stabilisca in modo espresso che le linee guida dovessero per forza specificare i benefici premiali di cui possono giovare gli imputati accedendo al rito *de quo*, sembra dimostrare come, quantomeno il procuratore generale di Trieste, abbia considerato necessario effettuare un'interpretazione estensiva della nuova regola, volta a non sminuirne la portata innovativa, al fine di evitare che anche il nuovo concordato sia oggetto di quelle prassi abusive che nel 2008 avevano portato alla sua temporanea abrogazione⁴⁷. Sembra insomma essere stata data in questo modo una precisa riprova del fatto che le circolari e le linee guida in materia di giustizia negoziata,

⁴³ Cfr. Prot. N. 6108/2017 della Procura generale della Repubblica di Bologna;

⁴⁴ Cfr. Provv. Pg 73/17 della Procura generale della Repubblica di Trieste.

⁴⁵ Cfr. Provv. Pg 73/17 della Procura generale della Repubblica di Trieste, p. 2.

⁴⁶ Si vedano, assai nettamente, G. SPANGHER – A. MARANDOLA, *Concordato in appello: basta equivoci*, in www.ilpenalista.it.

⁴⁷ Merita peraltro segnalare che, invece, nonostante siano molto articolate le linee guida della Procura generale di Genova, Prot. N. 2643/2017 non stabiliscono il *quantum* di pena in meno che si può ottenere con il patteggiamento in appello.

le quali trovino la loro fonte della legge, possano essere utilizzate per diminuire il rischio che gli accordi superino determinati limiti.

4. *Segue. Il ruolo dell'imputato*

Tra gli aspetti più peculiari che caratterizzano il patteggiamento italiano rispetto agli omologhi meccanismi esistenti in Francia, Germania e Austria, può senza dubbio ricomprendersi il fatto che esso non richieda mai un'ammissione esplicita di responsabilità da parte dei prevenuti.

Lo si è già avuto modo di rilevare: sin dalla prima versione dell'applicazione di sanzione sostitutive su richiesta dell'imputato, per arrivare poi al "patteggiamento allargato", il legislatore italiano non ha mai stabilito che tra i requisiti del concordato sulla pena dovesse esservi un *guilty plea*.

Di modo che non stupisce che il patteggiamento sia stato a più voci paragonato all'istituto nordamericano del *nolo contendere*⁴⁸, ovvero quella forma di *bargaining*, detto anche "*no contest plea*", «in cui l'accusato accetta l'applicazione della pena come se fosse colpevole, che è dire senza nessuna ammissione di colpevolezza»⁴⁹. Si tratta di un meccanismo, espressamente previsto dalle *Federal Rules of Criminal Procedure*, il quale proprio perché chiude una regiudicanda senza che vi sia stato un *guilty plea*, costituisce la fonte per una sentenza che non essendosi «spinta ad accertare la colpevolezza dell'accusato» non può «fare stato in procedimenti, sia penali che civili, diversi da quello in cui è stata pronunciata»⁵⁰.

Al contrario, la *CRPC* e la *composition pénale* francesi ruotano tutte attorno una vera e propria confessione del prevenuto, che costituisce l'indispensabile prezzo che questi è chiamato a pagare per ottenere un trattamento sanzionatorio più favorevole.

Il compito principale del giudice sarà poi di valutare tale ammissione di responsabilità, al fine di decidere se far andare a buon fine o meno il negozio concluso in precedenza.

Come si è avuto modo di osservare, la presenza di una confessione, è, invece, stata individuata come requisito tipico – ma non per forza indispensabile – della *Verständigung* per l'imputato (§257c, comma 2, *StPO*).

⁴⁸ Cfr., per tutti, G. 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*, cit., p. 190.

⁴⁹ V. G. MANNOZZI, *Commisurazione e negoziato sulla pena nell'esperienza statunitense*, cit., p. 165.

⁵⁰ Cfr. G. MANNOZZI, *Commisurazione e negoziato sulla pena nell'esperienza statunitense*, cit., p. 165.

La situazione spagnola pare, invero, sul punto più complessa. Nell'ordinamento *de quo*, infatti, una nutrita schiera di autori nega la possibilità di qualificare la *conformidad* come una vera e propria confessione intesa quale mezzo di prova⁵¹; e ciò si badi nonostante sia stato lo stesso legislatore dell'800 negli artt. 688-700 *LECrim* a utilizzare, promiscuamente, i vocaboli *confesión* e *conformidad*. Anche se, da un'altra angolazione, è sempre la dottrina «ad ammettere che l'accusato che si conforma riconosca, in qualche modo, i fatti che gli si imputano»⁵²; opinione che pare sostenuta anche dalla giurisprudenza, la quale oltre ad aver affermato che la *conformidad* «vincoli il giudice alla ricostruzione storica del fatto compiuta delle parti e gli impedisca ogni indagine circa la sussistenza o meno di effettivi elementi di prova a carico dell'accusato»⁵³ ha ad esempio sostenuto che, optando per tale meccanismo, il prevenuto verrebbe a rinunciare alla presunzione di innocenza⁵⁴.

A ogni modo, a differenziare ancor di più il quadro rispetto alla normativa italiana contribuisce il meccanismo negoziato del *reconocimiento de hechos*, il quale per l'appunto necessariamente si basa su un'ammissione di responsabilità esplicita del prevenuto – questa volta sì ritenuta analoga a una confessione – innanzi al giudice istruttore.

È peraltro noto che questa differenza, in astratto assai netta, tra giustizia negoziata italiana (che, lo si ribadisce, non richiede in modo testuale alcun *guilty plea* da parte del prevenuto nel patteggiamento) e quella degli altri ordinamenti qui studiati, è stata, in concreto, relativizzata dalle tesi sostenute da una parte della dottrina e della giurisprudenza.

A più voci, infatti, specie nel primo periodo di vigenza del nuovo codice, ma anche in tempi più recenti, si è affermato che l'adesione dell'imputato all'applicazione della pena su richiesta delle parti costituirebbe un'ammissione implicita di responsabilità⁵⁵.

Così, ad esempio, è stata la stessa Cassazione, in alcune sue decisioni – pur apertamente contrastate da un altro orientamento esegetico – ad affermare che «la richiesta di applicazione della pena sarebbe una forma di ammissione di

⁵¹ Si rimanda, sul punto, a 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*, Milano, 2005, p. 153.

⁵² S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 154.

⁵³ Si veda, nuovamente, S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 126.

⁵⁴ In argomento, cfr., ampiamente, A. DE LA OLIVA SANTOS, *Presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia de conformidad*, in *Revista de Derecho Procesal*, 2007, pp. 701 ss.

⁵⁵ Questa tesi, è, ad esempio, argomentata da M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Enc. dir., Annali II*, t. 1, Milano, 2008, pp. 24 ss.

responsabilità da parte dell'imputato richiedente, il quale implicitamente e volontariamente rinuncia ad avvalersi della presunzione di non colpevolezza»⁵⁶.

In termini – almeno in parte – diversi si sono espresse altre più recenti pronunce secondo cui «in tema di patteggiamento, la motivazione della sentenza in relazione alla mancanza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 129 c.p.p., può essere meramente enunciativa, poiché la richiesta di applicazione della pena deve essere considerata come ammissione del fatto (quando non la si voglia addirittura ritenere come tendenziale ammissione di responsabilità o implicito riconoscimento di colpevolezza), fermo restando che il giudice deve pronunciare sentenza di proscioglimento solo qualora dagli atti risultino elementi tali da imporre di superare la presunzione di colpevolezza che il legislatore ricollega proprio alla formulazione della richiesta di applicazione della pena»⁵⁷.

Pur essendo chiaro che queste sentenze siano evidentemente il frutto di un tentativo di giustificare la possibilità per il giudice del patteggiamento di applicare una pena senza che la legge imponga – quantomeno in modo esplicito – di compiere un accertamento di responsabilità analogo a quello dibattimentale⁵⁸, pare che queste decisioni vadano a determinare un vero e proprio paradosso. Difatti, nell'ordinamento che più di ogni altro è stato attento a ribadire la scelta di non far precedere il patteggiamento da una vera e propria ammissione di responsabilità, i giudici hanno ritenuto possibile affermare che la mera scelta di un rito costituisca non solo una sorta di "ammissione del fatto", ma oltretutto la fonte di una vera e propria (inaccettabile) presunzione di colpevolezza. Ebbene, se effettivamente stessero così le cose male avrebbe fatto la Corte costituzionale italiana a considerare, sin dagli anni Novanta, compatibile con l'art. 27, comma 2, Cost. un rito come il patteggiamento⁵⁹, che farebbe sorgere, pur su richiesta dell'imputato, una presunzione di colpevolezza, che opera indisturbata per una soglia di criminalità negli anni divenuta sempre più elevata. Pare utile ribadirlo, un conto è dire che tramite l'applicazione della pena su richiesta delle parti il prevenuto venga ad attenuare, quantomeno parzialmente, la regola di giudizio della presunzione d'innocenza⁶⁰, oppure venga a rinunciarvi, determinando così un allentamento dello *standard* di prova di cui il giudice si deve servire nell'accertare la responsabilità del prevenuto

⁵⁶ Cass. Sez. VI, 12 luglio 1995, n. 9406, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3065.

⁵⁷ In questo senso, cfr., tra le molte, Cass., Sez. III, 17 maggio 2017, n. 39082, in www.dejure.it; Cass., Sez. VI, 26 aprile 2017, n. 27451, *ivi*; Cass., Sez. V, 11 aprile 2017, n. 22248, *ivi*; Cass., Sez. V, 6 dicembre 2016, n. 6066, *ivi*; Cass., Sez. II, 6 ottobre 2015, n. 41785, *ivi*; Cass., Sez. II, 7 maggio 2014, n. 19486, *ivi*; Cass., Sez. VI, 2 ottobre 2006, n. 41712, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4240;

⁵⁸ Si veda sul punto *sub* §7.

⁵⁹ Cfr. già la più volte citata Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313, in www.cortecostituzionale.it.

⁶⁰ M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 21.

prima di pronunciare una sentenza di patteggiamento. Una questione del tutto diversa, invece, è sostenere che l'imputato, tramite la sua volontà, possa far sorgere una vera e propria presunzione di colpevolezza. Questa seconda ipotesi, frutto di una mentalità forse ancora più inquisitoria di quella che ha portato i legislatori francesi e tedeschi a imporre una confessione quale prerequisite dei loro istituti negoziati, pare francamente insostenibile, e non tanto perché non trova alcun appiglio normativo, ma soprattutto perché viene a rendere il canone di cui all'art. 27, comma 2, Cost. (e indirettamente anche quello di cui all'art. 13 Cost.) totalmente disponibile. Ciò nonostante, sono stati proprio i supremi giudici italiani a teorizzare, lo si ribadisce, paradossalmente, proprio per evitare una rottura nel binomio tra accertamento di responsabilità e pena, che «nel nostro ordinamento è possibile trovare un fondamento logico e giuridico al patteggiamento soltanto se si ipotizza che il legislatore ricolleggi una presunzione relativa di colpevolezza alla formulazione di una richiesta di applicazione della pena, intesa come implicita ammissione del fatto, consentendo, poi, che il giudice superi questa presunzione quando risultino i presupposti per l'applicazione dell'art. 129 c.p.p.»⁶¹.

Peraltro, tra i vari rischi che comporta accogliere una tesi come quella che vede nella richiesta di patteggiamento una vera e propria *ammissione del fatto* (e non una più generica ammissione di responsabilità), è che dalla stessa vadano ricavati degli effetti probatori: in tale evenienza, infatti, emergerebbe la questione dell'utilizzabilità di quella che diverrebbe una sorta di "confessione implicita"⁶², nel giudizio che dovesse seguire a un ipotetico rigetto della richiesta di definizione concordata di pena.

Ebbene, proprio perché nel sistema giuridico italiano non si è stabilito che un patteggiamento debba per forza comprendere anche un *guilty plea*, il legislatore non ha neppure configurato delle regole di esclusione simili a quelle che si sono viste essere inserite nel §257c *StPO* e nell'art. 495-14 *cod. proc. pén.*, al fine di impedire un successivo riutilizzo probatorio delle dichiarazioni nel caso in cui un'intesa negoziata o una *CRPC* non vadano a buon fine.

A questo punto, ove si voglia superare tale *impasse*, senza comunque abbandonare la tesi che veda nel patteggiamento un'ammissione (implicita) di responsabilità (e non del fatto), l'unica via pare quella di precisare apertamente che l'ammissione *de qua* non deve mai assumere la valenza di elemento probatorio di cui il giudice può servirsi per accertare autonomamente la

⁶¹ Cass., Sez. V, 15 marzo 2005, n. 14063, in www.dejure.it.

⁶² In argomento, per tutti, L. LUPÀRIA, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Milano, 2006, p. 110.

responsabilità, potendosi solo atteggiare «a componente di un accordo che ha proprio l'effetto di ridimensionare notevolmente il ruolo del giudice»⁶³.

Così facendo, infatti, si potrebbe arrivare al risultato di ritenere che «la stessa opzione normativa di non prevedere un'ammissione esplicita davanti al giudice, ma di "incorporarla" nell'accordo, trov[i] una specifica giustificazione processuale: quella di escludere alla radice la possibilità di configurare tale atto come una vera e propria confessione [...] e di scongiurarne quindi l'utilizzabilità come elemento di prova, non soltanto in sede di patteggiamento, quanto soprattutto nel giudizio che dovesse seguire al rigetto della richiesta»⁶⁴.

Si è comunque già avuto modo di osservare come, nel corso degli anni, siano stati a più riprese presentati numerosi disegni di legge volti a codificare anche in Italia dei meccanismi fondati su una vera e propria ammissione di responsabilità esplicita, che però non sono mai andati a buon fine.

Orbene, questo persistente rifiuto di codificare anche in Italia un meccanismo negoziato fondato su una sorta di confessione, nonostante, lo si sia visto, la presenza di ammissioni di responsabilità remunerate tramite trattamenti sanzionatori mitigati sia una caratteristica comune della giustizia negoziata "continentale" e di quella di "common law", non sembra poter essere sottovalutato.

Difatti, tale dato pare dare una precisa conferma del fatto che il legislatore voglia mantenere ferma la sua scelta originaria, compiuta già negli anni Ottanta: questi non considera in linea con la tradizione giuridica del nostro Paese ideare una sorta di *guilty plea* all'italiana. Di modo che, sembra esservi una conferma del fatto che l'esegesi che vede nel patteggiamento un'ammissione (implicita) di responsabilità, pur trovando le sue (valide) ragioni nel tentativo di allentare le problematiche legate al *quantum* di accertamento che il giudice deve compiere nel patteggiamento, va, a ben vedere, a scontrarsi con una chiara volontà politica di segno opposto, rischiando di essere troppo creativa.

5. Segue. Il ruolo del difensore

Nella presente analisi si è avuto modo di osservare come l'ordinamento spagnolo è quello che attribuisce senza dubbio più poteri alla figura del difensore nell'ambito della giustizia negoziata.

In Spagna, infatti, non solo si stabilisce che spetti al legale – con l'assenso del prevenuto – il compito di richiedere formalmente l'emanazione di una

⁶³ Cfr. M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 26.

⁶⁴ M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 26.

sentenza di *conformidad*, ma, oltretutto, che il giudice e il tribunale possono disporre la continuazione del giudizio, nel caso in cui l'avvocato si opponga fondatamente all'accettazione da parte del suo assistito dell'addebito.

Di modo che, in sostanza, in tale Paese la *conformidad* viene a costituire un atto complesso che richiede una convergenza di volontà del prevenuto e del suo difensore.

È chiaro che una disposizione di tal fatta è stata ideata per evitare che, ponendo pressione su un prevenuto, i pubblici ministeri possano portarli ad accettare le accuse: anche ove ciò accadesse, il difensore avrebbe sempre la possibilità di impedire all'accusa di raggiungere il suo scopo, potendo, tramite un veto, bloccare gli effetti della *conformidad*.

Il legislatore francese, dal canto suo, ha dimostrato di considerare particolarmente importante la difesa tecnica all'interno della CRPC, senza però arrivare assolutamente ai livelli di tutela stabiliti sul punto in Spagna.

Come si è infatti avuto modo di vedere, nonostante le resistenze verificatesi nel corso dei lavori preparatori della legge del 2004 che ha portato alla creazione del *plaider coupable*, il Senato d'Oltralpe è riuscito a far effettivamente approvare nell'art. 495-8 del *cod. proc. pén.* la regola secondo cui il prevenuto, nel contesto di una CRPC, non può rinunciare al suo diritto di essere assistito da un avvocato. A tale soggetto, oltretutto, sono stati affidati dei precisi compiti, quali quello di poter consultare il verbale, nonché di intrattenersi con il suo assistito senza che il pubblico ministero sia presente.

Non sarà invero sfuggito come nel contesto di una *composition pénale* o di una transazione con la polizia giudiziaria non sia stato, invece, assolutamente precisato un analogo divieto per il prevenuto di rinunciare al difensore, da cui, ove lo voglia, può comunque essere assistito.

Di modo che, in sostanza, da ciò si comprende come gli istituti della "terza via" francese tutelino in modo meno effettivo il diritto di difesa tecnica degli accusati rispetto alla CRPC; e ciò, evidentemente, in ragione del fatto che il legislatore li ha considerati meno "pericolosi" per il prevenuto, posto che tramite gli stessi non vengono irrogate delle sanzioni detentive, né si perviene a una condanna, che viene, invece, evitata.

La situazione senza dubbio peggiore sul punto si ha, invece, in Germania.

La nuova legge sulle intese negoziate, infatti, non ha affatto stabilito in modo espresso l'obbligatorietà della difesa tecnica per la conclusione di una *Verständigung*, tanto che tale scelta è stata la fonte di alcune intricate questioni esegetiche, non ancora del tutto risolte.

Una posizione di tal fatta sembra particolarmente critica anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di giustizia negoziata. I giudici di Strasburgo, infatti, pur non avendo stabilito in

modo espresso l'obbligatorietà della difesa tecnica in seno a tali meccanismi⁶⁵, hanno però sostenuto che, per essere convenzionalmente conformi, gli istituti contrattati devono assicurare che l'accordo sia accettato dall'accusato «*in full awareness of the facts of the case and the legal consequences and in a genuinely voluntary manner*»⁶⁶. Orbene, non sembrano esservi dubbi nell'affermare che sembra assai difficile che un prevenuto – a meno che non sia lui stesso un legale – possa realmente comprendere le conseguenze della sua adesione a un istituto negoziato senza l'assistenza di un avvocato, che lo consigli nella decisione di rinunciare a tutta una serie di diritti processuali fondamentali.

A ogni modo, dal canto suo, il legislatore italiano non è incorso negli stessi difetti del suo omologo tedesco posto che ha optato per un generalizzato l'obbligo di difesa tecnica nel processo penale, senza però aver attribuito al legale dei poteri così intensi come quelli degli avvocati spagnoli.

Le disposizioni in materia di patteggiamento sembrano, al contrario, critiche per un motivo del tutto opposto. L'art. 446, comma 3, c.p.p. stabilisce, infatti, che la volontà dell'imputato di patteggiare può sì essere espressa personalmente, ma anche a mezzo di procuratore speciale, il quale, assai frequentemente, è proprio il difensore.

Orbene, se si considera che nella prassi tali procure sono «per lo più prive di un concreto riferimento alla pena»⁶⁷, venendo non di rado rilasciate all'inizio delle indagini con formule vaghe, nonché che il codice non stabilisce neppure l'obbligo per il giudice di sentire il prevenuto per valutare la volontarietà del suo consenso prima di accettare un *pactum* (avendo una mera facoltà a riguardo), si comprenderà allora come nel nostro Paese sia forte il rischio che gli imputati non siano realmente a conoscenza dei termini finali del patteggiamento⁶⁸.

Sembra, insomma, che in Italia vi sia una problematica opposta a quella tedesca. Mentre in Germania, non essendovi l'obbligo della difesa tecnica, il prevenuto può manifestare in modo viziato il suo consenso a una confessione negoziata perché non è assistito da un avvocato; al contrario, in Italia, la facoltà concessa all'accusato di attribuire al difensore il potere di concludere per lui il patteggiamento, senza che però siano stabiliti adeguati controlli sul fatto che questi abbia informato l'assistito di tutti i negoziati, può portare al fatto che il

⁶⁵ Si vedano sul punto le puntuali considerazioni di M. BEERNAERT, *Transactions, accords de plaider coupable et autres procédures judiciaires simplifiées*, cit., p. 213

⁶⁶ Corte Eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsolishvili and Togonidze v. Georgia*, § 92.

⁶⁷ Cfr. S. MARCOLINI, *A quali condizioni i negoziati sulla pena sono conformi alla Cedu?*, cit., p. 3495.

⁶⁸ Sul punto cfr. ancora S. MARCOLINI, *A quali condizioni i negoziati sulla pena sono conformi alla Cedu?*, cit., p. 3495.

consenso non sia manifestato «*in full awareness of the facts of the case and the legal consequences and in a genuinely voluntary manner*»⁶⁹.

Si tratta di situazioni antitetiche ma che portano a un medesimo risultato: la possibile violazione dell'art. 6 §1 CEDU da parte della Germania e dell'Italia, in quanto consentono di concludere accordi sulla pena senza verificare in modo adeguato che gli stessi vengano effettivamente presi in modo consapevole e volontario dagli accusati⁷⁰.

6. Segue. Il ruolo del giudice: la questione della partecipazione alle trattative

Per quanto concerne il ruolo dei giudici nella giustizia negoziata è necessaria una distinzione preliminare.

A questo riguardo, viene anzitutto in gioco la questione circa la possibilità di tale soggetto di partecipare alle prime fasi dei riti contrattati, ovvero a quelle in cui, in sequenza, viene: a) formulata una proposta di accordo; b) svolta la fase di trattative informali tra le parti; c) raggiunta un'intesa definitiva.

Una tematica del tutto diversa attiene, invece, ai poteri strettamente "decisori" che il giudice (di primo grado) è chiamato a esercitare sul *pactum*, pur, eventualmente, formatosi con la sua stessa collaborazione.

Orbene, in merito alla prima problematica vi è - lo si è visto -, quantomeno da un punto di vista normativo, una sostanziale differenza tra il "modello tedesco" di giustizia negoziata e quello italiano, francese e spagnolo.

Solo in Germania, infatti, è la stessa legge a stabilire - in ossequio alla tradizione classica delle *Absprachen* informali - che sia proprio il giudice (e soprattutto quello dibattimentale) il soggetto processuale a cui l'ordinamento affida il compito di presentare una proposta di confessione negoziata, nonché di assumere un ruolo guida nelle contrattazioni.

Di modo che, in sostanza, in tale Stato è il giudice a essere il vero *dominus* di tutte le diverse fasi in cui si articolano le *Verständigungen*: da quella dell'iniziativa, sino alla decisione.

Come stabilito dal §160b *StPO* è solo con riguardo alle eventuali discussioni tra le parti che si possono sviluppare nell'*Ermittlungsverfahren* che si prevede, invece, un ruolo preminente del pubblico ministero nella gestione dei colloqui. Il che, in sostanza, altro non significa se non che, in tale Paese, i *bargaining* sull'applicazione dei §§153a, comma 1; 154, comma 1; e 154a, comma 1,

⁶⁹ Corte Eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsolishvili and Togonidze v. Georgia*, § 92.

⁷⁰ Per riflessioni analoghe in merito all'ordinamento italiano cfr. S. MARCOLINI, *A quali condizioni i negoziati sulla pena sono conformi alla Cedu?*, cit., p. 3495.

StPO si differenziano rispetto alle vere e proprie *Verständigungen* anche perché non stabiliscono, a differenza delle seconde, che il *dominus* dei negoziati sia il giudice, ma, per l'appunto, lo *Staatsanwalt*.

Pur nel silenzio del legislatore, anche in Austria la situazione è del tutto analoga al sistema tedesco.

Individuare le ragioni di questo particolare ruolo assunto dai giudici nel modello di giustizia negoziata "germanico" non è affatto semplice, anche si possono ipotizzare diverse spiegazioni di tale specificità.

Una può essere individuata nella peculiare collocazione "processuale" delle intese contrattate: a differenza di quanto avviene in Italia e in Francia i patti tedeschi (e austriaci) non sono stati pensati quali veri e proprio "riti alternativi" al procedimento penale ordinario, ma costituiscono unicamente uno strumento per semplificare il giudizio (non provocandone, oltretutto un'immediata conclusione⁷¹), rendendo più semplice allo Stato produrre un *quantum* di prove sufficiente a condannare il prevenuto.

Di modo che, visto che le *Verständigungen* hanno luogo in una fase in cui il giudice svolge già il suo ruolo primario di direzione della fase dibattimentale, sembra normale che tali soggetti abbiano voluto gestire anche le trattative.

Insomma, una delle cause che sembra aver potuto contribuire alla partecipazione dei giudici nelle trattative pare essere il fatto che, in ossequio al principio di pubblicità e oralità, si è considerato indispensabile collocare la sede delle intese negoziate nel dibattimento. Ossia in una fase in cui, a differenza di quanto avviene, ad esempio, in Italia, le Corti non si devono limitare (almeno in via tendenziale) ad assumere un ruolo passivo, ma, al contrario, vengono a giocare un ruolo del tutto attivo e preminente essendo obbligate, al fine di stabilire la verità materiale, ad assumere, anche d'ufficio, ogni elemento di prova che sia considerato rilevante per la decisione.

In Francia, Spagna e in Italia, invece, il ruolo che il giudice - quantomeno da un punto di vista normativo - dovrebbe giocare nelle fasi di presentazione della proposta di intesa, svolgimento delle trattative e conclusione di un accordo definitivo dovrebbe essere del tutto passivo.

Difatti, le *CRPC*, i patteggiamenti e le *conformidad* sono (o almeno in astratto dovrebbero essere) patti meramente "bilaterali", al contrario delle confessioni negoziate tedesche che, invece, hanno una struttura "trilaterale" (giudice - pubblico ministero - imputato/difensore).

I giudici francesi, spagnoli e italiani dovrebbero, insomma, iniziare a giocare un ruolo nei diversi istituti negoziati solo dopo che il pubblico ministero e il prevenuto (o, di norma, il suo difensore) abbiano raggiunto un accordo su

⁷¹ Cfr. BVerfG, 19 marzo 2013, 2 BvR 2628/10, §71.

un'intesa definitiva, non potendo, invece, né prendere l'iniziativa sulla stipula dell'intesa, né partecipare alle trattative in cui la stessa è negoziata.

Questa teorica estraneità delle Corti alle prime fasi dei meccanismi contrattati pare però subire, nella prassi, delle palesi eccezioni in tutti e tre gli ordinamenti appena citati.

Ciò vale, anzitutto, per il sistema processuale francese, in cui è stato lo stesso Ministero della giustizia, con la sua nota circolare del 2001 sulla *composition pénale*⁷², ad aver spinto i pubblici ministeri a negoziare con il giudice i termini di massima delle misure da proporre all'imputato, al fine di aumentare la probabilità che, una volta conclusa l'intesa non venga rigettata dal Tribunale.

In tal modo, è chiaro che anche i decisori siano stati attratti nell'orbita contrattuale, avendo quindi acquisito la possibilità di influire sui termini "contenutistici" dell'accordo tra le parti.

Anche in Spagna sembra esservi una precisa riprova del fatto che i giudici abbiano avuto la tendenza a intervenire nelle trattative tra le parti concernenti una possibile *conformidad* dell'accusa. Ciò, del resto, si desume in modo espresso dall'Istruzione di commento della Procura generale al protocollo sulla *conformidad* del 2009, ove si è osteggiata in modo espresso la prassi delle difese di ritardare all'ultimo momento processuale disponibile per conformarsi agli addebiti, ovvero l'udienza dibattimentale, proprio perché essa faceva sì che le parti negoziassero direttamente innanzi al giudice in udienza. La conseguenza di ciò era che le Corti non rimanevano meramente passive, ma erano portate a partecipare attivamente alle discussioni su una possibile soluzione negoziata della regiudicanda⁷³.

Senza contare, che, oltretutto, tale ordinamento processuale presenta la peculiarità di consentire al decisore in sede di vaglio su una *conformidad* già prestata, di non essere limitato dall'alternativa secca di poter solo rigettare o accettare in blocco l'accordo, avendo anche a disposizione la possibilità di sollecitare le parti a modificarlo. Potere che, lo si è visto, non è invece normativamente attribuito né ai giudici francesi, né italiani, di modo che è indubbio che i decisori spagnoli si vedano ritagliato un ruolo negoziale senza dubbio più intenso, avendo, infatti, la possibilità di portare a una modifica della prima versione dell'intesa, senza doverla bocciare *in toto*.

Vi sono, peraltro, molteplici riprove del fatto che anche in Italia vi sia stata una tendenza dei giudici ad allargare la loro area di influenza anche alla fase

⁷² Cfr. MINISTRE DE LA JUSTICE, *Circulaire* dell'11 luglio 2001, n. CRIM-01-14/F1, p. 38, nt. 10.

⁷³ *Instrucción 2/2009* della procura generale spagnola, *Sobre aplicación del protocolo de conformidad suscrito por la fiscalía general del estado y el consejo general de la abogacía española*, in www.fiscal.es, pp. 2 ss.

antecedente rispetto a quella della presentazione di una proposta definitiva di patteggiamento.

Nonostante il codice dell'88 abbia tratteggiato per tale soggetto il ruolo «di depositario della potestà di verifica della cornice giuridica e – in certa misura – del contenuto dell'accordo»⁷⁴ – è infatti accaduto che – a seguito della già citata declaratoria di incostituzionalità del 1990 con cui la Consulta ha attribuito ai decisori in compito di vagliare anche la congruità della pena proposta dalle parti – tali soggetti abbiano fatto ingresso anche nell'area più strettamente contrattuale del concordato⁷⁵.

In sostanza, pure nel nostro Paese, proprio il fatto che sia stato attribuito ai giudici il compito di sindacare il *quantum* di pena cristallizzato nella richiesta di applicazione concordata di pena, ha fatto sì che questi fossero nelle dinamiche negoziali, divenendo «in qualche modo parte informale del *pactum*»⁷⁶.

Questo modello – del tutto sconosciuto all'orizzonte normativo, ma diffuso nella prassi – «vede le parti che, concluso il primo stadio di negoziazione tra loro, sottopongono informalmente al giudice l'ipotesi di accordo, allo scopo di sondare il suo orientamento soprattutto in tema di congruità della pena; solo dopo l'esito favorevole di tale sondaggio le parti formalizzeranno l'accordo»⁷⁷.

Non a caso, dunque, si è parlato anche nel nostro Paese di patteggiamenti a tre o di negozi trilaterali⁷⁸, il che dimostra come la distinzione – apparentemente netta – tra ruolo ricoperto dal giudice nel modello tedesco di giustizia negoziata e in quelli italiano, francese e spagnolo sia in realtà assai più sfumata di quanto si potrebbe desumere dal solo formante legislativo.

⁷⁴ G. DI CHIARA, *L'architettura dei presupposti*, in AA.VV., *Il patteggiamento*, Milano, 1999, p. 38.

⁷⁵ Si vedano sul punto, G. DI CHIARA, *L'architettura dei presupposti*, cit., pp. 38 s.; R. GRILLO, *I riti «speciali»: inconvenienti e soluzioni per una sollecita definizione dei processi*, in AA.VV., *Giurisdizione e cultura della legalità. Le regole del processo penale alla prova*, Roma, 1993, p. 171; G. SPANGHER, *Il giudice per le indagini preliminari ed i procedimenti speciali*, in AA.VV., *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Milano, 1996, p. 100; P. STURIALE, *Il patteggiamento nelle recenti sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. merito*, 1991, IV, p. 206.

⁷⁶ G. DI CHIARA, *L'architettura dei presupposti*, cit., p. 38.

⁷⁷ G. DI CHIARA, *L'architettura dei presupposti*, cit., p. 38.

⁷⁸ Non va peraltro tralasciato che, secondo quanto riportato da autorevole dottrina (E. AMODIO, *La riforma del patteggiamento tra «remore illuministiche» e «resistenze inquisitorie»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 1125), anche il «vecchio» patteggiamento del 1981 vedeva un forte intervento del giudice. Si è, infatti, affermato che «il patteggiamento viene fatto fra il difensore dell'imputato e il pretore, il parere del Pubblico Ministero è una pura finzione. [...] Non siamo quindi ancora arrivati ad una forma analoga a quella americana nel senso di vedere da un lato l'imputato, dall'altro l'accusatore a concordare una certa soluzione che potrà essere ratificata dal giudice: ci troviamo, e questo riconferma ancora lo stato nascente dell'istituto, di fronte ad una dialettica fra il giudice-accusatore che dovrà applicare il patteggiamento e il difensore dell'imputato».

Al massimo vi è una distinzione di grado: in Germania l'incidenza del decisore sulla formazione del *pactum* è massima, tanto da essere formalizzata, negli altri ordinamenti è inferiore, anche se la volontà di incrementare quanto più possibile la probabilità che tutte le fasi degli istituti contrattati vadano a buon fine (compresa quindi anche quella di controllo sull'intesa) porta ad attrarre anche i decisori nella sfera negoziale. Le esigenze utilitaristiche che stanno alla base di tali prassi – ovvero quella di massimizzare gli effetti deflativi sul sistema di tali meccanismi processuali – vanno però a porsi in contrasto con la tutela del principio di imparzialità del giudice, che viene a essere fortemente compromesso ove le Corti siano coinvolte anche nelle fasi di contrattazione in senso stretto. È del resto ovvio che, ove sia lo stesso giudice ad aver favorito o comunque discusso la conclusione di un'intesa, questi vedrà pregiudicata la sua equidistanza rispetto al *thema decidendum*, posto che, per l'appunto, sarà lui stesso ad aver contribuito alla formazione del *pactum* di cui è poi chiamato a vagliare la legalità.

La partecipazione, formale o informale che sia, dei giudici alle contrattazioni pare quindi costituire un vero e proprio punto critico – tutt'ora irrisolto – dei sistemi di giustizia negoziata qui studiati; e ciò proprio in ragione del fatto che il difetto di imparzialità del decisore nel momento di ratifica dei patti, che si viene a creare ove sia stato lui stesso ad aver promosso a diretto i termini dell'intesa, rischia di rendere un mero simulacro i controlli successivi rispetto alla stipula del concordato, che sono però essenziali per mantenere gli istituti negoziali entro un ambito di disponibilità “controllata”⁷⁹ e non “assoluta”.

Certo, si potrebbe obiettare che far intervenire direttamente i giudici ai negoziati potrebbe avere l'effetto di orientare le trattative nell'alveo della legalità: il che, in sostanza, significa che i decisori, sapendo di dover funzionalmente effettuare in seguito determinate verifiche sull'intesa definitiva, dovrebbero essere portati a spingere le parti a concludere per forza solo quegli accordi che siano in linea con quei paletti che la legge impone ai concordati. L'intervento del giudice nelle contrattazioni verrebbe insomma a svolgere una sorta di controllo preventivo, che permetterebbe, in un circolo virtuoso, alle discussioni di svilupparsi in modo funzionalmente corretto.

Ma è proprio questa commistione tra ruolo di controllore e controllato a non convincere: tale concentrazione di più funzioni nei giudici sembra infatti distorcere gli istituti negoziati, aumentando il rischio che, per la forza della prevenzione, le Corti svolgano in modo meno efficace le loro verifiche sui patti.

⁷⁹ Si veda sul punto M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 42.

Ciò nonostante, a oggi, gli ordinamenti qui analizzati (e non solo quello tedesco) non hanno introdotto dei rimedi normativi espressi al fine di eliminare tali prassi.

Eppure, già sono state avanzate nel corso degli anni delle precise proposte per cercare di porre rimedio a questa problematica: ci si riferisce all'idea contenuta nell'*Anteprojecto* di *LECrim* spagnola del 2011⁸⁰ e nella proposta di codificazione delle *Absprachen* austriache del 2009⁸¹ di creare delle giurisdizioni specializzate in tema di accordi, ovvero il cui compito istituzionale sia la sola ratifica delle intese negoziate.

Entrambi questi progetti non hanno però avuto alcun seguito, essendovi così una precisa dimostrazione di come la volontà di ottenere una diminuzione del carico giudiziario in eccesso, sia, al di là dei proclami, intesa come un'esigenza talmente pressante da giustificare ogni sacrificio e, persino, quello di far decidere un giudice non imparziale.

7. *Segue. Le funzioni strettamente decisorie*

Si è già avuto modo di osservare come tutti gli istituti negoziati qui studiati prevedano che le intese sull'oggetto del processo, una volta raggiunte, debbano superare una fase di controllo giurisdizionale per poter produrre concretamente i loro effetti.

È del resto ovvio che consentire la conclusione di accordi idonei a far terminare in modo anticipato una regiudicanda penale senza predisporre alcuna verifica successiva da parte di una Corte rischierebbe di rendere del tutto disponibili una serie di diritti inviolabili, primo tra tutti quello della libertà personale.

Di modo che, si comprende come la fase giurisdizionale successiva a quella della stipula del concordato rappresenti un tassello fondamentale per mantenere i meccanismi in esame entro determinati limiti, la cui ampiezza è fissata, in modo variabile, dai singoli legislatori nazionali, che li perimetrano sulla base di alcune direttive costituzionali fondamentali.

Alla luce di ciò, non stupirà affatto che l'aspetto della verifica giudiziale sia per tutti i meccanismi negoziati qui studiati quello senza dubbio più regolato: se, infatti, per ragioni di efficacia, le trattative sono lasciate all'informalità, al contrario la fase dei controlli è ben scolpita nelle lettere dei codici, in modo che

⁸⁰ Cfr. §XXXV dell'esposizione dei motivi dell'*Anteprojecto* di *LECrim* del 2011.

⁸¹ Cfr. G. RUHRL, *Verständigungen im Strafverfahren. Betrachtungen de lege ferenda*, in *Anwaltsblatt*, 2010, p. 249.

le parti abbiano un preciso monito a non concludere dei “contratti” con dei contenuti indesiderati.

Ma vi è di più. Si è già visto che è stata oramai la stessa Corte di Strasburgo ad aver recentemente affermato che «*the content of the bargain and the fairness of the manner in which it had been reached between the parties had to be subjected to sufficient judicial review*»⁸², facendo così comprendere come i legislatori debbano per forza predisporre una ratifica giudiziale dei patti in questione (quantomeno ove gli stessi abbiano a oggetto una sanzione limitativa della libertà personale), pena altrimenti una lesione del diritto a un equo processo.

La fase della verifica di un giudice sull’intesa pare insomma essere stata eletta da giudici di Strasburgo tra le poche garanzie minime che assicurano la convenzionalità degli istituti contrattati, a cui gli Stati e i prevenuti non possono rinunciare, proprio perché la stessa costituisce una fondamentale salvaguardia contro possibili abusi del processo⁸³ che si potrebbero altrimenti verificare nei riti negoziati.

Dal canto suo, la Corte europea, anche in ragione del fatto che non ha ancora sviluppato un’ampia casistica nella materia *de qua*, non ha avuto modo di stabilire in termini precisi quando possa dirsi che il controllo giurisdizionale sull’accordo e sull’equità del modo in cui lo stesso sia stato raggiunto possa dirsi “sufficiente”.

Ciò, peraltro, non significa che la stessa non abbia fornito alcuna indicazione utile a questo riguardo.

Nel giudicare la compatibilità con il diritto a un equo processo di una forma di *nolo contendere* georgiano essa ha fatto leva, anzitutto, sul fatto che era stato redatto una sorta di verbale dell’accordo, firmato sia dal procuratore e anche dal prevenuto e dal suo difensore, poi mandato al giudice per essere “ratificato”. Questo dato è stato considerato di primaria importanza, in quanto «*it made it possible to have the exact terms of the agreement, as well as of the preceding negotiations, set out for judicial review in a clear and incontrovertible manner*»⁸⁴.

Come ulteriore garanzia dell’adeguatezza del controllo giurisdizionale della *fairness* del *plea bargain* la Corte ha inoltre individuato il fatto che il giudice nazionale non fosse vincolato ad accogliere il concordato tra l’imputato e il pubblico ministero, avendo il potere di rigettarlo, «*depending upon its own assessment of the fairness of the terms contained in it and the process by which it had been entered into*»⁸⁵, nonché di valutare l’adeguatezza della sanzione concordata dalle parti, avendo persino il potere di ridurla.

⁸² Corte Eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsolishvili and Togonidze v. Georgia*, §92.

⁸³ Corte Eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsolishvili and Togonidze v. Georgia*, §97.

⁸⁴ Corte Eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsolishvili and Togonidze v. Georgia*, §94.

⁸⁵ Corte Eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsolishvili and Togonidze v. Georgia*, §95.

In terzo luogo, i giudici di Strasburgo hanno valorizzato il fatto che la Corte nazionale dovesse valutare «*whether the accusations against the first applicant were well founded and supported by prima facie evidence*»⁸⁶, ponendo, quindi, in particolare risalto la necessità per il decisore di compiere un accertamento sulla responsabilità del prevenuto, anche se incompleto, prima di accogliere il *pactum*.

In ultima analisi, il fatto che il giudice del merito avesse esaminato e approvato il *plea bargain* nel corso di un'udienza pubblica è stato letto come conferma definitiva della qualità complessiva del *judicial review* in questione⁸⁷.

Giova ribadirlo: la Corte non ha affatto affermato che quelli appena elencati siano dei requisiti indispensabili che tutti gli istituti negoziati devono per forza presentare per porsi in linea con le garanzie convenzionali, essendo piuttosto soltanto degli elementi che hanno concretamente portato i giudici di Strasburgo a considerare conforme con la CEDU il singolo meccanismo contrattato di cui si è chiamata a occupare.

Questa considerazione, però, non toglie un dato di fondo: oramai la Corte europea ha stabilito che un controllo giurisdizionale sulle diverse forme di *plea bargaining* continentali, che abbia a oggetto non solo l'intesa, ma anche la *fairness* del modo in cui la stessa è stata raggiunta⁸⁸ (ovvero l'equità delle trattative), ci deve essere e spetterà alla futura giurisprudenza della Corte cristallizzare in modo univoco i contenuti minimi, ineliminabili, in cui esso si deve esplicitare.

Si è peraltro visto che i singoli controlli che i legislatori nazionali hanno predisposto sui concordati in questione risultano sotto molti punti di vista analoghi, anche se non mancano delle differenze che – quantomeno da un punto di vista normativo – sembrano assai significative.

Ci si riferisce, ad esempio, alla delicata questione concernente la necessità che, in ossequio al canone fondamentale del *nulla poena sine iudicio*, la Corte chiamata a vagliare il *pactum* sia o meno tenuta a compiere un positivo accertamento della responsabilità del prevenuto per poter accogliere l'accordo.

Dal canto suo, sul punto il legislatore francese è stato particolarmente esplicito affermando, all'art. 495-9 *cod. proc. pén.*, che il presidente del tribunale o il magistrato da lui delegato deve per forza verificare *la réalité des faits* prima di poter omologare una *CRPC*.

Disposizione che, lo si è visto, ha ricevuto una sorta di interpretazione autentica da parte del ministero della giustizia, il quale, nella sua circolare del 2004, ha affermato che i giudici devono attenersi nel *plaidier coupable* alla

⁸⁶ Corte Eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsolishvili and Togonidze v. Georgia*, §95.

⁸⁷ Corte Eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsolishvili and Togonidze v. Georgia*, §95.

⁸⁸ Corte Eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsolishvili and Togonidze v. Georgia*, §92.

medesima regola di giudizio dell'*intime conviction* utilizzata nel processo penale "ordinario"⁸⁹.

Al contrario, il codice francese non ha specificato lo standard di prova necessario per avallare un accordo su una *composition pénale*; e ciò probabilmente perché tale strumento è stato considerato meno "pericoloso" per i diritti dell'imputato, in quanto consente di evitare una condanna vera e propria.

Il fatto che le intese negoziate tedesche non provochino, di per sé, la fine del dibattimento, ma soltanto una sua semplificazione, non esimando i giudici da continuare l'istruzione probatoria, ha inevitabilmente portato il legislatore tedesco a non indicare una regola di giudizio specifica per le *Verständigungen*. Peraltro, il richiamo espresso al principio di ricerca della verità materiale, contenuto nel primo comma del §257c *StPO*, sembra far comprendere abbastanza chiaramente che la presenza di un'intesa negoziata non è di per sé idonea a provocare un abbassamento della soglia probatoria necessaria per condannare un imputato in Germania.

Neppure nell'art. 153a *StPO* è stata peraltro precisata una specifica regola che i giudici devono osservare per avallare la richiesta di archiviazione condizionata del pubblico ministero, essendovi così una conferma di come sia diffusa in Europa la tendenza a trascurare - quantomeno da un punto di vista normativo - la *quaestio* dell'accertamento necessario per le forme di *bargaining leading to the discontinuation of criminal proceedings*⁹⁰.

Su un piano totalmente antitetico rispetto a questi Stati si colloca la Spagna.

Sia nella versione anteriore al 2002, sia in quella oggi vigente la *LECrim* ha infatti precisato che il giudice svolga i propri controlli su una *conformidad* solo a partire dalla descrizione dei fatti accettata dalle parti.

Orbene, la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria spagnola ha affermato che tale previsione altro non significa se non che la dichiarazione di conformità del prevenuto vincola totalmente il giudice a considerare provato l'enunciato fattuale di cui all'imputazione, impedendogli di effettuare qualsivoglia indagine circa l'effettiva sussistenza di elementi di prova a carico del prevenuto⁹¹.

⁸⁹ MINISTRE DE LA JUSTICE, *Circulaire* del 2 settembre 2004, n. CRIM-04.12.E8-02.09.04, p. 28.

⁹⁰ Così, chiamati da Corte Eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsolishvili and Togonidze v. Georgia*, §63.

⁹¹ Cfr., a riguardo, tra le tante, Tribunal Supremo, 21 aprile 2005, n. 4836, in www.poderjudicial.es; Tribunal Supremo, 24 maggio 2000, n. 4228, *ivi*; Tribunal Supremo, 6 marzo 2000, n. 1767, *ivi*; Tribunal Supremo, 3 dicembre 1999, n. 7735, *ivi*.

Il che, in sostanza, vuole dire che in questo ordinamento, una volta che sull'enunciato fattuale si è manifestato il consenso delle parti, «esso trasmigra nella sentenza del giudice senza necessità di essere provato»⁹².

La *conformidad*, infatti, «*implica, evidentemente, una asunción de los hechos imputados en la misma, lo que, en buena medida, elimina la necesidad de su prueba en el juicio oral*»⁹³.

Si tratta, di una caratteristica peculiare dell'istituto dispositivo spagnolo *de quo* che, alla luce di quanto affermato dalla Corte di Strasburgo, pare ancora più delicata. Lo si è visto: i giudici convenzionali hanno valorizzato nel valutare la convenzionalità del *nolo contendere* georgiano – tra gli altri requisiti – proprio il fatto che la legge nazionale imponesse al giudice di effettuare un accertamento, anche se solo *prima facie*, sulla responsabilità del prevenuto prima di accogliere l'accordo tra le parti.

Dal canto suo, il codificatore italiano del 1988 ha scelto «di non stabilire in termini rigidi e definitivi il rapporto tra le due componenti essenziali del [patteggiamento], ossia quella negoziale e quella giurisdizionale»⁹⁴.

Nell'art. 444, comma 2, c.p.p., infatti, il legislatore si è limitato a precisare che il giudice debba pronunciare sentenza di applicazione concordata di pena se – tra l'altro – non «deve essere pronunciata sentenza di proscioglimento a norma dell'articolo 129», ovvero nel caso in cui non risulti dagli atti la sussistenza di una delle cause di non punibilità indicate in tale disposizione⁹⁵.

Giova precisarlo: in Italia, quantomeno da un punto di vista normativo, non si è affermato né che il decisore sia chiamato a ricercare la “realtà dei fatti” (il modello francese)⁹⁶, né che egli sia totalmente vincolato dal punto di vista fattuale alla volontà del prevenuto (il modello spagnolo).

Si è però stabilito che, a determinate condizioni, può essere lo stesso giudice del patteggiamento a far terminare la regudicanda prosciogliendo

⁹² S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 127.

⁹³ Tribunal Supremo, 28 febbraio 1996, n. 7980, in www.pordejudicial.es.

⁹⁴ Così, efficacemente, M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 17.

⁹⁵ Per un quadro di sintesi dei controlli che il giudice deve effettuare sul patteggiamento cfr. G. DI CHIARA, *L'architettura dei presupposti*, cit., pp. 43 ss.; E. DOLCINI, *Problemi vecchi e nuovi in tema di riti alternativi: patteggiamento, accertamento di responsabilità, misura della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, pp. 569 ss.; M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., pp. 17 ss.; S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., pp. 113 ss.; F. PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, Padova, 1999, pp. 13 ss.; D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, Milano, 2000, pp. 279 ss.

⁹⁶ Si veda, a riguardo, N. GALANTINI, *Plaider coupable e patteggiamento: due riti a confronto*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini-C.E. Paliero, vol. III, *Parte speciale del diritto penale e legislazione speciale. Diritto processuale penale. Diritto, storia e società*, Milano, 2006, p. 2773.

l'imputato, dettando così una regola che non è contenuta né nell'art. 495, comma 9, *cod. proc. pén.*, né nell'art. 787 *LECrim*, anche se, merita ricordare, che parte della giurisprudenza spagnola ha ritenuto possibile sostenere che il giudice, in sede di vaglio su una *conformidad*, possa direttamente assolvere il prevenuto.

A ogni modo, tale vera e propria «ambiguità di fondo ha alimentato la ricerca – incessante e imponente, per numerosità di contributi dottrinali ed interventi della Cassazione a sezioni unite –»⁹⁷ circa l'entità della *factual basis*⁹⁸ che deve sussistere affinché il progetto di sentenza concordato dalle parti possa essere accolto.

Più in particolare, si sono così venute a configurare grossomodo tre linee di pensiero⁹⁹ riguardo allo sforzo cognitivo che il giudice è chiamato a compiere in sede di vaglio di un concordato sulla pena.

A coloro che, sulla base di un'esegesi costituzionalmente orientata del rito, hanno ritenuto ineliminabile la sussistenza di elementi a carico dell'accusato tali da consentire al decisore di compiere un accertamento completo della responsabilità dell'imputato¹⁰⁰, si è contrapposta, in modo speculare, una tesi "acognitiva", secondo cui nel patteggiamento non vi sarebbe alcun accertamento giudiziale¹⁰¹, anche soltanto implicito, tale rito presenterebbe, anzi, la peculiarità di consentire l'irrogazione di una pena senza giudizio¹⁰².

Una scelta mediana, invece, è stata preferita da un'altra parte degli interpreti, i quali, partendo dal presupposto per cui «il legislatore potrebbe allentare il nesso tra la pena – ossia tra la componente imperativa

⁹⁷ Cfr. M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 17.

⁹⁸ Sul punto G. DI CHIARA, *L'architettura dei presupposti*, cit., pp. 44.

⁹⁹ Per una presentazione della questione, cfr. F. CALLARI, *Patteggiamento e canone decisorio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio": i termini di un binomio "impossibile"*, in *Dir. pen. cont.*, 31 ottobre 2012; E.M. MANCUSO, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in AA.VV., *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da G. Spangher-A. Marandola-G. Garuti-L. Kalb, vol. III, *Procedimenti speciali*, a cura di G. Garuti, Torino, 2015, pp. 130 ss.; A. SANNA, *Applicazione dell'art. 129 c.p.p. e regole di giudizio: gli spazi per la verifica sul fatto nel patteggiamento*, in *Ind. pen.*, 2009, pp. 139 ss.

¹⁰⁰ Cfr., in questo senso, F. CAPRIOLI, voce *Condanna*, in *Enc. dir.*, *Annali II*, t. II, Milano, 2008, pp. 116 ss.; G. LOZZI, *La legittimità costituzionale del c.d. patteggiamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1603; ID., *Il patteggiamento e l'accertamento di responsabilità: un equivoco che persiste*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1401; ID., *Una sentenza sorprendente in tema di patteggiamento allargato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pp. 673 ss.; S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., pp. 156 ss. Secondo la felice espressione di F. CORDERO, *Procedura penale*, 9^a ed., Milano, 2012, p. 1037 «gli accordi sulla pena non sono dei "plea bargaining" davanti a cui il giudice funga da notaio; né configurato negozi da omologare; siamo davanti a dei *petita*, accoglibili o no. Accertamento giurisdizionale, dunque».

¹⁰¹ Per questa tesi, si vedano, per tutti, P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, 3^a ed., 2012, pp. 28 s.; P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, pp. 315 ss.

¹⁰² Cass., Sez. Un., 8 maggio 1996, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3579.

dell'accertamento ad essa coesenziale – a la componente cognitiva»¹⁰³, hanno sostenuto che «l'accordo tra le parti prod[urrebbe] l'effetto di modificare la [...] regola di giudizio», rendendo inoperante il canone dell'al di là di ogni ragionevole dubbio ¹⁰⁴. Secondo tale opinione, insomma, il *pactum* non eliminerebbe la necessità di un accertamento del giudice sulla responsabilità del prevenuto, ma, semplicemente, lo allenterebbe, rendendo sufficiente per irrogare una pena un mero accertamento “incompleto”.

Sembrano opportune sul punto due sole considerazioni.

In primo luogo, merita segnalare come la scelta del codificatore italiano di essere particolarmente ambiguo in merito alla questione dell'accertamento di responsabilità richiesto per accettare un patteggiamento ha fatto sì che, a partire dalla medesima lettera della legge, siano state sostenute tesi del tutto antitetiche, venendosi così a creare sul punto, inevitabilmente, un imponente carico giudiziario. È del resto noto che, nel corso degli anni, la percentuale di sentenze negoziate impugnate in cassazione è stata, nonostante gli auspici contrari¹⁰⁵, assai elevata¹⁰⁶, tanto che la suprema Corte, per non essere sommersa dal contenzioso, ha dovuto restringere in via pretoria i motivi di ricorso ammissibili avverso tali pronunce¹⁰⁷, fino a quando lo stesso legislatore è stato costretto a recepire con la riforma Orlando i suddetti orientamenti nel nuovo art. 448, comma 2-*bis*, c.p.p. Sembra, quindi, essersi venuto a determinare un vero e proprio paradosso: un istituto finalizzato a deflazionare il contenzioso come il patteggiamento ha creato così numerose questioni esegetiche, dovute, soprattutto, alla scelta dei *conditores*

¹⁰³ Sul punto, M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 21; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 18^a ed., Milano, 2017, pp. 821 ss,

¹⁰⁴ M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 21.

¹⁰⁵ Così si esprimeva, subito dopo l'entrata in vigore del nuovo codice, G. LATTANZI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 2111. Nello stesso senso, A. MACCHIA, *Il patteggiamento*, Milano, 1992, p. 100

¹⁰⁶ A tale riguardo basti pensare che, nel corso degli ultimi quindici anni, la percentuale di ricorsi avverso tali peculiari tipologie di decisioni si è stabilmente attestata attorno a una cifra sempre superiore al 10% di tutti i procedimenti iscritti nella cancelleria centrale penale della suprema Corte. I dati statistici concernenti il numero di ricorsi sopravvenuti presentati avverso le sentenze di patteggiamento per le annate da 2001 a 2013 si possono ritrovare in CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, UFFICIO DI STATISTICA, *La Cassazione penale. Anno 2013*, consultabile in www.cortedicassazione.it, p. 29 s. I dati degli anni successivi sono reperibili nel medesimo sito all'interno dei rispettivi *Rapporti statistici* elaborati dalla Corte per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2015 (p. 33), 2016 (p. 6), 2017 (p. 7).

¹⁰⁷ In argomento, si legga S. CARNEVALE, *L'interesse ad impugnare nel processo penale*, Torino, 2013, p. 272; A. SANNA, *L'eclissi della legalità nel rito negoziale: limiti al ricorso per Cassazione nel disegno di riforma all'esame del Parlamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 926 s.; D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in AA.VV., *I procedimenti speciali in materia penale*, a cura di M. Pisani, 2^a ed., Milano, 2003, p. 203 s.

di lasciare molti aspetti di questo rito (tra cui spicca in particolare quello legato all'accertamento di responsabilità) volutamente allo stato di "semilavorati", da contribuire lui stesso a quel vero e proprio "assedio di ricorsi"¹⁰⁸ a cui è stata sottoposta la Cassazione italiana, tanto da richiedere l'approvazione di una (assai discutibile) modifica legislativa *ad hoc* per tentare di diminuirlo. Si tratta, insomma, di un rito che, in ragione della sua ambiguità normativa, pensata per renderlo più snello, ha visto assai depotenziati i suoi effetti deflativi, proprio perché ha creato delle problematiche esegetiche talmente complesse da non essere state lontanamente risolte neppure dopo trent'anni di vigenza del codice Vassalli.

In secondo luogo, pare utile ricordare come sia stata la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ad aver – anche se solo incidentalmente – affermato che «*in Italy, the court is not required by law to examine the evidence or to certify that there is a prima facie case against the accused*»¹⁰⁹; e ciò, lo si ribadisce, nonostante la legge stabilisca in modo espresso che il giudice debba, quantomeno, valutare l'opportunità di prosciogliere l'imputato in ragione della sussistenza di una causa di non punibilità. Che si tratti di un'autorevole conferma della tesi "acognitiva" del patteggiamento (come sembrerebbe), o solo di un'affermazione involuta contenuta in un *obiter dictum*, una cosa è certa: i giudici europei, dalla lettera dell'art. 444 c.p.p., hanno tratto l'impressione per cui il legislatore italiano si distinguerebbe dalla maggioranza dei meccanismi negoziati europei, i quali, generalmente impongono ai giudici «*to examine the case file before deciding on whether to approve or reject the plea agreement and has to ascertain that evidence provided in the file supports the guilty plea entered or the confession made by the defendant*»¹¹⁰, avvicinandosi così al modello spagnolo di giustizia negoziata.

Orbene, se questa valutazione della Corte di Strasburgo verrà in futuro confermata, magari all'interno di una valutazione complessiva di "equità" del patteggiamento italiano non è dato sapere. Ciò nonostante, con la sentenza *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia* la tesi di coloro che considerano indispensabile un accertamento di responsabilità (anche se incompleto) affinché un giudice possa accogliere il patteggiamento è stata sì (almeno apparentemente) smentita dalla Corte europea, ma si rende ancor più necessaria proprio perché la sussistenza di un controllo – quantomeno *prima facie* – sulla fondatezza dell'imputazione è stato inserito tra quei requisiti idonei a rendere convenzionalmente conforme un rito negoziato.

¹⁰⁸ Cfr. AA.VV., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, passim.

¹⁰⁹ Corte Eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, §67.

¹¹⁰ Corte Eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, §67.

Si è già avuto modo di osservare come, invece, gli ordinamenti italiano, francese, spagnolo (e ovviamente austriaco), lasciando svilupparsi in modo pressoché del tutto informale le trattative, trascurino di specificare che il controllo giurisdizionale debba riguardare non solo i contenuti del *pactum*, ma anche l'equità del modo in cui lo stesso è stato raggiunto¹¹¹. Solo la Germania, infatti, prevede che pure i negoziati tra le parti vadano via via verbalizzati e comunque resi noti al Collegio all'inizio del dibattimento (§243, comma 4, *StPO*), di modo che tale Paese, a differenza degli altri, sembra porsi perfettamente in linea sul punto con il *diktat* della Corte di Strasburgo.

La precisazione della Corte europea in merito alla necessità di far controllare ai giudici non solo degli esatti termini dell'accordo, ma anche «*of the preceding negotiations*»¹¹² pare potersi spiegare soprattutto alla luce del fatto che è spesso solo avendo l'esatta contezza del modo in cui è stata raggiunta un'intesa, che si può effettivamente sapere se il prevenuto ha manifestato il suo consenso in modo effettivamente libero da pressioni e consapevole delle conseguenze che dalla stessa derivano.

Lo si è già affermato: il momento delle trattative è ovviamente quello più critico dei meccanismi contrattati, posto che è la fase in cui è più probabile che l'accusa eserciti pressioni sul prevenuto affinché questi aderisca a un'intesa, rendendo così iniqua l'intera procedura negoziata.

Orbene, alla luce di ciò, sembra che le disposizioni inserite dal legislatore per consentire al giudice di valutare la volontarietà dell'adesione di un prevenuto a un concordato costituiscano, a ben vedere, null'altro se non degli strumenti che possono permettere ai decisori di squarciare il velo di informalità delle negoziazioni, potendo, infatti, attraverso la figura dell'imputato e del suo difensore acquisire una conoscenza indiretta dell'andamento del *bargaining*.

Insomma, la predisposizione di meccanismi di controllo effettivi sulla volontarietà del consenso del prevenuto pare costituire un valido mezzo per far conoscere al giudice anche «*the fairness of the manner in which it [l'accordo] had been reached between the parties*»¹¹³.

Senza contare che, la configurazione di una verifica giudiziale sulla genuinità del consenso del prevenuto a un concordato costituisce, già di per sé, un elemento assolutamente essenziale per la convenzionalità di un meccanismo contrattato: lo stesso, infatti, assicura che il *bargain* sia stato accettato dal prevenuto «*in full awareness of the facts of the case and the legal consequences and in a genuinely voluntary manner*»¹¹⁴. A poco, infatti, servirebbe prevedere che

¹¹¹ Corte Eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, §92.

¹¹² Corte Eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, §94.

¹¹³ Corte Eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, §92.

¹¹⁴ Corte Eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, §92.

l'imputato sia assistito da un difensore nel corso della procedura negoziata, oppure che il pubblico ministero debba informarlo delle conseguenze della sua scelta di rinunciare – accettando a un concordato – a tutta una serie di diritti processuali fondamentali, se non si stabilisse che un giudice debba, in seguito, verificare se il soggetto sia stato realmente messo a conoscenza degli effetti della sua scelta di adire all'accordo e se agli abbia realmente compreso tali informazioni.

Orbene, in punto di controlli sulla volontarietà del consenso prestato dal prevenuto agli istituti negoziati la disciplina predisposta dai diversi ordinamenti qui studiati non pare omogenea.

In Spagna, ad esempio, si è stabilito che il prevenuto debba per forza essere presente nella fase di vaglio sulla *conformidad* e che il giudice debba per forza informarlo delle conseguenze della sua scelta, chiedendogli oltretutto se egli ribadisce il consenso già prestato. Oltre a ciò si è anche previsto che «*cuando el Juez o Tribunal albergue dudas sobre si el acusado ha prestado libremente su conformidad, acordará la continuación del juicio*» (art. 787 LECrim).

In Francia, l'art. 495-9 del *cod. proc. pén.* precisa che il tribunale o il magistrato da lui delegato devono necessariamente ascoltare la persona e il suo avvocato nell'udienza di omologa e ciò evidentemente anche per valutare l'effettiva volontarietà dell'adesione alla CRPC¹¹⁵.

La situazione senza dubbio peggiore sul punto si ha, invece, in Italia, dove il legislatore ha stabilito *ex art. 446, comma 5, c.p.p.* che «il giudice, se ritiene opportuno verificare la volontarietà della richiesta o del consenso, dispone la comparizione dell'imputato»¹¹⁶. Si tratta, è palese, di una mera facoltà attribuita all'organo giudicante e non di un obbligo, il che in sostanza significa che in Italia i decisori non devono per forza accertarsi dell'effettiva volontarietà del consenso del prevenuto al patteggiamento.

Ma vi è di più. Nulla si è dice in tale disposizione circa la questione, che appare diversa dalla "volontarietà" in senso stretto (nel senso di mancanza di costrizione), costituita dalla necessità che vi sia una verifica giurisdizionale sul fatto che l'accusato sia effettivamente stato informato delle conseguenze che comporta la sua adesione all'applicazione della pena su richiesta delle parti¹¹⁷.

Insomma, il legislatore italiano pare aver trascurato tali questioni, mettendo però così in pericolo l'effettiva tutela del diritto convenzionalmente

¹¹⁵ Cfr. *Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004*, §111.

¹¹⁶ Sul punto, cfr. efficacemente, E.M. MANCUSO, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., pp. 179 ss.

¹¹⁷ Sulla necessità del fatto che, invece, i patteggiamenti non possano prescindere da una scelta consapevole e informata D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in AA.VV., *I procedimenti speciali in materia penale*, cit., p. 145.

tutelato degli imputati di accettare i concordati sulla pena solo volontariamente e in piena conoscenza delle loro conseguenze. Difatti, se nell'ipotesi in cui sia lo stesso prevenuto assistito dal suo avvocato a presentare personalmente in udienza davanti al giudice la richiesta di patteggiamento vi è quantomeno una fondata presunzione di volontarietà della richiesta di questi, nonché del fatto che il legale lo abbia informato delle conseguenze di tale scelta, la situazione è certamente più complessa ove l'accusato abbia solo affidato al suo avvocato una procura speciale a patteggiare. Dato, infatti, che, come accennato, la legge italiana non stabilisce affatto che l'imputato debba essere per forza presente nell'udienza di ratifica del *pactum* il giudice non ha modo di sapere non solo se il consenso prestato dal soggetto sia effettivamente volontario, ma soprattutto se egli sia stato consapevole degli esatti termini dell'accordo definitivo e degli effetti che dallo stesso derivano.

D'altra parte, è noto come non sia stato solo il formante legislativo, ma soprattutto quello giurisprudenziale ad aver finora assolutamente sottovalutato l'importanza della questione della volontarietà del consenso del prevenuto (e della sua informazione).

Da un lato, infatti, è noto come il controllo sull'art. 446, comma 5, c.p.p. – che, lo si è visto, già di per sé è assai debole – non viene quasi mai di fatto utilizzato dai giudici¹¹⁸.

Da un altro lato, alcuni arresti della Cassazione hanno sostenuto delle tesi assolutamente preoccupanti.

In primo luogo, infatti, è noto quell'orientamento secondo cui sarebbe del tutto legittima l'instaurazione del procedimento di applicazione della pena su richiesta delle parti quando la relativa istanza venga formulata dal difensore di fiducia, pur privo di procura speciale, e l'imputato sia presente e nulla eccepisca¹¹⁹. Orbene, se la logica di tale esegesi è chiara – ovvero quella per cui se è presente l'imputato e non si oppone alla richiesta del difensore, allora significa che questi ha implicitamente acconsentito al rito – la stessa tralascia che il prevenuto, sprovvisto delle necessarie competenze giuridiche, oppure ancora peggio se alloglotto, potrebbe del tutto non comprendere nelle rapide cadenze processuali il significato di ciò che sta effettivamente accadendo innanzi a lui. Spetterebbe allora al giudice assicurarsi che, in tale evenienze, l'accusato effettivamente abbia capito le conseguenze di questa sorta di adesione implicita all'applicazione concordata di pena, solo che la legge non attribuisce affatto un obbligo informativo di questo tipo in capo al decisore.

¹¹⁸ S. MARCOLINI, *A quali condizioni i negoziati sulla pena sono conformi alla Cedu?*, cit., 3495, ricorda poi questo controllo non viene di fatto mai utilizzato.

¹¹⁹ Cass., Sez. VI, 16 febbraio 2011, n. 8492, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1460.

Ma a risultare palesemente in contrasto con quanto affermato dalla Corte di Strasburgo è soprattutto quell'indirizzo secondo cui «il consenso prestato è valido anche se l'indiziato o l'imputato non si sia reso conto delle conseguenze del patto e, una volta intervenuta la ratifica del giudice, non è consentito alla parte (che non deduce una volontà "inesistente") prospettare, con l'impugnazione, asseriti vizi di volontà o intelligenza»¹²⁰. In queste decisioni, infatti, è stato teorizzato un principio del tutto opposto al requisito della piena consapevolezza dei fatti e delle conseguenze legali dell'adesione al concordato stabilito dai giudici strasburghesi.

Alla luce di ciò, non stupirà affatto se la Corte di Strasburgo dichiarerà in futuro la contrarietà dell'applicazione della pena su richiesta delle parti all'art. 6, par. 1 della CEDU in ragione del fatto che la disciplina italiana non garantisce affatto che il consenso del prevenuto a tale rito sia prestato «*in full awareness of the facts of the case and the legal consequences and in a genuinely voluntary manner*»¹²¹.

Peraltro, alcune soluzioni per rimediare a tale criticità del nostro ordinamento sembrano facilmente individuabili, anche a lettera della legge invariata.

La prima operazione da compiere, infatti, pare quella di valorizzare, sulla base di un'interpretazione convenzionalmente orientata, la disposizione dell'art. 446, comma 5, c.p.p., rendendola di fatto operante in quasi la totalità dei casi. Difatti, proprio perché tale regola costituisce una chiave di volta per assicurare che i prevenuti rinuncino in modo realmente consapevole e informato a loro diritti fondamentali tutelati dalla CEDU, i giudici dovrebbero ritenere sempre (o perlomeno in ogni caso in cui vi sia un minimo dubbio sulla volontarietà della richiesta del prevenuto o sulla sua consapevolezza circa le conseguenze dell'accordo) necessario disporre la comparizione personale dell'imputato per compiere tali verifiche. Al massimo potrebbero evitare di compiere tale operazione ove vi siano elementi da cui vi sia una riprova del fatto che la richiesta sia stata effettivamente presentata in modo consapevole e volontario (quale potrebbe essere il caso in cui lo stesso prevenuto, assistito da un avvocato di fiducia, abbia preso l'iniziativa di patteggiare, depositando *ex art. 447, comma 3, c.p.p.* una richiesta personale di applicazione concordata di pena, a cui in seguito sia stato il pubblico ministero ad aderire tramite un atto separato).

In secondo luogo, i giudici, per diminuire al massimo la probabilità di conclusione di patti senza che il prevenuto sia a conoscenza dei termini finali dell'intesa, dovrebbero compiere una verifica approfondita sulla procura

¹²⁰ Così, Cass., Sez. V, 27 settembre 2005, n. 34373, in www.studiolegale.leggiditalia.it; Cass., Sez. II, 27 aprile 2004, n. 32711, *ivi*.

¹²¹ Cfr. S. MARCOLINI, *A quali condizioni i negoziati sulla pena sono conformi alla Cedu?*, cit., p. 3495.

speciale al difensore a patteggiare. Ebbene, al posto di accontentarsi di procure contenenti mere formule di stile (del tipo «a presentare la richiesta o il consenso previsto dall'art. 444 c.p.p.»¹²²) i giudici dovrebbero, invece, esigere che in tale atto siano indicati i termini finali dell'accordo che il prevenuto vuole sia concluso in suo nome.

Allo stesso modo, inoltre, in via meramente pretoria, si potrebbe già stabilire la necessità di una sottoscrizione personale dell'imputato all'intesa definitiva raggiunta con l'accusa in un atto, contenente i calcoli e la richiesta di pena, nonché tutte le condizioni considerate indispensabili del "contratto".

In ultima analisi, infine, andrebbe assolutamente valorizzata, mediante un'interpretazione estensiva, la nuova disposizione dell'art. 448, comma 2-bis, c.p.p., la quale consente di denunciare tramite ricorso i «motivi attinenti all'espressione della volontà dell'imputato», facendovi rientrare anche eventuali vizi del consenso che inficino l'accordo recepiti dal primo giudice. È del resto noto come la giurisprudenza, in modo granitico, abbia negato in passato tale possibilità¹²³, ma, per l'appunto, un *revirement* sembra indispensabile, proprio sulla base di un'esegesi convenzionalmente orientata della nuova disposizione.

Ciò che, insomma, sembra dover cambiare è la mentalità sul punto che hanno finora avuto i giudici italiani. Essi devono infatti rendersi conto che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha fatto passare un messaggio molto chiaro: giustizia negoziata sì, ma non a ogni costo¹²⁴. Non ci si può quindi più disinteressare del come si sia raggiunto in consenso del prevenuto o se lo stesso sia realmente consapevole dei termini dell'intesa e delle sue conseguenze, perché si è interessati semplicemente agli effetti deflativi del rito. Al contrario, è necessario compiere un (per dir la verità, piuttosto tenue) sforzo in più per adeguare la laconica lettera del codice Vassalli alla sensibilità della grande Europa.

I diversi ordinamenti qui analizzati presentano analogie assai più marcate in punto di controllo dei giudici sulla qualificazione giuridica dell'accordo. In tutti gli Stati in esame, infatti, i legislatori hanno inserito disposizioni al fine di evitare che i contraenti dei concordati vadano a concludere dei *fact* o dei *charge bargaining*.

¹²² S. MARCOLINI, *A quali condizioni i negoziati sulla pena sono conformi alla Cedu?*, cit., p. 3495.

¹²³ Cfr., sul punto, tra le moltissime, Cass., Sez. I, 21 ottobre 2010, n. 41995, in *Guida dir.*, 2011, n. 14, p. 72; Cass., Sez. VI, 15 febbraio 2000, n. 6580, in *Ced. Cass.*, n. 217101. Per una ricostruzione delle varie opinioni sul punto si rinvia alle esaustive analisi di R. FONTI, *Vizi della volontà e giustizia penale negoziata*, in AA.VV., *La giustizia penale differenziata*, t. I, *I procedimenti speciali*, Torino, 2010, p. 306 s.; E.N. LA ROCCA, *La scelta del rito da parte dell'imputato: sopravvenienze e vizi della volontà*, in *Archivio penale web*, 2015, n. 2, p. 5 s.

¹²⁴ Cfr. S. MARCOLINI, *A quali condizioni i negoziati sulla pena sono conformi alla Cedu?*, cit., p. 3497.

Di ciò, invero si è accorta la Corte di Strasburgo, la quale ha condivisibilmente affermato che «*sentence bargaining is a more common practice in Council of Europe States than charge bargaining. This aspect is closely linked to the principle of legality providing less leeway for the prosecution to amend and drop charges*»¹²⁵.

Per quanto concerne, invece, le verifiche del decisore sulla congruità della pena contenuta nel *pactum* pare opportuna una distinzione.

Mentre, infatti, i giudici italiani¹²⁶ (dopo la sentenza già citata della Corte costituzionale n. 313 del 1990, le cui indicazioni sono state nel 1999 recepite direttamente all'art. 444, comma 2, c.p.p.), francesi e tedeschi non hanno il potere di procedere a una revisione unilaterale immediata della pena proposta, ove ritenuta incongrua per eccesso o per difetto, dovendo prima comunque rigettare o "rescindere" l'intesa già raggiunta, la situazione spagnola è diversa.

Si è infatti già avuto modo di accennare come in Spagna si sia a lungo discusso - senza che a oggi la questione sia totalmente risolta - circa la possibilità per i giudici di poter applicare *ex officio* delle sanzioni inferiori rispetto a quelle rispetto a cui si sia manifestata la *conformidad* del prevenuto.

Ma vi è di più. L'art. 787 della *LECrim* fornisce ai giudici di tale Paese la possibilità, ove considerino la pena sollecitata non rispondente ai parametri di legge, di suggerire alle parti di modificare i termini dell'intesa: solo ove ciò non avvenga il decisore dovrà disporre la continuazione del giudizio.

Un ultimo cenno va, infine, effettuato sulla questione concernente la necessità che la fase di controllo giurisdizionale dei concordati sulla pena debba svolgersi o meno per forza in udienza pubblica.

Giova precisarlo: la Corte europea ha, dal canto suo, valorizzato tale requisito quale conferma definitiva che il *nolo contendere* georgiano, su cui è stata chiamata a pronunciarsi, prevedesse effettivamente un *judicial review* effettivo¹²⁷.

Si è, d'altra parte, avuto modo di vedere come in Francia e Germania il requisito della pubblicità dell'udienza in cui viene formulata una *Verständigung* o viene omologato un *plaider coupable* sia stato inteso come un vero e proprio requisito costituzionalmente imposto.

A riprova di tale particolare sensibilità, basti ricordare la dichiarazione di incostituzionalità preventiva compiuta dal *Conseil constitutionnel* sulla legge Perben II proprio perché la versione originaria dell'art. 495-9 *cod. proc. pén.*, grazie alle pressioni dell'Assemblea Nazionale, stabiliva che l'udienza di omologazione di una *CRPC* potesse tenersi in camera di consiglio.

¹²⁵ Corte Eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, §65.

¹²⁶ Cfr. Cass. Sez. III, 17 novembre 1992, Li Calzi, in *Cass. Pen.*, 1994, p. 694.

¹²⁷ Corte Eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, §95.

La situazione italiana è, anche su questo punto, del tutto antitetica rispetto a quella di questi ordinamenti.

Proprio la volontà di incrementare al massimo l'appetibilità del patteggiamento ha indotto i codificatori a negare la pubblicità del rito *de quo*.

È peraltro noto che questa scelta dei *conditores* è stata espressamente avallata dalla Corte costituzionale italiana che, con la celebre sentenza n. 251 del 1991 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata nei confronti degli artt. 447, 448 e 563 c.p.p., proprio in ragione del fatto che gli stessi non prevedono che, nella fase delle indagini preliminari, la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti sia emessa in pubblica udienza¹²⁸. Orbene, è interessante notare come i giudici costituzionali italiani – facendo propria una visione del tutto opposta rispetto ai loro omologhi francesi e tedeschi – abbiano raggiunto tale conclusione anche sulla base della considerazione per cui l'assenza di pubblicità rappresenterebbe uno degli «elementi incentivanti o “premiali” atti a favorire»¹²⁹ la scelta del rito da parte del prevenuto.

Dalla lettura della sentenza *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia* non sembra peraltro che il legislatore e la giurisprudenza costituzionale italiani debbano per forza rivedere la loro posizione, pena un conflitto tra il nostro ordinamento e l'art. 6 CEDU.

La Corte di Strasburgo, infatti, non ha affermato in modo netto che il requisito della pubblicità dell'udienza di ratifica del *pactum* sia un presupposto indispensabile affinché un meccanismo negoziato sia convenzionalmente conforme: al contrario, tale questione è stata indentificata come uno dei tanti segnali distintivi idonei a considerare effettivo un sistema di controllo giurisdizionale predisposto da un ordinamento.

Il problema è che – come si è avuto modo di vedere – diverse caratteristiche “positive” della giustizia negoziata georgiana, che i giudici europei hanno valorizzato nel loro precedente, non sono in tutto o in parte soddisfatte dall'ordinamento italiano.

Ciò vale, soprattutto per la questione concernente le verifiche sulla consapevolezza e libertà del consenso dell'imputato, ma – dato quanto sostenuto dalla Corte EDU, secondo cui «*in Italy, the court is not required by law to examine the evidence or to certify that there is a prima facie case* – forse anche con riguardo al previo compimento da parte del decisore di un accertamento anche sommario sulla responsabilità del prevenuto prima di recepire l'accordo. Di modo che, se a questo aspetto si aggiunge anche la mancanza di pubblicità delle udienze di

¹²⁸ Corte cost., 6 giugno 1991, n. 251, in *Cass. pen.*, 1991, p. 711.

¹²⁹ Corte cost., 6 giugno 1991, n. 251, in *Cass. pen.*, 1991, p. 711.

patteggiamento i pilastri su cui si reggerebbe la convenzionalità del rito negoziato italiano *de quo* iniziano a essere piuttosto pochi.

Ebbene, la migliore soluzione possibile per evitare che, in futuro, vi siano problemi di compatibilità dell'applicazione della pena su richiesta delle parti con il sistema CEDU, lo si è già detto, pare quella dell'interpretazione convenzionalmente conforme.

Sembra, infatti, che i giudici italiani abbiano già nelle loro mani quantomeno gli strumenti per rimediare a due delle segnalate "lacune" del patteggiamento rispetto al *diktat* strasburghese.

In primo luogo, infatti, in via interpretativa questi potrebbero valorizzare al massimo tutte le disposizioni che consentono al giudice di effettuare dei controlli sulla volontarietà del consenso del prevenuto, ricomprendendo all'interno degli stessi anche la questione circa l'effettiva consapevolezza di questi sulle conseguenze derivanti da un patteggiamento. Non è, infatti, realmente volontaria una richiesta di cui un soggetto non abbia effettivamente compreso i termini.

In secondo luogo, la tesi secondo cui nell'applicazione della pena su richiesta delle parti è necessario un accertamento del giudice (anche se incompleto) pare oggi essere preferibile anche perché convenzionalmente orientata.

Una volta risolte in via esegetica queste due problematiche "principali", la lacuna circa la pubblicità sembra di per sé poter essere superata dalla complessiva equità dei restanti aspetti del rito negoziato italiano. La stessa verrebbe, insomma, a costituire null'altro se non una scelta discrezionale del legislatore italiano, che, se collocata all'interno di una procedura effettivamente equa, in cui il prevenuto abbia accettato consapevolmente il rischio di essere giudicato sulla base di un rito camerale, non sembra poter creare problemi di convenzionalità.

Al contrario, se la questione della mancanza di pubblicità rimarrà inserita in un quadro generale in cui la giurisprudenza continui, per ragioni deflative, a disinteressarsi delle tematiche primarie della volontarietà del consenso del prevenuto e di quella dell'accertamento di responsabilità, anch'essa sembra poter pesare in un futuro giudizio complessivo di non convenzionalità del rito *ex art. 444 e ss. c.p.p.*

8. *Segue. Il ruolo della vittima.*

Anche con riguardo al ruolo giocato dalla vittima di reato negli istituti negoziati è necessaria una distinzione preliminare.

Sembra infatti opportuno differenziare il caso in cui tale soggetto risulti un vero e proprio contraente del *pactum*, dall'ipotesi in cui questi possa intervenire solo nelle fasi successive a quella in cui l'accordo viene stipulato, magari al fine di ottenere il risarcimento dei danni, oppure per provocare un rigetto dell'intesa da parte del giudice.

Tra i sistemi giuridici studiati quello che pare valorizzare di più il ruolo della vittima in questo contesto è, senza dubbio, l'ordinamento spagnolo.

Come si è avuto modo di vedere, infatti, in tale Stato la vittima – sempre che decida di costituirsi come accusatore particolare – non solo può giocare un ruolo di primo piano nelle trattative, ma deve necessariamente dare il suo assenso affinché l'imputato possa concretamente usufruire della *conformidad* prevista dall'art. 784, comma 3, secondo periodo *LECrim*.

Accanto a ciò, la stessa possibilità, da sempre prevista, per il prevenuto di conformarsi non solo rispetto agli addebiti, ma anche alla domanda risarcitoria del danneggiato, fa comprendere come il sistema processuale spagnolo ritenga questo soggetto come un partecipante “di primo piano” di tutte le fasi degli istituti negoziati¹³⁰.

Anche nell'ordinamento processuale francese la vittima riceve una tutela specifica, anche se indubbiamente inferiore rispetto a quanto avviene in Spagna.

A oggi, infatti, non è stata ancora approvata quell'emendamento volto a consentire a tale soggetto di proporre osservazioni al pubblico ministero nella fase iniziale di una *CRPC*, ovvero quella del raggiungimento dell'accordo tra le parti. Di modo che, in sostanza, l'offeso e il danneggiato non sono ricompresi tra i veri e propri contraenti del *pactum*.

Ciò, peraltro, non toglie che comunque la vittima sia assolutamente un soggetto di primo piano del *plaidier coupable*; e ciò lo si è visto non solo in quanto va citata all'udienza di omologa nella quale potrà vedersi risarciti i danni, ma anche in ragione di quanto affermato dal Consiglio costituzionale francese, ovvero che il decisore deve prendere in considerazione le sue affermazioni nel decidere se rigettare o meno l'accordo delle parti¹³¹.

Senza contare che, oltretutto, questo soggetto gioca, inevitabilmente, un ruolo ancora maggiore nelle *CRPC* richieste in fase istruttoria, posto che in tal caso la pare civile deve essere necessariamente d'accordo con lo svolgimento di un *plaidier coupable*.

Nel contesto delle *Verständigungen* le vittime di reato vengono ad assumere un ruolo sicuramente minore di quanto accada in Francia e Spagna.

¹³⁰ S. QUATTROCOLO – A. LUACES GUTIERREZ, *Conformidad e patteggiamento: spunti per un'analisi comparata tra Spagna e Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 377 ss

¹³¹ *Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004*, §107.

Si è visto, infatti, che la legge sulle intese nel 2009 non ha voluto sul punto innovare il passato, mantenendo per questo soggetto quel ruolo marginale tradizionale che assumeva nel contesto delle *Absprachen* (dibattimentali) informali.

Il soggetto passivo del reato, infatti, ove non si costituisca come accusatore ausiliario non si è visto riconoscere alcun diritto espresso di intervenire ai negoziati o di influenzare le trattative.

Al contrario, solo ove questi assuma la veste di *Nebenkläger* potrà esprimere il suo punto di vista sul *pactum*, senza però avere alcun potere di veto.

Non va peraltro tralasciato come un discorso del tutto diverso va fatto con riguardo alle archiviazioni condizionate ex art. 153a *StPO* (così come per la *composition pénale* francese). Giova precisarlo: gli istituti in questione possono avere quale concreto oggetto anche delle vere e proprie mediazioni penali con la vittima, di modo che, ove ciò accada, gli stessi sembrano assumere una vocazione riparativa che, invece, è certamente estranea ove il prevenuto sia solo chiamato (come assai più spesso avviene in Germania) a pagare una somma di denaro allo Stato.

La situazione italiana sembra, sotto molti punti di vista, analoga a quella tedesca.

Anche negli istituti negoziati nel nostro Paese, infatti, la vittima è relegata in un ruolo assolutamente di secondo piano; e ciò in ragione del fatto che il legislatore ha inteso così ottimizzare l'appetibilità del rito per i prevenuti, nonché rendere la procedura più snella e rapida possibile¹³².

Ma andiamo con ordine. Da un punto di vista strettamente normativo, né la persona offesa dal reato, né il danneggiato in quanto tale, né la parte civile sono annoverati tra i contraenti di un accordo di patteggiamento¹³³. Le uniche parti stabilite dai codificatori sono, infatti, il prevenuto e il pubblico ministero, senza che si sia normativamente stabilito un intervento di altri.

L'art. 444, comma 2, c.p.p. stabilisce poi che il giudice del patteggiamento, ove vi sia stata una costituzione di parte civile, a differenza di quanto avviene in Francia, non decide sulla relativa domanda.

¹³² In argomento, tra i moltissimi, F. CURI, *Il patteggiamento della pena e la vittima del reato*, in *Ind. pen.*, 1991, pp. 427 ss.; G. DI CHIARA, *L'architettura dei presupposti*, cit., pp. 36 ss.; S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., pp. 280 ss.; R. ORLANDI, *I diritti della vittima in alcune peculiari modalità di definizione del rito penale*, in AA.VV., *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, a cura di M. Bargis-H. Belluta, Torino, 2017, pp. 172 ss.; L. RISICATO, *I riflessi sostanziali del c.d. patteggiamento "allargato": l'irriducibile attrito tra giustizia penale negoziale, funzioni della pena e tutela della vittima*, in *Leg. pen.*, 2004, p. 871 ss.; D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 201 ss.

¹³³ Cfr. R. ORLANDI, *I diritti della vittima in alcune peculiari modalità di definizione del rito penale*, cit., p. 172.

Tuttavia, grazie a un intervento correttivo della Consulta¹³⁴, poi recepito dal legislatore, si è stabilito che l'imputato può invece essere condannato al pagamento delle spese sostenute dalla parte civile, salvo che ricorrano giusti motivi per la compensazione totale o parziale.

Peraltro, posto che la parte civile già costituita prima dell'accordo è costretta a uscire dal processo penale senza ottenere una soddisfazione della sua pretesa risarcitoria, il legislatore ha stabilito che nei suoi confronti non valga la regola dell'art. 75, comma 3, c.p.p., che obbliga il danneggiato ad attendere il termine del processo penale, prima di poter far valere efficacemente la propria pretesa innanzi al giudice civile¹³⁵.

Solo in alcuni casi eccezionali la legge processuale ha, invece, subordinato esplicitamente l'ammissibilità del patteggiamento a «condotte virtuose dell'imputato»¹³⁶ nei confronti della "vittima". Ciò avviene nelle regiudicande per delitti contro la pubblica amministrazione elencati nell'art. 444, comma 1-ter, c.p.p. e nei procedimenti per reati tributari (art. 13-bis del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74). In entrambi i casi, però, il soggetto offeso e danneggiato non è un privato, ma lo Stato. Il legislatore ha quindi previsto che, per determinati reati che vanno a ledere alcuni interessi pubblici considerati meritevoli di tutela, i prevenuti che vogliano giovare di tutti i benefici garantiti dal patteggiamento debbano per forza tenere un comportamento positivo nei confronti della collettività.

Il danneggiato può, in determinate ipotesi, ostacolare indirettamente l'ammissibilità del patteggiamento rifiutando il risarcimento compiuto per conseguire l'attenuante ex art. 62 n. 6 c.p., che potrebbe essere essenziale per far scendere la pena in concreto sotto i limiti dei due o dei cinque anni.

Il ruolo giocato dalla vittima nell'applicazione della pena su richiesta delle parti cambia però sensibilmente se dalla *law in the books* si passa alla *law in action*.

Non va, infatti, tralasciato che una parte della giurisprudenza di legittimità e i pubblici ministeri hanno, dal canto loro, tentato di rafforzare in via pretoria la posizione di tale soggetto nel patteggiamento; di modo che la distanza sul punto tra il sistema italiano e quello degli altri ordinamenti qui studiati tende a diventare assai meno marcata.

Così, anzitutto, alcune decisioni hanno precisato che la parte civile già costituita prima del *pactum* ha la facoltà di «battersi per convincere il giudice non

¹³⁴ Cfr. Corte cost., 12 ottobre 1990, n. 443, in *Giur. cost.*, 1990, p. 2633 s.

¹³⁵ Cfr. R. ORLANDI, *I diritti della vittima in alcune peculiari modalità di definizione del rito penale*, cit., p. 174.

¹³⁶ Così definite da R. ORLANDI, *I diritti della vittima in alcune peculiari modalità di definizione del rito penale*, cit., p. 173, nt. 13.

concedere il patteggiamento o a evitare una declaratoria di non punibilità a norma dell'art. 129 c.p.p.»¹³⁷.

Così, ad esempio, le Sezioni unite hanno recentemente confermato che «sotto il profilo soggettivo, il tenore testuale del novellato art. 444 c.p.p., comma 2, rende evidente che il danneggiato è escluso dalla partecipazione all'accordo che intercorre fra imputato e pubblico ministero, pur avendo lo *ius loquendi* sulle questioni che formano oggetto della valutazione del giudice; si pensi, a mero titolo esemplificativo, alle iniziative, esterne al patteggiamento, volte ad indurre il giudice a respingere l'accordo o a postulare la subordinazione dell'eventuale sospensione condizionale della pena alla eliminazione delle conseguenze dannose del reato»¹³⁸.

Un orientamento particolarmente sensibile alle esigenze dei danneggiati – pur contrastato dalla giurisprudenza maggioritaria¹³⁹ – ha anche affermato che il danneggiato possa anche costituirsi parte civile dopo l'accordo delle parti, nell'udienza ex art. 447 c.p.p. fissata per la decisione del rito, atteso che anche in tale udienza vengono adottati provvedimenti che possono essere per lui pregiudizievoli¹⁴⁰.

Non sfuggirà, peraltro, che questi indirizzi giurisprudenziali sembrano muoversi su una logica simile a quella che ha portato la Corte costituzionale francese ad affermare che la vittima, tramite le sue provalazioni, può portare il giudice dell'omologa a rigettare un *plaidier coupable*.

Ma vi è di più. È infatti noto che, nella prassi, «il risarcimento del danno o la condotta riparatoria nei confronti dell'offeso siano, di fatto tenuti in conto dal pubblico ministero indeciso se concedere o meno il consenso»¹⁴¹.

¹³⁷ Cfr. R. ORLANDI, *I diritti della vittima in alcune peculiari modalità di definizione del rito penale*, cit., p. 172.

¹³⁸ Cass., Sez. un., 14 luglio 2011, n. 40288, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2061.

¹³⁹ Cass., Sez. Un., 27 novembre 2008, D'avino, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2313, con nota di L. PISTORELLI, *Per le sezioni unite non è ammissibile la costituzione di parte civile nell'udienza fissata ex art. 447 c.p.p.*

¹⁴⁰ Cfr., ad esempio, Cass., Sez. III, 26 marzo 2008, n. 19188, in www.dejure.it; Cass., Sez. V, 8 maggio 2007, n. 20600, *Cass. pen.* 2008, p. 3781

¹⁴¹ Cfr. R. ORLANDI, *I diritti della vittima in alcune peculiari modalità di definizione del rito penale*, cit., p. 173; ID., *Il querelante perde il diritto di ostacolare la definizione del processo con decreto penale di condanna. Chiaroscuri di una decisione non del tutto convincente*, in *Giur. cost.*, 2015, pp. 149; P. TONINI, *Patteggiamento, come si cambia*, cit., p. 11, nonché A. CABIALE, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di procedimento per decreto: una nuova garanzia per l'imputato e una in meno per la "vittima"*, in www.lalegislazionepenale.eu, p. 12, a cui si rimanda per ulteriori indicazioni bibliografiche. Contro tale prassi però si sono recentemente scagliate le stesse sezioni unite Cass., Sez. un., 14 luglio 2011, n. 40288, cit., p. 2061, secondo cui «da un punto di vista oggettivo, il dato normativo ha una portata inequivoca nel definire la natura e i contenuti tipici del patteggiamento sulla pena unicamente in relazione agli aspetti penalistico - sanzionatori e nel lasciare

Benché, insomma, la legge italiana non stabilisca affatto – salvo che per i casi eccezionali di peculiari reati contro interessi statali – che il prevenuto debba soddisfare gli interessi economici del danneggiato per poter essere ammesso a patteggiare, nella quotidianità giudiziaria «la disponibilità a risarcire il danno che incontrasse l'accettazione dell'offeso si presta ad essere usata come argomento [...] per orientare il pubblico ministero verso il consenso, spianando così la strada all'accordo»¹⁴². Si può di certo discutere se tale prassi sia legittima; «tuttavia, ciò che conta [...] è che, di fatto, il danneggiato può anche ritrovarsi sgravato dall'onere di rivolgersi al giudice civile»¹⁴³

In alcune fattispecie, peraltro, sono stati gli stessi giudici di merito a favorire delle pratiche simili, tanto che la Cassazione si è trovata a dover affermare che in sede di patteggiamento i decisori non possono, di propria iniziativa e al di fuori dell'accordo delle parti, subordinare la concessione della sospensione condizionale della penale al risarcimento del danno in favore della parte civile¹⁴⁴.

Alcuni autori particolarmente attenti agli interessi anche della semplice persona offesa dal reato, non costituita parte civile, sono arrivati poi ad affermare che anche questo soggetto, una volta venuto a conoscenza della proposta congiunta di pena, dovrebbe vedersi «riconosciuto il potere di opporvisi mediante la presentazione di una memoria, consentita in ogni stato e grado del procedimento»¹⁴⁵.

Tutte queste opinioni testimoniano insomma come, né gli operatori pratici del diritto, né tantomeno parte della dottrina, siano rimasti assolutamente soddisfatti del modo in cui il legislatore ha mortificato gli interessi della vittima nel patteggiamento.

Ciò nonostante, una vera e propria revisione della materia non è mai avvenuta; e ciò soprattutto perché è stata la stessa Corte costituzionale ad aver avallato, già nel 1990, la disposizione che stabilisce che il giudice del patteggiamento non decide sulla domanda risarcitoria della parte civile. Il giudice delle leggi italiano, infatti, ha assai chiaramente affermato che «se è pur vero che la necessità o di far riprendere il cammino al processo civile o di

strutturalmente estranea all'accordo intercorrente tra il pubblico ministero e l'imputato sulla pena da applicare ad una determinata fattispecie delittuosa la parte civile, i cui interessi non possono filtrare nell'accordo attraverso il pubblico ministero neppure sotto il limitato profilo della rifusione delle spese sostenute».

¹⁴² Cfr. R. ORLANDI, *I diritti della vittima in alcune peculiari modalità di definizione del rito penale*, cit., p. 173.

¹⁴³ Così, efficacemente, A. CABIALE, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di procedimento per decreto*, cit., p. 12.

¹⁴⁴ Cass., Sez. IV, 9 luglio 2013, n. 31441, in www.dejure.it.

¹⁴⁵ Cfr. M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 24.

instaurarlo *ex novo* comporterà altre non brevi attese, peraltro valutabili a suo tempo sotto forma di ulteriori danni, la limitazione (non la vanificazione) della tutela complessivamente prevista per il danneggiato non può dirsi priva di giustificazioni»¹⁴⁶.

Né, oltretutto, su questo specifico aspetto le vittime possono aspettarsi che la situazione cambi grazie a un intervento della Corte di Strasburgo: è del resto noto, infatti, che i giudici della CEDU solo pochi anni fa hanno espressamente stabilito che le norme sul patteggiamento italiano, che escludono che il danneggiato possa partecipare alle negoziazioni e sollecitare il pubblico ministero a chiedere l'applicazione di una pena più severa, non si pongono affatto in contrasto con le garanzie convenzionali¹⁴⁷.

La Corte europea, infatti, in una fattispecie in cui una ricorrente si era lamentata del fatto che del fatto «*qu'en droit italien, lorsque la négociation de la peine entre l'accusé et le parquet a lieu au cours des investigations préliminaires, aucune audience préliminaire n'est fixée, ce qui empêche la partie lésée de se constituer partie civile*», ha seccamente stabilito che «*le fait que le droit interne ne permettait pas à la partie lésée de s'immiscer dans la négociation de la peine entre l'accusé et le parquet et de solliciter l'infliction d'une peine plus forte ne saurait, en soi, être considéré contraire à la Convention*»¹⁴⁸. Per giungere a tale soluzione, anche i giudici europei hanno peraltro valorizzato il fatto che «*la requérante a eu le loisir d'introduire à l'encontre de M. B. une action civile en réparation des dommages, dans le cadre de laquelle elle a obtenu la saisie conservatoire des biens du défendeur. Elle a donc eu accès à un tribunal compétent pour examiner le bien-fondé de son droit civil à indemnisation*»¹⁴⁹.

La logica dei giudici di Strasburgo pare, insomma, esattamente analoga a quella che ha mosso un ventennio prima la Corte costituzionale italiana a rigettare la censura dell'art. 444, comma 2, c.p.p.: non è necessario che la vittima possa partecipare ai riti negoziati, opponendosi in modo efficace alle negoziazioni tra le parti e all'applicazione della pena, proprio perché questo soggetto potrà vedere tutelati i suoi diritti in seguito in sede civile.

Nonostante l'autorevolezza di questi arresti, non si può però che concordare con chi ha posto in rilievo il fatto che questa svalutazione degli interessi del danneggiato nell'applicazione della pena su richiesta delle parti sia del tutto contraddittoria rispetto ai fini del *rito de quo*; rimandando il danneggiato a cercare soddisfazione dei propri interessi innanzi al giudice civile il patteggiamento «consente di realizzare [infatti] un risparmio unicamente sul

¹⁴⁶ Cfr. Corte cost., 12 ottobre 1990, n. 443, in *Giur. cost.*, 1990, p. 2633 s.

¹⁴⁷ Corte Eur., Sez. II, 30 marzo 2010, *Mihova c. Italia*.

¹⁴⁸ Corte Eur., Sez. II, 30 marzo 2010, *Mihova c. Italia*.

¹⁴⁹ Corte Eur., Sez. II, 30 marzo 2010, *Mihova c. Italia*.

versante penale»¹⁵⁰. In un'ottica *de jure condendo*, quindi, è assolutamente ragionevole auspicare un allargamento del concordato sulla pena «alla contesa civilistica»¹⁵¹. Così facendo, si riuscirebbero a raggiungere due obiettivi assolutamente meritori: «quello di risparmiare la celebrazione del giudizio civile e quello di consentire al danneggiato di ottenere un ristoro – se del caso, inferiore – in tempi minori rispetto a quelli necessari per il pieno soddisfacimento della pretesa risarcitoria nella sua sede propria»¹⁵².

Senza contare, che, oramai, il legislatore potrebbe essere spinto verso un risultato simile dall'operato della piccola Europa, e, più in particolare, dal dettato dell'art. 16, par. 2 della direttiva 2012/29/UE¹⁵³. Questa disposizione invita, infatti, gli Stati a promuovere «misure per incoraggiare l'autore del reato a prestare adeguato risarcimento alla vittima». Orbene, tra le misure in questione, si potrebbe, per l'appunto, proprio pensare a un accordo di applicazione della pena, che coinvolga anche la vittima, e che veda tra i suoi contenuti (quantomeno eventuali) un'intesa su un risarcimento scontato – la cui percentuale di diminuzione sia già stabilita dalla legge – ma immediato (anche il lasso di tempo del pagamento della somma potrebbe essere predeterminato dal codice)¹⁵⁴.

Tuttavia, le forze politiche italiane non hanno dimostrato di seguire questa via che – lo si ripete – sarebbe particolarmente vantaggiosa per tutti proprio perché creerebbe un circolo virtuoso di risparmio sia per la vittima (di tempo e fatiche), sia per il prevenuto (di denaro), sia per lo Stato (di energie processuali per celebrare un processo civile).

Nell'attuare la direttiva 2012/29/UE¹⁵⁵ il legislatore non ha infatti inserito alcuna disposizione volta a migliorare la posizione della vittima nel contesto della giustizia negoziata.

¹⁵⁰ Cfr. M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 37.

¹⁵¹ Sul punto M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 37.

¹⁵² Così, M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 37.

¹⁵³ Sul punto, cfr., per tutti, M. BARGIS – H. BELLUTA, *La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale*, in Aa.Vv., *Vittime di reato e sistema penale*, cit., p. 45, nonché S. ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, in Aa.Vv., *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di L. Lupària, Padova, 2015, p. 15 s.

¹⁵⁴ Si ricordino sul punto le considerazioni di H. BELLUTA, *Per piccoli passi: la vittima di reato cerca spazio nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 3 marzo 2014, secondo cui «andrebbe valorizzata la previsione del paragrafo 2 dell'art. 16 della Direttiva, [...] spetta dunque al legislatore mettere mano agli ingranaggi del patto che perfeziona l'accordo sulla pena, magari pensando che il reale coinvolgimento della vittima o una maggiore considerazione delle richieste risarcitorie potrebbero alla fine sortire effetti positivi in chiave di macroeconomia giudiziaria, impedendo la proposizione di altrettante cause civili».

¹⁵⁵ Per un commento organico del decreto legislativo 15 dicembre 2015, n. 212, con cui tale provvedimento è stato attuato cfr. P. SPAGNOLO-H. BELLUTA-V. BONINI, *Commento alle nuove norme*

Tale provvedimento è stato, invece, valorizzato quantomeno da una parte della giurisprudenza di merito, ancor prima dell'implementazione dell'atto eurounitario, tramite lo strumento dell'interpretazione conforme¹⁵⁶.

Più in particolare, il Tribunale di Torino, partendo dal presupposto per cui la direttiva 2012/29 assicura alle vittime il diritto di partecipare al procedimento e di essere ascoltate¹⁵⁷, è giunto ad affermare che le semplici persone offese, se venute a conoscenza dell'udienza camerale *ex art. 447 c.p.p.*, dovrebbero potervi partecipare e manifestare la loro opinione, anche tramite memorie, circa l'eventuale accoglimento della proposta di pena concordata¹⁵⁸.

Non sfuggirà, invero, come si tratti di una tesi del tutto analoga a quella già sostenuta da parte della dottrina, ben prima dell'approvazione della direttiva 2012/29/UE, sulla base di una semplice applicazione dell'art. 90 c.p.p.¹⁵⁹.

Tale lettura non è stata però condivisa dalla Cassazione che, invece, ha in modo assai netto stabilito che «all'udienza prevista dall'art. 447 c.p.p., si discute della sola congruità della sanzione penale concordata dall'imputato e dal pubblico ministero, un giudizio sul quale la vittima del reato non ha alcun potere di intervento, né lo prevede la direttiva 2012/29/UE, né il D.Lgs. n. 212 del 2015, essendole da questo attribuito il solo diritto ad essere informato della eventuale, conseguente, scarcerazione»¹⁶⁰.

In questo caso, quindi, sono stati gli stessi giudici di legittimità, che altre volte hanno assunto posizioni di avanguardia in merito al ruolo che la vittima può ricoprire nel patteggiamento, a optare per un'interpretazione restrittiva delle sue prerogative.

in materia di tutela della vittima del reato, in www.la legislazione penale.eu, 4 luglio 2016, nonché nella *Relazione* dell'Ufficio Massimario della Cassazione, Rel. III/2/2016, Norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, in www.cortedicassazione.it. Cfr. anche il già più volte citate volume collettaneo cura da M. Bargis e H. Belluta, *Vittime di reato e sistema penale*, cit., passim.

¹⁵⁶ Cfr. Trib. Torino, ord. 28 gennaio 2014, giudice Recchione, in *Dir. pen. cont.* 3 marzo 2014, con nota di H. BELLUTA, *Per piccoli passi: la vittima di reato cerca spazio nel procedimento penale*.

¹⁵⁷ Si veda sul punto però M. BARGIS – H. BELLUTA, *La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale*, cit., p. 50 ss.

¹⁵⁸ Come efficacemente affermato da H. BELLUTA, *Per piccoli passi: la vittima di reato cerca spazio nel procedimento penale*, cit., il Tribunale in questo caso ha compiuto un vero e proprio sillogismo: « stante la premessa maggiore di una normativa europea che favorisce in ogni caso la partecipazione della vittima al procedimento penale, e la premessa minore di una normativa interna che all'udienza *ex art. 447 c.p.p.* per il patteggiamento non ne impedisce la presenza, allora la vittima che abbia avuto conoscenza di tale momento rituale può prendervi parte, essendo ascoltata e potendo produrre memorie».

¹⁵⁹ Così, M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 24.

¹⁶⁰ Cfr. Cass., Sez. V, 8 giugno 2016, n. 30941, in www.dejure.it.

Questa netta chiusura della suprema Corte italiana non sembra poter stupire: nonostante si possa cercare di “pescare” dalla fitta rete di disposizioni e considerando della direttiva 2012/29/UE qualche regola utile che porti ad avallare la tesi circa l’opportunità di migliorare la posizione dell’offeso e del danneggiato nei riti contrattati, bisogna forse prendere atto che il legislatore eurounitario non si è voluto (ancora) sbilanciare espressamente su tale questione, preferendo piuttosto dettare alcune norme in materia di *restorative justice*¹⁶¹.

Insomma, mentre la giustizia riparativa, sin dall’art. 10 della decisione quadro 2001/220/GAI, è stata sempre al centro dei pensieri della piccola Europa, tanto che oggi, con l’art. 12 della direttiva sulla vittima, essa è arrivata a esortare fortemente i singoli ordinamenti nazionali a puntare su tale modalità alternativa di soluzione dei controlli penali, non così per i meccanismi contrattati fondati su scopi meramente utilitaristici, su cui l’Unione non ha voluto pronunciarsi.

Dal silenzio “europeo” sul punto paiono peraltro potersi trarre quantomeno tre considerazioni.

In primo luogo, ciò sembra dimostrare come l’atto che «rappresenta il più evoluto e ampio strumento normativo dell’Unione in tema di vittime»¹⁶² sia, in realtà, sin dal principio nato con un difetto congenito; e ciò proprio perché ha rischiato di lasciare privi di tutela i soggetti che voleva rafforzare in tutti i casi in cui vengono a operare meccanismi fondati su negoziazioni sulla sanzione tra prevenuto e pubblico ministero.

Insomma, si potrà forse dire che nella giustizia penale in generale la vittima di reato non sia più “dimenticata”¹⁶³, ma in quella negoziata la stessa rimane ancora tale (quantomeno a livello europeo), nonostante oramai da ben più di trent’anni i meccanismi processuali fondati su trattative e accordi si stiano moltiplicando sempre più in tutto il continente.

In secondo luogo, il fatto che la direttiva 2012/29/UE non si sia occupata di giustizia contrattata sembra dare una precisa riprova di come gli Stati siano ancora troppo gelosi del modo in cui affrontano internamente “tematica”, che pare ancora eccessivamente scottante, perché la stessa possa essere discussa in via compromissoria con gli altri ordinamenti.

Mentre, in sostanza, la *restorative justice* ha ottenuto un generale *favor* sia in ambito sovranazionale, sia al livello statale, al contrario la questione della negoziabilità utilitaristica incontra ancora forti resistenze di principio – basti

¹⁶¹ Sul punto cfr. V. PATANÈ, *Percorsi di giustizia riparativa nel sistema penale italiano*, in AA.VV., *Vittime di reato e sistema penale*, cit., pp. 553.

¹⁶² M. BARGIS – H. BELLUTA, *La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale*, cit., p. 15.

¹⁶³ Il riferimento va al noto convegno tenutosi all’Accademia nazionale dei Lincei il 5 dicembre 2000 dal titolo *La Vittima del reato, questa dimenticata*, Roma, 2001.

pensare a quanto è avvenuto in Austria –, di modo che la stessa non ha raggiunto un livello di condivisione tale da essere affrontata in modo comune.

In ultima analisi, l'idea per cui le contrattazioni sulla pena devono rimanere un affare solo tra prevenuto, pubblico ministero e, al massimo, giudice, pare ancora troppo radicata in diversi ordinamenti (in Germania e Italia *in primis*) per poter essere superata senza incorrere in forti resistenze.

9. La premialità.

La componente premiale è naturalmente connaturata a tutte le forme di meccanismi negoziati che incidono sull'oggetto del processo qui esaminati. Difatti, è solo in ragione della promessa di un vantaggio che il prevenuto, spesso su consiglio del suo difensore, decide di aderire agli accordi processuali in questione. Il vero e proprio oggetto del *bargain* è, invero, per gli imputati proprio questo: lo scambio tra un trattamento sanzionatorio più tenue (di cui il *bargaining* spesso stabilisce la concreta entità) e la rinuncia a tutta una serie di diritti processuali fondamentali, di rilevanza convenzionale e costituzionale, che gli spetterebbero ove fosse giudicato in assenza di intese.

Non sarà peraltro sfuggito che i *fringe benefits* di cui possono giovarsi i prevenuti che concludano una *Verständigung*, una *conformidad*, una *Absprachen*, una *CRPC* o un patteggiamento variano in modo assai significativo, di modo che questi meccanismi processuali risultano, in concreto, più o meno convenienti.

A dire il vero, a cambiare non è soltanto l'oggetto o l'entità dei benefici, ma anche la stessa fonte da cui gli stessi promanano: mentre, infatti, in diversi casi è la legge, in via generale e astratta, a individuare in modo più o meno preciso lo sconto massimo di pena di cui potrà giovare un imputato che aderisca a un concordato, in altri casi, è, invece, il singolo rappresentante dell'autorità, senza alcuna guida da parte del legislatore, a dover stabilire in concreto il *quantum* di pena in meno da offrire.

Si pensi, ad esempio, alla differenza che intercorre tra il patteggiamento o la *conformidad premiada* nei giudizi rapidi spagnoli e una *Verständigung*: mentre nel primo caso è la legge a chiarire che gli imputati avranno uno sconto di pena di cui viene fissata, in modo più o meno preciso, l'entità, al contrario, invece, nelle intese negoziate tedesche il §257c *StPO* precisa solo che i giudici possono indicare un limite massimo o minimo di pena che applicheranno.

Entrambe queste tecniche normative presentano pregi e difetti.

I due vantaggi maggiori di fissare, in via generale e astratta, quantomeno una forchetta di sconto di pena predefinita sono: da un lato, quello di rendere più appetibili i meccanismi negoziati, poiché i prevenuti possono immediatamente

percepire il vantaggio che avranno nel rinunciare a essere giudicati “ordinariamente” e, da un altro lato, quello di (tentare di) evitare che i negoziati diano vita a prassi devianti.

Lo svantaggio, invece, è quello di “cristallizzare” troppo il meccanismo, perdendo così la possibilità di adattarlo sulla base delle esigenze concrete, che potrebbero richiedere, per l’appunto, delle valutazioni che solo il singolo rappresentante dell’autorità può prendere.

Su un piano, ovviamente, speculare si pongono, invece, i pregi e difetti di istituti quali le intese tedesche (o ancor di più di quelle totalmente informali austriache) che non danno indicazioni precise circa l’entità degli sconti di pena. Per un verso, infatti, gli stessi lasciano una grande libertà di movimento ai pubblici ministeri e giudici nel decidere di premiare di più o di meno un imputato a seconda delle peculiarità della singola regiudicanda, per un altro verso, gli stessi possono essere la fonte di abusi o dello svilimento di principi fondamentali come quello di proporzionalità o adeguatezza delle pene.

A voler essere precisi, peraltro, in alcuni casi – come ad esempio avviene per la *conformidad* “ordinaria” spagnola – la legge non stabilisce affatto che tale istituto darà diritto a uno sconto di pena; di modo che, in tale evenienza, anche l’aspetto dei benefici, come quello delle trattative, rimane del tutto “informale”, intuendosi solo dalla logica pattizia del meccanismo processuale, ma non da alcuna indicazione normativa.

Ma giova precisarlo: di premialità sembra sempre corretto parlare, sia che gli sconti di pena siano individuati in via astratta dal legislatore, sia che la stessa derivi solo da una valutazione concreta del singolo pubblico ministero (o giudice).

Non pare, insomma, corretto affermare che sarebbero “premiali” solo quegli istituti per cui è direttamente il legislatore a indicare “espressamente” il *quantum* di beneficio di cui possono giovare gli imputati; al contrario vanno ricompresi nella medesima famiglia anche tutti quegli istituti che, fisiologicamente, danno diritto a dei vantaggi sanzionatori, anche se l’entità degli stessi viene stabilita volta per volta da un rappresentante dell’autorità.

Si pensi, ad esempio, al patteggiamento “sulla pena” o al concordato sui motivi d’appello italiani: il primo è pacificamente qualificato come meccanismo premiale in quanto è il codice a fissare i benefici derivanti da tale rito, mentre, al secondo è stata a più voci negata tale natura¹⁶⁴ proprio in quanto la legge non predispose alcuno sconto di pena esplicito nell’art. 599-*bis* c.p.p.

¹⁶⁴ Sul punto, cfr., recentemente, G. SPANGHER – A. MARANDOLA, *Concordato in appello: basta equivoci*, cit.

Ebbene, l'esclusione della natura premiale del concordato in appello, proprio alla luce dell'esperienza comparatistica, non pare condivisibile: vi sono, infatti, diversi modi attraverso cui un istituto può portare a dei vantaggi sanzionatori ai prevenuti, di cui la fissazione in via generale e astratta degli stessi è solo una forma e, lo si è visto, negli altri ordinamenti europei neppure tanto frequente. Ciò che sembra, invece, essere realmente importante per identificare un meccanismo processuale come "premile" è che dall'applicazione dello stesso possa "fisiologicamente" derivare un beneficio (per l'appunto il premio), che si individua tramite un confronto con il trattamento (*lato sensu*) sanzionatorio che il prevenuto verrebbe a subire ove non aderisse a tale istituto. Al contrario, non sembrano "premiali" quegli strumenti processuali che consentano dei benefici solo in via patologica, ovvero sulla base di prassi contrarie alla lettera della legge. Ma, per l'appunto, non pare questo il caso del concordato in appello italiano. Da sempre, infatti, è stato il legislatore a stabilire che «se i motivi dei quali viene chiesto l'accoglimento comportano una nuova determinazione della pena, il pubblico ministero, l'imputato e la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria indicano al giudice anche la pena sulla quale sono d'accordo». Ebbene, preso atto che, evidentemente, l'imputato non darà il consenso a concordati che gli provocherebbero l'applicazione di pene più alte di quelle già irrogategli in primo grado, è chiaro che tale nuova determinazione della pena sarà al ribasso: ecco qui il "premio", il "beneficio" per il prevenuto.

Come si è già avuto modo di vedere, peraltro, proprio il concordato in appello italiano consente, dopo la novella del 2017, anche di individuare un ulteriore modo che gli ordinamenti hanno per "fissare" l'entità dei benefici. Al posto di stabilire una volta per tutte la misura del "beneficio" nella legge, infatti, può essere più conveniente autorizzare, con una specifica disposizione *ad hoc*, gli operatori pratici del diritto a individuare, tramite dei protocolli concertati, l'entità dei premi derivanti da un meccanismo processuale. Questa tecnica presenta precisi vantaggi: consente di limitare la probabilità che i meccanismi negoziati per cui non venga fissata l'esatta entità dello sconto di pena siano la fonte di abusi, come, per l'appunto, accadeva in passato per il patteggiamento in appello, senza, però, rinunciare a mantenere una certa "flessibilità", essendo sempre possibile ricontrattare i protocolli e le linee guida dopo un certo periodo di tempo.

Giunti a questo punto è opportuna una precisazione. Se, per quanto concerne le forme di *bargaining* sulla pena, le differenze in punto di premialità tra i vari istituti contrattati qui studiati sono assai marcate, al contrario, la situazione pare diversa per quelli che la Corte europea ha definito *plea bargaining leading to*

*the discontinuation of criminal proceedings*¹⁶⁵ (ovvero, in sintesi, i negoziati sulle archiviazioni condizionate).

Difatti, sia una *composition pénale* francese, sia un'archiviazione ex art. 153a *StPO*, sia una *diversion* austriaca, o, con tutte le differenze del caso, persino una messa alla prova italiana, presentano in comune due benefici principali del tutto analoghi. In primo luogo, infatti, questi meccanismi consentono di sostituire la sanzione penale ordinaria, detentiva o pecuniaria che sia, con una attenuata, che normalmente (ma non in Italia) consiste nel pagamento di una somma di denaro allo Stato, oppure in attività *lato sensu* riparative. In secondo luogo, essi permettono al prevenuto di evitare lo stigma della condanna, posto che ove questi terrà effettivamente il comportamento promesso all'autorità verrà prosciolto nonostante per quella regiudicanda sarebbe necessario esercitare l'azione penale o la stessa andrebbe portata a compimento.

A variare, saranno poi altri aspetti, quali la natura e l'entità di questa sorta di sanzione "sostitutiva" anticipata che il soggetto viene a eseguire volontariamente, oppure il lasso di tempo entro cui tali istituti potranno operare.

Orbene, è d'altra parte chiaro che, nonostante i meccanismi in questione presentino una sorta di nucleo comune (per l'appunto costituito dal fatto che fanno evitare la sanzione penale vera e propria e consentono di evitare una condanna), a seconda di quanto i legislatori struttureranno in modo rigido o flessibile le singole prestazioni positive che i prevenuti potranno svolgere, renderanno tali istituti più o meno aperti alla negozialità.

Si pensi, ad esempio, all'enorme differenza che intercorre tra una *composition pénale* francese, oppure a un'archiviazione ex art. 153a *StPO* tedesca: nel primo caso è la legge a fissare direttamente l'entità massima di *amende de composition* che il prevenuto sarà chiamato a pagare, nel secondo no.

È quindi chiaro che si ripropongano, in questo modo, pur con riferimento a dei meccanismi di *diversion*, delle questioni simili rispetto a quanto si è affermato con riguardo ai veri e propri concordati sulla sanzione (quali la *CRPC* o la *Verständigung*). Difatti, mentre nella *composition pénale* è il legislatore a stabilire che tra i benefici che rendono conveniente tale meccanismo vi è anche il fatto che lo stesso comporta l'applicazione di un'ammenda di una determinata entità, al contrario, in Germania gli imputati non possono sapere in astratto quanto potrebbe essergli conveniente aderire a un'archiviazione condizionate. Non vi sono, peraltro, dubbi nell'affermare che il sistema tedesco presenta sì il vantaggio di potersi meglio adeguare alle esigenze concrete, ma, al contempo, lo svantaggio (ben peggiore) di poter creare delle situazioni paradossali, quali il

¹⁶⁵ Corte Eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, §63.

pagamento di una somma di più di cento milioni di euro per ottenere un'assoluzione¹⁶⁶.

Giunti a questo punto, pare opportuna una precisazione. Non va, infatti, dimenticato che gli Stati europei non sono totalmente liberi nello stabilire i premi con cui "remunerare" le rinunce dei prevenuti ai loro diritti fondamentali. È, infatti, noto che, dal canto suo, la Corte EDU, sin dagli anni Ottanta, ha affermato che se è pur vero che gli ordinamenti possono predisporre dei vantaggi per invogliare i soggetti sottoposti a procedimento penale ad accettare delle intese, questi non possono però forzarli a prestare il loro consenso mettendogli innanzi a due alternative (il processo ordinario, da una parte, e l'accordo dall'altra parte) tra le quali esista una «*flagrant disproportion*»¹⁶⁷. Secondo i giudici di Strasburgo, infatti, ove vi sia una differenza del tutto sproporzionata tra il trattamento che il prevenuto riceverebbe a seconda se aderisse o meno alla "transazione", allora il consenso dato dal prevenuto non sarebbe realmente libero, ma, al contrario, coartato dallo Stato¹⁶⁸.

Si coglie, insomma, nel ragionamento della Corte dei diritti umani una sorta di analogia con quanto affermato dalla più autorevole dottrina statunitense pochi anni prima con riguardo al *plea bargaining*: lo stesso può trasformarsi in una vera e propria forma di tortura psicologica ove il prevenuto si veda promessi dei benefici tanto convenienti da non poter fare altro che accettare di dichiararsi colpevole¹⁶⁹.

Giova peraltro ribadirlo: da quanto consta, la Corte europea non ha attivato questa sorta di "freno d'emergenza" della *flagrant disproportion* se non proprio nel noto caso *Deweert c. Belgio* del 1980, quando ha considerato che porre il prevenuto davanti alla scelta di vedersi inibita la continuazione della sua attività commerciale, fino a quando o non avesse pagato una somma di denaro, assai modesta, a titolo di transazione, o non fosse stato giudicato dal tribunale, avrebbe coartato in modo irresistibile il suo consenso prestato al *pactum*, rendendo quindi viziata la rinuncia di questi ai suoi diritti convenzionalmente tutelati.

¹⁶⁶ H. KUDLICH, *Ecclestone, Verständigungsgesetz und die Folgen – Reformbedarf für § 153 a StPO?*, in *ZRP*, 2015, pp. 10 ss.

¹⁶⁷ Cfr. Corte eur., 27 gennaio 1980, *Deweert c. Belgio*, §51. In merito a tale pronuncia cfr. M.-A. BEERNAERT, *Négociation sur la peine et procès équitable*, in *Rev. Trim. dr. H.*, 2003, pp. 970 ss.; P. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, 2001, p. 147.

¹⁶⁸ Cfr. Corte eur., 27 gennaio 1980, *Deweert c. Belgio*, §51.

¹⁶⁹ Ci si riferisce a J.H. LANGBEIN, *Torture and Plea Bargaining*, in *The University of Chicago Law Review*, 1978, pp. 3 ss.

Al contrario, invece, in altre decisioni - anche riguardanti l'Italia - i giudici di Strasburgo hanno invece stabilito in modo espresso che la scelta di un accusato di rinunciare a certe garanzie processuali può essere considerata come libera e volontaria «*même s'il visait à obtenir un avantage sur le plan de la sanction pouvant lui être infligée*»¹⁷⁰

Di modo che, in sostanza, si può oramai pacificamente affermare che è del tutto legittimo, da un punto di vista convenzionale, assicurare ai prevenuti uno sconto di pena - quantificabile pur in anni di detenzione o nello stesso passaggio da una pena detentiva a una mera ammenda¹⁷¹ - in cambio della sua rinuncia alle garanzie convenzionali, dovuta all'adesione a un concordato. Ciò che però non si può fare è creare, tramite dei benefici, una situazione di vera e propria costrizione psicologica nei confronti del prevenuto, posto che, in tal caso, vi sarà una violazione delle sue garanzie convenzionali.

Alla luce di ciò non sembra, quindi, affatto porsi in contrasto con la Convenzione europea la disciplina italiana del patteggiamento, nonostante il nostro legislatore sia stato quello che, senza dubbio, ha configurato il numero maggiore di benefici rispetto a tutti gli altri qui studiati¹⁷².

Mentre, infatti, in Francia e in Germania i vantaggi di una CRPC e di un'intesa negoziata sono, in buona sostanza, pressoché solo quantificabili in uno sconto di pena, al contrario in Italia soprattutto l'applicazione della pena su richiesta delle parti infrabiennale assicura ai prevenuti tutta una serie di *fringe benefits* non solo non previsti, ma a dir la verità assolutamente impensabili negli altri Paesi.

Basti, ad esempio, pensare alla mancanza di pubblicità del rito oppure alla mancata decisione del giudice sulla domanda della parte civile, che rendono sicuramente incostituzionale il patteggiamento italiano agli occhi della Corte costituzionale francese (e per il primo aspetto anche per il *BverG*).

Ma a ciò si aggiunge il fatto che il patteggiamento "*minor*" comporta non solo la mancata applicazione delle pene accessorie, ma anche delle misure di sicurezza (a eccezione della confisca). Orbene, non sfuggirà la totale differenza che su questo ultimo aspetto vi è tra la disciplina italiana e questa volta non solo tedesca, ma anche spagnola: nel primo Paese, infatti, è posto un vero e proprio divieto di negoziare sulle misure di sicurezza, mentre nel secondo si stabilisce

¹⁷⁰ Così, Corte eur., 20 giugno 2002, Sez. I, *Borghini c. Italia*, sulla quale cfr. M.-A. BEERNAERT, *Négociation sur la peine et procès équitable*, cit., p. 967 s.

¹⁷¹ M. BEERNAERT, *Transactions, accords de plaider coupable et autres procédures judiciaires simplifiées*, cit., p. 211.

¹⁷² Cfr., per un cenno a riguardo, V. FANCHIOTTI, *Il patteggiamento "allargato" nella prospettiva comparata: dal sistema statunitense ai modelli europei e sovranazionali*, in AA.VV., *Patteggiamento "allargato" e giustizia penale*, cit., p. 131.

che gli eventuali accordi sul punto non vincolano il giudice. Insomma, quelli che altrove sono divieti in Italia sono – in determinati casi – dei veri e propri benefici stabiliti *ex lege*.

L'unico istituto che – anche se solo lontanamente – assomiglia al patteggiamento infrabiennale italiano è la *conformidad premiada* nei giudizi rapidi che assicura oltre allo sconto di pena di un terzo (secco) anche degli ulteriori (anche se lievi) *fringe benefits*.

La comparazione con gli altri modelli europei, peraltro, fa comprendere come il legislatore del 2003, diminuendo radicalmente i benefici per il patteggiamento “allargato” si è, forse inconsapevolmente, avvicinato di più a quanto fatto da molti altri ordinamenti europei, dove, per l'appunto, la giustizia negoziata porta quasi solo a sconti di pena “in senso stretto”.

A risultare fuori dal coro è insomma la logica che ha mosso i codificatori dell'88 che hanno voluto talmente favorire i patteggiamenti da aver persino stabilito che all'esito di tale rito il giudice pronuncia una sentenza che «salve diverse disposizioni di legge [...] è equiparata a una pronuncia di condanna». Al di là del fatto che la dottrina più accorta – pur contrastata da parte della giurisprudenza¹⁷³ – è arrivata comunque oramai pacificamente alla conclusione per cui anche la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti sia una vera e propria “condanna”¹⁷⁴, la dizione utilizzata dal legislatore italiano si distingue nettamente da quella, ad esempio, preferita dal suo omologo francese. L'art. 495-11 *cod. proc. pén.* stabilisce, infatti, che l'ordinanza di omologazione del giudice «a les effets d'un jugement de condamnation». Il che, in sostanza, significa che i *conditores d'Oltralpe*, pur non considerando possibile qualificare come sentenza una pronuncia non emessa a esito del dibattimento, non hanno però solo equiparato la decisione di CRPC, salvo diversamente stabilito, a una condanna, ma hanno stabilito senza mezzi termini che tale peculiare ordinanza ha (tutti) gli effetti di un vero e proprio *jugement de condamnation*. Dal canto suo, invece, il legislatore italiano ha concesso un beneficio “estremo” ai prevenuti che aderiscono al patteggiamento (*minor* o *maior* che sia), che in Francia non si è voluto creare, ovvero quello di essere giudicati sulla base di una decisione che, quantunque possa essere qualificata come condanna, non ne produce tutte le conseguenze giuridiche.

¹⁷³ Per un quadro sul punto cfr. M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 18.

¹⁷⁴ Si vedano a riguardo, per tutti, F. CAPRIOLI, voce *Condanna*, cit., p. 115; E. MARZADURI, *Brevi considerazioni sui poteri del giudice nell'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 729 ss.; T. TREVISSON LUPACCHINI, *Natura della sentenza che applica la pena su richiesta delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, pp. 1109 ss.; F. PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, cit., p. 20.

10. Giustizia negoziata e forma della decisione

È proprio dalla scelta del legislatore italiano di aver semplicemente “equiparato” a una sentenza di condanna la decisione con cui viene accolto un patteggiamento, che pare utile partire per svolgere alcune brevi considerazioni sugli effetti che la giustizia negoziata produce sull’atto processuale con cui il giudice fa terminare una regiudicanda penale dopo che è intervenuto un accordo tra le parti.

Il presente studio comparato permette infatti di osservare che i legislatori francesi, italiani, tedeschi e spagnoli hanno compiuto scelte assai diverse nel regolare (o meno) le modalità attraverso i cui i decisori debbono “motivare” una CRPC, una pronuncia di *conformidad*, una *Verständigung* o un patteggiamento.

Da un punto di vista strettamente “nominalistico”, l’opzione della legge Perben II di qualificare le decisioni che concludono un rito ex art. 495-7 e ss. *cod. proc. pén.* quali mere “ordinanze di omologazione” sembra senz’altro la più peculiare. Gli altri *conditores* hanno infatti denominato le pronunce negoziate “sentenze”.

Il riferimento al fatto che il giudice debba solo “omologare” con un’ordinanza gli accordi tra le parti su una CRPC potrebbe, invero, far pensare, da un lato, che i giudici d’Oltralpe siano chiamati ad effettuare *ex ante* dei controlli poco penetranti, sostanzialmente notarili, e *ex post* che possano limitarsi a motivare in modo succinto la decisione conclusiva del rito. Ebbene, questa prima impressione sarebbe del tutto erronea: i *conditores* francesi, infatti, non hanno solo stabilito che il Tribunale o il decisore delegato a omologare una CRPC debbano compiere una serie nutrita di verifiche sia di diritto, sia di merito sul *pactum*, ma hanno anche esplicitato dei compiti di “verbalizzazione” della decisione alquanto penetranti. Si è avuto modo di accennare che l’art. 495-11 *cod. proc. pén.* specifica espressamente che l’ordinanza di omologa deve contenere una motivazione relativa al riconoscimento dei fatti, alla accettazione della pena e alla congruità di questa con riguardo alle circostanze del reato e alla personalità dell’autore. Dal canto suo, peraltro, la circolare del 2004 – nella quale sono contenuti degli specifici modelli di ordinanze di omologa – ha ancora stabilito che i giudici devono motivare anche sul fatto «*que la culpabilité de la personne est établie pur les faits tels que qualifiés dans la requête du procureur de la République, puisque cette vérification essentielle résulte expressément de l’article 495-9*»¹⁷⁵.

Alla luce di ciò ben si comprende perché sempre l’art. 495-11 *cod. proc. pén.* qualifica, in modo assai netto, tali ordinanze come *jugement de condamnation*.

¹⁷⁵ MINISTRE DE LA JUSTICE, *Circulaire* del 2 settembre 2004, n. CRIM-04.12.E8-02.09.04, cit., p. 30.

Il legislatore spagnolo, a differenza di quello francese, ha considerato possibile stabilire delle formalità assai semplificate per la redazione delle *sentenze di conformidad*.

Nel punto 6 dell'art. 787 *LECrim*, infatti, si afferma che «*la sentencia de conformidad se dictará oralmente y documentará conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 789, sin perjuicio de su ulterior redacción. Si el fiscal y las partes, conocido el fallo, expresaran su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia*».

In estrema sintesi, tramite il richiamo all'art. 789 *LECrim* si è voluto consentire al giudice di predisporre nell'immediato una motivazione particolarmente "succinta", risparmiando così energie processuali per i casi controversi.

L'idea dei *conditores* spagnoli è infatti chiara: siccome la sentenza di *conformidad* è frutto di un accordo tra le parti, allora la stessa andrà impugnata solo in un numero assai ristretto di casi, di modo che è del tutto inutile far predisporre delle motivazioni "ordinarie" ai decisori.

Si tratta di un ragionamento logico soprattutto per un istituto negoziato, quale la *conformidad*, in cui il giudice non ha il potere di compiere alcun accertamento sulla responsabilità del prevenuto prima di accettare l'accordo, posto che l'enunciato fattuale di cui all'imputazione risulta provato dalla sola adesione di questi all'imputazione.

La grande differenza tra l'impostazione accolta in Francia e in Spagna fa peraltro già comprendere come, quantomeno in tali Paesi, la disciplina concernente la redazione delle motivazioni delle sentenze negoziate si lega in modo inscindibile con il profilo delle impugnazioni previste contro tali decisioni.

Ove, infatti, come avviene in Francia, il prevenuto disponga del potere di presentare appello, anche per ragioni di merito, nei confronti delle ordinanze di omologazione è necessario che i giudici predispongano una motivazione non troppo differente rispetto a quella di un procedimento ordinario; nel caso in cui, invece, il fatto che una sentenza sia frutto di accordi tra le parti porti il legislatore a restringere il potere di proporre gravame rispetto a quanto normalmente avviene, allora anche la motivazione potrà essere più stringata, adattandosi rispetto alle censure che saranno effettivamente sollevabili.

Dal canto suo, la legge sulle intese del 2009 non ha dettato in materia di motivazione delle sentenze frutto di una *Verständigung* una disciplina *ad hoc* così articolata come quella francese e spagnola. La stessa ha infatti solo previsto che le motivazioni devono specificare se la sentenza sia stata preceduta da un accordo *ex §257c StPO*. La ragione di quest'obbligo di "verbalizzazione" è chiara: si è invero così voluto evitare che le parti continuassero anche dopo la riforma a

stipulare delle *Absprachen* informali, di cui non rimanesse traccia da nessuna parte.

Peraltro, se la scelta del legislatore tedesco di non stabilire una serie nutrita di regole sulla motivazione delle sentenze frutto di intese si spiega alla luce del fatto che, a ben vedere, le *Verständigungen* non danno vita a un procedimento speciale rispetto al rito ordinario, ma semplicemente rendono più snello il dibattimento, che, anche dopo l'accordo (almeno in teoria) dovrà continuare il suo normale corso, assai più singolare è l'opzione fatta propria dal codice Vassalli.

Come è infatti noto, i *conditores* italiani hanno dettato una disciplina scarna – se non quasi inesistente – in merito alla struttura delle decisioni di patteggiamento¹⁷⁶. La legge, infatti, oltre a stabilire che la pronuncia con cui viene accolto l'accordo delle parti è equiparata, salvo diversamente stabilito, a una condanna, si limita a precisare che la stessa va immediatamente pronunciata¹⁷⁷ con la forma della sentenza (art. 444, comma 2, c.p.p.) nel cui dispositivo va enunciato il fatto che vi è stata richiesta delle parti.

Orbene, data la mancanza di una disciplina *ad hoc* in materia di motivazione di una sentenza di patteggiamento, il modello di riferimento per strutturare queste decisioni dovrebbe – sulla base delle regole generali¹⁷⁸ – essere l'art. 546 c.p.p.¹⁷⁹. E ciò potrebbe anche essere giustificato dato il novero non indifferente di controlli, assolutamente non notarili, che i giudici devono compiere prima di accertare un *pactum*. La prassi però è stata di diverso avviso dato che, anche su questo punto, ha “riscritto” completamente il codice. La Cassazione infatti ha richiesto per le sentenze di patteggiamento una motivazione assolutamente sintetica, accontentandosi di un accertamento positivo (sulla sussistenza dell'accordo, sulla correttezza della qualificazione giuridica del fatto, sulla comparazione delle circostanze, sulla congruità della pena patteggiata e, eventualmente, sulla concedibilità della sospensione condizionale della pena) e uno negativo – a seconda dei casi più o meno sommario – (sull'esclusione della sussistenza di cause di non punibilità o di non procedibilità o estinzione del reato)¹⁸⁰. Se, peraltro, non è questa certamente la sede per criticare questo orientamento pretorio, una cosa è certa: esso è frutto della medesima logica che ha portato il legislatore spagnolo a stabilire una disciplina semplificata per la redazione delle sentenze di *conformidad*. Difatti, in

¹⁷⁶ In argomento, per tutti, F. PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, cit., pp. 25 ss.

¹⁷⁷ Si veda, a riguardo, D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 346.

¹⁷⁸ F. PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, cit., p. 25.

¹⁷⁹ Cfr., sul punto, in modo esplicito, Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁸⁰ Sul punto, per tutte, Cass., Sez. Un., 27 marzo 1992, n. 5777, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2060.

questo modo anche la suprema Corte italiana ha sostanzialmente fatto comprendere di ritenere che le sentenze di patteggiamento, proprio in quanto frutto un accordo tra le parti, possono essere assai più sintetiche, essendo sufficiente che la loro motivazione si rapporti ai controlli che il giudice deve compiere sul *pactum*, cosicché, poi, le parti possano esercitare i loro limitati poteri di impugnazione. Di modo che, nel nostro Paese è spettato al formante giurisprudenziale ristabilire quel collegamento, altrove fissato dal legislatore, tra motivazione e impugnazioni proponibili avverso una decisione giurisdizionale. Se, infatti, con il suo silenzio, il codificatore italiano ha paradossalmente “largheggiato”, al contrario, la Cassazione, preso atto anche del fatto che i patteggiamenti – di norma – sono solo ricorribili, ha considerato possibile adattare direttamente lei la struttura argomentativa di queste decisioni alle valutazioni di merito e rito che i giudici devono compiere in questa sede.

11. *Giustizia negoziata e impugnazioni*

Nel corso della presente analisi si è visto che anche il rapporto tra giustizia negoziata e impugnazioni è duplice.

Da un lato, infatti, vengono in rilievo i possibili mezzi di controllo che possono essere attivati nei confronti di una sentenza che si fondi su un accordo tra le parti (ovvero la tematica delle impugnazioni ammissibili avverso gli istituti negoziati).

Da un altro lato, invece, si collocano quei meccanismi di contrattazione che hanno a oggetto la possibilità attribuita alle parti di impugnare una decisione o che comunque operano all'interno di un giudizio di gravame (ovvero la giustizia contrattata sulle impugnazioni o che opera in seno alle stesse).

Per quanto concerne la prima questione, gli ordinamenti qui studiati sembrano dividersi nettamente in due gruppi: se, infatti, il sistema italiano e quello spagnolo presentano vistose analogie, al contrario gli stessi si differenziano nettamente da quelli francese, tedesco e austriaco, che, invece, hanno diverse somiglianze.

In Italia e in Spagna, infatti, i legislatori hanno previsto significative limitazioni normative, via via potenziate nel corso degli anni, alle impugnazioni nei confronti delle decisioni frutto di intese tra le parti. Al contrario, in Francia, Germania e, ovviamente, in Austria, si è deciso di non stabilire alcuna peculiare restrizione normativa alla possibilità per gli imputati di impugnare una pronuncia frutto di una *Verständigung* o un'ordinanza di CRPC.

La ragione principale di questa distinzione è chiara.

Sembra, infatti, che il legislatore del nostro Paese e quello spagnolo abbiano fatto propria una massima di fondo, rigettata, invece, dagli altri Stati. L'idea che sta alla base dell'inappellabilità delle sentenze di patteggiamento prima, della progressiva erosione pretoria dei motivi di ricorso per cassazione proponibili avverso tali decisioni poi e, infine, della creazione dell'art. 448, comma 2-bis, c.p.p. è quella per cui chi conclude un patto con lo Stato non deve poi poterlo mettere in discussione, se non in casi del tutto eccezionali, perché quella decisione corrisponde all'interesse che le parti stesse hanno ritenuto soddisfare¹⁸¹. Detto altrimenti: i *conditores* italiani e spagnoli hanno previsto forti limiti alla possibilità di impugnare le sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti, nonché di *conformidad*, proprio perché le stesse si basano sulla volontà delle parti: si è voluto limitare insomma il rischio che l'atto di promozione del gravame si trasformi in una revoca postuma del consenso prestato in precedenza¹⁸². Non è un caso, del resto che già la prima versione del codice Vassalli stabilisse, invece, che le sentenze *ex art. 444 c.p.p.* fossero appellabili soltanto nel caso – del tutto residuale – in cui il giudice applicasse la pena richiesta dall'imputato nonostante il dissenso del pubblico ministero¹⁸³.

Peraltro, l'idea per cui il prevenuto e i pubblici ministeri non dovrebbero mettere in discussione *ex post* un'intesa conclusa con lo Stato pur essendo senz'altro logica – posto che, da un lato, si basa sul canone generale del *pacta sunt servanda*¹⁸⁴, e, da un altro lato, consente ai riti negoziati di incrementare i loro effetti deflativi – se portata agli estremi sembra alquanto pericolosa, se non controproducente.

Si è infatti già richiamato il fatto che la volontà della Cassazione italiana (ma anche dei giudici spagnoli¹⁸⁵) di contrastare quelle che ha spesso considerato impugnazioni meramente pretestuose, presentate al solo fine di evitare il passaggio in giudicato di una decisione voluta dalle stesse parti, l'ha portata, nel corso degli anni, a riformulare in via pretoria l'intera disciplina della ricorribilità

¹⁸¹ Esprime assai efficacemente tale idea Cass., Sez. Un., 25 gennaio 2005, n. 4419, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3433.

¹⁸² L'espressione, diventata poi nota, si deve a F. PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, cit., p. 195.

¹⁸³ In argomento si veda la già citata analisi organica di R.M. GERACI, *L'appello contro la sentenza che applica la pena su richiesta*, Padova, 2011.

¹⁸⁴ Si vedano, tra le moltissime sentenze spagnole che richiamano tale canone per giustificare la ristretta impugnabilità delle *conformidades*, Tribunal Supremo, 3 maggio 2016, n. 1944, in www.poderjudicial.es; Tribunal Supremo, 7 aprile 2016, n. 1505, *ivi*; Tribunal Supremo, 9 aprile 2015, n. 1389, *ivi*; Tribunal Supremo, 12 giugno 2013, n. 3149, *ivi*.

¹⁸⁵ Si veda a riguardo, assai efficacemente, M. J. CORTÉS LÓPEZ, *¿Es posible recurrir en casación una sentencia dictada de conformidad?*, in www.noticias.juridicas.com.

delle sentenze di patteggiamento e a compiere delle palesi forzature esegetiche¹⁸⁶.

Se, infatti, la disciplina originaria del codice Vassalli non stabiliva alcuna disposizione *ad hoc* in materia di ricorso di legittimità avverso le sentenze *ex art. 444 c.p.p.*, la suprema Corte italiana ha utilizzato molteplici espedienti per diminuire al minimo i gravami effettivamente ammissibili avverso queste pronunce, riuscendo appieno nei suoi intenti. Com'è noto, infatti, la gran parte delle impugnazioni nei confronti delle pronunce negoziate è stato costantemente dichiarato inammissibile nel corso degli anni¹⁸⁷.

Così, anzitutto, una serie di decisioni hanno prospettato una generale carenza di «legittimazione ad impugnare [...] il provvedimento che abbia accolto totalmente la richiesta di applicazione della pena - [...] come concordemente indicata delle parti»¹⁸⁸.

Altre, invece, hanno sostenuto una particolare resistenza delle sentenze patteggiate rispetto ai ricorsi facendo leva ora sul requisito della specificità dei motivi¹⁸⁹, ora su un'interpretazione estensiva del concetto di interesse ad impugnare¹⁹⁰.

Un terzo indirizzo ha poi affermato che avverso tali pronunce si sarebbe potuto adire la suprema Corte esclusivamente in applicazione dell'art. 111, comma 7, Cost. e, quindi, solo per violazione di legge¹⁹¹.

¹⁸⁶ In argomento, per tutti, S. CARNEVALE, *L'interesse ad impugnare nel processo penale*, cit., pp. 272 ss.; A. SANNA, *L'eclissi della legalità nel rito negoziale*, cit., pp. 926 s.

¹⁸⁷ Si pensi, ad esempio, che, nel corso del 2016, la percentuale di ricorsi dichiarati inammissibili presentati avverso tali decisioni si è attestata all'87, 7% (cfr. CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, UFFICIO DI STATISTICA, *La Cassazione penale. Anno 2016*, consultabile in www.cortedicassazione.it, p. 43). Come si ricava dall'Annuario statistico dell'anno precedente, la percentuale nel 2015, invece, era dell'85, 3% (p. 48), mentre nel 2014 la stessa era ben inferiore, attestandosi al 79, 7% (p. 71).

¹⁸⁸ Così, tra le moltissime, Cass., Sez. II, 30 gennaio 2015, n. 10066, in www.dejure.it; Cass., Sez. II, 30 maggio 2014, n. 23565, *ivi*; Cass., Sez. II, 6 dicembre 2013, n. 3272, *ivi*; Cass., Sez. II, 12 dicembre 2012, n. 48748, *ivi*; Cass., Sez. IV, 7 aprile 2004, n. 18046, *ivi*. In senso critico, S. CARNEVALE, *L'interesse ad impugnare*, cit., p. 271.

¹⁸⁹ Cfr., Cass., Sez. Un., 24 giugno 1998, n. 11493, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, p. 827, secondo cui «nell'ipotesi di impugnazione di una decisione assunta in conformità alla richiesta formulata dalla parte [...] l'esigenza di specificità del discorso giustificativo della ragione di impugnazione deve ritenersi più pregnante rispetto ad ipotesi di diversa conclusione del giudizio, dato che la censura sul provvedimento che abbia accolto la richiesta dell'impugnante deve impegnarsi a demolire, prima di tutto, proprio quanto richiesto dalla stessa parte».

¹⁹⁰ Il riferimento è a Cass., Sez. Un., 25 gennaio 2005, n. 4419, cit., p. 3433. In senso critico rispetto a un risalente orientamento sul punto, cfr. A. DIDI, *In tema di impugnabilità della sentenza di patteggiamento*, in *Giust. pen.*, 1994, III, c. 665.

¹⁹¹ In tal senso, cfr. Cass., Sez. VI, 4 giugno 2010, n. 32566, in www.dejure.it; Cass., Sez. VI, 3 febbraio 2006, n. 11663, *ivi*; Cass., Sez. VI, 28 novembre 2005, n. 3432, *ivi*; Cass., Sez. I, 30 novembre

Alcuni filoni giurisprudenziali hanno, invece, propugnato tesi ancora più estreme affermando – in via generale – che il patteggiamento determinerebbe una rinuncia a far valere «ogni questione od obiezione di qualsiasi natura».

Peraltro, le conseguenze di tale esegesi sono chiare: avendo fatto prevalere così nettamente la componente negoziale del patteggiamento rispetto a quella giurisdizionale, la suprema Corte pare aver, per certi versi, scardinato quel modello di disponibilità controllata creato per assicurare la tenuta costituzionale dell'istituto¹⁹². Il punto, infatti, è che al criterio generale di intangibilità dell'accordo non può non essere contrapposta l'esigenza di introdurre quantomeno un meccanismo giurisdizionale di controllo effettivo nei confronti delle decisioni negoziate, con cui limitare la possibilità di intese *contra legem*. È infatti inevitabile il rischio che, specie ove il giudice di primo grado venga abusivamente coinvolto nelle trattative, l'assetto degli interessi stabilito mediante un patto su una pena possa essere fonte di violazioni di tutta una serie di disposizioni imperative.

Nonostante la situazione fosse già preoccupante, la riforma "Orlando", dal canto suo, al fine di diminuire il numero considerato eccessivo di ricorsi proposto avverso le sentenze di patteggiamento, non ha soltanto recepito nella lettera della legge i più restrittivi orientamenti della giurisprudenza di legittimità, ma è andata persino oltre a quanto era stato detto in via pretoria.

Il legislatore, infatti, invece di seguire la strada tradizionale che passa per il recupero diretto nel codice dell'art. 111, comma 7, Cost., ha optato per una via senza dubbio più problematica¹⁹³, calibrando alcune limitate tipologie di motivi di ricorso sulle peculiarità del rito alternativo in esame ed esponendosi così al rischio di lasciare sforniti di tutela tutta una serie di vizi.

Come si è accennato, infatti, con l'approvazione della l. 23 giugno 2017, n. 103 le uniche ragioni di ricorso concretamente ammissibili avverso un patteggiamento sono i motivi attinenti all'espressione della volontà dell'imputato, al difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza, all'erronea qualificazione giuridica del fatto e all'illegalità della pena o della misura di sicurezza.

È dunque chiaro che neppure un'interpretazione estensiva della nuova disposizione può consentire di rimediare al mancato inserimento tra i motivi di ricorso di alcune ipotesi di violazione di legge, che paiono essere quindi state private di una qualsivoglia forma di tutela

1993, Laurenzana, in *Ced. Cass.*, n. 198268. In senso adesivo sul punto, cfr. F. CAPRIOLI, *Limiti di ricorribilità della sentenza patteggiata in caso di pena illegale*, in *Giur. it.*, 1993, II, c. 294.

¹⁹² Cfr. sul punto M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 21 s.

¹⁹³ Ritiene tale modifica coerente però P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1265.

Ci si riferisce, in particolare, ai vizi insanabili, quali le nullità assolute, l'inutilizzabilità e l'incompetenza funzionale o per materia del giudice, i quali, non essendo stati ricompresi, al di fuori delle ristrette ipotesi in cui possono essere fatti rientrare nel motivo concernente l'espressione di volontà dell'imputato, tra le ragioni indicate nell'art. 448 c.p.p., non sembrano poter più essere censurati in Cassazione¹⁹⁴.

Orbene, se in tal modo il riformatore ha portato alle estreme conseguenze quanto sostenuto da quella parte della giurisprudenza di legittimità che configurava l'accordo tra le parti come una rinuncia a far valere qualsivoglia eccezione processuale, l'impossibilità di denunciare tali *errores in procedendo* tramite ricorso per cassazione sembra porre il nuovo art. 448 oltre il confine della legalità costituzionale e, si badi, non solo in ragione di un suo palese contrasto con l'art. 111, comma 7, Cost.

Difatti, le invalidità insanabili sono state rese rilevabili anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, proprio perché finalizzate a presidiare diritti indisponibili¹⁹⁵ di rilevanza costituzionale, quali – ad esempio – gli artt. 2, 13 e 25 Cost., che di conseguenza vengono a subire un'indebita compressione ove le parti non possano più farle in nessun modo valere davanti al giudice nomofilattico.

Insomma, la scelta di restringere sino quasi a cancellare la possibilità di far valere tramite ricorso le più gravi violazioni della legge processuale rischia di trasformare il patteggiamento in una sorta di zona franca ove le norme indisponibili del codice di rito possono non trovare applicazione per il solo effetto del consenso.

Certo, dovrebbe esservi pur sempre un controllo del giudice di primo grado, posto che dovrebbe ancora valere il normale regime di rilevabilità degli *errores in procedendo* previsto dal codice, che non contempla cause di sanatoria per le invalidità assolute fondate sul mero consenso delle parti. Nondimeno è proprio su questo punto che una parte della giurisprudenza di legittimità si è fatta in passato più creativa, configurando, per l'appunto, l'accordo tra le parti quale causa di sostanziale rinuncia a far valere quasi ogni violazione della legge processuale. Orbene, pare che la restrizione dell'area di ricorribilità oggettiva delle sentenze di patteggiamento possa portare a generalizzare tali orientamenti, arrivando così a negare, non solo alle parti, ma pure al giudice di far valere *ex officio* la presenza di qualsivoglia invalidità, in quanto oramai "sanata" dall'intesa.

¹⁹⁴ Cfr., sul punto, G. SPANGHER, *La riforma Orlando della giustizia penale. Prime riflessioni*, in AA.VV., *La riforma Orlando*, cit., p. 19. Si veda anche A. MARANDOLA, *Modifiche ai riti speciali*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1318.

¹⁹⁵ Si legga, sul punto, M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena*, cit., p. 28.

I problemi suscitati dal metodo casistico utilizzato dal legislatore non finiscono però qui: vi sono infatti numerose altre ipotesi non ricomprese nel ristretto elenco di cui all'art. 448 c.p.p. in cui la possibilità di impugnare la sentenza di patteggiamento sembrava dover essere ammessa¹⁹⁶. Il caso emblematico è quello del vizio di motivazione della sentenza di patteggiamento, che - proprio in quanto non espressamente contenuto nella norma speciale dell'art. 448 c.p.p. - non potrà più essere fatto valere¹⁹⁷. Sul punto, la riforma cade certamente «al di fuori del perimetro costituzionale», vista la palese violazione del combinato disposto dell'art. 111, comma 6 e 7, Cost.

Nel momento in cui impedisce di eccepire il vizio di motivazione delle decisioni contrattate, il legislatore finisce inoltre per depotenziare indirettamente gli stessi controlli che il giudice è chiamato a effettuare prima di accettare il progetto di sentenza negoziata. Ciò che risulta particolarmente grave con riguardo al controllo negativo sulla declaratoria di determinate cause di non punibilità *ex art. 129 c.p.p.*: non si potranno più lamentare con il ricorso né la scorretta applicazione, né l'argomentazione inesistente sul controllo *ex art. 129 c.p.p.*, venendosi di conseguenza a creare un'ulteriore frizione dell'art. 448, questa volta con il combinato disposto tra gli artt. 27, comma 2 e 13 Cost.

Ma vi è di più. Non si potrà neppure denunciare l'assoluta incongruità della pena applicata dal giudice con la sentenza contrattata - che non sia illegale - rispetto alla gravità del reato, in palese frizione rispetto al principio di proporzionalità delle pene¹⁹⁸.

Gli esempi potrebbero continuare, ma una cosa è certa: la novella, impedendo di eccepire in sede di legittimità il fatto che il giudice di merito abbia male eseguito quantomeno una parte dei controlli a lui affidati, sembra aver fatto passare un messaggio antitetico rispetto a quello dato proprio dai codificatori dell'88 e dalla stessa giurisprudenza costituzionale successiva. L'equilibrio tra componente negoziale e giurisdizionale del rito si fondava, per un verso, sui controlli affidati al giudice rispetto a temi indisponibili e, per l'altro, sull'attivabilità di un sindacato rispetto a tali controlli. A seguito della novella, il codice continua a prevedere che vengano fatte delle verifiche, ma, nel contempo, esclude che si possa lamentare che alcune di esse non sono state fatte o sono state

¹⁹⁶ Cfr., sul punto, R. BRICCHETTI, *L'intento della riforma è scoraggiare i ricorsi solo defatigatori*, in *Guida dir.*, 2017, n. 32, p. 60, il quale cita il caso in cui si sia proceduto a patteggiamento allargato per un reato in relazione al quale lo stesso sarebbe escluso dal comma 1-bis dell'art. 444 c.p.p., oppure quello in cui con la sentenza concordata il giudice abbia condannato l'imputato a risarcire il danno alla parte civile e a pagare alla stessa una somma quale provvisionale.

¹⁹⁷ V. A. SANNA, *L'eclissi della legalità nel rito negoziale*, cit., p. 932.

¹⁹⁸ Cfr., sul punto, A. SANNA, *L'eclissi della legalità nel rito negoziale*, cit., p. 931.

eseguite in modo inadeguato: ciò in palese spregio – tra l'altro – del principio di non contraddizione¹⁹⁹.

Non va oltretutto tralasciato che, tramite l'art. 448, i *conditores* paiono aver indirettamente creato una gerarchia tra i controlli che il giudice del patteggiamento deve effettuare prima di accettare l'accordo. Quelli inerenti alla qualificazione giuridica e all'illegalità della pena, infatti, essendo denunciabili tramite ricorso, sono stati implicitamente classificati come più rilevanti rispetto a tutti gli altri, la cui mancata o erronea effettuazione non può essere lamentata innanzi alla suprema Corte. Pare, insomma, che sia passato il messaggio per cui le uniche verifiche che interessano realmente all'ordinamento siano quelle per cui è stato configurato un rimedio successivo in caso di scorretta o mancata effettuazione, mentre le altre, non essendo censurabili in alcun modo, sembrano essere state lasciate alla buona volontà del giudice di merito, venendo quindi svuotate di significato.

Spetterà ora alla Consulta *in primis* e – se del caso – alla stessa Corte di Strasburgo stabilire se il legislatore italiano con tale riforma sia andato troppo oltre, rendendo, in buona sostanza del tutto ineffettiva la fase di *judicial review* sul *pactum* che gli stessi giudici europei hanno considerato essenziale per la convenzionalità di un istituto contrattato.

Non va, peraltro, tralasciato che nei suoi precedenti la Corte EDU ha espressamente stabilito che «*it is normal for the scope of the exercise of the right to appellate review to be more limited with respect to a conviction based on a plea bargain, which represents a waiver of the right to have the criminal case against the accused examined on the merits, than it is with respect to a conviction based on an ordinary criminal trial. It reiterates in this connection that the Contracting States enjoy a wide margin of appreciation under Article 2 of Protocol No. 7*»²⁰⁰. Di modo che, in sostanza, sono stati gli stessi giudici di Strasburgo a considerare del tutto compatibili con la CEDU gli ordinamenti che prevedono limitazioni all'impugnazione nei confronti di istituti negoziati. Difatti, a detta di tale giurisdizione, spetta agli avvocati spiegare ai loro assistiti che tra gli effetti di un *plea bargaining* vi può essere anche una restrizione del diritto a impugnare del prevenuto²⁰¹.

Orbene, alla luce di questa esegesi così netta, si potrebbe essere portati a pensare che una marcata restrizione dei motivi di ricorso in cassazione avverso del patteggiamento come quella compiuta dalla riforma Orlando non dovrebbe, di per sé, dare problemi di convenzionalità.

¹⁹⁹ Si è ripreso qui il condivisibile ragionamento fatto da Cass., Sez. un., 19 gennaio 2000, Neri, in *Giur. it.*, 2001, p. 356.

²⁰⁰ Corte Eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, §96.

²⁰¹ Corte Eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, §96.

Una considerazione non va però trascurata: il fatto che i prevenuti, a seguito della falciatura delle ragioni di ricorso ammissibili avverso un patteggiamento, non possano più rivolgersi a nessun giudice nazionale per lamentare che il giudice del patteggiamento abbia male eseguito o non compiuto del tutto una serie di verifiche ritenute importanti dalla stessa Corte europea, pare aumentare di molto la probabilità che questi si rivolgano a Strasburgo per cercare giustizia, specie ove la Consulta non intervenga in fretta a rimediare ai danni provocati dal legislatore.

A quel punto sarà la stessa Corte EDU a dover stabilire se la scelta del legislatore di eliminare la possibilità per le parti di censurare l'erroneo (o mancato) svolgimento da parte del giudice del patteggiamento di quella fase di *judicial review* sul *bargain* da lei stessa considerata necessaria renda del tutto teorici e illusori²⁰² i diritti garantiti sul punto dall'ordinamento italiano. Ove, infatti, proprio in ragione della forte limitazione della ricorribilità oggettiva, nel nostro sistema processuale si sviluppasse delle prassi devianti tese a rendere un mero simulacro i controlli del giudice del patteggiamento sul *pactum* (quale ad esempio quello sull'art. 129 c.p.p. o sulla congruità della pena), non sembra che la Corte di Strasburgo potrebbe limitarsi a dire semplicemente che l'accusato doveva essere conscio del fatto che tramite l'adesione al patto avrebbe perso il diritto di impugnare. Giova precisarlo: un conto, infatti, è rinunciare alla possibilità di censurare tutta una serie di invalidità verificatesi prima dell'accordo tra le parti, mentre, invece, una questione del tutto diversa è la possibilità di lamentarsi che il giudice, dopo che il patto si è già concluso e senza che il prevenuto lo possa sapere *ex ante*, svolga in modo palesemente inefficiente il suo lavoro. Ove fossero chiamati in causa i giudici di Strasburgo dovranno insomma rispondere al quesito se rispetta la CEDU un ordinamento che prevede quale requisito implicito di un istituto negoziato anche l'impossibilità per l'imputato di poter lamentare innanzi a qualsiasi giudice nazionale il fatto che una parte dei controlli sul concordato siano stati fatti male o non siano stati proprio fatti.

Ebbene, la soluzione a questa problematica sembra effettivamente poter portare a una valutazione di non conformità del nostro ordinamento rispetto alla CEDU. Difatti, costruire una fase di *judicial review* su un concordato su una pena senza predisporre, per molti aspetti essenziali, nessuno strumento di verifica, sembra portare alla creazione di un meccanismo non effettivo, non accompagnato «*by sufficient safeguards against possible abuse of process*»²⁰³.

²⁰² Corte eur. dir. uomo, 13 maggio 1980, *Artico c. Italia*, § 33.

²⁰³ Corte Eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, §97.

A ogni modo, si è visto che, dal canto suo, anche il legislatore spagnolo – già quindi anni prima rispetto a quello italiano – aveva seguito un trend del tutto analogo, codificando nell’art. 787 *LECrim* un indirizzo pretorio del *Tribunal Supremo* che aveva limitato in via esegetica l’area di ricorribilità delle sentenze di *conformidad*²⁰⁴.

Peraltro, l’art. 787, comma 7, *LECrim* si lascia apprezzare, a differenza dell’art. 448, comma 1-*bis*, c.p.p. proprio perché stabilisce che «*únicamente serán recurribles las sentencias de conformidad cuando no hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada*». Il che, in sostanza, significa che i *conditores* spagnoli hanno con tale norma voluto sostanzialmente escludere che i prevenuti potessero impugnare per ragioni di merito le sentenze in questione, senza però privarli della possibilità di lamentare eventuali violazioni verificatesi nella procedura di *conformidad*²⁰⁵. Bene avrebbe fatto la riforma Orlando a seguire questa strada. Difatti, in tal modo, si sarebbe ottenuto lo scopo di evitare che venissero rimessi in discussione *ex post* dei patti conclusi in precedenza per motivi di mero fatto, ma non si sarebbe corso il rischio di impedire alle parti di rivolgersi alla Cassazione per lamentare, invece, che il giudice o le parti abbiano compiuto nel corso del rito contrattato delle violazioni di diritto particolarmente rilevanti.

Dal canto loro, l’ordinamento francese e quello tedesco non hanno, invece, affatto condiviso la massima per cui gli imputati non devono poter recedere *ex post* dal *pactum* presentando impugnazione nei confronti di una *CRPC* o un’intesa negoziata.

Non sembrano, peraltro, esservi dubbi che specie la scelta del legislatore tedesco sia stata il frutto del grande ruolo che ancora oggi viene a ricoprire in tale sistema giuridico il principio di ricerca della verità materiale²⁰⁶.

Difatti, l’opportunità che un giudice di grado più elevato, attraverso l’impugnazione della decisione negoziata, possa avvicinarsi di più alla “realtà” sembra essere stata considerata una possibilità più importante rispetto al vantaggio in termini di economia processuale che vi sarebbe con la restrizione normativa dei mezzi di gravame nei confronti delle pronunce negoziate.

²⁰⁴ S. QUATTROCOLO – A. LUACES GUTIERREZ, *Conformidad e patteggiamento: spunti per un’analisi comparata tra Spagna e Italia*, cit., p. 352.

²⁰⁵ Si veda sul punto M. J. CORTÉS LÓPEZ, *¿Es posible recurrir en casación una sentencia dictada de conformidad?*, cit.

²⁰⁶ Non va peraltro tralasciato che anche alcune proposte di codificazione delle *Absprachen* tedesche avevano suggerito di limitare per via normativa la possibilità di impugnare le sentenze frutto di tali intese, anche se poi tale idea non ha avuto un effettivo seguito normativo.

La logica pare, insomma, essere quella di autoresponsabilizzare gli imputati, considerando che, ove un soggetto voglia correre il rischio di vedersi aumentare in seguito il trattamento sanzionatorio impugnando una decisione frutto di un accordo, allora l'ordinamento deve assecondarlo, anche perché il risultato che verrà raggiunto potrà meglio corrispondere al vero. D'altra parte, trattandosi di meccanismi che possono essere fondati su una vera e propria confessione del prevenuto, il fatto che, proponendo impugnazione, questi tenga un comportamento in tutto o in parte incompatibile con la previa ammissione di responsabilità, può far sorgere un fondato dubbio circa l'effettiva valenza probatoria delle provalazioni autoaccusatorie effettuate in precedenza.

Sembrano peraltro esservi anche altre spiegazioni di questa peculiare scelta della Germania.

A ben vedere, infatti, già per come sono strutturate fisiologicamente le intese negoziate tedesche sarebbe sembrato alquanto singolare se fossero state previste delle limitazioni a impugnare una sentenza frutto di una *Verständigung*. Le stesse, infatti, non costituiscono un rito speciale a quello ordinario come, in buona sostanza, sono il *plaider coupable* francese (nonostante non sia definito come tale) o il patteggiamento italiano, né un istituto che permette di considerare provato l'enunciato fattuale di cui all'imputazione per la sola accettazione da parte del prevenuto degli addebiti, come è la *conformidad*. Al contrario, invece, le intese negoziate non costituiscono altro se non un mezzo per rendere più rapido il dibattimento ordinario – difatti non a caso, a differenza degli altri istituti, i patti tedeschi in questione si collocano per forza in tale sede – facilitando (spesso) l'onere della prova in capo allo Stato. Non è un caso, del resto, che la presenza di una *Verständigung* non determini affatto (quantomeno in linea teorica) un'immediata conclusione dell'istruzione probatoria. Orbene, proprio in ragione del fatto che il dibattimento debba proseguire anche dopo una piena confessione negoziata sembra rendere del tutto logico che, pur dopo una sentenza frutto di un'intesa, il processo possa continuare in sede di impugnazione, ove le parti lo vogliano.

Accanto a ciò sembra aver potuto giocare un ruolo in questa opzione di politica normativa il rigetto da parte della massima giurisprudenza tedesca nei confronti della prassi informali di includere nelle intese anche la rinuncia preventiva a proporre impugnazione. Le sentenze del *BGH*²⁰⁷ infatti paiono aver lasciato un segno troppo indelebile, perché si potesse, in buona sostanza, ricomprendere quale oggetto implicito del *pactum* una restrizione, compiuta questa volta direttamente da parte dello Stato, delle facoltà di impugnare.

²⁰⁷ Cfr. BGH, 03.03.2005 - GSSt 1/04, in *StV*, 2005, pp. 311-316.

Non va tralasciato il fatto che vi è una significativa differenza sul punto anche tra il sistema tedesco e quello francese. Nel secondo Paese, infatti, è vero che i prevenuti sono stati lasciati del tutto liberi di impugnare le *CRPC*, ma, al contempo, si è stabilito che i pubblici ministeri possono proporre avverso tali decisioni solo appello incidentale²⁰⁸. Il che, in sostanza, significa che si è voluto stabilire che non possono essere i *parquet* a iniziare a mettere in discussione gli accordi conclusi con gli imputati, ma sono solo questi ultimi a poter recedere *ex post* dal *pactum* proponendo impugnazione. Non è un caso del resto che la circolare del 2004 abbia espressamente parlato di un diritto dei prevenuti di «*changer d'avis*»²⁰⁹ tramite la proposizione di un gravame, ritrattando così la confessione fatta al *parquet* e al giudice in primo grado²¹⁰. Alla luce di ciò, pare insomma che l'impostazione francese più che legata di per sé a un'ossessiva ricerca della verità, sia motivata da ragioni di equità: si è infatti voluto concedere ai prevenuti la possibilità di pentirsi rispetto alla scelta fatta in precedenza e di tornare a essere giudicati in un normale processo d'appello, senza però dover temere che siano gli stessi rappresentanti dello Stato a recedere per primi da un accordo già ratificato dal giudice. Non va del resto tralasciato che la *Chambre des appels correctionnels* sarà in tal caso investita «di un vero e proprio giudizio di merito, allo stesso modo che se fosse chiamata a pronunciarsi sull'atto di appello contro la sentenza resa in primo grado dal *tribunal correctionnel*. I suoi poteri sono infatti del tutto identici»²¹¹. Merita infine ricordare che è stato lo stesso Consiglio costituzionale ad aver valutato positivamente la scelta normativa di fornire ampi poteri di impugnazione al prevenuto nei confronti di una *CRPC*: nella sua decisione del 2004, infatti, il giudice delle leggi d'Oltralpe ha ricompreso la facoltà del prevenuto di esercitare un vero e proprio diritto di recesso rispetto al patto concluso con il *parquet*, impugnando l'ordinanza di omologazione, come uno dei requisiti che garantiscono nell'insieme l'equità del nuovo rito²¹². Per una volta pare insomma potersi ben dire che il sistema "inquisitorio" francese sia stato ben più garantista non solo del modello "misto" tedesco o spagnolo, ma anche dell'accusatorio all'italiana.

Sembrano, infine, opportune alcune considerazioni in merito alle negoziazioni che hanno quale oggetto diretto la possibilità data alle parti di impugnare, o che comunque trovano la loro sede dopo il procedimento di primo grado.

²⁰⁸ Si veda art. 495-11 *cod. proc. pén.*

²⁰⁹ MINISTRE DE LA JUSTICE, *Circulaire* del 2 settembre 2004, n. CRIM-04.12.E8-02.09.04, cit., p. 33.

²¹⁰ Così, N. GALANTINI, *Plaider coupable e patteggiamento: due riti a confronto*, cit., p. 2777.

²¹¹ Cfr. N. GALANTINI, *Plaider coupable e patteggiamento: due riti a confronto*, cit., p. 2777.

²¹² Ci si riferisce a *Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004*, §108.

Nella presente analisi, infatti, si è avuto modo di vedere come sul continente europeo si siano sviluppate sia forme di accordi tra le parti che si costruiscono sulla base di uno scambio tra un trattamento sanzionatorio più mite da parte del giudice di primo grado a fronte di un impegno del prevenuto, preso ancor prima che sia stata pronunciata una condanna nei suoi confronti, a non esercitare in seguito la facoltà di impugnare, sia intese sulla rinuncia parziale o totale a motivi di gravame già proposti.

La prima prassi si è sviluppata in via informale nell'ordinamento tedesco, che ha però tentato di contrastarla sia in via pretoria, apparentemente senza successo, sia con diverse disposizioni *ad hoc* contenute nella legge sulle intese del 2009.

Ed è sempre in Germania che la dottrina e la giurisprudenza hanno considerato possibile affermare che il §257c *StPO* può operare anche in sede di gravame, dato che il legislatore non ha stabilito in modo espresso un limite finale per la conclusione di una *Verständigung*. Si tratta, è evidente, di una peculiarità assai marcata rispetto agli altri istituti negoziati qui studiati, che sono attivabili soltanto nel procedimento di primo grado. Al massimo, come si è visto, in Italia è stata attribuita la possibilità ai giudici delle impugnazioni di recuperare delle richieste di patteggiamento ingiustamente rifiutate, ma non di recepire direttamente degli accordi *ex art. 444 c.p.p.* a loro stessi presentati.

Nel nostro Paese, invece, si è preferito optare per un meccanismo negoziato pensato *ad hoc* per i giudizi di gravame, ovvero il concordato sui motivi d'appello, che ha permesso alle parti di ideare una serie aperta di tipologie di trattative e di accordi concernenti una rinuncia totale o parziale delle ragioni contenute in impugnazioni già presentate.

Il patteggiamento in appello italiano – nonostante abbia avuto notevoli vicissitudini e in sostanza alterne fortune – sembra un meccanismo senz'altro più accettabile delle rinunce informali *ex ante* tedesche. Se, infatti, tramite un concordato sui motivi i prevenuti vengono solo a rinunciare *ex post* in tutto o in parte a un diritto già esercitato, sapendo oltretutto già prima a quale pena effettivamente sono stati condannati, le promesse preventive tedesche paiono senz'altro più insidiose. E ciò, in particolare, in quanto le stesse impediscono al prevenuto di poter attivare qualsiasi mezzo di controllo sui patti, in realtà spesso più ampi, conclusi con il giudice di primo grado e il pubblico ministero. Tale prassi, in sostanza, è figlia della volontà di mantenere gli accordi come un affare "privato" tra quei rappresentanti dell'autorità e quel prevenuto: impedendo di impugnare l'intesa si vuole infatti sigillarla, rendendola così inattaccabile dall'esterno tramite l'intervento di terzi. In tal modo, però, si viene a creare un velo di omertà su quel singolo negoziato, e l'accusato, specie ove non difeso da

legali competenti, oppure non assistito del tutto da un avvocato, può veder violati i suoi diritti fondamentali.

Giova peraltro precisare che, dal canto suo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha avuto modo di occuparsi sia del concordato italiano, sia della prassi nelle negoziazioni tedesche sulla rinuncia in appello, arrivando, in entrambi i casi, a negare che si fosse verificata una violazione delle garanzie convenzionali.

Nel già citato caso *Borghi c. Italia*, infatti, i giudici di Strasburgo hanno analizzato quella peculiare forma di concordato, inserita in via transitoria dalla legge del 19 gennaio 1999, n. 14, che consentiva di negoziare la rinuncia ai motivi di impugnazione persino nel giudizio di cassazione. Ed è proprio in tale occasione che la Corte ha affermato che «*il est vrai que le choix du requérant de demander l'adoption de la procédure prévue à l'article 3 de la loi n° 14 du 14 janvier 1999 visait à obtenir un avantage sur le plan de la sanction qui aurait été infligée, à savoir l'application de la peine que l'accusé avait négociée avec le procureur général près la Cour de cassation. Cependant, aux yeux de la Cour, la possibilité d'obtenir d'éventuels bénéfices ne saurait entacher la liberté d'une personne accusée de renoncer à tout moyen d'appel ou de pourvoi [...] Le choix du requérant devant être considéré comme libre et volontaire, la Cour conclut que l'intéressé n'a pas soumis les griefs qu'il souhaite porter à Strasbourg à toutes les instances nationales compétentes*»²¹³.

La prassi degli accordi sulle rinunce preventive alla facoltà di impugnare tedesca è stata, invece, esaminata nella recente sentenza *Litwin c. Germania*. Ebbene, in questa fattispecie i giudici di Strasburgo, dopo aver sostenuto in via generale che «*it appears to be a common feature of European criminal justice systems for a defendant to receive a reduction in his or her sentence for a guilty plea in advance of trial or for providing substantial co-operation to the police or prosecution*»²¹⁴ e che «*there is nothing unlawful or improper in that process which would in itself raise an issue under the Convention*»²¹⁵, hanno, in buona sostanza, ritenuto che questa particolare forma di negoziati non confliggesse di per sé con il diritto a un equo processo del ricorrente²¹⁶.

In tale occasione, infatti, che riguardava una fattispecie dei primi anni 2000 in cui non erano ancora in vigore la nuova legge sulle intese, ma soltanto la giurisprudenza pretoria sulle *Absprachen*, la Corte per arrivare ad affermare che «*that there were sufficient procedural safeguards in place in order to ensure that the applicant was not unduly influenced when waiving his right to appeal*»²¹⁷ si è in sostanza accontentata di due sole rapide considerazioni.

²¹³ Così, Corte eur., 20 giugno 2002, Sez. I, *Borghi c. Italia*.

²¹⁴ C. Eur., Sez. I, 3 novembre 2011, *Litwin c. Germania*, §38.

²¹⁵ C. Eur., Sez. I, 3 novembre 2011, *Litwin c. Germania*, §38.

²¹⁶ C. Eur., Sez. I, 3 novembre 2011, *Litwin c. Germania*, §47-48.

²¹⁷ C. Eur., Sez. I, 3 novembre 2011, *Litwin c. Germania*, §48.

In primo luogo, infatti, i giudici europei hanno valorizzato il fatto che la rinuncia parte del concordato fosse stata compiuta solo dopo che i negoziati fossero terminati e in un momento in cui il prevenuto era già a conoscenza della pena a cui era stato condannato²¹⁸. Il che, in sostanza, leggendo tra le righe altro non significa che il *Verzicht* era avvenuto in un momento in cui il prevenuto già poteva sapere che i termini dell'intesa informale erano stati rispettati dal giudice.

In secondo luogo, inoltre, la Corte ha fatto leva sul fatto che il prevenuto fosse stato in tutta la procedura assistito da un avvocato: «*according to the Federal Court of Justice's case-law already applicable at that time, a promise of a waiver of the right to appeal given during negotiations was not legally binding on a defendant. There is no apparent reason why the applicant's defence counsel should not have been aware of this case-law when declaring the waiver of the right to appeal*»²¹⁹.

Al di là di quanto possano essere convincenti questi argomenti – spesi, oltretutto, per salvare da una dichiarazione di non convenzionalità una prassi talmente problematica da essere stata considerata pacificamente illegale dallo stesso legislatore tedesco – una cosa è certa. Pure da questa decisione si comprende come la stessa Corte di Strasburgo abbia giocato una parte, non indifferente, nell'attuale moltiplicazione di istituti consensuali e negoziati in tutto il continente europeo. La suprema giurisdizione dei diritti umani, infatti, ha disilluso del tutto l'opinione di chi poteva pensare che consentire lo sviluppo di contrattazioni sulla pena significasse violare tutta una serie di principi fondamentali dei moderni sistemi processuali, tra cui il diritto a un processo equo e la presunzione d'innocenza. Tale tesi, infatti, da sempre sostenuta da numerosi autori europei (e non solo)²²⁰, alla fine non ha retto alla visione assolutamente pragmatica della Corte EDU, la quale ha solo stabilito dei paletti (assai) larghi agli ordinamenti che vogliano puntare sulla negozialità per deflazionare i loro sistemi processuali, dando, per il resto, un giudizio del tutto positivo di tale fenomeno. Secondo i giudici di Strasburgo, infatti, le diverse forme di *plea*

²¹⁸ C. Eur., Sez. I, 3 novembre 2011, *Litwin c. Germania*, §45.

²¹⁹ C. Eur., Sez. I, 3 novembre 2011, *Litwin c. Germania*, §47.

²²⁰ Si ricordino i noti lavori di Cfr. anche i noti lavori di B. SCHÜNEMANN, *Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen. Sitzungsbericht L zum 58. Deutschen Juristentag*, Bd. II, München, 1990, passim; ID., *¿Crisis del procedimiento penal (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)*, in ID., *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Madrid, pp. 288 ss.; ID., *La reforma del Proceso Penal*, Madrid, pp. 84 ss.; ID., *Zur Kritik des amerikanischen Strafprozessmodells*, in AA.VV., *Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008*, Berlin, 2008, pp. 555 ss. Si veda anche F. TULKENS, *Negotiated justice*, in AA.VV., *European Criminal Procedures*, a cura di M. Delmas-Marty – J.R. Spencer, Cambridge, 2005, p. 673 ss., nonché G. MANNOZZI, *Commisurazione e negoziato sulla pena nell'esperienza statunitense*, cit., pp. 177 ss. alla quale si rimanda per una sintesi di tutte le critiche che la dottrina di *common law* rivolge nei confronti del *plea bargaining*.

bargaining, «apart from offering the important benefits of speedy adjudication of criminal cases and alleviating the workload of courts, prosecutors and lawyers, can also, if applied correctly, be a successful tool in combating corruption and organised crime and can contribute to the reduction of the number of sentences imposed and, as a result, the number of prisoners»²²¹. Si tratta, insomma, di una vera e propria apologia della giustizia negoziata, compiuta proprio dai giudici istituzionalmente incaricati di far rispettare un livello minimo di diritti fondamentali in tutta la grande Europa.

12. Giustizia negoziata e archetipi processuali

Dall'indagine comparativa qui effettuata si è avuto modo di vedere come, al giorno d'oggi, istituti fondati su trattative e accordi tra le parti siano inseriti sia in sistemi processuali misti/inquisitori, sia in ordinamenti, quale quello italiano, dichiaratamente orientati in senso accusatorio.

Al contempo, i risultati della presente analisi hanno permesso di osservare come, a ben vedere, i meccanismi contrattati presentino dei punti di frizione con entrambi tali modelli classici di riferimento.

Da un lato, infatti, si è visto che, in Francia, Germania e Austria si è fatta una grande difficoltà a conciliare le trattative e i patti sulla sanzione con il principio di ricerca della verità materiale, tanto che, nell'ultimo Paese, le *Absprachen* sono state dichiarate illegali proprio in nome di tale canone. L'idea di una "verità negoziata" è stata considerata a più voci assurda, anche se alla fine si può ritrovare "codificata" nell'art. 257c *StPO*, che richiama tale canone come linee guida delle *Verständigungen*.

Da un altro lato, si è invece avuto modo di osservare come gli strumenti in questione provochino marcate deviazioni anche dalle linee fondamentali del modello "accusatorio"²²². All'interno degli stessi sono, infatti, spesso sacrificati i canoni del contraddittorio nella formazione della prova, di imparzialità, di pubblicità e così via.

Alla luce di ciò viene spontanea una domanda: sono ancora oggi sostenibili le opposte tesi che vedono negli istituti contrattati meccanismi

²²¹ Corte Eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsolishvili and Togonidze v. Georgia*, §90. Si veda, per una sintesi di quelli che già secondo la dottrina sarebbero gli effetti più positivi della giustizia negoziata, G. MANNOZZI, *Commisurazione e negoziato sulla pena nell'esperienza statunitense*, cit., pp. 172 ss.

²²² Sui principi caratterizzanti tali archetipi, cfr., per tutti, V. FANCHIOTTI, voce *Sistema accusatorio e sistema inquisitorio (dir. comp. e stran.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol XXIX, 1990, p. 1. s.; G. ILLUMINATI, voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, *ivi*, vol. I, 1988, p. 1 s.

“accusatori”²²³, in quanto attribuiscono ampi poteri dispositivi alle parti, oppure “inquisitori”²²⁴, proprio in ragione del fatto che gli stessi derogano a tanti altri principi del primo archetipo? Oppure forse proprio la recente contrattualizzazione trasversale dei sistemi penali europei ha dato una precisa riprova alla diversa opinione per cui la giustizia negoziata darebbe vita a un terzo modello, autonomo da tutti gli altri²²⁵?

Ebbene, vi sono diverse ragioni per cui il presente studio sembra far propendere per l’ultima di queste tesi, ovvero, giova ribadirlo, quella per cui i meccanismi contrattati non sarebbero né accusatori, né inquisitori, ma, per l’appunto, negoziati.

Essa è preferibile, anzitutto, per motivi di ordine storico.

Nella prima parte del lavoro, infatti, si è avuto modo di vedere come istituti fondati su trattative e accordi tra le parti si sono nei secoli diffusi sia in modelli sicuramente inquisitori (come quello Francese medioevale), sia in archetipi accusatori (quale quello statunitense del XIX e XX secolo).

Il modello della giustizia negoziata ha però avuto alterne fortune in tempi e luoghi diversi: mentre in molti sistemi europei lo stesso si è affiancato all’archetipo del “rito ordinario inquisitorio” per lunghi secoli, per poi essere (anche se non totalmente) espulso dai singoli ordinamenti dopo la rivoluzione francese, nei Paesi di *Common law* tale crisi di rigetto non si è manifestata.

Dalla seconda metà del Novecento, però, la negoziabilità – per diversi ordini di ragioni, tra cui la necessità di decongestionare in modo più efficiente la giustizia penale, la volontà di imitare il modello “culturale” di riferimento (gli Stati Uniti), oppure di adempiere ai solleciti compiuti sul punto dal Consiglio d’Europa – è tornata a (ri)espandersi in modo trasversale, superando così il (parziale) rifiuto che sul punto diversi sistemi avevano manifestato per alcuni secoli.

Il secondo argomento che porta a classificare la giustizia negoziata quale sistema autonomo è di ordine dogmatico.

Si tratta, infatti, di un modello fondato su principi e regole proprie, che mutuano caratteristiche “inquisitorie” (come l’assenza di contraddittorio nella formazione della prova) e “accusatorie” (si pensi alla forte matrice dispositiva). Ma vi è di più. All’interno dello stesso non cambiano (in misura maggiore o minore) solo i rapporti di forza tra i soggetti, ma l’intera “estetica della giustizia

²²³ In tal senso, E. AMODIO, *Giustizia penale negoziata e ragionevole durata del processo*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3409.

²²⁴ Cfr., a riguardo, A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, 10^a ed., Milano, 2007, *passim*.

²²⁵ Cfr. P. FERRUA, *La prova nel processo penale. Volume I. Struttura e procedimento*, 2^a ed., Torino, 2017, p. 9.

penale”²²⁶. Nella giustizia negoziata, infatti, molte fasi cardine del processo non vengono più svolte nelle aule del tribunale, ma, invece, si compiono nei corridoi, negli uffici del pubblico ministero e dovunque le parti ritengano opportuno negoziare. Sono le stesse “forme processuali” a contare meno: le invalidità vengono spesso sanate dal consenso del prevenuto, perché ciò che realmente conta è l’accordo tra i contraenti, mentre il modo in cui lo stesso è compiuto pare passare in secondo piano.

Insomma, a uscirne stravolto è l’intero rituale classico della giustizia penale²²⁷, che cambia completamente volto in ragione di quella che può essere definita la regola d’oro della giustizia negoziata, che pare accomunare tutte le diverse forme di istituti riconducibili a questo archetipo. Ci si riferisce al rifiuto del dogma di una giustizia penale imposta dall’alto e all’accettazione dell’idea per cui, in certi casi, la repressione dei reati può essere compiuta sulla base di scambi tra individuo e autorità, volti solo a far ottenere dei benefici utilitaristici a entrambi.

La vera sfida del futuro pare quella di riuscire a trovare dei modi più efficaci per limitare quello che è, al contempo, il maggior punto di forza e di debolezza del modello della giustizia negoziata, ovvero il suo “antiformalismo” estremo²²⁸. Difatti, così come devono essere “equi” i procedimenti “ordinari” classici, prevalentemente inquisitori o accusatori che siano, lo stesso vale anche per i meccanismi contrattati. Lo si è accennato: la Corte europea ha iniziato a fare dei primi timidi passi a riguardo, ma la strada da fare pare ancora lunga e in salita. Dai singoli ordinamenti nazionali emergono infatti segnali del tutto contrastanti, ma che – paradossalmente – hanno effetti simili: mentre in Austria il rifiuto ufficiale delle *Absprachen* non sembra aver portato a altro se non a rendere ancora più segrete le trattative, in Italia è stato lo stesso legislatore, riducendo in modo estremo la possibilità di ricorrere per Cassazione avverso i patteggiamenti, ad aver surrettiziamente favorito uno sviluppo più informale dell’istituto.

I pericoli che i meccanismi negoziati però comportano per i diritti fondamentali degli imputati sono troppi perché si possa – in nome di esigenze deflative – continuare ad assecondare o rafforzare le tendenze antiformalistiche di questo modello di gestione delle regiudicande penali. Se non si vuole continuare a essere responsabili di uno stravolgimento “oscuro” di molti canoni fondamentali su cui i nostri sistemi processuali si basano, bisogna iniziare a gettare le basi per un’equa giustizia negoziata europea.

²²⁶ Il riferimento va alla più volte citata recente monografia di E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale*, cit., *passim*.

²²⁷ Sul punto, cfr., per tutti, A. GARAPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Torino, 2007.

²²⁸ Non a caso il titolo di una già citata monografia di V. FANCHIOTTI è *Antiprocedure*.

Ebbene, forse iniziare a trattare la giustizia negoziata come un modello autonomo, mosso da logiche proprie, permetterà di trasmettere più chiaramente a tutti i formanti degli ordinamenti continentali il messaggio per cui varie tipologie di prassi contrattate possono svilupparsi ovunque, sia in sistemi accusatori, sia inquisitori. Una volta che si sarà accettato ciò, l'attenzione potrà finalmente concentrarsi su un tentativo comune di individuare, a seconda dall'archetipo ordinario di riferimento, quale sia il modo migliore per gestire tale fenomeno.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

LA NECESSITÀ DI UN INTERVENTO NORMATIVO A LIVELLO EUROPEO

SOMMARIO. 1. L'inesistenza di un modello europeo di giustizia negoziata e il pericolo di derive antiformalistiche. – 2. Le responsabilità della grande Europa. – 3. La necessità di una svolta da parte della piccola Europa.

1. L'inesistenza di un modello europeo di giustizia negoziata e il pericolo di derive antiformalistiche

In sempre più Paesi al mondo – indipendentemente se di tradizione accusatoria, mista o inquisitoria – il processo penale classico sta svanendo¹ sotto i colpi della giustizia negoziata.

Stati tanto diversi per tradizione giuridica, risorse economiche, problematiche sociali e criminali come il Brasile, il Messico, la Cina, l'Egitto, la Turchia, la Russia, il Kenya, il Sud Africa, la Malesia, l'Islanda, e moltissimi altri si trovano tutti accumulati dalla decisione di ammettere nei loro ordinamenti processuali forme – seppur eterogenee – di contrattazioni e accordi tra individuo e autorità, idonei a far concludere in modo anticipato una regiudicanda penale².

La piccola e grande Europa rappresentano, peraltro, due delle regioni globali in cui, specie a partire dal nuovo millennio, tale fenomeno è aumentato in modo più massiccio³.

Basti pensare che, in tale breve lasso di tempo l'Albania, l'Armenia, il Belgio, la Bosnia Herzegovina, la Croazia, la Danimarca, la Finlandia, la Francia, la Georgia, la Germania, l'Islanda, il Kazakistan, la Lituania, il Lussemburgo, la Macedonia, l'Olanda, la Repubblica Ceca, la Romania, la Norvegia, la Serbia, la Slovenia, la Svizzera e l'Ucraina⁴ hanno codificato delle eterogenee forme di *trial waiver systems*, ovvero procedimenti «*under which criminal defendants agree to accept guilt and/or cooperate with the investigative authority in exchange for some benefit from the state, most commonly in the form of reduced charges and/or lower sentences*»⁵.

¹ Cfr. l'efficace titolo del recente *report* di FAIR TRIALS, *The Disappearing Trial. Towards a rights-based approach to trial waiver systems*, in www.fairtrials.org.

² Per consultare una vera e propria carta geografica dello sviluppo globale della giustizia penale negoziata, costruita, oltretutto, sulla base di un'evoluzione diacronica del fenomeno dagli anni '90 a oggi cfr. FAIR TRIALS, *The Disappearing Trial. Towards a rights-based approach to trial waiver systems*, cit., pp. 24 ss.

³ Cfr. FAIR TRIALS, *The Disappearing Trial. Towards a rights-based approach to trial waiver systems*, cit., pp. 28-31.

⁴ L'elenco di Paesi citato è tratto da FAIR TRIALS, *The Disappearing Trial. Towards a rights-based approach to trial waiver systems*, cit., pp. 28-31, nel quale però non si fa alcun riferimento né alla Slovenia, la quale, però, nel novembre del 2011 ha ufficialmente introdotto la disciplina dell'accordo di ammissione della colpevolezza (in lingua italiana, si vedano, a riguardo, Z. FIŠER – M. GIALUZ, *La giustizia negoziata in Europa: uno sguardo comparato tra Slovenia e Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, pp. 1141 ss.), né al Belgio.

⁵ Cfr. FAIR TRIALS, *The Disappearing Trial. Towards a rights-based approach to trial waiver systems*, cit., p. 3.

Tali Paesi si sono quindi andati aggiungere a quelli – come l’Irlanda, l’Italia, la Polonia, la Scozia, la Spagna, l’Ungheria – che già in precedenza possedevano istituti simili, di modo che, al giorno d’oggi, sembrano veramente pochi i sistemi europei che ancora (almeno in apparenza) tenacemente resistono alla negozialità penale⁶.

Merita peraltro notare che – a conferma di quanto si è avuto modo di vedere nella presente analisi – la maggior parte degli ordinamenti hanno creato dei meccanismi contrattati che consentono solo dei *sentence incentives*⁷ e non dei *fact*⁸ o *charge incentives*⁹.

Mentre, infatti, l’Armenia, la Bosnia, il Belgio¹⁰, la Croazia, la Repubblica Ceca, l’Estonia, la Francia, l’Ungheria, l’Italia, il Kazakistan, il Lussemburgo, la Macedonia, la Norvegia, la Polonia, la Romania, la Russia, la Spagna, e l’Ucraina ammettono unicamente *sentence bargaining*¹¹, solo la Finlandia, la Georgia, la Germania (*ex* §§154 e 154a *StPO*), l’Irlanda, la Serbia e la Slovenia prevedono forme (pur assai eterogenee) di *charge bargaining*¹². Al contrario, tra i sistemi europei, soltanto l’Inghilterra e il Galles, la Scozia e la Svizzera sembrano ammettere la possibilità di stipulare anche dei veri e propri *fact bargaining*¹³, che, invece, sono altrove del tutto vietati.

Il quadro poi è ulteriormente complicato dal fatto che in molti Stati (tra cui possono ricomprendersi persino l’Austria, oltre all’Albania, la Croazia, la Repubblica Ceca, la Danimarca, l’Estonia, l’Ungheria, l’Olanda, la Russia e la

⁶ Cfr. FAIR TRIALS, *The Disappearing Trial. Towards a rights-based approach to trial waiver systems*, cit., pp. 30-31.

⁷ Gli stessi sono così chiaramente definiti: «*the type of punishment and/or the length of sentence may be reduced in exchange for a concession by the defendant*». Cfr. FAIR TRIALS, *The Disappearing Trial. Towards a rights-based approach to trial waiver systems*, cit., p. 3.

⁸ Per *fact incentives* vanno intesi quegli istituti che consentono che «*the facts of the case may be presented in a manner that is beneficial to the defendant and/or certain facts may not be introduced into evidence in exchange for a concession by the defendant*». Si veda FAIR TRIALS, *The Disappearing Trial. Towards a rights-based approach to trial waiver systems*, cit., p. 3.

⁹ Per *charge incentives* si intendono quei meccanismi che premettono che le imputazioni «*against the defendant may be reduced and/or terminated in exchange for a concession by the defendant*». V. FAIR TRIALS, *The Disappearing Trial. Towards a rights-based approach to trial waiver systems*, cit., p. 3.

¹⁰ Cfr. M. FERNANDEZ-BERTIER – M. GIACOMETTI, *La «reconnaissance préalable de culpabilité» ou «plaider coupable»: une révolution dans notre arsenal procédural?*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 2016, p. 287.

¹¹ V. FAIR TRIALS, *The Disappearing Trial. Towards a rights-based approach to trial waiver systems*, cit., pp. 44-49. Per quanto riguarda il Belgio cfr. M. FERNANDEZ-BERTIER – M. GIACOMETTI, *La «reconnaissance préalable de culpabilité» ou «plaider coupable»: une révolution dans notre arsenal procédural?*, cit., p. 287, dove si specifica che, esattamente come avviene in Francia, anche i giudici belgi devono controllare sia che l’accordo corrisponda alla « realtà dei fatti » e alla loro qualificazione giuridica.

¹² Cfr. FAIR TRIALS, *The Disappearing Trial. Towards a rights-based approach to trial waiver systems*, cit., pp. 46-47. Per quanto concerne la Slovenia cfr. Z. FIŠER – M. GIALUZ, *La giustizia negoziata in Europa*, cit., p. 1154, dove si afferma che in tale Stato è vietato il *charge bargaining* nella sua “dimensione verticale”, ossia un vero e proprio concordato sull’imputazione, ma non invece il *charge bargaining* “orizzontale”, ovvero un accordo per cui il pubblico ministero rinunci a esercitare l’azione penale per reati non compresi nell’ammissione di colpevolezza. La situazione slovena pare, quindi, sul punto simile alla dicotomia tra §154 e 154a/ 257c *StPO* tedeschi.

¹³ Si veda FAIR TRIALS, *The Disappearing Trial. Towards a rights-based approach to trial waiver systems*, cit., p. 48-49.

Turchia) sono previste anche (o unicamente) forme di accordi sulla cooperazione o di *crown witness*, che si basano su un'intesa con l'autorità fondata spesso su uno scambio tra propalazioni rese dal prevenuto *erga alios* e un trattamento sanzionatorio più o meno lieve¹⁴.

Non si può però di certo dire che i sistemi giuridici che pur hanno introdotto degli istituti contrattati li utilizzino con la stessa frequenza, di modo che l'effettiva area di "sparizione" degli archetipi processuali ordinari non è affatto omogenea.

A tale riguardo sembrano utili alcuni esempi.

Dai dati forniti dall'organizzazione *Fair trials*, concernenti il numero di regiudicande risolte attraverso l'utilizzo di *trial waiver systems* in alcuni ordinamenti europei ed extraeuropei, si ricavano infatti delle differenze assai significative: nel 2014 la percentuale di casi conclusi mediante questi meccanismi negli Stati Uniti è stata del 97,1%, in Australia del 61,1%, in Inghilterra e Galles del 70%, in Colombia del 34,5%, in Estonia del 64%, in Croazia del 4,6%, in Ungheria dello 0,23%, in India dello 5,3%, in Russia dello 64%, in Serbia del 4% e, infine, in Spagna del 45,7%¹⁵.

Le ragioni di questi numeri così differenti sono indubbiamente eterogenee: l'uso più o meno massiccio nella prassi degli istituti in questione di certo dipende da quanto essi sono tradizionalmente radicati nella cultura giuridica di un singolo Stato, nonché, di certo, da quali siano gli altri strumenti *lato sensu* deflativi di cui un sistema giuridico dispone e con cui la negozialità può andare a concorrere.

Alla luce della presente analisi, un dato in particolare sembra, però, poter offrire una ulteriore possibile spiegazione di tale differenza statistica, ricollegata alle precedenti: a ben vedere, infatti, molto spesso gli strumenti negoziati sono così profondamente differenti non solo per origini e sviluppo, ma anche per funzionamento concreto, da non avere quasi altri elementi in comune se non la presenza degli immancabili elementi del *bargaining* e dell'accordo.

Non può, ad esempio, di certo stupire se la percentuale di utilizzo concreto della *conformidad* sia assai più alta di quella del patteggiamento o delle *CRPC*, tenuto conto del fatto che la prima può operare sia in modo unilaterale, sia negoziale e oltretutto per un lasso temporale più esteso rispetto agli altri due meccanismi.

Il pur limitato angolo visuale offerto dal presente studio ha permesso, infatti, di osservare come in Francia, in Germania, in Spagna e in Italia, esistano quattro diversi modelli di giustizia negoziata, con tutto ciò che ne deriva sul piano di quanto la stessa riesce a svolgere la sua funzione "principe" di diminuire il carico giudiziario in eccesso.

Ma vi è di più. L'archetipo italiano di giustizia contrattata non presenta soltanto delle lievi difformità con quelli degli altri Paesi studiati, ma, a ben vedere, è del tutto incompatibile con essi; e ciò soprattutto in ragione del fatto che il codificatore dell'88, quando ha creato il patteggiamento, ha ritenuto possibile bilanciare con la ragionevole durata anche canoni che negli altri sistemi sono stati ritenuti imponderabili.

¹⁴ Cfr. FAIR TRIALS, *The Disappearing Trial. Towards a rights-based approach to trial waiver systems*, cit., pp. 50-51. Basti pensare che in Turchia sono previsti diversi sconti di pena (ad es. di un quarto, due terzi o della metà) a seconda dell'offesa in concreto per cui si negozia. Si veda *ibidem*, p. 42.

¹⁵ Cfr. FAIR TRIALS, *The Disappearing Trial. Towards a rights-based approach to trial waiver systems*, cit., p. 34.

Si pensi soltanto al fatto che in Italia il principio di pubblicità è stato considerato del tutto sacrificabile per rendere più appetibile l'applicazione della pena su richiesta delle parti, mentre quest'operazione è stata impossibile in Francia e in Germania.

Di certo, peraltro, non può essere tralasciato il fatto che anche gli altri formanti dei singoli ordinamenti - e in particolare quello giurisprudenziale - condividono con i legislatori una significativa parte delle responsabilità circa il modo in cui si sono potuti sviluppare i differenti istituti contrattati qui studiati.

A tale riprova basti pensare al fatto che è stata la stessa Corte costituzionale italiana ad avallare gli aspetti del patteggiamento che in altri Stati sarebbero stati assolutamente critici, quali proprio la sua carenza di pubblicità o il totale sacrificio per i diritti delle vittime. Ciò, ad esempio, non è avvenuto in Francia dove il *Conseil constitutionnel*, nella sua celebre decisione del 2004 sulla *CRPC*, ha effettivamente dichiarato tale rito parzialmente incompatibile con la Costituzione proprio perché il legislatore aveva in origine considerato possibile instaurarlo in camera di consiglio.

Alla luce di ciò, sembra insomma potersi dire che alcune delle caratteristiche che differenziano in modo maggiore l'applicazione della pena su richiesta italiana dalla *CRPC* francese si devono proprio al fatto che la Consulta ha considerato legittimi dei bilanciamenti compiuti dal legislatore, che, invece, altrove sarebbero stati considerati erronei.

Giova ribadirlo: la giustizia negoziata si è potuta sviluppare in un determinato modo nel nostro ordinamento non solo perché il legislatore ha inserito dei riti con forti potenzialità "contrattuali", ma soprattutto perché i vari formanti si sono dimostrati pronti a sfruttarle appieno.

In Italia si è venuta, insomma, a creare una vera e propria cultura della negozialità che si è trasferita prima dagli studi dottrinali degli anni Ottanta al Codice Vassalli¹⁶ ed è stata poi condivisa dalla stessa Corte costituzionale. La stessa, infatti, specie nei primi anni Novanta, aveva nelle sue mani la possibilità di ripulmare completamente il volto della giustizia negoziata italiana, rendendola assai più simile ad altri modelli europei di giustizia contrattata. Dal canto suo, però, la Consulta, avallando evidentemente l'idea di fondo per cui il nuovo modello accusatorio non sarebbe riuscito a funzionare senza la presenza di adeguati schemi deflativi, non se l'è sentita di stravolgere quanto fatto dai *conditores* del'88, decidendo di intervenire soltanto in casi assolutamente eclatanti, come, ad esempio, ha fatto con la sentenza n. 313 del 1990, che ha introdotto il controllo del giudice del patteggiamento sulla congruità della pena.

A ben vedere, la giurisprudenza è forse ancora più responsabile di come la giustizia negoziata si è potuta (o meno) evolvere in Germania e in Austria.

Se, infatti, il *BVerfG* negli anni Ottanta e il *BGH* negli anni Novanta e Duemila non avessero dichiarato la legittimità della prassi delle confessioni negoziate tedesche, ma si fossero scagliate contro la stessa, la strada verso una codificazione di un rito negoziata in Germania sarebbe stata assai più in salita. Senza contare che,

¹⁶ Si veda sul punto proprio G. VASSALLI, *La giustizia penale statunitense e la riforma del processo penale italiano*, in AA.VV., *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di E. Amodio e M.C. Bassiouni, Milano, 1988, p. 251.

lo si è visto, buona parte del merito circa l'effettiva approvazione della legge sulle intese del 2009 si deve ai Senati riuniti del BGH, che nel 2005 hanno richiamato all'ordine le forze politiche, dicendo chiaramente che oramai era necessario che fosse il legislatore a intervenire in materia di *Absprachen*. I supremi giudici tedeschi hanno infatti voluto che fosse a tutti chiaro che in tale ordinamento è sì possibile negoziare sulla pena, ma soltanto entro alcuni ristretti limiti, fissati *in primis* proprio dalla giurisprudenza.

Lo stesso, ovviamente, vale per l'Austria: se l'OGH non avesse nel 2004 e nel 2010 considerato del tutto illegittima la prassi delle *Absprachen* informali, per i difensori e la dottrina di questo Stato non sarebbe stato così difficile ottenere una codificazione di un istituto simile alle *Verständigungen* tedesche.

Ma una situazione del tutto analoga si è verificata anche in molti altri ordinamenti europei che non si è potuto esaminare in questa sede.

Pare opportuno porre a riguardo due soli esempi, che meritano di essere menzionati per la loro analogia rispetto a quanto è avvenuto rispettivamente in Austria e in Germania: il primo riguarda l'ordinamento giuridico portoghese.

Nonostante il Portogallo abbia previsto, sin dall'entrata in vigore del Codice del 1987, diversi istituti consensuali, come, ad esempio, il cosiddetto *processo sumaríssimo* o alcune ipotesi di *diversion* fondate sulla volontà del prevenuto¹⁷, esso non ha però disciplinato in modo esplicito un vero e proprio meccanismo negoziato simile al *plea bargaining*¹⁸.

Ebbene, tale situazione è mutata nel 2011, quando uno tra i più autorevoli studiosi di tale Paese, venendo influenzato soprattutto dal modello di giustizia negoziata tedesco, ha pubblicato una monografia, in cui ha suggerito la possibilità di compiere un'interpretazione estensiva di diverse disposizioni (tra cui in particolare dell'art. 344 c.p.p. lusitano, rubricato *Confissão*), al fine di iniziare a stipulare in via informale anche in Portogallo degli accordi sulla pena, basati su uno scambio tra una confessione e un trattamento sanzionatorio più favorevole¹⁹.

Questa vera e propria proposta di circolazione del modello delle *Verständigungen* ha avuto - anche se per poco tempo - effettivamente successo nella prassi²⁰.

Dal canto loro, infatti, i Procuratori generali distrettuali di Lisbona e di Coimbra nel gennaio del 2012, ispirati «*pela leitura da monografia intitulada "Acordos*

¹⁷ Cfr., in argomento, diffusamente N. RODRÍGUEZ GARCÍA, *La justicia penal negociada*, Salamanca, 1997, pp. 240 ss. In lingua italiana si veda D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, Milano, 2000, pp. 41 ss.

¹⁸ Per una ricostruzione del dibattito portoghese in materia di giustizia negoziata, cfr., E. MAIA COSTA, *Justiça negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo*, in *Julgar*, n. 19, 2013, pp. 87 ss.; J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Acordos sobre a sentença em processo penal. O "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"?*, Porto, 2011; N. BRANDÃO, *Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução*, in *Julgar*, n. 25, 2015, p. 161 ss.; M. DAS NEVES, *Acordos sobre a Sentença Penal: o futuro aqui já!*, in *Revista do Ministério Público*, 2013, n. 135, pp. 37 ss.; C. CRUZ SANTOS, *Decisão penal negociada*, in *Julgar*, 2015, n. 25, pp. 145 ss.; E. DÁMASO SIMÕES, *Simplificação e consenso (no tratamento da pequena e média criminalidade)*, in www.julgar.pt.

¹⁹ Ci si riferisce all'opera di J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Acordos sobre a sentença em processo penal. O "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"?*, cit., pp. 35 ss.

²⁰ Cfr., M. DAS NEVES, *Acordos sobre a Sentença Penal: o futuro aqui já!*, cit., p. 51.

sobre a sentença em processo penal”, da autoria do Prof. Jorge de Figueiredo Dias»²¹ hanno emanato rispettivamente una raccomandazione (n. 1 del 2012) e due Memorandos (n. 2 e 4 del 2012)²² con cui hanno esortato i singoli pubblici ministeri «à celebração de acordos sobre a sentença em matéria penal, com os senhores magistrados judiciais»²³.

A partire da questo momento, anche alcuni Tribunali di merito hanno effettivamente iniziato a ratificare tali intese²⁴, di modo che sembrava che il Portogallo stesse iniziando a sviluppare delle modalità informali di contrattazioni sulla pena effettivamente simili alle confessioni negoziate tedesche e austriache.

Non si è però dovuto attendere molto affinché venisse presentato un ricorso avverso una di queste decisioni negoziate al *Supremo Tribunal de Justiça* lusitano, che, dal canto suo, ha voluto bloccare sul nascere tale prassi, bocciandola nettamente²⁵, in modo simile a quanto era avvenuto pochi anni prima in Austria. La suprema giurisdizione portoghese ha infatti sul punto affermato che «o direito processual penal português não admite os acordos negociados de sentença» e che «constitui uma prova proibida a obtenção da confissão do arguido mediante a promessa de um acordo negociado de sentença entre o Ministério Público e o mesmo arguido no qual se fixam os limites máximos da pena a aplicar»²⁶.

Preso atto di questa sentenza anche i vertici dei pubblici ministeri lusitani sono tornati sui loro passi: il 21 febbraio 2014, infatti, il Procuratore generale della Repubblica portoghese ha emanato una direttiva (n. 2/2014) in cui ha assai chiaramente imposto che «os Senhores Magistrados e Agentes do Ministério Público se abstenham de promover ou aceitar a celebração de acordos sobre sentenças penais»²⁷.

Di modo che, in sostanza, in questo Stato sono stati gli stessi supremi giudici prima e gli accusatori poi a trovare la forza di resistere alla giustizia negoziata informale, che esattamente come è avvenuto in Germania e in Austria, aveva iniziato a inserirsi tra le maglie delle prassi dei Tribunali.

Un secondo esempio di quanto la giurisprudenza possa giocare un ruolo fondamentale nello sviluppo delle contrattazioni informali sulla sanzione penale può essere invece tratto dall’esperienza slovena.

Come si è accennato, dopo la riforma del novembre del 2011 (ZKP-K) in tale Paese è stato introdotto l’“accordo di ammissione della colpevolezza” (letteralmente *sporazum o priznanju krivde*), ovvero un istituto di giustizia negoziata in senso stretto disciplinato sia da numerose norme di legge (Capitolo XXVI.a dello ZKP - articoli da 450.a fino al 450.č)²⁸, sia da un’istruzione del Procuratore generale della

²¹ Si veda, *Recomendação n.º 1/2012*, della Procuradora-Geral Distrital de Lisboa, intitolata *Acordos sobre a sentença em processo penal*, p. 1.

²² Cfr. *Memorando 2/12 e 4/12* della Procuradoria-geral distrital de coimbra.

²³ *Recomendação n.º 1/2012*, cit., p. 7.

²⁴ Cfr., M. DAS NEVES, *Acordos sobre a Sentença Penal: o futuro aqui já!*, cit., p. 51.

²⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça del 10 aprile 2013 (Proc. 224/06.7GAVZL.C1.S1), sulla quale cfr. N. BRANDÃO, *Acordos sobre a sentença penal*, cit., p. 170 ss.; C. CRUZ SANTOS, *Decisão penal negociada*, in *Julgar*, cit., 158 ss.; M. DAS NEVES, *Acordos sobre a Sentença Penal*, cit., pp. 51 ss.

²⁶ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça del 10 aprile 2013 (Proc. 224/06.7GAVZL.C1.S1).

²⁷ Cfr. Diretiva n. 2/2014 della Procuradoria-General de República, intitolata *Acordos de sentença em processo penal*, p. 3.

²⁸ Per un’analisi compiuta di tale meccanismo, oltre al testo già citato di Z. FIŠER - M. GIALUZ, *La giustizia negoziata in Europa*, cit., pp. 1141, si vedano P. GORKIČ, *Nova ravnotežja med organi kazenskega postopka po ZKP-K*, in *Podjetje in delo*, 2012, pp. 1343 ss.; ID., *Pravna narava sklepa o sprejemu priznanja*

Repubblica di Slovenia (*Splošno navodilo o pogajanjih ter o predlaganju sankcij v primeru priznanja krivde in sporazuma o krivdi* approvata il 26 ottobre 2012), la quale ha regolato più nel dettaglio rispetto al Codice persino la delicata fase delle trattative tra le parti (art. 3).

Ebbene, l'effettiva presenza nella lettera dello ZKP di questo meccanismo e il citato atto di indirizzo del vertice dei pubblici ministeri sloveni non hanno però impedito lo sviluppo anche in tale Stato di una prassi di negoziazioni informali, che, a quanto consta, sembrano aver via via soppiantato la lettera della legge.

Come si può ricavare da alcuni articoli pubblicati dalla più autorevole dottrina slovena²⁹, infatti, negli ultimi anni i pubblici ministeri hanno, anzitutto, incominciato a negoziare in via del tutto informale con i prevenuti (anche non assistiti da un avvocato) dei patti orali – e non scritti e sottoscritti dalle parti come invece richiesto dalla disciplina slovena – nei corridoi di fronte all'aula d'udienza, indipendentemente se pre-dibattimentale o dibattimentale, aventi a oggetto uno scambio tra una confessione e una richiesta di trattamento sanzionatorio più favorevole.

La prassi in questione – denominata letteralmente *neformalna pogajanja*³⁰ (ovvero negoziazioni informali –per distinguerle da quelle previste dalla legge) è divenuta così popolare che, con il passare del tempo, anche i giudici sono stati coinvolti nelle trattative, nonostante il fatto che questo soggetto nella disciplina formale degli artt. 450.a ss. ZKP dovrebbe essere del tutto estraneo alle contrattazioni, avendo solo dei compiti di controllo sul *pactum*.

A ben vedere, in alcune ipotesi sono persino gli stessi giudici ad aver preso l'iniziativa per la conclusione di un accordo: in modo più o meno sottile, infatti, i decisori hanno chiesto al prevenuto nel corso dell'udienza di iniziare a pensare ai possibili vantaggi derivanti da una possibile confessione, suggerendo anche apertamente di sospendere l'udienza al fine di consentire all'imputato di svolgere delle trattative con il pubblico ministero per concludere un *pactum*³¹.

Nei casi più estremi alcuni giudici hanno interferito in modi ancora più radicali sulla scelta dell'accusato di effettuare un *guilty plea*: in determinate reg Giudicande essi hanno infatti minacciato gli accusati di condannarli a una sentenza più afflittiva di quella che, invece, avrebbero irrogato ove gli imputati avessero accettato di raggiungere un *deal* con il pubblico ministero³².

krivde, in *Pravna Praksa*, 2015, pp. 12 ss.; M. JELENIČ-NOVAK, *Sporazumevanje o priznanju o krivdi - institut, ki je kazenski proces postavil na stranski tir*, in *Podjetje in delo*, 2015, pp. 1133 ss.; K. ŠUGMAN-STUBBS, *Priznanje krivde: kaj sploh še dela sodišče, ivi*, 2015, pp. 1179 ss.; A. TRATNIK ZAGORAC, *Pogajanja o priznanju krivde v kazenskem postopku*, Lubljana, 2014; ID., *Problematicno skrajševanje kazenskih postopkov in nekatere druge predlagane spremembe v noveli ZKP-K*, in *Pravna Praksa*, n. 30-31, 2012, p. II ss.

²⁹ Si vedano sul punto, K. ŠUGMAN-STUBBS, *Anomalije pri uporabi instituta pogajanj o priznanju krivde v slovenskem kazenskem postopku*, in *Pravna Praksa*, 2015, p. I ss.; EAD., *Priznanje krivde: kaj sploh še dela sodišče*, cit., pp. 1133 ss.; A. TESTEN, *Neformalna pogajanja o priznanju krivde: pregled sodne prakse*, in *Podjetje in delo*, 2015, pp. 1144 ss.; A. TRATNIK ZAGORAC, *Pogajanja o priznanju krivde v kazenskem postopku*, cit., p. 119 ss.

³⁰ K. ŠUGMAN-STUBBS, *Priznanje krivde: kaj sploh še dela sodišče*, cit., p. 1133.

³¹ K. ŠUGMAN-STUBBS, *Priznanje krivde: kaj sploh še dela sodišče*, cit., p. 1133.

³² K. ŠUGMAN-STUBBS, *Priznanje krivde: kaj sploh še dela sodišče*, cit., p. 1133.

La situazione così descritta sembra, insomma, assai simile alle confessioni negoziate che da decenni si sono sviluppate in Germania e Austria: anche in questo caso, infatti, i giudici paiono aver con il tempo assunto un vero e proprio ruolo guida nelle trattative, assumendo oltretutto dei comportamenti del tutto analoghi a quanto è avvenuto in Germania, come, per l'appunto, quello di richiamare in modo espresso una pena più alta per indurre gli imputati ad accettare un concordato e dichiararsi colpevoli.

Se peraltro la dottrina slovena ha aspramente criticato le negoziazioni informali³³, tale prassi non ha invece ricevuto un'opposizione significativa, né tra i pubblici ministeri, né tra gli avvocati, né, infine, tra i giudici³⁴.

Bisognerà nei prossimi anni osservare che cosa farà la suprema Corte slovena, per comprendere se essa deciderà di intraprendere la strada del rifiuto nei confronti delle negoziazioni informali, come è avvenuto in Austria e il Portogallo, o di accettarle, magari stabilendo dei paletti in via pretoria.

Per ora merita segnalare che l'atteggiamento assunto dai massimi giudici sloveni pare di tacita apertura. Difatti il Tribunale supremo di tale Paese, in un caso del dicembre del 2015 in cui era stato impugnato proprio un accordo raggiunto informalmente tra prevenuto e pubblico ministero, ha sì annullato il concordato in quanto aveva a oggetto un *charge bargaining* verticale, espressamente vietato dalla legge, ma non ha affatto criticato il modo in cui è stato raggiunto, sembrando quindi almeno implicitamente aver avallato la prassi *de qua*³⁵. Se avesse voluto, infatti, la suprema Corte avrebbe potuto sfruttare questa assai ghiotta occasione per porre un aperto monito nei confronti delle *neformalnih pogajanj*: ciò però non è affatto avvenuto.

In questo caso, quindi, a differenza di quanto è accaduto in Austria e in Portogallo, il formante giurisprudenziale non pare (quantomeno per ora) essere riuscito a resistere alla "bulimia della negozialità"³⁶, con tutto ciò che ne deriva per i diritti dei prevenuti, che si trovano privati di molte delle garanzie fondamentali predisposte dalla legge per mantenere gli accordi entro determinati limiti.

Vi è quindi un'ulteriore riprova del vero e proprio *punctum dolens* della giustizia negoziata europea (e non solo) contemporanea, ovvero del fatto che non si è ancora riusciti a individuare né a livello nazionale, né sovranazionale, dei modi realmente efficaci per limitare le forti pulsioni antiformalistiche, che caratterizzano gli istituti fondati su trattative e accordi tra soggetti del procedimento.

Insomma, quanto sta accadendo in Slovenia dà una definitiva conferma del fatto che assieme alla giustizia negoziata si sviluppa immancabilmente «una sorta di legalità parallela, dotata di una spiccata connotazione virtuale»: viene a crearsi «un diritto penale dei corridoi di tribunale», diverso ed ulteriore non solo rispetto a quello "oggettivamente" ricavabile dai testi legali, ma anche [quantomeno in molti casi] rispetto al diritto penale giurisprudenziale³⁷.

³³ Cfr. K. ŠUGMAN-STUBBS, *Anomalije pri uporabi instituta pogajanj o priznanju krivde v slovenskem kazenskem postopku*, cit., p. I ss.; EAD., *Priznanje krivde: kaj sploh še dela sodišče*, cit., pp. 1133 ss; A. TESTEN, *Neformalna pogajanja o priznanju krivde: pregled sodne prakse*, cit., pp. 1144 ss.

³⁴ Così, A. TRATNIK ZAGORAC, *Pogajanja o priznanju krivde v kazenskem postopku*, cit., p. 119.

³⁵ Cfr. Vrhovno sodišče Republike slovenue, 22 dicembre 2015, I Ips 55009/2013.

³⁶ L'espressione è di Z. FIŠER – M. GIALUZ, *La giustizia negoziata in Europa*, cit., p. 1154.

³⁷ Così, efficacemente, Z. FIŠER – M. GIALUZ, *La giustizia negoziata in Europa*, cit., p. 1154.

Certo, non vi sono dubbi che sia la logica propria della giustizia contrattata che la «porta a individuare, tra le diverse opzioni interpretative di una disposizione, quella che consente di favorire l'accordo e di realizzare preziosi obiettivi di economia»³⁸. Ma, per l'appunto, proprio perché tali meccanismi hanno una vocazione espansiva intrinseca, sembra che i legislatori nazionali dovranno in futuro porsi una nuova sfida: adottare degli atti specificamente volti a porre un freno alle prassi di negoziazioni del tutto informali diffuse in tutta Europa, che mettono, ogni giorno in serio pericolo i diritti fondamentali di innumerevoli imputati.

2. Le responsabilità della grande Europa

La recente massiccia espansione della negozialità (formale e informale) negli ordinamenti processuali europei non sembra essere figlia unicamente di pulsioni interne ai singoli sistemi giuridici, né soltanto di una reciproca influenza "culturale" tra Stati, da cui ne è derivata una circolazione spontanea di istituti.

Questa vera e propria contrattualizzazione della giustizia penale continentale sembra, invero, essere stata favorita anche dall'atteggiamento che hanno assunto su questo argomento sia i giudici di Strasburgo, sia gli organi strettamente "politici" del Consiglio d'Europa.

Dal canto suo, la Corte di Strasburgo ha infatti non solo sempre avallato gli istituti negoziali, ma addirittura manifestato un esplicito *favor* nei confronti degli stessi.

Non si pensi, peraltro, che i giudici europei dei diritti umani si siano occupati di queste pratiche solo di recente.

A ben vedere, tale giurisdizione ha mosso i primi passi in materia già negli anni Settanta - ovvero nel periodo in cui il fenomeno in esame stava appena iniziando a (ri)espandersi sul continente - quando la Commissione europea dei diritti dell'uomo ha senza fatica giudicato pienamente in linea con la CEDU la pratica del *guilty plea* inglese.

Difatti, nel noto caso *X. v. Regno Unito* del 1972 i giudici europei, dopo aver osservato che «*under English criminal procedure, if a person pleads guilty there is no trial in the usual sense*»³⁹, hanno assai nettamente affermato che «*having examined this practice in the context of English criminal procedures and also the other systems among those States Parties to the Convention where a similar practice is found, is satisfied that the practice as such is not inconsistent with the requirements of Article 6 (1) and (2) (Art. 6-1, 6-2) of the Convention. In arriving at this conclusion, the Commission has had regard to the rules under which the practice operates and in particular to the safeguards which are provided to avoid the possibility of abuse*»⁴⁰.

Ecco quindi che, in un solo colpo, è stato legittimato uno degli istituti dispositivi più critici.

³⁸ Cfr. Z. FIŠER - M. GIALUZ, *La giustizia negoziata in Europa*, cit., p. 1154.

³⁹ Cfr. Commissione eur. dir. uomo, 23 marzo 1972, *X. v. Regno Unito*.

⁴⁰ Cfr. Commissione eur. dir. uomo, 23 marzo 1972, *X. v. Regno Unito*.

Pochi anni dopo, poi, con la già richiamata sentenza *Deweer c. Belgio* è stata la Corte di Strasburgo a chiarire che gli Stati non violano di per sé la CEDU quando offrono a un prevenuto dei vantaggi in cambio del loro consenso a un meccanismo dispositivo, purché non vi sia una «*disproportion flagrante*»⁴¹ tra i due termini dell'alternativa (accettare o meno l'intesa) che gli vengono proposti.

Alla fine degli anni Ottanta è arrivato il momento del Comitato dei ministri. Tale organo, infatti, tramite la sua più volte menzionata Raccomandazione R (87) 18, «*considering that joint action to accelerate and simplify the working of the criminal justice system must take due account of the requirements laid down in particular in Articles 5 and 6 of the European Convention on Human Rights*», ha esortato tutti gli Stati della Grande Europa a introdurre o rafforzare nei loro ordinamenti una serie eterogenea di meccanismi consensuali⁴².

In tal modo, quindi, è stato proprio l'organo politico del Consiglio d'Europa a spingere gli Stati membri a rivedere la loro legislazione in materia di archiviazioni condizionate, transazioni extragiudiziarie, procedimenti monitori e *guilty plea*.

A quel punto, era oramai scontato che la Commissione dei diritti dell'uomo ribadisse in diverse sentenze degli anni Novanta la piena legittimità del *guilty plea* inglesi⁴³.

Ma vi è di più: posto che è stata la stessa organizzazione internazionale di cui fanno parte i giudici di Strasburgo a promuovere lo sviluppo del consensualismo e della negozialità in Europa, non stupisce affatto che nel 2000 Vladimiro Zagrebelsky, in una sua opinione parzialmente dissenziente, abbia assai chiaramente affermato: «*to my mind, it is necessary to reassert here that even if a simplified procedure does not offer all the guarantees required by Article 6 it will not necessarily be contrary to the Convention if another form of procedure is available under the system to the appellant that is fully compatible with the requirements of a fair trial and the appellant is able to make a free and informed choice between the two*»⁴⁴. In caso contrario, si è ancora precisato, procedure come il giudizio abbreviato italiano o il *guilty plea* «*that are essential for the administration of justice could no longer be used*»⁴⁵.

Il passo successivo – anche in questo caso oramai inevitabile – si è poi avuto nel 2002 quando, nel già citato caso *Borghi c. Italia*, la Corte europea ha stabilito che la scelta di un accusato di rinunciare a certe garanzie processuali, compiuta all'esito di un negoziato con il pubblico ministero, può essere considerata come libera e volontaria «*même s'il visait à obtenir un avantage sur le plan de la sanction*»⁴⁶, quantificabile in anni di detenzione in meno rispetto alla pena che gli sarebbe irrogata in caso questi non aderisse al *pactum*.

Il filone giurisprudenziale più recente della Corte di Strasburgo in materia di giustizia negoziata non ha quindi fatto altro che trarre le fila di un percorso di approvazione progressiva della negozialità penale oramai già maturato da tempo.

⁴¹ Cfr. Corte eur., 27 gennaio 1980, *Deweer c. Belgio*, §51.

⁴² COUNCIL OF EUROPE, *The simplification of criminal justice – Recommendation No. R (87) adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 17 September 1987 and Explanatory Memorandum*, Strasbourg, 1988.

⁴³ Si veda, ad esempio, Commissione eur. dir. uomo, 11 maggio 1994, *R.O. v. Regno Unito*.

⁴⁴ Cfr. V. ZAGREBELSKY, *Partly dissenting opinion* a Corte eur., 26 luglio 2002, *Meftah e altri c. Francia*.

⁴⁵ Cfr. V. ZAGREBELSKY, *Partly dissenting opinion* a Corte eur., 26 luglio 2002, *Meftah e altri c. Francia*.

⁴⁶ Corte eur., 20 giugno 2002, Sez. I, *Borghi c. Italia*.

Questo orientamento è stato infatti inaugurato con la decisione *Babar Ahmad e altri c. Regno Unito*, la quale, per l'appunto, ha sviluppato quanto già stabilito nelle decisioni precedenti, portandole alle estreme conseguenze.

In tale occasione, la Corte non ha infatti potuto che prendere atto che oramai «*it is a common feature of European criminal justice systems for a defendant to receive a reduction in his or her sentence for a guilty plea in advance of trial or for providing substantial co-operation to the police or prosecution*»⁴⁷, fatto di cui, peraltro, si è dimostrato ben consapevole anche il CEPEJ nel suo *report* di qualche mese successivo sulla contrattualizzazione della giustizia in Europa⁴⁸.

Ma la parte più importante di tale pronuncia è di certo quella in cui la giurisdizione dei diritti umani ha affermato che i pubblici ministeri e giudici non violano l'art. 6 CEDU ove indichino ai prevenuti in modo contestuale sia la pena che riceverebbero ove effettuassero un *guilty plea* in una fase iniziale del procedimento, sia quella che, invece, si vedrebbero irrogata ove scegliessero di essere giudicati in dibattimento⁴⁹.

A detta della Corte di Strasburgo, infatti, un'effettiva lesione della *fairness* si verificherebbe solo «*if the discrepancy between two sentences was so great that it amounted to improper pressure on a defendant to plead guilty when he was in fact innocent, when the plea bargain was so coercive that it vitiated entirely the defendant's right not to incriminate himself or when a plea bargain would appear to be the only possible way of avoiding a sentence of such severity as to breach Article 3*»⁵⁰.

È chiaro che il primo criterio non costituisce altro se non una specificazione dell'elemento della *disproportion flagrante*, inaugurato con *Deewer c. Belgio*, che qui si comprende esservi nella sola ipotesi in cui la proposta fatta dall'autorità sia talmente tanto vantaggiosa da risultare irrinunciabile anche per un prevenuto innocente.

A essere più innovative sono le due ulteriori "presunzioni assolute" di iniquità dell'offerta e del *pactum* conseguente, ovvero la regola per cui viola la CEDU un *plea bargain* concluso in maniera così coercitiva nei confronti dell'accusato da aver provocato una lesione del suo diritto di non autoincriminarsi, e quella secondo cui non possono essere considerati validi i concordati accettati solo per evitare un trattamento sanzionatorio di tale gravità da violare l'art. 3 della CEDU.

Inutile dire che, nonostante i primi due criteri fissati dalla decisione *de qua* siano talmente vaghi da essere difficilmente declinabili in concreto, la Corte europea pare aver voluto in tal modo far passare un preciso messaggio: le proposte con cui l'autorità offre a un prevenuto di accettare un patto sulla pena in cambio di un beneficio sanzionatorio sono di per sé legittime alla luce della CEDU. Le stesse diventano inique solo in casi del tutto eccezionali, ovvero quanto hanno un contenuto tale da coartare così tanto la volontà dell'accusato, da non potersi dire che la scelta di questi di rinunciare ai suoi diritti convenzionalmente tutelati sia reamente libera e volontaria.

⁴⁷ Corte Eur., Sez. IV, 6 luglio 2010, *Babar Ahmad v. United Kingdom*, §168.

⁴⁸ Si veda documento CEPEJ (2010) 10, del 10 dicembre 2010, *Contractualisation et processus judiciaires en Europe. (Etat de la situation en 2009)*, pp. 40 ss

⁴⁹ Corte Eur., Sez. IV, 6 luglio 2010, *Babar Ahmad v. United Kingdom*, §168.

⁵⁰ Corte Eur., Sez. IV, 6 luglio 2010, *Babar Ahmad v. United Kingdom*, §168.

Non sarà peraltro sfuggito che, così facendo, è stato proprio il giudice funzionalmente competente a tutelare il rispetto dei diritti umani in Europa ad aver avallato una delle prassi più discusse e criticate in diversi ordinamenti (ad es. in Germania e Slovenia), ovvero quella di ottenere l'assenso del prevenuto a un concordato facendogli percepire in modo espresso la differenza di trattamento sanzionatorio che gli spetterà ove accetti o meno di concludere un accordo con lo Stato.

Dopo che nel caso *Litwin c. Germania* i giudici di Strasburgo hanno ribadito in modo ancora più esplicito che «*there is nothing unlawful or improper*»⁵¹ nel creare dei meccanismi negoziati, la più volte citata sentenza *Natsolishvili e Togonidze c. Georgia* ha compiuto un definitivo salto di qualità, elaborando un'analisi a tutto tondo del fenomeno della giustizia negoziata in Europa.

La Corte di Strasburgo, infatti, per risolvere il caso sottoposto, ha ritenuto utile commissionare un vero e proprio studio comparativo sulla diffusione di tale fenomeno nella grande Europa, che ha inevitabilmente fotografato lo scenario impressionante a cui si è già fatto più volte riferimento: sono oramai in assoluta minoranza gli Stati che non prevedono alcun istituto contrattato nel loro ordinamento processuale penale⁵².

Già questo dato quantitativo non può non aver pesato sul giudizio di piena convenzionalità della negozialità penale dato dalla Corte.

Ma - com'era prevedibile - un preciso ruolo lo ha giocato anche la considerazione per cui è stato lo stesso Consiglio d'Europa a emanare la Raccomandazione R (87) 18 che ha spinto così tanto Paesi a contrattualizzare la loro giustizia penale. Non va infatti tralasciato che, sollecitata sul punto puntualmente dal governo georgiano, la Corte non ha potuto non affermare in modo espresso che «*as early as 1987 the Committee of Ministers of the Council of Europe called upon the member States to take measures aimed at the simplification of ordinary judicial procedures by resorting, for instance, to abridged, summary trials*»⁵³.

Come peraltro si è avuto modo di vedere, la sentenza *Natsolishvili e Togonidze c. Georgia* non si limita solo a manifestare un espresso *favor* nei confronti del *plea bargaining*, affermando, in via innovativa, che tale fenomeno va letto positivamente non solo perché consente di diminuire il carico giudiziario, ma anche perché esso, se applicato correttamente, consente di combattere la corruzione e il crimine organizzato, nonché a contribuire alla riduzione del sovraffollamento carcerario che affligge molti Paesi⁵⁴.

La novità più rilevante della stessa è infatti di non essersi accontentata, come era avvenuto fino a quel momento, di fissare dei requisiti alquanto vaghi riguardanti la legittimità delle offerte dei patti, ma ha finalmente stabilito dei criteri innovativi al fine di fare in modo che la negozialità penale non si trasformi in una vera e propria trappola per gli accusati, dalla quale gli stessi ricevano più danni che guadagni.

⁵¹ Corte Eur., Sez. V, 3 novembre 2011, *Litwin v. Germany*, §38.

⁵² Corte eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsolishvili and Togonidze c. Georgia*, § 62.

⁵³ Corte eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsolishvili and Togonidze c. Georgia*, § 91.

⁵⁴ Corte eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsolishvili and Togonidze c. Georgia*, § 90.

La Corte, infatti, ha precisato che, se gli istituti processuali che consentono ai prevenuti di rinunciare a un numero di diritti processuali fondamentali non rappresentano di per sé un problema per la CEDU, non bisogna però dimenticare che «*it is also a cornerstone principle that any waiver of procedural rights must always, if it is to be effective for Convention purposes, be established in an unequivocal manner and be attended by minimum safeguards commensurate with its importance. In addition, it must not run counter to any important public interest*»⁵⁵.

Ebbene, come si è avuto modo di osservare, i giudici europei hanno ritenuto che gli Stati debbano predisporre due salvaguardie in particolare a favore degli accusati affinché gli istituti negoziati possano dirsi conformi alla CEDU. In primo luogo, essi devono fare in modo che il patto venga accettato dal prevenuto in piena conoscenza dei fatti della causa, delle sue conseguenze giuridiche, nonché in una maniera realmente libera e volontaria⁵⁶. In secondo luogo, tali meccanismi devono per forza includere un controllo giudiziario sufficiente avente a oggetto sia i contenuti dell'accordo finale, sia la *fairness* del modo in cui esso è stato raggiunto tra le parti⁵⁷.

La sentenza *Natsvlishvili e Togonidze c. Georgia* sembra in sostanza finalmente essersi mossa in una direzione più garantista nei confronti del prevenuto: in tale occasione i giudici europei hanno fatto capire che la giustizia negoziata rimane un fenomeno positivo finché essa non supera determinati confini, che, se oltrepassati, trasformano i meccanismi contrattati in istituti lesivi delle più fondamentali garanzie degli accusati.

In modo assai più chiaro rispetto a quanto era avvenuto fino a quel momento la Corte europea ha insomma iniziato a muovere i primi passi verso la teorizzazione di un'equa giustizia negoziata europea, di cui non può che auspicarsi uno sviluppo ulteriore nella sua futura giurisprudenza.

Lo spunto più interessante – lo si è già detto – riguarda il requisito del controllo giudiziale sull'equità del modo in cui è stato concluso un concordato sulla pena, che presuppone per forza una conoscenza da parte del decisore delle trattative. Sembra, infatti, che sia questo uno dei veri e propri punti deboli di numerosi ordinamenti europei: gli stessi, infatti, lasciano sviluppare le negoziazioni in modo quasi del tutto oscuro e informale, interessandosi praticamente solo di far controllare al giudice il risultato finale delle discussioni tra le parti, ovvero il *pactum*. Per rimediare a questa situazione dovranno essere valorizzati gli spiragli sulle contrattazioni che già adesso in qualche modo sono consentiti dai controlli dei giudici sulla volontarietà dell'assenso del prevenuto, anche se non si possono che auspicare sul punto delle novità più incisive, come la creazione di un obbligo di verbalizzazione dei negoziati o persino una loro videoregistrazione. Se, del resto, il pericolo più grande degli istituti contrattati è rappresentato dalle loro forti pulsioni espansive, predisporre adeguati meccanismi di controllo sulla fase più oscura degli stessi, ovvero quella del *bargaining*, sembra rappresentare uno dei modi più efficaci per combattere tutti quei fenomeni di giustizia negoziata informale diffusi in Europa.

⁵⁵ Corte eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsvlishvili and Togonidze c. Georgia*, § 91.

⁵⁶ Corte eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsvlishvili and Togonidze c. Georgia*, § 92.

⁵⁷ Corte eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsvlishvili and Togonidze c. Georgia*, § 92.

Nonostante gli spiragli garantisti lasciati dal caso *Natsvlishvili e Togonidze c. Georgia* e in qualche modo confermati quantomeno da una sentenza successiva della Corte, non sembra comunque affatto facile che la Corte europea si possa spingere in futuro tanto in là da dichiarare effettivamente non convenzionale un meccanismo negoziato codificato da uno Stato.

Ove ciò accadesse, andrebbe infatti a crearsi, per certi versi, un vero e proprio paradosso posto che sono gli stessi art. 39 della CEDU e 62 delle regole di procedura della Corte europea a prevedere l'istituto della "composizione amichevole", che consente ai giudici di Strasburgo di mettersi a disposizione degli interessati al fine di aiutarli a negoziare un accordo, volto a far terminare un ricorso concernente una violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁵⁸.

Non sembra insomma potersi tralasciare che è lo stesso sistema convenzionale a prevedere un proprio meccanismo di "giustizia negoziata" (non penale, ma operante sui diritti umani), caratterizzato proprio dallo stesso fine di molte delle varie forme di *plea bargaining* esistenti nel mondo, ovvero quello di deflazionare il carico giudiziario a cui è sottoposta (questa volta) la Corte europea.

E, paradossalmente, non sembra trattarsi neppure di un modello di giustizia contrattata particolarmente garantista: difatti l'art. 39, comma 2, CEDU afferma che la procedura di *friendly settlement* sui diritti dell'uomo non è pubblica. Senza contare poi che l'art. 62, comma 2, delle regole di procedura della Corte precisa tale disposizione stabilendo che «*the friendly-settlement negotiations shall be confidential and without prejudice to the parties' arguments in the contentious proceedings. No written or oral communication and no offer or concession made in the framework of the attempt to secure a friendly settlement may be referred to or relied on in the contentious proceedings*». Sembra, insomma, preoccupante che sia lo stesso istituto negoziato predisposto in seno al sistema CEDU a prevedere espressamente, per un verso, che la fase delle trattative tra le parti debba rimanere oscura al pubblico e svilupparsi in modo del tutto segreto, e, per un altro verso, che la stessa Corte europea (ovvero un giudice) possa partecipare direttamente alle negoziazioni aventi a oggetto i diritti fondamentali degli individui, assumendo persino spesso un ruolo di impulso⁵⁹. A migliorare, almeno parzialmente, questa situazione sta però il fatto che *ex art. 37§1* della Convenzione la Corte europea è chiamata a continuare comunque l'esame del ricorso nel caso «*if respect for human rights as defined in the Convention and protocols thereto so requires*».

In ogni caso, pare però perlomeno lecito porsi un quesito: quanto è realmente probabile che i giudici di Strasburgo dichiarino contrastanti con la Convenzione europea dei meccanismi processuali che – seppur in un contesto e con un oggetto diverso – sono assai simili a un istituto previsto dalla stessa CEDU?

3. La necessità di una svolta da parte della piccola Europa

⁵⁸ In argomento cfr. H. KELLER - M. FOROWICZ - L. ENGI, *Friendly Settlements before the European Court of Human Rights: Theory and Practice*, Oxford, 2010.

⁵⁹ Cfr. sul punto *Friendly Settlements*, in www.agent.echr.am

Anche l'interesse che l'Unione europea ha manifestato per il "consensualismo penale" è, a dir la verità, assai più risalente di quanto si potrebbe pensare.

Già negli anni Novanta, infatti, la Commissione europea ha finanziato uno studio al fine di verificare quale fosse la disciplina dei singoli Stati nazionali in materia di transazione penale e amministrativa, che ha portato nel 1995 alla redazione di un'ampia ricerca sul punto⁶⁰.

Dopo la pubblicazione delle due versioni del *Corpus iuris* del 1997 e del 2000, in cui - come accennato - si proponeva l'inserimento di un'archiviazione condizionata e di una transazione penale utilizzabili dal pubblico ministero europeo⁶¹, l'Unione ha poi nuovamente dimostrato di essere particolarmente sensibile a questo argomento.

Nel libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea, infatti, la Commissione ha espresso una preferenza esplicita per un sistema di obbligatorietà dell'azione penale, temperato però da una serie di eccezioni, tra le quali è stata ricompreso anche un meccanismo, denominato nella versione italiana "patteggiamento", volto a consentire di recuperare con maggiore efficacia le somme corrispondenti dovute all'Unione⁶². In tale ipotesi l'imputato - ove avesse riparato il danno arrecato restituendo i fondi irregolarmente percepiti o versando le tasse eluse - avrebbe avuto «la possibilità di concludere con la procura europea un accordo sull'estinzione di qualsiasi azione penale, presente o futura»⁶³. In sostanza, quindi, in tale occasione è stata la stessa Commissione a considerare che, mediante il pagamento spontaneo di una somma, il prevenuto avrebbe potuto beneficiare «della mancata pronuncia di una sentenza»⁶⁴.

Nel 2003 è toccato poi alla Corte di giustizia fare i conti con la diffusione del consensualismo penale in Europa⁶⁵. In tale occasione, infatti, i giudici dell'Unione si sono trovati a rispondere a titolo pregiudiziale a un quesito concernente l'operatività del principio del *ne bis in idem*, enunciato nell'art. 54 della CAAS, anche al caso in cui l'azione penale risulti estinta in uno Stato membro in conseguenza di una transazione conclusa tra pubblico ministero e imputato, senza l'intervento di un giudice. Più precisamente, tale questione è sorta «nell'ambito di due procedimenti penali promossi, da un lato, in Germania a carico del sig. Gözütok e, dall'altro, in Belgio a carico del sig. Brügge, per reati commessi da questi ultimi, rispettivamente, nei Paesi Bassi e in Belgio, benché i procedimenti promossi in un altro Stato membro a carico dei due imputati per i medesimi fatti [fossero] stati

⁶⁰ Cfr. H. LABAYLE, *La transazione nell'Unione europea*, Milano, 1998.

⁶¹ L. LUPÀRIA, *Profili dell'azione penale "europea"*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 937 ss., nonché B. PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria e pubblico ministero europeo*, Milano, 2002, pp. 257 ss.

⁶² Cfr. Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea, Com (2001) 715 def.

⁶³ V. Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea, Com (2001) 715 def.

⁶⁴ Cfr. Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea, Com (2001) 715 def.

⁶⁵ Corte giust., 11 febbraio 2003, C-187/01-C-385/01, Gözütok e Brügge. Sulla quale cfr., in particolare, A. CIAMPI, *La nozione europea di "persona giudicata con sentenza definitiva" e le condanne "patteggiate"*, in *Int'l Lis.*, 2003, n. 3-4, p. 115.

definitivamente chiusi a seguito del versamento, da parte di questi ultimi, di una determinata somma di denaro, stabilita dal Pubblico ministero in applicazione di una procedura di estinzione dell'azione penale»⁶⁶. Ebbene, come suggerito dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni⁶⁷, la Corte ha affermato sul punto che «quando, a seguito di un procedimento del tipo di quelli di cui trattasi nella causa principale, l'azione penale si estingue definitivamente, l'interessato dev'essere considerato "giudicat[o] con sentenza definitiva", ai sensi dell'art. 54 della CAAS, per i fatti al medesimo contestati [...] Il fatto che nessun giudice intervenga nel corso di una siffatta procedura e che la decisione presa al termine di quest'ultima non assuma le forme di una sentenza non è tale da inficiare questa interpretazione»⁶⁸.

Si tratta, è utile notarlo, di una decisione caratterizzata da un'importanza peculiare. La stessa, infatti, fa ben comprendere quanto la moltiplicazione di un gran numero di meccanismi consensuali o negoziati in Europa può provocare delle problematiche di riconoscimento reciproco tra Stati membri dell'Unione di decisioni giudiziarie contrattate.

Non sembra dunque un caso se nella proposta di decisione quadro del 2004 in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio UE si facesse esplicito riferimento alla necessità di rendere applicabili le garanzie minime *ivi* proclamate anche nei procedimenti conseguenti a un *guilty plea* del prevenuto⁶⁹. Nell'art. 1 di tale atto, infatti, si specificava che il campo di applicazione della decisione quadro avrebbe riguardato anche le regiudicande dirette «a decidere sulle conseguenze di un'ammissione di colpevolezza rispetto ad un'accusa di reato». Ebbene, così facendo, sembrava essersi dato un preciso segnale del fatto che gli stessi organi dell'Unione si fossero resi conto della necessità di incrementare la fiducia reciproca tra gli Stati, anche con riguardo agli istituti dispositivi, dato che, tramite gli stessi, viene deciso un numero di procedimenti penali sempre crescente in tutta Europa.

Questa particolare sensibilità per il rafforzamento dei diritti degli imputati negli istituti consensuali o negoziati sembra però essersi persa dopo il fallimento dell'iniziativa appena citata.

Nelle direttive 2010/64/UE, 2012/13/UE, 2013/48/UE e 2016/1919 UE non si è invero più fatto riferimento in modo specifico ai procedimenti in cui il prevenuto abbia compiuto un *guilty plea*.

Un discorso a parte va fatto per la direttiva 2016/343/UE: ci si poteva infatti aspettare che un provvedimento finalizzato - tra l'altro - a rafforzare nell'Unione il principio cardine della presunzione d'innocenza e il diritto al silenzio e di non autoincriminarsi, fosse adatto per introdurre delle garanzie specifiche al fine di evitare che tali canoni primari continuassero a essere violati nelle procedure negoziate diffuse in diversi Paesi europei.

Così non è stato: la direttiva *de qua* non si è affatto curata di meglio tutelare gli imputati sul punto, ma ha piuttosto voluto che fosse ben chiaro che «gli Stati

⁶⁶ Corte giust., 11 febbraio 2003, C-187/01-C-385/01, Gözütok e Brügge, §2.

⁶⁷ Conclusioni Avv. Gen. Ruiz Jarabo, 19 settembre 2002, cause C-187/01-C-385/01.

⁶⁸ Corte giust., 11 febbraio 2003, C-187/01-C-385/01, Gözütok e Brügge §30.

⁶⁹ Cfr. Proposta di decisione quadro del Consiglio in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea, del 28 aprile 2004, 2004/0113.

membri possono consentire alle proprie autorità giudiziarie di tenere conto, all'atto della pronuncia della sentenza, del comportamento collaborativo degli indagati e imputati» (art. 7, par. 4).

Paradossalmente, mediante tale disposizione sembra essersi voluta legittimare un'indiscriminata serie di istituti negoziali che consentano di ottenere più facili propalazione di colpevolezza *contra se* e *erga alios*.

Pare, insomma, che in tal modo le istituzioni eurounitarie non si siano rese conto che la proclamazione nella direttiva 2016/343/UE del diritto alla presunzione d'innocenza e del diritto al silenzio rischia di rimanere lettera morta se continueranno a svilupparsi meccanismi di giustizia negoziata informale, disciplinati solo dalla prassi e spesso trattati dalla stessa giurisprudenza come vera e propria "terra di nessuno".

Negli ultimi anni, l'Unione è rimasta del tutto sorda a queste esigenze garantistiche, preferendo invece concentrare i suoi sforzi per introdurre meccanismi contrattati o consensuali direttamente applicabili da organi europei - palesemente ispirati alle esperienze degli Stati nazionali - con cui ha cercato lei stessa di sfruttare gli effetti deflativi derivanti degli istituti in questione.

Da un lato, infatti, non può tralasciarsi come nel diritto eurounitario della concorrenza - di cui, come noto, è discussa la natura amministrativa o penale in ragione, tra l'altro, delle somme particolarmente elevate che possono essere irrogate dalla Commissione europea, nonché del loro carattere punitivo e deterrente - già da tempo è stata codificata una procedura negoziata di transazione applicabile nei casi di cartelli di imprese (Regolamento CE n. 622 del 2008)⁷⁰.

Da un altro lato, si è già avuto modo di accennare che la proposta originaria di istituzione della Procura europea ⁷¹ prevedeva all'art. 29 l'istituto del "compromesso"⁷², che non costituiva altro se non un'evoluzione dell'idea già contenuta nel *Corpus iuris* e nel libro verde sugli interessi finanziari di codificare una sorta di transazione penale europea, costruita sul modello di quelle in vigore in

⁷⁰ Sul punto cfr. F. LAINA - E. LAURINEN, *The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, pp. 1 ss.

⁷¹ Per i dovuti riferimenti bibliografici circa la figura del pubblico ministero europeo, cfr., tra i moltissimi, S. ALLEGREZZA, *Statuto e poteri del pubblico ministero europeo*, in AA.VV., *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Milano, 2015, pp. 279 ss.; EAD., *Verso una Procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione*, in *Dir. pen. cont.*, 31 ottobre 2013; M. BARGIS, *Il pubblico ministero nella prospettiva di un ordinamento europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 745 ss.; A. DAMASKOU, *The European Public Prosecutor's Office. A Ground-Breaking New institution of the Legal Order*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, pp. 127-130; G. DI PAOLO-S. MARCOLINI, *Verso l'istituzione di una procura europea a protezione degli interessi finanziari dell'Unione: la proposta di regolamento COM(2013)534 FINAL*, in *Cass. pen.*, 2014, pp. 361 ss.; A. ERBEŽNIK, *European Public Prosecutor's Office (EPPO) - too much, too soon, and without legitimacy?*, in *European Criminal Law Review*, 2015, pp. 212 ss.; R. PARIZOT, *The future EPPO: what role for the CJEU?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, pp. 538-540; L. SALAZAR, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in *Arch. pen. online*, 2017, n. 3, p. 1 ss.; L. BACHMAIER WINTER, *The potential Contribution of a European Public Prosecutor in Light of the Proposal for a Regulation of 17 July 2013*, in *European Journal of Crime, Criminal law and Criminal Justice*, 2015, pp. 121 ss.

⁷² Per un commento critico cfr. S. RECCHIONE, *European Public Prosecutor Office. Anche gli entusiasti diventano scettici?*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2014, p. 15. Sul punto cfr. A. CANDI, *Struttura, compiti, indipendenza e responsabilità del pubblico ministero europeo nella proposta della Commissione europea del 17 luglio 2013*, in *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2014, p. 16.

tanti Stati membri. In sostanza, nel caso in cui la regiudicanda non dovesse essere archiviata e la prosecuzione del procedimento fosse nell'interesse della buona amministrazione della giustizia, il pubblico ministero europeo, ove il prevenuto avesse risarcito il danno, avrebbe potuto proporre all'indagato di pagare una sanzione pecuniaria forfettaria che, una volta versata, avrebbe comportato l'archiviazione definitiva del caso. Merita ricordare che anche tale archiviazione presentava l'aspetto oggi problematico dal punto di vista del rispetto delle garanzie della CEDU di non prevedere alcun previo controllo giurisdizionale.

Come noto, peraltro, la disposizione *de qua* è stata soggetta a un acceso dibattito nel corso dei negoziati della proposta di regolamento: difatti, se alcune delegazioni si sono dimostrate contrarie all'introduzione di una transazione a livello europeo, perché non contemplavano meccanismi simili a livello nazionale, altre hanno persino suggerito che fosse preso in considerazione un vero e proprio «sistema di “patteggiamento” invece del meccanismo del compromesso»⁷³.

È stata però una terza idea ad avere effettivamente successo: già nel 2015 alcuni Stati hanno suggerito che il regolamento, al posto di inserire una vera e propria transazione europea, includesse delle norme che conferissero «alla Procura la possibilità di concludere compromessi in base al diritto nazionale»⁷⁴.

A partire dal 2016⁷⁵ la disposizione sui “compromessi” è stata quindi eliminata dall'iniziativa normativa, per essere sostituita da un nuovo articolo – al quale si ricollegano diversi considerando – rubricato “procedure semplificate di azione penale”⁷⁶.

Tale previsione è riuscita a raggiungere il *favor* degli Stati ed è contenuta all'art. 40 del regolamento istitutivo della Procura europea formalmente adottato, dopo 4 anni di intensi dibattiti e vent'anni dalle prime poste, il 12 ottobre 2017 dal Consiglio UE⁷⁷.

In estrema sintesi la disposizione in questione stabilisce che, ove il diritto nazionale applicabile preveda «una procedura semplificata di azione penale volta alla pronuncia del provvedimento definitivo nel caso sulla base di termini convenuti con l'indagato, il procuratore delegato incaricato del caso può proporre alla camera permanente competente [...] di applicare tale procedura conformemente alle condizioni previste dal diritto nazionale». Dal canto suo, la camera permanente dovrà poi decidere sulla proposta del procuratore delegato tenendo conto di una serie di motivi, ovvero la gravità del reato, la volontà dell'indagato di riparare il danno, nonché la conformità dell'uso della procedura agli obiettivi generali e principi di base dell'EPPO. Una volta ottenuto l'assenso di tale organo, spetterà allora al procuratore europeo delegato il compito di applicare effettivamente la procedura transattiva sulla base delle norme previste dal diritto nazionale. A questo punto, dopo che l'indagato abbia effettivamente adempiuto alla prestazione promessa all'EPPO, la camera permanente dovrà incaricare «il

⁷³ Cfr. Doc. Consiglio Ue, 6318/15, p. 3.

⁷⁴ Cfr. Doc. Consiglio Ue, 6318/15, p. 3.

⁷⁵ Cfr. Doc. Consiglio Ue, 9156/16.

⁷⁶ In argomento L. SALAZAR, *Habemus EPPO!*, cit., pp. 33 ss.

⁷⁷ Si veda L. SALAZAR, *Definitivamente approvato il regolamento istitutivo della Procura europea (EPPO)*, in *Dir. pen. cont.*, 13 ottobre 2017, nonché ID., *Habemus EPPO*, cit., p. 1 ss.

procuratore europeo delegato di agire ai fini della pronuncia di un provvedimento definitivo del caso».

Non è questa la sede in cui soffermarsi su tale complessa procedura, ma è comunque utile una considerazione di sintesi. Come si desume dal considerando 82 del regolamento *de quo* mediante l'art. 40 l'Unione ha voluto consentire all'EPPO – che alla fine delle indagini ritenga ci siano gli elementi per esercitare l'azione penale – di concludere degli accordi con il prevenuto – «ad esempio nella forma di patteggiamenti»⁷⁸ – sulla base di quanto stabilito dalla normativa della *lex loci*.

Con il regolamento sull'EPPO, quindi, la giustizia penale consensuale o negoziata – a seconda di come si sviluppino i singoli meccanismo transattivi nazionali – è riuscita a farsi definitivamente spazio pure nel diritto eurounitario. Il rischio è però che anche il procuratore europeo sia a sua volta attratto dall'ineliminabile vocazione espansiva della negozialità, che caratterizza molte delle procedure contrattate nazionali di cui si dovrà servire. Non è difficile pronosticare infatti che pure l'EPPO, ove vorrà effettivamente applicare in modo efficace alcuni istituti contrattati, sarà costretto ad applicare proprio quel diritto penale dei corridoi dei tribunali a cui si è fatto più volte riferimento.

Peraltro, proprio il fatto che per il tramite dell'art. 40 del regolamento in questione vi sia un rischio che la “bulimia della negozialità” si estenda anche alla neonata Procura europea sembra dimostrare quanto sia oramai necessario un cambio di prospettiva dell'Unione in materia di giustizia contrattata.

Una volta ottenuto l'obiettivo di poter sfruttare questo fenomeno per ottenere preziosi effetti deflativi, pare che le istituzioni eurounitarie debbano concentrare i loro sforzi per migliorare i diritti fondamentali degli indagati negli istituti negoziati; e ciò perché oramai sarà lo stesso EPPO a servirsene. Sarebbe un vero e proprio paradosso se i Procuratori europei, utilizzando dei meccanismi contrattati o consensuali, violassero i diritti fondamentali degli indagati o imputati. A quel punto, infatti, sarà l'Unione a essere responsabile della lesione delle garanzie di tali soggetti.

La contrattualizzazione degli ordinamenti processuali europei è oramai talmente diffusa da rappresentare sì una risorsa per tentare di accorciare i processi, ma anche un problema che pare vada affrontato a livello centrale dall'Unione Europea. La giustizia penale negoziata sembra insomma un fenomeno che non si può più minimizzare quale peculiarità tipica solo di una serie di Stati, ma che dovrebbe essere trattato come una priorità essenziale per la costruzione di quello che vuole essere un effettivo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Non sembra infatti potersi dubitare che gli stessi (assai timidi) passi avanti fatti con le direttive di Stoccolma siano messi in serio pericolo dalla repentina ondata di negozialità che pervade aree sempre più ampie della piccola Europa. Lo si è già visto: nella giustizia contrattata informale (e a volte pure in quella codificata) i diritti fondamentali corrono il rischio di valere meno, perché assorbiti dalla vocazione espansiva della negozialità. Le negoziazioni rischiano infatti di essere concluse ledendo i super diritti all'interpretazione e alla traduzione, alla difesa tecnica, all'informazione, al silenzio, oltreché alla presunzione d'innocenza.

⁷⁸ Non pare però potersi tralasciare che nella versione inglese del considerando 40 si utilizza però il termine *transaction* e non *plea bargaining*.

Sembra in sostanza arrivato il tempo perché la piccola Europa adotti norme *ad hoc* in materia di giustizia negoziata, finalizzate quantomeno a far rispettare agli Stati membri lo standard minimo proclamato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sua giurisprudenza.

La soluzione più efficace – ma non semplice da raggiungere – è quella di iniziare la discussione sulla possibilità di proporre una direttiva – ex art. 82, par. 2, lett. b, TFUE – volta a stabilire norme minime in materia di tutela dei diritti della persona che si trovi a discutere e stipulare un accordo in un processo penale. Il presente lavoro, infatti, pare aver dimostrato come – fino a oggi – gli obiettivi di rafforzare le garanzie degli indagati e imputati nella giustizia negoziata non siano stati conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri. Nessun formante degli ordinamenti giuridici nazionali è, infatti, ancora riuscito a individuare un rimedio efficace per contrastare le derive antiformalistiche delle contrattazioni, che vi sono in ogni ordinamento analizzato. Visto il fallimento dei sistemi nazionali, si richiede allora un intervento dell'Unione sulla base del principio di sussidiarietà ex art. 5 TUE.

Ebbene, la base di questo nuovo atto pare dover essere proprio lo standard CEDU proclamato dalla sentenza *Natsolishvili e Togonidze c. Georgia*.

Ove, infatti, l'Unione obbligasse gli Stati membri quantomeno a informare in modo specifico gli indagati sulle conseguenze derivanti dall'accettazione di un concordato, a creare dei mezzi di controllo effettivi sulla volontarietà dell'assenso del prevenuto, nonché a predisporre un *sufficient judicial review* sul contenuto dell'intesa e sulla *fairness* del modo in cui è stata raggiunta, vi sarebbe un assai significativo miglioramento dell'attuale situazione.

Pare utile ribadirlo: molti istituti negoziati formali e informali, tra cui *in primis* il patteggiamento italiano, non sembrano contenere neppure quelle «*sufficient safeguards against possible abuse of process*»⁷⁹, indispensabili affinché i meccanismi contrattati non si trasformino in strumenti di violazione sistematica delle garanzie tutelate dalla CEDU e dalla Carta di Nizza.

Già nel caso in cui l'Unione si limitasse a cristallizzare il livello della CEDU potrebbe incanalare l'inarrestabile espansione della negozialità nelle procedure penali d'Europa verso una strada assai meno oscura di quella imboccata finora.

Sta, insomma, alle istituzioni eurounitarie decidere che cosa fare: esse possono scegliere se continuare a proclamare una serie di diritti fondamentali, che, però, nella realtà, corrono il rischio di valere solo in un numero sempre più ristretto di reg giudicande in cui non vengono attivati meccanismi dispositivi, oppure dimostrarsi consapevoli degli stravolgimenti che stanno avvenendo negli ordinamenti continentali e cercare di gettare le basi per un'equa giustizia negoziata europea.

⁷⁹ Corte eur., Sez. III, 29 aprile 2014, *Natsolishvili and Togonidze c. Georgia*, § 97.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Mediazione e diritto penale. Dalla punizione del reo alla composizione con la vittima*, a cura di G. Mannozi, Milano, 2004.
- AA.VV., *Dejuriciarisation (Diversion) et mediation. Actes du Colloque International tenu à Tokyo, Japon, 14-16 mars 1983*, in RIDP, 1983, p. 937.
- AA.VV., *Finanzstrafrecht 2002: Absprache /Vergleiche im Abgaben- und Finanzstrafrecht*, a cura di R. Leitner, Wien, 2003.
- AA.VV., *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G. Mannozi-A. Lodigiani, Bologna, 2015.
- AA.VV., *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di E. Amodio e M.c. Bassiouni, Milano, 1988.
- AA.VV., *La célérité de la procédure pénale*, in RIDP, 1996.
- AA.VV., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, Milano, 2014.
- AA.VV., *La Vittima del reato, questa dimenticata*, Roma, 2001.
- AA.VV., *Le temps et les hommes*, in www.justice.gouv.fr.
- AA.VV., *Privatisation of crime control: reports presented to the 18th Criminological Research Conference, 1988*, Strasbourg, 1990.
- AA.VV., *Quelle place pour la transaction pénale?*, in AJ Pénal, 2015, p. 459.
- AGUILERA MORALES E., *El principio de consenso*, Barcelona, 1998.
- AGUILERA MORALES E., *La conformidad con los hechos y la petición conjunta de pase a enjuiciamiento inmediato ex artículo 789.5.5. L.E. Cr.*, in *Revista de derecho procesal*, 1998, p. 589.
- AGUILERA MORALES E., *La conformidad en la propuesta de Código Procesal Penal: ubi nom est iustitia, iba non potest esse ius*, AA.VV., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, diretto da V.M. Catena, Valencia, 2015, p. 847.
- AIMONETTO M.G., *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 99.
- AIMONETTO M.G., voce *Processo penale francese*, in *Enc. dir., Annali II*, t. I, Milano, 2008, p. 723.
- AITALA R.S., *Consenso dell'imputato e verifiche del giudice nella disciplina del patteggiamento*, in *Giur. it.*, 1998, c. 1917.
- ALBRECHT H.-J., *Criminal Prosecution: Developments, Trends and Open Questions in the Federal Republic of Germany*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2000, p. 246.
- ALBRECHT H.J., *Settlements out of court: A Comparative Study of European Criminal Justice Systems*, in *South African Law Commission, Research Paper 19*, Pretoria, 2001.
- ALESSANDRUCCI I., voce *Conciliazione*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. IV, 2008, p. 142.
- ALESSI G., *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari, 2001.

- ALESSI G., *La giustizia pubblica come «risorsa»: un tentativo di riflessione*, AA.VV., *Penale Giustizia Potere. Per ricordare Mario Sbriccoli*, a cura di L. Lacchè-C. Latini-P. Marchetti-N. Meccarelli, Macerata, 2007, pp. 213 ss.
- ALESSI PALAZZOLO G., *Prova legale e pena: la crisi del sistema tra Evo medio e moderna*, Napoli, 1979
- ALLEGREZZA S., *Verso una Procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione*, in *Dir. pen. cont.*, 31 ottobre 2013.
- ALLEGREZZA S., *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, in AA.VV., *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di L. Lupària, Padova, 2015, p. 3.
- ALLEGREZZA S., *Statuto e poteri del pubblico ministero europeo*, in AA.VV., *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Milano, 2015, p. 279.
- ALONSO SALGADO C., *Una lectura restaurativa acerca del proceso por aceptación de decreto*, in AA.VV., *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, coord. da O. Fuentes Soriano, Valencia, 2017, p. 553.
- ALSCHULER A.W., *Implementing the Criminal Defendant's Right to Trial: Alternatives to the Plea Bargaining System*, in *The University of Chicago Law Review*, 1983, p. 957
- ALSCHULER A.W., *The Prosecutor's Role in Plea Bargaining*, in *Chicago Law Review*, 1968, p. 85.
- ALSCHULER A.W., *Plea Bargaining and Its History*, *Law & Society Review*, 1979, pp. 211 ss.;
- ALTENHAIN K.-DIETMEIER F.-MAY M., *Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren*, Baden-Baden, 2013.
- ALTENHAIN K. - HAGEMMEIER I.- HAIMERL M., *Die Vorschläge zur gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprachen im Lichte aktueller rechtstatsächlicher Erkenntnisse*, in *NStZ*, 2007, p. 71.
- ALTENHAIN K. -HAIMERL M., *Modelle konsensualer Erledigung des Hauptverfahrens*, in *GA*, 2005, p. 281.
- ALTENHAIN K., *Absprachen im Ermittlungsverfahren*, in AA.VV., *Wider die wildwüchsige Entwicklung des Ermittlungsverfahrens*, a cura di S. Barton - R. Kölbl - M. Lindemann, Baden-Baden, 2015, p. 219.
- ALTENHAIN K., *Absprachen in German Criminal Trials*, in AA.VV., *World Plea Bargaining. Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, a cura di S.C. Thaman, Durham, 2010, p. 158.
- ALTENHAIN K.-HAGEMMEIER I.-M. HAIMERL-K.-H. STAMMEN, *Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren*, Baden-Baden, 2007.
- ALTENHAIN K.-HAIMERL M., *Die gesetzliche Regelung der Verständigung im Strafverfahren - eine verweigerte Reform*, in *JZ*, 2010, p. 327.
- ALT-MAES F., *La contractualisation du droit pénal mythe ou réalité?*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2002, p. 501.
- ALT-MAES F., *Vers une contractualisation du droit pénal*, in AA.VV., *Les Évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, a cura di C. Pigache, Rouen, 2004, p. 49.
- AMBROISE-CASTEROT C., *Le consentement en procédure pénale*, in AA.VV., *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris, 2006, p. 39.
- AMIEL C. - GARAPON A., *Justice négociée et justice imposée dans le droit français de l'enfance*, in *Annales de Vaucresson*, 1987, p. 17.

- AMODIO E., *Estetica della giustizia penale, prassi, media, fiction*, Milano, 2016.
- AMODIO E., *Giustizia penale negoziata e ragionevole durata del processo*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3406.
- AMODIO E., *I due volti della giustizia negoziata nella riforma del patteggiamento*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 700.
- AMODIO E., *I procedimenti speciali nel labirinto della giustizia costituzionale*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, n. 3, p. 107.
- AMODIO E., *Il processo penale nella parabola dell'emergenza*, in *Cass. pen.*, 1983, p. 2114.
- AMODIO E., *Intervento*, in AA.VV., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, Milano, 2014, p. 81.
- AMODIO E., *La nuova fisionomia dei riti alternativi premiali*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, 2007, p.69.
- AMODIO E., *La riforma del patteggiamento tra «remore illuministiche» e «resistenze inquisitorie»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, pp. 1124.
- AMODIO E., *Nuovi valori «costituzionali» nella giustizia penale del continente europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 918.
- ANCA G.M., voce *Pena*, applicazione su richiesta delle parti, in *Dig. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 365.
- ANDRE A., *Transaction pénale versus procès équitable*, in *Dalloz actualité 2 juin 2017*.
- ANNUNZIATA L., *Questioni probatorie tra male captum bene retentum e theory of the fruit of the poisonous tree*, Pisa, 2017.
- ANTONIONI F., *Appunti sulla figura del negozio processuale*, in *Giust. pen.*, 1952, III, c. 641 s.
- APRILE E., *Appello, ricorso per cassazione e revisione*, Milano, 2013.
- APRILE E., *Gli esiti alternativi sul giudizio: la negoziazione sul rito, sulla prova e sulla pena*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3511.
- ARANGÜENA FANEGO C., *Aspectos fundamentales de la reforma del procedimiento abreviado por Ley 38/2002, de 24 de octubre (II)*, in *Actualidad penal*, 2003, p. 506.
- ARCELLAZZI S., *Osservazioni teoretiche al Codice penale universale austriaco*, Casalmaggiore, 1822,
- ARICÒ G., *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in AA.VV., *I procedimenti speciali*, a cura di A.A. Dalia, Napoli, 1989, p. 97.
- ARMELLINI N., *Corso di procedura penale*, t. II, 2^a ed., Napoli, 1842.
- ARMENTA DEU T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, 1991.
- ARMENTA DEU T., *La "conformidad" dell'accusato nel processo penale spagnolo*, in *Il giusto processo*, 1991, n. 9-10, p. 24.
- ARMENTA DEU T., *La riforma del processo penale in Spagna*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3052.
- ARMENTA DEU T., *Lecciones de Derecho procesal penal*, 9^a ed., Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2016.
- ARMENTA DEU T., *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012.
- ASENCIO MELLADO J.M., *El Proceso por Aceptación de Decreto*, Valencia, 2016.
- AZIBERT G., *Perspectives et prospectives. Au sujet de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable du culpabilité dans la loi dite « Perben 2 »*, in AA.VV., *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris, 2006, p. 173.

- BACCARI G.M. - CONTI C., *Una nuova espressione del metodo dialettico: l'acquisizione concordata di atti di indagine*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 873.
- BACHMAIER L., *The potential Contribution of a European Public Prosecutor in Light of the Proposal for a Regulation of 17 July 2013*, in *European Journal of Crime, Criminal law and Criminal Justice*, 2015, p. 121.
- BACHMAIER L., *The Principle of Legality, Discretionary Justice and Plea Agreements: The Practice in Spain*, in AA.VV., *Discretionary criminal justice in a comparative context*, a cura di M. Caianiello-J.S. Hodgson, Durham, 2015, p. 89.
- BALDWIN J. -MCCONVILLE M., *Negotiated Justice: Pressures on Defendants to Plead Guilty*, London, 1977.
- BARGIS M. - BELLUTA H., *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, Torino, 2013.
- BARGIS M. -BELLUTA H., *La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale*, in AA.VV., *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, a cura di M. Bargis-H. Belluta, Torino, 2017, p. 15.
- BARGIS M., *Il pubblico ministero nella prospettiva di un ordinamento europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 745.
- BARONA VILAR S., *La conformidad como manifestación de la justicia negociada y la tutela judicial efectiva penal*, in *Justicia: revista de derecho procesal*, 1997, p. 33 ss.
- BARONA VILAR S., *La conformidad en el proceso penal y la justicia negociada*, in AA.VV., *La criminalidad organizada ante la justicia*, a cura di F. Gutiérrez-Alviz y Conradi, Sevilla, 1996, p. 85.
- BARONA VILAR S., *La conformidad en el proceso penal*, Valencia, 1994.
- BARONA VILAR S., *Régimen jurídico de la conformidad en el proceso penal tras la Ley 38/2002 y la LO 8/2002*, in *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, 2003, p. 31.
- BARONA VILAR S., *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Valencia, 2004.
- BAROSIO V., *Il processo penale tedesco dopo la riforma del 1965*, Milano, 1967.
- BARTA Z., *Décision n° 2010-77 QPC du 10 décembre 2010*, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Cahier n. 30, in www.conseilconstitutionnel.fr.
- BARTOLI R., *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 106.
- BARTOLI R., *Le recenti questioni applicative in tema di messa alla prova dell'adulto*, in *Giur. it.*, *Gli speciali*, *Sistema sanzionatorio e processo penale: lavori in corso*, a cura di Palazzo e Spangher, 2015, pp. 6 ss.
- BARTSCH H.-J., *Einstellung gegen Bußzahlung – Unzulässiger Freikauf von der Strafsanktion*, in *ZRP*, 1969, p. 128.
- BATTAGLINI E., *Scritti giuridici*, Milano, 1967.
- BATTAGLINI G., *La querela*, Torino, 1958.
- BAUMANN T., *Staatsanwaltschaftliche Ermittlungstätigkeit in Deutschland Umfang und Struktur der Verfahrenserledigung*, in *WISTA – Wirtschaft und Statistik*, 2015, n. 3, p. 81.
- BAUMGARTEL S., *Non prosecution agreements as contracts: Stolt-Nielsen and the question of remedy for a prosecutor's breach*, in *Wisconsin Law Review*, 2008, p. 25.
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Londra, 1774.
- BEERNAERT M., *Transactions, accords de plaider coupable et autres procédures judiciaires simplifiées*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2015, p. 207.

- BEERNAERT M.-A., *Négociation sur la peine et procès équitable*, in *Rev. Trim. dr. H.*, 2003, p. 970.
- BELLAVISTA G., *Il processo penale monitorio*, Milano, 1938.
- BELLUTA H., *Brevi considerazioni critiche sulla chimera efficientistica della "prova concordata"*, in AA.VV., *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, a cura di R.E. Kostoris, Torino, 2005, p. 173.
- BELLUTA H., *Contraddittorio e consenso: metodi alternativi per la formazione della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 126.
- BELLUTA H., *Nuovi poteri istruttori extradibattimentali delle parti: l'accordo ex art. 431 comma 2 c.p.p. come criterio epistemico della prova*, in AA.VV., *Nuovi scenari del processo penale alla luce del giudice unico*, a cura di S. Nosengo, Milano, 2002, p. 77.
- BELLUTA H., *Per piccoli passi: la vittima di reato cerca spazio nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 3 marzo 2014.
- BELTRANI-SCALIA M., *Sul governo e sulla riforma delle carceri in Italia. Saggio storico e teorico*, Torino, 1867.
- BERNASCONI A., *La collaborazione processuale. Incentivi, protezione e strumenti di garanzia a confronto con l'esperienza statunitense*, Milano, 1995.
- BERNASCONI P., *E pluribus unum: per tutta la Svizzera un nuovo ed unico codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1728.
- BERTOLINI B., *La messa alla prova per adulti sotto le lenti della giustizia riparativa*, in AA.VV., *Verso un processo penale accelerato. Riflessioni intorno alla l. 67/2014 al d lgs. 28/2015 e al d.l. 2798/2014*, Napoli, 2015, p. 30.
- BEULKE W., *Die unbenannten Auflagen und Weisungen des § 153a StPO*, in AA.VV., *Festschrift für Hans Dahs*, cit., p. 209.
- BIBAS S., *Regulating the Plea-Bargaining Market: From Caveat Emptor to Consumer Protection*, in *California Law Review*, 2012, p. 1117.
- BIROCCHI I., *La giustizia di tipo egemonico: qualche spunto di riflessione*, AA.VV., *Penale Giustizia Potere. Per ricordare Mario Sbriccoli*, a cura di L. Lacchè-C. Latini-P. Marchetti-N. Meccarelli, Macerata, 2007, pp. 179 ss.
- BITTMAN F., *Consensual Elements in German Criminal Procedural Law*, in *German Law Journal*, 2014, n. 1, *Special Issue – Plea Bargains in Germany*, p. 30.
- BITTMAN F., *Das Eckpunktepapier zur Reform des Strafverfahrens*, in *ZRP*, 2001, p. 441.
- BITTMAN F., *Die Verständigung und die Rolle der Staatsanwaltschaft*, in AA. VV., *Praxishandbuch zur Verständigung im Strafverfahren*, a cura di A. Sinn – C. Schöföling, Berlin, 2017, p. 45.
- BITTMANN F., *Verfahrensbeschränkungen nach § 154a II StPO als Gegenstand der Verständigung*, *NStZ*, 2017, p. 244.
- BLACKSTONE W., *Commentaries of the Laws of England: in four books*, vol. II, New York, 1841.
- BLANC G., *La médiation pénale (Commentaire de l'article 6 de la loi n. 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale)*, in *La Semaine Juridique Edition Générale*, 1994, *Doctrine*, n. 3760.
- BOCCARA E. - LASSERRE CAPDEVILLE J., *La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité: la parole est au condamné*, in *Gazette du palais*, 2011, n. 365, p. 24.
- BOHLANDER M., *Principles of German Criminal Procedure*, Oxford – Portland, 2012.
- BOITARD M., *La transaction pénale en Droit français*, in *RSC*, 1941, p. 152.

- BOLLE P.H., *Le procès pénal nouveau*, RD pén crim, 1995, p. 11.
- BOMMER F., *Abgekürztes Verfahren und Plea Bargaining im Vergleich*, in *Revue Pénale Suisse*, 2009, p. 5.
- BONINI V., *Forme di manifestazione e contenuti della giustizia penale consensuale*, in AA.VV., *Studi in onore di Antonio Cristiani*, Torino, 2001, p. 49.
- BÖTTCHER R., *Der Deutsche Juristentag und die Absprachen im Strafprozeß*, in AA.VV., *Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag*, München, 2001, p. 49.
- BÖTTCHER R., *Opferinteressen im Strafverfahren und verfahrensbeende Absprache*, in AA.VV., *Festschrift für Egon Müller*, a cura di H. Jung-B. Luxenburger – E. Wahle, Baden-Baden, 2008, p. 87.
- BOUCHARD M., *Breve storia (e filosofia) della giustizia riparativa*, in *Quest. giust.*, 2015, n. 2, p. 66.
- BOULOC B., *Procédure pénale*, 25^a ed., Paris, 2015.
- BOURDEAU B., *L'injonction pénale avortée: scolies sur une question de confiance*, in *Actualité législative Dalloz*, 30 mars 1995, n° 6, p. 45.
- BOYNE S.M., *The German Prosecution Service. Guardians of the Law?*, Berlin-Heidelberg, 2014.
- BRANDÃO N., *Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução*, in *Julgar*, n. 25, 2015, p. 161.
- BRANTS C., *Consensual, Abbreviated and Simplified Procedures in the Netherlands*, in AA.VV., *World Plea Bargaining. Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, a cura di S.C. Thaman, Durham, 2010, p. 204.
- BRICCHETTI R., *L'intento della riforma è scoraggiare i ricorsi solo defatigatori*, in *Guida. dir.*, 2017, n. 32, p. 60.
- BROWN J., *Meriti e limiti del patteggiamento*, in AA.VV., *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di E. Amodio-M.C. Bassiouni, Milano, 1988, p. 132.
- BRÜNING J., *Die Einstellung nach § 153a StPO. Moderner Ablasshandel oder Rettungsanker der Justiz?*, in *ZIS*, 2015, p. 586.
- BUISSON J., *Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 et loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002*, in *Procédures*, Novembre 2002, n. 11.
- BUJOSA VADELL L.M., *Oficialidad o discrecionalidad en el inicio de la investigación penal*, AA.VV., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, diretto da V.M. Catena, Valencia, 2015, p. 33.
- BUNDESMINISTERIUM FÜR JUSTIZ, *Handbuch zur Kronzeugenregelung. §§ 209a, 209b stopp in der Fassung des Strafprozessrechtsänderungsgesetzes II 2016*, Wien, 2017.
- BUREAU A. - GUIDICELLI A., *Les premières applications de la composition pénale dans le ressort de la Cour d'appel de Poitiers*, Paris, 2003.
- BUREAU A., *Etat des lieux d'un dispositif procédural atypique: la composition pénale*, in *APC*, 2005, p. 125.
- BURENS L., *Plea Bargaining in International Criminal Tribunals. The end of truth-seeking in International Courts?*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2013, nn. 7-8, pp. 322 ss.
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA J., *La reforma del proceso penal español en el Anteproyecto de la Ley de enjuiciamiento criminal de 27 julio 2011*, in *Dir. pen. cont.*, 23 ottobre 2012.

- BUSSMANN K.D., *Das Entstehen eines neuen Rechtsbegriffs: Verständigungen in Strafoerfahren*, in *KritV*, 1989, p. 376.
- BUTRÓN BALIÑA P.M., *La conformidad del acusado en el proceso penal*, Madrid, 1998.
- BUZZELLI S., *Fascicolo dibattimentale «negoziato» e cognizione probatoria*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 389.
- BUZZELLI S., *Per un giudizio abbreviato coerente con la scelta accusatoria della legge delega*, in *Cass. pen.*, 1991, pp. 507 ss.
- CABAÑAS GARCÍA J.C., *El proceso penal español ante una perspectiva de justicia penal negociada*, in *Revista de derecho procesal*, 1991, p. 231.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ N., *Hegemonia del Ministerio Fiscal, principio de oportunidad y Justicia negociada: las claves del nuevo modelo procesal español*, in AA.VV., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, diretto da V.M. Catena, Valencia, 2015, p. 829.
- CABEZUDO RODRÍGUEZ N., *Justicia negociada y nueva reforma procesal penal*, in *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2003, p. 1788.
- CABIALE A., *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di procedimento per decreto: una nuova garanzia per l'imputato e una in meno per la "vittima"*, in www.lalegislazionepenale.eu.
- CABON S.M., *La négociation en matière pénale*, Paris, 2016.
- CAIANIELLO M., *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Torino, 2003.
- CAIRO R., *La médiation pénale: Entre répression et réparation*, Paris, 1997, p. 17.
- CALAMANDREI I., *Sentenza di patteggiamento e revisione*, in *Giur. it.*, 2005, p. 214.
- CALDARERA G.B., *Commentaire des articles 506 à 510 du Code de procédure pénale*, in *RIDP*, 1962, p. 467.
- CALLARI F., *Il concordato sui motivi di appello e il mito della fenice*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4640.
- CALLARI F., *Patteggiamento e canone decisorio dell'“oltre ogni ragionevole dubbio”: i termini di un binomio “impossibile”*, in *Dir. pen. cont.*, 31 ottobre 2012.
- CAMON A., *Accordi processuali e giustizia penale: la prova patteggiata*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 55
- CANDI A., *Struttura, compiti, indipendenza e responsabilità del pubblico ministero europeo nella proposta della Commissione europea del 17 luglio 2013*, in *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2014.
- CANZIO G., *Alcune riflessioni sul giudizio abbreviato dopo un decennio di applicazione dell'istituto*, in *Foro it.*, 1998, II, c. 641.
- CANZIO G., *Il processo penale: le riforme “possibili”*, in *Criminalia*, 2013, p. 505.
- CANZIO G., *Realtà e prospettive del giudizio abbreviato*, in *Quest. giust.*, 1999, p. 1063.
- CAPRIOLI F., *L'accertamento della responsabilità penale “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 78.
- CAPRIOLI F., *L'archiviazione*, Napoli, 1994.
- CAPRIOLI F., *La definizione concordata del processo d'appello dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 625.
- CAPRIOLI F., *Limiti di ricorribilità della sentenza patteggiata in caso di pena illegale*, in *Giur. it.*, 1993, II, c. 294.
- CAPRIOLI F., *Processo penale e commisurazione della pena*, in AA.VV., *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, a cura di M. Pavarini, Bologna, 2006, p. 152.

- CAPRIOLI F., *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 608.
- CAPRIOLI F., voce *Condanna*, in *Enc. dir., Annali II*, t. II, Milano, 2008, p. 101.
- CAPUTO M., *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009.
- CARCANO D., *Patteggiamento: com'era e cos'è*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2148.
- CARDUCK V.J., *Quo vadis, German Criminal Justice System? The Future of Plea Bargaining in Germany*, in AA.VV., *Warwick School of Law Research Paper No. 2013-17 (Special Plea Bargaining Edition)*, a cura di J. Hodgson, p. 12.
- CARNEVALE S., *L'interesse ad impugnare nel processo penale*, Torino, 2013, p. 272.
- CARPENTER J., *Glossary*, in AA.VV., *The Settlement of Disputes in Early Medieval Europe*, a cura di W. Davies-P.Fouracre, Cambridge, 1986, p. 276.
- CARTIER M.-E., *Les Modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale*, in *Revue générale des procédures*, 1998, p. 1.
- CASANOVA D. - MISSISTRANO D., *Le point de vue de l'avocat*, in *Le plaider coupable. Journée d'études organisée par la Société Générale des Prisons et de Législation Criminelle (15 novembre 2004)*, in *RPDP*, 2005, p. 391 ss.
- CASSIBBA F.S., *Il "patteggiamento" supera il vaglio di compatibilità con i requisiti dell'equità processuale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 13 maggio 2014.
- CASTELLANI S., *Modifica degli artt. 599 e 602 c.p.p. (l. 19 gennaio 1999 n. 14)*, in *Leg. pen.*, 1999, p. 23.
- CATALANO E.M., *L'accordo sui motivi di appello*, Milano, 2001
- CECANESE G., *Ancora dubbi irrisolti in tema di applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Archivio penale online*, 2015, n. 1;
- CERE J.P. - REMILLIEAUX P., *De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité: le plaider coupable à la française*, in *AJ Pénal*, 2003, p. 45.
- CESARI C., *Sospensione del processo con messa alla prova*, in *Enc. dir., Annali IX*, Milano, 2016, p. 1005.
- CESARI C., *sub art. 464 bis*, in AA.VV., *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso-G. Illuminati, 2^a ed., Cedam, Padova, 2014, p. 2122.
- CHAVENT-LECLÈRE A.S., *La défense pénale et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité: enjeux et entorses*, in *RPDP*, 2010, p. 141.
- CHAVENT-LECLÈRE A.S., *La défense pénale et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité: enjeux et entorses*, in *RPDP*, 2010, p. 141.
- CHEVALLIER J.-Y., *Le parquet et la troisième voie*, in *RPDP*, 2003, p. 629.
- CHIAVARIO M., *La justice négociée: une problématique à construire*, in *Archives de politique criminelle*, 1993, n. 15, p. 27.
- CHIAVARIO M., *A proposito di "patteggiamento": garanzie e funzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 1090.
- CHIAVARIO M., *Appunti sulla problematica dell'"azione" nel processo penale italiano: incertezze prospettive limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 908.
- CHIAVARIO M., *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, 1995, p. 131.
- CHIAVARIO M., *L'espansione dell'istituto della "tenuità del fatto": frammenti di riflessione su alcuni aspetti chiaroscurali*, in AA.VV., *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di S. Quattrocchio, Torino, 2015, p. 235.
- CHIAVARIO M., *Les modes alternatifs de règlement des conflits en droit pénal*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1997, p. 427.

- CHIAVARIO M., *Processo penale e alternative: spunti di riflessione su un «nuovo» dalle molte facce (non sempre inedite)*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 407.
- CHINNICI D., *L'incursione della «prova negoziata» nel giudizio penale (alcuni rilievi critici)*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 864.
- CHOZAS ALONSO J. M., *Otro avance de la «justicia penal negociada»: la conformidad y la mediación en el borrador de Código Procesal Penal de 2013*, in *Diario La Ley*, 18 luglio 2013.
- CHOZAS ALONSO M., *La conformidad penal española y el patteggiamento italiano: breve estudio de derecho comparado*, in *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2013, p. 1.
- CIAMPI A., *La nozione europea di "persona giudicata con sentenza definitiva" e le condanne "patteggiate"*, in *Int'l Lis.*, 2003, n. 3-4, p. 115.
- CIANI G., *Intervento*, AA.VV., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, Milano, 2014, p. 147.
- CIAVOLA A., *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010.
- CISNEROS DEL PRADO J., *El proceso por aceptación decreto. Cuestiones organizativas*, in www.fiscal.es.
- COLAIACOVO G., *L'impugnazione della sentenza di patteggiamento*, in AA.VV., *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, a cura di G. Spangher, Pisa, 2017, p. 197.
- COLAIACOVO G., *La sentenza di condanna su richiesta dell'imputato*, in AA.VV., *Verso un processo penale accelerato, Riflessioni intorno alla l. 67/2014 al d. lgs. 28/2015 e al d.l. 2798/2014*, a cura di A. Marandola - K. La Regina - R. Aprati, Napoli, 2015, p. 139.
- COLLETTA P., *Storia del reame di Napoli. Dal 1734 sino al 1825*, Milano, 1848.
- COLOMB J.-L., *Les failles de la procédure du comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, in *Gaz. Pal.*, 2011, p. 21.
- COMBS N.A., *Guilty Pleas in International Criminal Law*, Standford, 2007;
- CONDE C. - TOURÓN P. - GARBERÍ LLOBREGAT J., *Los juicios rápidos, el procedimiento abreviado y el juicio de faltas*, t. I, Barcelona, 2003.
- CONSO G. - GREVI V. - MODONA G.N., *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1989.
- CONSO G. - GREVI V. - NEPPI MODONA G., *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990.
- CONSO G., *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955.
- CONTI C., *La messa alla prova ad un anno dalla Legge n. 67 del 2014: problematiche applicative tra archetipi, norme e prassi*, in *Giur. it., Gli speciali, Sistema sanzionatorio e processo penale: lavori in corso*, a cura di F. Palazzo e G. Spangher, 2015, p. 14 ss.
- CONTI C., voce *Giusto processo*, b) *Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, V agg., Milano 2001, pp. 627.
- CONTI C., voce *Sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato maggiorenne*, in *Dig. disc. pen.*, in www.studiolegale.leggiditalia.it.
- CORDERO F., *Procedura penale*, 8ª ed., Milano, 1985.
- CORDERO F., *Procedura penale*, 9ª ed., Milano, 2012.
- CORDERO F., *Strutture d'un codice*, in *Ind. pen.*, 1989, p. 19.

- CORDERO G., *Oltre il patteggiamento per i reati bagatellari? La limitata discrezionalità dell'azione penale operante nell'ordinamento tedesco federale e il «nostro» art. 112 Cost.*, in *Legisl. pen.*, 1988, p. 665.
- CORTES LOPEZ M. J., *¿Es posible recurrir en casación una sentencia dictada de conformidad?*, in www.noticias.juridicas.com.
- COSTA P., *Pagina introduttiva (il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in AA.VV., *Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, t. I, Milano, 2007, p. 1.
- COUNCIL OF EUROPE, *The simplification of criminal justice – Recommendation No. R (87) adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 17 September 1987 and Explanatory Memorandum*, Strasbourg, 1988.
- COUVRAT P., *Contractualisation en matière pénale, en général*, in AA.VV., *Réforme de la justice, réforme de l'État*, diretto da L. Cadiet-L.Richer, Paris, 2003, p. 198.
- CREMONESI L., *Patteggiamento “tradizionale” e “allargato”, ecco le differenze*, in *Dir. giust.*, 2003, n. 24, p. 15.
- CRESPO BARQUERO P., *El proceso por aceptación de decreto: requisitos, objeto y contenido del decreto. Análisis de la reforma legal*, in www.fiscal.es.
- CRUZ SANTOS C., *Decisão penal negociada*, in *Julgar*, 2015, n. 25, p. 158.
- CRUZ SANTOS C., *Decisão penal negociada*, in *Julgar*, 2015, n. 25, p. 145.
- CUADRADO SALINAS C., *Las medidas alternativas al proceso en el Borrador del Código Procesal Penal Español: análisis de la suspensión para el cumplimiento de prestaciones (artículo 92)*, in AA.VV., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, diretto da V.M. Catena, Valencia, 2015, p. 891.
- CURI F., *Il patteggiamento della pena e la vittima del reato*, in *Ind. pen.*, 1991, p. 427.
- D'ANDRIA M., *Il c.d. patteggiamento per l'accoglimento dei motivi di appello, prima e dopo l'intervento demolitore della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1991, pp. 152 ss.
- D'ANDRIA M., sub art. 564, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, Torino, 1991, p. 679 ss.
- D'ORAZIO S., *La consecration de la justice pénale négociée*, in *Annales de droit de Louvain*, 2003, p. 394.
- DAHS H., *Absprachen im Strafprozeß – Chancen und Risiken –*, in *NZST*, 1988, p. 153.
- DALIA A., *La deprocessualizzazione come obiettivo primario delle recenti «modifiche al sistema penale»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 484.
- DAMASKA M., *Der Austausch von Vorteilen im Strafverfahren: Plea-Bargaining und Absprachen*, in *Strafverteidiger*, 1988, p. 398.
- DAMAŠKA M., *Negotiated Justice in International Criminal Courts*, in AA.VV., *World Plea Bargaining. Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, a cura di S.C. Thaman, Durham, 2010, p. 86.
- DAMAŠKA M., *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven and London, 1986.
- DAMASKA M., *Truth in Adjudication*, in *Hastings Law Journal*, 1998, p. 289
- DAMASKOU A., *The European Public Prosecutor's Office. A Ground-Breaking New institution of the Legal Order*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, pp. 127.
- DÂMASO SIMÕES E., *Simplificação e consenso (no tratamento da pequena e média criminalidade)*, in www.julgar.pt.
- DANEK M., *Wahrheitsfindung und Prozessökonomie - Welche Rolle kommt dem Vorsitzenden in der Hauptverhandlung zu?*, in *RZ*, 2004, p. 122.

- DANET J., *Bref commentaire de quelques chiffres sur la justice pénale*, in *Aj pénal*, n. 3, 2011, p. 122.
- DANET J., *Le CRPC: du modèle législatif aux pratiques...et des pratiques vers quel(s) modèle(s)?*, in *A.J. Pénal*, 2005, p. 437.
- DANIELE M., *L'archiviazione per tenuità del fatto fra velleità deflattive ed equilibrismi procedurali*, in AA.VV., *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di S. Quattrococo, Torino, 2015, p. 42.
- DARSONVILLE A., *La légalisation de la correctionnalisation judiciaire*, in *Dr. Pénal*, 2007, n. 3, p. 7.
- DAS NEVES M., *Acordos sobre a Sentença Penal: o futuro aqui já!*, in *Revista do Ministério Público*, 2013, pp. 51 ss.
- DAS NEVES M., *Acordos sobre a Sentença Penal: o futuro aqui já!*, in *Revista do Ministério Público*, 2013, n. 135, p. 37.
- DAWSON J. P., *A History of Lay Judges*, Cambridge, 1960.
- DE CANT P., *La procédure «transactionnelle» en droit pénal belge*, in *RIDP*, 1962, p. 423.
- DE CARO A., *Le linee politiche della legge n. 134 del 2003. Principi fondamentali e nuovo "patteggiamento"*, in AA.VV., *Patteggiamento allargato e sistema penale*, a cura di A. De Caro, Milano, 2004, p. 1.
- DE DIEGO DIEZ L.-A., *La conformidad del acusado*, Valencia, 1997.
- DE FIGUEIREDO DIAS J., *Acordos sobre a sentença em processo penal. O "fim" do Estado de Direito ou um novo "princípio"?*, Porto, 2011.
- DE FORMANIOR E., *L'extension de la transaction pénale par les lois des 14 avril et 11 juillet 2011*, in *RDPC*, 2012, p. 246.
- DE JONG D. J., *La transaction en droit pénal néerlandais*, in *RIDP*, 1962, p. 485.
- DE LA OLIVA SANTOS A., *Presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia de conformidad*, in *Revista de Derecho Procesal*, 2007, p. 701.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. *Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal*, in *Revista general de derecho*, 1992, p. 577.
- DE VALKENEER C., *La reconnaissance préalable de culpabilité*, in AA.VV., *La loi «pot-pourri II» : un recul de civilisation ?*, diretto da M. Cadelli-T. Moreau, 2016, Limal, p. 111.
- DEAL D., *Aus der Praxis Der strafprozessuale Vergleich*, in *StV*, 1982, p. 546.
- DEITERS M. –ALBRECHT A.H., *§ 153a Abs. 2 StPO bei weiter aufklärbarem Verdacht eines Verbrechens? Überlegungen aus Anlass der vorläufigen Einstellung des Bremer Brechmittelverfahrens*, in *ZIS*, 2013, pp. 483.
- DEITERS M., *Legalitätsprinzip und Normgeltung*, Tübingen, 2006.
- DEL COCO R., *Disponibilità della prova penale e accordi tra le parti*, Milano, 2004.
- DEL MORAL GARCÍA A., *La conformidad en el proceso penal (Reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español)*, in www.unis.edu.gt
- DEL PILAR MARTÍN RÍOS M., *La conformidad del acusado en el juicio rápido (I) e (II)*, in www.diariolaley.laley.es
- DEL PILAR MARTÍN RÍOS M., *La conformidad del acusado en el juicio rápido (I)*, in www.diariolaley.laley.es, p. 11.
- DEL PILAR MARTÍN RÍOS M., *La conformidad del acusado en el juicio rápido (II)*, in www.diariolaley.laley.es.

- DEL POZZO C.U., *La conversione dei negozi processuali in tema di impugnazione con mezzo inammissibile*, *ivi*, c. 513.
- DELMAS-MARTY M., *Prospettive sulla procedura penale in Europa*, in *Ind. Pen.*, 1994, pp. 236.
- DENCKER F., *Die Bagatelldelikte im Entwurf eines EGStGB*, in *JuristenZeitung*, 1973, p. 144.
- DERVIEUX V.-O., *La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité dans le cadre d'une instruction préparatoire (CRPCI), cette belle inconnue...*, in *Gaz. Pal.*, 2016, p. 15.
- DESPORTES F. -LAZERGES-COUSQUER L., *Traité de procédure pénale*, 3^a ed., 2013.
- DESPREZ F., *L'application de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité à Nîmes et Béziers. Au regard du principe de judicialité*, in *APC*, 2007, p. 145.
- DESPREZ F., *La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité: 18 mois d'application à Montpellier (1er octobre 2004 – 1er avril 2006)*, in *APC*, 2006, p. 109.
- DESSY F., *La reconnaissance préalable de culpabilité: entre révolution textuelle et involution culturelle? Première analyse «à la fortune du pot...»*, in AA.VV., *La réforme «pot-pourri II» en droit pénal et en procédure pénale. Premiers commentaires*, Limal, 2016, p. 113.
- DETTMAR J.S., *Legalität und Opportunität im Strafprozess*, Berlin, 2008.
- DEZALAY Y., *La justice négociée comme renégociation de la division du travail dans le champ du droit: l'exemple français*, *Annales de Vaucresson*, 1988, p. 142;
- DI BITONTO M., *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino, 2004.
- DI CHIARA G., *Considerazioni in tema di rito abbreviato, finalità del processo e tecniche di giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 574.
- DI CHIARA G., *Coordinate planimetriche della ristrutturazione del rito patteggiato: le risagomature dello spettro applicativo e del regime premiale*, in AA.VV., *Patteggiamento "allargato" e giustizia penale*, a cura di F. Peroni, Torino, 2004, p. 21.
- DI CHIARA G., *L'architettura dei presupposti*, in AA.VV., *Il patteggiamento*, Milano, 1999, p. 25.
- DI CHIARA G., *Primi appunti in tema di "concordato" sui motivi di appello*, in *Giur. mer.*, 1990, p. 1053.
- DI DEDDA E., *La revisione della sentenza di patteggiamento dopo la l. 12 giugno 2003, n. 134*, in *Giur. mer.*, 2004, p. 655.
- DI PAOLO G. - MARCOLINI S., *Verso l'istituzione di una procura europea a protezione degli interessi finanziari dell'Unione: la proposta di regolamento COM(2013)534 FINAL*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 361.
- DÍAZ PITA M.P., *Conformidad, reconocimiento de hechos y pluralidad de imputados en el procedimiento abreviado*, Valencia, 2006.
- DIDDI A., *In tema di impugnabilità della sentenza di patteggiamento*, in *Giust. pen.*, 1994, III, c. 665.
- DION J.H., *Prosecutorial Discretion or Contract Theory Restrictions? - The Implications of Allowing Judicial Review of Prosecutorial Discretion Founded on Underlying Contract Principles*, in *Western New England Law Review*, 2000, p. 149.
- DIPPEL K., *Urteilsabsprachen im Strafverfahren und das Prozessziel der Wiederherstellung des Rechtsfriedens*, in AA.VV., *Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften : Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag*, Köln, 2008, p. 105.

- DOHR M., *Deal oder No-Deal oder vom Anklage- zum Konsensprinzip*, in AA.VV., *Strafverteidigung – Die Hauptverhandlung 13. Österreichischer StrafverteidigerInnentag Linz, 20./21. März 2015*, a cura di R. Soyer – G. Ruhri – A. Stuefer, Wien-Graz, 2015, p. 111.
- DOIG DÍAZ Y., *El proceso por aceptación de decreto*, in AA.VV., *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, coord. da O. Fuentes Soriano, Valencia, 2017, p. 525.
- DOIG DÍAZ Y., *La conformidad «premiada» en los Juicios Rápidos*, in *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2004, p. 1686.
- DOIG DÍAZ Y., *La potenciación de la conformidad en la propuesta de Código Procesal Penal*, in *Revista General de Derecho Procesal*, 2015.
- DOLCINI E., *Problemi vecchi e nuovi in tema di riti alternativi: patteggiamento, accertamento di responsabilità, misura della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 569.
- DOLCINI E., *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale? Note a margine dell'art. 444 c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 797.
- DREYER E., *La médiation pénale, objet juridique mal identifié*, in *La Semaine Juridique-Edition générale*, 2 aprile 2008, Etude, n. 14.
- DUBBER A., *American Plea Bargains, German Lay Judges, and the Crisis of Criminal Procedure*, in *Stanford Law Review*, 1997, p. 547.
- DÜNKEL F. - GRZYWA J. -HOLTEN- HORSFIELD P., *Restorative Justice asnd Mediation in Penal Matters in Europe – comparative overview*, in AA.VV., *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters. A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, a cura di F. Dünkel-J. Grzywa-Holten-P. Horsfield, Mönchengladbach, vol. II, p. 1015.
- DUPONT S., *Le plaider coupable dans les systèmes anglo-saxon et romano-germanique*, in *Les chiers de la justice*, 2015, p. 77.
- DUTTGE G. - SCHOOP C., *Rechtsmittelverzicht als Gegenstand einer Urteilsabsprache*, in *StV*, 2005, p. 421.
- EASTERBROOK F.H., *Plea Bargaining as Compromise*, in *Yale Law Journal*, 1992, p. 1969.
- EGLASH A., *Beyond Restitution: Creative Restitution*, in AA.VV., *Restitution in Criminal Justice*, a cura di J. Hudgson-B. Galaway, Lexington, 1977, pp. 91.
- EKEU J.-P., *Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé*, Paris, p. 1993.
- ELOBIED T., *Die Entwicklung des Strafbefehlsverfahrens von 1846 bis in die Gegenwart*, Berlin, 2010.
- ENCINAS DE MUNAGORRI R., *La validité douteuse des actes du législateur : le cas du « plaider-coupable*, in *RTD Civ*, 2005, p. 553.
- ENGLÄNDER A., *Verständigung im Strafverfahren*, in AA.VV., *Effizienz durch Verständigung*, a cura di B.P.Paal – D.Poelzig, Baden Baden, 2015, p. 25.
- ERBEŽNIK A., *European Public Prosecutor's Office (EPPO) – too much, too soon, and without legitimacy?*, in *European Criminal Law Review*, 2015, p. 212.
- ESER A., *Funktionswandel strafrechtlicher Prozeßmaximen: Auf Dem Weg zur „Reprivatisierung“ des Strafverfahrens?*, in *ZStW*, 1992, pp. 377 s.;
- ESER A., *La posizione giuridica dell'imputato nel processo penale tedesco*, in *Il giusto processo*, 1991, p. 274.
- ESMEIN A., *A History of Continental Criminal Procedure. With special Reference to France*, Boston, 1913.

- ESMEIN A., *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire*, Paris, 1882.
- ESMEIN A., *L'acceptation de l'enquête dans la procédure criminelle au Moyen Age*, Paris, 1888, p. 5 ss.
- ESTEVENON C., *Les expériences françaises de médiation*, *Gaz. Pal.*, 1993, p. 119.
- EUSEBI L., *Giustizia conciliativa e discrezionalità nel sistema penale*, in AA.VV., *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, a cura di L. Picotti e G. Spangher, Milano, 2005, p. 55.
- EUSEBI L., *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini-C.E. Paliero, vol. II, *Teoria della pena. Teoria del reato*, Milano, 2006, pp. 1109.
- FABRI A. - GUÉRY C., *La vérité dans le procès pénal ou l'air du catalogue*, in *RSC*, 2009, p. 343.
- FAGET J., *La médiation: essai de politique pénale*, Ramonville-Saint-Agne, 1997.
- FAIR TRIALS, *The Disappearing Trial. Towards a rights-based approach to trial waiver systems*, in www.fairtrials.org.
- FAIRÉN GUILLÉN V., *Las «negociaciones» y «conformidades» del sujeto pasivo del proceso penal (Ley de 28 de diciembre de 1988)*, in ID., *Estudios de Derecho procesal civil, penal y constitucional*, vol. III, Madrid, 1992, p. 391.
- FALLER C. - REYMOND A. - VUILLE J., *Une procédure simplifiée au sens des art. 358 ss CPP peut-elle se dérouler par défaut?*, *Revue Pénale Suisse*, 2012, p. 76.
- FANCHIOTTI V., *Antiprocedura*, Genova, 1999.
- FANCHIOTTI V., *Il «nuovo patteggiamento» alla ricerca di un'identità*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 31.
- FANCHIOTTI V., *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 F. Peroni, Torino, 2004, p. 143.
- FANCHIOTTI V., *Il processo penale statunitense: un modello complesso da rivisitare*, in *Giur. it.*, 1989, c. 408.
- FANCHIOTTI V., *Negotiated justice in Italy*, in *Archivum Iuridicum Cracoviense*, 2000, p. 29.
- FANCHIOTTI V., *Origini e sviluppo della "giustizia contrattata" nell'ordinamento statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 56.
- FANCHIOTTI V., *Osservazioni sul "patteggiamento" previsto dal nuovo codice di procedura penale e sui suoi modelli*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 723.
- FANCHIOTTI V., *Profili privatistici della giustizia penale statunitense*, in *Giur. it.*, 1992, IV, c. 313.
- FANCHIOTTI V., voce *Sistema accusatorio e sistema inquisitorio (dir. comp. e stran.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol XXIX, 1990, p. 1.
- FELSTINER W.L.F., *Plea Contracts in West Germany*, in *Law & Society Review*, 1979, p. 309.
- FERNÁNDEZ FUSTES M.D., *La conformidad en el borrador del Código Procesal Penal*, in AA.VV., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, diretto da V.M. Catena, Valencia, 2015, p. 871.
- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ J.M., *El control judicial de la conformidad en el proceso penal*, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2012, p. 41.

- FERNANDEZ-BERTIER M. – GIACOMETTI M., *La «reconnaissance préalable de culpabilité» ou «plaider coupable»: une révolution dans notre arsenal procédural?*, in *RDPC*, 2016, p. 268.
- FERNANDEZ-BERTIER M. – LECOCQ A., *L'extension de la transaction pénale en droit belge: une évolution en demiteinte*, in *Revue de droit pénal de l'entreprise*, n. 3, 2011, p. 222.
- FERRAIOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989.
- FERRAIOLI M., *Giudizio abbreviato*, in AA.VV., *I procedimenti speciali*, a cura di A.A. Dalia, Napoli, 1989, p. 8.
- FERRAJOLI L., *Patteggiamenti e crisi della giurisdizione*, in *Quest. giust.*, 1989, p. 381.
- FERRARO A., *In tema di "patteggiamento" sui motivi di appello*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1817.
- FERREIRO BAAMONDE X., *La víctima en el proceso penal*, Madrid, 2005.
- FERRER BELTRÁN J., *La valutazione razionale della prova*, Milano, 2007.
- FERRER BELTRÁN J., *Prova e verità nel diritto*, Bologna, 2004.
- FERRUA P., *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1083.
- FERRUA P., *Il "giusto processo"*, 3^a ed., 2012.
- FERRUA P., *La giustizia negoziata nella crisi della funzione cognitiva del processo penale*, in AA.VV., *La giustizia contratta. Dalla bottega al mercato globale*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1998, p. 49.
- FERRUA P., *La prova nel processo penale. Volume I. Struttura e procedimento*, 2^a ed., Torino, 2017.
- FERRUA P., *Patteggiamento allargato, una riforma dai molti dubbi*, in *Dir. giust.*, 2003, n. 8, p. 8.
- FERRUA P., *Scelte accusatorie e riviviscenze inquisitorie nel nuovo processo penale*, in *Dif. pen.*, n. 22, p. 47.
- FERRUA P., *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1265.
- FEZER G., *Inquisitionsprozess ohne Ende? - - Zur Struktur des neuen Verständigungsgesetzes -*, in *NStZ*, 2010, p. 177.
- FEZER G., *Vom (noch) verfassungsgemäßen Gesetz über den defizitären Vollzug zum verfassungswidrigen Zustand*, in *HRRS*, 2013, p. 117.
- FIANDACA G., *Pena patteggiata e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di pare e controllo giudiziale*, in *Foro. it.*, 1990, I, c. 2886.
- FISCHER T., *Der Deal Zerstört das Recht*, in www.zeit.de, 27 marzo 2013.
- FISCHER T., *Ein Jahr Absprache-Regelung: Praktische Erfahrungen und gesetzlicher Ergänzungsbedarf*, in *ZRP*, 2010, p. 249.
- FIŠER Z. - GIALUZ M., *La giustizia negoziata in Europa: uno sguardo comparato tra Slovenia e Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1141.
- FISHER G., *Plea Bargaining's Triumph. A history of Plea Bargaining in America*, Stanford, 2003.
- FLORES PRADA I., *Il giudizio "rapido" spagnolo*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 1, p. 134.
- FLORES PRADA I., *L'"aggiornamento" della giustizia penale spagnola nel 2015. Riforme parziali in attesa del nuovo codice di procedura penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 5, p. 203.

- FONTI R., *Vizi della volontà e giustizia penale negoziata*, in AA.VV., *La giustizia penale differenziata. I procedimenti speciali*, coord. da C. Santoriello, t. I, Torino, 2010, p. 277.
- FORAMITI N., *Manuale del nuovo codice penale austriaco. Sui crimini, sui delitti e sulle contravvenzioni e del regolamento sulla stampa del 27 maggio 1852*, Venezia, 1852.
- FÖRSCHNER R., *Der Deal und seine Folgen... Geständniswiderruf und Wiederaufnahme*, in *StV*, 2008, p. 443.
- FORZATI F., *Il sistema penale pre-moderno fra il pluralismo della giustizia negoziata ed il monismo della iurisdictio egemonica. Concentrazione del potere coercitivo e protectio secundum imperium*, in *Ind. pen.*, 2016, pp. 635 ss.
- FOURMENT F., *La place de la victime dans la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, in *Gaz. Pal.*, 2011, p. 14.
- FREYSCHMIDT U. -IGNOR A., *Mehr Verteidigung im Ermittlungsverfahren?! – Anmerkung zum Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens*, in *NStZ*, 2004, p. 465.
- FRIEDMAN L.M., *Plea Bargaining in Historical Perspective*, in *Law & Society Review*, 1979, pp. 247.
- FRIGO G., *Giudizio penale più veloce anche in appello: rivive l'accordo delle parti su motivo e pena*, in *Guida dir.*, 1999, n. 6, p. 22.
- FROMMANN M., *Regulating Plea-Bargaining in Germany: Can the Italian Approach Serve as a Model to Guarantee the Independence of German Judges?*, in *Hanse Law Review*, 2009, p. 197.
- FRUMER P., *La renonciation aux droits et libertés: la convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, 2001.
- FURGIUELE A., *Il patteggiamento dopo la riforma del 1999*, in *Giust. pen.*, 2000, III, c. 620.
- FURGIUELE A., *L'applicazione di pena su richiesta delle parti*, Napoli, 2000.
- GAITO A., *Natura, caratteristiche e funzioni del pubblico ministero. Premesse per una discussione*, in AA.VV., *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, a cura di A. Gaito, Napoli, 1991, p. 27.
- GALANTINI N., *Note in tema di patteggiamento sui motivi di appello*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2577.
- GALANTINI N., *Plaider coupable e patteggiamento: due riti a confronto*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini-C.E. Paliero, vol. III, *Parte speciale del diritto penale e legislazione speciale. Diritto processuale penale. Diritto, storia e società*, Milano, 2006, p. 2765.
- GALANTINI N., *Profili della giustizia penale francese*, 2^a ed., Torino, 1995.
- GALGANO F., *Il negozio giuridico*, 2^a ed., Milano, 2002.
- GAMBINI MUSSO R., *Difesa e difensore nei sistemi di negotiated justice*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, III, Milano, 1991, p. 611.
- GAMBINI MUSSO R., *Il «Plea bargaining» tra common law e civil law*, Milano, 1985.
- GAMBINI MUSSO R., *L'evoluzione del «plea bargaining» nell'ordinamento nordamericano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 661.
- GAMBINI R., *Poteri dispositivi delle parti e giudice nei modelli a schema negoziale: riflessioni comparative*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 495.
- GARAPON A., *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Torino, 2007.
- GARAVELLI M., sub art. 599 c.p.p., in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. VI, Torino, 1991, p. 184.

GARLATI L., *Radici antiche per problemi attuali: le circostanze nella legislazione asburgica*, in AA.VV., *Attualità e storia delle circostanze del reato. Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità*, a cura di R. Bartoli-M. Pifferi, Milano, 2016, p. 67.

GARRET B.L., *Why plea bargains are not confessions*, in *William & Mary Law Review*, 2016, p. 1415.

GARRIDO CARRILLO F.J., *De las reformas procesales penales. Breves reflexiones sobre los juicios rápidos y la conformidad*, in *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2005, p. 1412.

GARUTI G., *Brevi note in tema di tentativo di conciliazione nel nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 291.

GARUTI G., *Dal dissenso immotivato alla giustizia riparatoria: lo stato dei poteri dispositivoi delle parti*, in *Studium Iuris*, 2002, p. 1331.

GASPARINI I., *La giustizia riparativa in Francia e Belgio tra istituti consolidati e recenti evoluzioni normative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1982.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, 17^a ed., Napoli, 2015.

GERACI R.M., *Chiaroscuri della disciplina in tema di patteggiamento allargato*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2445.

GERACI R.M., *L'appello contro la sentenza che applica la pena su richiesta*, Padova, 2011.

GHERARDI É., *Réflexions sur la nature juridique des transactions pénales*, in *RFDA*, 1999, p. 905.

GIACOPELLI M., *Les procédures alternatives aux poursuites. Essai de théorie générale*, in *RSC*, 2012, p. 505.

GIACOPELLI-MORI M., *Les dispositions procédurales de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 applicables aux mineurs et majeurs délinquants: Continuité ou rupture?*, in *La Semaine Juridique, Edition Générale*, 4 giugno 2003, n. 23.

GIALUZ M., *Il concordato sui motivi e sulla pena in appello*, in F. PERONI-M. GIALUZ, *La giustizia penale consensuale. Concordati, mediazione e conciliazione*, Torino, 2004, p. 58.

GIALUZ M., *Mediazione e conciliazione*, in F. PERONI-M. GIALUZ, *La giustizia penale consensuale. Concordati, mediazione e conciliazione*, Torino, 2004, p. 103.

GIALUZ M., *Prova nuova e limiti della revisione della sentenza di patteggiamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1209.

GIALUZ M., voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Enc. dir., Annali II*, t. 1, Milano, 2008, p. 13.

GIARDA A., *Dum Romae consultur*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 665.

GIARDA A., *Riforma della procedura e riforme del processo penale*, in AA.VV., *Studi in memoria di P. Nuvolone*, III, Milano, 1991, p. 316.

GIFFORD D.G., *Meaningful reform of plea bargaining: the control of prosecutorial discretion*, in *University of Illinois Law Review*, 1983, p. 37.

GIMENO SENDRA V. -LÓPEZ COIG J.C., *Los nuevos juicios rápidos y de faltas. Con doctrina, jurisprudencia y formularios*, Madrid, 2003.

GIMENO SENDRA V., *Absprachen im spanischen Strafverfahren*, in *ZStW*, 1992, p. 223.

GIMENO SENDRA V., *Derecho procesal penal*, 2^a ed., Cizur Menor, 2015.

GIMENO SENDRA V., *El principio de oportunidad y el M.F.*, in www.fiscal.es.

GIMENO SENDRA V., *El régimen de intervención de las partes privadas en el anteproyecto de LECrim. de 2011*, in www.laley.es.

- GIMENO SENDRA V., *La conformidad «premiada» de los juicios rápidos*, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2004, p. 5.
- GIMENO SENDRA V., *Los procedimientos penales simplificados. (Principio de «oportunidad» y proceso penal monitorio)*, in www.mjusticia.gob.es.
- GIORDANO A., *Comento sulle leggi civili del Regno delle due Sicilie*, vol. VIII, Napoli, 1856
- GIOSTRA G., *Formalità e garanzie nell'applicazione delle "nuove" sanzioni sostitutive*, in *Pol. Dir.*, 1982, p. 280.
- GIUDICI A., *Apologia della giurisprudenza romana, o note critiche al libro intitolato: Dei delitti, e delle pene*, Milano, 1784.
- GIUNTA F., *I nodi del "patteggiamento" giungono al pettine*, in *Legisl. pen.*, 2004, p. 858.
- GLESS S. - ZURKINDEN N., *Negotiated Justice – Balancing Efficiency and Procedural Safeguards*, in AA.VV., *Challenges in the Field of Economic and Financial Crime in Europe and the US*, a cura di K. Ligeti e V. Frassen, Oxford-Portland, 2017, p. 119.
- GLESS S., *Germany: Balancing Truth Against Protected Constitutional Interest*, in AA.VV., *Exclusionary Rules in Comparative Law*, a cura di S. Thaman, Dordrecht-Heidelberg-New York-London, 2013, p. 113.
- GOLDSTEIN A.S. - MARCUS M., *The Myth of Judicial Supervision in Three "Inquisitorial" Systems: France, Italy, and Germany*, in *The Yale Law Journal*, 1977, p. 264.
- GOMBOTS R. - PELIKAN C., *Austria*, in AA.VV., *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters. A stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, Mönchengladbach, 2015, p. 13.
- GÓMEZ-COLOMER J.-L., *La conformidad, institución clave y tradicional de la justicia negociada en España*, in *Revue internationale de droit pénal*, 2012, p. 15.
- GONZÁLEZ CANO M. I., *La mediación en el Proceso penal: perspectiva de futuro de la justicia restaurativa en el borrador del Código*, in AA.VV., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, diretto da V.M. Catena, Valencia, 2015, pp. 687 ss.;
- GONZÁLEZ NAVARRO A., *Absprachen im spanischen Strafverfahren – mit besonderer Berücksichtigung des beschleunigten Verfahrens*, in *ZStW*, 2011, p. 163.
- GORKIČ P., *Nova ravnotežja med organi kazenskega postopka po ZKP-K*, in *Podjetje in delo*, 2012, p. 1343.
- GORKIČ P., *Pravna narava sklepa o sprejemu priznanja krivde*, in *Pravna Praksa*, 2015, p. 12.
- GÖSSEL K., *Zur Zulässigkeit von Absprachen im Strafverfahren in der Rechtsprechung*, in AA.VV., *Recht gestalten - dem Recht dienen. Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag am 29. Juli 2007*, Berlin, 2007, p. 89.
- GÖSSEL K.-H., *Quo Vadis, Strafverfahren? Zweckmäßigkeit versus Gerechtigkeit: Vom rechtsstaatlichen Strafprozess zum geheimen Willkürverfahren in der babylonischen Gefangenschaft der Justiz*, in AA.VV., *Festschrift für Gerhard Fezer zum 70 Geburtstag am 29. Oktober 2008*, a cura di E. Wesslau – W. Wohlers, Berlin, 2009, p. 495.
- GRÄFIN VON GALEN M. -WATTENBERG A., *Eckpunkte einer Reform des Strafverfahrens: Reform des reformierten Strafprozesses oder Gefahr für rechtsstaatliche Standards?*, in *ZRP*, p. 445.
- GRAFL C., *Diversion in Austria: Empirical Data*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, p. 291.

- GRAUMANN A., *Die Absprache über die Nichtverfolgung einer Tat gemäß § 154 StPO – Anmerkung zu BGHSt 52, 165, (= HRRS 2008 Nr. 459)*, in AA.VV., *HRRS-Festgabe für GERHARD FEZER zum 70. Geburtstag, am 29. Oktober 2008*, a cura di K. Gaede-F. Meyer-S. Schlegel, Hamburg, 2008, p. 53.
- GRAUMANN A., *Die gesetzliche Regelung von Absprachen im Strafverfahren. Die Gesetzentwürfe und der Vertrauensschutz des Angeklagten bei einer fehlgeschlagenen Verständigung über das Strafmaß*, in HRRS, 2008, p. 122.
- GREVI V., *Applicazione della pena richiesta dell'imputato nonostante il dissenso del pubblico ministero: una soluzione non consentita in sede di giudizio abbreviato*, in *Giur. it.*, 1990, II, c. 29.
- GREVI V., *Pubblico ministero e azione penale: riforme costituzionali o per legge ordinaria?*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 495.
- GREVI V., *Rapporto introduttivo su diversion e mediation nel sistema penale italiano*, in *Rass. penit. Criminol.*, 1983, p. 47.
- GREVI V., *Riflessioni e suggestioni in margine all'esperienza nordamericana del «plea bargaining»*, in *Rass. penit. crim.*, 1985, pp. 62.
- GREVI V., *Sull'efficacia del parere del pubblico ministero nell'applicazione di «sanzioni sostitutive»*, in *Leg. pen.*, 1984, p. 560.
- GREVI V., *“Patteggiamento” sul rito e “patteggiamento” sulla sanzione tra progetto Martinazzoli e prospettive del nuovo processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 1127.
- GRIFFO M., *Volontà delle parti e processo penale*, Napoli, 2008.
- GRILLO R., *I riti «speciali»: inconvenienti e soluzioni per una sollecita definizione dei processi*, in AA.VV., *Giurisdizione e cultura della legalità. Le regole del processo penale alla prova*, Roma, 1993, p. 171.
- GRUNVALD S. - DANET J., *La composition pénale. Une première évaluation*, Paris, 2004.
- GUIBERT N., *Le « plaider-coupable » bouleverse la culture judiciaire française*, in www.lemonde.fr.
- GUINCHARD S. - BUISSON J., *Procédure pénale*, 10^a ed., Paris, 2014.
- HAGLISH H.A., *A Comparison of Guilty Plea Procedure in the United States and Germany*, in *Penn State International Law Review*, 1991, pp. 93.
- HALLER M.H., *Plea Bargaining: The Nineteenth Century Context*, *Law & Society Review*, 1979, pp. 273 ss.
- HAMM R., *Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen*, in *ZRP*, 1990, p. 337.
- HAMM R., *Rechtsgespräch oder Urteilsabsprachen? Der Deal erreicht die Revision*, in AA.VV., *Festschrift für Hans Dahs*, Köln, 2005, p. 267.
- HARNEY A., *China passes pilot program for plea bargains*, 3 settembre 2016, in www.reuters.com.
- HASSEMER R. -HIPPLER G., *Informelle absprachen in der Praxis des deutschen Strafverfahrens*, in *Stv*, 1986, p. 360.
- HASSEMER W., *Konsens im Strafprozeß*, in AA.VV., *Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag am 24. Februar 2008*, Berlin, 2008, p. 171.
- HEDERER J., *Un an d'expérimentation de la composition pénale dans un tribunal de grande instance*, in *AJ Pénal*, 2003, pp. 53.

- HEGER M. - PEST R., *Verständigungen im Strafverfahren nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, in *ZStW*, 2014, p. 447.
- HEISTER-NEUMANN E., *Absprachen im Strafprozess - Der Vorschlag Niedersachsens zu einer gesetzlichen Regelung*, in *ZRP*, 2006, p. 136.
- HELIE F., *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, t. II, *De l'action publique et de l'action civile*, Paris, 1846
- HELLER J., *Die gescheiterte Urteilsabsprache - Verfahrensfairneß gegenüber dem Angeklagten im Anschluß an BGHSt 43, 195*, Baden-Baden, 2004.
- HERMAN G. N., *Plea bargaining*, 3^a ed., New York, 2012.
- HERRMANN J., *Absprachen im deutschen Strafverfahren*, in *Archivum Iuridicum Cracoviense*, 2000, p. 55.
- HERRMANN J., *Bargaining Justice – A Bargain for German Criminal Justice*, in *U. Pitt. L. Rev.*, 1992, pp. 761 ss.
- HERRMANN J., *Rechtliche Strukturen für Absprachen in der Hauptverhandlung: Die Richtlinien-entscheidung des Bundesgerichtshofs – BGHSt 43, 195*, in *JuS*, 1999, p. 1162.
- HERRMANN J., *The Rule of Compulsory Prosecution and the Scope of Prosecutorial Discretion in Germany*, in *The University of Chicago Law Review*, 1974, p. 468.
- HETTINGER M., *Die Absprache im Strafverfahren als rechtsstaatliches Problem*, in *StV*, 2011, p. 292.
- HILDEBRANDT L., *Gesetzliche Regelung der Verständigung im Strafverfahren. Kann der Strafprozess im Geiste der StPO von 1877 durch den Gesetzgeber gerettet werden?*, Frankfurt am Main, 2010.
- HOLLANDER-BLUMOFF R., *Getting to "Guilty": Plea Bargaining as Negotiation*, in *Harvard Negotiation Law Review*, 1997, p. 115.
- HYE A., *Il codice penale austriaco sui crimini, sui delitti e sulle contravvenzioni, le relative ordinanze sulla competenza de'giudizii penali ed il regolamento sulla stampa del 27 maggio 1852*, Venezia, 1852.
- ICHINO G., *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale*, in *Quest. giust.*, 1997, p. 296.
- IGNOR A., *Die gesetzliche Regelung der Verständigung im deutschen Strafverfahren*, in *Österreichisches Anwaltsblatt*, 2010, p. 242.
- IGNOR A., *Die Urteilsabsprache und die leitenden Prinzipien der StPO*, in *AA.VV., Festschrift zu Ehren des Strafrechtausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer*, Köln 2006, p. 321.
- ILLUMINATI G., *I procedimenti a conclusione anticipata e speciali nel nuovo codice di procedura penale*, in *Pol. dir.*, 1990, p. 251.
- ILLUMINATI G., voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. I, 1988, p. 1.
- INGENITO M., *Il Progetto preliminare di riforma del processo penale spagnolo: un revirement garantista*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 354.
- IOVENE F., *Il patteggiamento made in Germany supera il vaglio di costituzionalità. (Nota esplicativa della sentenza pronunciata il 19 marzo 2013 dal Bundesverfassungsgericht)*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2485.
- IOVENE F., *La giustizia negoziata al confine tra modello inquisitorio e accusatorio: patteggiamento e Verständigung a confronto*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 3282.

- JACOBS A., *Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée*, in *Revue internationale de droit pénal*, 2012, p. 58
- JAHN J., *Obszöner Deal, Formel-1-Chef Bernie Ecclestone kann vielleicht für 100 Millionen Dollar seinen Prozess beenden. Ein solcher Deal wäre aber obszön*, in www.faz.net, 4.08.2014.
- JAHN M. –MÜLLER M., *Das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren – Legitimation und Reglementierung der Absprachepraxis*, in *NJW*, 2009, p. 2631.
- JAHN M. – STRAUB K., *Die Verständigung vor dem Schwurgericht. Zur Zulässigkeit von Absprachen über die Schuldschwereklausele des § 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB*, in *StV*, 2010, p. 271 ss.
- JAHN M. –MÜLLER M., *Der Widerspenstigen Zähmung – Aktuelle Gesetzgebungsvorschläge zu den Urteilsabsprachen im Strafprozess*, in *JA*, 2006, p. 682.
- JAHN M., *Die Konsensmaxime in der Hauptverhandlung*, in *ZStW*, 2006, p. 427.
- JAHN M., *Entwicklungen und Tendenzen zwei Jahre nach Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes*, in *StV*, 2011, p. 497.
- JAHN M., *Moralunternehmergewinne und Gewissheitsverluste: Der Beitrag strafprozessualer Verständigung zum Kapitalmarktstrafrecht der Finanzmarktkrise*, in *JZ*, 2011, p. 341.
- JANISCH W., 68. *Deutscher Juristentag in Berlin - Eine Bilanz*, in *ZRP*, 2010, p. 267.
- JAVERS K., *Uno sguardo critico attraverso la lente dei §§153, 153a StPO*, in *AA.VV., I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di S. Quattrocchio, Torino, 2015, p. 171.
- JEANNE N., *Réflexions sur la transaction pénale par officier de police judiciaire*, in *RSC*, 2016, p. 1 ss.
- JELENIČ-NOVAK M., *Sporazumevanje o priznanju o krivdi - institut, ki je kazenski proces postavil na stranski tir*, in *Podjetje in delo*, 2015, p. 1133.
- JESCHECK H.-H., *The Discretionary Powers of the Prosecuting Attorney in West Germany*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1970, p. 508.
- JOSEPH-RATINEAU Y., *Contractualisation de la procédure pénale et liberté procédurale du parquet*, in *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1035 .
- JUNG H., *Plea Bargaining and its Repercussions on the Theory of Criminal Procedure*, in *European Journal of Crimine, Criminal Law and Criminal Justice*, 1997, p. 112.
- KELLER H. - FOROWICZ M.- ENGI L., *Friendly Settlements before the European Court of Human Rights: Theory and Practice*, Oxford, 2010.
- KEMPF E., *Gesetzliche Regelung von Absprachen im Strafverfahren? oder: Soll Informelles formalisiert werden?*, in *StV*, 2009, p. 269.
- KIER R. –BOCKEMÜHL J., *Verständigungen in Strafverfahren – Ein Plädoyer gegen die Kodifizierung einer „StPO light“ in Österreich*, in *Österreichisches Anwaltsblatt*, 2010, p. 402.
- KINTZI H., *Verständigung im Strafverfahren – steht die Diskussion vor dem Abschluß?*, in *AA.VV., Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999*, Berlin, 1999, p. 178.
- KIRCHENGAST T., *The Victim in Criminal Law and Justice*, Houndmills-Basingstoke-Hampshire, 2006, *passim*.

- KJELBY G. J., *Some Aspects of and Perspectives on the Public Prosecutor's Objectivity according to ECtHR Case-Law*, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 2015, p. 61.
- KLUG O. K.-F., *Zum Strafverfahren als Parteiprozess*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1999, p. 290;
- KOBOR S., *Bargaining in the Criminal Justice Systems of the United States and Germany*, Frankfurt am Main, 2008.
- KOCH C., *Zur Wirksamkeit eines absprachebedingten Rechtsmittelverzichts und deren Auswirkungen im Hinblick auf die Wiedereinsetzung. Anmerkung zum Beschluss des - Großen Senats für Strafsachen vom 03. März 2005 GSSt 1/04 = BGH HRRS 2005 Nr. 310*, in *HRRS*, 2005, p. 245.
- KÖNIG S. -HARRENDORF S., *Negotiated Agreements and Open Communication in Criminal Trials: The Viewpoint of the Defense*, in *German Law Journal*, 2014, n. 1, *Special Issue - Plea Bargains in Germany*, p. 65.
- KÖNIG S. -HARRENDORF S., *Notwendige Verteidigung nach Urteilsabsprache in erster Instanz*, in *StV*, 2015, p. 540.
- KÖNIG S., *Das Geständnis im postmodernen, konsensualen Strafprozess*, in *NJW*, 2012, p. 1916.
- KOSTORIS R.E., *Con il nuovo «patteggiamento allargato» il rischio di una gigantesca negoziazione*, in *Guida dir.*, 2003, n. 25, p. 10.
- KOSTORIS R.E., *Per un'obbligatorietà temperata dell'azione penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 875.
- KOTSOGLOU K.N., *Über die „Verständigung“ im Strafverfahren als Aussgeerpressung. Eine materiell-rechtliche Studie zu § 257c stopp*, in *ZIS*, 2015, p. 175.
- KRAPAC D., *Some Trends in Continental Criminal Procedure in Transition Countries of South-Eastern Europe*, in *AA.VV., Crime, procedure and evidence in a comparative and international context. Essays in honour of Professor Mirjan Damaška*, a cura di J. Jackson-M. Langer-P. Tillers, Oxford-Portland, 2008, p. 129;
- KRÖPIL K., *Die gesetzliche Regelung der Verständigung im Strafverfahren und das strafprozessuale Verfahrensziel*, in *Juristische Rundschau*, 2010, p. 96.
- KRÜMPELMANN J., *Die Bagatelldelikte: Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff*, Berlin, 1966, p. 226.
- KUBIK A., *Die unzulässige Sanktionsschere. Zur Strafbarkeit des Richters bei Ankündigung einer unverhältnismäßig großen Strafmaßdifferenz im Rahmen der Urteilsabsprache*, Frankfurt am Main, 2014.
- KUCZYŃSKA H., *The Accusation Model Before the International Criminal Court. Study of Convergence of Criminal Justice Systems*, Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2015.
- KUDLICH H., *Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den strafprozessualen Absprachen – Konsequenzen für den Gesetzgeber?*, in *ZRP*, 2013, p. 162.
- KUDLICH H., *Ecclestone, Verständigungsgesetz und die Folgen – Reformbedarf für § 153 a StPO?*, in *ZRP*, 2015, p. 10.
- LA ROCCA E.N., *La scelta del rito da parte dell'imputato: sopravvenienze e vizi della volontà*, in *Archivio penale web*, 2015, n. 2.
- LABAYLE H., *La transazione nell'Unione europea*, Milano, 1998.

- LAFLIN M.E., *Remarks on Case-Management Criminal Mediation*, in *Idaho Law Review*, 2004, p. 572.
- LANDAU H. - ESCHELBACH R., *Absprachen in der strafrechtlichen Hauptverhandlung*, in *NJW*, 1999, p. 321.
- LANDAU H. -BÜNGER R., *Urteilsabsprache im Strafverfahren*, in *ZRP*, 2005, p. 268.
- LANDAU H., *Chancen und Risiken einer Reform des Strafverfahrens*, in *ZRP*, p. 146.
- LANDAU H., *Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19. März 2013 zu den Verfahrensabsprachen*, in *AA.VV., Festschrift für Dieter Rössner*, Baden-Baden, 2015, p. 829.
- LANGBEIN J.H., *Controlling Prosecutorial Discretion in Germany*, *The University of Chicago Law Review*, 1974, p. 455.
- LANGBEIN J.H., *Controlling Prosecutorial Discretion in Germany*, in *The University of Chicago Law Review*, 1974, p. 439.
- LANGBEIN J.H., *Land without Plea Bargaining: How the Germans Do It*, in *Michigan Law Review*, 1979, p. 204.
- LANGBEIN J.H., *Torture and Plea Bargaining*, in *The University of Chicago Law Review*, 1978, p. 3.
- LANGBEIN J.H., *Understanding the Short History of Plea Bargaining*, *Law & Society Review*, 1979, p. 261.
- LANGER M., *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, in *AA.VV., World Plea Bargaining. Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, a cura di S.C. Thaman, Durham, 2010, p. 3.
- LANGER M., *La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*, in *AA.VV., El procedimiento abreviado*, a cura di J.B.J. Maier e A. Bovino, Buenos Aires, 2001, pp. 97 ss.;
- LATTANZI G., *Giudizio abbreviato e patteggiamento*, in *AA.VV., Verso una nuova giustizia penale*, Milano, 1989, p. 96.
- LATTANZI G., *Il "patteggiamento" tra realtà e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, pp. 1059 ss.
- LATTANZI G., *Il patteggiamento in appello un incompreso*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4495.
- LATTANZI G., *Il patteggiamento in appello: un incompreso*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 362.
- LATTANZI G., *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 2105.
- LATTANZI G., *Rinnovazione nel dibattimento della richiesta di patteggiamento e immediatezza della decisione*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 4583.
- LAVARINI B., *Il nuovo giudizio abbreviato*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 750.
- LE GUNEHEC F., *Présentation de la loi n. 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale. Deuxième partie*, in *JCP*, 1999, pp. 1393 ss.
- LE GUNEHEC F., *Présentation de la loi n. 99-515 du 23 juin 1999. Première partie: Dispositions relatives aux alternatives aux poursuites*, in *JCP*, 1999, p. 1325.
- LE SELLYER A.-F., *Traité du droit criminel appliqué aux actions publique et privée*, t. V, Paris, 1844.
- LEBLOIS-HAPPE J., *De la transaction pénale à la composition pénale. Loi n° 99-515 du 23 juin 1999*, in *JCP*, 2000, I, p. 198.

- LEGEAIS R., *L'oblation volontaire et l'amende du composition ou les procédures sans débats en droit pénal français*, in RIDP, 1962, p. 449.
- LEIBOLD T., *Der Deal im Steuerstrafrecht. Die Verständigung gemäß § 257c StPO in der Systematik des formellen und materiellen Rechts*, Berlin, 2016.
- LENMAN B. - PARKER G., *The State, the Community and the Criminal Law in Early Modern Europe*, in AA. VV., *Crime and the Law. The Social History of Crime in Western Europe since 1500*, a cura di V.A.C. Gatrell-B. Lenman- G. Parker, London, 1980, p. 20 ss.
- LEONARD T. C., *Pressure to Plead: How Case-Management Mediation Will Alter Criminal Plea-Bargaining*, in *Journal of Dispute Resolution*, 2014, p. 161.
- LEONE G., *Lineamenti di diritto processuale penale*, Napoli, 1949.
- LEONE G., *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli, 1961.
- LEORY J., *L'aveu de culpabilité dans la composition pénale et le plaider coupable*, in *Gaz. Pal.*, 2014, p. 233.
- LESTER B.J., *System Failure: The Case for Supplanting Negotiation with Mediation in Plea Bargaining*, in *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2005, pp. 563.
- LI Y., *The Judicial System and Reform in Post-Mao China: Stumbling Towards Justice*, London-New York, 2016.
- LONGHI S., *Il decreto penale e le sue trasformazioni*, in *Scuola pos.*, 1911, p. 337.
- LÓPEZ JIMÉNEZ R., *La conformidad ante el Juzgado de Instrucción de Guardia*, in *Revista Penal*, 2005, pp. 67.
- LORUSSO S., *Il patteggiamento "allargato" tra limiti all'accertamento della verità ed esigenze di deflazione processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 665.
- LORUSSO S., *Il processo penale italiano tra prassi e consuetudine*, in AA.VV., *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento. Atti del Convegno. (Foggia, 5-6- maggio 2006)*, a cura di M.N. Miletti, Milano, 2006, p. 531.
- LÖSCHNIG-GSPANDL M., *Diversion in Austria: Legal Aspects*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, p. 281 s.
- LOYER-LAMERCIER M.-L., *Réflexions sur la nature originale des transactions pénales, mode de gestion de l'action publique à la manière contractuelle*, RPDP, 2010, p. 350.
- LOZANO EIROA M., *Conformidad y pluralidad de acusados*, in *Revista de Derecho UNED*, 2012, p. 347.
- LOZZI G., *Commento agli artt. 77-79 legge 24 novembre 1981 n. 689, Leg. pen.*, 1982, p. 379.
- LOZZI G., *Il giudizio abbreviato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 449.
- LOZZI G., *Il patteggiamento e l'accertamento di responsabilità: un equivoco che persiste*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1396.
- LOZZI G., *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 27.
- LOZZI G., *La legittimità costituzionale del c.d. patteggiamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 1600.
- LOZZI G., *Patteggiamento allargato: nessun beneficio dall'applicazione di una giustizia «negoziale»*, in *Guida dir.*, 2003, n. 30, p. 10.
- LOZZI G., *Una sentenza sorprendente in tema di patteggiamento allargato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 671.
- LOZZI G., voce *Patteggiamento*, in *Aa.Vv., Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di G. Vassalli, Milano, 1986, p. 745.

- LUDWICZAK F., *Les procédures alternatives aux poursuites: une autre justice pénale*, Paris, 2015.
- LUEF-KÖLBL H., *Konsensuale Verfahrensabkürzung im Strafprozess*, Wien, 2017.
- LUMPKIN J.A., *The standard of proof necessary to establish that a defendant has materially breached a plea agreement*, in *Fordham Law Review*, 1987, p. 1059.
- LUPÁRIA L., *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Milano, 2006.
- LUPÁRIA L., *Model Code or Broken Dream? The Italian Criminal Procedure in a Comparative Perspective*, a cura di M. Gialuz-L. Lupária-F. Scarpa, Padova, 2014, p. 6.
- LUPÁRIA L., *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1751.
- LUPÁRIA L., *Profili dell'azione penale "europea"*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 931.
- LUPO E., *Il giudizio abbreviato e l'applicazione della pena negoziata*, in AA.VV., *I giudizi semplificati*, coordinato da A. Gaito, Padova, 1989, p. 61.
- MACCHIA A., *Il patteggiamento*, Milano, 1992.
- MAFFEI S., *Negotiations 'on Evidence' and Negotiations 'on Sentence': Adversarial Experiments in Italian Criminal Procedure*, in *Journal of International Criminal Justice*, p. 1050.
- MAGGIO P., *Mediazione e processo penale: i disorientamenti del legislatore italiano*, in AA.VV., *Dialogo e modelli di mediazione*, a cura di A. Pera, Padova, 2016, p. 39.
- MAGLIARO L., *La legge Carotti e la riforma del giudizio abbreviato*, in *Quest. giust.*, 2000, p. 424.
- MAGRO SERVET V., *El Pacto de Estado de la Justicia y la apuesta por los juicios rapidos*, in *La Ley*, 2002, p. 1556.
- MAIA COSTA E., *Justiça negociada: do logro da eficiência à degradação do processo equitativo*, in *Julgar*, n. 19, 2013, pp. 87.
- MANCUSO E.M., *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in AA.VV., *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da G. Spangher-A. Marandola-G. Garuti-L. Kalb, vol. III, *Procedimenti speciali*, a cura di G. Garuti, Torino, 2015, p. 92.
- MANCUSO E.M., *La giustizia riparativa in Austria e in Germania: tra Legalitätsprinzip e vie di fuga dal processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1958.
- MANNA A., *Il c.d. patteggiamento allargato: aspetti processuali e sostanziali*, in *Temi rom.*, 1997, p. 9
- MANNOZZI G. - LODIGLIANI G. A., *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017.
- MANNOZZI G., *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 F. Peroni, Torino, 2004, p. 155.
- MANNOZZI G., *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003.
- MANNOZZI G., *Traduzione e interpretazione giuridica nel multilinguismo europeo: il caso paradigmatico del termine «giustizia riparativa» e delle sue origini storico-giuridiche e linguistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 137.
- MANSIONI C., *La transaction par officier de police judiciaire ou TOPJ*, in *AJ Pénal*, 2015, p. 469.
- MANZINI V., *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. III, 6ª ed., Torino, 1970, p. 6.

- MARAFIOTI L., *Giustizia penale negoziata e verità processuale selettiva*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2497.
- MARAFIOTI L., *La giustizia penale negoziata*, Milano, 1992.
- MARAFIOTI L., *Prova «negoziata» e contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 2933 ss.
- MARANDOLA A., *Il giudizio abbreviato*, in *Studium iuris*, 2000, p. 1332.
- MARANDOLA A., *Modifiche ai riti speciali*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1317.
- MARCOLINI S., *A quali condizioni i negoziati sulla pena sono conformi alla Cedu?*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3488.
- MARCOLINI S., *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, 2005.
- MARCOLINI S., voce *Processo penale spagnolo*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. I, Milano, 2008, p. 781.
- MARTÍN PALLÍN J.A., *¿Es constitucional la conformidad?*, in *Revista del Poder Judicial*, 2006, p. 225.
- MARTINI A., voce *Oblazione (profili sostanziali)*, in *Dig. pen.*, Torino, 1994, vol. VIII, p. 408.
- MARZADURI E. - DI MARTINO A., L. 12.6.2003 n. 134 - *Modifiche al codice di procedura penale in materia di applicazione della pena su richiesta delle parti* (GU 14.6.2003 n. 136), in *Leg. pen.*, 2004, p. 241.
- MARZADURI E., *Brevi considerazioni sui poteri del giudice nell'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 729.
- MARZADURI E., *L'applicazione di sanzioni sostitutive su richiesta dell'imputato*, Milano, 1985.
- MARZADURI E., *Poteri delle parti e disponibilità del rito nella giustizia negoziata*, in AA.VV., *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, a cura di G. Giostra-G. Insolera, Milano, 1998, p. 85.
- MARZADURI E., *Prime considerazioni sul "patteggiamento allargato"*, in *Legalità e giustizia*, 2004, n. 1, pp. 15.
- MARZADURI E., sub art. 1 l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, in *Leg. pen.*, 2000, p. 755.
- MARZADURI E., *Sull'accordo tra pubblico ministero e imputato la Cassazione applica la disciplina dei contratti*, in *Guida dir.*, 1999, n. 49, p. 72.
- MARZADURI E., *Una riforma dagli effetti incerti che mette a dura prova l'interprete*, in *Guida dir*, 2003, n. 25, p. 25.
- MATHER L.M., *Comments on the History of Plea Bargaining*, *Law & Society Review*, 1979, pp. 281 ss.
- MAURO C., *Dell'utilità del criterio della non punibilità per particolare tenuità del fatto in un sistema di opportunità dell'azione penale. Esperienze francesi*, in AA.VV., *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di S. Quattrocolo, Torino, 2015, p. 143.
- MAURO C., *Procedura penale in Francia. Evoluzioni e tendenze*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 686.
- MAYER G.D., *Spirito, origine e progressi delle istituzioni giudiziarie dei primari Stati d'Europa*, t. II, (Parte moderna) *Inghilterra, e Francia prima della rivoluzione*, Prato, 1838.
- MAZOU M., *La procédure simplifiée dans le nouveau Code de procédure pénale: principes et difficultés*, in *Revue Pénale Suisse*, 2011, p. 1.

- MAZZA L., voce *Oblazione volontaria (diritto penale)*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 564.
- MAZZA O., *I paradossi dell'attuale giudizio abbreviato e le prospettive di soluzione nel solco della delega*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1992.
- MAZZA O., *Il patteggiamento "allargato" supera l'esame della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2326.
- MAZZA O., *Il regime intertemporale della messa alla prova*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 2189.
- MAZZA O., *La Corte assediata e il garantismo efficiente (note a margine della Carta di Napoli)*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 5, p. 1.
- MAZZA O., voce *Verità reale e verità processuale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VIII, Torino, 2014, p. 715.
- MCCLEERY K., *Guilty Pleas and Plea Bargaining at the Ad Hoc Tribunals: Lessons from Civil Law Systems*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2016.
- MCCONKIE D.S., *Judges as Framers of Plea Bargaining*, in *Stanford Law & Policy Review*, 2015, p. 71.
- MC EWEN C.A. - MAIMAN R.J., *Mediation in Small Claims Court: Achieving Compliance through Consent*, in *Law & Society Review*, 1984, p. 11.
- MEDIGOVIC U., *Absprachen im Strafverfahren*, in AA.VV., *Vorarlberger Tage 2007 Fortbildungsveranstaltung aus Strafrecht*, Wien-Graz, 2008, p. 95.
- MEDIGOVIC U., *Konsens- und Konfliktverteidigung*, in AA.VV., *Strafverteidigung – Ringen um Fairness. 3. Österreichischer StrafverteidigerInnentag. Graz, 11./12. März 2005*, a cura di R. Soyer, Graz, 2005, p. 129.
- MEDIGOVIC U., *Prozessabsprachen als Wiederaufnahmegrund /Zur Hemmung des Strafoollzugs bei Erneuerung des Strafverfahrens*, in *JBl*, 2011, p. 63.
- MEDJAOUI K., *L'injonction pénale et la médiation pénale, tableau comparatif critique*, in *RSC*, 1996, p. 823.
- MENNA M., *La nuova politica delle procedure differenziate a confronto con l'esperienza tedesca*, in *Arch. pen.*, 1988, p. 648.
- MENNA M., *Studi sul giudizio penale*, Torino, 2009.
- MERLIN P., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^a ed., t. XXXIV, Bruxelles, 1828.
- MEYER F., *Der vereinbarte Rechtsmittelverzicht ist wirksam, ist unwirksam, ist wirksam*, in *HRRS*, 2005, p. 235.
- MEYER F., *Die faktische Kraft des Normativen – Das BVerfG und die Verständigung im Strafverfahren*, in *NJW*, 2013, p. 1850.
- MEYER F., *Praxis und Reform der Absprache im Strafverfahren*, in *StV*, 2015, p. 790.
- MEYER-GÖRNER L. -SCHMITT B., *Strafprozessordnung*, 59^a ed., München, 2016.
- MEYER-GÖSSNER L., *Absprachen im Strafprozess Nach der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen des BGH*, in AA.VV., *Recht gestalten - dem Recht dienen. Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag am 29. Juli 2007*, Berlin, 2007, p. 105.
- MEYER-GÖSSNER L., *Gesetzliche Regelung der „Absprachen im Strafprozess“?*, in *ZRP*, 2004, p. 187.
- MEYER-GÖRNER L., *Was nicht Gesetz werden sollte! Einige Bemerkungen zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Verständigung im Strafverfahren*, in *ZRP*, 2009, p. 107.
- MEYER-GÖRNER L., *Zum Vorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer für eine gesetzliche Regelung der Urteilsabsprache im Strafverfahren*, in *StV* 2006, p. 485.

- MIHMAN A., *Juger à temps : le juste temps dans la réponse pénale*, Paris, 2008.
- MILANO L., *La conventionnalité de principe de la procédure de «plaider coupable»*, *La semaine juridique*, n. 21-22, 26 maggio 2014, p. 1067.
- MILBURN P. - MOUHANNA C. - PERROCHEAU V., *Enjeux et usages de la composition pénale. Controverses et compromis dans la mise en place d'un dispositif pénal inédit*, *Rapport de Recherche*, in www.gip.-recherche-justice.fr.
- MILBURN P. - MOUHANNA C. - PERROCHEAU V., *Controverses et compromis dans la mise en place de la composition pénale*, in APC, 2005, p. 151.
- MILBURN P., *De la négociation dans la justice imposée*, in *Négociations*, 2004, n. 1, pp. 27 ss.
- MILBURN P., *Évolution de la place de la médiation dans la justice française*, *ivi*, 2009, n. 12, p. 147.
- MIRA ROS C., *Regimen actual de la conformidad*, Madrid, 1998.
- MIRAGLIA M., *Diritto di difesa e giustizia penale internazionale*, Torino, 2011.
- MOLDENHAUER G.M., *Eine Verfahrensordnung für Absprachen im Strafverfahren durch den Bundesgerichtshof?*, Frankfurt am Mein, 2004.
- MOLINARI P.V., *In tema di patteggiamento per l'accoglimento dei motivi di appello*, *Cass. pen.*, 1992, p. 984.
- MOLINS F., *Plaidoyer pour le «plaider coupable»: des vertus d'une peine négociée*, in *AJ Pénal*, 2003, p. 61.
- MOLINS RAICH M., *El proceso por aceptación de decreto: pe numbras y sombras de una nueva alternativa para la conformidad penal*, in AA.VV., *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, diretto da J. Alonso-Cuevillas Sayrol, Barcelona, 2015, p. 327.
- MONDON D., *Justice imposée, justice négociée: les limites d'une opposition, l'exemple du parquet*, in *Droit et société*, n° 30-31. 1995, pp. 349 ss.
- MOOS R., *Absprachen im Strafprozess*, in *RZ*, 2004, p. 56.
- MOOS R., *Der Außergerichtliche Tatausgleich für Erwachsene als strafrechtlicher Sanktionersatz*, in *JBL*, 1998, p. 351.
- MOOS R., *Die Reform der Hauptverhandlung (Teil I)*, in *ÖJZ*, 2003, p. 321.
- MOREAU T., *La reconnaissance préalable de culpabilité : just a deal ? Une occasion à ne pas manquer, mais un virage à bien négocier*, AA.VV., *La loi «pot-pourri II» : un recul de civilisation ?*, diretto da M. Cadelli-T. Moreau, 2016, Limal, p. 127.
- MOREAU T., *La reconnaissance préalable de culpabilité: just a deal? Une occasion à ne pas manquer, mais un virage à bien négocier*, in AA.VV., *La loi «pot-pourri II» un recul de civilisation?*, diretto da M. Cadelli-T. Moreau, Limal, 2016, p. 129.
- MORENO CATENA V., *El proceso penal abreviado*, in V. GIMENO SENDRA-V. MORENO CATENA-V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., 1997, p. 797.
- MORENO CATENA V., *Los nuevos procesos penales (I). El procedimiento abreviado*, Valencia, 2004.
- MORETTI D., *Patteggiamento e obbligatorietà dell'azione penale, ovvero l'impraticabilità del modello americano*, in *Critica dir.*, 1991, pp. 38.
- MORGENSTERN C., *“Diversion” e sanzioni non detentive nell'ordinamento penale tedesco: una comparazione con il sistema italiano del giudice di pace*, in AA.VV., *Competenza penale del giudice di pace e “nuove” pene non detentive*, Milano, 2004, p. 91.

- MOSBACHER A., *The Decision of the Federal Constitutional Court of 19 March 2013 on Plea Agreements*, in *German Law Journal*, 2014, n. 1, *Special Issue – Plea Bargains in Germany*, p. 8.
- MOU Y., *Beyond Legitimate Grounds: External Influences and the Discretionary Power Not to Prosecute in the People's Republic of China*, in AA.VV., *Discretionary Criminal Justice in a Comparative Context*, a cura di M. Caianiello-J.S. Hodgson, Durham, 2015, pp. 115 ss.
- MSIKA Y., *Plaider coupable et rôle de l'avocat à Pontoise et ailleurs*, in *A.J. Pénal*, 2005, p. 446.
- MUERZA ESPARZA J.J., *Algunas consideraciones sobre la regulación de la conformidad en la reforma procesal penal de 2002*, in AA.VV., *Homenaje a don Eduardo Font Serra. Tomo II*, vol. II, Madrid, 2004, p. 1619.
- MÜLLER M., *Probleme um eine gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren*, Köln, 2008.
- MUÑOZ CUESTA J., *La conformidad en el proceso penal. Protocolo de actuación entre la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española*, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2009, p. 7.
- MURKO G., *Zur Absprache im österreichischen Strafrecht*, in *Österreichisches Anwaltsblatt*, 2015, p. 355.
- MURMANN U., *Probleme der gesetzlichen Regelung der Absprachen im Strafverfahren*, in AA.VV., *Festschrift für Claus Roxin Zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011. Strafrecht als Scientia Universalis*, Berlin, 2011, pp. 1385.
- MURMANN U., *Reform ohne Wiederkehr? – Die gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren*, in *ZIS*, 2009, p. 526.
- MURRO O., *La revisione della sentenza di patteggiamento*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2168.
- MURRO O., *La riparazione del danno come causa di estinzione*, in AA. VV., *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, a cura di G. Spangher, Pisa, 2017, pp. 48 ss.
- MUZZICA R., *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 3, p. 158.
- NAPPI A., *Guida al codice di procedura penale*, 10^a ed., Milano, 2007.
- NAPPI A., *Rispristinato il patteggiamento in appello*, in *Gazz. giur.*, 1999, n. 7, p. 1.
- NEGRI D., *Il «nuovo» giudizio abbreviato: un diritto dell'imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economia processuale*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Padova, 2000, pp. 444 ss.
- NEWMAN D.J. – NEMOYER E.C., *Issues of Propriety in Negotiated Justice*, in *Denver Law Journal*, 1970, p. 367.
- NIANG B., *Le «plaider coupable» en France et aux États-Unis au regard des principes directeurs du procès pénal*, Paris, 2014, p. 123.
- NICCOLI O., *Perdonare. Idee, pratiche, rituali in Italia tra Cinque e Seicento*, Roma-Bari, 2007, p. 38.
- NICOLINI N., *Della procedura penale nel Regno delle Due-Sicilie*, vol. I, Livorno, 1843.
- NICOLINI N., *Storia de' principii per la istruzione delle pruove ne' processi penali*, Napoli, 1829,

- NICOT S., *Décision n° 2005-520 DC du 22 juillet 2005, Loi précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, p. 165.
- NIEMÖLLER M. -SCHLOTHAUER R. -. WEIDER H.J, *Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren. Kommentar*, München, 2010.
- NIEMÖLLER M., *Absprachen im Strafprozeß*, in *StV*, 1990, p. 36.
- NIEMÖLLER M., *Anmerkung*, in *StV*, 2013, p. 419.
- NIEMÖLLER M., sub §257c StPO, in M. NIEMÖLLER – R. SCHLOTHAUER – H.J. WEIDER, *Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren. Kommentar*, München, 2010, p. 57.
- NIEMÖLLER M., Teil A. *Allgemeine Einführung*, in M. NIEMÖLLER – R. SCHLOTHAUER – WEIDER H.J., *Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren. Kommentar*, München, 2010, p. 20.
- NIEMÖLLER M., *Unwirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts bei Verständigung*, in *StV*, 2012, p. 385.
- NIEMZ S., *Urteilsabsprachen und Opferinteressen – in Verfahren mit Nebenklagebeteiligung*, Baden-Baden, 2011.
- NOBILI M., *Osservazioni di carattere processuale sulla legge 689 del 1981*, in *Pol. Dir.*, 1982, p. 384.
- NUBOLA C., *Supplication between Politics and Justice: the Northern and Central Italian States in the Early Modern Age*, in *International Review of Social History*, 2001, Supplement n. 9, *Petitions in Social History*, a cura di L. Heerma van Voss, p. 50.
- NUZZO F., *Alcune riflessioni di sintesi intorno al concordato sui motivi di appello*, in *Cass. pen.*, 2000, pp. 1655.
- ORLANDI R., *I diritti della vittima in alcune peculiari modalità di definizione del rito penale*, in AA.VV., *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, a cura di M. Bargis-H. Belluta, Torino, 2017, p. 167 ss.
- ORLANDI R., *I procedimenti speciali*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso-V. Grevi-M. Bargis, 8^a ed., Padova, 2016, p. 593.
- ORLANDI R., *Il querelante perde il diritto di ostacolare la definizione del processo con decreto penale di condanna. Chiaroscuri di una decisione non del tutto convincente*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 149.
- ORLANDI R., *L'insostenibile lunghezza del processo penale e le sorti progressive dei riti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 21.
- ORLANDI R., *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1171.
- ORLANDI R., *Plea bargaining in den kontinentaleuropäischen Ländern*, in *Osterreichische Juristen-Zeitung*, 2009, p. 404.
- ORLANDI R., *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 263.
- ORLANDI R., *Rito penale e salvaguardia dei galantuomini*, in *Criminalia*, 2006, p. 293.
- ORLANDI R., *Il giudizio abbreviato fra limiti alla rinnovazione della richiesta condizionata e diritto alla diminuzione di pena*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 4444.
- OST F. - VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002, p. 107.
- PACKER H., *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford, 1968.

- PADOVANI T., *Il traffico delle indulgenze. «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 436
- PAGANO F. M., *Principj del codice penale, e considerazioni sul processo criminale*, Lugano, 1832.
- PALAZZO D., *Del "truglio" e delle sue applicazioni in Puglia*, in AA. VV., *Studi di storia pugliese in onore di Giuseppe Chiarelli*, a cura di M. Paone, vol. VI, Galatina, 1977, pp. 59.
- PALAZZO D., *Il truglio*, in *Giust. e cost.*, 1981, nn. 3-4, pp. 33;
- PALIERO C.E., *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, 2007, p. 112.
- PALIERO C.E., *Minima non curat praetor*, Padova, 1985.
- PALMER J., *Abolishing Plea Bargaining: An End to the Same Old Song and Dance*, in *American Journal of Criminal Law*, 1999, p. 508.
- PAOLA F.M., voce *Tentativo di conciliazione*, in *Dig. pen.*, Torino, 1999, vol. XIV, p. 201.
- PAPADOPOULOS J., *"Plaider coupable". Le pratique américaine. Le texte français*, Paris, 2004.
- PARIZOT R., *The future EPPD: what role for the CJEU?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, p. 538.
- PARKER G., *"A man's gotta know his limitations": Reflections on a Misspent Past*, in AA.VV., *The limits of empire. European imperial formations in early modern world history: essays in honor of Geoffrey Parker*, a cura di T. Andrade-W.Reger, London-New York, 2012, p. 344
- PARLATO L., *La rinuncia alla prova nel giudizio abbreviato su richiesta "condizionata"*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1027.
- PASTOR J. M., *La tímida introducción de la potestad discrecional de acusar en el proceso penal español*, in AA.VV., *El proceso penal: cuestiones fundamentales*, coord. da O. Fuentes Soriano, Valencia, 2017, p. 65.
- PATANÈ V., *Percorsi di giustizia riparativa nel sistema penale italiano*, in AA.VV., *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, a cura di M. Bargis-H. Belluta, Torino, 2017, p. 545.
- PAULESU P.P., *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, 2ª ed., Torino, 2009.
- PAZÉ P., *Il tentativo di conciliazione del pubblico ministero*, in *Leg. pen.*, 1997, p. 649.
- PERINI C., *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162-ter c.p. deflazione senza restorative justice*, in *Dir. pen. proc.*, 1274.
- PERONI F., *Il recesso unilaterale dal concordato sulla pena: tra logica dispositiva e indefettibilità dei tempi ragionevoli del processo*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1650.
- PERONI F., *L'applicazione della pena su richiesta*, in F. PERONI-M. GIALUZ, *La giustizia penale consensuale. Concordati, mediazione e conciliazione*, Trieste, 2004, p. 8.
- PERONI F., *La nuova fisionomia del patteggiamento*, in AA.VV., *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di G. Di Chiara, Torino, 2003, p. 370.
- PERONI F., *La sentenza di patteggiamento*, Padova, 1999.
- PERONI F., *Le novità in tema di patteggiamento: tra suggestioni giurisprudenziali e razionalizzazione dell'esistente*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Padova, 2000, p. 509.

- PERONI F., *Le nuove norme in materia di "patteggiamento allargato" e di sanzioni sostitutive*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1068.
- PERONI F., *Nozioni fondamentali*, in F. PERONI-M. GIALUZ, *La giustizia penale consensuale. Concordati, mediazione e conciliazione*, Torino, 2004, p. 3.
- PERONI F., *Quali benefici nella sentenza dibattimentale che applica la pena richiesta dall'imputato?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1118.
- PERONI F., voce *Riti alternativi I) Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Enc. giur. Treccani*, 2002.
- PERONI F., *"Patteggiamento allargato" e nuove diatribe sulla natura della sentenza applicativa di pena concordata*, in *Foro it.*, 2006, c. 18.
- PERRIER J.B., *Décret relatif à la transaction «pénale»: entre déception(s) et consolation*, in *Recueil Dalloz*, 2016, p. 135.
- PERRIER J.B., *La transaction pénale de l'article 41-1-1 du code de procédure pénale. Bonne idée ou outil dangereux?*, in *Recueil Dalloz*, 2014, p. 2182.
- PERRIER J.B., *La transaction pénale et les progrès du Conseil constitutionnel*, in *Recueil Dalloz*, 2016, p. 2545.
- PERRIER, J.-B. *La transaction en matière pénale*, Issy-les-Moulineaux, 2014.
- PERROCHEAU V., *La composition pénale et la comparution sur reconnaissance de culpabilité: quelles limites à l'omnipotence du parquet?*, in *Droit et société*, 2010, p. 55.
- PERRONE N., *Il truglio. Infami, delatori e pentiti nel Regno di Napoli*, Palermo, 2000.
- PERTILE A., *Storia del diritto italiano*, vol. VI, p. II, *Storia della procedura*, 2ª ed., Roma-Napoli-Milano, 1902.
- PERTILE A., *Storia del diritto italiano. Dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, vol. V, *Storia del diritto penale*, 2ª ed., Torino, 1892.
- PETERS J. - AUBUSSON DE CAVARLAY B. - LEWIS C. - SOBOTA P., *Negotiated Case-ending Settlements: Ways of Speeding up the (Court) Process*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2008, pp. 145 ss.
- PETERS J., *Urteilsabsprachen im Strafprozess Die deutsche Regelung im Vergleich mit Entwicklungen in England & Wales, Frankreich und Polen*, Göttingen, 2011.
- PETROCELLI B., *I vizi della volontà nel processo penale*, Napoli, 1929.
- PIATTOLI B., *Abrogato l'accordo sui motivi d'appello e sulla pena: intenti legislativi e riflessi di sistema*, in AA.VV., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125)*, a cura di O. Mazza- F. Viganò, Torino, 2008, p. 342 ss.
- PIATTOLI B., *Cooperazione giudiziaria e pubblico ministero europeo*, Milano, 2002.
- PICHLER A., *Plea Bargaining in Austria?*, in <http://www.ecba.org>;
- PIETH M., *Besondere Strafverfahrensarten: das abgekürzte Verfahren*, *Revue Pénale Suisse*, 2010, pp. 166 ss.
- PILLADO E.G. - FERNANDEZ FUSTES D., *La regulación de la conformidad en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (II)*, in *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, p. 35.
- PIN X., *La privatisation du procès pénal*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2002, pp. 245 ss;
- PIN X., *Le consentement en matière pénal*, Paris, 2002.
- PISANI M. -. GALANTINI N, *La fase preparatoria del processo penale nel progetto Delmas-Marty*, 2ª ed., Bologna, 1994.

- PISANI M., *Il pubblico ministero nel nuovo processo penale: profili deontologici*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 181.
- PISANI M., *Italian style: figure e forme del nuovo processo penale*, Padova, 1998.
- PISTORELLI L., *Per le sezioni unite non è ammissibile la costituzione di parte civile nell'udienza fissata ex art. 447 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2313.
- PITTARO P., *L'applicazione della pena su richiesta: profili di diritto penale sostanziale*, in AA.VV., *Il patteggiamento*, Milano, 1999, p. 5.
- PONCELA P., *Quand le procureur compose avec la peine*, in *RSC*, 2002, p. 638.
- PONT P.P., *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. XIX, Paris, 1867.
- PRADEL J., *D'une loi avortée à un projet nouveau sur l'injonction pénale*, in *Recueil Dalloz*, 1995, p. 171.
- PRADEL J., *Défense du plaidoyer de culpabilité. À propos du projet de loi sur les évolutions de la criminalité*, in *La Semaine Juridique Edition Générale*, 28 gennaio 2004, n. 5.
- PRADEL J., *Droit pénal comparé*, 4^a ed., 2016,
- PRADEL J., *Il ruolo della volontà dell'autore di reato nella decisione sull'esercizio dell'azione penale un'analisi di diritto francese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 949.
- PRADEL J., *La célérité de la procédure pénale en droit comparé*, in *RIDP*, 1996, pp. 323 ss.
- PRADEL J., *La rapidité de l'instance pénale. Aspects de droit comparé*, in *RPDP*, 1995, p. 216.
- PRADEL J., *Le consensualisme en droit pénal comparé*, in *Boletim da faculdade de direito. Número especial. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, vol. III, Coimbra, 1984, pp. 329 ss.
- PRADEL J., *Le ministère public doit-il être présent à l'audience d'homologation dans le cadre de la procédure de plaider coupable?*, in *Recueil Dalloz*, 2005, p. 1200.
- PRADEL J., *Le plaider coupable, confrontation des droit américain, italien, et français*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2005, p. 473.
- PRADEL J., *Procédure pénale*, 18^a ed., Paris.
- PRADEL J., *Une consécration du «plea bargaining» à la française la composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999*, in *Recueil Dalloz*, 1999, p. 379.
- PRADEL J., *Vers un "aggiornamento" des réponses de la procédure pénale à la criminalité apports de la loi n. 2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II. Première partie*, in *La Semaine Juridique - Edition générale, Etude n. 19-132*.
- PRADEL J., *Vers un "aggiornamento" des réponses de la procédure pénale à la criminalité apports de la loi n. 2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II. Seconde partie, iovi, Etude n. 20-134*.
- PRADEL X., *Présentation théorique*, in *Le plaider coupable. Journée d'études organisée par la Société Générale des Prisons et de Législation Criminelle (15 novembre 2004)*, in *RPDP*, 2005, p. 377s.
- PRANDTL H., *Der alte Strafprozess ist tot*, in www.sueddeutsche.de, 19 marzo 2013.
- PRASSE C., *Verständigung im Strafverfahren*, in *StV*, 1997, p. 583.
- PRELLE M., *Opportunität und Konsens: Verfahrensförmige Normsuspendierung als Hilfe für die Überlast im Kriminaljustizsystem?*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2011, pp. 311.
- PROCACCINO A., *Il negozio probatorio dibattimentale*, Milano, 2010.
- QUATTROCOLO S. -LUACES GUTIERREZ A., *Conformidad e patteggiamento: spunti per un'analisi comparata tra Spagna e Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 342.

- QUATTROCOLO S., *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Napoli, 2004.
- R. KIER-J. BOCKEMÜL, *Verständigungen in Strafverfahren – Ein Plädoyer gegen die Kodifizierung einer „Stpo Light“ in Österreich*, in *Österreichisches Anwaltsblatt*, 2010, p. 402.
- RASCHEL E., *Le consentement à la transaction en matière pénale*, in *AJ Pénal*, 2015, p. 463.
- RATINEAU Y. J., *La Privatisation de la répression pénale*, t. 1 e 2, Saint-Denis, 2017.
- RATINEAU Y.J., *L'aveu de culpabilité fait au cours de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ne peut être repris devant la juridiction de jugement*, in *La Semaine Juridique – Edition générale*, 26 novembre 2008.
- RATZ E., *Absprachen im Strafverfahren: die bisherige Rechtsprechung*, in AA.VV., *Beschleunigung von Zivil- und Strafverfahren. Zwischen Richtigkeitsgewähr, Fairness und Effizienz*, a cura di M. Neumayr, Wien, 2014, p. 161.
- RATZ E., *Der Vergleich im gerichtlichen (Finanz-)Strafverfahren aus der Sicht des Richters*, in AA.VV., *Finanzstrafrecht 2002: Absprache /Vergleiche im Abgaben- und Finanzstrafrecht*, a cura di R. Leitner, Wien, 2003, p. 105.
- RATZ E., *Grundrechtsschutz durch den Obersten Gerichtshof in Strafsachen*, in AA.VV., *Festschrift für Herbert Steininger zum 70. Geburtstag*, a cura di W. Pilgermair, Wien, 2003, p. 109.
- RATZ E., *Verfahrensbeendende Prozessabsprachen im Strafprozess*, in *Österreichisches Anwaltsblatt*, 2015, p. 276.
- RATZ E., *Verfahrensbeendende Prozessabsprachen in Österreich*, in *ÖJZ*, 2009, p. 952.
- RATZ E., *Verfahrensbeendende Prozessabsprachen in Österreich*, in AA.VV., 38. *Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie 24. bis 26. Februar 2010*, Wien-Graz, 2010, p. 45.
- RATZ E., *Zur Reform der Hauptverhandlung und des Rechtsmittelverfahrens*, in *ÖJZ*, 2010, p. 387.
- RAUXLOH R., *Formalization of plea bargaining in Germany: will the new legislation be able to square the circle?*, in *Fordham International Law Journal*, 2011, p. 296.
- RAUXLOH R., *Plea Bargaining in National and International Law*, London-New York, 2012.
- RECCHIA N., *La difficile questione della legittimità costituzionale del patteggiamento dinanzi al Bundesverfassungsgericht*, in *Dir. pen. cont.*, 16 ottobre 2013.
- RECCHIONE S., *European Public Prosecutor Office. Anche gli entusiasti diventano scettici?*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2014, p. 15.
- REGNAULT J.-D., *Composition pénale: l'exemple du Tribunal de Cambrai*, in *AJ Pénal*, 2003, p. 55.
- RICCI M.A., *Patteggiamento e contratto (le tentazioni del civilista)*, in *Contratto e impresa*, 1994, p. 1143 s.
- RICCIO G., *La volontà delle parti nel processo penale*, Napoli, 1969.
- RIEß P., *Entwicklungstendenzen in der deutschen Strafprozessgesetzgebung seit 1950*, in *ZIS*, 2009, p. 466.
- RIGO F., *Il procedimento*, in AA.VV., *Il patteggiamento*, Milano, 1999, p. 67.
- RIGO F., *sub art. 448 c.p.p.*, in A. GIARDA – G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 5^a ed., t. II, Milano, 2017, p. 1941.

- RINCEANU J., *La disciplina dell'intesa (Verständigung) nel diritto processuale penale tedesco*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 771
- RÍOS P., *El 60% de las sentencias penales se pactan para evitar el juicio*, in www.elpais.com.
- RISICATO L., *I riflessi sostanziali del c.d. patteggiamento "allargato": l'irriducibile attrito tra giustizia penale negoziale, funzioni della pena e tutela della vittima*, in *Leg. pen.*, 2004, p. 871.
- RISOPOULOS A. - UYTENDAELE J., *La justice négociée et les droits du justiciable*, in AA.VV., *Les droits du justiciable face à la justice pénale*, diretto da V. Franssen-A. Masset, Liège, 2017, p. 410.
- RODRÍGUEZ GARCÍA N., *El consenso en el proceso penal español*, Barcellona, 1997.
- RODRÍGUEZ GARCÍA N., *La conformidad de las personas jurídicas en el proceso penal español*, in *La Ley Penal*, 2015, p. 11.
- RODRÍGUEZ GARCÍA N., *La justicia penal negociada*, Salamanca, 1997.
- RODRÍGUEZ RAMOS L., *El proceso por aceptación de decreto: procedimiento. Análisis de la reforma legal desde la perspectiva de un abogado*, in www.fiscal.es.
- ROGRAN J.A., *Code d'instruction criminelle expliqué par ses motifs, par des exemples et par la jurisprudence*, 13ª ed., Paris, 1839.
- RÖNNAU T., *Die Absprache im Strafprozess. Eine rechtssystematische Untersuchung nach dem geltenden Strafprozeßrecht*, Baden-Baden, 1990.
- ROPPO V., *Il contratto*, 2ª ed., Milano, 2011, p. 83.
- ROSENAU H., *Die Absprachen im deutschen Strafverfahren*, in AA.VV., *Straftheorie und Strafgerechtigkeit. Deutsch-Japanischer Strafrechtsdialog*, a cura di H. Rosenau-S. Kim, Frankfurt am Main, 2010, p. 45.
- ROSETT A. - CRESSEY D.R., *Justice by Consent: Plea Bargains in the American Courthouse*, Philadelphia, 1976.
- ROUSSEAU X., *De la négociation au procès pénal: la gestion de la violence dans la société médiévale et moderne (500-1800)*, in AA.VV., *Droit Négocié, Droit Imposé?*, diretto da P. Gérard-F. Ost-M. van de Kerchove, Bruxelles, 1996, pp. 273 ss.
- ROXIN C. - SCHÜNEMANN B., *Strafverfahrensrecht*, 29ª ed., München, 2017.
- RUBINSTEIN M. L. - WHITE T. J., *Alaska's Ban on Plea Bargaining*, in *Law & Society Review*, 1979, p. 367.
- RUELLAN F., *Les modes alternatifs de résolution des conflits: pour une justice plurielle dans le respect des droits*, in *JCP*, 1999, I, p. 235.
- RUGA RIVA C., *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002.
- RUGGIERO A., *Forme di patteggiamento. Dal patto sulla sanzione alla conciliazione sul fatto: un obiettivo nuovamente mancato*, in AA.VV., *Patteggiamento allargato e sistema penale*, a cura di A. De Caro, Milano, 2004, p. 37.
- RUHRI G., *Verständigung im Strafverfahren. Prozessrecht und -realität im österreichischen Strafverfahren*, in AA.VV., *Strafverteidigung auf neuen Wegen?: 2. Dreiländerforum Strafverteidigung Regensburg, 15./16. Juni 2012 (Schriftenreihe der Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen)*, Wien-Graz, 2012, p. 184.
- RUHRI G., *Verständigungen im Strafverfahren. Betrachtungen de lege ferenda*, in *Österreichisches Anwaltsblatt*, 2010, p. 243.
- RUHS F., *Notwendige Verteidigung bei Verständigungen*, in *NStZ*, 2016, p. 706.

RUSSO C., *Sulla richiesta di giudizio abbreviato condizionato ad integrazione probatoria*, in *Giust. pen.*, III, c. 146.

RUSSO L., *I criteri di priorità nella trattazione degli affari penali: confini applicativi ed esercizio dei poteri di vigilanza*, in *Dir. pen. cont.*, 9 novembre 2016.

SAAS C., *De la composition pénale au plaider-coupable: le pouvoir de sanction du procureur*, in *RSC*, 2004, p. 828.

SALAZAR L., *Definitivamente approvato il regolamento istitutivo della Procura europea (EPPO)*, in *Dir. pen. cont.*, 13 ottobre 2017.

SALAZAR L., *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in *Arch. pen. online*, 2017, n. 3, p. 1.

SALDITT F., § 153 a StPO und die Unschuldsvermutung, in *AA.Vv., Festschrift für Egon Müller*, a cura di H. Jung – B. Luxenburger – E. Wahle, Baden-Baden, 2008, p. 611.

SALDITT F., *Eckpunkte - Streitfragen des partizipatorischen Strafprozesses*, in *StV*, 2001, p. 311.

SALVAGE P., *Le consentement en droit pénal*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1991, p. 702.

SALVESTRONI U., *Nozioni generali di diritto civile*, 3^a ed., Milano, 2006.

SALVIOLI G., *Storia della procedura civile e criminale*, Milano, 1927.

SÁNCHEZ MELGAREJO F.R., *El proceso por aceptación de decreto: ¿una verdadera vía para la conformidad penal? (I) (II)*, in www.abogacia.es.

SANNA A., *Applicazione dell'art. 129 c.p.p. e regole di giudizio: gli spazi per la verifica sul fatto nel patteggiamento*, in *Ind. pen.*, 2009, p. 139.

SANNA A., *L'eclissi della legalità nel rito negoziale: limiti al ricorso per Cassazione nel disegno di riforma all'esame del Parlamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 925.

SANNA A., *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1262.

SANNA A., *Le coordinate del patteggiamento allargato secondo le Sezioni Unite*, in *Giust. pen.*, 2007, c. 463.

SANTALUCIA G., *I limiti alla revisione per nuove prove della sentenza di patteggiamento*, *Cass. pen.*, 2007, p. 2729 .

SANTANA VEGA D.M., *Principio de oportunidad y sistema penal*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1994, p. 105.

SANTOS MARTÍNEZ A.M., *El proceso por aceptación de decreto*, in *AA.Vv., El nuovo proceso penal tras las reformas de 2015*, diretto da J. Alonso-Cuevillas Sayrol, Barcelona, 2015, p. 315.

SATZER H., *Die notwendige Verteidigung bei Prozessabsprachen*, in *Juristische Ausbildung*, 2016, p. 327.

SAU S., *Il procedimento in camera di consiglio ex art. 599 4 comma c.p.p. dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *Il giust. proc.*, 1991, pp. 352.

SAUER D. –MÜNKEL S., *Absprachen im Strafprozess*, Hamburg, 2014.

SAUER D., *Konsensuale Verfahrensweisen im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, Heidelberg, 2008.

SBRICCOLI M., *Giustizia criminale*, in *ID., Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, 2009, pp. 4 ss.

- SBRICCOLI M., *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, 2009, p. 1237.
- SBRICCOLI M., *La triade, la bandeau, la genou. Droit et procès pénal dans les allégories de la Justice du Moyen Âge à l'âge moderne*, in *Crime, Histoire & Sociétés*, 2005, pp. 33.
- SCALFATI A., "Considerazioni inattuali" sulla Suprema Corte, in *Proc. pen. giust.*, 2013, n. 1, p. 1.
- SCARCELLA A., *Patteggiare una pena e non poterla appella non viola il diritto dell'imputato ad un processo equo*, in www.ilquotidianogiuridico.it.
- SCELLA A., *Il patteggiamento "allargato" nel quadro della programmata espansione della giustizia negoziale*, in AA.VV., *Patteggiamento "allargato" e giustizia penale*, a cura di F. Peroni, Torino, 2004, pp. 3 ss.
- SCELLA A., *Inflazione dei ricorsi e perdita di autorevolezza della Corte suprema: quali riforme per il giudizio penale di cassazione?*, in *Proc. pen. giust.*, n. 6, 2012, p. 1 s.
- SCHARF M.P., *Trading Justice for Efficiency: Plea-Bargaining and International Tribunals*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2004, pp. 1070 ss.
- SCHEINFELD J., *Zur Verfassungsgemäßheit der Verständigung im Strafverfahren*, in *ZJS*, 2013, p. 296.
- SCHEMMELE A. - CORELLI C. - RICHTER N., *Plea Bargaining in Criminal Proceedings: Changes to Criminal Defense Counsel Practice as a Result of the German Constitutional Court Verdict of 19 March 2013?*, in *German Law Journal*, 2014, n. 1, Special Issue - Plea Bargains in Germany, pp. 43 ss.
- SCHLOSSER H., *Die "Leopoldina"*, Berlin-New York, 2010.
- SCHLOTHAUER R. - WEIDER H.-J., *Das »Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren« vom 3. August 2009*, in *StV*, 2009, p. 600.
- SCHLOTHAUER R., sub §160b StPO, in M. NIEMÖLLER - R. SCHLOTHAUER - H.J. WEIDER, *Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren. Kommentar*, München, 2010, p. 33.
- SCHLOTHAUER R., sub §202a StPO, in M. NIEMÖLLER - R. SCHLOTHAUER - H.J. WEIDER, *Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren. Kommentar*, München, 2010, p. 43.
- SCHMIDHAUSER E., *Freikaufverfahren mit Strafcharakter im Strafprozess*, in *JuristenZeitung*, 1973, p. 529.
- SCHMIDT-HIEBER W., *Verständigung im Strafverfahren: Möglichkeiten und Grenzen für die Beteiligten in den Verfahrensabschnitten*, München, 1986.
- SCHMIDT-HIEBER W., *Absprachen im Strafprozeß - Privileg des Wohlstandskriminellen?*, in *NJW*, 1990, pp. 1884.
- SCHMIDT-HIEBER W., *Der strafprozessuale »Vergleich« - eine illegale Kungelei?*, in *StV*, p. 1986, p. 355.
- SCHMIDT-HIEBER W., *Vereinbarungen im Strafverfahren*, in *NJW*, 1982, p. 1020.
- SCHMIDT-HIEBER W., *Verständigung im Strafverfahren*, in AA.VV., *Absprachen im Strafprozeß - ein Handel mit der Gerechtigkeit?*, Stuttgart, 1987, pp. 50.
- SCHOETTL J.-É., *La réforme de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ou le retour du "plaider coupable" devant le Conseil constitutionnel*, in *Gaz. Pal.*, 2005, p. 6.
- SCHUMANN K.F., *Der Handel mit Gerechtigkeit*, 1977.
- SCHÜNEMANN B. - HAUER J., *Absprachen im Strafverfahren - Zentrale Probleme einer künftigen gesetzlichen Regelung*, in *AnwBl*, 2006, p. 440.

- SCHÜNEMANN B., *¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?*, in ID., *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid, 2002, p. 294.
- SCHÜNEMANN B., *Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen*, München, 1990.
- SCHÜNEMANN B., *Bundesrechtsanwaltskammer auf Abwegen*, in ZRP, 2006, p. 63.
- SCHÜNEMANN B., *Die Absprachen im Strafverfahren – Von ihrer Gesetz- und Verfassungswidrigkeit, von der ihren Versuchungen erliegenden Praxis und vom dogmatisch gescheiterten Versuch des 4. Strafsenats des BGH, sie im geltenden Strafprozeßrecht zu verankern*, in AA.VV., *Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag am 4. Juni 2002*, Berlin, 2002, p. 526.
- SCHÜNEMANN B., *Die informellen Absprachen als Überlebenskrise des deutschen Strafverfahrens*, in *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, 1992, p. 367.
- SCHÜNEMANN B., *Die Urteilsabsprachen im Strafprozess – ewige Wiederkehr des Gleichen?*, in AA.VV., *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension.: Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, Berlin, 2013, p. 1107.
- SCHÜNEMANN B., *Die Verständigung im Strafprozeß – Wunderwaffe oder Bankrotterklärung der Verteidigung?*, in NJW, 1989, p. 494.
- SCHÜNEMANN B., *Die Zukunft des Strafverfahrens – Abschied vom Rechtsstaat?*, in ZStW, 2007, p. 945.
- SCHÜNEMANN B., *Ein deutsches Requiem auf den Strafprozess des liberalen Rechtsstaats*, in ZRP, 2009, p. 104.
- SCHÜNEMANN B., *Ein Linsengericht zum Tausch für den Strafprozeß von 1877?*, in StraFo, 2004, p. 293.
- SCHÜNEMANN B., *Informelle Absprachen und Vertrauensschutz im Strafverfahren*, in JZ, 1989, p. 984.
- SCHÜNEMANN B., *La reforma del Proceso Penal*, Madrid, 2008.
- SCHÜNEMANN B., *Prozeßrechtliche Vorgaben für die Kommunikation im Strafprozeß*, in AA.VV., *Absprachen im Strafprozeß – ein Handel mit der Gerechtigkeit?*, Stuttgart, 1987, pp. 24.
- SCHÜNEMANN B., *Risse im Fundament, Flammen im Gebälk: Die Strafprozessordnung nach 130 Jahren*, in ZIS, 2009, p. 484.
- SCHÜNEMANN B., *Strafprozessuale Absprachen in Deutschland – Der Rechtsstaat auf dem Weg in die „Bananenrepublik“?*, Regensburg, 2005.
- SCHÜNEMANN B., *Wetterzeichen einer untergehenden Strafprozeßkultur? Wider die falsche Prophetie des Absprachenelysiums*, in StV, 1993, p. 657.
- SCHÜNEMANN B., *Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur: Die Urteilsabsprachen im Strafprozess als Abgesang auf die Gesetzesbindung der Justiz und den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung*, Berlin, 2005.
- SCHÜNEMANN B., *Wohin treibt der deutsche Strafprozeß?*, in ZStW, 2002, p. 1.
- SCHÜNEMANN B., *Zur Entstehung des deutschen „plea bargaining“*, in AA.VV., *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*, München, 2005, p. 1177.

- SCHÜNEMANN B., *Zur Kritik des amerikanischen Strafprozessmodells*, in AA.VV., *Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008*, Berlin, 2008, p. 555.
- SCHWANDER D., *Plea Bargaining als "abgekürztes Verfahren" im Entwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung*, in *Schweizerische Juristenzeitung*, 2007, p. 142.
- SCOTT R.E. -STUNZ W.J., *Plea bargaining as Contract*, in *Yale Law Journal*, 1992, p. 1909.
- SECHI P., *Sul dissenso del pubblico ministero all'applicazione della pena su richiesta*, in *Giur. it.*, 1990, II, c. 276.
- SEHER G., *Anmerkung*, in *JZ*, p. 634.
- SEILER S., *Strafprozessrecht*, 15^a ed, Wien, 2016.
- SEURIN M., *Le point de vue du magistrat du parquet*, in *Le plaider coupable. Journée d'études organisée par la Société Générale des Prisons et de Législation Criminelle (15 novembre 2004)*, in *RPDP*, 2005, p. 383.
- SIAGURA A.M., *La negoziabilità della pena. Esperienze giuridiche a confronto*, Padova, 2015.
- SIGMAN S.M., *An Analysis of Rule 11 Plea Bargain Options*, in *The University of Chicago Law Review*, 1999, p. 1317.
- SIMONNOT D., *Des magistrats contre une «justice marchandisée»*, in www.liberation.fr.
- SOFFERLING C. - HOVEN E., *Foreword: Plea Bargaining in Germany after the Decision of the Federal Constitutional Court*, in *German Law Journal*, 2014, n.1, *Special Issue – Plea Bargains in Germany*, p. 2.
- SOMMA E., *Giudizio abbreviato*, AA.VV., *I procedimenti speciali*, a cura di A.A. Dalia, Napoli, 1989, p. 69.
- SOMMA E., *L'organizzazione del pubblico ministero: rapporti nell'ufficio e tra gli uffici*, in AA.VV., *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Milano, 2006, p. 284.
- SOTTANI S., *Osservazioni critiche sul nuovo patteggiamento*, in AA.VV., *I giudizi semplificati*, coordinato da A.Gaito, Padova, 1989, p. 119.
- SOYER R., *Der Vergleich im gerichtlichen (Finanz-)Strafverfahren aus der Sicht des Verteidigers*, in AA.VV., *Finanzstrafrecht 2002: Absprache /Vergleiche im Abgaben- und Finanzstrafrecht*, a cura di R. Leitner, Wien, 2003, p. 73.
- SOYER R., *Ermittlungsrecht und Ausschließung eines Verteidigers*, in *AnwBl*, 1991, p. 71.
- SPAGNOLO P. - BELLUTA H - BONINI V., *Commento alle nuove norme in materia di tutela della vittima del reato*, in www.lalegislazionepenale.eu, 4 luglio 2016.
- SPAGNOLO P., *Gli epiloghi processuali della "particolare tenuità del fatto"*, in AA.VV., *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di S. Quattrocchio, Torino, 2015, p. 65.
- SPAGNOLO P., *Note minime in tema di giudizio abbreviato condizionato: prova necessaria, legalità della pena, oneri dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 368.
- SPANGHER G. -MARANDOLA A., *Concordato in appello: basta equivoci*, in www.ilpenalista.it.
- SPANGHER G., *Il concordato sui motivi e sulla pena nel giudizio di appello*, in *Studium iuris*, 1996, p. 432.
- SPANGHER G., *Il giudice per le indagini preliminari ed i procedimenti speciali*, in AA.VV., *Il giudice per le indagini preliminari dopo cinque anni di sperimentazione*, Milano, 1996, p. 100.
- SPANGHER G., *Il patteggiamento "allargato"*, in *Studium iuris*, 2003, p. 1125.

- SPANGHER G., *Intervento*, in Aa.Vv., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, Milano, 2014, p. 214.
- SPANGHER G., *La pratica del processo penale*, vol. I, Padova, 2012.
- SPANGHER G., *La riforma Orlando della giustizia penale. Prime riflessioni*, in AA.VV., *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, a cura di G. Spangher, Pisa, 2017, p. 11.
- SPANGHER G., *Riscopre le sue origini il concordato sui motivi d'appello*, in *Studium iuris*, 1999, p. 225.
- SPANGHER G., *Storia di un istituto negletto: le alterne sorti del "patteggiamento in appello"*, in AA.VV., *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, a cura di S. Lorusso, Padova, 2008, p. 163.
- SPANGHER G., *Sulla forma della decisione del giudice di appello ai sensi dell'art. 599 comma 4 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 150.
- SPANGHER G., *Verso un processo di parti*, in *Studium Iuris*, 2002, p. 469.
- SPENLING A., *Die Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche im Strafverfahren*, AA.VV., *Vorarlberger Tage 2007 Fortbildungsveranstaltung aus Strafrecht*, Wien-Graz, 2008, p. 113.
- SPIERENBURG P., *The spectacle of suffering. Executions and the evolution of repression: from a preindustrial metropolis to the European experience*, Cambridge, 1984.
- STAMP F., *Die Wahrheit im Strafverfahren*, Baden-Baden, 1998.
- STAUFER A. - RUHRI G., *Verständigungen im Strafverfahren. Betrachtungen de lege ferenda*, in AA.VV., 38. Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie 24. bis 26. Februar 2010, Wien-Graz, 2010, p. 61.
- STEELE T.T., *Constitutional Law--Guilty Pleas--A New "Voluntariness" Standard?*, in *Tulane Law Review*, 1971, p. 1056.
- STUCKENBERG C.-F., *Entscheidungsbesprechung zur Verfassungsmäßigkeit der Verständigung im Strafverfahren*, in *ZIS*, 2013, p. 212.
- STUCKENBERG C.F., sub 257c StPO, in LÖWE - ROSENBERG, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: StPO*, 26^a ed., vol. 6, t. 2, §§ 256-295, Berlin, 2013, p. 54.
- STURIALE P., *Il patteggiamento nelle recenti sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. merito*, 1991, IV, p. 206.
- ŠUGMAN-STUBBS K., *Anomalije pri uporabi instituta pogajanj o priznanju krivde v slovenskem kazenskem postopku*, in *Pravna Praksa*, 2015, p. I.
- ŠUGMAN-STUBBS K., *Priznanje krivde: kaj sploh še dela sodišče*, in *Podjetje in delo*, 2015, pp. 1179.
- SWENSON T., *The German "Plea Bargaining" Debate*, in *Pace International Law Review*, 1995, p. 373.
- TAK P., *Procédures simplifiées*, in AA.VV., *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris, 2006, p. 934.
- TALEB A., *La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité: une clarification législative née du pragmatisme jurisprudentiel*, in *RPDP*, 2010, p. 43.
- TALEB A., *Le «plaider coupable» français: quel avenir pour l'audience de jugement ?*, in AA.VV., *Was wird aus der Hauptverhandlung? Quel avenir pour l'audience de jugement?*, Bonn, 2014, p. 221.
- TALEB A., *Le point sur la CRPC dans l'avant-projet portant réforme de la procédure pénale: La révolution annoncée aura-t-elle lieu?*, in *Procédures*, aprile 2011.

- TANON L., *Histoire des justices des anciennes églises et communautés monastiques de Paris*, Paris, 1883.
- TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992.
- TARUFFO M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009.
- TEETER D., *A Contracts Analysis of Waivers of the Right to Appeal in Criminal Plea Bargains*, in *The University of Kansas Law Review*, 2005, p. 727.
- TESTAGUZZA A., *Il patteggiamento*, in, A. MARANDOLA – K. LA REGINA – R. APRATI (a cura di), *Verso un processo penale accelerato, Riflessioni intorno alla l. 67/2014 al d. lgs. 28/2015 e al d.l. 2798/2014*, Napoli, 2015, p. 114.
- TESTEN A., *Neformalna pogajanja o priznanju krivde: pregled sodne prakse*, in *Podjetje in delo*, 2015, pp. 1144.
- THAMAN S.C., *A Typology of Consensual Criminal Procedures: An Historical and Comparative Perspective on the Theory and Practice of Avoiding the Full Criminal Trial*, in AA.VV., *World Plea Bargaining. Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, a cura di S.C. Thaman, Durham, 2010, p. 298.
- THAMAN S.C., *Comparative Criminal Procedure: A Casebook Approach*, 2^a ed, Durham, 2008.
- THAMAN S.C., *L'autocondamnation dans la procédure pénale: la dialectique entre l'aveu et la reconnaissance de culpabilité*, in AA.VV., *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris, 2006, pp. 939 ss.
- THAMAN S.C., *Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal Cases*, in AA.VV., *General Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law – Rapports généraux du XVII^e Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé*, a cura di K. Boele Woelki-S. Van Erp, Bruxelles-Utrecht, 2007, p. 951.
- THAMAN S.C., *The Penal Order: Prosecutorial Sentencing as a Model for Criminal Justice Reform?*, in AA.VV., *The Prosecutor in Transnational Perspective*, Oxford, 2012, p. 158.
- TIEGER A. - SHIN M., *Plea Agreements in the ICTY: Purpose, Effects and Propriety*, *Journal of International Criminal Justice*, 2005, pp. 666 ss.
- TIPOLD A. - WESS N., „Absprachen im Strafverfahren“ – ein Mittel zur Beschleunigung im Strafverfahren?, in AA.VV., *Beschleunigung von Zivil- und Strafverfahren. Zwischen Richtigkeitsgewähr, Fairness und Effizienz*, a cura di M. Neumayr, Wien, 2014, p. 142.
- TIPOLD A., *Absprachen im Strafprozeß*, in *Archivum Iuridicum Cracoviense*, 2000, p. 170
- TODARO G., *Giudizio abbreviato condizionato, impossibilità sopravvenuta dell'integrazione probatoria, giusto processo*, *Cass. pen.*, 2013, p. 4277.
- TONINI P., *Giudizio abbreviato e patteggiamento a vent'anni dalla riforma del 1988*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, pp. 649.
- TONINI P., *I riti di impronta angloamericana: patteggiamento e giudizio abbreviato*, in AA.VV., *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, Milano, 2012, p. 275.
- TONINI P., *L'applicazione di sanzioni sostitutive su richiesta dell'imputato*, in *Foro it.*, 1982, V, c. 208.
- TONINI P., *Manuale di procedura penale*, 18^a ed., Milano, 2017.
- TONINI P., *Patteggiamento, come si cambia. Presupposti, ambito e limiti del rito ex articolo 444 Cpp*, in *D&G* (27) 2003, p. 8.

- TRANCHINA G., «*Patteggiamento*» e principi costituzionali: una convivenza piuttosto difficile, in *Foro. it.*, 1990, I, c. 2394.
- TRATNIK ZAGORAC A., *Pogajanja o priznanju krivde v kazenskem postopku*, Lubljana, 2014.
- TRATNIK ZAGORAC A., *Problematicno skrajševanje kazenskih postopkov in nekatere druge predlagane spremembe v noveli ZKP-K*, in *Pravna Praksa*, n. 30-31, 2012, p. II.
- TRENTMANN C., § 153a StPO und das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung - Zum Vorwurf der Irrationalität und Paradoxie von Verfahrenseinstellungen gegen Geldauflage anlässlich des Falls Edathy, in *ZStW*, 2016, p. 446.
- TREVISSON LUPACCHINI T., *Natura della sentenza che applica la pena su richiesta delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 1109.
- TREVISSON LUPACCHINI T., *Sui poteri del giudice nell'appello con rito camerale instaurato a seguito di accordo delle parti*, in *Giur. it.*, 1991, II, c. 253.
- TRIGGIANI N., *Poteri del giudice e controlli nella messa alla prova degli adulti*, in *Proc. pen. giust.*, 1, 2016, p. 137.
- TRÜG G., *Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen im deutschen und US-amerikanischen Strafverfahren*, Tübingen, 2003.
- TSUJIMOTO N., *Eine inhaltliche Analyse der Verständigung im deutschen Strafprozess aus der Perspektive eines Außenstehenden*, in *ZIS*, 2012, p. 613.
- TULKENS F. - VAN DE KERCHOVE M., *La justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée?*, in AA.VV., *Droit Négocié, Droit Imposé?*, diretto da P. Gérard-F. Ost-M. van de Kerchove, Bruxelles, 1996, pp. 529.
- TULKENS F., *La justice négociée*, in AA.VV., *Procédures pénales d'Europe*, diretto da M. Delmas-Marty, Paris, 1995, p. 551.
- TULKENS F., *Negotiated justice*, in AA.VV., *European Criminal Procedures*, a cura di M. Delmas-Marty - J.R. Spencer, Cambridge, 2005, p. 642.
- TULKENS F., *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*, a cura di M. Chiavario, 2^a ed., Padova, 2001, p. 626.
- TURNER J., *Judicial Participation in Plea Negotiations: A Comparative View*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2006, p. 235.
- TURNER J.I. - WEIGEND T., *Negotiated Justice*, in AA.VV., *International Criminal Procedure: Principles and Rules*, a cura di G. Sluiter-H. Friman-S. Linton-S. Vasiliev-S. Zappalà, Oxford, 2013, pp. 1376 ss.
- TURNER J.I., *Plea bargaining across borders*, Aspen, 2009.
- UBERTIS G., *La richiesta di sanzioni sostitutive da parte dell'imputato: funzioni ed effetti*, in *Cass. pen.*, 1985, p. 656.
- UBERTIS G., *Obbligatorietà dell'azione e diversione nel sistema penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1494.
- UBERTIS G., *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015.
- UBERTIS G., *Riconciliazione, processo e mediazione in ambito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1321.
- UBERTIS G., *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in *Arch. pen.*, 2015, p. 726.

- URIARTE VALIENTE L.M., *La conformidad en el proceso penal abreviado tra la Reforma de 24 de octubre de 2002*, in *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2003, p. 1921.
- VAN DE KERCHOVE M., *Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle?*, in AA.VV., *La contractualisation de la production normative*, diretto da S. Chassagnard-Pinet – D.Hiez, p. 189.
- VAN DE KERCHOVE M., *Éclatement et recomposition du droit pénal*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2000, p. 6.
- VAN DE KERCHOVE M., *La justice restauratrice au cœur du conflit des paradigmes de la peine*, in *Histoire de la justice*, 2015, n. 1, p. 123.
- VAN DE KERCHOVE M., *La privatisation partielle du droit pénal, refoulement de la dimension politique du droit?*, in AA. VV., *Le droit, figure du politique. Études offertes au professeur Michel Miaille*, a cura di J.-L. Autin e L. Weil, Montpellier, 2008, pp. 561 ss.
- VAN DER HEIJEN M., *Women and Crime in Early Modern Holland*, Leiden-Boston, 2016.
- VAN DER LINDEN J., *Institutes of the Laws of Holland*, London, 1828.
- VANSILIETTE F., *Le plaider coupable ou coupable de plaider?*, in D. HOLZAPFEL-D. RIBANT-VANSILIETTE F., *La loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice. La réforme pot-pourri II: la sécurité juridique sacrifiée sur l'autel de l'efficacité*, Waterloo, 2016, p. 82.
- VARELA CASTRO L., *Para una reflexión sobre el régimen de la conformidad en el procedimiento abreviado*, in *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1992, p. 219.
- VARRASO G., *Il procedimento davanti al giudice di pace*, Milano, 2006.
- VASSALLI G., *La giustizia penale statunitense e la riforma del processo penale italiano*, in Aa.Vv., *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di E. Amodio e M.c. Bassiouni, Milano, 1988, p. 251.
- VENTURA LEITE R., *Justiça consensual e efetividade do processo penal*, Belo Horizonte, 2013.
- VENTZKE K.-U., *Unheil oder Paradigmenwechsel? Erste Anmerkungen zu einem "Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafoerfahrens"*, in *HRRS*, 2004, p. 246.
- VERRI P., *Opere filosofiche e di economia politica*, Milano, 1835.
- VESSICHELLI M., *Prova insufficiente o incompleta e proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 473.
- VICOLI D., *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost: un tentativo di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 273.
- VIENNOT C., *Le procès pénal accéléré. Etude des transformations du jugement pénal*, Paris, 2012.
- VIGIL LEVI J., *La institución de la conformidad en el proceso penal español*, in *Julgar online*, 2013.
- VIGONI D., *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in AA.VV., *I procedimenti speciali in materia penale*, a cura di M. Pisani, 2ª ed., Milano, 2003, pp. 118 ss.
- VIGONI D., *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, Milano, 2000.
- VIGONI D., *La prova di resistenza del «patteggiamento» nei percorsi costituzionali*, in Aa.Vv., *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Conso, Napoli, 2006, p. 793.
- VIGONI D., *Nuovo articolo 444 Cpp, privilegiati i "premi" a scapito delle vittime*, in *Dir. giust.*, 2002, 31, p. 20.

VIGONI D., *Patteggiamento "allargato": riflessi sul sistema e sull'identità della sentenza*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 710.

VIGONI D., voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, p. 20.

VIRGILIO A., *Il tentativo di conciliazione nel nuovo codice*, in *Giust. pen.*, 1990, III, c. 78.

VITTORINI G.S., *La richiesta di patteggiamento come espressione di un "nolo contendere"*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 107.

VOLFF J., *L'ordonnance pénale en matière correctionnelle*, in *Recueil Dalloz*, 2003, p. 2777.

VOLFF J., *La composition pénale: un essai manqué!*, in *Gaz. Pal.*, 26-28 mars 2000, p. 2.

VOLFF J., *La privatisation rampante de l'action publique*, in *La Semaine Juridique - Edition générale*, 30 giugno 2004, n° 27, p. 146.

VOLFF J., *La privatisation rampante de l'action publique*, in *La Semaine Juridique - Edition générale*, 30 giugno 2004, n° 27, p. 146.

VOLFF J., *Un coup pour rien! L'injonction pénale et le Conseil constitutionnel*, in *Recueil Dalloz*, 1995, p. 201.

VRIEND K., *Avoiding a Full Criminal Trial. Fair Trial Rights, Diversions and Shortcuts in Dutch and International Criminal Proceedings*, Berlin, 2016.

WALTOŚ S., *Settlements in Criminal Procedures in Europe: an Attempt of Synthesis*, in *Archivum Iuridicum Cracoviense*, 2000, p. 6.

WEICHBRODT C., *Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen*, Berlin, 2006.

WEICHBRODT K., *Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen: zugleich ein Beitrag zur Reformdiskussion unter besonderer Berücksichtigung der italienischen Regelung einvernehmlicher Verfahrensbeendigung*, Berlin, 2006.

WEIDER H.J., *Teil C Rechtsmittel*, in M. NIEMÖLLER – R. SCHLOTHAUER – H.J. WEIDER, *Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren. Kommentar*, München, 2010, pp. 197.

WEIGEND T. –TURNER J.I., *The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments in Germany*, in *German Law Journal*, 2014, n. 1, Special Issue – Plea Bargains in Germany, p. 81.

WEIGEND T., *Abgesprochene Gerechtigkeit - Effizienz durch Kooperation im Strafverfahren? -*, in *JZ*, 1990, p. 774.

WEIGEND T., *Absprachen in ausländischen Strafverfahren. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu konsensualen Elementen im Strafprozeß*, Freiburg, 1990

WEIGEND T., *Anklagepflicht und Ermessen*, Baden -Baden, 1978.

WEIGEND T., *Anmerkung*, in *StV*, 2013, p. 424.

WEIGEND T., *Continental Cures for American Ailments: European Criminal Procedure as a Model for Law Reform*, in *Crime and Justice*, 1980, p. 381 ss.

WEIGEND T., *Deliktsoffer und Strafverfahren*, Berlin, 1989.

WEIGEND T., *Der BGH vor der Herausforderung der Absprachepraxis*, in AA.VV., *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, Vol. IV, *Strafrecht – Strafprozeßrecht*, a cura di C. Roxin – G. Widmaier, München, 2000, p. 1011.

WEIGEND T., *Die Reform des Strafverfahrens. Europäische und deutsche Tendenzen und Probleme*, in *ZStW*, 1992, p. 493.

WEIGEND T., *Eine Prozessordnung für abgesprochene Urteile? Anmerkungen zu den Entscheidungen BGHSt 43, 195 und BGH*, in *NZtZ*, 1999, p. 57.

- WEIGEND T., *In Germany, Fines Often Imposed in Lieu of Prosecution*, in AA.VV., *Intermediate Sanctions in Overcrowded Times*, a cura di M. Tonry – K. Hamilton, Boston, 1995, p. 50.
- WEIGEND T., *Neues zur Verständigung im deutschen Strafverfahren?*, in AA.VV., *Was wird aus der Hauptverhandlung? Quel avenir pour l'audience de jugement?*, Bonn, 2014, p. 210.
- WEIGEND T., *Should We Search for the Truth, and Who Should Do it*, in *North Carolina Journal of International Law*, 2011, p. 395.
- WEIGEND T., *The Decay of the Inquisitorial Ideal: Plea Bargaining Invades German Criminal Procedure*, in *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context. Essays in honour of Professor Mirjan Damaška*, a cura di J. Jackson – M. Langer – P. Tillers, Oxford – Portland, 2008, p. 43.
- WEIGEND T., *Why have a Trial when you can have a Bargain?*, in AA.VV., *The trial on trial*, vol. II, a cura di A. Duff-L. Farmer-S. Marshall-V. Tadros, 2006, p. 213.
- WENSKÉ M., *Anmerkung zum Beschluss des OLG Naumburg vom 04.12.2013, Az.: 2 Ss 151/13 (Notwendige Verteidigung bei Verständigung)*, in *NStZ*, 2014, p. 117.
- WENSKÉ M., *Die Verständigung in Strafsachen und die Rechtsmittel der Strafprozessordnung*, in AA. VV., *Praxishandbuch zur Verständigung im Strafverfahren*, a cura di A. Sinn – C. Schöfling, Berlin, 2017, p. 239.
- WEßLAU E., *Absprachen in Strafverfahren*, in *ZStW*, 2004, p. 152 ss.
- WEßLAU E., *Das Konsensprinzip im Strafverfahren: Leitidee für eine Gesamtreform?*, Baden-Baden, 2002.
- WEßLAU E., *Konsensprinzip als Leitidee des Strafverfahrens*, in *StrafoverteidigerForum*, 2007, p. 1.
- WEßLAU E., *Strategische Planspiele oder konzeptionelle Neuausrichtung? Zur aktuellen Kontroverse um eine gesetzliche Regelung der Absprache*, in AA.VV., *Festschrift für Egon Müller*, a cura di H. Jung – B. Luxenburger – E. Wahle, Baden-Baden, 2008, p. 779.
- WHITMAN J.Q., *La justice française vers une americanisation?*, in www.liberation.fr.
- WIDMAIER G., *Die Urteilsabsprache im Strafprozeß – ein Zukunftsmodell?*, in *NJW*, 2005, p. 1985.
- WIGEND T., *Verständigung in der Strafprozessordnung - auf dem Weg zu einem neuen Verfahrensmodell*, in AA.VV., *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Berlin, 2010, p. 829.
- ZACCARIA F., *L'abrogazione del "patteggiamento in appello": questioni passate e scenari futuri*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2009, p. 501 .
- ZACCHÉ F., *Il giudizio abbreviato*, Milano, 2004, pp. 17.
- ZACHARIAS F.C., *Justice in plea bargaining*, in *William & Mary Law Review*, 1998, p. 1122.
- ZAGREBELSKY G., *Il «crucifige!» e la democrazia*, Torino, 1995.
- ZAGREBELSKY V., *Stabilire le priorità nell'esercizio obbligatorio della azione penale*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, Milano, 1994, p. 104.
- ZEHR H., *Changing Lenses. A New Focus on Crime and Justice*, Scottsdale, 1990.
- ZEHR H., *Retributive Justice, Restorative justice*, in *New Perspectives on Crime and Justice, Occasional Paper of the MCC Canada Victim Offender Ministries Programs and the MCC U.S. Office of Criminal Justice*, (4) 1985.
- ZITTA R., *Rechtsgeschäfte im Strafprozeß*, in ID., *Unser Strafprozeß*, Wien, 1987, p. 180.

ZORZI A., *L'egemonia del penale in Mario Sbriccoli*, AA.VV., *Penale Giustizia Potere. Per ricordare Mario Sbriccoli*, a cura di L. Lacchè-C. Latini-P. Marchetti-N. Meccarelli, Macerata, 2007, pp. 155 ss.

ZORZI A., *Negoziazione penale, legittimazione giuridica e poteri urbani nell'Italia comunale*, in AA.VV., *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna*, a cura di M. Bellabarba-G. Schwerhoff-A. Zorzi, Bologna, 2001, pp. 13 ss.

ZUCKER A., *Aprise und Mal enquête, ein Beitrage zur Feststellung der historischen Basis der modernen Voruntersuchung*, Wien, 1887.

ZULIANI D., *La riforma penale di Pietro Leopoldo*, vol. II, Milano, 1995.

SINTESI - ABSTRACT

Assistiamo oggi a una vera e propria esplosione della giustizia penale negoziata a livello mondiale.

Stati appartenenti alle più disparate tradizioni giuridiche si trovano accomunati dalla presenza nei loro sistemi processuali di varie forme di meccanismi processuali fondati su contrattazioni e accordi tra individuo e autorità, idonei a far terminare in modo concertato un procedimento penale.

La piccola e grande Europa rappresentano due delle regioni in cui, negli ultimi decenni, tale fenomeno si è espanso in modo più massiccio.

Dagli anni Settanta, infatti, un numero sempre maggiore di Paesi continentali ha introdotto diversi meccanismi di giustizia contrattata, considerandoli strumenti più efficaci per tentare di diminuire il carico giudiziario sempre più pressante a cui si sono visti sottoposti.

In alcuni casi, peraltro, non è stato il legislatore, ma la prassi a creare in via pretoria istituti fondati su discussioni e accordi tra soggetti del procedimento, finalizzati a consentirne una definizione più rapida.

Sembra, in sostanza, che siano realmente pochi gli ordinamenti europei che ancora riescono a resistere sia alla negoziabilità formale, sia a quella informale.

Il lavoro intende studiare questo articolato tema in una prospettiva diacronica e sincronica.

In particolare, la prima parte è finalizzata a dimostrare come la presenza di un'eterogenea serie di meccanismi contrattati negli ordinamenti di stampo romano-germanico non rappresenti affatto una novità, quanto piuttosto soltanto un ritorno a un passato, che era stato spazzato via dal paradigma dello Stato centrale autoritario.

Per tutto il Medioevo e fino all'epoca degli antichi regimi la negoziabilità ha fatto parte integrante di molti sistemi processuali continentali, subendo solo in tempi più recenti un netto ridimensionamento.

La giustizia penale negoziata pare essere entrata definitivamente in crisi tra Settecento e Ottocento, come testimoniato dal fatto che in diversi codici di tale periodo sono contenuti veri e propri divieti di contrattazioni in ambito penale.

Ciò, peraltro, non significa che ogni forma di "consensualismo penale" sia di colpo sparita, ma piuttosto che l'area di operatività degli istituti fondati sulla volontà del prevenuto è stata ridotta alla criminalità più lieve.

Dopo il secondo conflitto mondiale questo trend si è poi nettamente invertito per diversi ordini di ragioni, tra cui di certo vi è una certa influenza culturale del modello socio-politico di riferimento, costituito dalla giustizia penale americana, ma anche dalla particolare apertura che organizzazioni quali il Consiglio d'Europa hanno dimostrato nei confronti di queste tematiche.

È noto, infatti, come sia stata proprio la Raccomandazione R (87) 18 del Comitato dei Ministri a esortare gli Stati della grande Europa a codificare

un'eterogenea serie di meccanismi dispositivi, al fine di riuscire a far terminare in modo più sollecito i procedimenti penali.

Ebbene, tale atto ha avuto grande successo, perché strumenti processuali del genere di quelli *ivi* suggeriti si sono via via diffusi in sempre più Paesi europei.

Preso atto di questa evoluzione diacronica, il lavoro si dedica poi a tentare di distinguere la tematica della giustizia penale negoziata da altre contigue, quali, ad esempio, la *restorative justice*. Mentre infatti vi sono diverse definizioni normative della giustizia riparativa, al contrario, la *negotiated justice* è un concetto di matrice puramente dottrinale e dai contorni assai sfuggenti, posto che neppure gli studiosi hanno un'opinione unanime circa la sua effettiva area di estensione. La tesi che, peraltro, sembra più convincente è quella che tende a separare nettamente tali diverse forme di "consensualismo penale" sulla base della loro *ratio*: mentre, infatti, uno degli scopi principali della giustizia riparativa è quello di ricostruire il legame violato tra reo e vittima, al contrario, gli obiettivi di quella negoziata sono meramente utilitaristici, volti a consentire allo Stato di ottenere un prezioso effetto deflativo.

L'apparato terminologico e concettuale così costruito risulta il presupposto indispensabile per lo sviluppo della seconda parte del lavoro, che si concentra sullo studio di alcuni tra i più significativi modelli europei di giustizia penale negoziata.

Il primo sistema giuridico approfondito è quello tedesco che, sin dal secondo dopoguerra, ha sviluppato diversi meccanismi negoziati operanti sia nel momento dell'esercizio dell'azione penale (§§153a; 154; 154a *StPO*), sia nella fase propriamente processuale.

L'istituto senz'altro più caratteristico di tale ordinamento sono le cosiddette *Absprachen*, ovvero una peculiare tipologia di accordi negoziati informali operanti nel dibattimento, spesso sulla base dello scambio tra una confessione e la promessa di un trattamento sanzionatorio più lieve. Si tratta di una forma di giustizia contrattata che presenta la peculiarità, per un verso, di essersi sviluppata per quasi quarant'anni solo in via pretoria, e, per un altro verso, di essere diretta dalla figura del giudice, che costituisce quindi il vero e proprio *dominus* delle trattative e degli accordi.

È solo con una legge del 2009 - di cui vengono analizzati genesi e contenuti - che questa tipologia di patti ha trovato una copertura normativa. Dal canto loro, peraltro, le forze politiche si sono limitate, per lo più, a codificare quanto già affermato dalle Supreme Corti nella loro cospicua giurisprudenza in materia.

Neppure la codificazione dell'istituto della *Verständigung* è riuscito però a porre un freno alla vocazione espansiva della giustizia negoziata tedesca: si sono, infatti sin da subito sviluppate tutta una serie di prassi *contra legem*, che hanno del tutto stravolto il meccanismo processuale *de quo*.

A questo punto, il lavoro si concentra sulla sentenza con la quale il *Bundesverfassungsgericht* nel 2013 ha richiamato tutti gli operatori del diritto a negoziare entro i limiti stabiliti dalla legge, pena una futura possibile dichiarazione di incostituzionalità delle intese negoziate.

Il secondo ordinamento giuridico studiato è quello austriaco, in cui, esattamente come è avvenuto in Germania, si sono diffuse in via pretoria alcune tipologie di *Absprachen* per certi versi simili a quelle tedesche. A differenza però di

quanto è avvenuto nel primo Paese, la massima giurisprudenza austriaca si è espressa in alcune sentenze contro tale prassi, in particolare poiché l'ha ritenuta confliggente con il principio di ricerca della verità materiale. La strada verso una codificazione in Austria di un istituto simile alle *Verständigungen* tedesche è, di conseguenza, diventata estremamente complicata, tanto che, fino a oggi, tutte le iniziative sul punto sono naufragate.

In terzo luogo, la ricerca si sofferma sul sistema processuale penale spagnolo, che contempla un meccanismo dispositivo con cui i prevenuti hanno potuto far terminare in modo anticipato una regiudicanda già dal XIX secolo. Ci si riferisce alla *conformidad* dell'accusato di cui viene fornita un'analisi a tutto tondo, dalla regolazione contenuta nella legge organica risalente all'Ottocento, alle più recenti proposte di modifica, contenute nei progetti di riforma complessivi della procedura penale spagnola del 2011 e del 2013. Un focus specifico viene posto su diverse iniziative (quali, ad esempio, il Protocollo sulla *conformidad* del 2009 e la cosiddetta *Agenda de Conformidades*) con cui gli operatori pratici del diritto spagnoli hanno tentato di regolare più nel dettaglio rispetto alla legge il loro modello di giustizia penale negoziata.

Il quarto ordinamento analizzato è quello francese, che, più di ogni altro, ha tentato di resistere alla possibilità di introdurre meccanismi processuali negoziati. In tale Paese, infatti, non è stata ostacolata tanto l'idea di consentire al prevenuto di accettare una proposta ferma del *parquet*, volta a offrirgli di concludere una sorta di contratto per adesione, avente a oggetto uno scambio tra un trattamento sanzionatorio più vantaggioso e un'ammissione di responsabilità, quanto piuttosto proprio la possibilità di ammettere che i pubblici ministeri potessero contrattare con l'accusato una sanzione. A ogni modo, dopo aver analizzato i più importanti istituti consensuali introdotti negli ultimi decenni in Francia, il cuore della ricerca è dedicata all'analisi di come, nonostante le forti opposizioni manifestate nel corso dei lavori preparatori che hanno portato nel 2004 alla creazione della *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, anche in tale Paese si siano sviluppate, in via del tutto informale, delle trattative sulla pena tra il *parquet* e il prevenuto, volte a ottimizzare gli effetti deflativi di tale istituto.

Nella terza parte del lavoro le esperienze di questi Stati vengono poste a confronto con il modello italiano di giustizia penale negoziata.

Ciò che emerge è che gli istituti contrattati italiani si distinguono nettamente da quelli degli altri Paesi europei.

Il Codice Vassalli, infatti, ha ritenuto opportuno favorire soprattutto l'applicazione della pena su richiesta delle parti con tutta una serie di benefici che sono normalmente estranei agli altri ordinamenti.

A ben vedere, però, tutti gli strumenti negoziati via via studiati risultano affetti da differenze più o meno macroscopiche, tanto che l'impressione che se ne ricava è che gli stessi abbiano in comune quasi solo gli irrinunciabili elementi delle trattative e dell'accordo tra soggetti del procedimento.

Da ultimo, dopo aver individuato nei *bargaining* informali e nelle interpretazioni *contra legem* dei meccanismi codificati il maggiore pericolo delle contrattazioni, la ricerca si sofferma sulle più rilevanti sentenze con cui la Corte di

Strasburgo ha avallato lo sviluppo della negoziabilità in Europa, nonché sulle significative aperture sul punto compiute anche dall'Unione europea.

È proprio la piccola Europa a poter rendere meno preoccupante quel quadro con molte ombre che emerge dal presente studio.

Ove le istituzioni eurounitarie cambiassero passo e approvassero un atto *ad hoc* (ex art. 82, par. 2, lett. b, TFUE) in materia di giustizia negoziata, potrebbero incanalare tale fenomeno in un senso più garantista, rimediando così, almeno in parte, a quella lesione silenziosa dei diritti fondamentali degli indagati e imputati che provoca in tutta Europa la vocazione espansiva della giustizia negoziata.