

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO ORIGINE E CIRCOLAZIONE DELLA GIUSTIZIA NEGOZIATA

| | |
|--|----|
| 1.1. Il patteggiamento nordamericano | 1 |
| 1.1.1. Genesi del <i>plea bargaining</i> | 6 |
| 1.1.2. La disciplina dell’istituto | 9 |
| 1.1.3. Benefici e taluni aspetti problematici | 13 |
| 1.2. Il patto sulla pena nel processo penale italiano | 18 |
| 1.2.1. La normativa <i>ex art.</i> 444 c.p.p. | 22 |
| 1.2.1.1. Il patteggiamento tradizionale..... | 25 |
| 1.2.1.2. Il patteggiamento allargato..... | 28 |
| 1.2.1.3. Profili comuni | 31 |
| 1.2.2. Divergenze rispetto al modello nordamericano | 34 |
| 1.2.3. Questioni di legittimità costituzionale | 35 |
| 1.3. La circolazione della giustizia negoziata nel processo tedesco | 40 |

CAPITOLO SECONDO IL PATTEGGIAMENTO NEI PROCEDIMENTI DINANZI AI TRIBUNALI PENALI INTERNAZIONALI

| | |
|--|----|
| 2.1. I Tribunali <i>ad hoc</i> | 48 |
| 2.1.1. Il Tribunale penale internazionale per l’ <i>ex</i> Jugoslavia | 51 |
| 2.1.2. Il Tribunale penale internazionale per il Ruanda..... | 56 |
| 2.1.3. Pragmatismo e benefici della negoziazione..... | 63 |
| 2.1.4. Vicende relative alla cooperazione dell’imputato | 66 |
| 2.1.5. Verità e riconciliazione..... | 70 |
| 2.2. La Corte penale internazionale..... | 74 |
| 2.2.1. Opportunità dell’utilizzo del <i>plea bargaining</i> | 81 |
| 2.2.2. L’innovazione dal lato della vittima | 86 |
| 2.3. In breve: i limiti della retribuzione “cieca” e i punti di forza del sistema di giustizia penale internazionale..... | 94 |

CAPITOLO TERZO
ALCUNE SOLUZIONI ALTERNATIVE DI GIUSTIZIA E LA
FORMULA DEI TRIBUNALI IBRIDI

| | |
|--|-----|
| 3.1. Le Commissioni per la verità e la riconciliazione | 97 |
| 3.1.1. Il caso sudafricano | 108 |
| 3.2. Le Corti <i>gacaca</i> in Ruanda..... | 113 |
| 3.3. I Tribunali ibridi | 125 |
| 3.3.1. La Corte speciale per la Sierra Leone..... | 137 |
| 3.3.2. L'alto Tribunale iracheno | 142 |
| 3.4. Il compromesso della formula ibrida..... | 147 |

CAPITOLO QUARTO
ANALISI DI DIRITTO SOSTANZIALE E PROPOSTE CONCLUSIVE

| | |
|---|-----|
| 4.1. L'istituto del patteggiamento e le teorie della pena..... | 151 |
| 4.1.1. Il patteggiamento e l'idea retributiva..... | 152 |
| 4.1.2. Il patteggiamento e la funzione preventiva..... | 165 |
| 4.1.2.1. Pena negoziata e prevenzione generale..... | 166 |
| 4.1.2.2. Pena negoziata e prevenzione speciale | 180 |
| 4.2. Il contributo della giustizia riparativa..... | 199 |
| 4.3. Il ruolo della vittima nella prospettiva del miglioramento dell'istituto..... | 215 |
| 4.3.1. L'ipotesi del ravvedimento del reo e del perdono della vittima | 226 |
| 4.3.2. La soluzione del patteggiamento condizionato..... | 241 |
| <i>Conclusioni</i> | 251 |
| <i>Bibliografia</i> | 259 |

CAPITOLO PRIMO
ORIGINE E CIRCOLAZIONE DELLA GIUSTIZIA NEGOZIATA

1.1. *Il patteggiamento nordamericano*

La giustizia negoziata è categoria generale che include il “patteggiamento” ed altre fattispecie limitrofe.¹ Si tratta di modi di risoluzione della controversia alternativi a quello ordinario, accomunati dalla capacità di favorire la definizione anticipata del giudizio grazie al raggiungimento di un accordo tra le parti processuali.

In particolare, l’istituto del patteggiamento (*plea bargaining*) appartiene alla tradizione giuridica statunitense, dapprima come contrattazione clandestina cara tanto alla pubblica accusa quanto agli imputati e, successivamente, come rito formalizzato nella undicesima Regola federale, introdotta nel 1974, e dalla giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti. Oggetto del *bargaining*, ossia della negoziazione tra l’accusa e la difesa, è l’offerta della riduzione della pena a fronte di un *guilty plea*, vale a dire un’ammissione di colpevolezza cui consegue la rinuncia alle garanzie processuali tipiche del giudizio ordinario.²

Lo scambio di un’ammissione di colpevolezza con la mitezza sanzionatoria era coerente tanto con la diffusa ideologia religiosa puritana quanto con i principi del liberalismo economico. Anzitutto, il puritanesimo valutava che la negoziazione della pena fosse il miglior strumento processuale per la redenzione dal peccato, giacché all’uomo, che per natura tende a peccare, è consentito di redimersi ammettendo la propria responsabilità. Il liberalismo, d’altra parte, in ossequio al

¹ Cfr. V. FANCHIOTTI, *Origine e sviluppo della “giustizia contrattata” nell’ordinamento statunitense*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984, p. 97, dove è descritta una forma di giustizia negoziata diversa dal patteggiamento e nota come *compounding*. Si tratta della corresponsione di denaro alla persona offesa dal reato in cambio della rinuncia ad esercitare l’azione penale: in tal modo la vittima «offre una ‘ricompensa’ al colpevole in cambio della restituzione del maltolto».

² M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 89.

principio del *laissez faire*, intendeva metaforicamente il processo come mercato, ambendo alla riduzione dell'intervento dell'autorità statale e ad una giustizia liberamente negoziata.³ Questa, sottraendo al rito ordinario tutte quelle dispute risolvibili mediante accordo tra le parti, avrebbe alleggerito il carico giudiziario e consentito una migliore allocazione delle risorse.⁴

Lo sviluppo e l'evoluzione dell'istituto furono altrettanto influenzati e dalla criminologia positivista e dal quadro giuridico complessivo statunitense, con riferimento soprattutto al principio della discrezionalità della pubblica accusa nell'esercizio dell'azione penale e al modello di giustizia di tipo accusatorio.

Alla scuola positiva, invero, è riconosciuto il merito di aver analizzato e promosso la funzione del reinserimento del condannato nella compagine sociale, seppur al di fuori dei termini della prevenzione speciale positiva. Il positivismo non tollera l'esistenza di libere scelte e spiega il comportamento umano secondo dinamiche meramente meccanicistiche: non si tratta, perciò, di rieducare il condannato, ma piuttosto di guarirlo dalle patologie mediche e psicologiche che lo spingono a delinquere. In tal modo, si è messo per la prima volta in discussione il modello della giustizia retributiva, vale a dire l'idea secondo la quale la pena debba essere la riproposizione del negativo del reato.

Il controllo sociale della devianza ben si coniugava con un ricorso massiccio allo strumento della negoziazione della pena, la quale consentiva di soddisfare interessi diversi: appagava non soltanto le istanze della criminologia positivista, che nutriva simpatia nei confronti di politiche giudiziarie sbrigative adatte a riempire di volti le c.d. classi pericolose, agevolando lo studio "scientifico" del

³ R.E. SCOTT - W.J. STUNTZ, *Plea bargaining as contract*, in *The Yale law review*, 1992, p. 1909 ss.

⁴ Cfr. F.H. EASTERBROOK, *Criminal procedure as a market system*, in *Journal of legal studies*, 1983, p. 297 ss. Il limite della metafora è che si finisca per credere «che il processo sia realmente un libero mercato, identico agli altri esistenti nel mondo. In proposito, non ci si può astenere dal rilevare, innanzitutto, come il fatto che il sistema penale e processuale siano spiegabili pure con le leggi del mercato non significa che siano soltanto dei mercati. Anche la magia ha leggi per spiegare l'esistente, ma da qui a dire che sia l'unico modo per spiegarlo, il passo è lungo».

crimine; appagava altresì le istanze dell'ufficio della pubblica accusa, sempre attento a registrare un alto tasso di condanne.⁵

Quanto poi al quadro giuridico complessivo statunitense, cruciale è anzitutto il principio dell'azione penale discrezionale, tipico dei sistemi giuridici di *common law*.⁶ In ossequio a tale principio, al *prosecutor*, ossia il pubblico ministero, è riconosciuta la possibilità di selezionare i fatti e gli autori contro i quali procedere, nonché il *nomen iuris* da attribuire al fatto commesso.⁷ Nonostante si tratti di discrezionalità c.d. tecnica, ossia basata sulla valutazione dell'eshaustività del materiale probatorio reperito ai fini dell'avanzamento del procedimento all'ulteriore fase dibattimentale, il giudice e ancor più le parti sono sforniti di strumenti idonei a contestare la scelta della pubblica accusa di procedere o meno all'esercizio dell'azione penale.⁸

⁵ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, cit. p. 126.

⁶ V. FANCHIOTTI, *Origine e sviluppo della "giustizia contrattata" nell'ordinamento statunitense*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984, p. 59, dove si evidenzia che nell'ordinamento nordamericano il pubblico ministero diviene il protagonista indiscusso, sostituendosi sovente ed in buona misura al giudice; egli è «il *dominus* del *plea bargaining*». Cfr. F. GIUNTA, *Qualche appunto su plea bargaining, funzioni della pena e categorie penalistiche*, in *Cassazione penale*, 1987, p. 1047: è piuttosto diffusa nella letteratura d'oltreoceano l'affermazione secondo la quale «il *plea bargaining* non è che un aspetto, una conseguenza pratica ed inevitabile del principio della discrezionalità dell'azione penale».

⁷ Cfr. V. FANCHIOTTI, *Riflessioni sulla giustizia penale in U.S.A.*, in *Cassazione penale*, 1998, p. 317-318. L'autore evidenzia che negli Stati Uniti gli organi dell'accusa sono dotati di formidabili strumenti di intervento e che, in particolare, «nella fenomenologia del *plea bargaining* hanno a disposizione un arsenale di norme che prevedono pene dai massimi edittali generalmente molto severi, alla cui applicazione integrale però assai raramente si fa ricorso, utilizzandole piuttosto come forme di pressione per ottenere dall'imputato la dichiarazione di colpevolezza, in cambio di una pena ridotta». Questo significa che la discrezionalità del pubblico ministero si spinge fino a minacciare l'irrogazione della sanzione più severa e la punizione del rifiuto di accedere al negoziato. Così ad esempio in *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (1978): per essersi rifiutato di dichiararsi colpevole del reato di falsificazione di assegni di valore modesto, a carico dell'imputato recidivo era inflitta la pena dell'ergastolo.

⁸ F. GIUNTA, *Qualche appunto su plea bargaining, funzioni della pena e categorie penalistiche*, in *Cassazione penale*, 1987, p. 1047. La discrezionalità dell'azione penale costituisce già in sé, ossia a prescindere dalla "collaborazione" dell'imputato, uno strumento di selezione degli illeciti da perseguire e, dunque, di deflazione processuale.

Le uniche forme di controllo previste per arginare la discrezionalità sono il divieto di esercizio discriminatorio dell'azione penale (la “*selective prosecution*”) e di ritorsione (la “*vindictiveness*”), introdotti dal quattordicesimo emendamento. Il primo divieto è garante del principio di eguaglianza dinanzi alla legge, impedendo che la selezione dei fatti e dei soggetti da perseguire si ispiri a criteri costituzionalmente vietati, quali razza, credo politico, religione e altri simili. Si esige tuttavia un onere probatorio pesante: deve provarsi non solo l'effetto discriminatorio, ma altresì l'intento discriminatorio del pubblico ministero, il quale consapevolmente abbia trattato in maniera diseguale situazioni sostanzialmente eguali.

Il secondo divieto, invece, concerne il comportamento ritorsivo dell'accusa, quando impedisca alla parte l'esercizio di diritti costituzionalmente tutelati e a cui la medesima non voglia rinunciare⁹. Cionondimeno, la Corte Suprema ha ritagliato un'area in cui tale comportamento non è suscettibile di rimprovero: proprio quella delle negoziazioni tra il pubblico ministero e la difesa.¹⁰ E' manifesto, dunque, che il principio della discrezionalità dell'azione penale comporti una emarginazione *de facto* della persona offesa, che è privata di taluni diritti fondamentali e a cui, tra l'altro, neppure è riconosciuta la possibilità di costituirsi parte nel processo penale.

⁹ Cfr. *North Carolina v. Pearce*, 395 U.S. 711 (1969): la Corte Suprema statunitense giudicava incostituzionale l'imposizione in appello di una sentenza più severa a carico dell'imputato, qualora non motivata da fatti nuovi emergenti e susseguenti al giudizio di primo grado. Il timore per l'aggravio sanzionatorio, invero, sarebbe di per sé in grado di scoraggiare l'interessato dall'esercizio del «*right to appeal*».

¹⁰ R. GAMBINI MUSSO, *Il processo penale statunitense: soggetti e atti*, Torino 2009, p. 43 ss. Cfr. *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (1978): Heyes, imputato per il reato di falsificazione di banconote, rifiutava la proposta di patteggiamento dell'accusa. La proposta veniva tuttavia accompagnata dalla minaccia che, in caso di rifiuto da parte dell'imputato, il pubblico ministero ne avrebbe domandato il rinvio a giudizio come “delinquente abituale”, con conseguente aumento della pena (dalla reclusione da un minimo di due ad un massimo di 10 anni all'ergastolo).

In secondo luogo, rilevante è la presenza di un modello di giustizia c.d. *adversarial*, ossia di tipo accusatorio.¹¹ Il sistema giuridico statunitense intende il processo penale come una disputa tra la pubblica accusa e la difesa. Il giudice ha il ruolo passivo dell'arbitro, al punto che la decisione nel merito gli è sottratta e spetta, di contro, ad una giuria popolare, composta in prevalenza da giudici non togati. Intervenendo in un momento soltanto successivo, il giudice si limita quindi a determinare la pena di diritto in conformità a quanto stabilito dalla giuria.¹²

Differentemente, nel sistema inquisitorio il giudizio è concepito come un'attività investigativa svolta dai pubblici ufficiali allo scopo di determinare la verità dei fatti.¹³ Salvo casi eccezionali, è il giudice od un gruppo di giudici a decidere, anche nel merito, le controversie. Di conseguenza, la verità è concepita in termini tendenzialmente assoluti: tramite l'investigazione, i pubblici ufficiali devono ricostruire il fatto, a prescindere da eventuali accordi tra accusa e difesa.¹⁴ Viceversa, nel sistema accusatorio la concezione della verità è più relativa e consensuale, giacché se le parti raggiungono un accordo sui fatti, la verità materiale è ricostruita sulla base dell'accordo medesimo.¹⁵

E' fondamentale evidenziare sin da ora che il patteggiamento non può essere inteso quale strumento di rieducazione del condannato, al quale si demanda una mera ammissione di colpevolezza che non esclude ma neppure presuppone il ravvedimento. D'altra parte, non è certo sintomo di emenda o di predisposizione al trattamento risocializzativo la condotta di chi confessi la responsabilità per un

¹¹ S.C. THAMAN, *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*, Durham 2010, p. 23 ss.

¹² M.R. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*, Bologna 1991, p. 31.

¹³ M.R. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*, Bologna 1991, p. 31 ss.

¹⁴ Cfr. F. IOVENE, *La giustizia negoziata al confine tra modello inquisitorio e accusatorio: patteggiamento e Verständigung a confronto*, in *Cassazione penale*, 2013, p. 3282.

¹⁵ S.C. THAMAN, *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*, Durham 2010, p. 13.

fatto meno grave al fine di sottrarsi al giudizio per un fatto più grave realmente commesso.¹⁶

1.1.1. *Genesi del plea bargaining*

Negli Stati Uniti, ripetendosi un itinerario percorso del resto altresì in Inghilterra, il processo con giuria veniva progressivamente relegato ad un ruolo di secondo piano ed il baricentro del sistema giudiziario era spostato verso meccanismi stragiudiziali.¹⁷ Lo stesso giudice, privato del tradizionale compito di *ius dicere*, era chiamato così a ridisegnare le sue competenze in una chiave essenzialmente “amministrativa”.

Al termine del diciottesimo secolo veniva meno il sistema di giustizia privata che vedeva la vittima contrapposta al suo offensore ed i giudici iniziavano a farsi garanti del giusto processo: così, i tempi del giudizio rallentavano e si rendeva necessario ammettere procedure sommarie allo scopo di evitare il collasso del sistema giudiziario.¹⁸ In questo scenario, la negoziazione della pena appariva come uno strumento di enorme attrattiva, giacché idoneo ad esplicitare una funzione di deflazione.¹⁹

¹⁶ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, cit. p. 135.

¹⁷ Cfr. M. CHERIF BASSIOUNI, *Linee del processo penale negli U.S.A.*, in AA.VV., *Prospettive del nuovo processo penale*, a cura di A.M. Stile, Napoli 1978, p. 52, dove sono riportate le statistiche fornite dal governo federale, secondo cui solo il 6% dei processi penali è deciso al termini di un giudizio ordinario.

¹⁸ R. RAUXLOH, *Plea bargaining in national and international law: a comparative study*, New York 2012, p. 27 ss. Cfr. V. FANCHIOTTI, *Origine e sviluppo della “giustizia contrattata” nell’ordinamento statunitense*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984, p. 60 ss., dove è brevemente descritta la genesi dell’istituto. Con l’abbandono della giustizia privata, la persona offesa dal reato perde progressivamente il potere di esercitare l’azione penale e la centralità dei suoi interessi lascia il posto a finalità pubbliche, quali l’utilizzazione della pena per scopi rieducativi e per soddisfare l’esigenza di una amministrazione giudiziaria efficiente.

¹⁹ R. RAUXLOH, *Plea bargaining in national and international law: a comparative study*, New York 2012, p. 27. Cfr. A.W. ALSHULER, *Plea bargaining and its history*, in *Law and society review*, 1979, p. 229 ss.

Ad ogni modo, secondo la tesi prevalente il *plea bargaining* si diffuse soltanto in un momento successivo e deve perciò escludersi l'esistenza del fenomeno come pratica diffusa in epoche anteriori.²⁰ Si tratta piuttosto di un'evoluzione di segno recente, imputabile all'interazione di ben precisi fattori, caratteristici delle società moderne.²¹ Le Corti americane, invero, hanno a lungo considerato la celebrazione del processo come un elemento imprescindibile e, soprattutto, hanno tenuto un atteggiamento dissuasivo nei confronti della confessione, ovvero il fulcro della negoziazione della pena nell'ordinamento giuridico statunitense. Questo accadeva per almeno due ordini di ragioni.

Anzitutto, la posizione dell'imputato nel giudizio dinanzi alla giuria popolare era già di per sé poco tutelata: la procedura era soltanto in parte legalizzata ed ancora lontana dagli attuali livelli di garanzia. I diritti fondamentali dell'imputato, cui neppure si garantiva l'assistenza di un difensore in giudizio, sarebbero stati ulteriormente pregiudicati se l'ammissione di responsabilità fosse stata idonea a formare il convincimento del giudice circa la sua colpevolezza. Di conseguenza, le Corti prediligevano posizioni di tipo garantista, respingendo ogni forma di negoziazione. In secondo luogo, la posizione riluttante della giurisprudenza era legata alla rigidità del sistema sanzionatorio, dal momento che, il più delle volte, la confessione dell'imputato sarebbe equivalsa ad una sentenza di morte.

La situazione, ad ogni modo, mutò agli inizi secolo scorso, quando, terminata la prima fase di crescita dell'industrializzazione, gli Stati Uniti si trasformarono da economia inizialmente agricola a nazione più industrializzata del mondo; a ciò

²⁰ V. FANCHIOTTI, *Origine e sviluppo della "giustizia contrattata" nell'ordinamento statunitense*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984, p. 60, dove si ribadisce che è da respingere la tesi che considera il *plea bargaining* come un meccanismo da sempre esistente nell'amministrazione della giustizia penale. Piuttosto, tali asserzioni sono addebitabili in parte «alla scarsa sensibilità della cultura giuridica americana per l'approccio storico in campo penalistico» ed in parte all'intento di nobilitare le origini dell'istituto, dipingendolo come «profondamente radicato nella tradizione, connaturale al sistema processuale e, quindi, necessario per la sua sopravvivenza».

²¹ R. GAMBINI MUSSO, *Il "plea bargaining" tra common law e civil law*, Milano 1985, cit. p. 6.

seguì un considerevole aumento della popolazione.²² Nonostante la crescita urbana non implichi di per sé un aumento del tasso di delinquenza, lo sviluppo delle metropoli industriali esige un'organizzazione giudiziaria adeguata e ben diversa da quella richiesta dall'insieme di piccoli centri rurali.²³

Le forze di polizia e la classe forense iniziarono così a “professionalizzarsi” ed a svolgere gli incarichi pubblici a tempo pieno, in modo da superare l'amministrazione soltanto approssimativa della giustizia. La burocratizzazione degli uffici della pubblica accusa si rivelò tuttavia insufficiente a far fronte al carico di lavoro, il quale aumentava altresì a causa della dell'espansione dei precetti della legge penale, chiamata a regolare nuove forme di rapporti interpersonali e, quindi, di scontri e di conflitto.²⁴ L'ampliamento del controllo repressivo dello Stato aveva sottratto all'area del costume una serie di comportamenti, ora sanzionati giuridicamente: alla moltiplicazione delle norme penali seguì la moltiplicazione del carico giudiziario. La conseguenza fu un'irreversibile disaffezione verso il momento processuale ed il definitivo successo del *plea bargaining* in quanto procedura abbreviata.²⁵

²² V. FANCHIOTTI, *Origine e sviluppo della “giustizia contrattata” nell'ordinamento statunitense*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984, p. 69.

²³ V. FANCHIOTTI, *Origine e sviluppo della “giustizia contrattata” nell'ordinamento statunitense*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984, p. 60. Le strutture allora esistenti erano invece commisurate alle necessità di una società agricola e di dimensioni modeste. L'adeguamento al nuovo assetto sociale fu lento e rivelò tutta l'inadeguatezza del sistema giudiziario previgente.

²⁴ Cfr. V. FANCHIOTTI, *Origine e sviluppo della “giustizia contrattata” nell'ordinamento statunitense*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984, p. 61 ss. L'aumento quantitativo delle leggi penali si presta oltretutto ad una «individualizzazione della sanzione», consentendo al pubblico ministero e, prima ancora, alla polizia, di disporre di un ampio novero di reati addebitabili. Così, l'accusa ha «la possibilità di scegliere tra varie armi» e di fondare su tale disponibilità il proprio potere ed il negoziato con l'imputato.

²⁵ Cfr. V. FANCHIOTTI, *Origine e sviluppo della “giustizia contrattata” nell'ordinamento statunitense*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984, p. 56 ss. E' tra il 1920 e il 1930 che, essendo istituite commissioni d'inchiesta sul funzionamento della giustizia penale, l'opinione pubblica realizza le dimensioni del ricorso al meccanismo dell'ammissione di colpevolezza e della negoziazione. In particolare, sul totale delle sentenze di condanna almeno l'80% seguono la dichiarazione di colpevolezza.

Sviluppatosi non già per una scelta ragionata a priori, bensì in modo casuale allo scopo di fronteggiare precise esigenze contingenti, il rito del patteggiamento veniva ad essere uno strumento efficace di alleggerimento del sistema, il quale altrimenti non sarebbe stato in grado di assolvere ai suoi compiti istituzionali.²⁶

1.1.2. *Disciplina dell'istituto*

Nonostante la data della diffusione del *plea bargaining* si collochi agli inizi del secolo scorso, la disciplina dell'istituto è stata formalizzata soltanto nel 1974, con l'introduzione della undicesima Regola federale, relativa al diritto processuale penale, la quale ha regolato, infine, le forme ed i tempi del rito.

Si prescrive che, nel corso dell'udienza predibattimentale, all'imputato sia domandato dal giudice di prendere posizione circa l'ipotesi della sua colpevolezza.²⁷ Egli può innanzitutto dichiarare la propria innocenza e professarsi *not guilty*: in tal caso, il giudizio procede secondo le modalità ordinarie ed ha inizio la fase dibattimentale dinanzi alla giuria popolare, salvo casi eccezionali in cui si ricorre al c.d. *bench trial*, ovvero al giudice monocratico.

Diversamente, se l'imputato si professa colpevole, il giudice deve verificare la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge: l'ammissione da parte dell'imputato della propria colpevolezza deve essere consapevole e volontaria e debbono altresì sussistere riscontri fattuali della sua responsabilità.²⁸ Difatti, se è vero che in caso di *guilty plea* l'accusa è sollevata dall'onere di provare la colpevolezza “oltre

²⁶ R. GAMBINI MUSSO, *Il “plea bargaining” tra common law e civil law*, Milano 1985, p. 8.

²⁷ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 89 ss. Sulla natura ed il ruolo dell'ammissione di colpevolezza, cfr. F. GIUNTA, *Qualche appunto su plea bargaining, funzioni della pena e categorie penalistiche*, in *Cassazione penale*, 1987, p. 1048 ss. La «confessione incentivata» è una forma di autoincriminazione, la quale determina la caduta delle garanzie processuali ed ha come obiettivo la semplificazione probatoria.

²⁸ K. GRAHAM, *Crimes, widgets and plea bargaining: an analysis of charge content, pleas, and trials*, in *California law review*, 2012, p. 1584 ss.

ogni ragionevole dubbio”, tuttavia debbono riscontrarsi elementi che la rendano quantomeno verosimile.

L'imputato, inoltre, deve essere informato che l'ammissione di colpevolezza comporta la rinuncia ad una serie di diritti, tra cui, segnatamente, il diritto ad un processo celebrato davanti ad una giuria popolare. Deve, ancora, essere avvisato che la Corte ha facoltà di rifiutare il patto negoziato dall'accusa e dalla difesa e, in ogni caso, di irrogare una pena più sfavorevole all'imputato rispetto a quella contemplata nell'accordo medesimo. Solo a questo punto, qualora l'imputato abbia deciso di non ritrattare la propria dichiarazione di colpevolezza, il giudice procede alla fissazione della data del c.d. *sentencing*, ossia l'udienza in cui si procede alla quantificazione ed alla conseguente applicazione della pena.

All'imputato è riconosciuta una terza possibilità, ovvero quella di dichiarare di *nolo contendere*, quindi, letteralmente, di non voler contestare le accuse addebitategli.²⁹ Nonostante tecnicamente non comporti un'ammissione di colpevolezza, la dichiarazione di *nolo contendere* è di fatto equiparata ad un'ammissione di colpevolezza e spesso è resa dall'imputato come parte di un accordo con la pubblica accusa.

In un numero cospicuo di casi, del resto, il *guilty plea* è frutto di un *plea bargaining*: vale a dire che, solitamente, l'imputato riconosce la propria responsabilità previa negoziazione con il pubblico ministero di un trattamento sanzionatorio più mite rispetto a quello che seguirebbe la condanna dibattimentale.³⁰ Si noti che nell'ordinamento giuridico nordamericano il *guilty plea* è oltretutto il presupposto necessario del *plea bargaining*, giacché non è ammissibile alcuna negoziazione tra difesa ed ufficio della procura qualora manchi il riconoscimento da parte dell'imputato della propria responsabilità.

²⁹ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 96.

³⁰ V. FANCHIOTTI, *Origine e sviluppo della "giustizia contrattata" nell'ordinamento statunitense*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984, p. 58. Invero, «l'autoincriminazione dell'imputato e la conseguente rinuncia al *jury trial* viene ricompensata da parte dell'organo dell'accusa, il *prosecutor*, mediante concessioni».

Sulla base del tipo di benefici concessi dall'accusa, è possibile distinguere tre diverse forme di patteggiamento.³¹ Il *charge bargaining* consiste nell'alterazione dell'imputazione, la quale viene sostituita con una fattispecie diversa e meno grave, oppure nella rinuncia da parte dell'accusa a perseguire uno o più capi d'imputazione.³² Il *fact bargaining*, invece, consente al pubblico ministero di promettere, in cambio dell'ammissione di colpevolezza, la presentazione dei fatti davanti alla Corte in maniera più favorevole all'imputato.³³ Infine, il *sentencing bargaining* è l'unica forma di negoziazione che può coinvolgere direttamente il giudice: il pubblico ministero, oltre ad impegnarsi a raccomandare una soluzione benevola per l'imputato, concorda con il giudice la pena da applicare, comparando il *quantum* di pena in caso di *guilty plea* con il *quantum* in caso di condanna dibattimentale.³⁴

La Corte Suprema si è a lungo astenuta dal pronunciarsi circa la compatibilità dell'istituto del patteggiamento con numerosi principi di natura anche costituzionale, anzitutto il privilegio contro l'autoincriminazione contenuto nel quinto emendamento. In un primo momento, invero, la Corte, più o meno consapevolmente, ha preferito intervenire allo scopo di limitare l'utilizzo del potere discrezionale da parte delle forze di polizia, anziché del pubblico

³¹ R. RAUXLOH, *Plea bargaining in national and international law: a comparative study*, New York 2012, p. 25 ss. Cfr. K. GRAHAM, *Crimes, widgets and plea bargaining: an analysis of charge content, pleas, and trials*, in *California law review*, 2012, p. 1584 ss.

³² Si pensi, ad esempio, al reato di stupro, che è spesso declassato a reato di semplice aggressione. In questi casi, alla vittima, di per sé già emarginata dall'accordo concluso tra accusa e difesa, è altresì negato il riconoscimento dell'effettivo compimento, da parte del responsabile, del reato subito. Cfr. F. GIUNTA, *Qualche appunto su plea bargaining, funzioni della pena e categorie penalistiche*, in *Cassazione penale*, 1987, p. 1050: nel caso in cui la confessione sia resa allo scopo di evitare l'esercizio dell'azione penale per altri reati dei quali pure è gravato l'imputato, il pericolo che questi sia indotto ad ammettere un fatto che non ha commesso pur di ottenere l'impunità per un altro reato è reale.

³³ F. GIUNTA, *Qualche appunto su plea bargaining, funzioni della pena e categorie penalistiche*, in *Cassazione penale*, 1987, p. 1047.

³⁴ F. GIUNTA, *Qualche appunto su plea bargaining, funzioni della pena e categorie penalistiche*, in *Cassazione penale*, 1987, p. 1047. L'irrogazione di una sentenza più mite per quantità e specie è nota come *sentencing leniency*.

ministero, rafforzando così paradossalmente le garanzie verso un'area già ampiamente tutelata del giudizio.³⁵

Tale approccio, tuttavia, è mutato a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, quando la Corte ha cominciato ad esprimersi a favore dell'istituto. L'idea è che il *plea bargaining* debba essere accettato in quanto strumento essenziale all'amministrazione della giustizia ed al contenimento dei tempi del giudizio.³⁶ Addirittura, è stato valutato che la partecipazione meno informale dell'imputato alla determinazione della sentenza sia un fattore molto importante ai fini del processo riabilitativo; oltre a ciò, diminuendo il livello di severità e innalzando i livelli di prontezza e di certezza della risposta sanzionatoria, si otterrebbe con la pena negoziata il medesimo effetto di prevenzione prodotto dall'irrogazione della pena più severa con i tempi lunghi del processo garantista.³⁷

1.1.3. Benefici e taluni aspetti problematici

Le ragioni addotte a giustificare il successo del *plea bargaining* sono molteplici. La soluzione negoziata del procedimento consente di evitare la fase dibattimentale: si tratta di un deterrente notevole per il dispendio di tempo e di

³⁵ R. GAMBINI MUSSO, *Il "plea bargaining" tra common law e civil law*, Milano 1985, p. 27 ss.

³⁶ Cfr. *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970): la Corte rifiutava la tesi secondo cui la promessa di uno sconto considerevole sulla pena e la minaccia della *death penalty* in caso di condanna dibattimentale fossero prove sufficienti della coercizione. La Corte, inoltre, coglieva l'occasione per enumerare i benefici che l'istituto riserva e al *defendant* e al *prosecutor*, in termini soprattutto di risparmio di tempo e risorse.

³⁷ F. GIUNTA, *Qualche appunto su plea bargaining, funzioni della pena e categorie penalistiche*, in *Cassazione penale*, 1987, p. 1049. L'idea retributiva sarebbe invece irrimediabilmente compromessa, giacché l'assenza di limiti legislativi alle diminuzioni di pena permette di «scendere al di sotto del livello di pena 'giusta'». Cfr. *Faretta v. California*, 422 U.S. 806 (1975), dove si afferma il diritto dell'imputato a partecipare consapevolmente al processo affinché sia sostanzialmente garantito il suo diritto alla difesa. Per una trattazione più dettagliata sul tema del rapporto tra le teorie della pena ed il patteggiamento, cfr. *sub*, par. 4.1.

risorse che garantisce ad entrambe le parti nella preparazione e nella conduzione del giudizio.³⁸

L'imputato ha la possibilità di accedere ad un trattamento sanzionatorio mite, particolarmente se raffrontato con i severissimi quadri edittali previsti dal diritto penale statunitense. L'organo dell'accusa, da parte propria, elude il dibattimento pubblico nei casi in cui la situazione probatoria renda improbabile una condanna ed ottiene al contempo un consistente volume di condanne, dimostrando all'opinione pubblica un alto livello di efficienza nella persecuzione degli illeciti penali. Invero, il *prosecutor* è una carica elettiva. Ciò significa che non solo egli è slegato da ogni legame con le autorità amministrative e giudiziarie e, conseguentemente, sottratto a controlli effettivi; soprattutto, è legato all'ambiente politico di cui è espressione, essendo chiamato a rendere conto del proprio operato dinanzi alla compagine sociale che lo ha eletto e che, quindi, rappresenta nell'esercizio dell'azione penale.³⁹

Dietro ai punti di forza dell'istituto, d'altro canto, si celano diversi pericoli, giacché la corretta amministrazione della giustizia e l'accertamento della verità paiono sacrificati.⁴⁰ Anzitutto, se è evidente che, mancando la fase dibattimentale e, quindi, un vero e proprio giudizio, neppure possono aversi errori giudiziari, tuttavia nel patteggiamento è insito il rischio più grave, ovvero la condanna dell'innocente. Questo accade per almeno due ragioni.

Da una parte, conformemente alle caratteristiche del sistema accusatorio, il giudice è distante dal gioco delle parti processuali: mancando un esame approfondito del materiale probatorio e delle pressioni che hanno caratterizzato

³⁸ V. FANCHIOTTI, *Riflessioni sulla giustizia penale in U.S.A.*, in *Cassazione penale*, 1998, p. 318.

³⁹ V. FANCHIOTTI, *Origine e sviluppo della "giustizia contrattata" nell'ordinamento statunitense*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984, p. 59 ss.

⁴⁰ V. FANCHIOTTI, *Origine e sviluppo della "giustizia contrattata" nell'ordinamento statunitense*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984, p. 60: è opinione dell'autore che i risultati di efficienza «improntati alla filosofia del *'it's better half a loaf than none'*» lascino alquanto perplessi.

le negoziazioni, egli si limita sostanzialmente a convalidare gli accordi conclusi tra pubblica accusa e difesa, rendendo così pressoché nulli i controlli.

Dall'altra parte, avendo l'ufficio della pubblica un'estrazione prettamente politica, è stretto tra la necessità di amministrare lo smisurato flusso di lavoro con la massima rapidità ed il minimo dispendio di energie e quella, intimamente connessa, di soddisfare la pubblica aspirazione ad una larga repressione del crimine.⁴¹ Questo spinge il pubblico ministero a dissuadere dal giudizio imputati con buone possibilità di assoluzione, pur di “vincere” ed ottenere un elevato numero di condanne. Viceversa, saranno incoraggiati al rinvio a giudizio i casi più semplici, il cui destino è già segnato dalla presenza di ricche evidenze probatorie, oppure i casi che attraggono l'attenzione dell'opinione pubblica, scaricando così sulla giuria o sul giudice monocratico la responsabilità della decisione.⁴²

Può obiettarsi che il rischio della condanna dell'innocente, pur ipotizzabile, nella pratica non sussista, giacché solo il colpevole avrebbe un reale interesse ad aderire all'accordo ed accetterebbe contestualmente di rinunciare al proprio diritto di difesa e di ricostruzione dei fatti, nonché al proprio diritto di essere assolto laddove la sua responsabilità non sia provata oltre ogni ragionevole dubbio. Diversamente, nell'innocente sempre prevarrebbe l'interesse alla prova della propria estraneità al fatto di reato, con l'ausilio di tutte le garanzie tipiche del giudizio ordinario.

In realtà, l'imputato decide se dichiararsi colpevole in un momento di estrema vulnerabilità, trovandosi a far fronte al rischio di affrontare un giudizio. La sua scelta, di conseguenza, è influenzata altresì da un complesso di fattori assolutamente estranei alla sua condizione di responsabilità od innocenza.⁴³

⁴¹ R. GAMBINI MUSSO, *Il processo penale statunitense: soggetti e atti*, Torino 2009, cit. p. 43.

⁴² V. FANCHIOTTI, *Origine e sviluppo della “giustizia contrattata” nell'ordinamento statunitense*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984, p. 59 ss.

⁴³ Cfr. M. ZANDER - P. HENDERSON, *Crown court study*, Londra 1993, p. 157 ss. Tali studi mostrano che, in Gran Bretagna, tra gli imputati che hanno deciso di patteggiare almeno il 26%

L'imputato non potrà non tenere in considerazione il risparmio in termini di tempo e denaro che seguirebbe la sua dichiarazione di colpevolezza e l'esito di tale valutazione dipenderà evidentemente anche dalle condizioni socio-economiche in cui egli verserà.⁴⁴ Verosimilmente, vacillerà davanti ad un'offerta particolarmente consistente presentata dall'accusa. In altri termini, in numerose occasioni gli incentivi dell'accordo non lasciano insensibili nemmeno i probabili innocenti.⁴⁵

In secondo luogo, tra i meriti dell'istituto è sovente menzionata la riservatezza che l'istituto garantisce, soprattutto alla persona offesa dal reato. D'altro canto, sembra più corretto parlare di una vera e propria emarginazione della vittima dal giudizio, la quale non partecipa alle negoziazioni tra accusa e difesa e neppure può domandare in sede penale il risarcimento dei danni subiti.⁴⁶ Non meno importante è il dato per cui, frequentemente, la vittima non desidera riservatezza, bensì che sia pubblicamente riconosciuto il torto subito. Così, l'udienza pubblica potrebbe giovare maggiormente al suo processo di "guarigione". La negoziazione della pena, invece, declassando il fatto di reato ad una fattispecie meno grave, oltre ad incidere sulla determinazione della sentenza, influenza altresì la percezione che l'opinione pubblica ha della vittima e della sua esperienza.⁴⁷ Non è irragionevole ritenere che ciò possa ampliare il suo desiderio di vendetta, piuttosto che giovare al processo di riabilitazione.

aveva buone possibilità d'essere assolto. Al di là del dato numerico, pressoché analoga osservazione tiene anche per l'esperienza americana.

⁴⁴ F. GIUNTA, *Qualche appunto su plea bargaining, funzioni della pena e categorie penalistiche*, in *Cassazione penale*, 1987, p. 1050: il pericolo maggiore sussiste qualora il pubblico ministero prometta all'imputato di rinunciare all'esercizio dell'azione penale rispetto a taluni reati di cui pure il medesimo risulta indagato. Egli, invero, sarà verosimilmente indotto a confessare un fatto a sé estraneo a ragione della minaccia da parte del pubblico ministero di esercitare l'azione penale. Cfr. *supra*, nota n. 25.

⁴⁵ R. GAMBINI MUSSO, *Il "plea bargaining" tra common law e civil law*, Milano 1985, p. 121 ss.

⁴⁶ V. FANCHIOTTI, *Origini e sviluppo della "giustizia contrattata" nell'ordinamento statunitense*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984, p. 93.

⁴⁷ V. *supra*, nota n. 16.

Infine, le ragioni del successo del patteggiamento sono riconducibili alla concezione dell'istituto come negozio giuridico, o addirittura come contratto.⁴⁸ Nei sistemi giuridici di *common law*, del resto, requisito imprescindibile dell'accordo contrattuale è la *consideration*, ovvero la sussistenza d'una controprestazione: ciò vale a dire che non sono concepibili contratti unilaterali, ma soltanto sinallagmatici. Di conseguenza, affermando che il *plea bargaining* è un contratto concluso tra pubblica accusa e difesa, si intende sottolineare la reciprocità della negoziazione: da una parte, il pubblico ministero s'impegna a favorire la riduzione del *quantum* della pena; dall'altra, l'imputato rinuncia ad una serie di garanzie processuali, anzitutto al diritto allo svolgimento ordinario del processo.⁴⁹ La metafora del contratto, quindi, assolverebbe alla funzione di profilare un "libero scambio", il quale, svincolato delle garanzie del giudizio ordinario, consentirebbe a sua volta di comporre agilmente interessi di per sé divergenti, con risparmi notevoli in termini di tempo e denaro.⁵⁰

Tecnicamente, la metafora è imprecisa: le obbligazioni delle parti processuali hanno poco da spartire con quelle di matrice privatistica, a cominciare dalla natura della prestazione, la quale è sempre di tipo patrimoniale quando oggetto del contratto. Inoltre, il "libero scambio" presupporrebbe la disponibilità dei diritti in gioco, i quali, invece, hanno spesso natura costituzionale e sono perciò sottratti alla disponibilità delle parti.⁵¹

Al contempo, tuttavia, la metafora del contratto ha il merito di descrivere un rapporto che solo formalmente è paritetico, mentre in realtà nasconde una

⁴⁸ R. RAUXLOH, *Plea bargaining in national and international law: a comparative study*, New York 2012, p. 25 ss.

⁴⁹ S.C. THAMAN, *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*, Durham 2010, p. 107 ss.

⁵⁰ R.E. SCOTT - W.J. STUNTZ, *Plea bargaining as contract*, in *The Yale law review*, 1992, p. 1909 ss.

⁵¹ Si pensi, in particolare, al diritto alla difesa. Non è inusuale, ad esempio, che l'imputato incontri il proprio difensore solo nel corso della prima udienza e che, quindi, sia chiamato a decidere riguardo al *plea* in tempi estremamente brevi.

profonda disparità tra le parti.⁵² Il pubblico ministero ha un potere processuale enormemente maggiore rispetto a quello in capo alla difesa, al punto che in alcuni casi l'ammissione di colpevolezza può dirsi frutto di un'estorsione ai danni dell'imputato da parte dell'accusa, la quale impone i termini dell'accordo ed ha l'ultima parola sulla controprestazione sanzionatoria. Nonostante formalmente si richieda che il *guilty plea* sia pronunciato con volontà e consapevolezza da parte dell'imputato, tale previsione è dunque sovente sostanzialmente vana: l'ammissione di colpevolezza risulta inconsapevole e non volontaria, mancando una conoscenza esaustiva del materiale probatorio che gli consenta una prognosi realistica sulle possibilità d'assoluzione in dibattimento. In aggiunta, il pubblico ministero si è spinto ad introdurre figure ulteriori di *plea bargaining* che, rispondendo all'imperativo dell'accusa di "non essere sconfitti", violano di fatto i diritti dell'imputato. A questi, nei procedimenti con più imputati, è promessa la concessione di benefici sanzionatori alla condizione che gli altri coimputati si dichiarino a loro volta colpevoli: nel caso in cui uno dei coimputati rifiuti, l'offerta viene meno anche nei confronti di tutti gli altri.⁵³ La pena negoziata, dunque, non sembrerebbe soddisfare la funzione riabilitativa e deterrente; bensì, pare che valga piuttosto a mantenere in vita un sistema rapido e poco costoso.⁵⁴ In tal modo, tuttavia, si finisce col dilatare le disparità già esistenti nel sistema, le quali paiono peraltro del tutto ingiustificate, essendo collegate ad elementi casuali ed esterni alle finalità della sanzione penale, come la debolezza delle prove di cui dispone l'accusa.⁵⁵

1.2. Il patto sulla pena nel processo penale italiano

⁵² Cfr. V. FANCHIOTTI, *Profili privatistici della giustizia penale statunitense*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1992, p. 313 ss.

⁵³ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 104.

⁵⁴ L. OHLIN - F. REMINGTON, *Sentencing structure: its effect upon the administration of criminal justice*, in *Law and contemporary problems*, 1958, cit. p. 495.

⁵⁵ R. GAMBINI MUSSO, *Il plea bargaining tra common law e civil law*, Milano 1985, p. 43.

Rimangono a lungo estranei alla cultura giuridica italiana l'istituto del patteggiamento e, più in generale, la logica della giustizia negoziata. Con uno sguardo al quadro d'insieme, mancano in Italia quei fattori che hanno favorito la genesi e la diffusione del *plea bargaining* nell'ordinamento giuridico nordamericano.

Innanzitutto, è pressoché assente in Italia l'influenza della religione puritana, mentre, viceversa, il cattolicesimo ha diffusione ampissima. La dottrina cattolica è spesso associata alla c.d. giustizia della bilancia, che comanda di reagire al negativo del reato con un negativo analogo, ossia la sanzione penale, la quale assolverebbe alla funzione di compensare o retribuire il male arrecato alla società. Della *lex talionis*, del resto, si fa largo uso nell'Antico Testamento.⁵⁶

Cionondimeno, la tesi che postula l'esistenza di una relazione tra cattolicesimo e teoria retributiva è da respingere almeno per due ordini di ragioni. Storicamente, il principio del taglione è ribaltato nel Nuovo Testamento: qui, ben diversamente, si comanda metaforicamente di mostrarsi solidali nei confronti di chi arrechi del male, il quale principio è certamente incompatibile con la logica retributiva.⁵⁷

In aggiunta, la determinazione della sanzione proporzionata all'offesa concretamente arrecata presuppone la capacità di valutare il fatto alla luce della colpevolezza. Nell'opinione della dottrina cattolica, questa, tuttavia, è difficilmente soppesabile, giacché all'uomo non è dato conoscere tutti i fattori che incidono sull'uso della libertà e vi è, quindi, una relatività strutturale nel giudizio del diritto penale relativo alla dimensione della colpevolezza.⁵⁸

⁵⁶ In Leviticus, capitolo 24, par. 19-20, ad esempio, si dice: «Nel caso che un uomo causi un difetto al suo compagno, proprio come egli ha fatto, così si deve fare a lui. Frattura per frattura, occhio per occhio, dente per dente; la stessa sorta di difetto che egli causi all'uomo, questo è ciò che si deve causare a lui».

⁵⁷ Si veda, come esempio, Matteo, capitolo 5, par. 38-45: «Avete inteso che fu detto: occhio per occhio, dente per dente; ma io vi dico di non opporvi al malvagio; anzi, se uno ti percuote la guancia destra, tu porgigli anche l'altra; e a chi ti vuol chiamare in giudizio per toglierti la tunica, tu lascia anche il mantello».

⁵⁸ L. EUSEBI, *La 'nuova' retribuzione. (I) Pena retributiva e teorie preventive – (II) L'ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura*

Conseguentemente, può dirsi che il cattolicesimo, cioè la confessione con più larga diffusione in Italia, non supporti la “giustizia della bilancia”. E’ anzi la presa di distanza da tale concezione della giustizia uno dei fattori che, con ogni probabilità, ha consentito l’introduzione, la diffusione ed infine il successo dell’istituto del patteggiamento nel nostro Paese. Invero, l’ammissione di uno sconto sanzionatorio a favore dell’imputato ben difficilmente si coniugherebbe con l’idea che la pena debba essere l’equivalente del male derivante dalla commissione del fatto di reato.

Vale la pena di rimarcare che il rifiuto di tale modello di giustizia ha agevolato l’accettazione della giustizia negoziata sia nell’ordinamento giuridico italiano sia in quello nordamericano. Quest’ultimo, in particolare, pare piuttosto ambire ad una forma di retribuzione cieca: il fine è punire il reo ad ogni costo e, precisamente, anche al costo di rinunciare alla proporzionalità tra gravità del fatto di reato e pena applicabile.

Oltre a ciò, il quadro giuridico italiano complessivo si distingue da quello statunitense in almeno altri due aspetti essenziali: vige in Italia il principio dell’obbligatorietà dell’azione penale ed il sistema di giustizia scelto non è di tipo accusatorio, bensì, ad oggi, misto.

In primis, a norma dell’articolo 50 c.p.p. ed in piena sintonia con l’articolo 112 Cost., il pubblico ministero ha l’obbligo di esercitare l’azione penale ogni qualvolta non sussistano i presupposti per l’archiviazione.⁵⁹ Tale esercizio, inoltre, può essere interrotto o sospeso solo nei casi espressamente previsti dalla

penale, 1983, p. 925 ss. A proposito di tale «concezione miracolistica» del diritto penale, che ambisce a quantificare la colpevolezza del reo, cfr. *sub*, par. 4.1.1. Similmente, durante il corso del Consiglio Vaticano II è stato detto che «solo Dio è giudice, scrutatore dei cuori e perciò ci vieta di giudicare la colpevolezza interiore di chiunque».

⁵⁹ G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale. 1., Principi generali*, Torino 2013, p. 138: l’art. 112 Cost., da cui è altresì desumibile il canone *nullum crimen, nulla poena sine iudicio*, sancisce il principio di legalità o di obbligatorietà nell’azione penale, alternativo a quello di discrezionalità o di opportunità. Ciò non significa che il pubblico ministero debba automaticamente promuovere l’azione penale per qualunque *notitia criminis*, bensì «solo se sia stata verificata la mancanza dei presupposti che rendono doverosa l’archiviazione, che è, appunto, non-esercizio dell’azione».

legge, cioè al fine di permettere il regolare svolgimento di procedimenti incidentali o di mettere il titolare di un diritto in condizione di esercitarlo efficacemente.

Nel nostro ordinamento il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale è considerato imprescindibile perché *conditio* dell'eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge e dell'indipendenza del magistrato inquirente, valori tutelati rispettivamente dagli artt. 3 e 25 Cost. Più precisamente, l'eguaglianza dei cittadini sarebbe compromessa se si consentisse al pubblico ministero di selezionare le notizie di reato meritevoli di indagini più o meno approfondite; analogamente compromessa sarebbe l'indipendenza del pubblico ministero se organi terzi imponessero la selezione delle notizie di reato.⁶⁰

La funzione propulsiva del magistrato inquirente non ha quindi carattere facoltativo: egli non ha alcun potere discrezionale, tanto è vero che, anche qualora ritenga che sussistano i presupposti per l'archiviazione, la relativa istanza deve essere valutata dal giudice in udienza preliminare.⁶¹ Se al pubblico ministero è preclusa la possibilità di selezionare i fatti e gli autori contro i quali procedere e, non meno importante, di scegliere il *nomen iuris* da attribuire al fatto di reato, allora è manifesto come il suo potere di negoziazione con la difesa sia ridotto ai minimi termini.

In secondo luogo, il sistema di giustizia penale italiano è transitato dal modello inquisitorio ad uno di tipo misto, ossia capace di incarnare le sembianze e dell'inquisitorio e dell'accusatorio.⁶² Soprattutto con l'entrata in vigore del

⁶⁰ G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale. 1., Principi generali*, Torino 2013, p. 135. Il canone del *ne procedat iudex ex officio* garantisce così l'imparzialità e la terzietà del giudice, al quale è impedito di procedere di propria iniziativa alla selezione più o meno arbitraria dei fatti di reato da perseguire ed all'enunciazione dell'accusa.

⁶¹ Si noti che, d'altro canto, la competenza del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale è esclusiva: al giudice né è consentito procedere *ex officio* in mancanza di una richiesta del magistrato inquirente né di conoscere i fatti processuali al di là dell'investitura ricevuta, giacché è sempre il magistrato inquirente a delimitare la materia processuale su cui dovrà pronunciarsi il giudice.

⁶² Cfr. G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino 2013, p. 5, dove i sistemi accusatorio ed inquisitorio sono descritti come schemi astratti: così «non esiste un processo accusatorio puro o

nuovo codice di procedura penale nel 1989, la struttura del processo è stata ridisegnata secondo gli schemi di un processo di parti, dal momento che il modello inquisitorio era ritenuto tra i principali responsabili di due disagi affatto trascurabili, vale a dire l'eccessiva durata dei processi e l'assenza di terzietà del giudice.⁶³

E' intuibile che, permanendo nel nostro ordinamento taluni caratteri tipici del modello di giustizia di tipo inquisitorio, neppure è del tutto abbandonata l'idea che il giudice debba rivestire un ruolo attivo finalizzato alla ricostruzione della verità dei fatti. E' altrettanto intuibile che questa concezione possa risultare ostile agli istituti della giustizia negoziata: questi, coinvolgendo difesa ed accusa nella risoluzione della controversia, tendono *de facto* a privilegiare l'accordo tra le parti, comunque raggiunto, vincolando il giudice ad un negozio concordato dall'imputato e dal pubblico ministero ed attribuendo al potere giudiziale carattere prettamente notarile.⁶⁴

1.2.1. Normativa ex art. 444 c.p.p.

Nonostante un ambiente complessivamente ostile all'importazione del modello statunitense della giustizia negoziata, una forma embrionale di *plea bargaining* all'italiana viene gradualmente introdotta nel nostro ordinamento giuridico a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, quando la mole ingente di carico

un processo inquisitorio puro, ma solo processi misti, le cui connotazioni possono essere prevalentemente accusatorie o inquisitorie»; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale. 1., Principi generali*, Torino 2013, p. 18, secondo il quale all'interno di ogni ordinamento giuridico sarebbero regolati procedimenti diversi, a seconda del tipo o della gravità del reato da perseguire. Di conseguenza, ci si troverebbe al cospetto non tanto di ordinamenti prossimi al modello inquisitorio piuttosto che accusatorio; quanto, invece, di «una molteplicità di procedimenti, più o meno ispirati ai due schemi fondamentali».

⁶³ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 219 ss.

⁶⁴ G. LOZZI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, p. 27.

processuale pare rendere necessario e talvolta anche corretto sacrificare agli obiettivi di celerità e speditezza taluni valori portanti del sistema.⁶⁵

Il primo passo in questa direzione è compiuto con l'entrata in vigore della legge n. 689 del novembre 1981 («Modifiche al sistema penale»), che ha introdotto l'istituto dell'applicazione di sanzioni sostitutive su richiesta dell'imputato.⁶⁶ A questi soltanto era riconosciuta la possibilità di demandare, prima dell'apertura del dibattimento, la libertà controllata o la pena pecuniaria come sanzioni alternative alla detenzione; a condizione, tuttavia, che la durata della pena principale non superasse rispettivamente il limite di tre o un mese a seconda che si volesse richiedere l'applicazione della libertà controllata o della pena pecuniaria.

Il negozio si perfezionava soltanto con il consenso del pubblico ministero, sempreché il giudice non optasse per una decisione più favorevole all'imputato e lo prosciogliesse in base all'allora vigente art. 152 c.p.p. (che è l'attuale art. 129 c.p.p.).⁶⁷ Nonostante espressamente qualificato come parere, il potere dell'organo dell'accusa non rientrava nell'ambito dell'attività di tipo consultivo, potendo, se sfavorevole, precludere l'accoglimento dell'istanza.⁶⁸ Si trattava piuttosto di un veto, in grado di condizionare le forme del processo ed il contenuto della

⁶⁵ Si tenga presente che, viceversa, negli Stati Uniti è in corso un processo inverso e sempre più numerosi sono gli autori in chiaro disaccordo con la filosofia utilitaristica della Corte Suprema. Particolarmente, nella cinica applicazione del principio utilitaristico si scorge il rischio di diseducare il cittadino, giacché la giustizia negoziata, difatti, trasformerebbe ogni reato in oggetto di trattativa. Cfr. L. WEINREB, *Denial of justice. Criminal process in the United States*, New York 1977, p. 10, in cui l'autore statunitense addirittura si spinge a suggerire i modelli processuali europei, in modo da consentire la convivenza di ragioni di speditezza e di tutela dei diritti fondamentali.

⁶⁶ L. 24 novembre 1981, n. 689. L'istituto era comunemente noto come «patteggiamento» o «mini patteggiamento». Cfr. sul tema A. MACCHIA, *Il patteggiamento*, Milano 1992, p. 6.

⁶⁷ G. LOZZI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, p. 32.

⁶⁸ G. LATTANZI - E. LUPO, *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano 2012, p. 484.

sanzione irrogata.⁶⁹ Ad ogni modo, in caso di accoglimento si ometteva la celebrazione della fase dibattimentale e la sentenza così pronunciata era ricorribile solo per cassazione.

I vantaggi per l'imputato erano considerevoli, giacché la conclusione dell'accordo e la disposizione della sostituzione da parte del giudice comportavano l'esclusione di pene accessorie e misure di sicurezza, ad esclusione della confisca obbligatoria regolata *ex art.* 240 comma 2 c.p. In aggiunta, al giudice era preclusa la valutazione della domanda incidentale sull'azione civile e la sentenza, pur iscritta nel certificato casellario giudiziale, non compariva nel certificato richiesto dal privato cittadino: in tal modo, la pronuncia era privata dei suoi tipici effetti deterrenti.

Tra le critiche formulate nei confronti del *novum* legislativo, deve ricordarsi che questo è stato considerato esempio di un modo frettoloso e stilisticamente approssimativo di procedere.⁷⁰ Le ragioni del suo sostanziale fallimento vanno ricercate soprattutto nella concorrenza di istituti altrettanto vantaggiosi per l'imputato, come la sospensione condizionale della pena, l'oblazione e il perdono giudiziale: la pena negoziata, difatti, non era suspendibile ed i limiti di pena sostituibile rendevano oblazione e perdono giudiziale più appetibili.⁷¹

Del resto, la "traduzione" italiana dell'istituto nordamericano era privato dell'automatismo dispositivo, dal momento che l'organo giudicante non era vincolato dall'accordo, bensì viceversa stabiliva se l'asserito reato esistesse, quale pena meritasse e fin dove l'imputato fosse degno di favore.⁷² Si trattava, dunque, di un lontano progenitore dell'attuale normativa in materia di

⁶⁹ G. LATTANZI - E. LUPO, *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano 2012, p. 480. Il ruolo demandato al pubblico ministero appariva dunque poco lineare.

⁷⁰ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano 2012, p. 1031. Invero, si trattava di un «istituto ibrido e mal definito».

⁷¹ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 231.

⁷² F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano 2012, p. 1031. Sulla metafora della traduzione, cfr. M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 81 ss.

applicazione della pena su richiesta delle parti, essendo molte e rilevanti le differenze che intercorrono tra i due istituti.⁷³

1.2.1.1. *Il patteggiamento tradizionale*

E' piuttosto con l'adozione del nuovo codice di procedura penale del 1989 che si giunge alla definitiva accettazione di una forma di giustizia negoziata che consenta di deflazionare un sistema altrimenti destinato al collasso. All'interno del libro sesto sono regolati taluni riti speciali idonei a snellire il procedimento penale ed assicurare il buon funzionamento della giustizia. La specialità di tali procedimenti consiste nell'assenza di una tra le fasi tipiche del giudizio ordinario: mentre quest'ultimo si snoda lungo una linea complessivamente composta da tre segmenti principali (indagini preliminari, udienza preliminare e giudizio), il procedimento speciale si caratterizza, di contro, per l'assenza di almeno uno di quei segmenti.⁷⁴

Segnatamente, gli artt. 444 ss. c.p.p. regolano l'istituto dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, ossia quello che nella prassi è noto con il termine di patteggiamento e che è forma tipica della giustizia negoziata.⁷⁵ La specialità dell'istituto deriva dalla mancanza della fase dibattimentale ed altresì dell'udienza preliminare nell'ipotesi in cui l'accordo tra le parti sia ratificato già durante il corso delle indagini preliminari. Il giudizio è connotato da «un'anima pattizia e contrattuale», giacché la contrapposizione dialettica della tesi dell'imputato all'antitesi dell'accusa è sostituita da una *conventio inter partes*, la

⁷³ G. LATTANZI, *Giudizio abbreviato e patteggiamento*, in *Cassazione penale*, 1988, cit. p. 2195: «Ci si trova in presenza non di un figlio, ma di un nipote, nel quale le caratteristiche della stirpe si intravedono ancora, ma fortemente trasformate».

⁷⁴ R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso e V. Grevi, Padova 2012, cit. p. 563.

⁷⁵ E. AMODIO, *I due volti della giustizia negoziata nella riforma del patteggiamento*, in *Cassazione penale*, 2004, p. 701 ss.

quale consente di comporre interessi distinti e di accordarsi sull'entità della sanzione applicabile.⁷⁶

Quanto alla disciplina, l'art. 444 c.p.p. prevede che l'imputato od alternativamente il pubblico ministero possano demandare al giudice di pronunciare la sentenza unicamente sulla base degli atti di indagine e delle risultanze istruttorie. Contestualmente, al giudice è altresì demandato di applicare, come contropartita della rinuncia alle garanzie del processo ordinario, una sanzione sostitutiva oppure una pena pecuniaria o detentiva diminuita fino ad un terzo; sempreché quest'ultima, tenuto conto delle circostanze di reato e ridotta fino ad un terzo, non superi i due anni. Il magistrato giudicante dovrà limitarsi a valutare la sussistenza dei presupposti formali per l'accesso al rito, la correttezza della qualificazione giuridica dei fatti e della comparazione delle circostanze ed infine la congruità della pena richiesta.

Il modello processuale così delineato è stato definito di tipo «tripartito», ossia imperniato sull'accordo tra le parti, sulla decisione allo stato degli atti acquisiti ed infine sulla condizione negativa dell'insussistenza di presupposti legittimanti il proscioglimento *ex art. 129 c.p.p.*⁷⁷ Se il controllo ha esito positivo, il giudice dispone con sentenza l'applicazione della pena; in caso contrario, rigetta l'istanza con un provvedimento che, nel silenzio legislativo, deve ritenersi assuma la forma di ordinanza.⁷⁸

⁷⁶ G. LATTANZI - E. LUPO, *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano 2012, p. 479. Proprio in quanto si configura una negoziazione tra difesa ed accusa, la deroga al principio del contraddittorio nella formazione della prova è da considerarsi legittima: il comma 5 dell'art. 111 Cost. annovera difatti il consenso dell'imputato tra le ipotesi di deroga ammissibili.

⁷⁷ G. DI CHIARA, *L'architettura dei presupposti*, in AA.VV., *Il patteggiamento*, Milano 1999, p. 29-30. . Si tratta di un negozio giuridico processuale mediante il quale le parti "contrattano" la sanzione esatta da applicare, determinata nella specie e nel *quantum*. E' bene rimarcare che il giudice è altresì chiamato a verificare la congruità della pena richiesta: il testo originale dell'art. 444 c.p.p. non prevedeva alcun sindacato sulla congruità, che invece è stato introdotto a seguito della declaratoria di parziale incostituzionalità da parte della Corte. Cfr. a riguardo Corte Cost. 2 luglio 1990, n. 313.

⁷⁸ G. LATTANZI - E. LUPO, *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano 2012, p. 486.

Rispetto alle previe esperienze normative, muta la fisionomia dell'istituto, che da mero beneficio diviene giudizio speciale alternativo al procedimento ordinario; diversa è anche la dinamica, giacché più ampi sono la legittimazione soggettiva all'attivazione del rito, l'ambito applicativo e la caratura premiale.⁷⁹ E' introdotta, inoltre, una novità meritevole di nota, ossia la possibilità per le parti di subordinare il perfezionamento dell'accordo alla concessione della sospensione condizionale della pena da parte del giudice. Invero, il superamento della configurazione dell'istituto come mero beneficio, anziché come rito alternativo, lo ha reso compatibile con la concessione della sospensione condizionale della pena, non ponendosi più un problema di alternatività dell'uno nei confronti dell'altro.⁸⁰

Oltre a ciò, tra i vantaggi derivanti all'imputato dall'applicazione del rito vale la pena menzionare l'inapplicabilità delle misure di sicurezza, ad esclusione della confisca obbligatoria, e delle pene accessorie, salvo che si tratti di reati contro lo sfruttamento sessuale e la pornografia infantile. Il reato, poi, è estinto se il condannato non compie un delitto o una contravvenzione della stessa indole entro il termine rispettivamente di cinque o di due anni. In tal modo, si è indubbiamente rafforzata l'appetibilità del rito ed al contempo la sua portata deflattiva.

Più in generale, i profili differenziali della disciplina codicistica rispetto a quella previgente rispondono alle sempre più sentite esigenze di deflazione e celerità processuale, quali condizioni del buon funzionamento e dunque dell'efficienza della giustizia. Tale consapevolezza ha portato alla dilatazione dell'ambito di operatività dell'istituto del patteggiamento.

⁷⁹ G. LATTANZI - E. LUPO, *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano 2012, p. 486.

⁸⁰ G. LATTANZI - E. LUPO, *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano 2012, p. 491. Il patteggiamento, insomma, coinvolge tre parti processuali: imputato e pubblico ministero, direttamente coinvolti nella negoziazione, e l'organo giudicante, cui l'accordo è sottoposto affinché a riguardo esprima un parere.

1.2.1.2. *Il patteggiamento allargato*

L'istituto del patteggiamento si è plasmato in forza degli innumerevoli spunti offerti dalla prassi applicativa, che lo hanno arricchito di contenuti talora non previsti in sede di elaborazione teorica.⁸¹ A tale processo evolutivo hanno contribuito altresì gli interventi del legislatore: il più importante è rappresentato dalla legge n. 134 del giugno 2003, la quale ha introdotto il c.d. patteggiamento allargato, che prevede l'innalzamento del tetto previsto a cinque anni di pena detentiva e preclusioni soggettive e oggettive per l'accesso all'istituto.⁸²

Lo scopo della normativa era consentire di sfruttare al massimo le capacità deflative del rito, precludendo d'altro canto l'accesso al rito in talune circostanze, considerate espressione di un notevole disvalore sociale. Parte della dottrina ha valutato che il richiamo all'esigenza di restituire efficienza ad un sistema ormai troppo sofferente abbia addirittura rappresentato una sorta di mantra ossessivamente ripetuto durante l'intera gestazione della novella.⁸³

Da una parte, quindi, ipotizzando la concessione delle circostanze attenuanti, sono ricompresi nell'ambito della giustizia penale negoziata ipotesi delittuose di consistente severità ed un tempo da questa bandite, la cui pena di base supera gli undici anni di pena detentiva.⁸⁴ Essendo consentito patteggiare a chi è imputato per reati anche molto gravi e che possiedono un elevato disvalore sociale, come

⁸¹ F. RIGO, *Art. 444*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, Milano 2010, p. 5569.

⁸² L. 12 giugno 2003, n. 134.

⁸³ A. SCCELLA, *Il patteggiamento "allargato" nel quadro della programmata espansione della giustizia negoziata*, in AA.VV., *Patteggiamento allargato e sistema penale*, Milano 2004, cit. p. 10.

⁸⁴ G. LATTANZI - E. LUPO, *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano 2012, p. 480.

l'estorsione od il tentato omicidio, tramonta altresì il mito che il patteggiamento appartenga di necessità al diritto penale "mite".⁸⁵

Il rischio insito nell'estensione dell'ambito di applicabilità della giustizia negoziata è che si eluda il dovere di verificare la congruità della pena richiesta, sacrificando le esigenze di giustizia a quelle di economia processuale, con una costante e reiterata violazione dell'art. 133 c.p.⁸⁶ Oltretutto, è verosimile che al patteggiamento allargato facciano ricorso soprattutto i soggetti imputati di reati puniti con pena edittale molto elevata, il cui termine di prescrizione non consenta loro di sperare nell'estinzione del reato.⁸⁷

Al contempo, tuttavia, il nuovo art. 445 comma 1-*bis* elenca talune preclusioni soggettive e oggettive, che escludono la possibilità di ricorrere patteggiamento allargato in circostanze predefinite. Quanto alle prime, l'accesso al patteggiamento allargato non è consentito agli imputati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza, nonché ai recidivi ex art. 99 comma 4 c.p. Le preclusioni soggettive sono chiaramente ispirate ad una logica di difesa sociale di tipo special preventivo. Nonostante, infatti, il riferimento alle figure di delinquente paia ormai anacronistico, stante la scarsa applicazione, risulta comunque coerente con l'impianto generale dell'ordinamento penale, che è solito connettere una serie di conseguenze sfavorevoli alle tipologie d'autore in questione.⁸⁸

⁸⁵ G. LATTANZI - E. LUPO, *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano 2012, p. 501,

⁸⁶ G. LOZZI, *Patteggiamento allargato: nessun beneficio dall'applicazione di una giustizia negoziata*, in *Guida al diritto*, 2003, p. 9.

⁸⁷ R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *Restano gli incentivi solo sull'accordo a due anni*, in *Guida al diritto*, 2003, n. 25, p. 22 ss..

⁸⁸ L. RISICATO, *I riflessi sostanziali del patteggiamento "allargato": l'irriducibile attrito tra giustizia penale negoziata, funzioni della pena e tutela della vittima*, in *Legislazione penale*, 2004, p. 875 ss. Se il riferimento alle cause ostative di tipo soggettivo risponde quindi ad una logica di difesa sociale di tipo special preventivo, può obiettarsi che per la stessa ragione sarebbe stato opportuno impedire a tali soggetti pure l'accesso al patteggiamento tradizionale, dal momento che la mitezza della pena applicata non intacca la pregressa affermazione di pericolosità a loro carico.

Quanto invece alle preclusioni oggettive, il patteggiamento allargato è escluso nelle ipotesi in cui siano stati contestati reati di criminalità organizzata e di terrorismo *ex art. 51 c. 3-bis e 3-quater c.p.p.* Si tratta dei delitti tentati o consumati di associazione mafiosa, sequestro di persona a scopo di estorsione, nonché dei delitti commessi avvalendosi delle condizioni dell'associazione mafiosa o al fine agevolarla. Oscuro rimane il criterio selettivo delle fattispecie ostative: invero non si comprende per quale ragione non siano state ricomprese altre tipologie delittuose, come quelle di stampo sessuale che, specie se commesse a danno di minori, risultano parimenti connotate da un notevole allarme sociale e per le quali appare assai discutibile la celebrazione del rito del patteggiamento.⁸⁹

La previsione sembra ad ogni modo fondarsi più che altro su ragioni punitive e strumentali, volte a dimostrare all'opinione pubblica che con gli autori di certi reati lo Stato non scende a patti.⁹⁰ Oltre a ciò, tale disciplina si presta ad eventuali manovre distorsive del titolare dell'azione penale, il quale potrebbe spingersi a contestare una fattispecie di reato rientrante nel novero di quelle indicate dall'art. 51 c.p.p. con il mero intento di impedire all'imputato l'accesso al patteggiamento *maior*.⁹¹

Questi sbarramenti, soggettivi e oggettivi, aventi natura ostativa paiono ispirati ad una *ratio* "riequilibratrice". Allo scopo di bilanciare la dilatazione dell'ambito applicativo dell'istituto, si è proceduto ad introdurre un meccanismo più selettivo che precludesse l'accesso al rito in talune ipotesi definite e predeterminate dalla legge. Si tratta di circostanze percepite dalla coscienza sociale come immeritevoli di un trattamento premiale e di una pena "mercanteggiata"; bensì, viceversa,

⁸⁹ D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in AA.VV., *I procedimenti speciali in materia penale*, Milano 2003, cit. p. 156.

⁹⁰ R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *Restano gli incentivi solo sull'accordo a due anni*, in *Guida al diritto*, 2003, n. 25, p. 22 ss..

⁹¹ G. LATTANZI - E. LUPO, *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano 2012, p. 505.

meritevoli di una pena giusta, conseguente il pieno accertamento della responsabilità.⁹²

La stessa *ratio* di riequilibrio giustifica la diversa modulazione del corredo premiale accessorio. Invero, il patteggiamento “allargato” inibisce i benefici connessi al patteggiamento tradizionale, quali l’applicazione della sospensione condizionale, delle pene accessorie, delle misure di sicurezza. A questa forma di accordo consegue soltanto la riduzione sanzionatoria tipica del rito, l’inefficacia del giudicato e la mancata menzione della sentenza nel certificato del casellario giudiziale richiesto dai cittadini privati: la serietà e la riprovevolezza dei crimini oggetto della negoziazione non consentono un trattamento sanzionatorio più clemente.

1.2.1.3. Profili comuni

Da ultimo, esistono alcuni aspetti comuni alla disciplina di patteggiamento tradizionale ed allargato. Anzitutto, in entrambi i casi due sono le decisioni possibili: il giudice può decidere di accogliere o rigettare *in toto* la richiesta, oppure di prosciogliere l’imputato laddove ricorrano i presupposti ex art. 129 c.p.p.; diversamente, non gli è consentito intervenire a modificare i termini dell’accordo, né di richiedere un’integrazione probatoria. Qualora, poi, il giudice decida di accogliere il patto concluso tra difesa ed accusa, la relativa sentenza non è appellabile. Quanto alla natura della pronuncia, questa è equiparata ad una condanna e, conseguentemente, genera recidiva, abitudine e professionalità nel reato; non ha, di contro, l’efficacia del giudicato nei giudizi civili o amministrativi, salvo qualora contenga un accertamento del fatto.⁹³

⁹² G. DI CHIARA, *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. 38.

⁹³ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano 2012, p. 1042. Sulla natura della sentenza di patteggiamento, cfr. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano 2011, p. 738 ss.

L'art. 444 c.p.p., inoltre, contempla sempre estromissioni automatiche della parte civile, cui soltanto consentito interloquire sull'applicabilità della pena richiesta dall'imputato nel corso dell'udienza preliminare o al dibattimento: in tal modo difende la sua sopravvivenza nel processo.⁹⁴ Per il resto, la persona danneggiata è esclusa dal rito negoziale, giacché nell'ipotesi in cui venga accolta dal giudice la richiesta di patteggiamento non le è consentito costituirsi parte in giudizio allo scopo di demandare il risarcimento del danno derivante dal reato e neppure la sentenza finale fa stato nel giudizio civile quanto alla sussistenza del fatto e alla responsabilità dell'imputato.⁹⁵ La vittima è quindi sistematicamente abbandonata, sacrificata alle ragioni dell'economia processuale e rinviata alla tutela del giudice civile, le cui inefficienze sono divenute addirittura mitiche.⁹⁶

E' importante rimarcare che, in seguito all'adozione del d. lgs. n. 231 del 2001, anche all'ente giuridico è consentito accedere al rito speciale, e nella forma tradizionale e in quella allargata.⁹⁷ In tali circostanze, si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni *ex artt.* 444 ss. c.p.p., le quali rimangono perciò il riferimento imprescindibile. Non consentendo il sistema delle fonti il trasferimento automatico di istituti e disposizioni di diritto sostanziale nell'alveo della disciplina applicabile al soggetto collettivo, è ragionevole ritenere che il comma 3 dell'art. 444 c.p.p. sia destinato ad operare nei soli casi in cui il soggetto (collettivo o persona fisica) possa ambire alla sospensione della pena ai sensi della legge penale, senza alcuna estensione ulteriore.⁹⁸ Ciò vale a dire che

⁹⁴ F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano 2012, p. 1041-1042.

⁹⁵ G. LATTANZI - E. LUPO, *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano 2012, p. 491. La persona danneggiata dal reato non può quindi far valere nel giudizio *de quo* le sue pretese risarcitorie o restitutorie, ma soltanto domandare la condanna a carico dell'imputato al pagamento delle spese processuali sostenute per la costituzione, sempreché non esistano giusti motivi di compensazione.

⁹⁶ C.E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, cit. p. 542.

⁹⁷ D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, art. 63.

⁹⁸ G. GALLUCCIO MEZIO, *Ancora in tema di sospensione condizionale e procedimento penale a carico dell'ente*, in *Cassazione penale*, 2012, p. 3524. La Suprema Corte ha oltretutto sancito

la mancata previsione della possibilità di sospendere la sanzione determina l'incompatibilità (e, dunque, l'inapplicabilità) della disposizione codicistica con il sottosistema introdotto dal decreto.⁹⁹ Ne consegue che l'ente giuridico, pur potendo negoziare la sanzione penale con l'organo dell'accusa, non può subordinare l'istanza di applicazione della pena alla concessione della sospensione condizionale della medesima: il giudice si vedrebbe in questo caso costretto a rigettare *in toto* tale istanza.

Duplici è, infine, l'interesse soddisfatto da entrambe le forme di negoziazione: quello generale di deflazione, che deriva dall'elisione della fase dibattimentale, e quello particolare ad un trattamento sanzionatorio sostanzialmente di favore, conseguente la scelta del percorso procedimentale differenziato e giustificato alla luce del c.d. principio del premio-incentivo.¹⁰⁰

1.2.2. Divergenze rispetto al modello nordamericano

Il legislatore italiano ha scelto per l'istituto la denominazione di "patteggiamento", che traduce con precisione il termine americano *bargaining*. In questo modo, si è voluto sottintendere che si sarebbero accettati istituti di giustizia negoziata. Eppure, il rinvio all'esperienza statunitense si ferma al tentativo, comune agli ordinamenti contemporanei, di far fronte all'esigenza di sfoltoimento processuale, insieme ad altre vaghe affinità; per il resto, il

l'inapplicabilità dello strumento analogico. Questo diversamente da quanto previsto in materia processuale, dove invece si ammette tale estensione.

⁹⁹ G. GALLUCCIO MEZIO, *Ancora in tema di sospensione condizionale e procedimento penale a carico dell'ente*, in *Cassazione penale*, 2012, cit. p. 3524.

¹⁰⁰ G. LATTANZI - E. LUPO, *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano 2012, p. 480.

patteggiamento italiano neppure pare potersi ricomprendere appieno titolo tra gli istituti di giustizia negoziata.

Negli Stati Uniti le parti possiedono un distinto potere contrattuale, muovono da situazioni dialetticamente contrapposte, sono titolari di interessi particolari e giungono ad un accordo qualora i termini siano valutati vantaggiosi per entrambi.¹⁰¹ Nel nostro Paese, invece, il convergere delle autonome volontà delle parti non sfocia in un accordo processuale di per sé produttivo di effetti giuridici, direttamente collegabili all'incontro delle volontà, ma costituisce la *conditio sine qua non* perché il giudice possa procedere con il rito alternativo.¹⁰² Non si tratta, in altre parole, di una vera e propria transazione tra accusa e difesa, bensì di una presa di contatto tra le parti che consente di saggiare la disponibilità del pubblico ministero all'accordo. Peraltro, neppure esiste uno spazio per la contrattazione: i vantaggi ottenibili sono prefissati dalla legge e concernono la sola entità della sanzione e non altresì il capo d'imputazione. Il timore era che l'introduzione d'una forma di negoziazione corrispondente al *charge bargaining* nordamericano avrebbe comportato una sostanziale violazione del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale previsto ex art. 112 Cost.

Oltre a ciò, la versione italiana del *plea bargaining* mostra una cura maggiore nei confronti dei diritti dell'imputato. Anzitutto, anche di fronte alla richiesta di patteggiamento, il giudice deve pronunciare sentenza di proscioglimento qualora si ricavi l'esistenza di cause di non punibilità dall'esame degli atti. Proprio perché, come già evidenziato, nel nostro ordinamento giuridico il potere contrattuale di difesa ed accusa è minimo, al giudice non è chiesto di vidimare l'accordo concluso tra le parti; piuttosto, secondo uno schema prossimo al modello di giustizia di tipo inquisitorio, gli si demanda di verificare che

¹⁰¹ R. GAMBINI MUSSO, *Il "plea bargaining" tra common law e civil law*, Milano 1985, p. 115 ss.

¹⁰² A. GHIARA, *Applicazione delle sanzioni sostitutive su richiesta dell'imputato*, in *Giustizia Penale*, 1982, p. 588 ss., a proposito della normativa contenuta nella legge del 24 novembre 1981 n. 689. Analoghe considerazioni valgono per il patteggiamento, o meglio per l'istituto dell'applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 c.p.p.

l'imputato non sia innocente e che la pena richiesta sia congrua. Ciò consente, evidentemente, di ridurre uno dei più grandi rischi insiti nella disciplina statunitense, ovvero il rischio della condanna dell'innocente.

Per la stessa ragione, la disciplina codicistica italiana non esige alcun *guilty plea* e la sentenza è soltanto equiparata ad una pronuncia di condanna. Sarebbe superfluo, difatti, esigere un'ammissione di colpevolezza, dal momento che al giudice è accordato il potere di prosciogliere in ogni caso l'imputato *ex art. 129 c.p.p.* Ne deriva una riduzione considerevole del potere deterrente della sentenza, la quale non scarica sul destinatario la stessa dose di biasimo e stigmatizzazione sociale che la qualifica di colpevole solitamente comporta.¹⁰³

1.2.3. Questioni di legittimità costituzionale

Come evidenziato in dottrina, l'istituto dell'applicazione della pena su richiesta delle parti costituisce uno dei terreni su cui più incisivamente si è manifestato l'intervento del giudice della legittimità delle leggi.¹⁰⁴ Era, del resto, prevedibile che ciò accadesse, essendo il patteggiamento un istituto che si pone al crocevia di concezioni processuali distanti e risalenti alle diverse tradizioni giuridiche continentale e di *common law*.¹⁰⁵ Le questioni di legittimità costituzionale sollevate sono il prezzo del tentativo di mediazione di valori in gran parte inconciliabili.¹⁰⁶

Nodale è stata la pronuncia con cui la Corte Costituzionale ha rafforzato il potere di controllo giudiziale, valutando illegittimo il secondo comma dell'art. 444

¹⁰³ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 252.

¹⁰⁴ G. DI CHIARA, *Processo penale e giurisprudenza costituzionale: itinerari*, in *Foro italiano*, 1996, cit. p. 87.

¹⁰⁵ G. LATTANZI - E. LUPO, *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano 2012, p. 482.

¹⁰⁶ E. AMODIO, *Il modello accusatorio statunitense e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della giustizia americana*, in AA.VV., *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di E. Amodio e M. Cherif Bassiouni, Milano 1988, p. 7 ss.

comma c.p.p. nella parte in cui non prevedeva che il giudice dovesse valutare la congruità della pena concordata dalle parti e che potesse rigettare la relativa istanza in caso di valutazione sfavorevole.¹⁰⁷ Il controllo del giudice deve essere esercitato sulla congruità della pena in concreto, giacché la sanzione incongrua non soddisferebbe la finalità rieducativa di cui all'art. 27 comma 3 Cost. Invero, alla sanzione penale va riconosciuto un ruolo essenziale anche nel momento della commisurazione del merito: non può sostenersi l'efficacia emendatrice di una pena che non sia, se non proporzionata, almeno adeguata alla gravità del caso concreto.¹⁰⁸

Nella stessa occasione la Corte ha respinto il dubbio di costituzionalità profilato rispetto agli artt. 101 comma 1, 102, 111 comma 1 e 27 comma 2 Cost. Anzitutto, quindi, il potere di negoziazione delle parti non pregiudicherebbe il potere del giudice, il quale resta libero di contestare la qualificazione giuridica dei fatti data dalle parti, la prevalenza od equivalenza delle circostanze di reato e la congruità della pena, tenuto conto delle risultanze degli atti di indagine. Il controllo giurisdizionale non si limiterebbe perciò alla mera verifica della legittimità. Similmente, è pacifico che il giudice eserciti una funzione giurisdizionale, in primo luogo perché il rito speciale è strumento per la definizione del giudizio e poi perché al giudice è attribuita la facoltà di prosciogliere l'imputato qualora sussista una delle cause di punibilità previste dall'art. 129 c.p.p. Inoltre, il dovere del giudice di motivare la sentenza è rispettato, giacché al giudice non si demanda la mera segnalazione della richiesta presentata dalle parti: gli è demandato altresì di giustificare la correttezza (o meno) e della definizione giuridica e del bilanciamento delle circostanze e della congruità della pena prospettata in concreto dalle parti. Infine, la Corte ha ritenuto che il principio della presunzione d'innocenza non possa dirsi violato per il solo fatto che l'imputato rinunci alla facoltà di contestare l'accusa. L'organo

¹⁰⁷ Corte Cost. 2 luglio 1990, n. 313, in *Cassazione penale*, 1990, p. 221, altresì consultabile all'url <http://www.giurcost.org/decisioni/1990/0313s-90.html>.

¹⁰⁸ G. FIANDACA, *Pena patteggiata e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro italiano*, 1990, p. 2385.

giudicante compie un accertamento meramente negativo in ordine all'assenza di cause di non punibilità e l'onere della prova è di fatto invertito; eppure, la richiesta di applicazione della pena costituisce essa stessa espressione del diritto di difesa, che fa sì che il giudice possa irrogare una sanzione più lieve di quella che applicherebbe in circostanze ordinarie.

Manifestamente inammissibile è stata valutata anche la questione di illegittimità costituzionale sollevata rispetto agli artt. 3 e 27 commi 1, 2 e 3 Cost. Ciò vale a dire che l'art. 444 c.p.p. non è incostituzionale nella parte in cui non prevede che la colpevolezza dell'imputato debba essere accertata dal giudice: difatti, essendogli imposta la valutazione della congruità della pena, esiste una forma di controllo giurisdizionale.¹⁰⁹ Per il resto, la scelta del legislatore è stata valutata coerente con il carattere premiale dell'istituto.¹¹⁰

Nondimeno, infondata è stata giudicata la questione di legittimità dell'art. 444 comma 2 in riferimento agli artt. 3, 24 comma 1 e 25 comma 1 Cost., nella parte in cui si prescrive che, in caso di patteggiamento, il giudice non decida sulla eventuale domanda di risarcimento del danno presentata dalla parte civile. Quanto alla disparità di trattamento che il legislatore riserverebbe al danneggiato nel procedimento in cui l'imputato scelga di scendere a patti con la pubblica accusa, la Corte ha stabilito che prevalente debba considerarsi l'interesse, costituzionalmente tutelato, alla rapida definizione del giudizio. Quanto, poi, al diritto all'azione, questo non è sacrificato poiché la costituzione della parte civile nel processo penale non è l'unico strumento di tutela giudiziaria a disposizione del soggetto: alla persona danneggiata, difatti, dal reato è riconosciuta la possibilità di richiedere il risarcimento del danno derivante da reato in sede di giudizio civile. Neppure può dirsi violato il principio del giudice naturale

¹⁰⁹ G. LOZZI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, p. 27. Cfr. anche G. FIANDACA, *Pena "patteggiata" e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro italiano*, 1990, p. 2393 ss.

¹¹⁰ Corte Cost. 3 maggio 1998, n. 172, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1998, p. 1441.

precostituito per legge, giacché la competenza del giudice penale viene meno al verificarsi di una condizione prevista in via generale ed astratta dal legislatore.¹¹¹ Di contro, l'art. 444 comma 2 c.p.p. è illegittimo per violazione dell'art. 24 Cost. nella parte in cui non prevedeva che l'imputato potesse essere condannato al pagamento delle spese processuali a favore della parte civile. Si tratterebbe di una previsione priva di *ratio*, in quanto la scelta del rito speciale in nulla dipende dal soggetto danneggiato dal reato.¹¹²

La Corte, dunque, chiamata a verificare la conformità del patteggiamento rispetto a svariati principi costituzionali, ha accolto soltanto le questioni relative alla congruità della pena ed al risarcimento delle spese del giudizio, rigettando, viceversa, tutti gli altri profili di illegittimità sollevati dai giudici remittenti. Eppure, numerose obiezioni possono sollevarsi rispetto alle dichiarazioni di infondatezza adottate dal giudice delle leggi.

E', in effetti, difficile coordinare la disciplina del rito speciale con il contenuto dell'art. 101 comma 2 c.p.p.: se il giudice è soggetto alla sola legge, dovrebbe poterla sempre applicare senza interferenze esterne che possano incidere sul suo libero convincimento. Il patteggiamento, diversamente, attribuisce alla *voluntas* delle parti la capacità di determinare il *quantum* della pena e priva in tal modo il giudice di una facoltà riservatagli dalla Carta costituzionale.¹¹³

Del pari, vero è che la scelta del patteggiamento da parte dell'imputato non implica una rinuncia *in toto* al diritto di difesa e che, anzi, la scelta della strategia processuale è espressione del diritto medesimo; tuttavia, non può trascurarsi il carattere indisponibile dei diritti in gioco, segnatamente della libertà personale.

La portata del principio della presunzione d'innocenza, oltretutto, è manifestamente ribaltata: l'imputato non è sempre prosciolto salvo che ne sia provata la colpevolezza oltre il ragionevole dubbio; all'inverso è sempre

¹¹¹ Corte Cost. 12 ottobre 1990, n. 443, in *Cassazione penale*, 1992, p. 525.

¹¹² Corte Cost. 12 ottobre 1990, n. 443, in *Cassazione penale*, 1992, p. 525.

¹¹³ G. LOZZI, *La legittimità costituzionale del c.d. patteggiamento*, in *Rivista di diritto processuale penale*, 1990, p.1600.

condannato, salvo che la sua innocenza non risulti manifesta.¹¹⁴ Cionondimeno, parte della dottrina ha obiettato che l'art. 27 comma 2 Cost. non indica il *quantum* di prova necessario per emettere una sentenza di condanna, lasciando il legislatore ordinario libero di modulare la titolarità dell'onere della prova.¹¹⁵

Quanto al principio della motivazione della sentenza, appare arduo che il giudice possa adempiere l'onere impostogli e non limitarsi ad una narrazione apodittica dei fatti, essendo chiamato a dar conto di scelte che provengono da terzi.¹¹⁶

Da ultimo, il quadro è aggravato da alcune prassi "devianti" affermatesi, le quali hanno portato ad una reiterata violazione del principio di legalità. Non è infrequente che, per rientrare nei limiti della pena patteggiabile, non si osservino in maniera rigorosa i parametri per la commisurazione della pena contenuti nell'art. 133 c.p. e, ancor più, i criteri di riconoscimento delle circostanze attenuanti. Queste, difatti, vengono concesse anche in casi di opinabile sussistenza.¹¹⁷ La stessa giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, d'altronde, ha favorito lo sviluppo della prassi, sancendo che il giudizio di comparazione delle circostanze attenuanti sia rimesso all'accordo tra le parti e non, invece, all'accertamento del giudice.¹¹⁸

Cionondimeno, l'istituto è parso finora assolutamente in linea con gli orientamenti maturati a livello sovranazionale in tema di amministrazione della giustizia penale, convinti della necessità di inserire moduli procedurali

¹¹⁴ A. SANNA, *Effetti penali della sentenza a pena concordata: il peso insostenibile di una condanna senza giudizio di colpevolezza*, in *Cassazione penale*, 2013, p. 4525 ss.

¹¹⁵ P. PAULESU, *Applicazione della pena su richiesta delle parti e fascicolo per il dibattimento*, in *Giurisprudenza italiana*, 1994, p. 685.

¹¹⁶ G. TRANCHINA, *Patteggiamento e principi costituzionali: una convivenza piuttosto difficile*, in *Foro italiano*, 1990, I, p. 2394.

¹¹⁷ G. LOZZI, *Una sentenza sorprendente in tema di patteggiamento allargato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, p. 676 ss.

¹¹⁸ Cassazione S.u. 28 maggio 1997, n. 5.

differenziati, capaci di adeguarsi alla varietà dei fenomeni criminoso.¹¹⁹ Così, la giustizia è in grado di garantire risposte pronti ed efficaci.¹²⁰

1.3. La circolazione della giustizia negoziata nel processo tedesco

In materia di giustizia negoziata, peculiare è il caso tedesco. Anzitutto, in Germania soltanto nel 2009 il legislatore ha deciso di introdurre una disciplina *ad hoc* che disciplinasse gli *absprachen* (detti anche *vergleiche*), termine con cui sono indicate le “intese processuali”.¹²¹ A ragione di ciò, a lungo si è alluso alla Germania come “terra priva di *plea bargaining*”.¹²²

Con questa normativa è stata in realtà legalizzata una prassi invalsa sin dalla fine degli anni Settanta del secolo scorso e mai codificata.¹²³ La genesi di tale prassi ha rappresentato la risposta ad un’esigenza pratica: in quegli anni, invero, si assisteva ad un notevole incremento del numero dei reati commessi in materia ambientale e di stupefacenti, nonché del numero dei reati economici c.d. dei colletti bianchi.¹²⁴ Complessivamente, si trattava di contenziosi che, per la loro

¹¹⁹ G. LATTANZI - E. LUPO, *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano 2012, p. 483.

¹²⁰ D. VIGONI, *L’applicazione della pena su richiesta delle parti*, Milano 2000, p. 15 ss.

¹²¹ Si tratta della l. 27 luglio 2009, che ha regolato gli istituti della giustizia negoziata introducendo nello *Strafprozessordnung* l’art. 257, lett. c.

¹²² J.H. LANGBEIN, *Land without plea bargaining: how the Germans do it*, in *The Michigan law review association*, 1979, dove l’autore evidenzia le ragioni dell’efficienza del sistema penale tedesco, che consentirebbero di rinunciare agli istituti di giustizia negoziata.

¹²³ F. IOVENE, *Il patteggiamento made in Germany supera il vaglio di costituzionalità (nota esplicativa della sentenza pronunciata il 19 marzo 2013 dal Bundesverfassungsgericht)*, in *Cassazione penale*, 2013, p. 2483. Si trattava di accordi informali conclusi tra giudice, pubblico ministero, difensore ed imputato (o indagato), in forza dei quali il giudice si impegnavo ad applicare una determinata pena o a non superare un limite massimo di pena da lui individuato, a fronte della confessione dell’imputato e della sua rinuncia ad altri diritti processuali.

¹²⁴ S.C. THAMAN, *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*, Durham 2010, p. 51.

difficoltà intrinseca, esigevano tempi processuali lunghi e che, conseguentemente, minavano l'efficienza del sistema tedesco.¹²⁵

In aggiunta, essendo la diffusione della pratica delle intese processuali dipesa da esigenze di tipo pratico e non essendo, invece, dipesa dall'influenza esercitata dal sistema giuridico americano su quello tedesco, il relativo istituto presenta pochi elementi in comune sia con il *plea bargaining* sia con il "patteggiamento" previsto dal codice di procedura penale italiano. Addirittura, pare la normativa più lontana dal modello americano.

Così, le intese definite *absprachen* sono negozi processuali mediante i quali l'imputato rende una confessione del fatto nell'attesa dell'applicazione da parte del giudice di una pena determinata.¹²⁶ La confessione si distingue dal *guilty plea* nordamericano in quanto non svilisce la funzione cognitiva del processo e, quindi, l'accertamento della verità. L'accordo, inoltre, non è strutturato come un autonomo rito alternativo perché s'innesta sul dibattimento. Ciò significa che, da una parte, resa la confessione da parte dell'imputato, permane in capo al giudice il dovere di accertare la credibilità della stessa; dall'altra, significa che, anzi, l'efficacia dell'intesa è subordinata all'accertamento della responsabilità dell'imputato ed alla sua condanna nella fase dibattimentale.¹²⁷

Stante la permanenza della fase dibattimentale, è dubbia la capacità deflattiva della normativa. L'unico effetto premiale derivante dal perfezionamento di un'intesa è la riduzione dell'alea del dibattimento, che consegue la prospettazione della pena operata dal giudice come parte dell'intesa medesima. Neppure esiste un vero e proprio sconto sanzionatorio o, tanto meno, quel tipo di negoziazione che è noto all'ordinamento statunitense come *charge bargaining*:

¹²⁵ M.D. DUBBER, *American plea bargains, german lay judges and the crisis of criminal procedures*, in *Stanford law review*, 1997, p. 550.

¹²⁶ J.P. PIERINI, *Le recenti riforme del processo penale della Repubblica federale tedesca*, in *Diritto penale e processo*, 2010, p. 499.

¹²⁷ F. IOVENE, *La giustizia negoziata al confine tra modello inquisitorio e accusatorio: patteggiamento e Verständigung a confronto*, in *Cassazione penale*, 2013, p. 3286.

ciò vale a dire che non è ammesso lo “sfolgimento” delle imputazioni o la concentrazione su alcune imputazioni specifiche con archiviazione delle altre.

Oggetto dell'accordo, insomma, possono essere soltanto le conseguenze giuridiche che normalmente costituiscono il contenuto della sentenza, altri provvedimenti processuali inerenti al procedimento di cognizione sottostante e la condotta processuale dei soggetti che vi partecipano.¹²⁸ Sono escluse, di contro, le misure di sicurezza e neppure al giudice è consentito di anticipare la misura della pena che applicherà: alle parti indica una mera cornice sanzionatoria entro cui la pena viene concretamente determinata.¹²⁹

Oltretutto, l'efficacia dell'intesa viene meno anche qualora il giudice ritenga che la pena non possa più considerarsi “congrua” giacché, all'esito del dibattimento, risulta che non siano state prese in considerazione circostanze di fatto o di diritto significative, oppure che ne siano emerse di nuove.¹³⁰ In tali ipotesi, il giudice informa prontamente le parti di non potersi ulteriormente attenere all'intesa. A dimostrazione della necessità da parte del giudice di non limitarsi alla mera accettazione della confessione, è previsto che la rescissione unilaterale dell'accordo si rifletta sulla confessione dell'imputato, che non è più valutabile ai fini dell'accertamento della sua responsabilità.¹³¹

Il giudice, poi, ha un ruolo attivo nelle negoziazioni: benché l'intesa si perfezioni con il consenso del pubblico ministero, anche il giudice può farsi promotore dell'intesa e attivarsi, accanto al pubblico ministero e all'imputato, per raggiungerla. Tale facoltà è comunque riconosciuta ai soli giudici togati e dunque

¹²⁸ F. IOVENE, *Il patteggiamento made in Germany supera il vaglio di costituzionalità (nota esplicativa della sentenza pronunciata il 19 marzo 2013 dal Bundesverfassungsgericht)*, in *Cassazione penale*, 2013, p. 2484.

¹²⁹ F. IOVENE, *Il patteggiamento made in Germany supera il vaglio di costituzionalità (nota esplicativa della sentenza pronunciata il 19 marzo 2013 dal Bundesverfassungsgericht)*, in *Cassazione penale*, 2013, p. 2484.

¹³⁰ J.P. PIERINI, *Le recenti riforme del processo penale della Repubblica federale tedesca*, in *Diritto penale e processo*, 2010, p. 509.

¹³¹ N. RECCHIA, *La difficile questione della legittimità costituzionale del patteggiamento dinanzi al Bundesverfassungsgericht*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, p. 3.

“professionali”. Ne deriva una curiosa forma di *plea bargaining*, in cui il giudice è promotore e parte attiva dell’accordo, mentre al pubblico ministero è attribuito il ruolo di garante della legalità del procedimento.¹³²

Il rischio maggiore insito nella disciplina recentemente introdotta in Germania è allora il pregiudizio dell’indipendenza del giudice. Negli Stati Uniti l’imputato ha la possibilità di scegliere se concludere un accordo con il pubblico ministero dinanzi al giudice monocratico o se, di contro, “tentare la fortuna” dinanzi ad una giuria popolare.¹³³ Diversamente, qualora l’imputato tedesco ritiri la propria confessione oppure questa venga meno per volontà del giudice, egli è giudicato dallo stesso giudice che aveva ascoltato la previa confessione.

Nonostante la “non valutabilità” formale della confessione, il danno per l’imputato che l’abbia già resa è irreparabile. Il timore, in particolare, è per l’atteggiamento ritorsivo del giudice che veda rifiutata un’offerta da lui percepita come generosa e, di conseguenza, per le pressioni esercitabili sull’imputato al fine indurlo ad accettare i termini dell’accordo.¹³⁴ Si comprometterebbero, in tal modo, l’imparzialità del giudice e l’equità del giudizio, nonché evidentemente il diritto di difesa dell’imputato.

Nonostante queste considerazioni, il Tribunale Costituzionale federale tedesco ha vagliato nel mese di marzo del 2013 la legittimità costituzionale della normativa contenente l’istituto delle intese processuali, ritenendola, conclusivamente, costituzionalmente legittima.¹³⁵

¹³² F. IOVENE, *La giustizia negoziata al confine tra modello inquisitorio e accusatorio: patteggiamento e Verständigung a confronto*, in *Cassazione penale*, 2013, p. 3282. Nei sistemi di diritto civile la confessione non rende necessariamente superflua l’attività del giudice, il quale, invero, continua ad applicare la legge penale e soltanto in subordine si fa condizionare dal volere delle parti.

¹³³ M.D. DUBBER, *American plea bargains, german lay judges and the crisis of criminal procedures*, in *Stanford law review*, 1997, p. 558.

¹³⁴ J.P. PIERINI, *Le recenti riforme del processo penale della Repubblica federale tedesca*, in *Diritto penale e processo*, 2010, p. 510.

¹³⁵ F. IOVENE, *Il patteggiamento made in Germany supera il vaglio di costituzionalità (nota esplicativa della sentenza pronunciata il 19 marzo 2013 dal Bundesverfassungsgericht)*, in *Cassazione penale*, 2013, p. 2482 ss. Cfr. Bundesverfassungsgericht 13 Marzo 2013, n. 2628.

Più precisamente, si è confermato il dovere del giudice di accertare la verità dei fatti, anche qualora sia raggiunta un'intesa processuale, in ossequio al principio di colpevolezza.¹³⁶ Non solo si vietano le confessioni parziali o meramente formali, ma in ogni caso deve accertarsi la correttezza del contenuto della confessione medesima. Questa, inoltre, non potrà mai riguardare la qualificazione giuridica del fatto, neppure le eventuali circostanze aggravanti od attenuanti.¹³⁷ Il giudice, dunque, può lecitamente concludere accordi ai fini della semplificazione processuale, purché adotti le opportune precauzioni, atte ad assicurare il rispetto delle prescrizioni costituzionali.¹³⁸

Si ribadisce, in aggiunta, che la trasparenza e la pubblicità del procedimento debbono essere garantite verbalizzando e presentando in dibattimento non solo il contenuto dell'accordo raggiunto, ma anche quello delle negoziazioni. Addirittura, la violazione di questi obblighi è valutata come causa di nullità generale, in contrasto con quanto previsto dalla disciplina generale in tema di vizi del procedimento.¹³⁹

Al contempo, tuttavia, sono stati accolti i tre distinti ricorsi individuali alla base della pronuncia e ne è stata quindi disposta la cassazione con rinvio. Nei primi due ricorsi era violato il dovere in capo al giudice di informare l'imputato circa la possibilità che la pena prospettata nell'intesa venga disattesa. Si lamentava pertanto la violazione dei principi costituzionali della libertà personale, dell'equo processo e del *nemo tenetur se detegere*, ossia la garanzia avverso

¹³⁶ F. IOVENE, *Il patteggiamento made in Germany supera il vaglio di costituzionalità (nota esplicativa della sentenza pronunciata il 19 marzo 2013 dal Bundesverfassungsgericht)*, in *Cassazione penale*, 2013, p. 2483. Precisamente, «al giudice ed alle parti è vietato impegnarsi in una 'transazione' mascherata da giustizia, in un 'commercio' con la giustizia».

¹³⁷ N. RECCHIA, *La difficile questione della legittimità costituzionale del patteggiamento dinanzi al Bundesverfassungsgericht*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, p. 7.

¹³⁸ F. IOVENE, *Il patteggiamento made in Germany supera il vaglio di costituzionalità (nota esplicativa della sentenza pronunciata il 19 marzo 2013 dal Bundesverfassungsgericht)*, in *Cassazione penale*, 2013, p. 2486. Compito fondamentale del processo penale, infatti, è, avendo accertato la verità dei fatti, «applicare una pena adeguata alla colpa».

¹³⁹ Cfr. *supra*, nota n. 75.

l'autoincriminazione.¹⁴⁰ Nel terzo ricorso, invece, il giudice si accontentava della confessione formale dell'imputato e rinunciava all'accertamento della verità materiale, con conseguente violazione dei principi di colpevolezza e legalità.¹⁴¹

In conclusione, l'attuale configurazione della normativa in materia di intese processuali è il risultato della fedeltà al principio inquisitorio: il rifiuto di una condanna interamente "patteggiata" tra le parti e la salvaguardia del principio del libero convincimento del giudice hanno di fatto frenato l'adozione di soluzioni più prossime al *plea bargaining*.¹⁴²

Neanche il tribunale costituzionale, chiamato al vaglio della legittimità degli *absprachen*, ha saputo contribuire all'evoluzione dell'istituto. La cautela della pronuncia non ha sconfessato la prassi consolidatasi nel corso di decenni e neppure ha accolto l'orientamento maggioritario, condiviso dalla dottrina e dall'opinione pubblica tedesca, contrarie ad un istituto considerato apertamente in contrasto con taluni principi fondamentali dell'ordinamento e definito metaforicamente come "un mercato delle indulgenze".¹⁴³

¹⁴⁰ F. IOVENE, *Il patteggiamento made in Germany supera il vaglio di costituzionalità (nota esplicativa della sentenza pronunciata il 19 marzo 2013 dal Bundesverfassungsgericht)*, in *Cassazione penale*, 2013, p. 2486. Invero, ciò aveva precluso all'imputato la valutazione responsabile e autonoma dei rischi connessi alla propria confessione.

¹⁴¹ N. RECCHIA, *La difficile questione della legittimità costituzionale del patteggiamento dinanzi al Bundesverfassungsgericht*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, p. 10. L'imputato, peraltro, era stato indotto a confessare a seguito della prospettazione di conseguenze sanzionatorie più gravi nel caso in cui non avesse ammesso l'addebito.

¹⁴² J.P. PIERINI, *Le recenti riforme del processo penale della Repubblica federale tedesca*, in *Diritto penale e processo*, 2010, p. 511. Cfr. F. IOVENE, *La giustizia negoziata al confine tra modello inquisitorio e accusatorio: patteggiamento e Verständigung a confronto*, in *Cassazione penale*, 2013, p. 3282, dove è messo in luce che «il processo penale tedesco può essere definito come un procedimento di tipo accusatorio vincolato al principio della ricerca della verità materiale». Difatti, se entrambi i modelli accusatorio ed inquisitorio intendono la confessione come prova decisiva della colpevolezza, soltanto il primo rende di per sé superfluo il giudizio.

¹⁴³ H. PRANTL, *Der alte strafprozess ist tot*, in *Süddeutsche Zeitung*, 2013, così come citato in N. RECCHIA, *La difficile questione della legittimità costituzionale del patteggiamento dinanzi al Bundesverfassungsgericht*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, p. 1. 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 *Cassazione penale*, 2013, p. 2485, dove sono riportate le principali critiche formulate dalla dottrina. La nuova

E' evidente che la portata pratica della pronuncia dipenderà largamente dall'adeguamento da parte dei giudici alle prescrizioni della stessa. Qualora ciò non avvenga, il rischio connesso è che i principi fondamentali, indisponibili e non sottoponibili a bilanciamento siano salvaguardati in teoria e disattesi nella pratica. Viceversa, in caso d'adeguamento è lecito dubitare della capacità deflattiva del carico giudiziario da riconoscere allo strumento dell'intesa processuale.¹⁴⁴

normativa irrigidirebbe le forme processuali, appesantendo l'attività del giudice e frustrando, almeno parzialmente, lo scopo primario di decongestionamento del carico giudiziario.

¹⁴⁴ N. RECCHIA, *La difficile questione della legittimità costituzionale del patteggiamento dinanzi al Bundesverfassungsgericht*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013, p. 10.

CAPITOLO SECONDO
IL PATTEGGIAMENTO NEI PROCEDIMENTI DINANZI AI TRIBUNALI PENALI
INTERNAZIONALI

2.1. I tribunali ad hoc

Con l'istituzione dei Tribunali penali internazionali *ad hoc* per i crimini commessi nell'ex Jugoslavia ed in Ruanda (rispettivamente noti come ICTY e ICTR), il fenomeno della negoziabilità ha valicato i confini nazionali per affermarsi nell'ambito della giustizia penale internazionale. Più in generale, è sorto un insieme di corti superstatuali, incaricate di giudicare crimini che, per la loro drammaticità, sono sottratti alla competenza delle corti nazionali.¹⁴⁵ Frequentemente, del resto, i responsabili di tali atrocità sono proprio gli Stati, nella veste delle più alte cariche istituzionali.

I due Tribunali *ad hoc* sono stati istituiti dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite e sono chiamati a svolgere un mandato *ad hoc*, limitato *ratione temporis, loci et personae*. In altre parole, si tratta di istituti e procedure specificamente volti a far fronte all'esigenza di umanità e legalità emerse dalle crudeltà dei conflitti nei Balcani ed in Ruanda. Il Consiglio, difatti, riteneva che la creazione di tribunali specificamente competenti a giudicare i responsabili di questi crimini fosse necessaria per scongiurare la minaccia alla pace internazionale.

Essi giudicano applicando i rispettivi Statuti, disposti dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, e le *Rules of procedure and evidence*, redatte dai giudici di ciascun Tribunale senza l'approvazione del Consiglio di sicurezza, ma nel rispetto dei principi indicati nello Statuto. Quando questi non forniscono un'adeguata soluzione interpretativa, la *Chamber*, vale a dire il collegio giudicante, applica le norme di diritto internazionale consuetudinario; in mancanza, i principi generali del diritto internazionale penale o i principi generali del diritto penale comuni ai principali sistemi giuridici oppure, in via ulteriormente sussidiaria, i principi generali del diritto affermatasi nel contesto della giustizia internazionale.¹⁴⁶ A differenza di quanto accade nei procedimenti presso la Corte penale internazionale permanente, nei Tribunali *ad hoc* vige il principio della prevalenza della giurisdizione internazionale: è loro consentito avocare a sé i procedimenti

¹⁴⁵ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 170.

¹⁴⁶ Cfr. Prosecutor v. Kupreškić, *First sentencing judgement*, Case IT-95-16, 14 gennaio 2000, par. 677, dove la Camera di prima istanza sancisce che debbano applicarsi quei principi che costituiscono il denominatore comune al maggior numero possibile di sistemi giuridici conosciuti.

pendenti dinanzi alle corti nazionali degli Stati membri delle Nazioni Unite, qualora lo ritengano opportuno.¹⁴⁷

Constano di tre organi: oltre alle Camere (tre di primo grado ed una di seconda istanza), si distinguono la procura e la cancelleria, che assiste sia le Camere che il *prosecutor*, ossia il pubblico ministero. Le Corti dispongono di sedici giudici permanenti e nove giudici *ad litem*, i quali non possono modificare le *Rules of procedure and evidence* né accedere alla Camera di appello, che si compone di sette giudici. La procura, invece, agisce in condizioni di autonomia dagli altri organi, dagli Stati e dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite.

L'insieme di regole contenute negli Statuti, redatti presso le Nazioni Unite da avvocati provenienti soprattutto da paesi di *common law*, sembra aderire al modello accusatorio.¹⁴⁸ Il compito di indagare e perseguire le persone responsabili dei crimini che rientrano nella giurisdizione dei Tribunali è affidato al *prosecutor*, sul presupposto che sia, d'altro canto, compito della difesa cercare prove a discolora dell'imputato. Invece, il giudice è un arbitro neutrale che giudica i fatti applicando la legge.¹⁴⁹ Ciononostante, si è prodotta una vistosa ibridazione tra modelli processuali.¹⁵⁰ Molte modifiche sono state introdotte, anzitutto allo scopo di assicurare maggior speditezza ai procedimenti: tra queste, alcune sono caratteristiche che tipicamente si ritrovano nei sistemi di *civil law*.¹⁵¹

¹⁴⁷ M. BALBONI, *Da Norimberga alla Corte penale internazionale*, in AA.VV., *Crimini internazionali tra diritto e giustizia. Dai Tribunali internazionali alle Commissioni verità e riconciliazione*, a cura di G. Illuminati, L. Stortoni e M. Virgilio, Torino 2000, p. 18 ss.

¹⁴⁸ A. CASSESE - G. ACQUAVIVA - M. FAN - A. WHITING, *International criminal law: cases and commentary*, Oxford 2011, p. 571.

¹⁴⁹ Ad esempio, gli esami incrociati dei testimoni sono solitamente condotti dalle parti.

¹⁵⁰ P.M. WALD, *ICTY judicial proceedings*, in *Journal of international criminal justice*, 2004, p. 467: l'autrice aggiunge che tale mescolanza è frustrante per alcuni avvocati, secondo i quali dovrebbe optarsi per l'una o l'altra soluzione, cioè per il modello *adversarial* o, viceversa, inquisitorio. È importante, allora, che ciascuna parte (avvocato, imputato ed anche il giudice) sia rassicurata che, nonostante l'ibridazione tra modelli processuali, i principi generali del giusto processo sono stati preservati così come loro li conoscono.

¹⁵¹ Cfr., come esempi, art. 92-bis delle ICTY *Rules of procedure and evidence* (*Admission of written statements and transcripts in lieu of oral testimony*): le testimonianze rese per iscritto sono ora sempre consentite qualora non pertengano la condotta dell'imputato; *Prosecutor v. Limaj et al., Trial Chamber, decision on the prosecution's motion to admit prior statement as substantive evidence*, Case IT-03-66, 25 aprile 2005, par. 8, quando si afferma: «*While the procedure and evidentiary system of this Tribunal represents an attempt to blend elements of both civil and adversarial systems, it remains primarily adversarial*». Evidentemente, poi, a prescindere dal modello di giustizia adottato, ciascuna parte, applicando il diritto e le regole del Tribunale, tenderà ad essere influenzata dalla propria esperienza normativa nazionale.

Lo *ius puniendi* è esercitato dai Tribunali *ad hoc* in nome della comunità internazionale allo scopo di punire alcuni dei più gravi crimini internazionali e consentire una rielaborazione e dunque un superamento oggettivo del passato.¹⁵² L'idea è che la giustizia e l'affidabilità del sistema giudiziario siano presupposti necessari per ricucire il tessuto sociale e, consentendo la convivenza di vittime e carnefici, porre la basi per la costruzione di una nuova società.

Dunque, sotto il profilo punitivo e repressivo, ICTY e ICTR sono lo strumento di reazione all'inerzia degli Stati responsabili o, comunque, giuridicamente competenti a giudicare i crimini di guerra e contro l'umanità.¹⁵³ Oltre a ciò, i Tribunali devono fungere da deterrente per il futuro, rendere giustizia alle vittime e, favorendo la riconciliazione, contribuire al ristabilimento della pace nel territorio dell'ex Jugoslavia e del Ruanda.¹⁵⁴

2.1.1. Il Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia

Il tribunale *ad hoc* per l'ex Jugoslavia (ICTY) è stato istituito con risoluzione 827 del 25 maggio 1993 dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite allo scopo di perseguire ogni persona sospettata di aver commesso gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra del 1949, delle leggi e delle consuetudini di guerra, crimini contro l'umanità e genocidio dopo il primo gennaio 1991 sul territorio dell'ex Repubblica federale socialista jugoslava.¹⁵⁵

¹⁵² O. TRIFFTERER, *Origine, sviluppo e stato attuale del diritto e della giustizia penale internazionale*, in AA.VV., *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, a cura di A. Cassese, M. Chiavario e G. De Francesco, Torino 2005, p. 58.

¹⁵³ S. RAGAZZI, *Pulizia etnica in Bosnia e crimine di genocidio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, p. 1349.

¹⁵⁴ Consiglio di sicurezza Onu, risoluzione 8 novembre 1994, n. 955, consultabile all'url www.un.org/docs/scres/1994/scres94.htm. Cfr. L. TEDOLDI, *La giustizia internazionale. Un profilo storico-politico dall'arbitrato alla Corte penale*, Roma 2012, p. 153 ss.: l'autore, tra gli obiettivi comuni e dei Tribunali *ad hoc* e della Corte penale internazionale, cita anche: la depoliticizzazione di una catena di eventi che potrebbe condurre a forme di "giustizia privata"; l'allontanamento delle persone condannate da qualsiasi carica pubblica o politica; la garanzia del nocciolo duro dei diritti umani.

¹⁵⁵ Il Tribunale ha frequentemente riscontrato la sussistenza della fattispecie di persecuzione come crimine contro l'umanità: essa consiste in una serie di atti non occasionali e non isolati il cui intento è discriminatorio, ossia privare i componenti di un certo gruppo di certi diritti. Se, poi, il crimine è commesso con dolo specifico, vale a dire con l'intento ulteriore di sterminare fisicamente il gruppo, si configura il ben più grave reato di genocidio. Cfr., ad esempio, *Prosecutor v. Krstić, First sentencing judgement*, Case IT-98-33, 2 agosto 2001, par. 636.

Il luogo del conflitto è la Repubblica federale socialista jugoslava, che fino al 1990 si componeva di sei stati: Bosnia-Erzegovina, Croazia, Serbia, Montenegro, Slovenia e Macedonia.

Ciascuna Repubblica era popolata principalmente da una comunità etnica, ad eccezione della Bosnia-Erzegovina che era priva di frontiere etniche riconoscibili. Tali comunità hanno convissuto pacificamente fino a che la caduta del comunismo e l'avvento di una crisi economica grave hanno esasperato i sentimenti nazionalisti locali. Naturale conseguenza furono le dichiarazioni d'indipendenza dall'organismo federale e la proclamazione degli autogoverni locali.

Si trattava di movimenti propriamente totalitari, dal momento che la violenza era lo strumento per il raggiungimento degli obiettivi politici, tra i quali di particolare importanza è la c.d. pulizia etnica.¹⁵⁶ La fondazione di stati etnicamente "puliti" è stata definita come la politica intesa a rendere etnicamente omogeneo un territorio attraverso l'uso della forza e dell'intimidazione, al fine di rimuovere individui appartenenti a un determinato gruppo dal territorio stesso.¹⁵⁷ La campagna di pulizia etnica nell'ex Jugoslavia è stata organizzata sistematicamente: non è stata accidentale, bensì pianificata prima e coordinata poi da parte delle più alte autorità locali.¹⁵⁸

Si stima che tutti i gruppi etnici presero parte alla spirale di violenza. Tuttavia, è in Bosnia che, per via della mescolanza di gruppi diversi, la guerra civile ha raggiunto il più alto grado di efferatezza e i serbi (soprattutto serbo-bosniaci) sono i responsabili delle maggiori barbarie.¹⁵⁹ Queste furono commesse in veri e propri campi di sterminio, dove erano detenuti i civili, donne e uomini delle altre etnie.¹⁶⁰

¹⁵⁶ F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna 2006, p. 108.

¹⁵⁷ Rapporto finale della commissione di esperti conforme alla risoluzione del Consiglio di sicurezza Onu, 16 ottobre 1992, cit. par. 129.

¹⁵⁸ S. RAGAZZI, *Pulizia etnica in Bosnia e crimine di genocidio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, p. 1297.

¹⁵⁹ M. FLORES, *Il secolo-mondo*, Bologna 2000, p. 501 ss.

¹⁶⁰ A proposito dei lager, cfr. M. MANN, *Il lato oscuro della democrazia: alle radici della violenza etnica*, Milano 2005, p. 503, dove il direttore di uno dei campi di sterminio nel territorio dell'ex Jugoslavia paragona tale vicenda ad Auschwitz e individua nella follia collettiva le cause del fenomeno; H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Milano 1967, cit. p. 628 ss., a proposito dei campi di sterminio nazisti: «I lager sono i laboratori dove si sperimenta la trasformazione della natura umana. [...] I regimi totalitari hanno scoperto, senza saperlo, che ci sono crimini che gli uomini non possono né punire né perdonare. Quando l'impossibile è stato reso possibile, è diventato il male assoluto, impunito e imperdonabile, che non poteva più essere compreso e spiegato coi malvagi motivi dell'interesse egoistico, dell'avidità, dell'invidia, del risentimento; e che quindi la collera non poteva vendicare, la carità sopportare, l'amicizia perdonare. [...] Così questa nuova

Il conflitto bosniaco ha determinato il dislocamento forzato e la morte di alcune centinaia di migliaia di persone. È terminato nel 1995 con la firma degli accordi di pace di Dayton da parte dei presidenti di Croazia, di Bosnia-Erzegovina e della Repubblica federale di Jugoslavia. Oltre a garantire lo svolgimento di elezioni democratiche, le parti si impegnavano a riconoscere l'indipendenza della Bosnia-Erzegovina, come entità statale comprensiva della federazione della Bosnia-Erzegovina e della Repubblica serba. L'istituzione del Tribunale *ad hoc* per l'ex Jugoslavia interrompeva quelli che erano stati definiti "*the years of silence*".¹⁶¹ Si è innescato così un processo di progressiva e, si spera, irreversibile affermazione della normalità della repressione delle gravi violazioni del diritto internazionale umanitario. Quel che qui interessa è che l'art. 20 dello Statuto stabilisce che l'imputato, rispetto ai fatti contestatigli dal pubblico ministero, debba dichiararsi *guilty* o *not guilty* nel corso della prima udienza. Qualora manchi di prendere posizione in merito alla propria colpevolezza, si ritiene che l'imputato abbia reso un *not guilty plea*.

Sulla falsariga della *Rule 11* delle Regole federali statunitensi, gli articoli 62, 62-bis e 62-ter delle *Rules of procedure and evidence* (RPE), ossia le Regole di procedura e di prova, elencano le condizioni dell'ammissibilità della dichiarazione di colpevolezza.¹⁶² Il giudice deve verificare che tale dichiarazione sia volontaria, informata, inequivoca e che la *factual basis*, risultante da fonti di prova o dall'accordo tra le parti, sia sufficiente a provare il crimine e la partecipazione dell'imputato al crimine medesimo. Ciò significa che l'imputato deve *sua sponte*, senza alcuna minaccia e in maniera non ambigua ammettere la propria responsabilità ed essere in grado di comprendere le conseguenze della propria dichiarazione.¹⁶³ I termini dell'accordo devono essere comunicati al giudice che, comunque, non ne resta vincolato in alcun modo.¹⁶⁴

specie di criminali sono al di là persino della solidarietà derivante dalla consapevolezza della peccabilità umana».

¹⁶¹ M. CHERIF BASSIOUNI, *International criminal law*, New York 1999, p. 53.

¹⁶² M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 177.

¹⁶³ R. HENHAM - M. DRUMBL, *Plea bargaining at international criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, in *Criminal law forum*, 2005, p. 67.

¹⁶⁴ Diversi sono i casi in cui il Tribunale non si è attenuto ai termini della negoziazione. Cfr., come esempi, *Prosecutor v. Nikolić, First sentencing judgement*, Case IT-94-2, 18 dicembre 2003, par. 180, quando i giudici, avendo valutato la gravità dei crimini commessi dall'imputato, irrogavano una pena pari ad anni 27 di detenzione, nonostante le parti si fossero accordate che questa dovesse essere ricompresa tra i 15 e i 20 anni di reclusione; *Prosecutor v. Plavšić, First sentencing judgement*, Case IT-00-39&40/1, 27 febbraio 2003, par. 130: i giudici, tenuto conto del rimorso espresso dall'imputata e della sua partecipazione attiva al processo di riconciliazione, optavano al contrario per una sentenza più mite di quella pattuita dalle parti; R. DIXON - A. DEMIRDJIAN, *Advising defendants about guilty pleas before international Courts*, in

Tale normativa, oggi contenuta nelle RPE, non era inizialmente prevista e fu introdotta soltanto dopo che, per la prima volta, un imputato confessò la propria colpevolezza.¹⁶⁵ Dražen Erdemović, soldato delle truppe serbo bosniache, partecipò all'uccisione di centinaia di bosniaci musulmani disarmati che si trovavano all'interno di una fattoria a Pilica, nella zona di Srebrenica. Il suo *guilty plea* non fu l'esito di un *plea agreement*; piuttosto, egli si dichiarò colpevole quando ancora nessuno lo stava cercando per perseguirlo penalmente per i crimini commessi.¹⁶⁶

In principio, il primo presidente dell'ICTY, Antonio Cassese, volle insistere circa l'inammissibilità delle negoziazioni tra accusa e difesa: la severità dei crimini rientranti nella giurisdizione del Tribunale non poteva giustificare il riconoscimento di alcun beneficio sanzionatorio a favore dei responsabili e, tanto meno, dell'impunità.¹⁶⁷ La posizione del Tribunale cambiò quando, dopo Erdemović, un elevato numero di imputati cominciò a dichiararsi colpevole: il passo verso l'adozione della già citata normativa relativa al *plea bargaining* contenuta nelle Regole di procedura e di prova fu breve.¹⁶⁸ Quindi, nella sentenza che concluse il caso Nikolić, la Corte chiarì che, senza

Journal of international criminal justice, 2005, p. 693. Gli autori evidenziano che questi casi, accentuando l'imprevedibilità della sentenza, potrebbero dissuadere in futuro gli imputati dal dichiararsi colpevoli e dal scendere a patti con l'accusa. Questo solo teoricamente, in quanto nella pratica gli imputati hanno ricevuto ad ogni modo una sentenza più mite di quella che sarebbe loro spettata in assenza di *guilty plea*.

¹⁶⁵ Prosecutor v. Dražen Erdemović, Case IT-96-22. Nel corso del giudizio di primo grado, l'imputato si dichiarava colpevole di crimini contro l'umanità e la Corte accettava la sua dichiarazione e lo assolveva dall'accusa di violazione delle leggi e dei costumi di guerra. Eppure, la Camera di appello riteneva che tale dichiarazione non fosse del tutto informata e consapevole e che perciò dovesse essere ripetuta. In secondo grado, quindi, Erdemović si dichiarava colpevole di aver violato le leggi ed i costumi di guerra e la pena era ridotta da 10 a 7 anni di reclusione.

¹⁶⁶ Prosecutor v. Dražen Erdemović, *Second sentencing judgement*, Case IT-96-22, 7 ottobre 1997, par. 21.

¹⁶⁷ Cfr. V. MORRIS - M.P. SCHARF, *An insider's guide to the international criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, New York 1995, p. 649 ss., come citato in J.N. CLARK, *Plea bargaining at the ICTY: guilty pleas and reconciliation*, in *The european journal of international law*, 2009, p. 417. Gli autori riportano alcune parole del presidente Cassese: «*We always have to keep in mind that this tribunal is not a municipal criminal court but one that is charged with trying persons accused of the gravest possible of all crimes. The persons appearing before us will be charged with genocide, torture, murder, sexual assault, wanton destruction, persecution and other inhumane acts. After due reflection, we have decided that no one should be immune from prosecution for crimes such as these, no matter how useful their testimony may otherwise be*».

¹⁶⁸ L'art. 62-bis delle RPE fu adottato nel corso delle sedute plenarie del 20 ottobre e 12 novembre 1997, mentre l'art. 62-ter soltanto il 13 dicembre 2001.

dubbio, i *plea agreements* dovessero considerarsi ammissibili, d'accordo con lo Statuto e le RPE.¹⁶⁹

2.1.2. Il Tribunale penale internazionale per il Ruanda

Il Tribunale *ad hoc* per il Ruanda (ICTR) è incaricato di giudicare i responsabili del genocidio e delle altre gravi violazioni dei diritti umani occorse sul territorio del Ruanda tra il mese d'aprile e di luglio dell'anno 1994. E' stato istituito dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite con risoluzione n. 955 dell'8 novembre 1994.

Nel corso di sole dodici settimane, approssimativamente un milione di persone trovarono la morte. Tra queste, la maggior parte appartenevano al gruppo etnico dei Tutsi, i quali, insieme ai gruppi degli Hutu e dei Twa, componevano la popolazione ruandese. Più precisamente, si stima che gli Hutu costituissero circa l'84% degli abitanti del territorio, i Tutsi il 15% e i Twa, infine, soltanto l'1%.¹⁷⁰

Hutu e Tutsi condividevano una cultura, una religione ed una lingua comuni; i Twa, invece, parlavano un idioma distinto. Le contrapposizioni non erano genetiche né tantomeno storiche, quanto piuttosto sociali. Mentre non vi è alcuna prova che si tratti di etnie differenti, i Tutsi erano tradizionalmente la popolazione benestante e proprietaria di bestiame; gli Hutu, di contro, contadini o pastori.

Ciononostante, a cristallizzare la suddivisione dei cittadini ruandesi in gruppi etnici concorsero enormemente i Belgi, ovverosia il potere coloniale. Nel corso dei primi decenni del Novecento, introdussero carte d'identità che consentivano di identificare ciascun ruandese come Tutsi, Hutu o Twa.¹⁷¹ Inoltre, l'amministrazione coloniale belga privilegiò i Tutsi, facendone la classe dirigente di sua fiducia.¹⁷² Nonostante già nel periodo precoloniale i

¹⁶⁹ Prosecutor v. Nikolić, *First sentencing judgement*, Case IT-94-2, 18 dicembre 2003, par. 57.

¹⁷⁰ E. BAISLEY, *Genocide and constructions of Hutu and Tutsi in radio propaganda*, in *Institute of race relations*, 2014, p. 41.

¹⁷¹ Prosecutor v. Kayishema, *Judgement and sentence*, Case 95-1-T, 21 maggio 1999, par. 291, dove la Corte concludeva che nel 1994 i Tutsi fossero divenuti *de facto* un distinto gruppo etnico.

¹⁷² E. BAISLEY, *Genocide and constructions of Hutu and Tutsi in radio propaganda*, in *Institute of race relations*, 2014, p. 48: i Belgi furono influenzati nella scelta dalle sedicenti teorie "scientifiche" razziali diffuse nel corso del 1900. L'idea era che una porzione della popolazione africana avesse radici europee: i Tutsi, in questo senso, avevano tratti semantici più delicati e una corporatura slanciata; erano più europei, in somma. Cfr. a proposito R. SANDERS, *The Hamitic hypothesis; its origin and functions in time perspective*, in *Journal of african history*, 1969, cit. p. 521: «Everything of value ever found in Africa was brought there by the Hamites, allegedly a branch of the Caucasian race»; S. ARBIA, *Mentre il mondo stava a*

Tutsi fossero l'*élite*, in tal modo si impediva formalmente qualsiasi transito: ciò vale a dire che diveniva ora impossibile per gli Hutu migliorare il proprio *status sociale*.¹⁷³

Nel periodo postcoloniale è ragionevole ritenere che il rancore degli Hutu nei confronti dei compatrioti privilegiati crebbe. Nel 1959, difatti, una rivolta degli Hutu causò la morte di centinaia di Tutsi ed altrettanti fuggirono cercando asilo nei Paesi vicini, soprattutto in Uganda. Qui si formò il *Rwandan patriotic front* (RPF), che il primo ottobre del 1990 invase la zona settentrionale del Ruanda: l'intento era reinsediarsi stabilmente nel territorio ruandese. Questi assalti demonizzarono ulteriormente i Tutsi agli occhi della maggior parte della popolazione Hutu, soprattutto quando il governo ruandese insinuò che tutti i Tutsi fossero sostenitori del RPF.¹⁷⁴ Ebbe inizio una guerriglia che parve aver fine con la tregua di Arusha, quando si stabilì, *inter alia*, che tramite elezioni multipartitiche si dovesse procedere alla nomina di un primo ministro accettabile da entrambe le parti.¹⁷⁵ In realtà, l'attuazione di tali accordi fu a lungo procrastinata. La situazione volse rapidamente verso la catastrofe quando l'aereo su cui viaggiava il presidente Habyarimana venne abbattuto: la sua morte è comunemente ritenuta la causa scatenante del genocidio. Fu istituito un governo provvisorio, privo di alcun ministro Tutsi, e le forze armate ruandesi diedero inizio ai massacri, che sarebbero terminati circa cento giorni più tardi quando il RPF prese il controllo del Paese.

Gli avvenimenti furono straordinariamente crudeli: la popolazione Hutu fu incitata a contribuire alla carneficina e chiunque si rifiutasse veniva a sua volta massacrato.¹⁷⁶ Di frequente le vittime erano personalmente conosciute dai loro carnefici, con cui dividevano rapporti di parentela o di buon vicinato; il bersaglio erano sia Tutsi che Hutu moderati.¹⁷⁷ Inoltre, i reati

guardare, Milano 2011, cit. p. 42, in riferimento ai giorni del genocidio: «In quei giorni di sangue, in Ruanda avere una certa conformazione del viso valeva una sentenza di morte».

¹⁷³ S. ARBIA, *Mentre il mondo stava a guardare*, Milano 2011, p. 41 ss.

¹⁷⁴ H. ROMBOUTS, *Victim organization and the politics of reparation: a case study on Rwanda*, p. 142.

¹⁷⁵ N.A. COMBS, *Copping a plea to genocide: the plea bargaining of international crimes*, in *University of Pennsylvania law review*, 2002, p. 127.

¹⁷⁶ S. ARBIA, *Mentre il mondo stava a guardare*, Milano 2011, p. 39.

¹⁷⁷ Cfr. B. VAN SCHAACK - R.C. SLYE, *International criminal law and its enforcement: cases and materials*, New York 2010, p. 460 ss.: il fatto che parte della popolazione Hutu fu sterminata a fianco dei Tutsi, può sollevare qualche dubbio circa l'effettiva esistenza del *genocidal intent* nell'azione dei responsabili. Affinché il reato di genocidio sussista è necessario che l'agente ponga in essere la condotta con lo specifico intento di distruggere un gruppo, mentre nel caso di specie oggetto del massacro sono stati membri appartenenti a etnie distinte. Cfr. anche P. MAGNARELLA, *Some milestones and achievements at the international criminal*

furono perpetrati non solo con l'uso di armi, ma anche con utensili destinati al lavoro nei campi, e le uccisioni accompagnate da atti di tortura e stupro. Gli episodi di violenza furono fomentati oltremodo dalla propaganda divulgata tramite i principali mezzi di comunicazione. In particolare, le radio erano uno strumento fondamentale nelle mani del governo Hutu, tristemente famose per aver incitato la strage a danno della popolazione Tutsi.¹⁷⁸

Ebbene, nel mese di novembre del 1994 allo scopo di perseguire le persone responsabili dei crimini perpetrati durante i cento giorni di sangue fu istituito il Tribunale *ad hoc* per il Ruanda. Il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite era convinto che in questo modo avrebbe altresì avuto inizio un processo di riconciliazione nazionale e di mantenimento della pace.¹⁷⁹ Si trattava di una speranza analoga a quella espressa dal Consiglio in occasione dell'istituzione del Tribunale *ad hoc* per i crimini commessi nell'ex Jugoslavia ed assolutamente innovativa: un corpo politico quale il Consiglio delle Nazioni Unite considerava un corpo giudiziale come uno strumento essenziale per il raggiungimento di un obiettivo politico.¹⁸⁰

Tribunal for Rwanda: the 1998 Kambanda and Akayesu cases, in *Florida journal of international law*, 1997, cit. p. 517 ss.: «*The Chamber significantly expanded the kinds of populations that will be protected by the Genocide convention*».

¹⁷⁸ Cfr. *Prosecutor v. Serugendo, Judgement and sentence*, Case ICTR-2005-84-I, 12 giugno 2006, par. 83: l'imputato, direttore della *Radio Télévision des Mille Collines*, era ritenuto responsabile degli *hate speech* diffusi dalla stazione radiofonica e condannato per persecuzione come crimine contro l'umanità e incitamento diretto e pubblico a commettere genocidio; *Prosecutor v. Bikindi, Judgement and sentence*, Case ICTR-01-72-T, 2 dicembre 2008, par. 444: la Camera concludeva che le canzoni di Bikindi istigassero gli ascoltatori alla violenza nei confronti dei Tutsi, identificati nelle liriche come il nemico comune della collettività Hutu. L'imputato era condannato a 15 anni di detenzione per incitamento a commettere genocidio; allo stesso tempo, era assolto dall'accusa di genocidio, dal momento che il Tribunale riteneva che le canzoni non fossero state composte «*with the specific intention to incite attacks and killings, even if they were used to that effect*». Cfr. anche G. DELLA MORTE, *Osservatorio del Tribunale penale internazionale per il Ruanda*, in *Diritto penale e processo*, 2004, p. 124: in questi casi le principali questioni giuridiche investono, da un lato, la prova dell'effettivo contributo di una radio nella preparazione e nell'esecuzione di un genocidio, dall'altro, l'attribuzione di specifiche responsabilità in capo a singoli; B. VAN SCHAACK - R.C. SLYE, *International criminal law and its enforcement: cases and materials*, New York 2010, p. 907 ss.: gli autori notano con occhio critico che è essenziale la distinzione fra azione e discorso, il quale può essere condiviso, respinto o esaminato. In una società democratica la legge dovrebbe riconoscere che le azioni non seguono automaticamente le parole.

¹⁷⁹ Consiglio di sicurezza Onu, risoluzione 8 novembre 1994, n. 955, consultabile all'url www.un.org/docs/scres/1994/scres94.htm.

¹⁸⁰ M. CHERIF BASSIOUNI, *The pursuit of international criminal justice: a world study on conflicts, victimization, and post conflict justice*, Oxford 2010, cit. p. 147.

Per evitare la fase dibattimentale al fine di addivenire direttamente alla determinazione della pena da applicare, l'art. 62 delle *Rules of procedure and evidence* ammette che l'imputato possa dichiararsi colpevole; analogamente a quanto previsto dalla normativa applica dai giudici del Tribunale per l'ex Jugoslavia, dovranno essere soddisfatti alcuni requisiti, quali, *inter alia*, la volontarietà della dichiarazione.¹⁸¹ In occasione della seduta plenaria dei giudici nel corso del maggio del 2003 fu inoltre introdotto l'art. 62-bis, che rappresenta la base giuridica della negoziazione tra le parti: solitamente, la dichiarazione di colpevolezza è resa del resto proprio come parte di un accordo più ampio con l'accusa. Precisamente, l'imputato ed il *prosecutor* possono accordarsi affinché sia modificato il capo d'imputazione o raccomandata una certa sentenza più mite. E' appena il caso di rimarcare che nei Tribunali penali internazionali *ad hoc* i giudici sono i redattori delle stesse regole di procedura che sono poi chiamati ad applicare e interpretare, diversamente da quanto accade nel caso della Corte penale internazionale.¹⁸²

Il primo a negoziare fu Jean-Paul Kambanda, primo ministro del governo provvisorio istituito dopo la morte del presidente Habyarimana.¹⁸³ Ammise la propria colpevolezza rispetto a tutti i capi d'imputazione, compresi genocidio e crimini contro l'umanità: confermò le atrocità commesse ai danni della popolazione Tutsi e, segnatamente, che lo scopo fosse il loro sterminio. Si impegnò a collaborare con l'ufficio dell'accusa: le sue oltre novanta ore di testimonianza furono considerate fonte inestimabile di informazioni, impiegabili soprattutto contro altri imputati.¹⁸⁴

Nel *plea bargaining* si precisava che non era stato concluso alcun accordo né fatta alcuna promessa con riguardo alla sentenza, la cui determinazione è rimessa alla discrezionalità della Corte. La difesa, tuttavia, si aspettava un ampio sconto sanzionatorio a fronte del *guilty plea* e della cooperazione dell'imputato e domandò una pena pari a due soli anni di reclusione. La Corte accolse la richiesta dell'accusa, vale a dire l'ergastolo: i crimini perpetrati dal primo ministro ruandese erano valutati intollerabili e nessuna

¹⁸¹ Art. 62 delle *ICTR Rules of procedure and evidence (Initial appearance of accused and pleas)*: dettagliatamente, la Camera deve verificare che il *guilty plea* sia libero e volontario; informato; inequivoco; supportato da fatti capaci di provare il crimine e la partecipazione dell'imputato al crimine medesimo. Con riguardo a quest'ultimo requisito, è sufficiente la presenza di meri indizi e l'assenza di dissenso delle parti.

¹⁸² G. DELLA MORTE - E. TONINI ALABISO, *Osservatorio dei Tribunali penali internazionali*, in *Diritto penale e processo*, 2006, p. 1050.

¹⁸³ *Prosecutor v. Kambanda, Judgement and sentence*, Case ICTR-97-23-S, 4 settembre 1998, par. 3. L'imputato veniva arrestato in Kenya insieme ad altri membri del governo provvisorio.

¹⁸⁴ La testimonianza di Kambanda, ad esempio, fu utilizzata contro Vincent Rutaganira. Cfr. *Prosecutor v. Rutaganira, Judgement and sentence*, Case ICTR-95-1C-I, 14 marzo 2005, par. 42.

circostanza attenuante, neppure la colpevolezza ammessa dall'imputato, poteva controbilanciare le innumerevoli aggravanti.¹⁸⁵ A questo punto, Kambanda cessò immediatamente qualsiasi forma di cooperazione, ritirò la propria ammissione di colpevolezza e decise di presentare appello avverso la sentenza di primo grado, sostenendo di essere stato forzato ad approvare un accordo predisposto da altri.

Dunque, il Tribunale *ah hoc* per il Ruanda ha valutato che in talune ipotesi neppure il *guilty plea* e l'esigenza di speditezza del procedimento possono compensare la gravità del crimine commesso. Si tratta di ipotesi in cui i giudici rinunciano a giustificare alcun lenimento del trattamento sanzionatorio. Cionondimeno, il pragmatismo avrebbe suggerito di incoraggiare i futuri imputati ad ammettere le proprie responsabilità e cooperare con l'accusa, perlomeno riconoscendo all'imputato qualche forma di beneficio.¹⁸⁶

Per queste ragioni, l'orientamento successivo della giurisprudenza mutò. Omar Serushago fu condannato a soli 15 anni di reclusione per genocidio e per tortura, omicidio e sterminio come crimini contro l'umanità.¹⁸⁷

Diversamente da quanto accaduto nel caso Kambanda, un ruolo decisivo nella determinazione della pena ebbe proprio il riconoscimento da parte dell'imputato della propria colpevolezza e la cooperazione con l'ufficio della

¹⁸⁵ Cfr. N.A. COMBS, *Copping a plea to genocide: the plea bargaining of international crimes*, in *University of Pennsylvania law review*, 2002, p. 131. La Corte non era persuasa che il *guilty plea* dell'imputato dovesse interpretarsi come espressione di rimorso. *In primis*, rilevava che Kambanda non aveva manifestato espressamente ravvedimento, ragionevolmente perché inconsapevole del fatto che costituisse circostanza attenuante: il suo *sentencing hearing*, del resto, ebbe luogo due anni prima che furono decisi i casi Todorović e Sikirica, in cui per la prima volta si riconobbe il ruolo del pentimento nella determinazione della sentenza. In aggiunta, Kambanda non aveva dato alcuna spiegazione circa la sua partecipazione volontaria al genocidio né dimostrato alcuna vicinanza alle vittime in Ruanda. Cfr. Prosecutor v. Todorović, *First sentencing judgement*, Case IT-95-9/1, 31 luglio 2001, par. 69; Prosecutor v. Sikirica, *First sentencing judgement*, Case IT-95-8, 13 novembre 2001, par. 141.

¹⁸⁶ R. RAUXLOH, *Plea bargaining in national and international law: a comparative study*, New York 2012, p. 210. Cfr. N. COMBS, *Procuring guilty pleas for international crimes: the limited influence of sentencing discounts*, in *Vanderbilt law review*, 2006, p. 69 ss.: la negazione di qualsiasi forma di premio a fronte di un *guilty plea* ha avuto effetti a lungo termine sulla percezione che gli imputati hanno della Corte e sulla loro volontà di cooperare. Se messi a confronto con gli imputati dinanzi all'ICTY, gli imputati presso l'ICTR sono notevolmente più riluttanti a negoziare con l'accusa.

¹⁸⁷ Prosecutor v. Serushago, *Judgement and sentence*, Case ICTR-98-39-S, 5 febbraio 1999, par. 26.

procura, che aveva consentito l'arresto di diversi imputati di alto rango, tra cui lo stesso Kambanda.¹⁸⁸

Finalmente, la Corte ha riconosciuto che il *guilty plea* fosse uno strumento utile alla salvaguardia di tempo e risorse economiche e che dovesse perciò essere compensato con sconti sanzionatori.¹⁸⁹

2.1.3. Pragmatismo e benefici della negoziazione

Mediamente, i giudizi dinanzi ai Tribunali *ah hoc* sono lunghi, complicati e costosi.¹⁹⁰ Per far fronte alle esigenze di speditezza del corso dei procedimenti sono stati escogitati diversi accorgimenti.¹⁹¹

Tra questi, il *plea bargaining* è una pratica affermata e diffusissima, soprattutto nei sistemi giuridici di *common law*, anche se il suo utilizzo in processi relativi a serie violazioni del diritto internazionale umanitario ha sollevato più di una critica. Si tratta dello strumento ideale per evitare lo sperpero di tempo e denaro.

Deve porsi anzitutto attenzione alla quantità e complessità dei casi che questi Tribunali sono chiamati a decidere. La guerra nell'ex Jugoslavia ed il genocidio in Ruanda hanno portato alla morte di centinaia di migliaia di

¹⁸⁸ Cfr. Prosecutor v. Serushago, *Judgement and sentence*, Case ICTR-98-39-S, 5 febbraio 1999, par. 40. Altrettanto importante nella determinazione della sentenza fu il rimorso espresso dall'imputato nel corso del *pre-sentencing hearing*, così come il perdono domandato alle vittime e all'intera popolazione ruandese per i crimini commessi.

¹⁸⁹ Prosecutor v. Ruggiu, *Judgement and sentence*, Case ICTR-97-32-I, 1 giugno 2000, par. 53: «*The accused's guilty plea has spared the Tribunal a lengthy investigation and trial, thus economising time, effort and resources*». Inoltre, i giudici hanno ritenuto che il *guilty plea* dell'imputato, reso dopo un lungo periodo di riflessione, esprimesse la genuina consapevolezza della sua responsabilità.

¹⁹⁰ Per avere un'idea, essendo impiegate più di 1300 persone, i costi hanno di gran lunga superato i 100 milioni di dollari americani; i dati sono consultabili all'url www.un.org/icty/glance/index.htm.

¹⁹¹ Cfr. P.M. WALD, *ICTY judicial proceedings*, in *Journal of international criminal justice*, 2004, p. 469 ss. L'autrice evidenzia che, tra queste *exit strategies*, è importante ricordare la devoluzione alle corti nazionali dei giudizi relativi ad alcuni imputati responsabili di crimini minori. In particolare, la Corte nazionale di Bosnia-Erzegovina è stata istituita allo scopo di giudicare i c.d. *second and third tier defendants*, di modo tale che l'ICTY potesse iniziare a concentrarsi sui "big fish", ossia gli imputati che ricoprivano le più importanti cariche istituzionali e avevano quindi il più ampio potere decisionale. È opinione dell'autrice che non sia economicamente conveniente, considerati i tempi ed i costi dei giudizi, processare presso il Tribunale *ad hoc* per l'ex Jugoslavia coloro per i quali, ragionevolmente, non può prevedersi una pena superiore ai 10 anni di detenzione.

persone ed al dislocamento forzato di milioni di civili: questi numeri sarebbero in grado di paralizzare il sistema giudiziario di qualsiasi Paese. La risoluzione delle controversie è ostacolata oltretutto dalla difficoltà per le parti (sia *prosecutor* che difesa) di reperire testimoni disponibili per via del clima di intimidazione, paura e ostilità nei confronti della giustizia penale internazionale.¹⁹² Il *plea bargaining* consente di superare entrambi gli ostacoli: la negoziazione della pena accelera i tempi per la definizione del giudizio e alleggerisce i costi; l'ammissione da parte dell'imputato della propria colpevolezza rende superflua la testimonianza di soggetti terzi, siano questi vittime o meri testimoni dei fatti.

Dal lato della vittima, quindi, il *plea bargaining*, sollevando dal compito di testimoniare in giudizio, consente di fuggire il pericolo di rivivere potenzialmente il trauma subito.¹⁹³ Peraltro, è stato osservato che il sollievo che in taluni casi deriva alla vittima dalla partecipazione attiva al processo dipende largamente dallo spazio riservatole per raccontare con dovizia di particolari la propria esperienza in un ambiente sicuro.¹⁹⁴ I Tribunali, però,

¹⁹² Cfr. M. KLARIN, *The impact of the ICTY on public opinion in the former Yugoslavia*, in *Journal of international criminal justice*, 2009, p. 89 ss., che riporta diversi sondaggi svolti sia in Croazia, Serbia e Bosnia, dai quali si evince l'atteggiamento malvolente della popolazione nei confronti dell'ICTY. L'opinione pubblica è fortemente influenzata dalle figure politiche e dai media locali: durante i primi sette anni dell'esistenza del Tribunale, cioè fino al 2000, questi Paesi erano, infatti, ancora governati proprio da coloro che erano sospettati di essere coinvolti nei crimini perseguiti dalla Corte. I media, evidentemente, erano sotto il controllo repressivo dei governi.

¹⁹³ Cfr. *Prosecutor v. Mrđa, First sentencing judgement*, Case IT-02-59, 31 marzo 2004, par. 78: la Corte osservava che il *guilty plea* evita alla vittima ed ai testimoni lo stress di dover deporre in giudizio; *Prosecutor v. Bralo, First sentencing judgement*, Case IT-95-17, 7 dicembre 2005, par. 22, dove i giudici evidenziavano che se imputato e *prosecutor* negoziano la pena non è richiesto alle vittime, che già hanno sofferto enormi dolori fisici e psicologici, di viaggiare verso l'Aia, sede dell'ICTY, per raccontare le proprie esperienze drammatiche. Infine, per un richiamo letterario, cfr. P. LEVI, *I sommersi e i salvati*, Torino 1986, cit. p. 15: «Il ricordo di un trauma, patito o inflitto, è esso stesso traumatico, perché richiamarlo duole o almeno disturba: chi è stato ferito tende a rimuovere il ricordo per non rinnovare il dolore; chi ha ferito ricaccia il ricordo nel profondo, per liberarsene, per alleggerire il suo senso di colpa. Qui, come in altri fenomeni, ci troviamo davanti a una paradossale analogia tra vittima e oppressore, e ci preme essere chiari: i due sono nella stessa trappola, ma è l'oppressore, e solo lui, che l'ha approntata e l'ha fatta scattare, e se soffre, è giusto che ne soffra; ed è iniquo che ne soffra la vittima, come invece ne soffre, anche a distanza di decenni».

¹⁹⁴ B. HAMBER, *Do sleeping dogs lie? The psychological implications of the truth and reconciliation Commission in South Africa*, Johannesburg 1995, come citato in E. STOVER, *The witnesses, war crimes and the promise of justice in the Hague*, in *Human rights Center: University of California, Berkeley*, 2003, p. 2 ss.

hanno introdotto una serie di espedienti volti a velocizzare l'assunzione delle prove, che inevitabilmente limitano questi spazi. Si tratta, in particolare, della testimonianza scritta prevista dall'art. 92-*bis* delle Regole di procedura e di prova dell'ICTY: la conseguenza è che la vittima non è chiamata a presenziare in giudizio, o è chiamata a farlo soltanto per essere sottoposta al c.d. esame incrociato e rispondere alle domande della difesa, che spesso si tramutano in veri e propri attacchi.¹⁹⁵ E' difficile ritenere che la vittima possa ricavare benefici da un simile contesto.¹⁹⁶ Potrà allora piuttosto prediligere i *sentencing hearings* che accompagnano i *plea agreements*, in cui la vittima è sentita riguardo a fatti già ammessi dall'imputato e non è di conseguenza sottoposta ad alcun esame incrociato. In alcuni casi può quindi dirsi che il *plea bargaining* rappresenta il miglior veicolo di espressione della vittima.¹⁹⁷

Sempre dal lato della vittima, il *plea bargaining* agevola la documentazione dei fatti. Nonostante ciò non rientrasse tra gli obiettivi primari originariamente fissati dal Tribunale, negli ultimi anni è stata sostenuta la necessità di creare un *historical record*, vale a dire di ricostruire la "verità storica": si è difatti compreso che, diversamente da quanto accade nelle giurisdizioni nazionali, nel contesto dei crimini internazionali ad ogni dettaglio può essere attribuito un significato storico essenziale ed imprescindibile. Se da una parte allora il *plea agreement* trascura molti dettagli che invece sarebbero vagliati in un giudizio ordinario, dall'altra è garante di efficienza e permette la conclusione di un numero assai più

¹⁹⁵ A. TIEGER - M. SHIN, *Plea agreements in the ICTY*, in *Journal of international criminal justice*, 2005, p. 675. Gli autori si spingono oltre e aggiungono che, con tutta probabilità, una difesa accorta non chiamerà a testimoniare le vittime desiderose di farlo, ma piuttosto quelle che sembreranno più ansiose e vulnerabili.

¹⁹⁶ Cfr. inoltre, a proposito degli inconvenienti cui la vittima può andare incontro testimoniando, M.J. BURNETT, *Remembering justice in Rwanda: locating gender in the judicial construction of memory*, in *Seattle journal for social justice*, 2004-2005, p. 768: l'autore riferisce di un incidente noto ai più come "*laughing judges*"; durante la testimonianza resa da una vittima a proposito dello stupro commesso dall'imputato a suo danno, i giudici iniziarono a ridere. Nonostante risultò poi che i giudici non stessero ridendo della vittima, né della sua testimonianza, questa fu comunque, con tutta probabilità, portata a subire un trauma ulteriore.

¹⁹⁷ Cfr. *Prosecutor v. Nikolić*, *Sentencing hearing*, Case IT-94-2, 18 dicembre 2003, par. 240: la madre di due uomini rimasti uccisi nel campo di concentramento situato in Vlasenica otteneva dall'imputato informazioni relative al luogo in cui i corpi dei due giacevano. Tale informazione era considerata fondamentale dalla donna, dal momento che le avrebbe consentito di dare una sepoltura dignitosa ai propri figli.

elevato di casi.¹⁹⁸ Vale a dire che quello di cui difetta in termini di qualità, è compensato in termini di quantità.¹⁹⁹

In definitiva, la negozialità rappresenta il trionfo del pragmatismo.²⁰⁰ Il calcolo è semplice: più tempo i Tribunali *ad hoc* dedicano al singolo responsabile, meno tempo avranno per investigare e perseguirne altri; ciascun imputato riceverà una pena minore rispetto a quella che avrebbe ricevuto al termine di un *full trial*, eppure meno colpevoli gioveranno *de facto* dell'impunità.²⁰¹ E' perciò uno strumento capace di salvaguardare gli obiettivi del diritto internazionale umanitario, a dispetto della scarsità delle risorse economiche.

2.1.4 Vicende relative alla cooperazione dell'imputato

I benefici pratici del *plea bargaining* sono ulteriormente accentuati dalle pressioni esercitate sul Tribunale affinché completi il proprio lavoro: la negoziazione è in quest'ottica la miglior scorciatoia.²⁰² Malgrado ciò il suo utilizzo nel contesto dei crimini internazionali è parso talvolta inopportuno, considerata la gravità dei fatti commessi, ed ha sollevato più di un problema.²⁰³

¹⁹⁸ A. TIEGER - M. SHIN, *Plea agreements in the ICTY*, in *Journal of international criminal justice*, 2005, p. 670.

¹⁹⁹ Inoltre, i *plea agreements* offrono un'interessante spiegazione dei fatti dal punto di vista dei colpevoli. Cfr., ad esempio, Prosecutor v. Plavšić, *Sentencing hearing*, Case IT-00-39&40/1, 27 febbraio 2003, par. 592: Plavšić, figura istituzionale di alto profilo che sostituì Karadzic alla presidenza della Repubblica serba e imputata poi per genocidio e crimini contro l'umanità, identificava la motivazione dei crimini perpetrati nella sofferenza patita nel corso della seconda guerra mondiale dai Serbi; questi, ossessionati dalla volontà di non tornare ad essere vittime, divennero carnefici.

²⁰⁰ N.H.B. JØRGENSEN, *The genocide acquittal in the Sikirica case before the international criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the coming of age of the guilty plea*, in *Leiden journal of international law*, 2002, p. 407.

²⁰¹ A. TIEGER - M. SHIN, *Plea agreements in the ICTY*, in *Journal of international criminal justice*, 2005, p. 679.

²⁰² D. RAAB, *Evaluating the ICTY and its completion strategy: efforts to achieve accountability for war crimes and their tribunals*, in *Journal of international criminal justice*, 2005, p. 86. Basti pensare che il Tribunale avrebbe dovuto terminare tutte le investigazioni entro il 2004, i giudizi di primo grado entro il 2008 e quelli di appello entro il 2010. Cfr., a riguardo, Consiglio di sicurezza Onu, risoluzione 26 marzo 2004, n. 1534, par. 6.

²⁰³ J.N. CLARK, *Plea bargaining at the ICTY: guilty pleas and reconciliation*, in *The european journal of international law*, 2009, p. 420. Cfr. anche Prosecutor v. Nikolić, *First sentencing judgement*, Case IT-94-2, 18 dicembre 2003, par. 47: la Camera notava che anche nelle

Grande motivo di preoccupazione è la vicenda della cooperazione con l'ufficio dell'accusa da parte dell'imputato: le informazioni da questo fornite sono utili al *prosecutor* per la ricostruzione del fatto storico ed, eventualmente, per l'identificazione di altri responsabili che debbano essere perseguiti: costituiscono, perciò, la contropartita dello sconto sanzionatorio. La cooperazione con l'ufficio del procuratore è del resto l'unica circostanza attenuante espressamente menzionata nelle *Rules of procedure and evidence*: il suo riconoscimento in sede di *sentencing* dipende dalla qualità e quantità delle informazioni date.²⁰⁴ Ebbene, gli imputati in possesso di maggiori informazioni tendono ad avere un potere negoziale più ampio e, quindi, ad optare più facilmente per il *guilty plea* e a ricevere una pena più mite.²⁰⁵ Nella pratica, tuttavia, a disporre di più *notitiae criminum* sono gli organizzatori (spesso alte cariche istituzionali locali), piuttosto che i meri esecutori del fatto di reato. Naturale conseguenza è che principalmente i primi avranno i mezzi per cooperare con l'accusa ed avvalersi di trattamenti sanzionatori meno severi, a prescindere dall'efferatezza della loro condotta. Questo compromette anzitutto la concezione retributiva della pena: retribuzione, deterrenza e riabilitazione sono gli obiettivi che i Tribunali *ad hoc* si propongono di perseguire, eppure alcune ricerche dottrinali hanno mostrato come importanza primaria sia attribuita alla retribuzione.²⁰⁶ Ora, è evidente che l'efficacia retributiva della sanzione è pregiudicata se il suo contenuto viene a dipendere da fattori che nulla hanno a che vedere con la gravità del crimine commesso dall'imputato, come il tipo di informazioni fornite.²⁰⁷

giurisdizioni nazionali l'uso del *plea bargaining* è meno frequente nei casi di reati particolarmente gravi.

²⁰⁴ Cfr. art. 101 delle *ICTY Rules of procedure and evidence (Penalties)*.

²⁰⁵ R. HENHAM - M. DRUMBL, *Plea bargaining at international criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, in *Criminal law forum*, 2005, p. 56.

²⁰⁶ M. DRUMBL, *Collective violence and individual punishment: the criminality of mass atrocity*, in *Northwestern university law review*, 2005, p. 577 ss.: il lavoro dei Tribunali *ad hoc* e della Corte penale internazionale è giustificato dall'urgenza di punire i responsabili di serie violazioni del diritto internazionale. La punizione è in questo senso il mezzo attraverso il quale possono esprimere indignazione due gruppi: la comunità internazionale e i singoli superstiti. Cfr. H. ARENDT, *Vita activa: la condizione umana*, Milano 1958, p. 240 ss., secondo cui entrambi pena e perdono sono strumenti utilizzabili per far fronte al crimine. Entrambi, difatti, vogliono porre termine a qualcosa che, potenzialmente, potrebbe proseguire ininterrottamente (con la vendetta, ad esempio). Il perdono, tuttavia, non sarebbe possibile nelle ipotesi dei crimini internazionali, giacché si è in presenza di un «male radicale», che gli uomini non possono perdonare. Si tratterebbe, allora, di punire ciò che è diventato imperdonabile.

²⁰⁷ Si noti che la proporzionalità della pena rispetto alla gravità dell'offesa arrecata è del resto requisito delle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, della Convenzione sul genocidio

Essendo la pena condizionata da fattori che non attengono alla colpevolezza del responsabile, altrettanto pregiudicata è la garanzia dell'equo trattamento degli imputati.²⁰⁸ Questo vale sia comparando tra loro gli imputati che siano scesi a patti con il *prosecutor*, sia comparando questi con coloro che, invece, siano stati giudicati al termine di un giudizio ordinario.²⁰⁹ Non solo chi ha più informazioni sarà maggiormente incentivato a negoziare rispetto a chi poco o nulla conosce dello scenario in cui è stato chiamato a commettere il crimine; anche qualora entrambi decidano di patteggiare, sarà al primo che, con tutta probabilità, verrà riconosciuta la circostanza attenuante della cooperazione e che beneficerà conseguentemente un trattamento sanzionatorio più clemente.

Due altre critiche importanti sono state sollevate dalla dottrina. L'approccio della Corte nella determinazione della sentenza è stato definito individualista: la cooperazione è l'unica circostanza di reato menzionata dalla normativa del Tribunale, che tende, quindi, a valutare con ampia discrezionalità ciascun caso.²¹⁰ Manca un quadro normativo puntuale che funga da limite a detta discrezionalità, impedendo che degradi in arbitrio.²¹¹

(1948), della Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani, degradanti (1984).

²⁰⁸ Cfr. *Prosecutor v. Plavšić, First sentencing judgement*, Case IT-00-39&40/1, 27 febbraio 2003, par. 132 e *Prosecutor v. Babić, First sentencing judgement*, Caso IT-03-72, 29 giugno 2004, par. 102. La prima imputata, leader del partito dei Serbi di Bosnia e responsabile di aver istigato (particolarmente tramite discorsi pubblici), pianificato e ordinato la persecuzione delle popolazioni non serbe in Bosnia-Herzegovina, era condannata a 11 anni di reclusione, essendole stata riconosciuta la circostanza attenuante della cooperazione; Babić, che del partito dei Serbi in Croazia fu *leader* di rango assai inferiore, era condannato a 13 anni di reclusione.

²⁰⁹ R. HENHAM - M. DRUMBL, *Plea bargaining at international criminal Tribunal for the former Jugoslavia*, in *Criminal law forum*, 2005, p. 57.

²¹⁰ Cfr. R. DIXON - A. DEMIRDJIAN, *Advising defendants about guilty pleas before international courts*, in *Journal of international criminal justice*, 2005, p. 683 ss., dove sono listati i fattori presi in considerazione nel corso degli anni dalla giurisprudenza del Tribunale come circostanze attenuanti ed aggravanti. Tra le prime, oltre alla cooperazione con il *prosecutor*, figurano il *guilty plea* dell'imputato in sé considerato, il rimorso, la consegna volontaria alla giustizia del Tribunale, il buon carattere, la condotta successiva al conflitto; tra le aggravanti, invece, la posizione del responsabile nella gerarchia delle istituzioni, la gravità dell'offesa, la vulnerabilità della vittima, la presenza di conseguenze a lungo termine della condotta criminosa.

²¹¹ R. HENHAM - M. DRUMBL, *Plea bargaining at international criminal Tribunal for the former Jugoslavia*, in *Criminal law forum*, 2005, p. 70. Cfr. anche *Prosecutor v. Delalić et al., Second sentencing judgement*, Case IT-96-21, 20 febbraio 2001, par. 710 ss.: la Corte d'Appello valutava inappropriata la possibilità di elencare esaustivamente i fattori che possono influenzare la determinazione della sentenza ed evidenziava che sia lo Statuto sia le RPE attribuiscono ai giudici ampia discrezionalità nel valutare le circostanze del singolo caso. Neppure sono previsti

Secondariamente, l'imputato sarà incentivato a negoziare nell'ottica di un mero *do ut des*.²¹² Tale pericolo è stato evidenziato anche dalla giurisprudenza: le ragioni del *plea agreement* devono quindi essere analizzate e mai possono contraddire gli scopi perseguiti dal Tribunale, ovvero sia portare alla luce la verità e la giustizia.²¹³ In conclusione, la cooperazione giova alla riconciliazione, giacché aiuta la ricostruzione dei crimini perpetrati. D'altro canto, il suo riconoscimento come circostanza attenuante mette a rischio l'efficacia retributiva e deterrente della pena, la quale difetta di proporzionalità con la gravità del crimine commesso.²¹⁴

2.1.5. Verità e riconciliazione

I Tribunali ad hoc non sono stati creati come strumenti di vendetta nei confronti dei *perpetrators*, ossia dei responsabili, bensì di promozione della riconciliazione e ripristino di condizioni di pace duratura.²¹⁵ La giurisprudenza ha talvolta ritenuto che il *plea bargaining* fosse uno strumento idoneo al perseguimento di tali obiettivi.²¹⁶ Bisogna allora interrogarsi su quanto questa prospettiva sia realistica. Riconciliare, anzitutto, non significa consentire la mera convivenza di gruppi tra loro ostili: diversamente, la riconciliazione implica la capacità di ciascun gruppo di accettare l'altro e sviluppare una fiducia reciproca; si tratta di un

spazi edittali per i diversi reati di competenza del Tribunale, ma soltanto una pena massima generale (l'ergastolo).

²¹² R. HENHAM - M. DRUMBL, *Plea bargaining at international criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, in *Criminal law forum*, 2005, p. 63.

²¹³ Cfr. Prosecutor v. Nikolić, *First sentencing judgement*, Case IT-94-2, 18 dicembre 2003, par. 122.

²¹⁴ Cfr. Prosecutor v. Nikolić, *First sentencing judgement*, Case IT-94-2, 18 dicembre 2003, par. 245, dove la Corte affermava che la riconciliazione può realizzarsi solo se la sanzione è proporzionale alla gravità del crimine commesso.

²¹⁵ Primo rapporto annuale dell'ICTY, documento delle Onu IT/68, 29 agosto 1994, par. 16. Cfr. E. STAUB, *Genocide and mass killing: origins, prevention, healing and reconciliation*, in *Political psychology*, 2000, p. 377: la riconciliazione è tanto più importante quando, come nel territorio dell'ex Jugoslavia ed in Ruanda, i gruppi sono chiamati a convivere; senza la riconciliazione, sentimenti di paura e pericolo sono sempre presenti.

²¹⁶ Prosecutor v. Deronjić, *First sentencing judgement*, Case IT-02-61, 30 marzo 2004, par. 236: «[...] The rationale behind the mitigating effect of a guilty plea in this Tribunal is much broader, including the fact that the accused contributes to establish the truth about the conflict in the former Yugoslavia and contributes to reconciliation in the affected communities».

cambiamento nella percezione psicologica dell'altro.²¹⁷ Più specificamente, la riconciliazione c.d. personale coinvolge gli individui ed intende ristabilire, per quanto possibile, la relazione della vittima con il reo; la riconciliazione "politica", invece, coinvolge la società afflitta in quanto tale, in modo tale da risanare la fiducia tradita dal "gruppo ostile".²¹⁸

Ebbene, la negoziazione tra accusa e difesa favorisce la definizione di molti casi e, dunque, assicura alla giustizia un alto numero di colpevoli. Inoltre, come visto, il corrispettivo dello sconto sanzionatorio accordato all'imputato sono le informazioni da questo fornite, le quali contribuiscono alla ricostruzione dei fatti. Ciononostante, si tratta di una verità incompleta: il *guilty plea* è spesso reso come parte di un *plea agreement* tra imputato e accusa, con cui può pattuirsi la caduta di alcuni capi di imputazione.²¹⁹ Ne consegue che rispetto a quei fatti che il pubblico ministero rinuncia a perseguire non sarà ricostruita alcuna verità; oltretutto, la vittima è completamente estromessa dalle dinamiche della negoziazione.²²⁰

²¹⁷ E. STAUB, *Genocide and mass killing: origins, prevention, healing and reconciliation*, in *Political psychology*, 2000, p. 376. Cfr. J.N. CLARK, *The three Rs: retributive justice, restorative justice, and reconciliation*, in *Contemporary justice review*, 2008, p. 335: la riconciliazione richiede che a ciascuna parte sia data la possibilità di esporre la propria "verità" e che questa sia ascoltata e capita. I Serbi nel conflitto dei Balcani e gli Hutu in Ruanda possono aver commesso atrocità, ma hanno pure a loro volta enormemente sofferto: è perciò un processo reciproco.

²¹⁸ A. KOHEN - M. ZANCHELLI - L. DRAKE, *Personal and political reconciliation in post-genocide Rwanda*, in *Social Justice Research*, 2011, p. 88. Cfr. H. ARENDT, *Lectures on Kant's political philosophy*, Chicago 1982, p. 74 ss.: «A personal act or idea only achieves a political status when it becomes public and is subjected to publication and discussion within a larger community of ideas».

²¹⁹ J.N. CLARK, *Plea bargaining at the ICTY*, in *The european journal of international law*, 2009, p. 427. Cfr. R.E. RAUXLOH, *Plea bargaining in international criminal justice. Can the international criminal court afford to avoid trials?*, in *The journal of criminal justice*, 2011, p. 7: l'autrice ritiene che, in generale, qualsiasi forma di concessione a favore dell'imputato mette a rischio la riconciliazione e cita il caso di Biljana Plavšić, la quale era detenuta in un carcere svedese munito di sauna, palestra, piscina. Ciò offese profondamente gran parte delle vittime.

²²⁰ Cfr. M.P. SCHARF, *Trading justice for efficiency: plea bargaining and international tribunals*, in *Journal of international criminal justice*, 2004, p. 1081: ad esempio, nel caso Plavšić è stata fatta cadere l'accusa per il reato di genocidio, come parte dell'*agreement*; l'autore osserva che, peraltro, ciò potrebbe essere erroneamente percepito come un'ammissione da parte del *prosecutor* che tali fatti non si verificarono; *Prosecutor v. Deronjić, First sentencing judgement, dissenting opinion of judge Schomburg*, Case IT-02-61, 20 luglio 2005, par. 4, quando il giudice, esprimendo opinione dissenziente, criticava la pratica del *charge bargaining*, che comporta la selezione arbitraria di fatti facenti parte di un piano criminale ampio; H. ZEHR, *The little book of restorative justice*, Intercourse 2002, p. 13, a proposito delle vittime: «They need 'real' information, not speculation or the legally-constrained information that comes from a trial or plea agreement».

In aggiunta, l'imputato che si dichiara colpevole rinuncia ad una serie di diritti, tra cui il diritto al processo pubblico, il quale include un procedimento più ampio di assunzione delle prove.²²¹ Così il *plea bargaining* pregiudica ulteriormente la ricostruzione della verità storica, dal momento che la comunità afflitta dal conflitto non saprà mai se la Corte ha rinunciato alla prova di alcuni fatti perché irrilevanti oppure, viceversa, come parte di un accordo con l'imputato.²²²

Alcuni fattori complicano ulteriormente la vicenda della riconciliazione. La sede dell'ICTY è situata nell'Aia, anziché nel territorio dell'ex Jugoslavia, e quella dell'ICTR ad Arusha, in Tanzania; è utilizzata la lingua inglese od in alternativa francese, non quella bosniaca, serba, croata o ruandese; i giudizi sono definiti sulla base di un sistema giuridico estraneo alla popolazione locale.²²³ Il Tribunale è avvertito come un corpo alieno dalla popolazione e, soprattutto, dalle vittime, mentre, al contrario, la rappacificazione esigerebbe che costoro si sentissero parte del meccanismo processuale.²²⁴ In definitiva, il *plea bargaining* risparmia la vittima dallo stress di presenziare al processo e testimoniare; il prezzo, però, è alto e consiste, precisamente, nella totale esclusione della vittima medesima dalla vicenda processuale e nell'offuscamento della verità storica. Qualche riflessione deve seguire.

In primo luogo, l'esito del giudizio dovrebbe scaturire non da un'accettazione passiva delle risultanze istruttorie da parte del giudice, ma al contrario da una partecipazione attiva di tutti i soggetti processuali, compresa la vittima: costoro intervengono con la loro personalità da diverse prospettive nel giudizio, influenzandone l'andamento.²²⁵ Soltanto con il contributo di ognuno la verità storica può dirsi ricostruita in maniera esauriente.

Secondariamente, esiste un nesso inscindibile tra verità e giustizia. Una verità incompleta non è da sola capace di impedire episodi di revisionismo,

²²¹ Prosecutor v. Nikolić, *First sentencing judgement*, Case IT-94-2, 18 dicembre 2003, par. 61: il processo pubblico, con la presentazione dei testimoni e delle prove documentali da parte di entrambe le parti, consente di provare esaustivamente i fatti rispetto al *guilty plea*.

²²² Prosecutor v. Nikolić, *First sentencing judgement*, Case IT-94-2, 18 dicembre 2003, par. 63.

²²³ J.N. CLARK, *Plea bargaining at the ICTY*, in *The european journal of international law*, 2009, p. 422. Cfr. J.M. KAMATALI, *The challenge of linking international criminal justice and national reconciliation: the case of ICTR*, in *Leiden journal of international law*, 2003, p. 118: una delle obiezioni sollevate dal governo del Ruanda alla risoluzione che istituiva il Tribunale *ad hoc* concerneva proprio la sede del Tribunale, che veniva situata in Tanzania; una corte al di fuori dei confini nazionali non era considerata idonea ad agevolare la riconciliazione.

²²⁴ V. *supra*, nota n. 27.

²²⁵ G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale. I principi generali*, Torino 2013, p. 52 ss.

né, tantomeno può fungere da sostrato per la riconciliazione.²²⁶ Se non c'è pace senza giustizia, la sensazione generale è che nei Tribunali *ad hoc* giustizia non sia stata fatta.²²⁷

A ciò si aggiunga che per le vittime fare giustizia spesso non significa limitarsi a incarcerare i responsabili per un periodo adeguato; è insufficiente, in altre parole, la sola retribuzione. Diversamente, la giustizia contempla, *inter alia*, riparazione, ammenda, restituzione della proprietà sottratta.²²⁸ I *plea agreements* sono frequentemente accompagnati da scuse ed espressioni di rimorso, ma è lecito interrogarsi circa la loro sincerità, giacché tali espressioni sono spesso parte di una negoziazione da cui l'imputato ha solo da guadagnare. Inoltre, gli statuti dei Tribunali *ad hoc* non contemplano alcuna forma di riparazione a favore delle vittime.²²⁹

2.2. La Corte penale internazionale permanente

²²⁶ A riguardo, si pensi alle parole di Primo Levi, intervistato a Pesaro nel 1986: «Tutti coloro che dimenticano il loro passato sono condannati a riviverlo. [...] La memoria è come il mare: può restituire brandelli di rottami a distanza di anni».

²²⁷ J.N. CLARK, *Plea bargaining at the ICTY*, in *The european journal of international law*, 2009, p. 430.

²²⁸ E. STOVER, *The witnesses: war crimes and the promise of justice in the Hague*, University of Pennsylvania 2007, p. 15, come citato in N. CLARK, *Plea bargaining at the ICTY*, in *The european journal of international law*, 2009, p. 431.

²²⁹ Cfr. art. 75 dell'*ICC Statute*: «*The Court shall establish principles relating to reparations to, or in respect of, victims, including restitution, compensation and rehabilitation. On this basis, in its decision the Court may, either upon request or on its own motion in exceptional circumstances, determine the scope and extent of any damage, loss and injury to, or in respect of, victims and will state the principles on which it is acting*». Lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale, dunque, ha inserito una forma di riparazione a favore delle vittime. Bisogna domandarsi in che modo si possa riparare alle conseguenze del crimine, le quali si ripercuotono altresì sulla comunità in cui la vittima specifica del crimine si inserisce. Sull'impatto del crimine sulla società, cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2003, p. 412 ss.: il c.d. costo morale del crimine è una variabile dipendente da innumerevoli fattori, fra cui la moralità del singolo individuo, la cultura civica complessiva che la comunità sociale esprime in un certo momento storico, la diffusione e la saldezza del senso della legalità, l'autorevolezza della giustizia penale e della pubblica amministrazione. Sull'utilità della riparazione, cfr. H. ZEHR, *The little book of restorative justice*, Intercourse 2002, cit. p. 13: «*Restitution by offenders is often important to victims, sometimes because of the actual losses but just as importantly, because of the symbolic statement implied. When an offender makes an effort to make right the harm, even if only partially, it is a way of saying 'I am taking responsibility, and you are not to blame'*».

Lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale (ICC) è stato adottato il 17 luglio 1998 nel corso di una conferenza diplomatica dei plenipotenziari indetta dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con voto favorevole di centoventi Paesi; tra gli Stati che hanno votato a sfavore dell'adozione sono compresi Cina, India, Israele e Stati Uniti.²³⁰ E' entrato in vigore il primo di luglio del 2002, dopo la sessantesima ratifica.

La possibilità di creare un tribunale penale internazionale permanente era già stata vagliata nel corso delle prime sessioni dell'Assemblea generale, negli anni 1946 e 1947. L'avvento della guerra fredda congelò anche questo processo: da una parte gli Stati Uniti sono sempre parsi riluttanti a concentrare la propria attenzione e risorse sulla formazione di un sistema di giustizia internazionale *super partes*, dall'altra gli esponenti del regime sovietico erano consapevoli che l'operatività di tale sistema di giustizia avrebbe comportato l'incriminazione di Stalin.²³¹ Il tema riemerse allora solo negli anni Ottanta del secolo scorso, quando molti Paesi sudamericani ambivano alla creazione di un meccanismo internazionale capace di combattere il traffico illecito di sostanze stupefacenti: la questione fu così inserita tra i punti all'ordine del giorno nell'agenda dell'Assemblea generale.²³²

²³⁰ Cfr. A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale. Diritto processuale*, Bologna 2005, p. 29 ss.: precisamente, in sede di negoziati di Roma esistevano tre diversi raggruppamenti di Stati. Il primo comprendeva Paesi ideologicamente omogenei e favorevoli alla creazione di una corte forte, tra cui Canada, Australia, Francia e Regno Unito. Del secondo gruppo facevano parte i restanti membri permanenti del Consiglio di sicurezza Onu, con gli Stati Uniti in prima linea: costoro si opponevano alla "giurisdizione automatica", cioè derivante dalla mera ratifica da parte di uno Stato dello Statuto della Corte, senza richiedere altresì un atto successivo di accettazione della sua competenza. Inoltre, i Paesi appartenenti al secondo gruppo ambivano ad attribuire ampi poteri al Consiglio di sicurezza, possibilità a cui viceversa si opponevano fortemente i membri del terzo nonché ultimo gruppo. Questo includeva il c.d. movimento dei non allineati, ovverosia Paesi quali Giamaica e Repubblica Dominicana, India e Turchia. A proposito della posizione statunitense cfr. anche B. VAN SCHAACK - R.C. SLYE, *International criminal law and its enforcement: cases and materials*, New York 2010, p. 66: gli autori rilevano che la gioia degli attivisti statunitensi per i diritti umani, di fronte alla creazione di un meccanismo permanente che consentiva di combattere l'impunità dei crimini internazionali, fu seriamente compromessa dalla constatazione che gli Stati Uniti facessero parte di quei Paesi che, insieme ad altri quali l'Iraq, si opponevano all'adozione del Trattato di Roma.

²³¹ D. DONAT CATTIN, *Dai tribunali penali internazionali ad hoc alla Corte penale internazionale permanente: alcune riflessioni sul processo decisionale nella comunità internazionale*, in G. CALVETTI, *Ex Jugoslavia e tribunale penale internazionale*, Milano 2001, p.148.

²³² B. VAN SCHAACK - R.C. SLYE, *International criminal law and its enforcement: cases and materials*, New York 2010, p. 65.

Con l'adozione dello Statuto e l'istituzione della Corte si è optato per la soluzione della responsabilità penale personale allo scopo di porre termine all'impunità degli individui che commettano crimini lesivi degli interessi della comunità internazionale complessivamente considerata.²³³ L'idea era che la presenza di una singola Corte permanente avrebbe ovviato alla difficoltà di costituire di volta in volta tribunali *ad hoc* per perseguire crimini specifici, assicurando così saldezza e continuità alla giurisdizione penale internazionale.²³⁴

²³³ Cfr. il preambolo dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale permanente, che descrive il contesto storico in cui è sorta la necessità di creare la Corte e le finalità da questa perseguite: « *The States Parties to this Statute, Conscious that all peoples are united by common bonds, their cultures pieced together in a shared heritage, and concerned that this delicate mosaic may be shattered at any time, Mindful that during this century millions of children, women and men have been victims of unimaginable atrocities that deeply shock the conscience of humanity, Recognizing that such grave crimes threaten the peace, security and well-being of the world, Affirming that the most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished and that their effective prosecution must be ensured by taking measures at the national level and by enhancing international cooperation, Determined to put an end to impunity for the perpetrators of these crimes and thus to contribute to the prevention of such crimes, Recalling that it is the duty of every State to exercise its criminal jurisdiction over those responsible for international crimes, Reaffirming the Purposes and Principles of the Charter of the United Nations, and in particular that all States shall refrain from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations, Emphasizing in this connection that nothing in this Statute shall be taken as authorizing any State Party to intervene in an armed conflict or in the internal affairs of any State, Determined to these ends and for the sake of present and future generations, to establish an independent permanent International Criminal Court in relationship with the United Nations system, with jurisdiction over the most serious crimes of concern to the international community as a whole, Emphasizing that the International Criminal Court established under this Statute shall be complementary to national criminal jurisdictions, Resolved to guarantee lasting respect for and the enforcement of international justice, Have agreed as follows*».

²³⁴ M. CHERIF BASSIOUNI, *The legislative history of the international criminal Court: an article by article evolution of the Statute*, p. 11. A proposito della necessità di un sistema di giustizia internazionale permanente, cfr. R. GUTMAN – D. RIEFF, *War crimes*, New York 1999, p. 166. Si dice che Hitler, incoraggiato dall'indifferenza manifestata dalla comunità mondiale di fronte al massacro degli Armeni da parte delle forze dell'impero Ottomano nel corso della prima guerra mondiale, avesse rassicurato chi esprimeva dubbi circa le liceità nel diritto internazionale delle

La sede del tribunale è situata nell'Aia e dunque, analogamente a quanto accade nel caso dei Tribunali *ad hoc*, è assai distante dai luoghi dei crimini finora perseguiti dalla Corte.²³⁵ Altrettanto similmente, la normativa da applicarsi ai fini della definizione dei giudizi ricomprende, accanto allo Statuto, le Regole di procedura e di prova adottate dai giudici. Allo Statuto di Roma, d'altro canto, sono allegati gli *Elements of crimes*, dove sono descritti gli elementi dei reati di genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra ed aggressione: è una previsione innovativa che supplisce alle carenze delle preve esperienze di giustizia penale internazionale e risponde ad una esigenza di legalità.²³⁶ La discrezionalità del giudizio è attenuata pure dalla parziale codificazione del diritto internazionale esistente in materia, contenuta nello Statuto. Evidentemente, la descrizione particolareggiata e minuziosa della norma costituisce altresì un'importante garanzia per l'imputato, a cui è così permesso di fondare la propria difesa sulla negazione degli elementi del crimine.

Rispetto ai Tribunali *ad hoc*, del resto, le differenze sono notevoli. Lo Statuto di Roma istituisce una Corte con competenza generale *ex ante facto*, anziché *ad hoc* e *ex post*: essa preesiste, in altri termini, ai crimini che di fronte ad essa verranno giudicati. Oltretutto, la Corte non è soggetta al controllo politico del Consiglio di sicurezza. L'unica condizione per l'esercizio del mandato è che la sua giurisdizione sia esercitata solamente rispetto ai crimini indicati nello Statuto e che siano stati commessi nei territori degli Stati parti o da individui di nazionalità di Stati parti dopo l'entrata in vigore dello Statuto; la giurisdizione dei Tribunali *ad hoc*, di contro, era limitata

politiche di sterminio con queste parole: «Chi si ricorda, in fondo, degli Armeni?». Vale a dire che l'impunità è un incentivo alla commissione reiterata del crimine.

²³⁵ Ad oggi, la Corte ha perseguito crimini commessi nei territori dei seguenti Paesi: Uganda, Repubblica democratica del Congo, Sudan, Repubblica centrafricana, Kenya, Libia, Costa d'Avorio e Mali.

²³⁶ Riguardo alla scelta d'introdurre gli *Elements of crimes*, cfr. A. CASSESE - P. GAETA - J. JONES, *The Rome Statute of the international criminal Court: a commentary*, Oxford 2002, p.1059 ss.: gli *Elements* furono allegati allo Statuto di Roma soltanto all'ultimo momento dietro insistenza degli Stati Uniti, in ossequio al principio *nullum crimen sine lege*. L'approccio sembrerebbe rispecchiare la tendenza statunitense «*to obsessively codify detailed definitions of offences*»: alcune specificazioni paiono ridondanti, ad esempio l'uccisione da parte del responsabile di una o più persone come primo elemento del crimine di genocidio. A proposito delle fonti del diritto, cfr. anche art. 21 dello Statuto di Roma, che cita tra le fonti da applicarsi in via sussidiaria anche il diritto internazionale, i principi generali di diritto comuni ai principali sistemi giuridici nazionali e, qualora appropriate, le leggi nazionali del Paese che avrebbe altrimenti la giurisdizione sul crimine.

nello spazio e nel tempo e il Consiglio poteva porvi termine in qualsiasi momento.²³⁷

E' bene, tuttavia, operare una distinzione. Se l'azione penale è esercitata da uno Stato o dalla pubblica accusa, allora la rottura rispetto ai precedenti Tribunali *ad hoc* è netta: devono rispettarsi le condizioni di cittadinanza e territorialità e si esige conseguentemente il consenso del Paese di cittadinanza dell'imputato o sul cui territorio il crimine è perpetrato. Viceversa, quando è il Consiglio di sicurezza a denunciare un caso alla Corte, questa è vincolata alla sola volontà di ciascuno dei cinque membri permanenti del Consiglio medesimo. Si è parlato a tal proposito di doppio binario di operatività della Corte.²³⁸ In sostanza, sebbene l'ICC sia formalmente indipendente dalle Nazioni Unite, il Consiglio di sicurezza è in ogni caso munito di facoltà che gli consentono di intervenire sull'attività della Corte.

D'altronde, mentre nelle pregresse istituzioni vigeva il principio della prevalenza della giurisdizione internazionale, lo Statuto di Roma sancisce il principio di complementarità, dunque di primazia della giurisdizione nazionale.²³⁹ Ciò significa che la Corte non intende sostituire i sistemi di giustizia nazionali *in toto*, ma interviene soltanto in caso di malfunzionamento di questi ultimi: la sua attività è esercitata soltanto in caso di inerzia dello Stato che ha giurisdizione sul crimine commesso, oppure ogni qual volta questa ritenga che il processo non si svolga dinanzi ai tribunali nazionali in modo indipendente ed imparziale.²⁴⁰ Ad ogni modo, è

²³⁷ D. DONAT CATTIN, *Dai tribunali penali internazionali ad hoc alla Corte penale internazionale permanente: alcune riflessioni sul processo decisionale nella comunità internazionale*, in G. CALVETTI, *Ex Jugoslavia e tribunale penale internazionale*, Milano 2001, p.149 ss. Cfr. artt. 12 ss. dello Statuto di Roma: al Consiglio di sicurezza è attribuito il potere di sospendere un procedimento solamente nel caso in cui la maggioranza qualificata dei suoi membri (ossia 9 dei 15 Paesi che ne fanno parte) ritenga che l'esercizio dell'azione penale da parte della Corte sia d'ostacolo all'azione del Consiglio stesso per il ristabilimento o mantenimento della pace internazionale, e sempreché alcuno dei membri permanenti non opponga il veto (si tratta di Cina, Francia, Regno Unito, Russia e Stati Uniti).

²³⁸ L. TEDOLDI, *La giustizia internazionale. Un profilo storico-politico dall'arbitrato alla Corte penale*, Roma 2012, p. 246 ss.

²³⁹ O. TRIFFTERER, *Origine, sviluppo e stato attuale del diritto e della giustizia penale internazionale*, in AA.VV., *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, a cura di A. Cassese, M. Chiavario e G. De Francesco, Torino 2005, p. 59. Cfr. artt. 17-20 dello Statuto di Roma.

²⁴⁰ Cfr. B. VAN SCHAACK - R.C. SLYE, *International criminal law and its enforcement: cases and materials*, New York 2010, cit. p. 67.

alla Corte che spetta di decidere in ultima istanza se procedere rispetto ad un caso pendente nelle giurisdizioni nazionali.²⁴¹

La competenza è limitata ai quattro crimini internazionali considerati più gravi: crimini di guerra, crimini contro l'umanità, genocidio, aggressione.²⁴² Quest'ultimo, che si riferisce all'attacco armato di uno Stato a danno di un altro, è stato incluso nello Statuto in un momento successivo a quello dell'adozione. Le resistenze dei governi nazionali rispetto a tal inserimento sono facilmente comprensibili, in quanto esso limita lo *ius ad bellum*, dunque una delle prerogative più importanti del potere sovrano.²⁴³

Vale la pena di rimarcare che tra i Paesi più recalcitranti rientrano gli Stati Uniti d'America, i quali hanno condotto delle vere e proprie offensive strategiche anti-Corte.²⁴⁴ La loro opposizione ha riguardato soprattutto il c.d. primo binario di operatività della Corte, ossia la sua indipendenza dal Consiglio di sicurezza, cosicché gli Stati Uniti hanno intrapreso una serie di azioni volte ad assicurare l'immunità ai propri cittadini.²⁴⁵ L'Europa, al

²⁴¹ Cfr. art. 29 dello Statuto di Roma, il quale sancisce l'imprescrittibilità dei crimini rientranti nella giurisdizione della Corte penale internazionale. Di conseguenza, è evidente che anche qualora la Corte decida di non procedere, rimane sempre aperta la possibilità di un intervento successivo, qualora ritenga che siano venute a sussistere le condizioni.

²⁴² Cfr. A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale. Diritto sostanziale*, Bologna 2005, p. 52 ss.. I crimini di guerra sono gravi violazioni delle norme consuetudinarie e di quelle pattizie del diritto internazionale umanitario dei conflitti armati, laddove applicabili. La categoria dei crimini contro l'umanità comprende, invece, atti particolarmente odiosi, giacché seriamente lesivi della dignità umana, non sporadici né isolati, che possono essere compiuti sia in tempo di pace che di guerra a danno di civili o, in base alla normativa internazionale consuetudinaria, anche a danno di combattenti nemici. Il genocidio era inizialmente ricompreso nel novero dei crimini contro l'umanità; oggi è una fattispecie autonoma che si contraddistingue per l'elemento soggettivo del dolo specifico, dal momento che il crimine sussiste solo se perpetrato con l'intento di uccidere, distruggere o sterminare gruppi o membri di gruppi in quanto tali. Infine, il crimine di aggressione consiste nella pianificazione, preparazione, avvio o scatenamento di una guerra di aggressione, o di una guerra in violazione di trattati o accordi internazionali, ovvero la partecipazione ad un piano comune o ad un accordo criminoso finalizzato all'attuazione di uno degli atti summenzionati.

²⁴³ L. TEDOLDI, *La giustizia internazionale. Un profilo storico-politico dall'arbitrato alla Corte penale*, Roma 2012, p. 242.

²⁴⁴ G. DELLA MORTE, *Osservatorio della Corte criminale internazionale permanente*, in *Diritto penale e processo*, 2003, p. 917.

²⁴⁵ Gli Stati Uniti hanno in primo luogo promulgato l'*American service members' protection act*, noto anche come *Hague invasion act*, con il quale si autorizza il presidente U.S.A. ad utilizzare qualsiasi strumento (anche militare) per liberare personale statunitense, o che gode della protezione statunitense, detenuto presso la Corte. In aggiunta, hanno esercitato pressioni su numerosi Paesi, minacciando talvolta ritorsioni economiche, affinché accettassero di concludere accordi bilaterali con cui i firmatari si impegnavano, reciprocamente o

contrario, è la regione più rappresentata tra i sostenitori di questo nuovo modello di giustizia.

2.2.1. Opportunità dell'utilizzo del *plea bargaining*

Analogamente alle normative dei Tribunali *ad hoc*, anche lo Statuto di Roma ammette che l'imputato possa dichiarare la propria colpevolezza e disciplina le condizioni e le conseguenze di tale dichiarazione. Alla Corte è demandato anche in questo caso di verificare che l'*admission of guilt* sia consapevole, volontaria e supportata da sufficienti evidenze fattuali.²⁴⁶ I giudici non rimangono in ogni caso mai vincolati dalla dichiarazione di colpevolezza e, qualora ritengano che non ne sussistano i requisiti di validità, hanno la facoltà di respingerla e deferire la questione ad un'altra Camera, che deciderà secondo il rito ordinario.

La peculiarità è che una conoscenza maggiormente approfondita dei fatti attraverso l'assunzione esaustiva dei mezzi di prova potrà valutarci necessaria anche tenuto conto dell'interesse della giustizia e segnatamente della vittima. La Corte potrà, in tale ipotesi, esigere che la pubblica accusa presenti ulteriori fonti di prova, oppure rigettare la dichiarazione di colpevolezza *in toto* e procedere col rito ordinario. L'innovazione è manifesta: nei Tribunali *ad hoc* alla vittima non era riconosciuto alcun diritto, risultando di contro completamente esclusa dal procedimento.²⁴⁷ Oltre a ciò, quando i capi d'imputazione siano stati confermati, al *prosecutor* è concesso di modificarli soltanto previo parere favorevole della Camera, anche qualora il giudizio non abbia ancora avuto inizio. La modifica può consistere nella rinuncia da parte della pubblica accusa a perseguire taluni crimini e può rientrare, evidentemente, nell'ambito di una negoziazione con l'imputato. Giacché i capi d'imputazione formulati dalla pubblica accusa sono confermati in fase predibattimentale e la dichiarazione di colpevolezza è resa dall'imputato solamente all'inizio del dibattimento, tecnicamente la

unilateralmente, a non estradare propri cittadini alla Corte. Infine, gli Stati Uniti hanno richiesto ed ottenuto l'approvazione da parte del Consiglio di sicurezza di una risoluzione che applica l'art. 16 dello Statuto di Roma e sospende quindi per dodici mesi ogni indagine o procedimento nei confronti di militari, c.d. *peacekeepers*, cittadini di Stati che non hanno ratificato il trattato istitutivo della Corte. Si noti che gli effetti di tale risoluzione erano poi stati prorogati per ulteriori dodici mesi. L'allora Segretario generale delle Nazioni Unite, Kofi Annan, aveva evidenziato i rischi connessi alla reiterazione, che avrebbe compromesso e la credibilità della Corte e l'autorità del Consiglio di Sicurezza. Cfr. a riguardo G. DELLA MORTE, *Osservatorio della Corte criminale internazionale permanente*, in *Diritto penale e processo*, 2003, p. 918.

²⁴⁶ Art. 65 dello Statuto di Roma.

²⁴⁷ Cfr. *sub*, par. 2.2.2. per approfondimenti sul tema del coinvolgimento della vittima nei giudizi pendenti dinanzi alla Corte penale internazionale permanente.

loro caduta richiederà sempre il consenso della Corte.²⁴⁸ Le possibilità di *charge bargaining*, fortemente criticato sia nelle giurisdizioni nazionali che nei Tribunali *ad hoc*, vengono così limitate ed assoggettate ad ampio controllo giudiziale.²⁴⁹

Nonostante queste previsioni, ad oggi nessun imputato dinanzi alla Corte penale internazionale permanente si è dichiarato colpevole, e tanto meno dunque hanno avuto luogo negoziazioni tra imputato ed accusa. Conviene perciò valutare l'opportunità di incoraggiarne l'utilizzo.

Innanzitutto, l'uso *plea bargaining* si ripercuote sulla reputazione della Corte. Ogni tribunale penale internazionale, a cominciare da Norimberga, è stato oggetto di critiche, quando non di veri e propri attacchi, e particolarmente da parte delle autorità nazionali. Il motivo dello scetticismo è lampante: si tratta di un sistema di giustizia fortemente limitativo di alcune prerogative del potere sovrano statale, *in primis* la promozione dell'azione penale. A maggior ragione all'ICC è domandato di dimostrare la legittimità della propria giurisdizione, considerato che essa conta sul supporto di soli due membri permanenti del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, ossia Francia e Regno Unito. Se da un lato allora la diffusione della pratica della negoziazione tra imputato e *prosecutor* rischierebbe di pregiudicare il buon nome della Corte, dando l'impressione d'anteporre la celerità del processo alla pretesa di giustizia, dall'altro gli gioverebbe.²⁵⁰ Difatti, il buon funzionamento del tribunale è valutato anche sulla base del numero di condanne irrogate: uno degli obiettivi della giustizia internazionale, del resto, è porre fine all'impunità e impedire così sia la reiterazione futura del crimine che episodi di revisionismo storico. Per quanto concerne il rispetto dei principi fondamentali del giusto processo, negoziando l'imputato si priva d'una serie di diritti riconosciutigli in sede di *full trial*, primo fra tutti la presunzione d'innocenza: a negoziare con la pubblica accusa è chi previamente si è dichiarato colpevole ed ha dunque rinunciato alla possibilità d'assoluzione.²⁵¹ La libera scelta dell'imputato, peraltro, può ragionevolmente essere condizionata dalle pressioni esercitate dalle parti, in particolare dall'accusa, nonché

²⁴⁸ Art. 61 dello Statuto di Roma: i capi d'imputazione sono confermati nel corso di un'udienza di fronte alla *pre-trial Chamber*, viceversa la dichiarazione di colpevolezza è resa davanti alla *trial Chamber*.

²⁴⁹ M.L. FERIOLI, *Plea bargaining before the international criminal Court: suggestions taken from the experience of the ad hoc Tribunals*, in *Legal studies research paper*, 2013, p. 15.

²⁵⁰ R. RAUXLOH, *Plea bargaining: a necessary tool for the international criminal Court prosecutor*, in *Judicature*, 2011, p. 180.

²⁵¹ Si noti, precisamente, che mentre al termine del processo ordinario l'imputato è condannato solo qualora la sua colpevolezza sia provata oltre ogni ragionevole dubbio, invece in caso di *plea bargaining* i giudici pronunciano una sentenza di condanna a meno che l'innocenza risulti manifesta. Cfr. soprattutto art. 65 comma 1 lettera c dello Statuto di Roma.

dall'incentivo di un trattamento più benevolo in sede di *sentencing*. In altre parole, non è irragionevole ipotizzare che egli possa dichiararsi colpevole perché ammalato dall'occasione di uno sconto sanzionatorio. D'altro canto, però, negoziando l'imputato scampa alle "scomodità" legate alla pubblicità del giudizio e, tra queste, il c.d. effetto stigmatizzante del processo.²⁵²

Per giunta, deve considerarsi che l'indagine sul crimine internazionale è straordinariamente più complessa di quella che si svolge nell'ambito della giurisdizione nazionale e che il *plea bargaining* facilita l'assunzione della prova. La difficoltà dell'indagine dipende, *in primis*, dalla misura del crimine, giacché il numero di vittime e testimoni può verosimilmente superare il migliaio. A ciò si aggiungano i problemi logistici: l'investigazione si svolge di frequente in Paesi dove l'efficienza delle infrastrutture è pregiudicata da un conflitto previo od ancora corrente ed ai testimoni è domandato di spostarsi all'Aia, in assenza di ampie garanzie per la sicurezza loro e delle rispettive famiglie.²⁵³

In secondo luogo, l'attività del *prosecutor* dipende dalla collaborazione delle autorità nazionali competenti, dal momento che, in ossequio al principio di complementarità, la Corte non ha alcuna forza investigativa autonoma. Nonostante lo Statuto di Roma obblighi gli Stati a collaborare con l'ICC, non esistono *de facto* strumenti attraverso cui dare, se necessario, attuazione coercitiva a tale previsione; alla Corte è soltanto consentito di riferire dell'inottemperanza all'Assemblea degli Stati membri od anche al Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, ma unicamente qualora quest'ultimo abbia dato impulso all'esercizio dell'azione penale.²⁵⁴

Da ultimo, la Corte è incaricata di perseguire i sospettati d'aver commesso il crimine in posizione di *leadership* militare, politica ed economica; la sua competenza, in altre parole, è limitata ai c.d. *big fish* e non comprende conseguentemente gli imputati di basso o medio rango. E' ragionevole ritenere che chi riveste una posizione di pieno controllo non commetta il

²⁵² Sul processo come pena, cfr. R. ORLANDI, *Effettività della sanzione penale e principi costituzionali*, in F. GIUNTA - R. ORLANDI - P. PITTARO - A. PRESUTTI, *L'effettività della sanzione penale*, Milano 1998, cit. p. 44: «Nell'attuale senso comune, la presunzione di innocenza è spesso misconosciuta, se non addirittura percepita come un inutile impaccio garantistico, un assurdo ostacolo sulla via di un'efficace repressione penale. [...] Non più separati dalla presunzione di innocenza, processo penale e sanzione finiscono con l'essere percepiti come appartenenti a un medesimo piano». In particolare attraverso i media il processo penale diviene così uno strumento di *capitis deminutio*, che lede la reputazione dell'imputato presso l'opinione pubblica. Vale a dire che il mero processo già si tramuterà in una "sanzione in divenire". Cfr. anche F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano 2003, p. 140, dove l'autore parla a tal proposito di "sanzione della gogna".

²⁵³ R. RAUXLOH, *Plea bargaining in international criminal justice. Can the international criminal court afford to avoid trials?*, in *The journal of criminal justice*, 2011, p. 16.

²⁵⁴ Art. 87 comma 7 dello Statuto di Roma.

reato in prima persona, bensì che lo pianifichi e diriga dall'alto. L'assunzione della prova è messa a repentaglio: frequentemente i sopravvissuti sono in grado d'indicare i meri esecutori materiali del crimine, mentre eventuali co-imputati sono riluttanti a testimoniare avverso il proprio superiore.²⁵⁵

Dunque, il *plea bargaining* consente di far fronte a queste difficoltà: l'ammissione di colpevolezza da parte dell'imputato solleva la pubblica accusa dall'onere di ricercare i testimoni ed i sopravvissuti dall'onere di testimoniare; allo stesso tempo, al *prosecutor* è permesso d'indagare autonomamente, senza l'esigenza di collaborare con l'autorità nazionale; lo sconto sanzionatorio, infine, fungerà da incentivo a testimoniare contro i mandanti del crimine.

Peraltro, come già visto con riferimento ai Tribunali *ad hoc*, la dichiarazione di colpevolezza, l'implicito riconoscimento della sofferenza patita dalle vittime ed eventuali espressioni di rimorso giovano al processo di riconciliazione. Lo Statuto di Roma è innovativo in tal senso, stabilendo che l'esigenza della vittima del reato debba essere valutata dalla Camera in ogni fase del processo.²⁵⁶ Quindi, il giudice potrà valutare caso per caso se il *plea bargaining* risponda ai bisogni delle singole vittime; d'altra parte, la negoziazione gioverà ad ogni modo alle vittime complessivamente considerate, giacché, semplificando l'assunzione della prova, consentirà di perseguire un numero maggiore di responsabili.²⁵⁷

E' perciò auspicabile l'uso del *plea bargaining* nei giudizi presso la Corte penale internazionale permanente, seppur moderatamente. Più di preciso, deve raccomandarsene l'utilizzo ogni qual volta ciò possa sveltire l'assunzione delle prove e promuovere la riconciliazione, assicurando un alto grado di tutela alle parti processuali, segnatamente le vittime e l'imputato.²⁵⁸ E' utile ribadire, inoltre, che, perseguendo la Corte i soli imputati di *high ranking*, cadono le problematiche relative al valore di circostanza attenuante riconosciuto alla cooperazione: sono risolte a monte le questioni che pertengono al maggior potere negoziale in capo agli

²⁵⁵ R. RAUXLOH, *Plea bargaining in international criminal justice: can the international criminal Court afford to avoid trials?*, in *The journal of criminal justice*, 2011, p. 18. Ad esempio, Biljana Plavšić si rifiutò di testimoniare contro Slobodan Milošević.

²⁵⁶ Per quanto concerne la posizione della vittima, cfr. artt. 15, 19, 53, 54, 65, 75 dello Statuto di Roma. Cfr. anche *sub*, par. 2.2.2., a riguardo delle innovazioni introdotte dalla normativa dell'ICC in tema di vittime del reato.

²⁵⁷ R. RAUXLOH, *Plea bargaining: a necessary tool for the international criminal Court prosecutor*, in *Judicature*, 2011, p. 181.

²⁵⁸ R. RAUXLOH, *Plea bargaining in international criminal justice: can the international criminal Court afford to avoid trials?*, in *The journal of criminal justice*, 2011, p. 21.

imputati in possesso di più informazioni, solitamente gli organizzatori del crimine, ossia alte cariche istituzionali.²⁵⁹

2.2.2. L'innovazione dal lato della vittima

Dinanzi alla Corte penale internazionale ha avuto luogo un cambiamento rivoluzionario che investe la posizione della vittima in giudizio, nonché i diritti generalmente riconosciuti. Si è trattato di una grande conquista da parte della giustizia penale internazionale.²⁶⁰ Un malinteso ha contribuito ad escludere la vittima dal processo, giacché si riteneva che i suoi interessi fossero adeguatamente rappresentati dalla pubblica accusa; in realtà, all'*international prosecutor* possono far capo interessi non solo differenti, bensì anche potenzialmente contrapposti a quelli della vittima.²⁶¹ Gli Statuti dei Tribunali *ad hoc*, così, consentivano alle vittime di prender parte al procedimento unicamente nella veste di testimoni e di essere sentite attraverso l'espedito dell'esame incrociato, conducibile e da parte della pubblica accusa e da parte della difesa dell'imputato.²⁶² In aggiunta, non era loro garantita alcuna forma di compensazione. La vittima era così ridotta a mero strumento, utile per l'assunzione di prove ulteriori: si è

²⁵⁹ Cfr. *supra*, par. 2.1.4. per una trattazione più approfondita dei problemi sollevati dal riconoscimento della cooperazione dell'imputato come circostanza attenuante, particolarmente in sede di *plea bargaining*.

²⁶⁰ C. STAHN - H. OLASOLO - K. GIBSON, *Participation of victims in the pre-trial proceedings of the ICC*, in *Journal of international criminal justice*, 2006, p. 219: precisamente, gli autori parlano di «*major structural achievement in the field of international criminal justice*».

²⁶¹ M. PENA - G. CARAYON, *Is ICC making the most of victim participation?*, in *The international journal of transitional justice*, 2013, p. 525. Ad esempio, l'accusa può aver interesse ad ottenere un elevato numero di condanne e conseguentemente scegliere lo strumento del *plea bargaining*, mentre la vittima può desiderare il riconoscimento pubblico che il crimine è stato commesso ed una ricostruzione puntuale degli eventi.

²⁶² Cfr. *supra*, par. 2.1.3. per una trattazione più approfondita sui disagi legati all'esame incrociato. Sullo stesso tema, cfr. anche C. VAN DEN WYNGAERT, *Victims before international criminal courts: some views and concerns of an ICC trial judge*, in *Case western reserve journal of international law*, 2012, p. 477: l'autrice, giudice dapprima presso il Tribunale *ad hoc* per l'ex Jugoslavia e successivamente presso l'ICC, evidenzia che soprattutto i legali di *civil law* avevano difficoltà a permettere che le vittime potessero essere sottoposte ad interrogatori dolorosi da parte della difesa dell'imputato, evidentemente portatrice di un interesse contrario. Dopo aver riportato tale posizione di criticismo nei confronti dell'esame incrociato, ossia dell'unico strumento che consentiva alla vittima di presenziare nei giudizi pendenti davanti ai Tribunali *ad hoc*, l'autrice esprime un'opinione dissenziente: l'interrogatorio, difatti, era presieduto dal giudice, il quale, a suo dire, esercitava una funzione di controllo che impediva soprusi a danno della vittima.

parlato a proposito di “*secondary victimization*”, ad indicare che la vittima di crimini atroci è vittimizzata una seconda volta mediante l’esclusione dal procedimento giudiziale.²⁶³

E’ stato in parte per rispondere a tale criticità e rimediare all’incapacità dei Tribunali *ad hoc* di appagare le aspettative delle vittime che, in sede di negoziazione per l’adozione dello Statuto della Corte penale internazionale, si è proposto di provvedere ad assicurare un ruolo più attivo proprio alla vittima. Lo Statuto di Roma e le *Rules of procedure and evidence* adottate dai giudici della Corte contengono previsioni estremamente innovative: alla vittima, che pure non diventa parte del processo, è riconosciuto il diritto di parteciparvi personalmente e mediante rappresentanza legale, di contribuire in diversi modi alla ricostruzione della verità storica e, non meno importante, esigere una riparazione.²⁶⁴

Precisamente, lo *status* di vittima è descritto nelle *Rules* ed include sia le persone fisiche sia le organizzazioni ed istituzioni che abbiano patito sofferenze e subito danni come conseguenza della commissione di uno dei crimini rientranti nella giurisdizione della Corte.²⁶⁵ E’ perciò necessaria la sussistenza di due requisiti: la qualità di persona fisica o giuridica danneggiata dal reato e il nesso eziologico tra crimine commesso ed il pregiudizio arrecato. Avendo la giurisprudenza in seguito precisato che lo *status* di vittima è riconosciuto anche a coloro che abbiano sofferto in maniera puramente indiretta, anche i familiari delle vittime sono ricompresi nel gruppo. Questo purché, evidentemente, tale sofferenza sia valutata dai

²⁶³ C. VAN DEN WYNGAERT, *Victims before international criminal courts: some views and concerns of an ICC trial judge*, in *Case western reserve journal of international law*, 2012, p. 477. Cfr. ad esempio Prosecutor v. Akayesu, Case ICTR-96-4. Tra i capi d’imputazione non era stato incluso come crimine contro l’umanità lo stupro, che è stato aggiunto solo in un momento successivo per ordine della Corte, dopo l’audizione di alcune testimonianze. Non fosse stato per la vigilanza e l’allerta dei giudici e per la pressione esercitata dalle organizzazioni per la salvaguardia dei diritti dell’uomo, le innumerevoli vittime dello stupro sarebbero state private della possibilità di vedere il colpevole giudicato responsabile del dolore loro arrecato.

²⁶⁴ Cfr. A. CASSESE - P. GAETA - J. JONES, *The Rome Statute of the international criminal Court: a commentary*, Oxford 2002, cit. p. 1406: ad esempio, in quanto mero partecipante e non parte del processo, la vittima non è autorizzata a proporre appello avverso la sentenza di primo grado.

²⁶⁵ Art. 85 delle *ICC Rules of procedure and evidence (Definition of victims)*. L’articolo si ispira alla risoluzione dell’Assemblea generale Onu n. 60/147 del 16 dicembre 2005, sui principi di base e le linee guida relativi ai ricorsi e alle riparazioni a favore delle vittime di gravi violazioni del diritto internazionale dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario, consultabile all’url www.un.org/depts/dhl/resguide/r60_en.shtml. Questa a sua volta si rifà alla risoluzione dell’Assemblea generale Onu 29 novembre 1985, n. 40/34, sui principi fondamentali di giustizia per le vittime di crimini e di abusi, consultabile all’url www.un.org/depts/dhl/resguide/r40_en.shtml.

giudici come conseguenza del crimine perpetrato (indiretta, appunto).²⁶⁶ Diversamente, tale *status* è negato alle vittime dei crimini non confermati tra i capi d'imputazione, sul presupposto che in tali ipotesi non sussista l'interesse personale a partecipare al procedimento giudiziale previsto dall'art. 68 dello Statuto.²⁶⁷ In questa prospettiva, difesa e pubblica accusa hanno uno strumento, il *charge bargaining*, per escludere *de facto* una parte delle vittime dalla partecipazione al giudizio e per negare loro il diritto alla riparazione. Fortunatamente, come si è visto, la caduta dei capi d'imputazione è assoggettata a controllo giudiziale nei procedimenti dinanzi alla Corte, dovendo la loro modifica essere autorizzata dai giudici.²⁶⁸ Tecnicamente, la procedura per il riconoscimento dello *status* di vittima è incentrata su di una richiesta scritta da indirizzarsi alla sezione *Victims participation and reparations* (VPRS) del *Registry*, vale a dire l'organo competente per tutte le questioni extra-giudiziali che pertengono all'amministrazione della Corte. Tale richiesta perviene quindi alla difesa, alla pubblica accusa ed alla Camera che, valutata la sussistenza dei requisiti soprammenzionati e le obiezioni eventualmente presentate dalle parti, rigetta la richiesta o viceversa autorizza il richiedente a partecipare al giudizio.²⁶⁹ Specificamente, affinché i giudici optino per l'autorizzazione è sufficiente che appaia *prima facie* plausibile che il richiedente abbia patito sofferenze come conseguenza di un crimine rientrante nella giurisdizione della Corte.²⁷⁰

In ossequio allo Statuto, alle vittime autorizzate è consentito in ogni fase del procedimento di esporre il proprio punto di vista e le proprie

²⁶⁶ Cfr. anche Prosecutor v. Lubanga, *Judgment*, Case ICC-01, 10 luglio 2012, par. 14: «*A victim is someone who has experienced personal harm, individually or collectively with others, directly or indirectly, in a variety of different ways such as physical or mental injury, emotional suffering or economic loss*». E' il primo caso deciso dall'ICC: l'imputato, fondatore e leader del gruppo ribelle filo-ugandese noto come Unione dei patrioti congolese, era condannato in primo grado a 15 anni di reclusione per aver coscritto ed arruolato bambini d'età inferiore ai quindici anni affinché partecipassero alle ostilità. E' stata per la Corte l'occasione per dare finalmente applicazione alla normativa in tema di partecipazione attiva della vittima al giudizio: 129 è il numero delle persone autorizzate, in larga parte bambini soldato o loro parenti.

²⁶⁷ Prosecutor v. Lubanga, *Judgment on the appeals of the prosecutor and the defence against trial Chamber's decision on victims' participation*, Case ICC-01, 18 gennaio 2008, par. 65. La Camera era in prima istanza giunta alla conclusione opposta, seguendo i principi delineati dalla già menzionata risoluzione dell'Assemblea generale Onu del 16 dicembre 2005.

²⁶⁸ Cfr. *supra*, par. 2.2.1.

²⁶⁹ Art. 89 comma 2 delle *ICC Rules of procedure and evidence (application for participation of victims in the proceedings)*.

²⁷⁰ L. CATANI, *Victims at the international criminal Court*, in *Journal of international criminal justice*, 2012, p. 909.

preoccupazioni, sempreché ciò sia valutato opportuno dalla Corte e le modalità non pregiudichino il diritto dell'imputato ad un processo giusto ed imparziale.²⁷¹ Più di preciso e seguendo l'orientamento manifestato dalla giurisprudenza, è loro riconosciuto il diritto di procurare fonti ulteriori di prova, esaminare testimoni, obiettare circa l'ammissibilità e la rilevanza delle prove da assumersi durante il giudizio, presentare testimonianze scritte, partecipare alle udienze pubbliche e, in talune circostanze giudicate opportune, pure non pubbliche.²⁷²

Due notazioni si rendono necessarie. *In primis*, è essenziale la facoltà accordata alla vittima di prender parte al procedimento penale tramite un rappresentante legale: nonostante essa possa teoricamente intervenire anche personalmente, ciò risulterebbe di fatto poco funzionale o addirittura irrealizzabile, considerato il numero cospicuo di vittime.²⁷³ La partecipazione della vittima al giudizio, del resto, non deve pregiudicare il diritto dell'imputato ad un processo giusto e, dunque, breve. Sennonché, la rappresentanza legale delle vittime ha costi ingenti, specie se si considera che la gran parte di queste non ha sufficiente disponibilità economica.²⁷⁴ E' l'Assemblea degli Stati membri a decidere se sobbarcarsi siffatte spese; l'entità delle risorse implicate, in ogni caso, è manifesta. Oltre a ciò, è dubbio se il rappresentante legale possa efficacemente rappresentare l'interesse della vittima. A lui è richiesto di fare in modo che l'apporto della vittima contribuisca alla ricostruzione della verità storica, ma il compito è complicato da questioni logistiche: la distanza che separa il Tribunale dal luogo del conflitto e dunque, presumibilmente, dalle vittime è notevole e spesso ulteriori motivi di sicurezza possono impedire l'incontro del legale e la vittima.²⁷⁵

Altrettanto fondamentale per il carattere innovativo della normativa della Corte è la previsione della riparazione a favore della vittima.²⁷⁶ Il legislatore

²⁷¹ Art. 68 comma 3 dello Statuto di Roma: letteralmente, si parla di «*views and concerns to be presented and considered*».

²⁷² Prosecutor v. Lubanga, *Judgment*, Case ICC-01, 10 luglio 2012, par. 14.

²⁷³ C. VAN DEN WYNGAERT, *Victims before international criminal courts: some views and concerns of an ICC trial judge*, in *Case western reserve journal of international law*, 2012, p. 480.

²⁷⁴ Cfr. a riguardo i dati relativi al *budget* proposto per l'ICC per l'anno 2012, consultabili all'url http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ASP10/ICC-ASP-10-10-ENG.pdf: su un *budget* complessivo di 7 milioni di euro, almeno 4 milioni sarebbero stati spesi per far fronte alle parcelle ed alle spese dei legali delle vittime.

²⁷⁵ M. PENA - G. CARAYON, *Is ICC making the most of victim participation?*, in *The international journal of transitional justice*, 2013, p. 534.

²⁷⁶ Art. 75 dello Statuto di Roma, che stabilisce che la vittima di uno dei crimini rientranti nella giurisdizione della Corte ha diritto a forme di restituzione, compensazione e riabilitazione.

è stato però estremamente vago, delegando conseguentemente ai giudici il compito di stabilire con esattezza la regolamentazione della responsabilità civile ed i requisiti della riparazione.²⁷⁷ Tra questi, particolarmente interessante per la giurisprudenza sarà definire il tipo di dolore risarcibile; possono distinguersene, difatti, almeno tre forme.

Anzitutto esiste il dolore passato, fisico o psichico, il quale fu simultaneo alla perpetrazione del crimine e che la vittima ricorda durante il giudizio; il dolore presente, che continua ad affliggerla o turbarla; da ultimo, il dolore futuro, vale a dire le ripercussioni del crimine sulle vite future delle vittime, compresa la loro situazione economica, fisica e psicologica ed il grado della loro educazione.²⁷⁸ D'altronde, problematica è anche in questo la questione relativa ai fondi. Sebbene sia stato creato il *Trust fund for victims*, il quale provvede non solo alle riparazioni ma altresì a fornire assistenza generale alle vittime e alle loro famiglie, è incerto se tali risorse saranno sufficienti a soddisfare le esigenze delle numerose vittime.²⁷⁹ E' questo, del resto, un problema comune anche nelle giurisdizioni nazionali, ogni volta che l'imputato si riveli indigente. Forse, allora, sono auspicabili forme di

²⁷⁷ Si tratta, ad esempio, di descrivere il tipo di nesso causale che debba legare la sofferenza cagionata al crimine perpetrato: essendo la Corte incaricata di giudicare crimini di massa, è verosimile esigere di provare il nesso eziologico individualmente, ossia rispetto ad ogni vittima che domandi la riparazione?

²⁷⁸ C. GARBETT, *The truth and the trial: victim participation, restorative justice, and the international criminal Court*, in *Contemporary justice review*, 2013, p. 200 ss. Cfr. ad esempio *Prosecutor v. Lubanga, Transcript, Case ICC-01, 7 gennaio 2010, par. 29*: un testimone, riguardo al dolore derivante dalla esperienza delle vittime come *child soldiers*, riferiva che «*they just lost their childhood*»; *Prosecutor v. Lubanga, Transcript, 6 marzo 2009, par. 29*: «*Question: Is, in your mind, the fact that you were enlisted in the UPC, did that have consequences on the development of your life? Answer: Yes, because I was studying. If I could have managed to finish my studies, I would have studied well and finished my studies properly. I used to be a virgin before I entered the UPC, but they took my virginity away I saw the blood; that destroyed my life completely. I cry everyday for that. I don't have any parents, a mother or father. I am alone. I have no one to help me, and it's hurting a lot*»; *Prosecutor v. Lubanga, Transcript, 12 gennaio 2010, par. 26*: «*Question: I was putting the question to you as to the consequence or effects of your actions when you attempted to stop the children from being captured. Answer: Thank you for the question. The consequences of my actions are multiple. I received several blows, and my physical state changed as a result. Another consequence is that there was material lost, whether it be my personal property or the property of the school. There are other consequences that come to mind; notably the harm, which is still very present in my mind*».

²⁷⁹ Il ruolo del *Trust fund for victims* è precisato dall'art. 98 delle *ICC Rules of procedure and evidence (Trust fund)*. Si noti che mentre il diritto alla riparazione è accordabile alle sole vittime dei reati confermati tra i capi d'imputazione, invece l'assistenza generale del *Trust fund* è garantita anche al di fuori di questi casi.

riparazione collettiva di cui possa beneficiare l'intera comunità afflitta, come la costruzione di scuole piuttosto che di ospedali.²⁸⁰

Al di fuori di questi inconvenienti, la regolamentazione della Corte compie un passo importante verso il superamento di una giustizia concepita in termini essenzialmente retributivi; introduce, diversamente, un sistema in equilibrio fra giustizia retributiva e riparativa, giacché consente alla vittima di dar voce alla propria sofferenza.²⁸¹ La giustizia riparativa, invero, adotta tipicamente un sistema più *victim-orientated*, vale a dire che e l'imputato e la vittima sono considerati portatori di interessi nel giudizio: entrambi sono, come è stato ben detto con il linguaggio della finanza, "stakeholders" nel processo penale.²⁸² L'assunto è che a chi abbia subito un trauma come conseguenza del fatto di reato debba essere concesso di intervenire in tribunale ed esporre la propria versione dei fatti.²⁸³

In realtà, è discusso se la Corte effettivamente funzioni come un meccanismo di giustizia riparativa, dal momento che ne trascura le forme fondamentali, *in primis* la mediazione, e non attribuisce al procedimento giudiziario lo scopo primario della riconciliazione della comunità afflitta dal conflitto.²⁸⁴ Ciò che più qui conta, ad ogni modo, è che siano mutate le finalità primarie della giustizia penale internazionale, dal momento che i Tribunali *ad hoc* promuovevano i soli valori della retribuzione e della deterrenza, ambendo

²⁸⁰ C. VAN DEN WYNGAERT, *Victims before international criminal courts: some views and concerns of an ICC trial judge*, in *Case western reserve journal of international law*, 2012, p. 491.

²⁸¹ Cfr. come esempio *Prosecutor v. Lubanga*, *Transcript*, 30 ottobre 2007, par. 22. La vittima esprime qui gratitudine per la possibilità accordatale di intervenire nel giudizio e «*to elucidate the truth on what happened and all the truth*».

²⁸² D. CORNWELL, *Doing justice better: the politics of restorative justice*, Winchester 2007, p. 23. Cfr. J. DOAK, *The therapeutic dimension of transitional justice: emotional repair and victim satisfaction in international trials and truth Commissions*, in *International Criminal Law Review*, 2011, p. 263 ss.: l'autore analizza come l'approccio retributivo, di contro, emargini la vittima del reato.

²⁸³ D. SULLIVAN - L. TIFFT, *The healing dimension of restorative justice: a one-world body*, in D. SULLIVAN - L. TIFFT, *Handbook of restorative justice*, Oxon 2008, p. 2 ss. Testualmente, si dice che «*those who have been traumatized by a harm will want to participate in the process by telling their story*»; in realtà, come già accennato e come poi sarà più ampiamente analizzato, la vittima sovente desidera prendere le distanze da tutto ciò che concerne il crimine subito. Evidentemente, allora, l'obiettivo sarà coinvolgere la vittima soltanto qualora lo desideri e ritenga utile per il proprio processo di guarigione. Cfr. *sub*, par. 4.3.

²⁸⁴ P. MCOLD, *The recent history of restorative justice: mediation, circles, and conferencing*, in D. SULLIVAN - L. TIFFT, *Handbook of restorative justice*, Oxon 2008, p. 23 ss.

alla mera applicazione a carico del responsabile della pena adeguata ed alla repressione del crimine.²⁸⁵

2.3. In breve: i limiti della retribuzione “cieca” e i punti di forza del sistema di giustizia penale internazionale permanente

Sotto il profilo retributivo, il *plea bargaining* è uno strumento adoperato dai Tribunali penali *ad hoc* efficientemente, ovverosia assicurando alla giustizia un alto numero di responsabili. Eppure, si tratta di una giustizia “cieca”, giacché non vede le vittime: trascurandole, non si rende possibile alcun processo di riconciliazione, la quale rientra invece tra gli obiettivi menzionati dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite.

Se riconciliare significa consentire la convivenza pacifica di gruppi disuniti da tragedie ed incentivare la mutua fiducia, è arduo desumere che un tale processo possa prescindere dalle vittime dei crimini perpetrati e dal loro apporto alla ricostruzione della verità storica.²⁸⁶ In simili scenari, sembrerebbe allora avere più senso il coinvolgimento della vittima nella definizione del giudizio, magari mediante la ricerca del ravvedimento del reo e del perdono della vittima, allo scopo di favorire la ri-creazione di un popolo.²⁸⁷

²⁸⁵ Cfr. Assemblea generale Onu, resoconto 29 agosto 1994, n. 49/342, sull’attività dell’ICTY di persecuzione delle persone responsabili di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario commesse in Jugoslavia a partire dal 1991, dove si dice che l’obiettivo principale è «*to bring to justice the persons who are responsible*»; A. CASSESE - P. GAETA - J. JONES, *The Rome Statute of the international criminal Court: a commentary*, Oxford 2002, cit. p. 1390, in riferimento al ruolo della vittima nei giudizi di fronte ai Tribunali *ad hoc*: «*The very most he can do is to inform the prosecuting authority of the crimes which have to his knowledge been committed, leaving it to the authority to decide what action, if any, is to be taken in relation to them*».

²⁸⁶ Cfr. H. ZEHR, *The little book of restorative justice*, Intercourse 2002, p. 13, dove si evidenzia che spesso la vittima, a seguito dell’offesa, si sente privata della propria umanità e del controllo sulle proprie azioni, e proprio il suo coinvolgimento nel processo giudiziale può aiutarla a superare questa condizione; P. LEVI, *Se questo è un uomo*, Torino 1966, p. 153, a proposito delle vittime dell’Olocausto: «I personaggi di queste pagine non sono uomini. La loro umanità è sepolta, o essi stessi l’hanno sepolta, sotto l’offesa subita o inflitta altrui».

²⁸⁷ Cfr. in chiave critica H. ARENDT, *Vita activa: la condizione umana*, Milano 1958, p. 240 ss., secondo cui, come visto *supra*, nota n. 62, tali crimini costituirebbero il «male radicale» e sarebbero quindi imperdonabili. Si tratta, piuttosto, di crimini difficilmente perdonabili; il perdono, tuttavia, è lo strumento che, insieme alla pena (e non alternativamente a questa), pare idoneo alla costruzione di un futuro comune. Sul tema del ravvedimento del reo, cfr. *sub*, par. 4.3.1; sulla soluzione del patteggiamento condizionato alle esigenze della vittima, cfr. *sub*, par. 4.3.2.

Da un punto di vista giuridico e politico, la definizione dell'uno (appunto il popolo, la nazione, l'unità sociale omogenea e stabile) su cui gli ordini politici moderni hanno fondato lo Stato-istituzione, resta una delle attività costituenti fondamentali e allo stesso tempo la sfida più impegnativa nello scenario post-conflitto.²⁸⁸ Occorre neutralizzare le posizioni più rigide ed i contrasti più radicali al fine di consentire la coesistenza pacifica fra i vari segmenti sociali. Il tentativo, in altre parole, è quello di far emergere una nuova visione comune dei principi fondamentali di giustizia.

Se la ricerca del ravvedimento e del perdono pare una soluzione adatta ad agevolare la riconciliazione, occorre domandarsi se ed in che modo trovino posto nella giustizia.²⁸⁹ Si tratta, invero, di eventi interiori, che si pongono in contrasto con lo spazio pubblico del processo e, dunque, col diritto.²⁹⁰

Ebbene, la giustizia è una condizione e del ravvedimento e del perdono: lo stato di vittima è il risultato di una decisione di giustizia, non una mera condizione psicologica; il momento spirituale del perdono si accorda così con la decisione pubblica che stabilisce l'oltraggio, lo imputa e riconosce la vittima.²⁹¹

Vale la pena rimarcare il caso peculiare della Corte penale internazionale permanente: il mancato utilizzo del *plea bargaining* da parte dell'ICC offre lo spunto per una riflessione circa le modalità di un suo utilizzo futuro. La negoziazione esige di essere inserita in un quadro più ampio di giustizia, che sia capace di coinvolgere la vittima del reato nella negoziazione.²⁹² La Corte, il cui Statuto già contiene l'innovativa previsione del riconoscimento di forme di riparazione a favore proprio delle vittime, è allora il luogo adatto perché tale ulteriore evoluzione prenda corpo.

²⁸⁸ C. BONVECCHIO, *Il mito dell'unità e il destino della differenza*, in U. REGINA, *La libertà nell'unità delle differenze*, Padova 2000, p. 147 ss. Cfr. A. LOLLINI, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Bologna 2005, p. 37: nella fase successiva al conflitto, il corpo politico è attraversato da forze centrifughe conflittuali e disgreganti che ostacolano la "fabbricazione" della nuova unità.

²⁸⁹ Cfr. J. DERRIDA, *Il secolo e il perdono*, in B. MORONCINI, *La lingua del perdono*, Napoli 2007, in appendice: l'autore ritiene che il perdono, in quanto «assoluto morale», sia incompatibile con il diritto.

²⁹⁰ A. GARAPON, *Crimini che non si possono né punire né perdonare. L'emergere di una giustizia internazionale*, Bologna 2004, p. 183. La "giuridicizzazione" di pentimento e perdono solleva una serie di questioni: si può concedere il perdono anche a chi non lo chiede? E' sufficiente dirsi dispiaciuti davanti a crimini che hanno causato la morte di migliaia di persone?

²⁹¹ A. GARAPON, *Crimini che non si possono né punire né perdonare. L'emergere di una giustizia internazionale*, Bologna 2004, p. 184.

²⁹² Per una trattazione più approfondita sulla soluzione del patteggiamento condizionato, strumento adeguato a coinvolgere la vittima senza d'altro canto configurare forme di giustizia privata, cfr. *sub*, par. 4.3.2.

In tal senso, le soluzioni adottate dalle Commissioni verità e riconciliazione e dai Tribunali ibridi suggeriscono uno dei sentieri da percorrere.

CAPITOLO TERZO
ALCUNE SOLUZIONI ALTERNATIVE DI GIUSTIZIA E LA FORMULA DEI
TRIBUNALI IBRIDI

3.1. Le Commissioni per la verità e la riconciliazione

L'istituzione delle *truth and reconciliation Commissions* (TRCs) è una soluzione di compromesso tra due possibilità contrapposte. Da un lato s'incontra il principio della responsabilità penale individuale, che è applicato dal Tribunale di Norimberga prima, dai Tribunali *ad hoc* e dalle Corti speciali poi; dall'altro l'amnistia, la quale, viceversa, estingue il reato commesso. La via giudiziaria già aveva mostrato le proprie debolezze: nello scenario dei crimini contro l'umanità, la scarsità delle risorse e la copiosità dei fatti di reato commessi consentono solo un numero ristretto di processi simbolo, con i rischi di strumentalizzazione che ne conseguono.²⁹³ Inoltre, in ambienti destabilizzati dal conflitto l'assenza di sistemi di protezione per le vittime ed i testimoni, che a loro volta hanno un elevato costo economico, scoraggiano sovente l'opzione penale.²⁹⁴ D'altra parte, tuttavia, la scelta dell'impunità per mezzo della *blanket amnesty* incontra di frequente la ferma opposizione delle vittime, nonché di associazioni ed istituzioni internazionali.²⁹⁵ Il fenomeno delle Commissioni affiora allo scopo di rispondere alle violenze di massa in Paesi in cui la persecuzione dei responsabili è preclusa dai disagi

²⁹³ Cfr. A. GARAPON, *Crimini che non si possono né punire né perdonare. L'emergere di una giustizia internazionale*, Bologna 2004, p. 227 ss., dove sono enumerate e descritte le difficoltà legate al processo penale internazionale. In primo luogo, vi è il timore che si imponga il dominio culturale occidentale, promuovendo una concezione della legge propria appunto dell'Occidente: per essere universale, il modello retributivo fondato sulla pena individuale dovrebbe, invece, "disoccidentalizzarsi". Neppure è semplice la scelta di un giudice imparziale, giacché «è più facile essere imparziali in tempo di pace che nei tempi difficili»: i giudici locali tendono ad essere compromessi con il vecchio regime, mentre quelli stranieri destano il risentimento personale ed istigano le pressioni delle singole comunità. Infine, non è chiaro quali siano i criteri per la selezione dei criminali da perseguire, in scenari in cui quasi tutti avrebbero potuto essere puniti almeno quali *bystanders*, cioè per aver omesso di soccorrere persone in pericolo. Del resto, «al processo di Norimberga si è rimproverato di aver scelto male gli imputati: perché ventidue? Perché quelli e non altri?». Cfr. anche H. ARENDT - K. JASPERS, *Carteggio 1926-1969: filosofia e politica*, a cura di A. Del Lago, Milano 1989, p. 177 ss., dove si evidenzia che la giustizia non potrà mai assumere le dimensioni del crimine internazionale, o almeno non in modo tanto preciso quanto accade per i delitti comuni.

²⁹⁴ P. HAYNER, *Unspeakable truths: confronting state terror and atrocity*, New York 2001, p. 89 ss.

²⁹⁵ M.C. RIOLI, *Guarigione di popoli: chiese e comunità cristiane nelle Commissioni per la verità e la riconciliazione in Sudafrica e Sierra Leone*, Bologna 2009, p. 25.

economici, dall'operatività di una legge di amnistia, piuttosto che altri ostacoli di vario tipo, quali l'opposizione delle principali forze politiche o la presenza di militari ancor trincerati.²⁹⁶ Il superamento dell'angusta logica giudiziaria consente allora di uscire dal modello della pena, senza tuttavia propendere per l'impunità.

Le Commissioni per la verità e la riconciliazione rappresentano dunque una concreta "terza via", capace di coniugare lo sforzo di ricostruire la verità storica ed il tessuto sociale dilaniato.²⁹⁷ L'intento è di ripristinare lo *status quo ante bellum*, ovvero eliminare le ragioni politiche, sociali ed economiche che hanno sostenuto conflitti e regimi iniqui facendo luce sui crimini perpetrati e quindi soddisfacendo la pretesa di verità delle vittime.²⁹⁸ A loro è fornita, precisamente, un'arena per rendere testimonianza degli abusi subiti e, in talune circostanze, per confrontarsi con i carnefici: si tratta, difatti, di un approccio *victims' centered*, che emargina non le vittime, ma piuttosto i responsabili del crimine.²⁹⁹

Gli aspetti ausiliari del processo penale qui tendono a divenire di primaria importanza, i mezzi e le finalità s'invertono: mentre normalmente l'accertamento del fatto ha senso soltanto qualora sia possibile imputarlo ad un soggetto, esso si tramuta in un fine in sé nello scenario dei crimini

²⁹⁶ B. VAN SCHAACK - R.C. SLYE, *International criminal law and its enforcement: cases and materials*, New York 2010, p. 12.

²⁹⁷ A. BORAINÉ, *Truth and reconciliation in South Africa. The third way*, in R.I. ROTBERG - D. THOMPSON, *Truth versus justice: the morality of truth Commissions*, Princeton 2000, p. 141 ss.

²⁹⁸ Cfr. A.R. CHAPMAN - P. BALL, *The truth of truth Commissions: comparative lessons from Haiti, South Africa, and Guatemala*, in *Human rights Quarterly*, 2001, p. 15. Tra gli altri obiettivi perseguiti dalle Commissioni, gli autori indicano: evitare episodi di negazionismo e favorire viceversa il riconoscimento pubblico delle atrocità commesse, riaffermare la dignità delle vittime e soddisfarne le esigenze, porre le basi per la formazione e lo sviluppo di uno Stato democratico che tuteli i diritti umani, educare la popolazione in modo da scoraggiare la commissione futura dei crimini internazionali. Cfr. anche P. HAYNER, *Unspeakable truths: transitional justice and the challenge of truth Commissions*, New York 2011, cit. p. 19: «'Why do we want a truth Commission?' I was speaking with a woman who lost her family during the dictatorship in Brazil. [...] 'To harness political forces, to have an inquiry with significant powers and to get to the many truths which are still missing'».

²⁹⁹ Cfr., in chiave critica, H. ARENDT, *La banalità del male: Eichmann a Gerusalemme*, Milano 2002, p. 17. Il processo non sarebbe uno strumento idoneo a realizzare il compito extra-giuridico di cristallizzare la verità storica o soddisfare le vittime, dal momento che la sua sola finalità è di giudicare. Difatti, «il processo assomiglia a un dramma in quanto che dal principio alla fine si occupa del protagonista, non della vittima. [...] Al centro di un processo ci può essere solo colui che ha compiuto una determinata azione e, se egli deve soffrire, deve soffrire per ciò che ha fatto materialmente, non per le sofferenze che ha provocato».

internazionali.³⁰⁰ Il procedimento appare perciò più come istanza simbolica che critica, chiamando per nome i responsabili, onorando le vittime e consentendo la ricostruzione narrativa.³⁰¹

Essenzialmente, le Commissioni per la verità e la riconciliazione sono organismi del settore pubblico, composte da professionisti di nazionalità del Paese in questione, da stranieri, oppure entrambi nazionali e stranieri, a seconda dei casi. Si tratta sovente di personalità rappresentative della realtà intellettuale ed artistica mondiale, giacché è ragionevole presumere che il fascino di queste figure incida sull'autorevolezza delle loro raccomandazioni.³⁰²

La loro istituzione può dipendere dall'iniziativa del potere esecutivo o legislativo: la seconda ipotesi è, in genere, preferibile, dal momento che in molti Paesi il corpo legislativo dispone di risorse maggiori ed ha poteri più ampi, in particolare quello di creare commissioni munite dei c.d. *subpoena powers*, ossia essenzialmente dei poteri coercitivi. Esiste un'ultima eventualità: la Commissione è creata mediante lo strumento del trattato di pace, firmato dalle parti contrapposte del conflitto; ciò evidentemente giova alla percezione della sua legittimità.³⁰³

Le Commissioni per la verità e la riconciliazione sono prive di potere giudiziale. In altre parole, esse non esercitano le funzioni che normalmente spettano al giudice o al pubblico ministero: non è loro mandato di determinare la responsabilità penale individuale, perseguendo e punendo i responsabili dei fatti di reato oggetto d'investigazione.³⁰⁴ Al contempo, tuttavia, esse debbono rispettare i principi fondamentali del giusto processo,

³⁰⁰ A. GARAPON, *Crimini che non si possono né punire né perdonare. L'emergere di una giustizia internazionale*, Bologna 2004, p. 232. Il testimone, dunque, non depone solo per chiarire i fatti dinanzi al tribunale, viceversa la sua testimonianza diviene lo scopo del processo. E' opinione dell'autore che in tal modo si rischi di confondere l'esigibile con l'ipotetico, giacché la riconciliazione, sebbene ipotizzabile, non può mai esigersi.

³⁰¹ A. GARAPON, *Crimini che non si possono né punire né perdonare. L'emergere di una giustizia internazionale*, Bologna 2004, p. 233.

³⁰² Cfr., a titolo esemplificativo, A. BORAINÉ, *Truth and reconciliation in South Africa. The third way*, in R.I. ROTBERG - D. THOMPSON, *Truth versus justice: the morality of truth Commissions*, Princeton 2000, p. 144 ss.: nel caso della Commissione sudafricana, esperti, docenti universitari e associazioni provenienti da tutto il mondo, e soprattutto dall'America latina, sono stati invitati per condividere le esperienze di giustizia *post* conflitto.

³⁰³ M. CHERIF BASSIOUNI, *The pursuit of international criminal justice: a world study on conflicts, victimization, and post conflict justice*, Oxford 2010, p. 557.

³⁰⁴ M. CHERIF BASSIOUNI, *Post-conflict justice*, Ardsley, New York 2002, p. 295.

in primis consentendo l'instaurazione del contraddittorio e dunque la partecipazione del responsabile.³⁰⁵

Piuttosto, loro compito è investigare circa eventi passati verificatisi all'interno di un Paese, in modo da ricostruire la verità storica attraverso la formazione di un documento ufficiale.³⁰⁶ L'ufficialità del rapporto, lungi dall'essere mera formalità, permette d'istituire vincoli giuridici, ossia obbligazioni legali specifiche quali la riparazione a favore delle vittime per compensare il dolore patito.³⁰⁷ Talvolta, tali obbligazioni includono il dovere in capo allo Stato di instaurare un giudizio successivo per giudicare e punire coloro che dalle investigazioni della Commissione siano risultati colpevoli. S'impedisce così che lo sforzo verso la riconciliazione proceda a discapito della giustizia.

Con riguardo alla verità storica che vuole ricostruirsi, bisogna distinguere due forme: la verità individuale, ossia quanto accadde in relazione ad un caso specifico, e la verità complessiva. Gran parte del successo del mandato di una Commissione dipende proprio dalla capacità di esaminare il più vasto saggio di casi e, allo stesso tempo, di assimilare la più profonda conoscenza di ciascuno di questi casi individuali.³⁰⁸

Lo scopo finale è favorire la riconciliazione, impedendo quindi che riemergano episodi di violenza. Affinché ciò accada, due sono gli strumenti principali utilizzati dalle Commissioni: la democratizzazione delle istituzioni e dunque la promozione di riforme che al contempo consentano di rimuovere i *perpetrators* dalla loro posizione d'autorità; la "guarigione" delle vittime.³⁰⁹ In realtà, è dubbio che possa realmente ambirsi alla guarigione,

³⁰⁵ Si noti che rispetto al processo ordinario la prospettiva è del tutto rovesciata: l'attenzione è a garantire anche la partecipazione del responsabile, che è dunque secondaria, anziché della vittima, come accade invece nelle giurisdizioni nazionali.

³⁰⁶ In talune circostanze, d'altra parte, le Commissioni hanno investigato sia violazioni perpetrate prima della loro istituzione sia violazioni ancora in corso durante il loro mandato; è il caso, ad esempio, di Filippine e Ruanda. Allo stesso modo, eccezionalmente la loro competenza ha compreso crimini commessi sul territorio di più Stati, anziché di uno soltanto.

³⁰⁷ M. CHERIF BASSIOUNI, *Post-conflict justice*, Ardsley, New York 2002, p. 299.

³⁰⁸ La Commissione per la verità e la riconciliazione istituita in Honduras, ad esempio, è riuscita ad investigare tutti i casi di scomparse verificatisi sul territorio del Paese; d'altronde, considerato il numero esiguo dei casi (179), il suo rapporto non sarebbe stato altrimenti credibile. Al contrario, la Commissione cilena ha fallito uno dei suoi obiettivi principali e non è stata in grado di determinare la sorte delle migliaia di persone scomparse, nonostante abbia saputo prendere decisioni relative a più di duemila casi di violazioni di diritti umani.

³⁰⁹ M. CHERIF BASSIOUNI, *Post-conflict justice*, Ardsley, New York 2002, p. 271 ss. Cfr. R.K. AME - S.M. ALIDU, *Truth and reconciliation commissions, restorative justice, peacemaking criminology, and development*, in *Criminal justice studies*, 2010, p. 262 ss.. La presenza di istituzioni di tipo democratico favorisce, a sua volta, lo sviluppo economico: essa promuove, ad esempio, la partecipazione popolare attraverso elezioni libere, assicura diritti civili e politici e,

ossia all'elaborazione ed al superamento del trauma conseguente al delitto da parte della persona offesa dal medesimo. La guarigione è piuttosto favorita mediante il riconoscimento dei crimini perpetrati, delle sofferenze passate ed anche delle riparazioni loro spettanti. La riparazione, precisamente, consiste nella compensazione materiale del danno arrecato od in misure alternative, soprattutto il pagamento delle spese legali o di quelle mediche eventualmente necessarie per la riabilitazione.

Tecnicamente, la Commissione con il suo rapporto finale raccomanda allo Stato sul cui territorio furono commesse le violenze di provvedere alle riparazioni; dunque, la concreta soddisfazione dell'aspettativa della vittima dipende in gran parte dalla politica nazionale delle autorità esecutive e legislative.

Taluni hanno postulato l'esistenza di un nesso tra le Commissioni per la verità e la riconciliazione e le forme della giustizia riparativa: addirittura, le Commissioni sarebbero un meccanismo di *restorative justice*.³¹⁰ Difatti, mentre la giustizia retributiva concepisce il crimine come una violazione della legge ed un'offesa avverso lo Stato, il modello di giustizia riparativa lo intende piuttosto come una violazione delle persone e delle relazioni che tra queste intercorrono.³¹¹ I sostenitori di tale modello riconoscono che dal fatto di reato origina una serie di bisogni nella vittima e nella comunità, e

tra questi, il diritto di proprietà, consente la libera circolazione delle informazioni e tutela le regole del diritto. La parte debole di quest'argomentazione è che, concretamente, lo sviluppo ha avuto luogo tanto in Paesi democratici che radicalmente autoritari, ad esempio nelle zone del sud-est asiatico.

³¹⁰ Cfr. R.K. AME - S.M. ALIDU, *Truth and reconciliation commissions, restorative justice, peacemaking criminology, and development*, in *Criminal justice studies*, 2010, p. 253 ss.; L. ALLAIS, *Restorative justice, retributive justice, and the South African truth and reconciliation Commission*, in *Philosophy and public affairs*, 2012, p. 331 ss. Sul tema della giustizia riparativa, cfr. *sub*, par. 4.2.

³¹¹ R. MORRIS, *Stories of transformative justice*, Toronto 2002, p. 9 ss., dove si discute nel dettaglio delle esigenze delle vittime del crimine, in particolare la richiesta di spiegazioni relative alle ragioni del crimine o informazioni riguardo la sorte dei cari scomparsi. A proposito di *restorative justice* cfr. J. BRAITHWAITE, *Principles of restorative justice*, in A. VON HIRSCH - J.V. ROBERTS - A. BOTTOMS, *Restorative justice and criminal justice: competing or reconcilable paradigms?*, Oxford 2003, p. 5: la giustizia riparativa promuove, anziché la sofferenza, la guarigione, il dialogo, il pentimento, il perdono e dunque la responsabilità; A.V. DZUR - A. WERTHEIMER, *Forgiveness and public deliberation: the practice of restorative justice*, in *Criminal justice ethics*, 2002, p. 5: l'idea è che la giustizia riparativa si fondi su valori morali "più alti" di quelli a cui risponde il modello retributivo; J. BRAITHWAITE, *Restorative justice and responsive regulation*, New York 2002, p. 5: la giustizia riparativa è stata a lungo il modello di giustizia prevalente ed è tuttora largamente influente nelle Americhe, in Asia, Africa e nelle zone del Pacifico; i suoi elementi costitutivi sono verità, rispetto ed attenzione da parte dei cittadini che ascoltano, supporto sociale ed il riconoscimento da parte dello Stato delle sofferenze patite dalle vittime.

persino nell'offensore: le vittime, in particolare, si sentono personalmente violate.³¹²

In questa prospettiva, il racconto del proprio dramma dinanzi alla Commissione, alle altre vittime, ai familiari dei deceduti ed anche ai perpetratori può giovare alla vittima ed aiutarla a restituire un significato alla propria storia. Altrettanto sollievo potrà trarsi nell'eventualità in cui i responsabili delle violenze commesse si facciano avanti, riconoscendo la propria responsabilità e porgendo scuse.³¹³

Ciò, d'altro canto, accadrà più facilmente qualora ai responsabili si promettono benefici, non diversamente dalle dinamiche che tipicamente caratterizzano il *plea bargaining*. Ed allora, anche in questo caso, sarà lecito interrogarsi sulla sincerità del moto di risentimento del responsabile. Il tema del pentimento del reo e del perdono della vittima, peraltro, è delicato: il perdono è un potere nelle mani della vittima e mai deve tramutarsi in diritto rivendicato dal reo.³¹⁴

Infine, la giustizia riparativa è consapevole che il crimine non soltanto arreca sofferenze psicologiche, bensì procura anche bisogni di tipo strettamente materiale, ogni qual volta abbia cagionato disabilità, mutilazioni e le spese sanitarie che ne derivano, perdita di proprietà o impiego. Le Commissioni per la verità e la riconciliazione, concordemente, s'impegnano ad assicurare le riparazioni a favore delle vittime, seppur limitandosi a formulare raccomandazioni al Paese in questione. Sommarariamente, l'idea è che giustizia sia fatta quando tutti i bisogni originati dal crimine siano soddisfatti; i bisogni della comunità, del responsabile e, primariamente, della vittima.³¹⁵

³¹² S. DWEYER, *Reconciliation for realists*, in *Ethics and international affairs*, 1999, p. 81 ss.. E' opinione dell'autrice che la vita umana abbia una certa coerenza, giacché le storie di ciascuno dipendono dalla volontà individuale e questa a sua volta dipende dalla comprensione che il singolo ha della realtà. In questo scenario, il crimine, come atto dipendente dalla volontà esterna del criminale, interrompe detta coerenza e, conseguentemente, la prevedibilità dell'esistenza.

³¹³ Cfr. P. HAYNER, *Unspeakable truths: confronting state terror and atrocity*, New York 2001, p. 12. Soltanto con la conoscenza piena della verità la riconciliazione può dirsi possibile, poiché le vittime sentono l'esigenza di sapere «*whom to forgive and what to forgive them for*». A proposito dei vantaggi della *restorative justice*, cfr. anche L. SILBER - A. LITTLE, *Yugoslavia: death of a nation*, Londra 1997, p. 391: questo sistema evita che i colpevoli conservino una propria "verità parallela" relativa agli eventi, in cui essi sono vittime e mai responsabili.

³¹⁴ M. MINOW, *Between vengeance and forgiveness: facing history after genocide and mass violence*, come citato in D. ROCHE, *Truth Commissions amnesties and the international criminal Court*, in *British journal of criminology*, 2005, p. 579. Così, neppure è concepibile che taluno perdoni a nome del complesso delle altre vittime.

³¹⁵ R.K. AME - S.M. ALIDU, *Truth and reconciliation commissions, restorative justice, peacemaking criminology, and development*, in *Criminal justice studies*, 2010, p. 257. La c.d. *peacemaking criminology* è menzionata per avere un approccio simile a quello della giustizia

Rimane aperta, ad ogni modo, la possibilità di un legame indiretto con il sistema giudiziario, e segnatamente con la Corte penale internazionale e con i Tribunali ibridi.³¹⁶ Nonostante le Commissioni siano originariamente emerse come “*second best option*” nei casi in cui le persecuzioni dei responsabili di crimini internazionali fosse politicamente impossibile o, ad ogni modo, sconveniente, la loro mansione si è seguentemente imposta come complementare.³¹⁷ L’interazione caratterizza particolarmente l’ultima generazione di Commissioni per la verità e la riconciliazione e consente di superare la contrapposizione tra verità e giustizia nel senso di una loro complementarità.³¹⁸

E’ interessante valutare come la Corte penale internazionale permanente interagirà con le Commissioni per la verità e la riconciliazione, in particolare quando al *perpetrator* sia garantita l’amnistia per la confessione della propria colpa e perciò del proprio coinvolgimento nel compimento del fatto di reato. Da una parte, non esiste nello Statuto previsione alcuna che impedisca alla pubblica accusa di perseguire coloro ai quali una Commissione abbia assicurato l’impunità; questo nonostante al tempo in cui il Trattato di Roma fu firmato già più di venti Commissioni fossero state istituite.³¹⁹

Dall’altra, tuttavia, è auspicabile l’orientamento opposto, ossia che la Corte collabori con questi organismi nazionali: dapprima, interrompendo i lavori

riparativa: alla giustizia retributiva, infatti, rimprovera l’eccessiva violenza del metodo. Per un confronto in chiave critica con il modello della giustizia retributiva, cfr. R. QUINEY, *The way of peace: on crime, suffering, and service*, IN H.E. PEPINSKY - R. QUINEY, *Criminology as peacemaking*, Bloomington, Indiana 1991, p. 12, dove la giustizia retributiva è paragonata ad una “*war machine*”, dunque ad una fonte ulteriore di violenza; J. BRAITHWAITE, *Restorative justice: assessing optimistic and pessimistic accounts*, in *Crime and justice*, 1999, p. 7: «*Retribution is in the same category as greed or gluttony; biologically they once helped us to flourish, but today they are corrosive of human health and relationship*».

³¹⁶ Si consideri, come esempio, il caso della Sierra Leone. La Commissione per la verità e la riconciliazione è stata istituita contestualmente alla Corte speciale: mentre la prima aspira, *in primis*, a rappacificare le parti favorendone il dialogo, la seconda invece persegue penalmente i perpetratori del crimine.

³¹⁷ B. VAN SCHAACK - R.C. SLYE, *International criminal law and its enforcement: cases and materials*, New York 2010, p. 12.

³¹⁸ M.C. RIOLI, *Guarigione di popoli: chiese e comunità cristiane nelle Commissioni per la verità e la riconciliazione in Sudafrica e Sierra Leone*, Bologna 2009, p. 27.

³¹⁹ Cfr. J. DUGARD, *Possible conflict of jurisdictions between the international criminal Court and truth Commissions*, in A. CASSESE - P. GAETA - J. JONES, *The Rome Statute of the international criminal Court: a commentary*, Oxford 2002, p. 700 ss.. La possibilità di introdurre una norma che regolasse le interazioni tra la Corte e le varie Commissioni, in realtà, era stata vagliata e successivamente messa da parte, giacché mancava proprio il consenso circa il trattamento giuridico delle amnistie garantite da organismi nazionali quali le Commissioni.

finché la Commissione non abbia completato il proprio, e poi accettando di punire soltanto quelli, tra i responsabili, che non ottengano l'amnistia. In tal modo è incrementata l'efficienza di entrambe le istituzioni: la selezione permetterebbe la migliore allocazione delle risorse scarse della Corte penale internazionale ed, al contempo, i responsabili avrebbero un incentivo maggiore a richiedere l'amnistia dinanzi alle Commissioni.³²⁰

Del resto, in base all'art. 17 dello Statuto di Roma l'intento della Corte non è di sostituire le autorità giudiziali nazionali, bensì di supplire alle loro carenze od alla loro inerzia. Conseguentemente, l'azione della pubblica accusa che decidesse di perseguire coloro a cui già è stata accordata amnistia rischierebbe di essere contraria all'interesse della giustizia ex art. 57 dello Statuto; tale normativa non definisce l'interesse della giustizia, ma chiarisce che debba tenersi in considerazione la gravità del crimine e l'interesse della vittima.³²¹

Per concludere, la soluzione elaborata dalle Commissioni per la verità e la riconciliazione è alternativa o, in alcune ipotesi, complementare al processo e dunque, eventualmente, al *plea bargaining*. Si tratta di un meccanismo *extra* giudiziale che concede alle vittime ed ai responsabili uno spazio pubblico in cui esporre le proprie ragioni e confrontarsi con "la verità" dell'altra parte.³²² Oltre a ciò, talvolta il documento finale contiene delle raccomandazioni che si rivolgono allo Stato coinvolto: a provvedere alle riparazioni a favore delle vittime, ad instaurare un giudizio penale nazionale al fine di perseguire coloro dei quali sia emersa la responsabilità, sempreché non sia stata loro accordata l'amnistia e, dunque, garantita l'immunità. La questione dei limiti della giustizia retributiva "cieca", che esclude la vittima dal processo, non è stata risolta; l'ostacolo è stato aggirato ed il problema eluso. La vittima, difatti, rimane esclusa dal processo poi eventualmente instaurato dietro raccomandazione della Commissione. Essa

³²⁰ D. ROCHE, *Truth Commissions amnesties and the international criminal Court*, in *British journal of criminology*, 2005, p. 566.

³²¹ G. TURONE, *Powers and duties of the prosecutor*, in A. CASSESE - P. GAETA - J. JONES, *The Rome Statute of the international criminal Court: a commentary*, Oxford 2002, p. 1137 ss.. L'interesse della giustizia sarebbe compromesso in quanto potrebbe configurarsi una violazione del principio di *ne bis in idem*, ormai consolidatosi come principio di diritto internazionale consuetudinario.

³²² Cfr. T.M. ANTKOWIAK, *An emerging mandate for international courts: victim-centered remedies and restorative justice*, in *Stanford journal of international law*, 2011, p. 282, dove si dice che la priorità delle vittime è che venga restaurata la loro dignità e che, sovente, esse considerano che il miglior strumento sia il pubblico riconoscimento di quanto accadde; M. MINOW, *Keynote address at the ninth annual stein center symposium on the role of forgiveness in the law: forgiveness and the law*, in *Fordham urban law journal*, 2000, p. 1395 ss.: secondo l'autrice, i tribunali tendono a trascurare i bisogni delle vittime ed altri aspetti "spirituali" a questi connessi e a tradurre il conflitto in termini legali e, dunque, strettamente formali.

è coinvolta, ben diversamente, in un sistema di giustizia parallelo al processo. Cionondimeno, anche dinanzi alle Commissioni esiste una certa forma di “patteggiamento”, ogni qual volta al responsabile che presenzi e confessa la propria colpa sia assicurata l’impunità. Il presupposto è che tale soluzione accontenti entrambe le parti: la vittima, la cui ragione è pubblicamente riconosciuta e cui sono eventualmente rivolte delle scuse, e il perpetratore del crimine, il cui sforzo è premiato con l’impunità. La differenza è manifesta: nei tribunali penali nazionali ed internazionali il patteggiamento è sovente strumento probatorio, cosicché all’imputato è riconosciuto uno sconto sanzionatorio soltanto qualora sia in grado di contribuire alla ricostruzione della verità storica; il concetto fondamentale è che la sua testimonianza possa sopperire alla mancanza di prove. Nelle Commissioni per la verità e la riconciliazione, invece, il patteggiamento è il fine: esso diviene, perciò, uno strumento per la conclusione del rito. Le ipotesi, allora, sono due. *In primis*, la Commissione può raccomandare alle autorità pubbliche del Paese coinvolto di procedere e perseguire i responsabili. E’ lecito presumere che, venendo meno l’incentivo, questi ultimi non siano motivati a presenziare dinanzi alla Commissione; in tal modo, l’aspettativa della vittima sarebbe parzialmente frustrata, dal momento che mancherebbe il confronto con l’altra parte.³²³ Oppure, può accadere che le parti “patteggino”, qualora il responsabile soddisfi i requisiti di volta in volta previsti per la concessione dell’ammnistia. Il patteggiamento ha allora un prezzo altissimo, ossia l’impunità dei responsabili, maggiore addirittura del prezzo che l’istituto ha nei tribunali, dove comporta il mero diritto ad un trattamento sanzionatorio benevolo. Così, la *restorative justice* arriva a vedere a tal punto le vittime e l’esigenza di gran parte di queste di condividere la propria esperienza da annullare la funzione punitiva.

3.1.1. Il caso sudafricano

La “formula” specifica scelta da ciascuna Commissione per la verità e la riconciliazione dipende dalla realtà e dalle dinamiche del Paese in cui la

³²³ Cfr., come esempio, il Rapporto finale della Commissione per la verità e la riconciliazione in Sudafrica, volume 5, capitolo 9, par. 45, consultabile all’url www.justice.gov.za/trc/report/. Si riportano le parole di una madre disposta a perdonare gli assassini dei propri figli, a condizione di conoscere la verità sulla loro morte: «*I want the people who killed my sons to come forward because this is a time for reconciliation. I want to forgive them. [...] I also want to speak to them before I forgive them. I want them to tell me who sent them to come and kill my sons. Maybe they are my enemies, maybe they are not. So, I want to establish as to who they are and why they did what they did*».

stessa è istituita. Eppure, a lungo la tentazione è stata d'imporre il modello sudafricano.³²⁴

La Commissione istituita in Sudafrica, infatti, ha presentato caratteri inediti rispetto alle preve esperienze ed ha avuto un'eco nazionale ed internazionale senza precedenti, grazie anche all'ampia copertura mediatica che favoriva il dibattito pubblico.³²⁵ Si tratta di un vero e proprio spartiacque nella storia delle Commissioni per la verità e la riconciliazione.³²⁶ Oltre ad essere pienamente inserita nel processo di transizione ed a costituirne anzi un suo caposaldo, infatti, essa è stata capace di coinvolgere un ampio pubblico e numerose associazioni della società civile allo scopo di riaprire diversi capitolo della storia del Paese e creare una memoria comune, consapevole anzitutto delle violazioni e delle politiche di morte condotte da entrambe le comunità "bianche e nere". In aggiunta, la Commissione si è avvalsa non solo dello strumento del diritto, ma altresì della religione e della morale, tanto è vero che fu presieduta da un arcivescovo e che dal pentimento del reo dipendeva in parte il riconoscimento dell'amnistia. Proprio l'inclusione dell'amnistia nella gamma degli strumenti di cui la Commissione può servirsi è valsa il maggior divario rispetto alle esperienze precedenti.³²⁷

La Commissione sudafricana è stata istituita il 16 dicembre 1995 con l'incarico di indagare le violenze commesse nel periodo compreso tra il massacro di Sharpeville del marzo 1960 ed il giorno dell'elezione di Nelson Mandela, il 9 di maggio del 1994. Era diretta da diciassette commissari, scelti tra esponenti del mondo accademico e della società civile; Desmond Tutu, arcivescovo della Città del Capo e premio Nobel per la pace nel 1984, la presiedeva.³²⁸

³²⁴ M.C. RIOLI, *Guarigione di popoli: chiese e comunità cristiane nelle Commissioni per la verità e la riconciliazione in Sudafrica e Sierra Leone*, Bologna 2009, p. 30.

³²⁵ Proprio la forte spettacolarizzazione, in realtà, è alla base delle critiche e dell'insoddisfazione di gran parte della popolazione sudafricana, la quale attendeva grandi risultati da un organismo tanto pubblicizzato.

³²⁶ M.C. RIOLI, *Guarigione di popoli: chiese e comunità cristiane nelle Commissioni per la verità e la riconciliazione in Sudafrica e Sierra Leone*, Bologna 2009, p. 42 ss.

³²⁷ Cfr. R.A. WILSON, *The politics of truth and reconciliation in South Africa: legitimizing the post apartheid state*, Cambridge 2001, p. 5 ss. La creazione della Commissione sudafricana è stata un compromesso politico necessario tra due posizioni contrapposte: quella del *National party*, che domandava l'amnistia, e quella dell'*African national congress*, timoroso che la cancellazione delle responsabilità avrebbe rallentato il processo di transizione finalizzato alla formazione di una "nazione arcobaleno", la quale condannasse ogni forma di segregazionismo.

³²⁸ Cfr. A. BORAINÉ, *Truth and reconciliation in South Africa. The third way*, in R.I. ROTBERG - D. THOMPSON, *Truth versus justice: the morality of truth Commissions*, Princeton 2000, p. 144 ss. Per volontà di Mandela, i commissari furono nominati da un gruppo di esperti, docenti universitari ed associazioni provenienti da tutto il mondo e, in modo specifico, dall'America

Era competente a conoscere tre categorie di crimini: tortura, omicidio e *severe ill treatment*, ossia episodi di grave maltrattamento. Lo sguardo centrale era riservato alle vittime, cui era data possibilità di partecipare alle udienze pubbliche, confrontarsi con i carnefici ed i responsabili istituzionali, domandare informazioni circa le ragioni della violenza e, soprattutto, la sorte dei propri cari scomparsi.

Si componeva di tre gruppi di lavoro principali, noti come *committee*. Il primo gruppo, il comitato per la violazione dei diritti umani, era incaricato di condurre investigazioni e consentire alle vittime e alle loro famiglie di esporre i propri racconti. Dapprima il comitato raccolse le testimonianze ed in un secondo momento selezionò le più emblematiche da presentare nel corso delle udienze pubbliche, che si tenevano in diverse zone del Paese.³²⁹ Il secondo, il comitato per la riparazione e la riabilitazione, indirizzava alle autorità nazionali raccomandazioni relative alle compensazioni dovute alle vittime. In ultima istanza, la decisione fu di riconoscere una stessa somma forfettaria a tutte le vittime, anziché determinare la compensazione dovuta a ciascuna di esse a seconda del danno subito.

Infine, il comitato per l'amnistia vagliava le richieste presentate dai responsabili di violazioni dei diritti umani. La concessione dell'amnistia era subordinata alla sussistenza di due requisiti: la testimonianza completa delle azioni compiute e la loro ragione politica.³³⁰ Erano comprese, quindi, anche le ipotesi di crimine perpetrato per ordine dell'autorità: a chi, oltre a confessare i fatti compiuti, dimostrasse di aver dato mera esecuzione alla

latina e dall'Europa occidentale, attraverso una serie di incontri pubblici di discussione. La scelta del presidente sudafricano è politicamente intelligente: ha promosso la riconciliazione nazionale, istituendo la Commissione e perdonando pubblicamente i responsabili delle violenze. Egli ha così impedito la formazione di un *apartheid* al reverso, giacché gli era chiaro che la ricreazione di un popolo fosse condizione necessaria della sicurezza all'interno del Paese.

³²⁹ M. CHERIF BASSIOUNI, *The pursuit of international criminal justice: a world study on conflicts, victimization, and post conflict justice*, Oxford 2010, cit. p. 548. Si trattò, in un certo senso, di udienze "itineranti".

³³⁰ Cfr. B. VAN SCHAAK - R.C. SLYE, *International criminal law and its enforcement: cases and materials*, New York 2010, p. 987. Solitamente l'amnistia assicura una «*automatic and blanket protection*» a chi ne beneficia: la novità della Commissione sudafricana è allora la scelta di un'amnistia condizionata, che soddisfacesse sia chi, come il *National party*, domandava l'amnistia automatica, sia chi, come l'*African national congress*, esigeva la persecuzione dei responsabili. Su un totale di circa 7116 *applications*, solo 2548 richiedenti furono ammessi a testimoniare in udienza pubblica e, tra questi, a 362 fu rifiutata l'amnistia. Nel complesso, furono garantite circa 1312 amnistie. Cfr. T. PUURUNEN, *The committee on amnesty of the truth and reconciliation Commission of South Africa*, Helsinki 2000, p.42 ss., dove l'autore evidenzia che la *full disclosure* dei fatti rilevanti è funzionale allo scopo per il quale l'amnistia è concessa, ossia ricostruire la verità storica attraverso l'assunzione di prove autoincriminanti e ricostituire l'unità nazionale.

volontà espressa da un superiore era garantita l'impunità.³³¹ Il potere di garantire l'impunità rappresenta uno degli aspetti più controversi del lavoro della Commissione istituita in Sudafrica: le vittime percepirono il riconoscimento dell'ammnistia ad alcuni tra i criminali più brutali come un oltraggio.³³²

In generale, la Commissione sudafricana è l'esempio di un mandato ampio, che ha talvolta destato perplessità per la concentrazione quasi esclusiva dei lavori sulla dimensione politica delle violenze compiute, che ha trascurato l'analisi dei meccanismi di segregazione sociale ed economica attuati dall'*apartheid*.³³³ Similmente, ha concentrato il proprio lavoro sugli episodi centrali del periodo trattato, disinteressandosi di altri: solo i primi, difatti, sono stati raccontati nel corso delle udienze pubbliche. In tal modo, la Commissione ha ricostruito una verità parziale, anziché complessiva, e le conseguenze non sono trascurabili.

Anzitutto, questo impedisce la conoscenza profonda di quei modelli d'esclusione fondati sulla razza e riproposti poi in nuove forme nel Sudafrica *post apartheid*: è frustrata, perciò, la funzione deterrente del sistema.³³⁴ Ne consegue, inoltre, la frustrazione ulteriore delle aspettative delle vittime che abbiano consapevolmente deciso di essere coinvolte e di portare la propria

³³¹ In ossequio al diritto internazionale umanitario, infatti, il superiore è responsabile del crimine commesso dal proprio subordinato ogni qual volta fosse a conoscenza di tali atti e cionondimeno abbia omesso di adempiere al proprio dovere d'impedirlo. Cfr., come esempio, la Convenzione Onu per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio del 9 dicembre 1948, consultabile all'url www.hrweb.org/legal/genocide.html: l'art. 3 punisce non solo chi commetta materialmente il crimine, bensì anche coloro che si siano limitati ad incitare la sua commissione pubblicamente ed in maniera diretta, addirittura a prescindere dall'effettivo successivo compimento del genocidio. La preferenza, dunque, è per la presa di distanza da un diritto che punisca solo l'esecutore materiale del fatto di reato. La Commissione sudafricana compie allora un passo ulteriore, promettendo addirittura l'impunità a chi abbia agito per ordine del superiore, purché soddisfi anche le altre condizioni richieste.

³³² V. BRITAIN, *Outrage over amnesty for apartheid killer*, in *The guardian*, 2000, consultabile all'url www.theguardian.com/world/2000/jun/13/victoriabrittain. Il malcontento delle vittime dipese altresì dai tempi necessari per il riconoscimento ai criminali dell'ammnistia, estremamente ridotti rispetto a quelli, lunghissimi, richiesti per le riparazioni.

³³³ Cfr. A. GARAPON, *Crimini che non si possono né punire né perdonare. L'emergere di una giustizia internazionale*, Bologna 2004, p. 237. L'esperienza della Commissione sudafricana è parsa non sufficientemente giudiziaria, ma neppure sufficientemente politica: soprattutto, non ha voluto distinguere fra l'illegittimità dell'*apartheid* e la giusta causa dei reati commessi da coloro che avevano trovato il coraggio di combatterlo.

³³⁴ D. POSEL, *The TRC report. What kind of history? What kind of truth?*, in D. POSEL - G. SIMPSON, *Commissioning the past: understanding South Africa's truth and reconciliation Commission*, Johannesburg 2002, p. 147 ss.

testimonianza dinanzi alla Commissione allo scopo di ricostruire quanto accadde.

Il paradosso è manifesto, trattandosi di un meccanismo che aveva scelto di privilegiare la dignità delle vittime a discapito della punizione dei colpevoli. La vittima, che è teoricamente al centro del sistema, è del resto analogamente privata del suo diritto ad una giustizia “particolare” che punisca chi le abbia personalmente recato pregiudizio; ciò a favore di una restaurazione generale, i cui benefici saranno goduti dalla comunità per intero.³³⁵ Tale giustizia è, forse, capace di provocare la vergogna e la contrizione del responsabile, ma incapace di irrogare la pena.³³⁶ La Commissione sembrerebbe, in altre parole, un meccanismo ben indirizzato alla restaurazione della comunità complessivamente considerata e tuttavia incurante ed approssimativa nella gestione dell’esigenza della singola vittima.

Malgrado questi limiti che pure non debbono essere minimizzati, la Commissione sudafricana ha inaugurato la pratica di una giustizia diversa. E’ il primo caso, difatti, in cui la giustizia “ricostruttiva” si presenta allo stadio più compiuto, ovvero per se stessa e non come succedaneo della giustizia: la sua genialità consiste nell’aver invertito lo scopo del processo, che non è più la pena, bensì l’amnistia.³³⁷ La Commissione s’è aperta un varco fra la stretta logica penale, da un lato, e la pura negoziazione giuridica, dall’altro.³³⁸

3.2 Le Corti *gacaca* in Ruanda

L’esperienza delle Corti *gacaca* in Ruanda rientra nella categoria ampia delle forme di giustizia di transizione: si tratta propriamente di un meccanismo orientato a fronteggiare l’emergenza nella gestione degli affari giudiziari del

³³⁵ A. GARAPON, *Crimini che non si possono né punire né perdonare. L’emergere di una giustizia internazionale*, Bologna 2004, p. 240.

³³⁶ C. MAIER, *Doing history doing justice*, in R.I. ROTBERG - D. THOMPSON, *Truth versus justice: the morality of truth Commissions*, Princeton 2000, p. 268, dove si distingue tra la giustizia retributiva forte, che commina le pene, e la giustizia retributiva debole, capace solo di provocare la vergogna, che è una “pena naturale” e non esige dunque l’intervento del legislatore.

³³⁷ Cfr. H. ARENDT - K. JASPERS, *Carteggio 1926-1969: filosofia e politica*, a cura di A. Del Lago, Milano 1989, p. 180, dove Jaspers già elogia quella forma di giustizia che si limiti a stabilire i fatti: «La meta finale non sarebbe un giudizio emesso da magistrati inquirenti, bensì la certezza che le cose sono andate così e non in altro modo, almeno fino al punto in cui la certezza è raggiungibile».

³³⁸ A. GARAPON, *Crimini che non si possono né punire né perdonare. L’emergere di una giustizia internazionale*, Bologna 2004, p. 236 ss.

Paese.³³⁹ Le soluzioni originariamente elaborate a seguito del genocidio, ispirandosi al paradigma processuale occidentale, si erano mostrate inadeguate. Da un lato, era stato istituito il Tribunale penale internazionale *ad hoc*, il quale, anche in considerazione della limitatezza delle risorse materiali, non poteva tuttavia farsi carico di una funzione repressiva su scala globale.³⁴⁰ Il suo mandato s'è soffermato sulla persecuzione degli alti responsabili dei crimini contro l'umanità e del genocidio, ossia sugli organizzatori e le autorità di spicco, anziché sui semplici esecutori. Dall'altro lato, le Corti nazionali avevano allestito processi per giudicare questi ultimi meri esecutori del crimine. Sennonché, la percentuale di individui potenzialmente coinvolti nella commissione dei fatti e le statistiche relative ai casi trattati avevano ben presto spento ogni entusiasmo: calcoli pur approssimativi avvertivano che un secolo non sarebbe bastato a portare a termine i giudizi.³⁴¹

Avendo scartato l'ipotesi della creazione di una Commissione per la verità e la riconciliazione, reputata inadatta alla gravità delle violenze compiute, l'Assemblea nazionale di transizione ha istituito alcune camere speciali e le ha incaricate di giudicare i crimini di genocidio e contro l'umanità commessi in Ruanda dal primo di ottobre del 1990 al 31 dicembre 1994.³⁴²

³³⁹ Cfr. A. GARAPON, *Chiudere i conti con la storia: colonizzazione, schiavitù, Shoah*, Milano 2009, p. 2: la giustizia di transizione è concepita come strumento idoneo al ritorno ad una democrazia durevole.

³⁴⁰ G. DELLA MORTE, *Le amnistie nel diritto internazionale*, Padova 2011, p. 81. A proposito del compito affidato al Tribunale *ad hoc* e dell'attività ivi svolta cfr. W. SCHABAS, *Genocide trials and gacaca courts*, in *Journal of international criminal justice*, 2005, p. 880, dove si evidenzia che, del resto, si trattava di fronteggiare l'unico vero genocidio verificatosi dai tempi dell'Olocausto, con il massacro di centinaia di migliaia di persone nel giro di pochi mesi; A. GARAPON, *Crimini che non si possono né punire né perdonare. L'emergere di una giustizia internazionale*, Bologna 2004, p. 243: con l'istituzione del Tribunale penale internazionale *ad hoc* per il Ruanda la comunità internazionale si è limitata a riprodurre lo statuto del Tribunale *ad hoc* per l'ex Jugoslavia, con una reazione pressoché automatica che ha applicato i canoni giuridici occidentali e trascurato qualsiasi tipo di studio preliminare sulla differenza tra i due contesti, sulla specificità di questo genocidio e sulle sue cause più remote. Sull'istituzione ed il funzionamento del Tribunale *ad hoc* per i crimini commessi in Ruanda, cfr. *supra*, par. 2.1.2.

³⁴¹ E. MUJAWAYO, *Il fiore di Stephanie*, Roma 2007, p. 44: secondo un rapporto del 1999, in cinque anni erano stati trattati solo 6000 casi su un totale di oltre 120000; tra questi, si stima che almeno centomila persone fossero in carcere in attesa di giudizio.

³⁴² M. VOGLIOTTI, *Quale giustizia per il genocidio? La soluzione "gacaca" in Ruanda*, in *Legislazione penale*, 2003, p. 295. Le camere speciali esercitano funzioni giurisdizionali e sono istituite allo scopo di far fronte a circostanze eccezionali verificatesi: nel caso di specie, loro compito era perseguire i responsabili di taluni crimini (genocidio e crimini contro l'umanità) perpetrati in un certo frangente di tempo (dal primo di ottobre 1990 al 31 dicembre 1994).

Con la legge organica del 30 agosto 1996 si è voluto allora disciplinare la procedura dinanzi a tali camere speciali, introducendo due istituti innovativi ed ancora non sperimentati nel Paese. Innanzitutto, è da menzionare la suddivisione dei reati in quattro categorie, in base alla loro gravità; per quelli più gravi rientranti nella prima categoria, che comprendevano gli organizzatori del genocidio, chi aveva commesso atti di tortura sessuale oppure crimini diversi rivestendo una posizione di autorità o con particolare zelo e brutalità, era prevista altresì la pena di morte.³⁴³

In secondo luogo, venne introdotta la procedura del *guilty plea*, che si ispirava al modello americano: l'intento era di promuovere la riconciliazione tra vittime e carnefici attraverso la confessione ed il perdono, e di semplificare la raccolta delle prove; in realtà si trattò di un meccanismo scarsamente utilizzato.³⁴⁴ Ad ogni modo, i tempi dei giudizi si sveltirono; eppure, erano migliaia le persone ancora detenute a titolo cautelare e la media di circa mille decisioni l'anno obbligava a giudicare insufficienti gli sforzi dei Ruandesi.³⁴⁵

Di conseguenza, la scelta è stata quella di cambiare strategia e di preferire il ricorso ad una consuetudine antica attraverso la quale si praticava la giustizia nel Paese. Nel corso di una serie di riunioni tenutesi con le autorità amministrative e politiche nel mese di maggio del 1999, l'allora Presidente della Repubblica Pasteur Bizimungu decise di valersi del modello *gacaca*. Letteralmente, *gacaca* significa "giustizia praticata su un prato": qui, difatti, era uso che la comunità si riunisse per giudicare i trasgressori, che partecipavano senza potersi avvalere

³⁴³ M. VOGLIOTTI, *Quale giustizia per il genocidio? La soluzione "gacaca" in Ruanda*, in *Legislazione penale*, 2003, p. 300.

³⁴⁴ W. SCHABAS, *Genocide trials and gacaca courts*, in *Journal of international criminal justice*, 2005, p. 887: il problema è che le autorità giudiziali ruandesi neppure erano in grado di gestire il volume delle confessioni. E' ragionevole presumere che il numero di confessioni sarebbe aumentato se si fosse deciso di garantire un trattamento immediato o, perlomeno, preferenziale ai casi dei rei confessi. Similmente, allo scopo d'incentivare la diffusione dell'istituto sarebbe stata auspicabile la separazione di coloro che avevano deciso di ammettere la propria responsabilità dalla restante popolazione carceraria, di modo da impedire rappresaglie.

³⁴⁵ M. VOGLIOTTI, *Quale giustizia per il genocidio? La soluzione "gacaca" in Ruanda*, in *Legislazione penale*, 2003, p. 300. Il modello di giustizia occidentale, concepito per rispondere a comportamenti criminosi essenzialmente individuali, rivelava tutte le proprie debolezze: persino il Tribunale *ad hoc* aveva reso appena nove sentenze dopo ben otto anni di funzionamento.

dell'assistenza di un difensore e rispetto al quale ciascun membro della comunità poteva testimoniare contro o, viceversa, a favore.³⁴⁶

Più di preciso, la legge promulgata il 26 gennaio 2001 avallava una forma di giustizia ibrida tra il *gacaca* tradizionale e il sistema elaborato nel 1996. Si trattava di un procedimento che coinvolgeva e l'autore del crimine e la vittima: al primo era chiesto di descrivere la propria condotta, alla vittima di integrare la narrazione. Questo contributo "incrociato" permetteva di ricostruire il fatto di reato, privilegiando l'incontro tra la vittima ed il suo carnefice e sacrificando, al contempo, alcuni principi reputati fondamentali nel quadro della giustizia tradizionale.³⁴⁷

Secondo la tradizione, le Corti *gacaca* erano un meccanismo di risoluzione delle mere controversie civili e commerciali, cui sostanzialmente si faceva ricorso per decidere litigi minori.³⁴⁸ La decisione spettava ad un gruppo di persone stimate e benvolute dalla comunità, che partecipavano nella veste di giudici: essa consisteva, solitamente, nel risarcimento del danno cagionato o nella restituzione della proprietà sottratta; soluzioni che, d'altra parte, non impedivano il reinserimento del responsabile nella comunità. Oltre a ciò, la procedura era informale, senza alcun quadro normativo fisso da rispettarsi; essa variava a seconda delle peculiarità del caso e tenuto conto dell'esigenza primaria di ristabilire l'armonia all'interno della comunità afflitta.³⁴⁹

Gli elementi di differenziazione introdotti dalla legislazione del 2001 non sono dunque marginali: la competenza delle nuove Corti *gacaca* è estesa a reati gravissimi ed il sistema ha carattere fortemente punitivo, essendo irrogate pene detentive e, nei casi limiti, addirittura l'ergastolo; proprio il

³⁴⁶ Cfr. B. VAN SCHAACK - R.C. SLYE, *International criminal law and its enforcement: cases and materials*, New York 2010, p. 13.

³⁴⁷ G. DELLA MORTE, *Le amnistie nel diritto internazionale*, Padova 2011, p. 85: è il caso, soprattutto, del formalismo garantista del giusto processo. Sull'importanza del ruolo delle Corti *gacaca* nella repressione del genocidio, cfr. M. BURNETT, *Remembering justice in Rwanda: locating gender in the judicial construction of memory*, in *Seattle journal for social justice*, 2004-2005, cit. p. 761: «*In postgenocide Rwanda, the adjudication of crimes is a potential means by which to inform local, national, and international discourses about mass atrocity and its devastating effects, as well as change the way in which the genocide is remembered*».

³⁴⁸ L.D. TULLY, *Human rights compliance and the gacaca jurisdictions in Rwanda*, in *Boston college international and comparative law review*, 2003, p. 395.

³⁴⁹ U.A. KAREKEZI - A. NSHIMIYIMANA - B. MUTAMBA, *Localizing justice: gacaca courts in post-genocide Rwanda*, in ID., *My neighbor, my enemy. Justice and community in the aftermath of mass atrocity*, Cambridge 2004, p. 73. Gli autori reputano che il carattere informale della procedura emergesse, in particolare, dalla concezione della disputa come una preoccupazione comune della società cui responsabile e vittima appartengono.

carattere punitivo e la conseguente limitazione della libertà del singolo hanno a loro volta reso necessaria la presenza di una disciplina più puntuale. Rispetto alla legge organica del 1996, le dodici camere speciali sono state soppresse ed alla giurisdizione ordinaria è stata attribuita la cognizione dei crimini rientranti nella prima categoria, ossia quelli perpetrati dagli organizzatori, incitatori o, comunque, da autorità politiche o amministrative di alto rango, nonché gli omicidi seriali, le torture e gli stupri. Diversamente, i reati meno gravi sono stati assegnati alle giurisdizioni *gacaca*: nella seconda categoria si annoveravano crimini quali l'omicidio doloso, colposo e tentato e l'aggressione; nella terza categoria, invece, soprattutto reati contro il patrimonio.³⁵⁰ La pena massima comminata è l'ergastolo, nel caso di persone rientranti nella seconda categoria che non abbiano confessato. Dalla normativa precedente, volta a regolare i giudizi dinanzi alle corti speciali, la nuova legge eredita invero la procedura del *guilty plea*, garantendo perciò sconti sanzionatori a chi riconosca la propria responsabilità, descrivendo con dovizia di particolari ogni fatto connesso alle violazioni e porgendo alle vittime le proprie scuse.³⁵¹ L'ammissione della responsabilità, peraltro, consente all'imputato di essere giudicato dalle giurisdizioni *gacaca* anche per crimini rientranti nella prima categoria che esulerebbero dal loro ambito di competenza. Lo sconto sanzionatorio, comunque, è accordato purché la confessione sia resa prima che il nome del reo sia iscritto nelle liste delle persone accusate.³⁵² Anche le Corti *gacaca*, come già le corti speciali istituite nel 1996, sono competenti a giudicare le violazioni qualificate come crimini contro l'umanità e genocidio e commesse tra il primo ottobre 1990 e il 31 dicembre 1994. Le giurisdizioni, tecnicamente, si articolano su quattro livelli: la

³⁵⁰ M. VOGLIOTTI, *Quale giustizia per il genocidio? La soluzione "gacaca" in Ruanda*, in *Legislazione penale*, 2003, p. 303.

³⁵¹ Cfr. M. VOGLIOTTI, *Quale giustizia per il genocidio? La soluzione "gacaca" in Ruanda*, in *Legislazione penale*, 2003, p. 300. L'idea era che il *guilty plea* fosse non solo uno strumento probatorio, bensì un tramite utile per favorire la riconciliazione tra le parti del conflitto attraverso la confessione ed il perdono. Per la stessa ragione, la confessione poteva essere rifiutata dalla corte ogni qual volta fosse valutata incompleta oppure insincera. Cfr. a riguardo anche A. MEYERSTEIN, *Between law and culture: Rwanda's gacaca and post-colonial legality*, in *Law and social inquiry*, 2007, p. 477, dove si evidenzia che, in ossequio alla legislazione del 2004, circa la metà delle pene irrogate nei confronti di rei confessi erano convertite in lavori di pubblica utilità affinché ciascun condannato potesse attivamente contribuire alla ricostruzione del Paese per mezzo del proprio lavoro. Sui rischi legati alla confessione, cfr. A. KOHEN - M. ZANCHELLI - L. DRAKE, *Personal and political reconciliation in post-genocide Rwanda*, in *Social justice research*, 2011, p. 93: «*What do you do if you really didn't kill someone, and people in your community claim you did? Do you lie? Do you confess so you can get out of prison?*».

³⁵² G. DELLA MORTE, *Le amnistie nel diritto internazionale*, Padova 2011, p. 88.

cellula, il settore, il distretto e la provincia, ciascuno munito di tre organi distinti, ossia l'assemblea, la corte ed il comitato di coordinamento.

La cellula è il punto nodale del sistema, la cui assemblea si compone di tutti gli individui maggiorenni che risiedono in una porzione di territorio abitata approssimativamente da duecento individui. L'assemblea della cellula provvede, oltre all'elezione dei propri nove giudici, alla nomina di cinque delegati, i quali andranno a formare l'assemblea del settore.³⁵³ Questa, a sua volta, seguirà il medesimo sistema per eleggere i membri dell'assemblea del distretto e quindi della provincia.³⁵⁴ I giudici, che siedono nella corte, sono scelti secondo tradizione tra persone integre che abbiano compiuto il ventunesimo anno d'età, senza alcuna distinzione di sesso, religione, etnia o posizione sociale.

E' bene rimarcare che la competenza delle Corti ricalca la suddivisione dei crimini in categorie: mentre la cellula è competente a conoscere i reati minori, abitualmente contro il patrimonio, ed il settore i reati rientranti nella seconda categoria, invece il distretto e la provincia fungono da giurisdizioni d'appello.³⁵⁵

Gli obiettivi delle Corti *gacaca* ricomprendono: la rivelazione della verità storica relativa al fatto di genocidio, l'accelerazione dei processi relativi, la riconciliazione della popolazione ruandese e il rafforzamento della sua unità, nonché quello di evitare il pericolo dell'impunità.³⁵⁶ La riconciliazione, in particolare, deve distinguersi dalla riparazione e comporta rispetto a quest'ultima uno sforzo enormemente maggiore a carico della vittima. Difatti, mentre la riparazione esige lo sforzo primario del responsabile a

³⁵³ I giudici, in realtà, erano inizialmente diciannove. E' la legge organica del giugno 2004 a ridurre tale numero, per far fronte al problema dell'assenteismo che sovente non consentiva di raggiungere il *quorum* richiesto, il quale a sua volta diminuì da quindici a sette.

³⁵⁴ M. VOGLIOTTI, *Quale giustizia per il genocidio? La soluzione "gacaca" in Ruanda*, in *Legislazione penale*, 2003, p. 303.

³⁵⁵ Cfr. M. DRUMBL, *Punishment, postgenocide: from guilt to shame to civis in Rwanda*, in *New York University law review*, 2000, p. 1266, dove si osserva che le Corti *gacaca* sono incentivate ad attenersi a valutazioni di tipo giuridico, dal momento che altrimenti le loro decisioni possono essere verosimilmente ribaltate dalle giurisdizioni d'appello.

³⁵⁶ A. MEYERSTEIN, *Between law and culture: Rwanda's gacaca and post-colonial legality*, in *Law and social inquiry*, 2007, p. 473. A proposito del ruolo delle Corti nella promozione della riconciliazione, cfr. M. DRUMBL, *Punishment, postgenocide: from guilt to shame to civis in Rwanda*, in *New York University law review*, 2000, p. 1264: «Judging is undertaken by members of the very communities in which the crimes took place and this helps empower victims, involve by-standers, and possibly rebuild these fragmented communities. The discussions are held publicly and are so accessible to all community members»; A. KOHEN - M. ZANCHELLI - L. DRAKE, *Personal and political reconciliation in post-genocide Rwanda*, in *Social justice research*, 2011, p. 91: l'obiettivo è che, confrontandosi con l'altra parte, ciascuno si spogli del proprio orgoglio ferito, riconoscendo l'umanità che caratterizza entrambi.

provvedere fisicamente a realizzare quanto ordinato dall'autorità competente, invece la riconciliazione demanda alla vittima d'impegnarsi in un lavoro "spirituale" estremamente complesso.³⁵⁷

Sommariamente, tra i vantaggi del sistema *gacaca* bisogna annoverare l'ampia partecipazione popolare che, sebbene forzata, ha assolto sovente l'interesse collettivo alla reintegrazione di quanti avessero partecipato al massacro e coinvolto i settori della popolazione più esposti al pericolo di emarginazione sociale.³⁵⁸ La reintegrazione, a sua volta, scongiura il pericolo che, da un lato, la vittima covi sentimenti di vendetta; dall'altro, che il carnefice, ai margini della società, finisca col percepirsi come la vittima.³⁵⁹ Con le Corti *gacaca*, inoltre, come già accadde con le Commissioni per la verità e la riconciliazione, si previene la "penalizzazione" della storia operata dalle istanze penali ed internazionali a partire dal Tribunale di Norimberga: esse, piuttosto che giudicare la storia, hanno tentato di alleggerirla dalle insidie del risentimento, che possono indurla a ripetersi.³⁶⁰ A differenza delle Commissioni verità e riconciliazione, invece, le Corti *gacaca* determinano la responsabilità individuale: ciò consente di distinguere tra responsabili ed innocenti, evitando di demonizzare l'intero gruppo.³⁶¹

³⁵⁷ A. KOHEN - M. ZANCHELLI - L. DRAKE, *Personal and political reconciliation in post-genocide Rwanda*, in *Social justice research*, 2011, p. 92. La vittima, d'altra parte, può avere una esigenza assolutamente antitetica e perciò incompatibile con lo scopo della riconciliazione. Cfr. a proposito S. DWYER, *Reconciliation for realists*, in *Ethics and international affairs*, 1999, p. 95: è opinione dell'autore che la riconciliazione sia possibile solo tra persone che abbiano una particolare aspettativa riguardo alla loro relazione futura e che accettino di confrontarsi in maniera diretta allo scopo di interpretare concordemente gli eventi passati, nei limiti del possibile. Il crimine stesso, del resto crea tra la vittima ed il suo carnefice una relazione, la quale ha origine proprio dall'offesa: tale relazione può evolvere, prendendo le distanze dall'offesa e garantendo così la guarigione della vittima, a condizione tuttavia che questa lo desideri.

³⁵⁸ G. DELLA MORTE, *Le amnistie nel diritto internazionale*, Padova 2011, p. 89. A tale rischio erano esposte, ad esempio, le innumerevoli donne vittime di violenza sessuale. Cfr. M. BURNETT, *Remembering justice in Rwanda: locating gender in the judicial construction of memory*, in *Seattle journal for social justice*, 2004-2005, p. 777: a tutela delle vittime di stupri era stata introdotta una serie di salvaguardie, quali l'ammissione della testimonianza scritta, che evitava loro di dover rendere testimonianza personalmente di fronte al centinaio di membri dell'Assemblea generale.

³⁵⁹ Cfr. F. NIETZSCHE, *Così parlò Zarathustra: un libro per tutti e per nessuno*, Milano 2005, p. 111. Persino Nietzsche, non certo un "romantico" né idealista, così si riferiva al bisogno di superare il sentimento della vendetta: «Giacché: che l'uomo sia redento dalla vendetta – questo è per me il ponte verso la speranza suprema e un arcobaleno dopo lunghe tempeste».

³⁶⁰ A. GARAPON, *Chiudere i conti con la storia: colonizzazione, schiavitù, Shoah*, Milano 2009, p. 2.

³⁶¹ E. DALY, *Between punitive and reconstructive justice: the gacaca Courts in Rwanda*, in *New York University journal of international law and politics*, 2002, p. 375.

In aggiunta, e soffermandosi sui diritti dell'imputato, non deve trascurarsi che il processo dinanzi alle Corti *gacaca* è spesso l'unica possibile via d'uscita per evitare che il periodo di detenzione in carcere in attesa del giudizio sia superiore al periodo della pena poi effettivamente irrogata.³⁶² Ciò è frequente soprattutto quando il reato commesso rientri nella terza categoria: si tratta, infatti, di ipotesi in cui la pena della reclusione si aggira in media intorno ai cinque anni, oppure in cui addirittura non è prevista alcuna sanzione detentiva.³⁶³

Dall'altro lato, i limiti del meccanismo *gacaca* sono stati ampiamente rimarcati, *in primis* da talune associazioni non governative impegnate nella tutela dei diritti umani. Tra queste, *Amnesty international* ha contestato la scarsa salvaguardia dei principi del giusto processo. Segnatamente, non sarebbero garantite alle parti del processo armi pari: i diritti dell'imputato risultano compromessi fin da principio, quando l'ufficio della pubblica accusa provvede unilateralmente alla redazione del fascicolo delle indagini preliminari, a cui l'imputato sovente non ha accesso ed il cui contenuto, di conseguenza, ben difficilmente potrà essere contestato.³⁶⁴ Non solo, infatti, all'imputato è negata la possibilità di valersi di qualsiasi forma d'assistenza tecnica; neppure il giudice possiede la formazione legale che gli permetterebbe di controllare la condotta del *prosecutor*.

³⁶² Cfr. A. GARAPON, *Crimini che non si possono né punire né perdonare. L'emergere di una giustizia internazionale*, Bologna 2004, p. 243: la detenzione in carcere di un alto numero di prigionieri, spesso in condizioni disastrose, non giova alla riconciliazione, giacché ciò inasprisce il loro sentimento d'ingiustizia e dunque li sottrae al confronto con la sofferenza che hanno inflitto; M. DRUMBL, *Punishment, postgenocide: from guilt to shame to civis in Rwanda*, in *New York University law review*, 2000, p. 1232, secondo cui è piuttosto l'ascolto di alcune centinaia di migliaia di storie locali che potrà ingenerare nel reo l'interiorizzazione di ciò che ha fatto ed il riconoscimento del male che ha inflitto.

³⁶³ M. DRUMBL, *Punishment, postgenocide: from guilt to shame to civis in Rwanda*, in *New York University law review*, 2000, p. 1265.

³⁶⁴ Cfr. J. FIERENS, *Gacaca courts: between fantasy and reality*, in *Journal of international criminal justice*, 2005, p. 911. Sono espressi i medesimi dubbi riguardo alla posizione dell'imputato: «*Will the accused be allowed to consult his case file before the hearing? If so, who will help him or her read it, if he or she cannot do so him or herself? The law remains silent on this point*».

Oltre a ciò, la consueta interferenza delle autorità governative locali rende plausibile l'ipotesi della "manipolazione" dei procedimenti.³⁶⁵ Il dubbio dell'imparzialità dei giudizi è accresciuto dall'alto numero di giudici Tutsi ed, ancor più, dalla competenza materiale e temporale delle Corti: queste sono competenti a conoscere i soli episodi correlati al genocidio compresi tra il 1990 ed il 1994.³⁶⁶ I crimini perpetrati dall'esercito Hutu del *Rwandan patriotic front* (RPF) restano attribuiti alla competenza delle giurisdizioni militari, che finora si sono dimostrate benevole nei confronti delle violenze commesse dall'attuale regime. E' evidente che focalizzando la cognizione dei tribunali sui crimini commessi dagli Hutu si propone un'interpretazione unilaterale e predeterminata del passato del Ruanda.³⁶⁷ Anche il principio *nulla poena sine lege* parrebbe sacrificato, dal momento che i fatti di reato commessi tra il 1990 ed il 1994 sono giudicati sulla base di una legge datata 1996. Nonostante il Ruanda avesse ratificato la Convenzione per la prevenzione del genocidio, mancava nell'ordinamento del Paese una normativa che punisse espressamente tale reato.³⁶⁸ Sono perciò retroattive le leggi attualmente in vigore ed applicate dalle Corti.

³⁶⁵ A. MEYERSTEIN, *Between law and culture: Rwanda's gacaca and post-colonial legality*, in *Law and social inquiry*, 2007, p. 478. La Corte suprema ruandese ha risposto a gran parte delle obiezioni formulate da *Amnesty international*. Anzitutto, ha insistito sul relativismo culturale che impone non tanto di rispettare rigidamente ciascuna norma di diritto internazionale, ma piuttosto di valorizzare in generale la dignità umana. Con riguardo alla posizione dell'imputato, la Corte suprema ha domandato polemicamente se si pensi sia davvero così semplice condannare ingiustamente taluno di fronte all'intera popolazione, che dispone delle stesse informazioni dell'accusato e di un diritto analogo ad esprimere liberamente le proprie opinioni. Ha aggiunto, infine, che il Paese non possiederebbe, in ogni caso, le risorse necessarie a fare giustizia come l'Occidente vorrebbe. Sempre a proposito del dubbio d'imparzialità, tuttavia, cfr. art. 12 della legge organica n. 16 del 19 giugno 2004, che consente agli organi delle Corti di rimuovere qualsiasi membro che esprima una "*culture of divisionism*". Si tratta di una formula vaga che lascia spazio alla possibilità della rimozione di ogni membro poco gradito.

³⁶⁶ Cfr. M. VOGLIOTTI, *Quale giustizia per il genocidio? La soluzione "gacaca" in Ruanda*, in *Legislazione penale*, 2003, p. 308: anche lo stato di indigenza dei giudici, che non ricevono alcun compenso per il mandato svolto, può verosimilmente alimentare il loro stato di corruzione, costituendo un motivo di insoddisfazione.

³⁶⁷ M. VOGLIOTTI, *Quale giustizia per il genocidio? La soluzione "gacaca" in Ruanda*, in *Legislazione penale*, 2003, p. 309.

³⁶⁸ J. FIERENS, *Gacaca courts: between fantasy and reality*, in *Journal of international criminal justice*, 2005, p. 906. A poco vale la giustificazione addotta dalle autorità ruandesi, richiamata proprio nel preambolo della legge che istituisce le Corti *gacaca*, secondo le quali il genocidio sarebbe proibito nel Paese per mezzo della Convenzione di Ginevra del 1949 relativa alla protezione dei diritti civili in tempo di guerra e dei Protocolli addizionali. Infatti, nessuno di questi trattati si riferisce al delitto di genocidio e neppure ai crimini contro l'umanità.

Infine, lo scopo della riconciliazione esige una larga partecipazione ai procedimenti da parte di chiunque fosse a conoscenza di fatti connessi alle violenze. Di conseguenza, le autorità ruandesi decisero di soddisfare detta esigenza imponendo alla popolazione il dovere di testimoniare quanto accaduto e multando chi omettesse di farlo. Tuttavia, proprio questo aspetto e, particolarmente, l'imposizione di sanzioni a chi mancasse di dare il proprio contributo presenziando di fronte ai giudici, si è rivelato una grande debolezza. E' sembrato, infatti, che le Corti fossero uno strumento nelle mani del governo, anziché della comunità, nonostante gli obiettivi proclamati.³⁶⁹ A ciò si aggiunga che il testimone è spesso vittima: questa è dunque privata della facoltà di decidere autonomamente se essere coinvolta nel giudizio, nonostante talvolta il suo maggior desiderio sia proprio non aver nulla a che fare con quel che concerne il carnefice e le violenze subite.³⁷⁰

Dunque, il problema fondamentale delle Corti *gacaca* è la negazione di alcuni principi fondamentali del *due process of law*. Da un lato, sembra giusto che in uno scenario delicato quale il genocidio ruandese non s'impongano modelli di giustizia occidentale, che la popolazione percepirebbe distanti. Cionondimeno, sovente sono in gioco principi di portata universale, i quali non possono essere immolati neppure in nome della riconciliazione nazionale.

Così, ledere i diritti dell'imputato significa trasformare in vittima il carnefice, oltre che naturalmente violare alcuni principi basilari e universalmente riconosciuti. Per le stesse ragioni, neanche si può costringere l'accusato a porgere le proprie scuse alle vittime: è questo un importante elemento di differenziazione rispetto alla Commissione sudafricana, che non annoverava il pentimento tra le condizioni per la concessione dell'amnistia.

In tal modo il processo, anziché porre fine alle ingiustizie, ne diventa fonte e genera risentimento, nonostante l'obiettivo espressamente dichiarato della riconciliazione. Il Ruanda, a differenza del Sudafrica, ha voluto fondare il processo di riconciliazione sulla repressione dei crimini internazionali e la punizione dei responsabili, ripudiando la soluzione dell'amnistia e

³⁶⁹ Cfr. L. WALDORF, *Mass justice for mass atrocity: rethinking local justice as transitional justice*, in *Temple law review*, 2006, p. 79. L'idea alla base delle Corti *gacaca*, infatti, era che per fronteggiare un crimine che, come il genocidio ruandese, aveva coinvolto gran parte della popolazione fosse necessaria una giustizia altrettanto "partecipativa". Analogamente, coloro che si rifiutavano di testimoniare o che, ancor più, rendevano una testimonianza falsa, erano punibili con la detenzione da uno a tre anni.

³⁷⁰ Cfr. A. KOHEN - M. ZANCHELLI - L. DRAKE, *Personal and political reconciliation in post-genocide Rwanda*, in *Social justice research*, 2011, p. 91, dove si riportano le parole di una delle vittime del genocidio: «*People come to Rwanda and talk about reconciliation. It's offensive. Imagine talking to Jews of reconciliation in 1946. Maybe in a long time, but it's a private matter*».

dell'oblio.³⁷¹ Eppure, ha fatto questo a caro prezzo: trascurare i diritti dell'imputato ed il sentimento della vittima.

3.3. I Tribunali ibridi

Dopo la formazione dei Tribunali *ad hoc* da parte del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, si diffusero ulteriori episodi di violenza. La Cina aveva chiarito che non avrebbe supportato alcuna risoluzione volta ad istituire un nuovo Tribunale *ad hoc*, mentre gli Stati Uniti d'America osteggiavano l'attività della Corte penale internazionale la quale, essendo indipendente dal Consiglio di sicurezza, sfugge perciò al loro controllo.³⁷² Così, è emerso un nuovo modello di giustizia penale, che intende preservare la funzione punitiva senza tuttavia pretendere la creazione di un altro Tribunale *ad hoc*. Questa seconda generazione di Tribunali è detta "ibrida" o mista, giacché fonde elementi delle corti nazionali ed internazionali. Loro ambizione è badare sia all'impatto prettamente "domestico" del crimine sia alle sue conseguenze oltre frontiera.³⁷³ Segnatamente, i Tribunali ibridi hanno sede all'interno del "*target state*", applicano al contempo il diritto interno ed internazionale, sono muniti di personale nazionale e straniero, di modo che giudici, investigatori, pubblici ministeri ed avvocati di diversa provenienza collaborino al raggiungimento di un obiettivo comune; i costi, infine, sovente sono in larga parte a carico del Paese ospitante.³⁷⁴ Con i Tribunali ibridi la dicotomia che distingue il processo nazionale da quello internazionale è vana, esibendo essi attributi dell'uno e dell'altro: di conseguenza, diviene trascurabile anche la contrapposizione tra i principi di supremazia e di complementarità, orientati proprio a regolare i rapporti tra giurisdizione nazionale e transnazionale.

³⁷¹ Etimologicamente, amnistia deriva dal latino *amnestia*, che sta appunto ad indicare l'atto del dimenticare: era opinione della Commissione sudafricana che dimenticare fosse una fase irrinunciabile verso la riconciliazione.

³⁷² B. VAN SCHAACK - R.C. SLYE, *International criminal law and its enforcement: cases and materials*, New York 2010, p. 161. Sulla posizione statunitense e la strategia avversa alla Corte, cfr. *supra*, par. 2.2.

³⁷³ F. MEGRET, *In defense of hybridity: towards a representational theory of international criminal justice*, in *Cornell international law journal*, 2005, p. 29: il principio di *ne bis in idem*, del resto, impone la scelta tra la persecuzione a livello nazionale od internazionale, impedendo che taluno venga giudicato due volte per lo stesso crimine.

³⁷⁴ B. VAN SCHAACK - R.C. SLYE, *International criminal law and its enforcement: cases and materials*, New York 2010, p. 161. Cfr. E.R. HIGGONET, *Restructuring hybrid courts: local empowerment and national criminal justice reform*, in *Arizona journal of international and comparative law*, 2006, p. 354: le Nazioni Unite si sono comunque assunte la responsabilità di aiutare i Tribunali ibridi ad ottenere fondi e risorse a titolo di donazione.

Il principio di supremazia ispirava l'attività dei Tribunali *ad hoc* e sottraeva alla giurisdizione statale taluni reati perpetrati in un dato spazio e frangente di tempo; di contro, il principio di complementarità, sancito dallo Statuto di Roma, demanda alla Corte penale internazionale di adoperarsi soltanto nelle ipotesi di malfunzionamento dei sistemi di giustizia interna, il quale malfunzionamento è presunto sussistere qualora le autorità nazionali competenti si dimostrino inerti o faziose. Il Tribunale ibrido è allora un tentativo sofisticato di bilanciare la pretesa sovranità di ciascun Paese e l'esigenza di universalismo della comunità internazionale.³⁷⁵

Esaminando le qualità dei Tribunali ibridi, alcuni sono completamente integrati nella giurisdizione statale; altri sono camere speciali, istituite *ad hoc* per perseguire e giudicare i crimini internazionali, ed a loro volta integrate nel sistema giuridico interno oppure da questo del tutto indipendente. Possono essere istituiti mediante trattato stipulato tra le Nazioni Unite e lo Stato ospite o, in alcune situazioni gravi *post* conflitto, dalle Nazioni Unite su invito o comunque con il consenso del Paese afflitto.³⁷⁶

L'efficienza dei Tribunali ibridi, quindi, dipenderà in larga parte dall'esistenza di un sistema giudiziario interno capace di amministrare la giustizia in maniera imparziale.³⁷⁷ D'altra parte, essendo tali Tribunali

³⁷⁵ F. MEGRET, *In defense of hybridity: towards a representational theory of international criminal justice*, in *Cornell international law journal*, 2005, p. 33. Del resto, già di recente la dottrina e la giurisprudenza avevano tentato di elaborare dei correttivi ai principi di supremazia e complementarità. In particolare, l'ICTY aveva previsto che, in presenza di talune condizioni, sarebbe stato possibile deferire un caso alle corti nazionali. Allo scopo, invece, di moderare il principio di complementarità sono state introdotte alcune eccezioni alla *primacy* della giurisdizione statale. Così, l'ICC sarebbe competente ogni qual volta la risoluzione di un caso porti verosimilmente alla formazione di un precedente nuovo ed innovativo, oppure l'imputato sia un despota di fama internazionale: nel primo caso, è opportuno che sia un tribunale sovranazionale a contribuire alla codificazione del diritto penale internazionale; nel secondo, la comunità mondiale, più che il mero singolo Stato, avrebbe interesse alla persecuzione del criminale.

³⁷⁶ B. VAN SCHAACK - R.C. SLYE, *International criminal law and its enforcement: cases and materials*, New York 2010, p. 161. Ad esempio, la Corte speciale per la Sierra Leone è una camera speciale istituita con un accordo concluso tra le Nazioni Unite ed il governo del Paese; per una trattazione più approfondita a riguardo, cfr. *sub*, par. 3.3.1. L'alto Tribunale iracheno, invece, è di fatto una corte nazionale che può avvalersi di consulenti stranieri; cfr. *sub*, par. 3.3.2.

³⁷⁷ Cfr. E.R. HIGONNET, *Restructuring hybrid courts: local empowerment and national criminal justice reform*, in *Arizona journal of international and comparative law*, 2006, p. 354: la presenza di corti nazionali efficienti può eliminare il bisogno di istituire Tribunali misti; non altrettanto può dirsi dei tribunali internazionali, i quali, anche a causa delle risorse scarse, perseguono soltanto un numero limitato di responsabili, di solito le alte autorità a cui è imputabile la pianificazione del crimine.

istituiti su invito o dietro accordo dello Stato ospite, si tratta di meccanismi molto più consensuali degli originari Tribunali internazionali *ad hoc*, che venivano di fatto imposti con l'approvazione di una risoluzione da parte del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite.

Oltre tutto, i Tribunali misti sono capaci di colmare alcune gravi mancanze dei Tribunali *ad hoc*, senza tuttavia dover rinunciare ad una competenza meramente *ex post*: infatti, la competenza generale ed *ex ante facto* della Corte penale internazionale ha destato la preoccupazione di alcune fra le più grandi potenze mondiali, restie a delegare parte della propria funzione sovrana ad un organismo internazionale peraltro indipendente dal Consiglio di sicurezza.

Tra i punti di forza dei Tribunali misti, è bene annoverare anzitutto la loro posizione all'interno dello scenario *post* conflitto: la sede, come detto, è collocata sul territorio dello Stato afflitto dal crimine.³⁷⁸ Ciò consente senza dubbio di dirimere alcune questioni di tipo logistico: segnatamente, non è più richiesto a chi voglia testimoniare e contribuire alla ricostruzione del fatto storico di trasferirsi all'estero, investendo tempo e denaro.³⁷⁹ Il testimone, del resto, è sovente la vittima, per la quale partecipare al giudizio rappresenta già di per sé un notevole sforzo a livello psicologico: il timore di ritorsioni, l'ansietà di rivelare e quindi rivivere traumi passati, insieme alla vergogna per l'umiliazione subita sono sentimenti che non di rado la accompagnano.

Allo stesso modo, l'utilizzo, oltre all'inglese, della lingua locale rende il processo uno strumento più accessibile alla popolazione: esso diviene comprensibile non solo alle vittime, ma anche ai giornalisti e a coloro che, a

³⁷⁸ Della stessa idea è Theodor Meron, presidente del Tribunale *ad hoc* per i crimini commessi sul territorio dell'*ex* Jugoslavia. Intervistato nel mese di settembre del 2003, ha ribadito che i processi dovrebbero sempre svolgersi nelle vicinanze del luogo dove il crimine fu perpetrato: solo la vicinanza alle vittime e, più in generale, alla popolazione garantisce ampia risonanza al giudizio. Un estratto dell'intervista è reperibile all'url www.b92.net/intervju/eng/2003/meron.php.

³⁷⁹ Non è irrilevante evidenziare che la collocazione all'estero della sede di un tribunale internazionale è annoverabile tra gli ostacoli alla riconciliazione e, di contro, tra gli elementi a favore del *plea bargaining*. Difatti, la sede estera, insieme all'applicazione di un diritto diverso da quello nazionale ed all'utilizzo di una lingua straniera, contribuisce a raffigurare il sistema di giustizia internazionale come un meccanismo estraneo alla popolazione. In questo contesto, l'ammissione di colpevolezza solleva perlomeno il testimone e, tra questi, la vittima dall'onere di prender parte al giudizio. Per ulteriori approfondimenti a proposito, cfr. *supra*, par. 2.1.5. Cfr. anche E.R. HIGONNET, *Restructuring hybrid courts: local empowerment and national criminal justice reform*, in *Arizona journal of international and comparative law*, 2006, p. 363: «Victims' families and friends, or even ordinary lower-income citizens, are more likely to attend proceedings if what is involved is a short bus ride away rather than an international odyssey».

vario titolo, vogliono supportare l'informazione.³⁸⁰ Anche la scelta di integrare giuristi "interni" e stranieri si muove nella stessa direzione: gli attori internazionali acquisiscono sensibilità riguardo alle questioni locali ed al contempo gli attori locali apprendono tematiche internazionali dai propri colleghi.³⁸¹ Nei Tribunali ibridi la traduzione e la mediazione culturale sono dunque parte integrante del processo, anziché adempimenti burocratici successivi.³⁸²

In tal modo, non solo si favorisce, come detto, la partecipazione della popolazione e dunque la riconciliazione; si promuove, altresì, la formazione e lo sviluppo a lungo termine delle istituzioni. L'esperienza dei Tribunali misti è un'occasione importante affinché il sistema giudiziario nazionale acquisisca conoscenze di respiro internazionale e, ancor più, assorba i valori fondamentali in tema di diritti umani.³⁸³

Le debolezze, tuttavia, non possono essere tralasciate. Idealmente, i Tribunali ibridi abbinano flessibilità e capacità di adattamento alla cultura locale alla garanzia del c.d. nocciolo duro dei valori e principi del diritto penale internazionale. Eppure, il rischio è che s'incorporino le imperfezioni di entrambi i sistemi di giustizia internazionale e nazionale.³⁸⁴

Segnatamente, essi spartiscono con le corti statali taluni inconvenienti, dal momento che i processi si svolgono *in situ*.

In primo luogo, il loro lavoro potrà risultare compromesso dalla presenza di infrastrutture danneggiate e di personale non adeguatamente formato. In aggiunta, sussiste il pericolo di violenza ed intimidazione: i soggetti che rivestono alte cariche istituzionali sono processati nel Paese in cui non è infrequente che godano ancora di un supporto più o meno diffuso, anche da

³⁸⁰ J.E. ALVAREZ, *Crimes of States/crimes of hate: lessons from Rwanda*, in *Yale journal of international law*, 1999, p. 404.

³⁸¹ L. DICKINSON, *The relationship between hybrid courts and international courts: the case of Kosovo*, in *New England law review*, 2003, p. 1070.

³⁸² E.R. HIGONNET, *Restructuring hybrid courts: local empowerment and national criminal justice reform*, in *Arizona journal of international and comparative law*, 2006, p. 365. L'importanza della lingua utilizzata nel giudizio si evince altresì dalla circostanza che processare taluno in un idioma da lui non conosciuto è configurabile come violazione dei diritti umani. Inoltre, proprio il bisogno di traduzioni molteplici spiega in parte i costi elevati dei Tribunali *ad hoc*: di conseguenza, è ragionevole dedurre che i costi degli ibridi siano considerevolmente ridotti.

³⁸³ Cfr. L. DICKINSON, *The promise of hybrid courts*, in *American journal of international law*, 2003, cit. p. 305: «Without hands-on experience, there is little opportunity for domestic legal professionals to absorb, apply, interpret, critique, and develop the international norms in question, let alone for the broader public to do so».

³⁸⁴ E.R. HIGONNET, *Restructuring hybrid courts: local empowerment and national criminal justice reform*, in *Arizona journal of international and comparative law*, 2006, p. 411.

parte di forze militari o paramilitari.³⁸⁵ Così, anche la possibilità d'introdurre un programma di protezione dei testimoni è complicata: i testimoni sono quindi scoraggiati a partecipare al giudizio ed anche lo *staff*, sia locale sia internazionale, risulta vulnerabile.³⁸⁶ In tal modo, il vantaggio e la comodità di poter testimoniare nel proprio Paese sono chiaramente vanificati. Inoltre, possono crearsi circostanze controverse, specialmente qualora il regime che ha acconsentito alla creazione del Tribunale misto sia lo stesso in carica ai tempi del conflitto.³⁸⁷ Evidentemente, questo a sua volta vanificherà il programma di riconciliazione.

Possono distinguersi almeno altri due vizi. Anzitutto, diversamente dai Tribunali *ad hoc*, gli ibridi non sono istituiti dal Consiglio di Sicurezza sulla base dei poteri attribuitigli dal capitolo settimo della Carta delle Nazioni Unite.³⁸⁸ Ciò li priva soprattutto della capacità di minacciare sanzioni alle autorità recalcitranti dello Stato ospitante, dovendo piuttosto confidare nella loro cooperazione a ricercare le prove, localizzare ed arrestare i responsabili. Nei casi d'inottemperanza delle autorità competenti, una

³⁸⁵ I. NIZICH, *International law weekend proceedings: international tribunals and their ability to provide adequate justice. Lessons from the yugoslav tribunal*, in *ILSA journal of international and comparative law*, 2001, p. 234. Cfr. *Prosecutor v. Taylor*, Case 03-01-T: anche la Corte speciale per la Sierra Leone ha asserito che il processo *in situ*, nonostante i benefici, non è adatto a perseguire le alte figure istituzionali e cariche politiche responsabili. Per questo motivo, il giudizio di Charles Taylor, che fu presidente della Liberia coinvolto nella guerra civile in Sierra Leone, si svolse eccezionalmente nell'Aia, presso la Corte penale internazionale permanente. Questo fu possibile, d'altro canto, grazie all'ampia flessibilità dello Statuto del Tribunale misto sierraleonese, il cui art. 4 delle Regole di procedura e prova consente alla Camera od al giudice di esercitare le proprie funzioni anche al di fuori della giurisdizione nazionale.

³⁸⁶ Cfr. E.R. HIGONNET, *Restructuring hybrid courts: local empowerment and national criminal justice reform*, in *Arizona journal of international and comparative law*, 2006, p. 412: ad esempio, il procuratore capo per la Corte speciale della Sierra Leone, David Crane, ha ricevuto diverse minacce di morte e appare ora in pubblico soltanto scortato; R. WINTER, *The special court of Sierra Leone*, in M. CHERIF BASSIOUNI, *The pursuit of international criminal justice: a world study on conflicts, victimization, and post-conflict justice*, Oxford 2010, p. 156, dove si aggiunge che ad essere pregiudicata è altresì l'imparzialità dei giudici, i quali sono sovente a loro volta testimoni dei crimini, quando non addirittura coinvolti nel conflitto in veste di perpetratori.

³⁸⁷ J.E. ALVAREZ, *Crimes of States/crimes of hate: lessons from Rwanda*, in *Yale journal of international law*, 1999, cit. p. 370: «*Local participation in hybrid tribunals can thus open the door to sham trials by insincere regimes implicated in the very atrocities adjudicated*».

³⁸⁸ Il capitolo settimo della Carta delle Nazioni Unite regola l'azione del Consiglio di sicurezza nei casi di minaccia o rottura della pace e di atti d'aggressione, ed è consultabile all'url www.un.org/en/documents/charter/chapter7.shtml. In realtà, il Consiglio di sicurezza potrebbe istituire Tribunali ibridi; ciononostante, non ha ancora dimostrato di voler agire in tal senso.

soluzione ipotizzabile è l'impiego del giudizio *in absentia*, caro alla tradizione di *civil law*: la contumacia dell'imputato non impedisce la prosecuzione del processo se la sua assenza è consapevole, volontaria ed immotivata; ossia, ogni qual volta egli si sia di proposito sottratto al giudizio.³⁸⁹

Secondariamente, una possibile conseguenza dell'applicazione contestuale del diritto interno dello Stato ospitante e del diritto penale internazionale è la frammentazione di quest'ultimo. La portata ed il significato universale dei crimini internazionali è pregiudicata dall'applicazione differenziata del diritto a livello regionale: taluni responsabili potrebbero evitare la condanna sulla base di variazioni locali nella definizione del crimine; gli stessi giudici potrebbero "rimodellare" il diritto internazionale in modo da scongiurare l'incriminazione di alcuni carnefici.³⁹⁰

Cionondimeno, è importante evidenziare che i Tribunali ibridi rappresentano un'opportunità importante per sopperire a talune carenze della giurisdizione della Corte penale internazionale.³⁹¹ Questo per almeno due ordini di ragioni: la competenza dell'ICC è limitata ai crimini commessi dopo l'entrata in vigore dello Statuto di Roma nel corso dell'anno 2002 e nel territorio o da parte di un cittadino di uno dei Paesi firmatari; in ossequio al principio di complementarità, poi, la Corte ha giurisdizione soltanto qualora

³⁸⁹ In Italia, l'istituto è regolato dall'art. 420 *quater* c.p.p., il quale prevede che «se l'imputato, libero o detenuto, non compare all'udienza e non ricorrono le condizioni indicate negli artt. 420 comma 1, 420 *bis* e 420 *ter* commi 1 e 2, il giudice, sentite le parti, ne dichiara la contumacia». Gli ordinamenti di *common law*, viceversa, tendono ad escludere l'ammissibilità del processo in contumacia, fatta eccezione soltanto per alcuni reati di minore gravità. La Corte europea, da parte sua, ha più volte censurato l'Italia per via dell'assenza di un sistema normativo adeguato ed in grado di assicurare il diritto dell'imputato alla piena partecipazione al processo penale. Nonostante la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 4 novembre 1950 non menzioni espressamente tale diritto, tuttavia all'art. 6 è precisato che all'accusato sono riconosciuti diritti che egli è in grado di esercitare solo attraverso la partecipazione personale all'udienza. La situazione è dunque delicata e controversa. Così, ad esempio il compromesso delle *Rules of procedure and evidence* della Corte speciale per la Sierra Leone è stato di ammettere sulla base dell'art. 60 il processo *in absentia*, a condizione tuttavia che l'imputato si presenti alla prima udienza e successivamente rinunci espressamente al proprio diritto di partecipazione al giudizio.

³⁹⁰ W. BURKE-WHITE, *Regionalization of international criminal law enforcement: a preliminary exploration*, in *Texas international law journal*, 2003, p. 756. Cfr. T. BUERGENTHAL, *Proliferation of international courts and tribunals: is it good or bad?*, in *Leiden journal of international law*, 2001, p. 267 ss., dove è descritta la situazione di caos che è ragionevole attendersi dall'applicazione decentrata a livello locale del diritto penale internazionale.

³⁹¹ E.R. HIGONNET, *Restructuring hybrid courts: local empowerment and national criminal justice reform*, in *Arizona journal of international and comparative law*, 2006, p. 430.

i tribunali nazionali siano inerti od incapaci di provvedere alla persecuzione dei responsabili.³⁹²

Interessa qui rimarcare che le normative dei Tribunali misti ammettono la possibilità per l'imputato di confessare la propria responsabilità e, frequentemente, di negoziare un trattamento sanzionatorio più indulgente con la pubblica accusa.³⁹³ La disciplina è riprodotta pressoché identicamente dalle *Rules of procedure and evidence* delle diverse corti. Come già per gli statuti dei Tribunali *ad hoc* e della Corte penale internazionale, è manifesta l'influenza dei sistemi giuridici di *common law* ed in particolare americano, la cui undicesima regola federale in materia di procedura penale prevede che nel corso dell'udienza preliminare all'imputato sia domandato di prender posizione circa l'ipotesi della sua colpevolezza.³⁹⁴

Così, anche nel corso dei giudizi di fronte ai Tribunali ibridi, l'imputato è convocato al più presto dinanzi al giudice al fine di dichiararsi colpevole o, viceversa, innocente rispetto ad ogni capo d'imputazione. Al giudice è demandato di verificare contestualmente che i diritti dell'imputato non siano stati in alcun modo violati: egli deve assicurarsi, in altre parole, che all'accusato sia stata garantita assistenza legale e che le accuse formulate dal pubblico ministero gli siano state lette in una lingua da lui parlata e compresa.

In aggiunta, alcuni requisiti condizionano l'ammissibilità della confessione di colpevolezza: questa deve risultare libera e volontaria, informata e consapevole, inequivoca; deve fondarsi, inoltre, su indizi risultanti da fonti di prova o dall'accordo tra le parti ed idonei a provare il crimine o la partecipazione dell'imputato al crimine medesimo.

Nei casi di *plea agreement*, ovvero qualora l'ammissione di colpevolezza rientri tra i termini della negoziazione con la pubblica accusa, il contenuto dell'accordo raggiunto deve essere esposto alla Camera, la quale non ne rimane comunque mai vincolata. Al contrario, il giudice può respingere il

³⁹² Cfr. E.R. HIGONNET, *Restructuring hybrid courts: local empowerment and national criminal justice reform*, in *Arizona journal of international and comparative law*, 2006, p. 432. Così, sono ipotizzabili forme di cooperazione fra Tribunali misti e Corte penale internazionale: i primi, ad esempio, potrebbero essere incaricati di perseguire i responsabili di basso rango, che perpetrarono il crimine in veste di subordinati e meri esecutori; la Corte, invece, potrebbe concentrarsi sulle alte cariche istituzionali, vale a dire, sovente, gli organizzatori ed i pianificatori del crimine.

³⁹³ Cfr. come esempio gli artt. 57-58 delle *Rules of procedure and evidence* dell'alto Tribunale iracheno e gli artt. 99-100 delle *Rules* del Tribunale speciale per il Libano: entrambe le normative prevedono sia l'istituto del *guilty plea* che quello del *plea agreement* con il pubblico ministero. Invece, le *Rules* della Corte speciale per la Sierra Leone consentono esplicitamente agli artt. 61-62 soltanto l'ammissione di colpevolezza da parte dell'accusato, e non altresì le procedure di negoziazione.

³⁹⁴ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 89 ss.

patto ed ordinare che si proceda secondo il rito ordinario se il suo contenuto è stimato illecito e dunque contrario alle previsioni di legge.³⁹⁵

Nonostante queste previsioni, l'ammissione di colpevolezza ed il "patteggiamento" sono stati strumenti assai scarsamente utilizzati nei giudizi davanti ai Tribunali ibridi, con l'eccezione notevole degli *Special panels* a Timor est. Qui, circa la metà degli imputati si è dichiarato colpevole: in proporzione, si tratta di una percentuale addirittura più alta di quella calcolata relativamente ai giudizi presso i Tribunali *ad hoc*.³⁹⁶

La peculiarità del caso è che non fu la prospettiva dello sconto sanzionatorio a spronare gli imputati ad ammettere le proprie responsabilità, bensì una serie di fattori socio-culturali non solo non condivisi, ma neppure comprensibili dalla cultura occidentale. Anzi, la maggior parte di questi imputati avrebbe confessato a prescindere dalla promessa di trattamenti sanzionatori benevoli, non fosse stata per l'insistenza dei rispettivi avvocati: nella mentalità locale, era necessario rispettare e seguire alcuni costumi e rituali al fine di mantenere una buona relazione con gli avi e dunque evitarne reazioni funeste.³⁹⁷ Il crimine rappresentava la rottura dell'equilibrio di questo sistema di relazioni.

Di conseguenza, la reazione appropriata era la restaurazione del c.d. *status quo ante bellum*: la tradizione demandava al responsabile, allo scopo di garantire pace duratura all'intera comunità, di riconoscere pubblicamente la propria colpevolezza, porgere le proprie scuse alle vittime, ottenerne il perdono e risarcire il danno arrecato a loro ed alle rispettive famiglie.³⁹⁸ Chi

³⁹⁵ A titolo esemplificativo, cfr. art. 58 delle *Rules of procedure and evidence* dell'alto Tribunale iracheno: ai fini della valutazione dell'ammissibilità dell'accordo tra accusa e difesa, il giudice è anzitutto tenuto a verificare che l'imputato abbia compreso i termini della negoziazione. Avendo riguardo propriamente al contenuto del patto, l'imputato può impegnarsi ad ammettere la propria colpevolezza relativamente ad alcuni o tutti i capi di imputazione formulati nei suoi confronti, a provvedere alla restituzione o riparazione a favore della vittima, a testimoniare nei processi di altri coimputati. La pubblica accusa, da parte sua, può suggerire alla Camera di far cadere uno o più capi d'imputazione, raccomandare una data sentenza per i reati rispetto ai quali l'imputato abbia confessato la propria responsabilità. Nell'ipotesi che si tratti di un crimine punibile con la pena di morte, la Corte può decidere di ridurre la pena all'ergastolo oppure, in alternativa, di rifiutare l'accordo e procedere con il giudizio ordinario.

³⁹⁶ N. COMBS, *Procuring guilty pleas for international crimes: the limited influence of sentencing discounts*, in *Vanderbilt law review*, 2006, p. 127-128.

³⁹⁷ D. MEARN, *Looking both ways: model for justice in East Timor*, in *Australian legal resources international publications*, 2002, cit. p. 44: «*The East Timorese would be afraid not to follow their customs, as it could prove very dangerous to them and their families not to do so. The idea that mystical sanctions are likely to be imposed by the ancestors or the spirits remains a very strong force*».

³⁹⁸ N. COMBS, *Procuring guilty pleas for international crimes: the limited influence of sentencing discounts*, in *Vanderbilt law review*, 2006, p. 130 ss. Con riferimento alla

commetteva il fatto di reato sapeva, in altre parole, che non sarebbe stato riaccolto dalla comunità finché non si fosse riconciliato con la vittima. In questo scenario, non era certo la promessa dello sconto sanzionatorio che esortava a dichiarare la propria colpevolezza; anzi, l'incarcerazione era una forma della punizione dovuta giacché meritata.³⁹⁹

Accanto a questa esperienza straordinaria, l'esistenza dell'istituto della confessione e della negoziazione processuale è stata pressoché ignorata dagli imputati presso i Tribunali misti. Eppure, vale la pena auspicarne un utilizzo più diffuso, a condizione che siano garantiti i diritti delle parti, vale a dire, segnatamente, dell'imputato e della vittima. Specialmente, come visto a proposito dell'opportunità di utilizzo del *plea bargaining* nei procedimenti davanti alla Corte penale internazionale, la diffusione dell'istituto è da incentivare qualora sia capace di contribuire allo sviluppo delle complesse indagini internazionali, attraverso l'assunzione degli indizi e dei fatti rivelati dal reo confesso; qualora, inoltre, agevoli efficacemente il processo di riconciliazione personale e nazionale, per mezzo delle espressioni di rimorso dell'imputato.⁴⁰⁰

In conclusione, la seconda generazione di Tribunali penali internazionali parrebbe da promuovere, giacché la loro vicinanza alla popolazione afflitta incentiva la partecipazione della comunità afflitta alla definizione del giudizio e, conseguentemente, favorendo l'incontro ed il dialogo tra le parti, giova alla riconciliazione.⁴⁰¹ Oltre a ciò, si tratterebbe di un'esperienza utile a favorire lo sviluppo delle istituzioni locali, nonché la promozione dei diritti umani fondamentali.

popolazione della Timor est, si dice che l'alta moralità consentiva loro di comprendere spontaneamente quali azioni fossero da biasimare e che alla commissione di azioni biasimevoli conseguisse naturalmente la punizione.

³⁹⁹ N. COMBS, *Procuring guilty pleas for international crimes: the limited influence of sentencing discounts*, in *Vanderbilt law review*, 2006, p. 132: l'incarcerazione era percepita come una sanzione tutto sommato mite, dal momento che al detenuto erano assicurati un'abitazione e del cibo e che, in talune ipotesi, l'espiazione della pena detentiva gli permetteva di sottrarsi al risarcimento dovuto alla vittima. Tuttavia, anche dietro insistenza degli avvocati difensori, sconti sanzionatori furono accordati a diversi imputati che si erano previamente dichiarati colpevoli. Cfr., come esempio, *Prosecutor v. Fernandes, Special panel for serious crimes*, Case 01/00, 25 gennaio 2001: il *guilty plea* è stato valutato circostanza attenuante e l'imputato condannato a 12 anni di reclusione per l'omicidio perpetrato.

⁴⁰⁰ Per una trattazione più approfondita dell'argomento, cfr. *supra*, par. 2.2.1.

⁴⁰¹ A. KOHEN - M. ZANCHELLI - L. DRAKE, *Personal and political reconciliation in post-genocide Rwanda*, in *Social Justice Research*, 2011, p. 88. Cfr. H. ZEHR, *The little book of restorative justice*, Intercourse 2002, p. 27 ss. La partecipazione delle parti e, soprattutto, dei responsabili e delle vittime è requisito altresì delle forme della giustizia riparativa: l'obiettivo è «to address harm and causes», ossia di riparare, nei limiti del possibile, il dolore ed il danno arrecati alla vittima ed alla comunità afflitta, nonché di spiegare le cause del crimine.

Questo è vero almeno in linea prettamente teorica. Al contempo, non è irragionevole che nella pratica gli ostacoli al raggiungimento di tali obiettivi di rappacificazione e progresso siano ardui da sormontare. Soprattutto, lo sviluppo delle infrastrutture del Paese ospitante dovrà fare i conti con i deterioramenti conseguenti al conflitto e con le lotte di potere intestine. Affinché la ricostruzione sia al più verosimile sarà quindi necessario perlomeno prevedere adeguati corsi di formazione del personale locale incaricato di contribuire al lavoro dei Tribunali, considerato che sovente giudici, avvocati, investigatori mancheranno dell'esperienza necessaria.⁴⁰²

A sua volta, poi, la riconciliazione è pregiudicata se la popolazione percepisce forme di favoritismo nei confronti dei membri di un gruppo, sovente quello a capo del regime.

Esiste, dunque, ancora un netto divario tra teoria e pratica: dei punti di forza dei Tribunali misti potrà giovare soltanto se siano soddisfatte alcune condizioni, *in primis* d'indipendenza ed imparzialità. Soltanto in questa ipotesi, vale a dire quando sia scongiurato il rischio della faziosità e soggezione del pubblico ministero, il ricorso allo strumento della negoziazione sarà non solo incoraggiabile, ma altresì plausibile.

3.3.1. La Corte speciale per la Sierra Leone

Il caso della Sierra Leone è peculiare, giacché è esempio della convivenza tra un Tribunale misto ed una Commissione per la verità e la riconciliazione. Con l'accordo di pace di Lomé del 7 luglio 1999 il governo sierraleonese ed il movimento del Fronte rivoluzionario unito conclusero una guerra civile durata circa otto anni, garantendo l'amnistia a tutti i combattenti ed istituendo una Commissione al fine di facilitare il processo di riconciliazione.⁴⁰³

⁴⁰² E.R. HIGONNET, *Restructuring hybrid courts: local empowerment and national criminal justice reform*, in *Arizona journal of international and comparative law*, 2006, p. 413. E' questa una condizione necessaria affinché il cambiamento nel Paese ospitante sia a lungo termine.

⁴⁰³ W. SCHABAS, *The relationship between truth Commissions and international Courts: the case of Sierra Leone*, in *Human rights quarterly*, 2003, p. 1035. L'accordo ottenne un ampio supporto da parte della comunità internazionale: non solo delle Nazioni Unite e dell'organizzazione intergovernativa del *Commonwealth*, ma anche di alcuni Paesi quali Stati Uniti, Gran Bretagna e Libia. Sul conflitto in Sierra Leone, cfr. W. SCHABAS, *The UN international tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge 2006, p. 34: la Sierra Leone è stata colonia britannica governata da una successione di despoti corrotti fino al momento della ribellione nell'anno 1991.

Le Nazioni Unite, tuttavia, formularono una riserva relativa alla previsione dell'amnistia, insistendo che la sua concessione fosse inammissibile nei casi di commissione di crimini di guerra e contro l'umanità.⁴⁰⁴ Così, quando nel corso del mese di maggio 2000 riprese il conflitto, le autorità governative della Sierra Leone demandarono alle Nazioni Unite di istituire un Tribunale ibrido: soltanto due anni dopo fu raggiunto un accordo, noto come *Special Court agreement act 2002*. Dunque, la Corte speciale per la Sierra Leone ha affiancato la Commissione per la verità e la riconciliazione.

E' interessante indagare la coesistenza di queste due istituzioni. Le Nazioni Unite hanno chiarito che è necessario assicurarsi che esse operino in maniera complementare, supportandosi reciprocamente e rispettando le rispettive funzioni.⁴⁰⁵ Anzitutto, sono entrambe istituzioni "miste", in cui i caratteri nazionali ed internazionali convivono: nonostante la Commissione per la verità e la riconciliazione sia stata creata dal governo sierraleonese, anche il Segretario generale delle Nazioni Unite e l'alto Commissario per i diritti umani parteciparono ai lavori.

Cionondimeno, le funzioni differiscono significativamente: la Commissione è uno spazio riservato alle vittime ed ai carnefici, i quali hanno l'occasione di confessare la propria colpa; si tratta di un processo di catarsi fondato sulla ricostruzione della verità storica, sull'ascolto e, in talune ipotesi, sulla compensazione a favore delle vittime.⁴⁰⁶ Diversamente, la missione della Corte speciale è essenzialmente punitiva: ossia, impedire l'impunità dei responsabili dei crimini commessi nel territorio della Sierra Leone a partire dal mese di novembre 1996.⁴⁰⁷

⁴⁰⁴ Cfr. R. WINTER, *The special court of Sierra Leone*, in M. CHERIF BASSIOUNI, *The pursuit of international criminal justice: a world study on conflicts, victimization, and post-conflict justice*, Oxford 2010, p. 155, dove del resto è messa in evidenza l'assenza in Sierra Leone di una legislazione che punisca i crimini di guerra e contro l'umanità. Soltanto i c.d. «*underlying acts*», come l'omicidio o lo stupro, sono perseguiti come crimini ordinari.

⁴⁰⁵ W. SCHABAS, *The relationship between truth Commissions and international Courts: the case of Sierra Leone*, in *Human rights quarterly*, 2003, p. 1038. Il vescovo e presidente della Commissione per la verità e la riconciliazione, Joseph Humper, ha così descritto la missione delle due istituzioni: «*As going to the promised land, but by different roads*».

⁴⁰⁶ La Commissione, in realtà, non possiede risorse proprie da destinare alle vittime; tuttavia, può formulare raccomandazioni al Fondo speciale per le vittime di guerra, istituito sulla base dell'accordo di pace di Lomé.

⁴⁰⁷ Art. 1 dell'accordo tra le Nazioni Unite ed il governo della Sierra Leone del 16 gennaio 2002, consultabile all'url www.sc-sl.org/DOCUMENTS/tabid/176/Default.aspx. Sulla competenza *ratione materiae* del Tribunale misto, cfr. art. 1 dello Statuto, dove sono elencati i seguenti crimini, che devono essere commessi come parte di un attacco diffuso o sistematico contro la popolazione civile: omicidio; sterminio; riduzione in condizioni di schiavitù; deportazione; imprigionamento; tortura; violenza sessuale; persecuzione su basi politiche, razziali, etniche o religiose; altri atti inumani.

In un certo senso, il Tribunale ibrido è una risposta alla soluzione dell'amnistia elaborata dall'accordo di pace di Lomé, che esclude la giurisdizione delle corti nazionali sierraleonesi per i reati commessi nel corso della guerra civile. Rispetto ai crimini commessi dopo il 7 luglio 1999, ossia dopo la conclusione dell'accordo di pace, il Tribunale ibrido e le corti nazionali hanno perciò giurisdizione concorrente: al Tribunale è consentito di richiedere alle corti nazionali la sospensione di un procedimento qualora ritenga opportuno che questo sia giudicato anche alla luce del diritto internazionale. D'altro canto, è ragionevole prevedere che il Tribunale concentri le sue scarse risorse nella risoluzione dei casi antecedenti al termine del conflitto ed alla conclusione dell'accordo di pace e dunque coperti dall'amnistia.⁴⁰⁸

Diversi furono i tentativi di regolare i rapporti tra le due istituzioni: tra questi, spiccano quelli dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani e di altre organizzazioni non governative. La relazione fu descritta essenzialmente in termini di cooperazione e complementarità. Tuttavia, uno degli aspetti più delicati e controversi fu trascurato, ossia la possibilità di utilizzare il materiale incriminante assunto presso la Commissione nei processi dinanzi alla Corte speciale.⁴⁰⁹

Ben presto, tuttavia, la Commissione prese posizione a riguardo, garantendo che le testimonianze rese sarebbero rimaste confidenziali: molti, del resto, avevano manifestato la volontà di collaborare con la Commissione soltanto a patto che le informazioni fornite non potessero essere utilizzate in giudizio; vale a dire, nel caso dell'imputato, solo purché tali informazioni non gli si potessero ritorcere contro. La stessa Corte speciale, per voce del proprio procuratore David Crane, chiarì che per la ricostruzione del fatto di reato avrebbe attinto soltanto al proprio materiale ed alle proprie risorse. Da una parte, ciò giovava alla riconciliazione, assicurando alle vittime ed ai responsabili uno spazio in cui raccontare la propria storia, esponendo liberamente la propria percezione dei fatti.⁴¹⁰ Dall'altra, la garanzia di una

⁴⁰⁸ W. SCHABAS, *The relationship between truth Commissions and international Courts: the case of Sierra Leone*, in *Human rights quarterly*, 2003, p. 1041.

⁴⁰⁹ Per esempio, il *Policy paper* dell'Osservatorio dei diritti umani sulla relazione tra la Corte speciale in Sierra Leone e la Commissione per la verità e la riconciliazione del 18 aprile 2002 non menziona alcun diritto contro l'autoincriminazione e si limita a suggerire che l'utilizzo di una testimonianza autoincriminante resa presso la Commissione dinanzi al Tribunale misto possa giustificare l'irrogazione di una pena ridotta. La Carta è consultabile all'url www.hrw.org/news/2002/04/18/interrelationship-between-sierra-leone-special-court-and-truth-and-reconciliation-com.

⁴¹⁰ Cfr. E.R. HIGONNET, *Restructuring hybrid courts: local empowerment and national criminal justice reform*, in *Arizona journal of international and comparative law*, 2006, p. 387: anche il Tribunale misto, da parte sua, ha introdotto un programma sofisticato di protezione dei testimoni, che garantisce loro sicurezza, supporto ed assistenza medica e psicologica.

completa confidenzialità, laddove richiesta, pregiudicava lo scopo di questa missione, cui elemento imprescindibile è viceversa la pubblicità.⁴¹¹

Alla difesa dell'imputato presso il Tribunale ibrido è invece consentito di richiedere alla Commissione il materiale in suo possesso allo scopo di contestare la credibilità delle testimonianze a sfavore dell'accusato e, tra queste, soprattutto quelle della vittima del reato. In questa ipotesi, la dottrina ha suggerito che il testimone sia interrogato in presenza del solo giudice del Tribunale: qualora la testimonianza qui data combaci con quella precedentemente resa dinanzi alla Commissione, le informazioni fornite dal teste rimangono confidenziali e non sono rese note neppure al pubblico ministero ed all'imputato; in caso contrario, il giudice è tenuto ad ammettere l'assunzione della prova in giudizio ed a consentire che il testimone sia esaminato dalle parti.⁴¹²

La questione della natura "mista" di questa seconda generazione di Tribunali penali internazionali è spinosa: il coinvolgimento delle realtà politiche e sociali colpite da violazioni di massa del diritto internazionale può essere, come detto, problematica.⁴¹³ Segnatamente, a seconda della natura locale od internazionale del crimine perseguito, gli elementi della fattispecie da provare risulteranno rispettivamente dalle regole di diritto processuale penale nazionale oppure dalle Regole di procedura e prova dello Statuto del Tribunale: questo solleva evidentemente la questione della

⁴¹¹ W. SCHABAS, *The relationship between truth Commissions and international Courts: the case of Sierra Leone*, in *Human rights quarterly*, 2003, p. 1050. Oltretutto, la gran parte degli imputati fu ulteriormente rassicurata quando emerse che il mandato del Tribunale misto si sarebbe concentrato prevalentemente sugli alti responsabili dei crimini, ossia i c.d. *big fishes*. Accadde poi qualcosa di bizzarro: alcuni imputati condannati dal Tribunale manifestarono comunque la volontà di testimoniare dinanzi alla Commissione; il Tribunale, tuttavia, si oppose. A proposito della focalizzazione dell'attività del Tribunale ibrido sugli imputati che rivestirono alte cariche istituzionali e ruoli di leadership, cfr. F. DE SANCTIS, *La Special Court per la Sierra Leone: un esempio di tribunale penale "internazionalizzato"*, in *Diritto penale e processo*, 2002, p. 772, dove l'autore ricorda che proprio il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite insistette affinché dalla formula dello Statuto del Tribunale si evincesse questo dato; R. WINTER, *The special court of Sierra Leone*, in M. CHERIF BASSIOUNI, *The pursuit of international criminal justice: a world study on conflicts, victimization, and post-conflict justice*, Oxford 2010, p. 157, quando l'autore rimarca che la persecuzione dei *leaders* consente di rimuoverli definitivamente dalle posizioni di potere che, in talune ipotesi, essi ancora ricoprono nelle situazioni *post* conflitto, giovando alla riconciliazione. A proposito, cfr. anche art. 1 dello Statuto del Tribunale misto per la Sierra Leone, in cui si dice che l'obiettivo è «*to prosecute persons who bear the greatest responsibility for serious violations of international humanitarian law and Sierra Leonean law*».

⁴¹² W. SCHABAS, *The relationship between truth Commissions and international Courts: the case of Sierra Leone*, in *Human rights quarterly*, 2003, p. 1054.

⁴¹³ Cfr. *supra*, par. 3.3.

compatibilità dei due sistemi giuridici. Un possibile conflitto potrà determinarsi, inoltre, rispetto alle leggi nazionali ed ai principi fondamentali di tutela dei diritti umani.⁴¹⁴

Ciononostante, la convivenza del Tribunale ibrido e della Commissione per la verità e la riconciliazione ha avuto complessivamente esito positivo. Le vittime sono escluse dal giudizio, ma è loro riservato un *forum* per il dialogo presso la Commissione. Così, è tutelata anzitutto la loro volontà, sicché esse decidono liberamente se partecipare al processo di riconciliazione con i carnefici; quando decidano di parteciparvi, sono ascoltate e possono instaurare con i responsabili quel dialogo che consente di accedere alla verità storica. Come nel caso della Commissione sudafricana, la vittima non partecipa al giudizio, bensì ad un procedimento parallelo. Eppure, non rinunciando la Corte speciale alle sanzioni punitive, la sensazione generale è che, al contempo, giustizia sia stata fatta.

Parrebbe, dunque, una via adeguata alla ricerca del giusto equilibrio tra il dovere in capo alla comunità internazionale di reprimere le gravi violazioni del diritto internazionale umanitario e l'esigenza di non escludere le realtà locali dall'esercizio del potere giurisdizionale a discapito della sovranità nazionale.⁴¹⁵

3.3.2. L'alto Tribunale iracheno

In origine, il 10 dicembre 2003 un'ordinanza dell'Autorità transitoria di governo, considerata sotto il controllo diretto degli Stati Uniti, ha istituito

⁴¹⁴ F. DE SANCTIS, *La Special Court per la Sierra Leone: un esempio di tribunale penale "internazionalizzato"*, in *Diritto penale e processo*, 2002, p. 776. Esiste un ostacolo ulteriore di natura finanziaria; a proposito, cfr. E.R. HIGONNET, *Restructuring hybrid courts: local empowerment and national criminal justice reform*, in *Arizona journal of international and comparative law*, 2006, p. 389. Qui si evidenzia che la Corte speciale sierraleonese è finanziariamente instabile: inizialmente poté contare sui soli contributi volontari esterni; successivamente, è stata assistita dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, che ha garantito fondi fino a 33 milioni di dollari. Questi, tuttavia, si sono rivelati insufficienti a completare i lavori.

⁴¹⁵ F. DE SANCTIS, *La Special Court per la Sierra Leone: un esempio di tribunale penale "internazionalizzato"*, in *Diritto penale e processo*, 2002, cit. p. 776. Cfr. R. WINTER, *The special court of Sierra Leone*, in M. CHERIF BASSIOUNI, *The pursuit of international criminal justice: a world study on conflicts, victimization, and post-conflict justice*, Oxford 2010, cit. p. 161: «*Revenge will always open the door for the next cycle of atrocities and then of another cycle of revenge. We can do justice. We have two tools to do so: punishment and reconciliation. Neither the first nor the second, taken alone, will bring lasting peace. Only the combination of both, punishment for those who do not confess and do not feel guilty for the crimes they have committed and reconciliation between victims and those offenders who seek forgiveness will provide the basis for a really lasting peace*».

l'Iraqi special Tribunal. Essa ha provveduto alla promulgazione dello Statuto del Tribunale, il quale successivamente, nel mese di agosto 2005, è stato revocato dal Parlamento provvisorio iracheno e sostituito attraverso lo strumento della legge ordinaria con uno Statuto emendato che ha rinominato il Tribunale *Iraqi high Tribunal*.⁴¹⁶ La peculiarità, in questo caso, attiene alla natura dell'istituzione: si tratta di un organo giurisdizionale c.d. "internazionalizzato", giacché formalmente di diritto interno, eppure *sui generis* perché inizialmente istituito da una potenza occupante.⁴¹⁷ Più precisamente, presso l'alto Tribunale iracheno trova applicazione il diritto procedurale penale iracheno, i giudici possiedono tutti la nazionalità irachena e così gli avvocati posti a capo della difesa degli imputati; la sede è a Baghdad e la lingua di lavoro l'arabo. Al contempo, tuttavia, lo Statuto ricalca nell'impianto complessivo le normative dei Tribunali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia ed il Ruanda, nonché il *corpus iuris* della Corte penale internazionale.⁴¹⁸ Inoltre, almeno teoricamente, è garantita un'ampia assistenza al Tribunale da parte della comunità internazionale: lo Statuto emendato, nonostante non consenta più ai giudici di nazionalità straniera di sedere presso la Corte, accoglie gli esperti internazionali che vogliono affiancare il giudice con funzioni di tipo consultivo. Il tallone d'Achille del Tribunale è sicuramente la sua collocazione all'interno del territorio iracheno, dove la situazione *post* conflitto è ancora altamente

⁴¹⁶ Si noti, peraltro, che l'inosservanza di alcuni requisiti procedurali ha reso necessaria l'approvazione di una nuova legge, previa consultazione dell'organo consultivo noto come *Majlis shura al-dawula*.

⁴¹⁷ C. PONTI, *Il processo e la condanna a morte di Saddam Hussein alla luce del diritto internazionale*, in *Diritto penale e processo*, 2007, p. 543. Cfr. S. ZAPPALÀ, *The Iraqi special Tribunal's draft Rules of procedure and evidence*, in *Journal of international criminal justice*, 2004, p. 857, dove si dice che la normativa del Tribunale iracheno è un compromesso fra tensioni contrapposte: la tensione fra la natura nazionale ed internazionale, la tensione tra il modello inquisitorio e quello accusatorio, soprattutto per quanto concerne il ruolo dell'*investigative judge*; M. DONINI, *La condanna a morte di Saddam Hussein. Riflessioni sul divieto di pena capitale e sulla "necessaria sproporzione" della pena nelle gross violations*, in *Cassazione penale*, 2007, p. 11: l'autore rimarca che rispetto ai crimini commessi sul suolo iracheno era da escludersi la competenza della Corte penale internazionale, sia per la mancata sottoscrizione del Trattato da parte dell'Iraq sia per il divieto di retroattività che il Trattato stesso introduce.

⁴¹⁸ G. DELLA MORTE, *Osservatorio dei Tribunali penali internazionali*, in *Diritto penale e processo*, 2004, p. 389.

instabile.⁴¹⁹ Così, la ricerca e l'assunzione della prova sono complicate dalla paura e conseguente riluttanza dei testimoni a partecipare al processo; la sicurezza dello stesso personale della Corte è sovente messo a repentaglio e già tre avvocati difensori, due giudici e la famiglia di un terzo sono stati uccisi.⁴²⁰ Questo spiega gran parte del criticismo diffuso nei confronti del Tribunale iracheno: la tendenziosità dei giudici, i quali sono talvolta sostenitori del regime previgente o testimoni del conflitto; la violazione di alcuni diritti fondamentali dell'imputato; l'assenza di un programma di protezione testimoni adeguato.

La credibilità del Tribunale, in aggiunta, è stata pregiudicata sin dall'inizio dal mancato coinvolgimento di organi delle Nazioni Unite, segnatamente nella scelta dei giudici, e dall'assenza di giudici di provenienza internazionale.⁴²¹ Nonostante le previsioni, il contributo degli esperti internazionali è stato davvero minimo: due soltanto hanno assistito la Corte. Le soluzioni alternative, d'altro canto, non parevano praticabili. La creazione di un altro Tribunale *ad hoc* era improbabile: le Nazioni Unite non avrebbero mai supportato l'istituzione di un organo giurisdizionale competente ad irrogare la pena di morte, ammessa dal diritto iracheno. Anzi, le Nazioni Unite proibirono espressamente al proprio personale, inclusi giudici e

⁴¹⁹ La sistemazione *in situ* dei Tribunali ibridi, infatti, stimola la partecipazione della popolazione e giova alla riconciliazione nazionale a patto che le istituzioni locali siano efficienti e garantiscano imparzialità ed indipendenza; cfr. a riguardo *supra*, par. 3.3. Sulla natura del conflitto, cfr. E.R. HIGONNET, *Restructuring hybrid courts: local empowerment and national criminal justice reform*, in *Arizona journal of international and comparative law*, 2006, p. 399: durante la sua dittatura, Saddam Hussein uccise approssimativamente 180000 curdi e distrutto 450 villaggi e città; ha ordinato il trasferimento forzato di circa 900000 persone, sovente verso capi di lavoro; ha trascinato il proprio Paese nella guerra irano-irachena, che ha causato la morte di più di 500000 persone. L'Iraq è stato infine occupato dalle forze statunitensi ed inglesi nel 2003.

⁴²⁰ S. DE BERTODANO, *Were there more acceptable alternatives to the Iraqi high Tribunal?*, in *Journal of international criminal justice*, 2007, cit. p. 296: «*The picture that emerges is of an institution struggling with all aspects of conducting these legally and factually complicated trials, and also beset by external problems*».

⁴²¹ C. PONTI, *Il processo e la condanna a morte di Saddam Hussein alla luce del diritto internazionale*, in *Diritto penale e processo*, 2007, p. 543.

pubblici ministeri di altri tribunali internazionali, di fornire qualsiasi forma di assistenza alle autorità irachene.⁴²²

Oltre a ciò, il veto statunitense rispetto alle decisioni elaborate dal Consiglio di sicurezza chiudeva definitivamente le porte a questa possibilità: gli Stati Uniti, difatti, erano restii a supportare qualsiasi soluzione diversa dalla creazione di una corte prettamente interna. Per le stesse ragioni, altrettanto complessa sarebbe stata l'istituzione di un Tribunale ibrido mediante trattato internazionale, come avvenuto nel caso della Sierra Leone. Eppure, diversi sarebbero stati i vantaggi: la riconosciuta legittimità del Tribunale istituito sulla base di un accordo con il governo nazionale; la collaborazione reale di esperti internazionali e giuristi interni; il budget formato dai contributi volontari dei donatori. L'unica vera difficoltà, già sperimentata dalla Sierra Leone, sarebbe derivata dalla sistemazione *in situ*, che complica soprattutto la persecuzione delle cariche politiche responsabili del conflitto.⁴²³

L'impressione è allora che la natura mista del Tribunale iracheno sia una scelta di facciata: il ruolo della comunità internazionale in relazione alla sua organizzazione e al suo funzionamento è pressoché inesistente ed il richiamo alle norme ed ai principi del diritto internazionale sembra piuttosto strumentale.

Segnatamente, tale richiamo pare finalizzato a perseguire la condanna di Saddam Hussein: così il Tribunale supera le obiezioni di violazione del principio di irretroattività e di legalità della pena sollevate dalla difesa.⁴²⁴

⁴²² S. DE BERTODANO, *Were there more acceptable alternatives to the Iraqi high Tribunal?*, in *Journal of international criminal justice*, 2007, p. 297. In generale, non era percepibile nella comunità internazionale alcun entusiasmo rispetto all'eventualità di istituire un terzo Tribunale *ad hoc*. A proposito della pena di morte, cfr. G. DELLA MORTE, *Osservatorio dei Tribunali penali internazionali*, in *Diritto penale e processo*, 2004, p. 391: la presenza, tra le sanzioni irrogabili, della pena di morte allontana gli attori privati ed istituzionali di credo abolizionista e contribuisce alla percezione del giudizio come una vendetta, anziché un accertamento; C. PONTI, *Il processo e la condanna a morte di Saddam Hussein alla luce del diritto internazionale*, in *Diritto penale e processo*, 2007, p. 545, dove si evidenzia che la pena di morte non è espressamente vietata né dal diritto interno iracheno né dal diritto internazionale. Sotto il profilo interno, la possibilità di irrogare la pena di morte accordata dal codice penale iracheno è stata sospesa l'8 giugno 2003 con il *Coalition provisional authority order*, ma poi reintrodotta l'8 agosto 2004. Sotto il profilo, invece, del diritto internazionale, è rilevante che lo stesso Statuto della Corte penale internazionale non condizioni la partecipazione degli Stati all'assenza negli ordinamenti interni di previsioni che ammettano la pena capitale.

⁴²³ Per maggiori approfondimenti a proposito delle difficoltà derivanti dallo svolgimento del giudizio nel luogo del conflitto, cfr. *supra*, par. 3.3.

⁴²⁴ M. DONINI, *La condanna a morte di Saddam Hussein. Riflessioni sul divieto di pena capitale e sulla "necessaria sproporzione" della pena nelle gross violations*, in *Cassazione penale*, 2007, p. 7. «Se muoviamo dall'onesto riconoscimento della realtà storico-giuridica e della percezione dei crimini addebitabili a Saddam Hussein, dovremo convenire che l'ultimo pensiero

Nonostante Saddam Hussein sia stato condannato per atti che nel 1982 non costituivano reato ai sensi della legge irachena, il principio del *nullum crimen sine lege* sarebbe rispettato, giacché la fonte primaria del diritto internazionale è la consuetudine, la quale era esistente già al momento in cui la condotta fu posta in essere. Similmente, il principio della legalità della pena non sarebbe pregiudicato dall'assenza nello Statuto del Tribunale di una cornice edittale che indichi i minimi ed i massimi della pena; infatti, in relazione ai crimini internazionali è lasciata al giudice, interno od internazionale, ampia discrezionalità nella commisurazione della sanzione nel caso concreto.⁴²⁵

Lo Statuto del Tribunale iracheno, del resto, trae la propria "legittimazione" dall'Autorità provvisoria di governo instaurato dalle forze che hanno occupato il territorio dell'Iraq e dunque, *in primis*, dal governo degli Stati Uniti d'America. Non a caso, si tratta del Paese che da anni ha elaborato una vera e propria strategia avverso la Corte penale internazionale: ciò a dimostrazione del fatto che gli Stati Uniti sono disposti a supportare lo sviluppo del diritto penale internazionale soltanto *ex post* e *ad hoc*, ossia valutata l'insussistenza di alcun contrasto con i rispettivi interessi nazionali.⁴²⁶

Il rischio della scelta di un Tribunale ibrido o "internazionalizzato", dunque, è che la sua natura mista sia soltanto apparente: l'alto Tribunale iracheno è un esempio di modello di giustizia penale "imposto dai vincitori", più vicino ai Tribunali militari di Norimberga e Tokyo piuttosto che alle recenti giurisdizioni penali internazionali.

Si tratta, perciò, di un passo indietro rispetto alle ultime esperienze condotte in Sierra Leone: il Tribunale iracheno non sembra capace di realizzare uno dei suoi obiettivi fondamentali, vale a dire la riconciliazione della comunità irachena attraverso il diritto.⁴²⁷ Queste conseguenze sarebbero, forse, state

che poteva sorgere, leggendo la sentenza di primo grado, era che l'esecuzione inducesse anche profondi conoscitori della realtà internazionale a interpretare la condanna di Saddam Hussein come una manifestazione di vendetta da parte dei suoi avversari politici o degli Stati Uniti, o come una 'pietra miliare dell'odio'».

⁴²⁵ C. PONTI, *Il processo e la condanna a morte di Saddam Hussein alla luce del diritto internazionale*, in *Diritto penale e processo*, 2007, p. 544-545.

⁴²⁶ G. DELLA MORTE, *Osservatorio dei Tribunali penali internazionali*, in *Diritto penale e processo*, 2004, cit. p. 391. Proprio gli Stati Uniti, inoltre, si opposero anni prima alla possibilità di perseguire penalmente le azioni compiute dal regime di Saddam Hussein sulla popolazione curda, al solo scopo di non indebolire il fronte anti-iraniano nel corso del conflitto irano-iracheno.

⁴²⁷ C. PONTI, *Il processo e la condanna a morte di Saddam Hussein alla luce del diritto internazionale*, in *Diritto penale e processo*, 2007, p. 547. Alcuni autori hanno voluto comunque descrivere alcuni aspetti positivi dell'esperienza irachena. A tale proposito, cfr. M. SCHARF, *The iraqi high Tribunal. A viable experiment in international justice?*, in *Journal of*

evitate se fosse stato garantito un effettivo coinvolgimento della comunità internazionale e delle Nazioni Unite nel funzionamento del Tribunale.

3.4. Il compromesso della formula ibrida

Sommariamente, il modello sudafricano introduce una forma di “patteggiamento” che costringe alla corresponsione di un caro prezzo: lo scambio di informazioni utili alla ricostruzione della verità storica con l’ammnistia implica evidentemente la rinuncia alla missione punitiva, ossia alla repressione del crimine ed alla punizione del responsabile. Eppure, il Sudafrica ha raggiunto il proprio obiettivo, ottenendo il superamento dei meccanismi di segregazione razziale e la riconciliazione della comunità complessiva. La soluzione dell’ammnistia condizionata pare quindi abbia a suo modo funzionato: in tale scenario, è lecito porre in dubbio la necessità del trattamento punitivo.⁴²⁸

Diversamente, nelle Corti *gacaca* ruandesi la priorità è attribuita proprio alla lotta avverso l’impunità: addirittura, esiste una forma di *plea bargaining* all’americana che promette trattamenti sanzionatori più miti a chi confessi la propria responsabilità. Anche in questo caso il prezzo è altissimo, giacché la repressione del crimine giunge a violare alcuni diritti fondamentali, e della vittima, cui è coercitivamente imposto di contribuire attivamente alla ricostruzione della verità storica, e dell’accusato, il quale è sovente privo di rappresentanza legale ed incapace di delineare una strategia difensiva

international criminal justice, 2007, p. 259, dove l’autore evidenzia che la normativa del Tribunale rappresenta un tentativo lodevole di rispettare gli standard occidentali del giusto processo; ad esempio, riconoscendo all’imputato il diritto di contro esaminare i propri accusatori, come accaduto in almeno 39 occasioni durante il processo a Saddam Hussein.

⁴²⁸ Sul tema della necessità (o meno) della pena, cfr. *sub*, par. 4.3.1.

adeguata. Verosimilmente, la violazione di diritti fondamentali genera risentimento, pregiudicando così il processo di riconciliazione nazionale.⁴²⁹ In questo scenario, la formula ibrida è il compromesso. Alcune sue caratteristiche, come l'applicazione al contempo del diritto interno ed internazionale e la presenza di personale nazionale e straniero, consentono di superare le debolezze dei Tribunali *ad hoc* e di avvicinare la popolazione colpita dal conflitto all'attività della Corte. Lo scopo della rappacificazione, tuttavia, non si spinge a promettere l'impunità né a violare diritti fondamentali universalmente riconosciuti alle parti.⁴³⁰

Anzi, la repressione del crimine è assicurata altresì attraverso la previsione della procedura della negoziazione processuale, la quale, similmente a quanto accadeva dinanzi ai Tribunali *ad hoc*, esplica la funzione di strumento probatorio; non è strumento per la conclusione del rito, come invece accadeva nel Sudafrica *post apartheid*. Si tratta tuttavia di un istituto ancora malvisto e poco utilizzato presso i Tribunali ibridi, soprattutto quelli

⁴²⁹ Di recente, si è svolta in Ruanda una cerimonia di commemorazione per le vittime del genocidio in occasione del ventesimo anniversario dal termine del conflitto. Il *Corriere della Sera* di sabato 5 aprile 2014 ha riportato alcuni racconti dei superstiti, i quali testimoniano che la politica di riconciliazione ha «solo coperto, senza eliminarle, le forti tensioni che permangono nel Paese». Così Ngbaoy, un *ex* soldato Tutsi che ha perso un occhio e due braccia nel corso degli scontri del 1994: «Il governo sta facendo molto per riconciliare il nostro Paese, ma sarà un lavoro lungo, doloroso, e non è detto che andrà in porto. Stanno forzando un processo che deve essere naturale, spontaneo, con il rischio di soffocare tensioni latenti che, prima o poi, potrebbero venire alla luce. Il Ruanda è come una pentola a pressione, basta una scintilla di troppo per farlo esplodere». E ancora Angelique, a dimostrazione che la vittima ha sovente bisogno di una riconciliazione di tipo personale con il carnefice, anziché soltanto a livello nazionale: «Perdonare? Prima di perdonare qualcuno è necessario che quel qualcuno venga a chiedere perdono. Nessuno di quelli che hanno ucciso mio padre e mia madre mi ha mai chiesto perdono». Si tratta di persone che sono riuscite a salvarsi, ma ancora portano i segni di una delle stragi più violente che la storia abbia conosciuto, «persone che in un Paese rivolto verso il futuro, che tenta di dimenticare il passato per ricostruire una società unita, rimangono e rimarranno l'immagine di un passato terrificante che potrebbe sempre tornare». Neppure l'obiettivo della riconciliazione, dunque, può dirsi efficacemente raggiunto. L'articolo è consultabile all'url http://www.corriere.it/esteri/14_aprile_05/ruanda-1994-2014-dove-genocidio-ferita-aperta-72ce7d3c-bc9a-11e3-9071-cbdd0e551eac.shtml.

⁴³⁰ Cfr. M. DRUMBL, *Collective violence and individual punishment: the criminality of mass atrocity*, in *Northwestern university law review*, 2005, p. 579. La funzione punitiva non è del tutto soddisfatta nei tribunali internazionali, dal momento che essi devono sovente operare una selezione e perseguire, tra i responsabili, i *leaders* responsabili della pianificazione ed organizzazione del crimine; inoltre, le sanzioni sono di frequente più miti di quelle previste dalla maggior parte degli ordinamenti nazionali per il reato di omicidio. L'autore nota che hanno davvero supportato tale funzione, irrogando pene superiori quasi del doppio a quelle previste dal diritto interno, soltanto gli *Special panels* a Timor est, ossia un Tribunale ibrido.

che, come nel caso iracheno, applicano accanto al diritto internazionale un diritto interno d'ispirazione civilistica, nel quadro di un sistema di giustizia di tipo inquisitorio.⁴³¹ Deve, invece, promuoversi il suo utilizzo, seppur condizionato alla sussistenza di una serie di requisiti che garantiscano la tutela dei diritti delle parti e, segnatamente, della vittima, la quale rimarrebbe altrimenti esclusa.

Anche i Tribunali ibridi, d'altra parte, hanno mostrato primi segni di debolezza. Segnatamente, tali organismi paiono prestarsi ai giochi di potere, a ragione della loro collocazione *in situ*, vale a dire in un contesto sovente altamente instabile. E' manifesto che ciò pregiudichi gravemente la transizione verso una forma di governo di tipo democratico.

⁴³¹ Cfr. S. ZAPPALÀ, *The Iraqi special Tribunal's draft Rules of procedure and evidence*, in *Journal of international criminal justice*, 2004, p. 864: la tradizione giuridica irachena conosce un sistema procedurale fondato sulla figura del giudice istruttore, il quale provvede alla raccolta delle prove nella fase istruttoria e decide, al termine, se prosciogliere o rinviare a giudizio l'imputato. In questo scenario, la negoziazione è un istituto alieno.

CAPITOLO QUARTO
ANALISI DI DIRITTO SOSTANZIALE E PROPOSTE CONCLUSIVE

4.1. *L'istituto del patteggiamento e le teorie della pena*

L'istituto del patteggiamento è sovente parso in tensione con diversi principi del diritto sostanziale: esso, difatti, risponde ad interessi materiali di semplificazione ed accelerazione, differenziando la pena ed accordando rilevanza alla condotta processuale dell'imputato.⁴³² Questo spiega l'insofferenza manifestata dalla gran parte della dottrina penalistica nei confronti del rito speciale.⁴³³ L'impressione generale è che il sistema delle garanzie risulti scardinato da un retaggio antico del carattere originariamente privato dell'accusa, il quale rendeva la negoziazione con la controparte necessaria: come nel più rigido sistema inquisitorio, nessun contraddittorio è garantito alle parti, che negoziano peraltro in condizioni di disparità.⁴³⁴

In particolar modo, gli studiosi si sono soffermati sull'analisi del legame tra la sanzione patteggiata e le teorie che giustificano la pena, al fine di valutarne la compatibilità. E' opportuno allora chiarire fin da subito che le vicende del sistema sanzionatorio italiano ruotano intorno a tre fondamentali idee-guida, ossia retribuzione, prevenzione generale e prevenzione speciale.⁴³⁵

Similmente, anche gli obiettivi della giustizia penale internazionale che giustificano la persecuzione e la punizione dei responsabili includono la retribuzione, la deterrenza e la rieducazione.⁴³⁶ Proprio lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale coniuga, invero, l'aspirazione di stampo retributivo della lotta avverso l'impunità con l'istanza preventiva e quella della pacificazione: in ossequio

⁴³² L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 2004, p. 777-778. E' opinione dell'autore che l'istituto sia fonte di reali ingiustizie, giacché il giudizio si svolge nel corso dell'udienza preliminare, davanti ad un giudice chiamato a pronunciarsi «sulla base degli atti»; talvolta, si tratta dello stesso soggetto che già prese esplicita posizione, rigettando una istanza di archiviazione od ordinando l'applicazione di misure di sicurezza. Sulle questioni di legittimità sollevate dalla disciplina e dalla pratica della negoziazione processuale, cfr. *supra*, par. 1.2.3.: sembrano pregiudicati i principi inderogabili di uguaglianza e di legalità penale, i principi dell'obbligatorietà dell'azione penale e della presunzione d'innocenza, nonché il principio del contraddittorio.

⁴³³ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 279.

⁴³⁴ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 2004, p. 778-779: si nega in questo modo la coerenza dell'istituto del patteggiamento con il sistema di giustizia c.d. accusatorio e con la natura di «processo di parti» impressa dal nuovo codice.

⁴³⁵ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2010, p. 696. Tali idee-guida convivono nel nostro ordinamento giuridico e si combinano diversamente a seconda dei tempi e del contesto politico, sociale e culturale di riferimento.

⁴³⁶ B. VAN SCHAACK - R.C. SLYE, *International criminal law and its enforcement: cases and materials*, New York 2010, p. 15.

al principio di complementarità, la Corte interviene a sanare le patologie dei sistemi nazionali, garantendo comunque un intervento di tipo repressivo.⁴³⁷

4.1.1. *Il patteggiamento e l'idea retributiva*

La teoria della giustizia retributiva si contrappone alle visioni utilitaristiche della pena: lungi dal configurarsi quale mezzo idoneo al perseguimento di risultati futuri, la sanzione penale è ciò che deve “assolutamente” seguire la commissione del fatto di reato.⁴³⁸ La logica è che la punizione giuridica sia irrogata nei confronti dell'imputato soltanto perché egli ha commesso un crimine, violando quella legge penale che s'impone come imperativo categorico.⁴³⁹ Egli è punito, in altri termini, per aver voluto un'azione meritevole di punizione.⁴⁴⁰

⁴³⁷ L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, p. 90. A proposito delle funzioni dei Tribunali internazionali, già alla luce della giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*, cfr. Prosecutor v. Erdemović, *First sentencing judgement*, Case IT-96-22-Tbis, 5 marzo 1998, par. 21: «*The international Tribunal is a vehicle which the international community expresses its outrage at the atrocities committed in the former Yugoslavia. Upholding values of international human rights means that whilst protecting the rights of the accused, the international Tribunal must not lose sight of the tragedy of the victims and the sufferings of their families*».

⁴³⁸ G. FORTI, *L'immane concretezza: metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2003, p. 113 ss. Essendo l'attenzione del “retribuzionista” concentrata sul passato, è poi evidente che esso non badi alle cause del crimine e quindi ai dati che concernono la realtà sociale del reo e della vittima. Sembrerebbe, dunque, che in questa prospettiva si concepisca l'uomo come un essere talmente libero di scegliere come agire che addirittura sono ignorati tutti i fattori che pure incidono sulla criminalità. A riguardo, cfr. E.H. SUTHERLAND - D.R. CRESSEY, *Criminologia*, traduzione italiana di M. Zanchetti, Milano 1996, p. 109 ss., dove si afferma che la criminalità non faccia capo a puri automatismi e che, di contro, essa s'apprenda culturalmente. Infatti, «una delle spiegazioni migliori dei tassi di reato è che un tasso di reato alto è dovuto alla disorganizzazione sociale, [...] il reato ha le sue radici nell'organizzazione sociale ed è un'espressione di tale organizzazione. Un gruppo può essere organizzato per il comportamento criminale o contro il comportamento criminale. La maggior parte delle comunità sono organizzate sia per il comportamento criminale che per quello anti-criminale e, in tal senso, il tasso dei reati è un'espressione dell'organizzazione differenziale del gruppo».

⁴³⁹ I. KANT, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, in ID., *La metafisica dei costumi*, Bari 1998, p. 164-165. E' opinione di Kant che, quindi, non debba esser irrogata la pena utile alla società, bensì la pena «giusta in sé». La sua tesi, tuttavia, non pare esaustiva, dal momento che egli non chiarisce cosa debba intendersi per pena in sé giusta e per quale motivo essa si identificherebbe con la legge del taglione.

⁴⁴⁰ Cfr. L. EUSEBI, *La pena 'in crisi': il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia 1990, p. 73-74, dove si rimarca che, in ossequio alla teoria assoluta della giustizia, retribuire sarebbe “giusto” per una ragione metafisica; le pene irrogate sono contingenti, eppure la loro giustificazione sarebbe da rinvenirsi in un elemento assoluto, ossia il loro essere “giuste”. Se è incontestabile che la sanzione penale debba essere giusta, l'autore dubita d'altronde che esista

Si tratta dello *ius talionis*, che comanda di reagire al male arrecato alla vittima ed alla società di appartenenza attraverso la perpetrazione del reato con un male analogo, vale a dire con una sanzione proporzionata all'offesa.⁴⁴¹ La pena è fine a se stessa e deve ripudiarsi qualsiasi suo uso strumentale, volto a raggiungere un bene a profitto della società civile o del criminale.⁴⁴²

Concezioni assolute della pena sono state elaborate anche dalla dottrina internazional-penalistica per giustificare la risposta sanzionatoria ai più efferati crimini internazionali. Anzi, proprio il riferimento a gravi violazioni dei diritti umani è sembrato escludere il loro deprezzamento in ragione di considerazioni di scopo ciniche o prive di fondamento morale: si è parlato a riguardo di giustizia c.d. del *just deserts*.⁴⁴³

una pena giusta in sé e che essa sia la pena retributiva, intesa come compensazione del male commesso. Piuttosto, la “giustizia” della pena deve essere valutata in ragione dei fini effettivamente perseguiti, dei mezzi concretamente utilizzati e dei suoi costi.

⁴⁴¹ Il limite del modello di giustizia c.d. della bilancia è l'impossibilità di quantificare con esattezza la gravità del reato e, più precisamente, l'intensità della colpevolezza alla luce dell'art. 133 c.p. Affinché ciò fosse possibile, sarebbe necessario poter conoscere empiricamente tutti i fattori che incidono sulla scelta di delinquere; in altre parole, dovrebbe potersi valutare in termini assoluti la colpevolezza interiore. Bisogna evitare, inoltre, di accogliere una concezione miracolistica del diritto penale, che gli riconosca la capacità di cancellare il crimine commesso mediante l'inflizione di un'offesa analoga a carico del responsabile. A proposito di tale illusione miracolistica, cfr. L. EUSEBI, *La 'nuova' retribuzione. (I) Pena retributiva e teorie preventive – (II) L'ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, p. 925 ss. Hegel fu il primo ad intendere la sanzione penale come rimozione del delitto: egli spiega l'intera storia umana attraverso la dinamica di una tesi, a cui si contrappone l'antitesi, ossia la negazione della tesi, e che si risolve, infine, in una sintesi. In quest'ottica, il reato è la negazione della legge e la pena, consequenzialmente, la negazione del reato.

⁴⁴² I. KANT, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, in ID., *La metafisica dei costumi*, Bari 1998, p. 164-165: «La giustizia cessa di essere tale quand'essa si dà per un prezzo». Kant ha oltretutto promosso una forma di giustizia assoluta c.d. distributiva, ossia finalizzata non a punire ciascuno secondo la sua colpevolezza, bensì a punire tutti i criminali in maniera uniforme. Cfr. L. EUSEBI, *La pena 'in crisi': il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia 1990, p. 75, secondo il quale l'idea alla base delle teorie assolute è che perseguire uno scopo che coinvolga altri individui risulti, di per sé solo, immorale. L'autore stima inoltre il modello della giustizia distributiva come utopico, nonostante l'intento sia encomiabile, vale a dire «erigere il principio di uguaglianza a bandiera del sistema penale».

⁴⁴³ L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, p. 93 ss. Ciò equivale a dire che si tratta di atrocità tali da giustificare la risposta sanzionatoria più severa ed afflittiva, che scongiuri di conseguenza il rischio di atti di vendetta privata. In tal modo, la catena delle reciproche vendette e reazioni s'interrompe con una risposta sostitutiva e razionalizzata, contribuendo così all'avanzamento delle società in transizione. L'autore constata d'altro canto l'esistenza di un «paradosso retributivo»: di fronte ai crimini internazionali la risposta sanzionatoria risulta sovente inadeguata e sproporzionata per difetto, riducendosi quindi alla mera riaffermazione simbolica dei valori violati. Cfr. A. GARAPON,

E' allora intuibile l'estraneità dell'idea retributiva allo scambio operato dalla negoziazione processuale, in quanto la doverosità del castigo che segue inesorabilmente il crimine viene a collidere con il contenuto della pena patteggiata.⁴⁴⁴ Essa non è pena "giusta" in senso retributivo, giacché la riduzione del *quantum* operata dal pubblico ministero d'accordo con l'imputato prescinde da considerazioni che pertengono alla gravità del fatto ed alla colpevolezza dell'agente.⁴⁴⁵ Piuttosto, i termini della negoziazione e perciò la sconto di pena riconosciuto dalla pubblica accusa finiscono sovente col dipendere da esigenze d'economia ed efficienza processuale.⁴⁴⁶

Crimini che non si possono né punire né perdonare. L'emergere di una giustizia internazionale, Bologna 2004, 159 ss.: l'intento è rendere giustizia al passato, dal momento che, paragrafando il titolo dell'opera, si tratta di «crimini che non si possono perdonare»; H. ARENDT, *Vita activa: la condizione umana*, Milano 1958, p. 240 ss.: «Tutto ciò che sappiamo è di non poter né punire né perdonare tali crimini, che quindi trascendono il dominio delle cose umane e le potenzialità del potere umano, distruggendoli entrambi radicalmente ovunque compaiano». La scelta dei Tribunali penali internazionali, d'altronde, è stata quella di punire e non perdonare la perpetrazione di tali atrocità. Sulla teoria del *just deserts*, cfr. B. VAN SCHAACK - R.C. SLYE, *International criminal law and its enforcement: cases and materials*, New York 2010, p. 15 ss.: «*We are justified in punishing because and only because offenders deserve it.*». Uno dei pericoli legati a tale teoria è che la punizione giuridica si riduca ad una mera vendetta avverso i responsabili, incoraggiando il corso della violenza. Parte della dottrina internazionalista ha a riguardo obiettato che la retribuzione non si fonda necessariamente sul concetto di vendetta, e viceversa può da questa prescindere; altra parte, invece, ha tentato di redimere il significato della stessa vendetta. Nell'opera, in ogni caso, si rimarca la maggior debolezza della teoria del *just deserts*: «*The problem with such intuition-based arguments for retribution is that not everyone shares the desire to punish.*».

⁴⁴⁴ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 281.

⁴⁴⁵ Cfr. L.D. CERQUA, *Riti alternativi e incentivi premiali: implicazioni di natura sostanziale*, in *Cassazione penale*, 1992, p. 1703, dove si evidenzia che mentre le circostanze di reato che incidono sul *quantum* della pena attengono alla valutazione della gravità del fatto illecito, invece attraverso lo sconto sanzionatorio garantito dalla giustizia negoziata il legislatore premia la scelta processuale dell'imputato, diretta ad evitare il dibattimento. Non importa, in questi casi, se il fatto commesso sia colmo di disvalore. Oltretutto, trattandosi sovente di meri calcoli utilitaristici, neppure possono dirsi soddisfatte le esigenze di prevenzione speciale; cfr. *sub*, par. 4.1.3.

⁴⁴⁶ Cfr. *supra*, par. 2.1.4. a proposito della cooperazione dell'imputato e dei fattori che influiscono sul contenuto della negoziazione. Paradossalmente, nello scenario della giustizia penale internazionale ad essere favorito è l'alto responsabile del crimine, dunque solitamente il pianificatore o l'organizzatore del piano criminale. A ragione della quantità e della qualità di informazioni conosciute, invero, non solo costui sarà maggiormente invogliato a negoziare rispetto al mero esecutore materiale; una volta scelta l'opzione del *bargaining*, anche la riduzione della pena e quindi il vantaggio conseguibile sarà sensibilmente maggiore. Nell'ottica dello scambio, evidentemente, l'alto responsabile del crimine ha un potere negoziale maggiore, dal momento che le informazioni eventualmente fornite agevoleranno verosimilmente la ricostruzione del fatto storico e la persecuzione di ulteriori responsabili. In tal modo,

Trascurando la sanzione patteggiata le valutazioni operate dal legislatore in materia di commisurazione della pena, essa risulta dunque anomala: è una mera traccia di quella voluta dal legislatore.⁴⁴⁷ Tale trattamento sanzionatorio, che dipende dalla scelta del rito piuttosto che da considerazioni relative alla severità della condotta ed alla colpevolezza, è un vero fattore di disorientamento, che rischia d'alimentare la percezione di ineffettività del sistema giudiziario.⁴⁴⁸ Eppure, il principio della proporzionalità della pena alla gravità del reato reclamato già dal pensiero illuminista risponde ad esigenze fondamentali, innanzitutto d'eguaglianza: esso funge da limite alla volontà persecutoria dello potere sovrano statale e da divieto rispetto a reazioni punitive eccessive.⁴⁴⁹ E' espressione, inoltre, della serietà del danno sociale cagionato dall'illecito: questo

paradossalmente, sono i fatti più colmi di disvalore a ricevere il trattamento sanzionatorio più mite. Cfr. anche D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 512, a proposito dell'obiettivo della massima celerità. Ad aver interesse alla rapidità del giudizio è soprattutto l'imputato innocente, insieme alla vittima e al danneggiato, che attendono giustizia ed un risarcimento; invece, chi si sa colpevole preferisce allungare i tempi dell'attesa della prevista condanna. La speditezza del processo è garantita dal patteggiamento, ossia quel rito che sacrifica il principio della presunzione d'innocenza ed estromette la parte civile dal processo. Il prezzo della speditezza, dunque, è molto elevato.

⁴⁴⁷ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 288. Cfr. T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1992, p. 423 ss.: l'attribuzione al giudice di aspetti sempre più rilevanti della politica sanzionatoria è annoverata proprio tra le deficienze del sistema sanzionatorio; sovente, tale potere discrezionale costituisce il surrogato di un intervento normativo. Considerazioni analoghe valgono per i poteri riconosciuti al pubblico ministero che patteggia. Il legislatore, difatti, «si estrania da se stesso» e rinuncia a tracciare linee coerenti di politica criminale: così la pena giudiziale diviene «pena teorica», rimessa a valutazioni di consistenza incerta e dubbio fondamento.

⁴⁴⁸ L.D. CERQUA, *Riti alternativi e incentivi premiali: implicazioni di natura sostanziale*, in *Cassazione penale*, 1992, p. 1706. Cfr. T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, p. 443, dove si precisa che, quando il contenuto della pena diverge sensibilmente dall'apprezzamento sociale del disvalore, il rischio è di indurre confusione nella morale comune o, peggio, di attirare il disprezzo del diritto; G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 2000, p. 170: è descritta la «reazione sociale» statunitense, quando al diffondersi di forme di polizia privata organizzata nei quartieri metropolitani è seguita la riaffermazione di visione retributiva da parte delle autorità statali e l'inasprimento delle pene, in un «sempre più terroristico sistema repressivo».

⁴⁴⁹ Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano 1950, p. 44: «Perché una pena ottenga il suo effetto basta che il male della pena ecceda il bene che nasce dal delitto, e in questo eccesso di male dev'essere calcolata l'infalibilità della pena e la perdita del bene che il delitto produrrebbe. Tutto il di più è dunque superfluo e perciò tirannico».

consente, da una parte, di comparare il valore dei beni tutelati dall'ordinamento giuridico, *in primis* la libertà personale su cui la punizione giuridica incide; dall'altra, di consolidare la certezza del diritto, di modo che la reazione penale, valutata in base ai parametri predeterminati della colpevolezza, venga a dipendere da un dato unico quale la riprovevolezza dell'illecito.⁴⁵⁰

La retribuzione della colpevolezza, oltretutto, soddisfa i bisogni emotivi di pena sentiti dalla collettività.⁴⁵¹ Trattandosi di meccanismi reattivi irrazionali, questo accade a prescindere da valutazioni circa la possibilità effettiva di riprodurre attraverso la pena il male derivante dal fatto tipico di reato.⁴⁵² In questo scenario il

⁴⁵⁰ L. EUSEBI, *La 'nuova' retribuzione. (I) Pena retributiva e teorie preventive – (II) L'ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, p. 921. Cfr. L. EUSEBI, *La pena 'in crisi': il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia 1990, p. 67 ss., dove è fatto riferimento ad un orientamento retribuzionistico «alternativo e nobile», che concepisce la pena come strumento di garanzia della dignità del condannato, anziché di vendetta primordiale. Il carattere di assolutezza della pena, difatti, la sottrarrebbe alla eteronomia preventiva. In questo scenario, la teoria retributiva non sarebbe affatto svincolata dallo scopo, né questo si ridurrebbe alla mera reazione al male con un male analogo; il tema è tuttavia ancora fortemente dibattuto in dottrina. Simili considerazioni valgono anche a spiegare la funzione del principio di proporzionalità in ambito internazionale; a riguardo cfr. L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, p. 96-97, dove si evidenzia che la retribuzione trova una collocazione di rilievo tra le teorie della pena, «pur sovente nella sua concezione primordiale, come misura per graduare la pena», nel senso che la risposta sanzionatoria deve consistere in una riparazione corrispondente alla sofferenza arrecata alle vittime. A proposito della difficoltà nella quantificazione della gravità del crimine, cfr. *supra*, nota n. 27.

⁴⁵¹ Cfr. L. EUSEBI, *La 'nuova' retribuzione. (I) Pena retributiva e teorie preventive – (II) L'ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, p. 1335: il diritto penale si concretizzerebbe nella consolidazione del sistema di autocontrollo dei cittadini, il quale sarebbe altrimenti pregiudicato, nei casi d'impunità, dalla diffusione di condotte emulative. Il significato della retribuzione e, segnatamente, del principio di proporzionalità sarebbe allora comprensibile soltanto dal punto di vista della psicologia collettiva. Sul tema cfr. anche G. FORTI, *La riforma del codice penale nella spirale dell'insicurezza: i difficili equilibri tra parte generale e parte speciale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 2002, p. 42:, secondo cui l'errore di base è ritenere che tra il numero dei reati ed il senso di sicurezza esista un semplice rapporto lineare di proporzione indiretta, tale per cui al diminuire del primo aumenti necessariamente il secondo.

⁴⁵² Parte della dottrina, peraltro, ha ritenuto invalida l'obiezione della incommensurabilità fra reato e pena; a riguardo, cfr. come esempio E. DOLCINI, *La 'rieducazione del condannato' tra mito e realtà*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1979, p. 131 ss. E' opinione dell'autore che la teoria retributiva non pretenda di riprodurre, attraverso l'irrogazione della sanzione penale, la stessa offesa arrecata alla vittima ed alla società mediante la perpetrazione del crimine; pena ed illecito sono, difatti, due grandezze eterogenee, tra le quali non sussiste alcun rapporto intrinseco d'analogia. Esisterebbero invece due scale parallele di valori: l'una relativa alle pene edittali, sistemate in ordine crescente di severità; l'altra relativa alla deplorevolezza dei fatti, da valutarsi avendo riguardo del caso concreto. Si tratterebbe pertanto

biasimo della pena si rivolge anzitutto al fatto ed ha significato soprattutto per chi non tiene un comportamento deviante; la vicenda del soggetto agente, viceversa, assume rilevanza soltanto accidentale.⁴⁵³

Di contro e come noto, nel patteggiamento neppure ci si preoccupa d'accertare la colpevolezza del soggetto agente. Il codice di procedura penale italiano non impone all'imputato di prendere posizione circa l'ipotesi della propria responsabilità tutte le volte in cui domandi di patteggiare o accolga la proposta di patteggiamento presentata dal pubblico ministero: quindi, la scelta del rito speciale non equivale ad un'ammissione di reità.⁴⁵⁴ L'attenzione non è focalizzata sull'imputato, come suggeriscono quelle impostazioni utilitaristiche che intendono la pena quale strumento volto a soddisfare esigenze di tipo sociale. Piuttosto, si attribuisce rilevanza a vicende estranee e al grado del disvalore della condotta e alla figura del criminale; segnatamente, alla semplificazione probatoria, all'accelerazione ed alla deflazione processuale. Del resto, è vero che il principio di proporzionalità non possa considerarsi il solo principio guida del sistema penale, bensì debba coordinarsi con altri strumenti della politica sociale ed evitare così di semplificare le motivazioni politiche e criminali delle strategie punitive.⁴⁵⁵

Come negli ordinamenti nazionali, anche nello scenario della giustizia internazionale il patteggiamento promette una pena inferiore a quella che sarebbe applicata a termine di un giudizio ordinario; al contempo, tuttavia, si tratta di una sanzione più pronta e certa. In aggiunta, l'accertamento incompleto del patteggiamento consente risparmiare tempo e risorse e, quindi, di perseguire un numero maggiore di responsabili.

La ricostruzione del fatto, invero, è ivi complicata dal numero elevato dei responsabili dei crimini internazionali, sovente perpetrati su vasta scala, e dal clima di generale diffidenza ed ostilità nei confronti della giustizia penale

d'indicare, in sede di commisurazione della pena da irrogare, la pena concretamente corrispondente alla gravità del reato commesso.

⁴⁵³ L. EUSEBI, *La 'nuova' retribuzione. (I) Pena retributiva e teorie preventive – (II) L'ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, p. 921.

⁴⁵⁴ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano 2011, p. 736: per l'ordinamento giuridico italiano, persino l'eventuale confessione dell'imputato è liberamente valutabile dal giudice. Diversamente, in altri ordinamenti giuridici quali, in particolare, quello statunitense, nonostante la colpevolezza dell'imputato non sia accertata oltre ogni ragionevole dubbio, a questi è consentito di negoziare con la pubblica accusa soltanto qualora si sia previamente dichiarato responsabile. Analoga disciplina è prevista dagli Statuti dei Tribunali *ad hoc*, della Corte penale internazionale e della gran parte dei Tribunali ibridi. Cfr. a riguardo art. 62-bis delle *ICTY Rules of procedure and evidence (Guilty pleas)*; art. 62 delle *ICTR RPE (Initial appearance of accused and plea)*; art. 65 dello Statuto di Roma; art. 61 delle *Special Court for Sierra Leone RPE (Initial appearance of accused and plea)*.

⁴⁵⁵ L. EUSEBI, *La 'nuova' retribuzione. (I) Pena retributiva e teorie preventive – (II) L'ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, p. 941.

internazionale.⁴⁵⁶ Il *plea bargaining* consente di aggirare entrambi gli ostacoli, velocizzando la definizione del giudizio attraverso la negoziazione della pena e rendendo superflua la testimonianza di soggetti terzi, alla quale supplisce la confessione dell'imputato. Ciò vale a dire che quel che manca in qualità è compensato in quantità: ciascun imputato riceverà una pena minore rispetto a quella che avrebbe ricevuto al termine di un giudizio ordinario, eppure meno colpevoli gioveranno di fatto dell'impunità.⁴⁵⁷

Analoghe considerazioni valgono per i procedimenti dinanzi alle Corti *gacaca*, le quali promettevano sconti sanzionatori a chi raccontasse con dovizia di particolari il reato commesso e, contestualmente, ammettesse la propria responsabilità. In chiave retributiva tali procedimenti sono perciò pienamente assimilabili al patteggiamento.

Le altre soluzioni alternative di giustizia esaminate, particolarmente con riguardo all'esperienza della Commissione sudafricana, paiono invece incompatibili con i dettami della giustizia retributiva.⁴⁵⁸ L'amnistia, difatti, seppur condizionata a taluni requisiti previsti in via generale ed astratta e finalizzata a perseguire nobili intenti di pacificazione sociale, comporta l'impunità dei responsabili. Manca, dunque, *in toto* la sanzione penale, ossia, in termini retributivi, la reazione automatica e necessaria che segue il male arrecato dal fatto di reato.⁴⁵⁹

Di recente, nei confronti dell'idea retributiva si è rinnovato l'interesse della dottrina, sia a ragione della crisi dell'ideologia della risocializzazione sia come conseguenza del processo di secolarizzazione del diritto penale moderno. Da una parte, l'entusiasmo per la rieducazione del condannato è stato smorzato dagli insuccessi incontrati, in particolare in alcuni Paesi, come quelli scandinavi e nordamericani, che avevano in questo progetto investito ingenti risorse.⁴⁶⁰

⁴⁵⁶ M. KLARIN, *The impact of the ICTY on public opinion in the former Yugoslavia*, in *Journal of international criminal justice*, 2009, p. 89 ss.

⁴⁵⁷ A. TIEGER - M. SHIN, *Plea agreements in the ICTY*, in *Journal of international criminal justice*, 2005, p. 679. Sui benefici dell'utilizzo del patteggiamento nella giustizia penale internazionale, cfr. *supra*, par. 2.1.3.

⁴⁵⁸ G. DELLA MORTE, *Le amnistie nel diritto internazionale*, Padova 2011, p. 73 ss. L'autore definisce tali modalità alternative di definizione del giudizio come «amnistie condizionate di tipo restaurativo».

⁴⁵⁹ L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, p. 95 e 191 ss., dove ci si riferisce alla «necessità di una risposta seria da parte del mondo civilizzato alle enormi violazioni del diritto umanitario internazionale quale conseguenza logica del diritto morale di infliggere pene retributive ai responsabili di enormi violazioni dei diritti umani, dell'esigenza di sradicare la cultura dell'impunità e oggi anche di garantire una tutela giurisdizionale della comunità internazionale».

⁴⁶⁰ L. EUSEBI, *La 'nuova' retribuzione. (I) Pena retributiva e teorie preventive – (II) L'ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, p. 949 ss. Negli Stati Uniti la risposta neo retributiva alle defezioni dell'impostazione special preventiva trova fondamento nel potere smisurato accumulato dagli organi giudiziari. Ciò aveva portato ad una netta disomogeneità nei criteri e nelle modalità con cui veniva determinata l'entità della pena da infliggere, per quanto concerne sia il tipo di

Nell'adeguamento forzato dell'individuo alle esigenze della struttura sociale esistente in un certo luogo e tempo si è scorso il rischio di stigmatizzazione e dunque di rafforzamento del fattore criminogeno.⁴⁶¹

Il perseguimento delle finalità rieducative è d'altronde complicato dall'assenza di un sistema monistico di valori su cui fondare l'impostazione terapeutica negli attuali Stati democratici, animati invece dai principi della laicità e del pluralismo.⁴⁶² Il mondo che è oggi concepito come moderno è un mondo secolarizzato: l'ordinamento politico è «mondano», giacché la religione è relegata nel campo dell'attività individuale e sociale ed influenza soltanto parzialmente il processo di formazione della volontà statale; analogamente, l'ordinamento giuridico che ne promana persegue scopi razionali e terreni.⁴⁶³ La *ratio* della pena retributiva viene perciò oggi di frequente intesa come ricucitura dei rapporti interpersonali lacerati dal reato, segnatamente quelli che intercorrono tra il soggetto che delinque e la vittima; come consolidamento, inoltre, dell'autorevolezza dell'ordinamento giuridico.⁴⁶⁴

risposta sanzionatoria sia le decisioni successive alla condanna e relative all'esito del trattamento. Il buon diritto, diversamente, è capace d'amministrare in modo analogo casi analoghi e fugge ogni forma di discriminazione. I più noti progetti neo retribuzionistici americani, quindi, suggeriscono «pene-tariffa», che ignorano i dati relativi alla personalità del soggetto agente così come qualsiasi circostanza di tipo individuale; è fatta eccezione per la recidiva, alla cui sussistenza seguono sanzioni severissime. In Scandinavia il rinnovato interesse per la retribuzione è derivato, invece, dalla crisi del modello terapeutico, al quale è stato rimproverato di adombrare i diritti dei singoli dinanzi alla sconfinata autorità statale. Immediata conseguenza è stata la richiesta di una commisurazione della pena proporzionale alla gravità del fatto ed alla intensità della colpevolezza. In questo scenario, la risocializzazione avrebbe un ruolo meramente sussidiario ed eventuale, nel quadro di una pena già rigidamente definita. Ebbene, il tentativo è quello di ridurre la risposta sanzionatoria individuale, ancorandola piuttosto a dati obiettivi.

⁴⁶¹ A. BARATTA, *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, in *La questione criminale*, 1975, p. 23 ss. L'effetto della stigmatizzazione deriverebbe altresì dalla frequente assimilazione del delinquente al malato e del processo di rieducazione al trattamento medico.

⁴⁶² M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 282.

⁴⁶³ M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema di reati*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1981, p. 482-483. Questo significa che la legittimazione del potere politico e giuridico si fonda su principi e criteri non trascendenti, non metafisici, bensì terreni, materiali e razionali. La concezione teocratica del diritto penale è abbandonata: la pena non è espressione dell'autorità divina; è espressione, invece, della ragione umana. Eliminato dalle fattispecie penali il peccato, si tratta dunque di stabilire quali fatti sia opportuno punire, avendo considerazione dell'utilità di tale divieto per la società, dei suoi costi, del valore del bene giuridico tutelato dalla norma.

⁴⁶⁴ L. EUSEBI, *La pena 'in crisi': il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia 1990, cit. p. 70: «Pur essendo inflitta per ragioni di giustizia, la pena lo sarebbe in un senso immanente e non trascendente, cioè in funzione del riconoscimento, richiesto dalla ragione, della libertà di ogni individuo». La debolezza di quest'impostazione è che non ne vengono indicate, tuttavia, le

Se il contenuto della pena diventa flessibile e si acconsente che essa, lungi dal fondarsi su valori immutabili, sia strumento idoneo al perseguimento di finalità contingenti e provvisorie, allora l'istituto del patteggiamento pare finalmente ipotizzabile. Il relativismo etico, difatti, è aperto ad ogni soluzione, persino il riconoscimento della preminenza, all'interno del sistema giuridico, degli obiettivi di celerità, speditezza ed economicità del giudizio.⁴⁶⁵

Oltre a ciò, il ricorso al patteggiamento può risultare vantaggioso al fine della riaffermazione dell'autorità del diritto, giacché, fatte salve circostanze eccezionali, è scongiurato il pericolo dell'impunità. Difatti, la sentenza che accoglie il patteggiamento contiene un accertamento incompleto, che si limita alla verifica essenzialmente negativa della non esistenza di una causa di non punibilità: soltanto qualora queste sussistano, l'imputato è prosciolto.⁴⁶⁶

La pena patteggiata è peraltro una pena certa e, precisamente, più stabile di quella irrogata in sede dibattimentale: la relativa sentenza è inappellabile, fatta eccezione per il solo caso, previsto dall'art. 448 comma 2 c.p.p., in cui essa sia stata pronunciata nonostante il parere sfavorevole del pubblico ministero.⁴⁶⁷

modalità: il sospetto è allora che i significati che si assegnano alle risposte sanzionatorie rimangano pura finzione.

⁴⁶⁵ Rispetto agli ostacoli che tale relativismo etico incontra nella definizione dei valori da condividere, cfr. M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 283. Il rischio, inoltre, è che la discrezionalità della scelta si tramuti in arbitrio. Cfr. F. BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Indice penale*, 1989, p. 328: la situazione è definita «fuori da ogni controllo», dal momento che ogni elemento di valutazione può potenzialmente intervenire nella determinazione del *quantum* della pena richiesta.

⁴⁶⁶ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano 2011, p. 738 ss. All'esito del procedimento che applica la pena richiesta dalle parti, invero, il giudice non proscioglie l'imputato qualora il pubblico ministero non abbia eliminato oggi ragionevole dubbio circa la reità ed il contenuto della sentenza è equiparato alla condanna. Le stesse considerazioni sono valide nel contesto della giustizia penale internazionale; cfr. a riguardo art. 62-bis delle *ICTY Rules of procedure and evidence (Guilty pleas)*; art. 62 delle *ICTR RPE (Initial appearance of accused and plea)*; art. 65 dello Statuto di Roma; art. 57 delle *Iraqi special Tribunal RPE (Initial appearance of accused and plea)*. In tutti questi casi, l'imputato che si dichiara *guilty*, ovvero colpevole, è condannato, a meno che la sua dichiarazione sia giudicata forzata, non volontaria, inconsapevole od equivoca, oppure il contenuto della dichiarazione sia valutato insufficiente a provare il fatto e la partecipazione dell'imputato al fatto medesimo; in tal senso, si ritiene sufficiente la presenza di meri indizi e l'assenza di materiale che contraddica manifestamente la tesi dell'imputato.

⁴⁶⁷ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 287. Cfr. L.D. CERQUA, *Riti alternativi e incentivi premiali: implicazioni di natura sostanziale*, in *Cassazione penale*, 1992, p. 1705: l'inflizione di una pena slegata dalla gravità del fatto illecito e dall'intensità della colpevolezza pregiudica gli obiettivi di prevenzione speciale; tuttavia proprio a tali fini è preferibile una sanzione certa, pronta e mite ad una più tarda e severa. A riguardo cfr. anche C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano 1950, p. 55: «Quanto la pena sarà più pronta e più vicina al delitto commesso, ella sarà tanto più giusta e più utile. Dico più

L'obiettivo, invece, di ricomposizione del legame con il responsabile del delitto è inevitabilmente pregiudicato: la parte civile non è tutelata, trovandosi ad essere quindi il soggetto maggiormente sacrificato dal patteggiamento.⁴⁶⁸

Sarebbe auspicabile, allora, subordinare la legittimità del premio a condotte genuinamente meritevoli, quali il pentimento ed il risarcimento dell'offesa arrecata: in tal modo, la riduzione di pena sarebbe giustificabile anche sotto il profilo commisurativo.⁴⁶⁹ Si tratterebbe di un compromesso ragionevole tra le due

giusta, perché risparmia al reo gli inutili e fieri tormenti dell'incertezza». Sulla rapporto tra inappellabilità e giusto processo, cfr. Corte EDU, 29 aprile 2014, n. 9043/05, dove s'afferma che il principio dell'inappellabilità della sentenza patteggiata non viola il diritto dell'imputato ad un processo equo. Nel caso di specie è stato accertato dalla Corte che il patteggiamento fosse stato accompagnato da sufficienti garanzie contro gli abusi; l'imputato aveva patteggiato la pena volontariamente ed avendo compreso le conseguenze dell'accesso al rito. Invero, la circostanza per la quale il patteggiamento possa comportare la rinuncia ad alcuni diritti processuali non è di per sé problematico ed è, invece, pienamente compatibile con il contenuto dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, purché siano garantite alcune condizioni minime: inequivocabilità della rinuncia al rito ordinario; presenza di garanzie idonee a prevenire abusi; non contrarietà della scelta del rito al pubblico interesse.

⁴⁶⁸ Art. 444 comma 2 c.p.p., in base al quale il giudice che accoglie la richiesta di applicazione della pena su richiesta delle parti non può decidere sul risarcimento del danno derivante dal reato. Alla vittima che esiga giustizia è demandato di proporre l'azione di danno in sede civile; in sede penale, invece, può soltanto ambire ad ottenere il risarcimento delle spese processuali. Diversamente, la giustizia penale internazionale risulta maggiormente innovativa: dinanzi alla Corte penale internazionale alla vittima è garantita la facoltà di prender parte al giudizio, personalmente o con l'ausilio della rappresentanza legale, e di contribuire in diverse forme alla ricostruzione del fatto storico, nonché di esigere una riparazione. Cfr. a riguardo art. 75 dello Statuto di Roma; sull'innovazione della figura della vittima nei procedimenti davanti alla Corte penale internazionale cfr. *supra*, par. 2.2.2. Sull'esclusione, infine, della vittima operata dalla teoria internazionalista del *just deserts*, cfr. B. VAN SCHAACK - R.C. SLYE, *International criminal law and its enforcement: cases and materials*, New York 2010, p. 16, dove si evidenzia che la vittima può talvolta trovare sollievo dalla consapevolezza che chi ha commesso il crimine sia punito; per il resto, essa è estromessa dal processo, giacché il crimine è concepito come un'offesa alla società nel suo complesso, e non invece alla vittima.

⁴⁶⁹ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 285. Si consideri oltretutto che la giustizia penale internazionale prevede una serie di protocolli simbolici collaudati per favorire il processo di riconciliazione nazionale, come le dichiarazioni ufficiali di scuse o rituali idonei a simboleggiare quel che è stato e non deve più accadere; mancano, di contro, le forme della riconciliazione personale tra l'autore del crimine e le sue vittime. Sul tema, cfr. L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, p. 97 ss., dove si suggerisce una forma di giustizia «solidale», che soddisfi cioè le attese delle vittime, non rinunciando alla punizione dei colpevoli ma, al contempo, focalizzando l'attenzione sulla scoperta della verità, sulla presa di coscienza e l'assunzione di responsabilità da parte del reo. Bisognerà prestare attenzione, tuttavia, a non cadere nella trappola della soddisfazione di sentimenti o pulsioni emotive ed istanze soggettive delle vittime; al fine di «spezzare il circuito della vendetta» è necessario che la responsabilità

alternative su cui il nostro sistema penale tradizionalmente s'è sempre incentrato: da un lato il diritto punitivo, imperniato sulla pena detentiva come strumento unico e rigido, guarnito di connotazioni marcatamente repressive; dall'altro, il diritto clemenziale, che opera con un automatismo che prescinde dal vaglio di comportamenti meritori tenuti dal soggetto.⁴⁷⁰

4.1.2. Il patteggiamento e la funzione preventiva

Alla crisi della concezione della pena in termini assoluti, insieme al processo di secolarizzazione del diritto penale moderno, è seguito, come logica conseguenza, il c.d. relativismo etico o dei valori.⁴⁷¹ La pena giusta in sé, di eco kantiana, non esiste ed ha lasciato posto ai principi della laicità e del pluralismo, comuni ai moderni ordinamenti democratici. Ciò consente di collegare l'infrazione della pena, e segnatamente la pena applicata consensualmente, alla realizzazione di obiettivi di utilità sociale, ossia di prevenzione generale e speciale. Si parla a riguardo, invero, di teorie relative della pena: relative, esattamente, agli scopi ulteriori che con la sanzione penale si intendono conseguire.⁴⁷²

Gli interrogativi sono essenzialmente due: bisogna chiarire, difatti, se la pena patteggiata persegue finalità di prevenzione generale e se, d'altra parte, il risparmio di risorse processuali possa essere annoverato tra i fini verso cui indirizzare la pena.⁴⁷³

4.1.2.1. Pena negoziata e prevenzione generale

individuale sia giudicata da un'autorità *super partes*, non coinvolta e, dunque, imparziale. Per ulteriori approfondimenti a riguardo, cfr. *sub*, par. 4.3.2.

⁴⁷⁰ F. MANTOVANI, *Diritto premiale e ordinamento penitenziario*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penitenziario*, Milano 1983, p. 200. Tre sono le forme tipiche del clemenzialismo: i provvedimenti tradizionali di clemenza, quali amnistia, indulto e grazia; gli istituti sospensivi condizionali, tra cui vale la pena ricordare la libertà condizionale e la sospensione condizionale; i modi di prescrizione del reato e della pena, che sembrano piuttosto dipendere dalla furbizia dei difensori e dalla lentezza della giustizia. E' opinione dell'autore che «solo il merito possa giustificare il premio».

⁴⁷¹ M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema di reati*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1981, p. 477 ss.

⁴⁷² G. FORTI, *L'immane concretezza: metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2003, cit. p. 114. Rispetto all'impostazione della teoria assoluta, è evidente che l'attenzione qui si volge oltre l'oggetto: prevenzione generale e speciale sono finalità coesistenti, con una prevalenza della seconda qualora sorga tra le due un conflitto circa la misura della pena.

⁴⁷³ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 291. In altre parole, bisogna indagare se «in nome della maggiore funzionalità si perfezionino scambi che altrimenti non avrebbero ragion d'essere»; oppure, se la pena patteggiata persegue obiettivi ulteriori.

E' evidente che il fine della pena non è di tormentare ed affliggere un essere umano; tra gli obiettivi, cruciale è quello d'impedire al reo di procurare nuovi danni ai suoi concittadini e di esortare gli altri ad astenersi dal procurarne di uguali.⁴⁷⁴ Questo vale a dire che l'afflizione del responsabile cessa di essere il fine ultimo e diviene il mezzo attraverso cui conseguire scopi di utilità sociale.⁴⁷⁵ La funzione di prevenzione generale, infatti, si fonda sull'assunto che la minaccia della pena sia utile a distogliere l'insieme dei consociati dal commettere fatti illeciti e, quindi, socialmente dannosi: la minaccia opererebbe, dal punto di vista psicologico, come contropinta alla «spinta criminosa».⁴⁷⁶ I caposaldi di tale teoria sono perciò intimidazione e deterrenza ed il presupposto che l'uomo sia un essere razionale, il quale prima d'agire valuti i *pro* ed i *contro* della propria azione. Ogni volta che la sofferenza associata alla pena minacciata superi l'attrattiva di possibili vantaggi ricavabili dall'atto criminoso, tale azione dovrebbe risolversi nel senso di una rinuncia al delitto. Si è parlato a proposito di teoria della coazione psicologica, giacché essa presuppone che il soggetto da intimidire si prefiguri mentalmente le

⁴⁷⁴ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano 1950, p. 32 ss. Cfr. PLATONE, *Protagora*, in *Tutti gli scritti*, a cura di G. Reale, Milano 1992, p. 821 ss.: «Chi voglia saggiamente punire, non infligge la pena come retribuzione per un atto ingiusto, poiché egli non può annullare ciò che è stato fatto, ma punisce pensando all'avvenire, e perché la stessa persona non commetta di nuovo un'ingiustizia, e perché non lo faccia altri, dopo aver visto che quella è stata punita. [...] La persona viene punita per servire da esempio e da ammonimento». Cfr. anche A. GEMELLI, *Il progetto preliminare di un nuovo codice penale dal punto di vista della psicologia e della antropologia criminale*, come citato in G. FORTI, *L'immane concretezza: metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2003, p. 115: «La pena ha in se stessa una efficacia preventiva. E lo Stato ha il diritto di punire solo in quanto lo richiede tale scopo, né più, né meno».

⁴⁷⁵ Cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza: metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2003, p. 115. La teoria assoluta e l'idea della pena giusta in sé si fondavano su considerazioni prevalentemente intuitive. Di contro, il perseguimento delle finalità razionali di utilità sociale consente all'indagine penalistica d'ammettere il contributo delle scienze e, dunque, di sviluppare un approccio propriamente scientifico. Sui recenti orientamenti in materia di scopi e funzioni della pena, cfr. L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli 1984, p. 11 ss. Il progressivo affermarsi dell'idea dello scopo nella teoria della pena è il trionfo sulla tradizionale concezione retributiva, la quale non solo diviene insostenibile e dannosa dal punto di vista della politica criminale; è, in aggiunta, ridotta a mero criterio di commisurazione della pena e, quindi, a limite del potere punitivo nei confronti del singolo, a baluardo contro il terrorismo general preventivo.

⁴⁷⁶ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2010, p. 696. Cfr. J. ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano e F. Stella, Bologna 1980, p. 33, che definisce la prevenzione generale come la funzione di prevenire comportamenti socialmente indesiderati attraverso la minaccia di una sanzione legale; C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano 1950, p. 33: «Qual è il fine politico delle pene? Il terrore degli altri uomini».

conseguenze del crimine che considera di commettere; nel dubbio, immaginandosi una sanzione non certa ma, in ogni caso, credibile, pronta ed effettiva, egli opta per la desistenza.⁴⁷⁷

Occorre, dunque, che il sistema penale eserciti la propria influenza prima della commissione del fatto illecito, in modo da orientare i comportamenti futuri nella direzione della liceità. Difatti, ciò che si vuol prevenire non è tanto il crimine futuro di colui al quale la pena è stata irrogata, ossia la caduta nella recidiva; piuttosto, si vuole incoraggiare la generalità dei soggetti che ancora non hanno commesso il reato a desistere dal commetterli, in ragione del timore della sanzione.⁴⁷⁸

Il rischio che il perseguimento dell'effettività della sanzione penale in termini general preventivi si risolva in arbitrio ed illiceità è arginato da alcuni principi fondamentali, primo fra tutti quello di proporzionalità: esso impedisce di gravare smisuratamente il reo del carico sanzionatorio.⁴⁷⁹ Tuttavia, la riduzione dell'imputato a strumento per il conseguimento di finalità ad egli estranee è stata oggetto di diverse critiche: se nella fase di commisurazione della pena si attribuisce un ruolo preponderante alla preoccupazione di distogliere la generalità dei cittadini dal commettere atti criminosi, si tende inevitabilmente ad infliggere condanne esemplari.⁴⁸⁰

Non solo, di conseguenza, la libertà personale individuale verrebbe indebitamente limitata, con pene ben più rigorose di quelle che la serietà del reato e l'intensità della colpevolezza esigerebbero; il singolo delinquente sarebbe ridotto a mero strumento per il perseguimento di finalità di politica criminale.⁴⁸¹ La sanzione

⁴⁷⁷ Cfr. R. CANESTRARI, *Psicologia generale e dello sviluppo*, Bologna 1984, p. 199 ss., dove viene descritto un analogo meccanismo psicologico di associazione e condizionamento. L'esperimento del cane di Pavlov, invero, dimostra come l'animale sia capace di associare uno stimolo uditivo al cibo: prodotto il suono contigualmente a del cibo, tale impulso sonoro iniziava a provocare nel cane una reazione analoga a quella provocata dal cibo. Similmente, la teoria della prevenzione generale mira a promuovere nella generalità dei consociati l'associazione psicologica del comportamento dannoso ed illecito alla sanzione penale, al fine di condizionarne la condotta.

⁴⁷⁸ G. FORTI, *L'immane concretezza: metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2003, p. 118. Con uno sguardo alla dottrina internazionalistica, cfr. B. VAN SCHAACK - R.C. SLYE, *International criminal law and its enforcement: cases and materials*, New York 2010, cit. p. 16: «Under deterrence theory, potential offenders may still be capable of committing crimes (since they are not incapacitated) and may still desire to commit crimes (since they are not rehabilitated). But despite their capacity and desire, potential offenders are inhibited by the intimidation or terror of the law».

⁴⁷⁹ G. FORTI, *L'immane concretezza: metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2003, p. 117.

⁴⁸⁰ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2010, p. 714. Sul tema cfr. anche I. KANT, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, in ID., *La metafisica dei costumi*, Bari 1998, p. 164 ss., grande oppositore della strumentalizzazione dell'individuo al perseguimento dei fini di utilità sociale.

⁴⁸¹ Contro tale strumentalizzazione, cfr. I. KANT, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, in ID., *La metafisica dei costumi*, Bari 1998, p. 164 ss. Sul tema, cfr. anche E. DOLCINI, *La*

penale, conseguentemente, risulterebbe illecita; da un punto di vista prettamente etico, poi, la scelta della buona condotta dipenderebbe dal timore del male, anziché dalla volontà di praticare il bene.⁴⁸²

Oltretutto, alcune indagini hanno mostrato come l'efficacia intimidativa dipenda più dalla certezza e prontezza nell'applicazione della sanzione minacciata, piuttosto che dal grado della loro severità.⁴⁸³ L'individuo che ha optato per la condotta criminosa, invero, non tenderà tanto a bilanciare i vantaggi e gli svantaggi connessi; piuttosto, egli calcolerà quali siano le possibilità di non essere scoperto e, dunque, di commettere l'illecito godendo, al contempo, dell'impunità.⁴⁸⁴

Al modello psicologico dell'intimidazione attraverso la minaccia della pena si è obiettato che l'uomo che delinque non sempre è un freddo calcolatore capace di razionalizzare i motivi del proprio agire; viceversa, sovente si tratta di un soggetto

commisurazione della pena: la pena detentiva, Padova 1979, p. 220, dove si rimarca che la teoria preventiva ribalterebbe la logica della corresponsabilità sociale, secondo la quale la stessa società contribuisce a creare devianza e, di conseguenza, essa non è legittimata a sfruttare la condizione d'inferiorità in cui il condannato si trova al fine di intimorire terzi. Così, si esaspererebbe il ruolo di capo espiatorio assunto dal delinquente.

⁴⁸² Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena: la pena detentiva*, Padova 1979, p. 219: «La prevenzione generale accolla al reo un *quid* di cui egli non è personalmente responsabile», in violazione, tra gli altri, del principio del carattere personale della responsabilità penale.

⁴⁸³ Cfr. M.M. FELLELY, *Le origini e le conseguenze del panico morale: gli effetti sulle corti americane delle leggi 'tre volte e sei eliminato'*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, p. 417 ss., dove sono enumerati e descritti i rischi connessi al recente inasprimento del trattamento sanzionatorio previsto per i recidivi dalla normativa statale californiana. Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena: la pena detentiva*, Padova 1979, p. 221: il convincimento secondo cui gli inasprimenti di pena sono idonei a ridurre il tasso di criminalità è sprovvisto di fondamenti razionali e «il vuoto creato dall'assenza di dati oggettivi è rapidamente colmato dall'affermarsi di pregiudizi, congetture, ipotesi formulate a caso e assunzioni prive di qualsiasi supporto».

⁴⁸⁴ G. FORTI, *L'immane concretezza: metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2003, p. 135. Questo significa che la politica criminale dovrebbe promuovere la generale fedeltà alle norme, anziché gli inasprimenti sanzionatori.

esposto a stimoli inconsci e difficilmente controllabili.⁴⁸⁵ In questo scenario assai complesso pare l'accertamento del nesso di causalità tra la diminuzione dei reati e la scelta della prevenzione generale in termini di politica criminale.⁴⁸⁶ Nel contesto della giustizia internazionale, similmente, l'art. 5 dello Statuto di Roma indica tra gli obiettivi da raggiungersi la prevenzione di future violazioni dei diritti umani. L'efficacia della funzione di deterrenza, del resto, è incrementata proprio dalla presenza di un tribunale permanente quale la Corte penale

⁴⁸⁵ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2010, p. 711. Tale teoria psicologica fondata sul bilanciamento dei costi e dei benefici (ovvero dei vantaggi e degli svantaggi) è stata criticata anche in termini strettamente scientifici e, precisamente, medici; cfr. sul tema W. BROMBERG, *Crime and the mind: a psychiatric analysis of crime and punishment*, New York 1965, p. 7 ss. Ad esempio, è ragionevole ritenere che tenda ad agire razionalmente chi commette reati in materia economica: spesso, si tratta di figure professionali altamente qualificate e, perciò, in grado di calcolare il profitto connesso all'inosservanza della legge. Diversamente, lo stesso non può dirsi di chi si spinga ad uccidere per l'impeto di un sentimento, come odio, gelosia, desiderio di vendetta. Cfr. K. LÜDERSSEN, *La funzione di prevenzione generale*, in AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano e F. Stella, Bologna 1980, p. 114 ss., dove si rimarca che il complesso di motivazioni da cui dipende la scelta di delinquere non sempre è influenzabile dalla minaccia della sanzione penale. In taluni casi, allora, il comando espresso dal precetto penale è inefficace. Cfr. anche G. DE VERO, *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, p. 439: un ulteriore deficit nella teoria della prevenzione generale negativa attiene alla non diffusa e puntuale conoscenza, nella generalità dei consociati, del contenuto del precetto penale.

⁴⁸⁶ Cfr. J. EHRLICH, *The deterrent effect of capital punishment: a question of life and death*, in *American economic review*, 1975, p. 397, dove l'autore, un economista, giunge ad affermare la notevole efficacia deterrente della massima sanzione, ossia la pena di morte, sulla base di un modello economico-matematico: egli stimava che ogni esecuzione avrebbe evitato circa sette/otto omicidi per anno. In chiave critica, tuttavia, cfr. L. EUSEBI, *La pena 'in crisi': il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia 1990, cit. p. 28 ss. La pena di morte avrebbe addirittura un effetto incentivante sui fatti di sangue; soprattutto nell'ottica della prevenzione generale positiva, tale sanzione produrrebbe un notevole effetto destabilizzante, derivante dalla conoscenza di un'uccisione imposta dalla legge, nonostante l'ordinamento giuridico collochi la vita tra i valori fondamentali. In conclusione, pare evidente che ci si trovi dinanzi a processi motivazionali estremamente complessi, le cui cause sono svariate e difficilmente schematizzabili. Cfr. anche C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano 1950, cit. p. 47: «La pena di morte fa un'impressione, che colla sua forza non supplisce alla pronta dimenticanza, naturale all'uomo anche nelle cose più essenziali, ed accelerata dalle passioni. Regola generale: le passioni violente sorprendono gli uomini, ma non per lungo tempo». Sulla difficoltà di accertare l'efficacia deterrente della minaccia della pena, cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena: la pena detentiva*, Padova 1979, p. 235, secondo il quale per valutare la relazione generale fra misura della pena e tassi di criminalità ci si è troppo a lungo accontentati di un approccio fondato sull'introspezione, il quale, pur non essendo di per sé estraneo alla metodologia delle scienze sociali, è stato applicato in materia in maniera arbitraria.

internazionale: si tratta, infatti, di un *unicum* non paragonabile alle altre preve esperienze di giustizia penale internazionale.⁴⁸⁷

D'altra parte, ancor più in questo scenario la teoria della coazione psicologica mostra i propri limiti, giacché verosimilmente chi è spinto a commettere crimini efferati da ragioni di vendetta motivate da appartenenza etnica o ideologica sarà pressoché insensibile dalla minaccia della sanzione penale.⁴⁸⁸ Altrimenti detto, le motivazioni orientate a fomentare la violenza saranno sovente superiori alla contropinta che può derivare dal timore della pena.⁴⁸⁹ I crimini internazionali, peraltro, sono commessi in circostanze straordinarie che difficilmente si ripresenteranno; in questa prospettiva, maggiore efficacia deterrente è esercitabile allora dalle istituzioni dello stato di diritto che va formandosi a seguito del conflitto.

L'idea preventiva investe il sistema in ogni sua parte e ne orienta le strutture in conformità alle mete che intende perseguire, correggendone i meccanismi in relazione ai nuovi criteri di funzionalità ed efficienza.⁴⁹⁰ Ebbene, la disciplina dell'istituto dell'applicazione della pena su richiesta delle parti contiene, oltre allo sconto di pena, un insieme di vantaggi che sembrerebbero indebolire la credibilità della minaccia penale.⁴⁹¹ La sanzione giuridica concretamente inflitta, invero, è sensibilmente inferiore a quella raccomandata dal legislatore e, segnatamente, dal quadro edittale; essa è inferiore, inoltre, alla pena suggerita dal taglio della gravità del crimine perpetrato e dall'intensità della colpevolezza del reo.

⁴⁸⁷ L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, p. 109, dove si evidenzia che tale funzione deterrente ha tanto più efficacia, tuttavia, nei confronti di generazioni di militari già educati alla cultura dei diritti umani; insignificante, di contro, essa potrebbe rivelarsi nei confronti di civili coinvolti in conflitti interni e guidati da altri sentimenti preponderanti, come l'identità e l'orgoglio nazionale, oppure l'odio sociale generato dalle violenze.

⁴⁸⁸ Cfr. B. VAN SCHAACK - R.C. SLYE, *International criminal law and its enforcement: cases and materials*, New York 2010, p. 16, dove sono enumerate le difficoltà cui va incontro la teoria della deterrenza. *In primis*, è complesso provare che taluno abbia desistito dal commettere un crimine per timore della sanzione penale, anziché come conseguenza di motivazioni diverse. In secondo luogo, l'effettività della minaccia dipende dal contesto, soprattutto dalla pubblicizzazione della pena. Infine, il crimine deve essere «*deterrible*», quindi concretamente prevenibile; deve essere, in altre parole, razionale.

⁴⁸⁹ L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, p. 110. E' questa la problematica, del resto, comune a tutte le concezioni orientate alla produzione di effetti psico-sociali: essa è rafforzata nel contesto della giustizia internazionale dall'assenza di strumenti coercitivi, segnatamente di una forza di polizia che esegua gli arresti. Si è parlato a proposito di «giustizia disarmata».

⁴⁹⁰ L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli 1984, p. 11.

⁴⁹¹ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 294.

Eppure, come visto, l'efficacia intimidativa della pena dipende non solo dalla sua severità; essa dipende, ancor più, dalla sua prontezza e dalla sua certezza.⁴⁹² La prontezza, invero, consente di accelerare la formazione del giudicato e di eseguire la pena in tempi quanto più possibili ravvicinati alla commissione del delitto; la certezza, poi, attiene alla percezione dell'alta possibilità di essere scoperti e da essa dipende perciò gran parte dell'efficacia dissuasiva del precetto penale.⁴⁹³

Di per sé, il patteggiamento non aumenta la probabilità che il reo venga scoperto; tuttavia, qualora egli si trovi ad essere imputato, la pena patteggiata è non solo molto più "pronta" rispetto alla pena ordinaria; essa è, in aggiunta, pena certa. *In primis*, la sanzione penale è irrogata al termine del rito speciale in tempi notevolmente ridotti e, in ogni caso, inferiori a quelli richiesti dal rito ordinario. Secondariamente, essa è pena certa sia avendo riguardo alla probabilità di essere condannato, una volta iniziato il giudizio, sia esaminandone la stabilità: la pena patteggiata è, difatti, appellabile soltanto qualora sia stata irrogata nonostante il parere contrario del pubblico ministero.⁴⁹⁴

Dunque, il patteggiamento sembrerebbe incidere positivamente sull'immaginazione dei consociati, che si prospetterebbero una pena meno severa, eppure irrogata prontamente e insuscettibile di modifiche ulteriori.⁴⁹⁵ La negoziazione parrebbe accettabile, giacché non comprometterebbe eccessivamente l'esigenza di repressione del crimine e di sicurezza dei cittadini, apportando al contempo una serie di miglioramenti in termini di efficienza, speditezza ed economicità del giudizio. In altre parole, la minore severità della pena sarebbe compensata da una maggiore certezza e prontezza della medesima.⁴⁹⁶

⁴⁹² Cfr. *supra*, nota n. 32. Cfr. anche C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano 1950, cit. p. 47: «Non è l'intensione della pena, che fa il maggior effetto sull'animo umano, ma l'estensione di essa; perché la nostra sensibilità è più facilmente e stabilmente mossa da minime, ma replicate impressioni, che da un forte, ma passeggero movimento. [...] Non è il terribile ma passeggero spettacolo della morte di uno scellerato, ma il lungo e stentato esempio di un uomo privo di libertà che, divenuto bestia di servizio, ricompensa colle sue fatiche quella società che ha offesa, che è il freno più forte contro i delitti».

⁴⁹³ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 295.

⁴⁹⁴ Sulla probabilità della condanna, cfr. *supra*, nota n. 31, dove si rimarca che il patteggiamento si risolve essenzialmente nella verifica negativa della non esistenza di una causa di non punibilità. Sulla tendenziale inappellabilità, cfr. art. 448 comma 2 c.p.p.; si consideri che, invece, entrambe le parti possono esperire ricorso per Cassazione ed assoggettare la sentenza a revisione.

⁴⁹⁵ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 296 ss. Inoltre, il patteggiamento sovente rappresenta l'unica soluzione capace di sfuggire ai tempi della prescrizione, irrogando la sentenza in tempi più rapidi: così, l'istituto in esame consentirebbe di evitare l'impunità e si configurerebbe, quindi, come il male minore.

⁴⁹⁶ Sulla prontezza della pena, cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano 1950, p. 55-56: «Il processo medesimo dev'essere finito nel più breve tempo possibile. Qual più crudele contrasto, che l'indolenza di un giudice e le angosce d'un reo? [...] Ho detto che la prontezza delle pene è più utile perché quanto è minore la distanza del tempo che passa tra la pena e il

Cionondimeno, l'operatività tale meccanismo di bilanciamento è talvolta sopravvalutata. La percezione della pena negoziata da parte della generalità dei consociati dipende, infatti, da un complesso di calcoli intuitivi e valutazioni inconsce che mal si prestano ad una schematizzazione concettuale.⁴⁹⁷ Peraltro, è ipotizzabile che la risposta sanzionatoria indebitamente e smisuratamente mite possa fungere da fattore criminogeno: chi valuta la possibilità di commettere un fatto illecito rischierebbe di figurarsi mentalmente un vantaggio ricavabile dal medesimo ben superiore alla sofferenza associata alla pena. Similmente, nello scenario della giustizia internazionale la funzione di intimidazione e deterrenza corre il pericolo di essere pregiudicata dalla mitezza del contenuto sanzionatorio della pena negoziata, particolarmente considerando che dinanzi ai crimini internazionali la pena è già ad ogni modo sproporzionata in difetto rispetto alla severità del fatto.⁴⁹⁸ A maggior ragione, in questo contesto la soluzione dell'amnistia condizionata elaborata dalla Commissione sudafricana pare vanificare la funzione deterrente, giacché la pena esemplare general preventiva è sostituita con una non-sanzione, ovvero l'impunità. Vale la pena ribadire, tuttavia, l'improbabilità di reiterazione del crimine internazionale e la pressoché inefficacia della teoria della coazione psicologica nella giustizia penale internazionale. Ciò vale a dire che gli effetti psicologici della pena sono sovente sopravvalutati: il reo, invero, non si risolve sempre al reato operando un calcolo freddo e preciso di costi e benefici.⁴⁹⁹ E' difficile ipotizzare percorsi deterrenti che possano sortire qualche efficacia laddove il crimine sia la conseguenza di una catena di vendette motivate da appartenenze etniche o ideologiche, o comunque di un clima orientato a fomentare la violenza. Esiste, poi, una formulazione diversa della teoria della prevenzione generale: si tratta della prevenzione generale c.d. positiva, la quale si manifesta come forma di

misfatto, tanto è più forte e più durevole nell'animo umano l'associazione di queste due idee, delitto e pena». Sulla certezza della pena, cfr. anche C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano 1950, p. 57: «La certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione, che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza dell'impunità; perché i mali anche minimi, quando sono certi, spaventano sempre gli animi umani».

⁴⁹⁷ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 301.

⁴⁹⁸ M. DONINI, *La condanna a morte di Saddam Hussein. Riflessioni sul divieto di pena capitale e sulle "necessaria sproporzione" della pena nelle gross violations*, in *Cassazione penale*, 2007, p. 12 ss.: «I crimini ascritti a Saddam Hussein non sono 'vendicabili' contro di lui, né tanto meno lo sono mediante un processo penale effettivo o apparente. [...] Neppure uccidendo tutta la famiglia di Saddam, salvo pensare di distruggere fisicamente il partito Baath, si potrebbe compensare quanto egli ha realizzato o fatto eseguire o tollerato in venti-trent'anni di regime». Così, più in generale, è manifesto che «neanche la morte del colpevole sarebbe proporzionata a un genocidio consumato». E' opinione dell'autore che tantomeno sia ipotizzabile la vendetta, la quale è sovente sproporzionata per eccesso.

⁴⁹⁹ L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, p. 110. Ne deriva che la minaccia della sanzione risulti poco credibile, difettando delle condizioni di effettività.

orientamento culturale della condotta dei consociati.⁵⁰⁰ Essa tende a sottolineare come la pena adempia ad una funzione morale e pedagogica: la forte disapprovazione sociale connessa alla condotta criminosa punita con la pena agevolerebbe l'identificazione dei consociati con il sistema di valori protetto dall'ordinamento giuridico.⁵⁰¹

Di conseguenza, il diritto penale assolverebbe ad una funzione c.d. di socializzazione, analoga a quella esplicita da istituzioni diverse, quali la famiglia, la scuola, le comunità; purché, evidentemente, la pena sia efficacemente applicata, il timore della disapprovazione sociale non vano ed il sistema penale nel suo complesso credibile.⁵⁰² La prevenzione generale assumerebbe così un significato "positivo", proponendosi una stabilizzazione delle norme.⁵⁰³

Al pari, tuttavia, di quanto detto a proposito della prevenzione generale negativa, il pericolo è che tale teoria possa condurre alla giustificazione di pene afflittive e durature allo scopo di soddisfare esigenze di tipo sociale e, perciò, estranee al reo.⁵⁰⁴ Tale modello ambisce a fondare la prevenzione sul consenso, anziché sul timore: l'obiettivo è favorire l'adesione spontanea e non coercitiva alla norma, di modo che ciascuno osservi il precetto normativo per libera scelta, persuasione e convincimento.⁵⁰⁵ Essa eserciterebbe una funzione di richiamo al valore degli interessi tutelati dall'ordinamento giuridico ed al senso di responsabilità dei consociati in vista di una loro effettiva protezione.⁵⁰⁶

Nella pratica, in realtà, esso ben si presta ad una rilegittimazione dell'idea retributiva, come strumento idoneo sia a canalizzare la spinta criminosa sia a

⁵⁰⁰ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2010, p. 696.

⁵⁰¹ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2010, p. 712. Ad agire come «contropinta criminosa» sarebbe questa volta il timore della riprovazione sociale.

⁵⁰² Cfr. G. DE VERO, *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, p. 444. L'autore definisce la teoria della prevenzione generale positiva con l'aggettivo «esoterico, come se davvero il compito di assicurare le condizioni della pacifica convivenza fosse di competenza esclusiva di tali istituzioni giuridiche, che calerebbero dall'alto su di un contesto sociale destinato a riceverle senza altre risorse e senza altre mediazioni».

⁵⁰³ Cfr. G. DE VERO, *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, p. 452: la coazione psicologica non deriva allora dalla minaccia della pena, bensì dalla consapevolezza della gravità dell'illecito da parte di tutti coloro che desiderino essere membri responsabili del consorzio civile.

⁵⁰⁴ G. FORTI, *L'immane concretezza: metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2003, p. 137-138.

⁵⁰⁵ Cfr. E.H. SUTHERLAND - D.R. CRESSEY, *Criminologia*, traduzione italiana di M. Zanchetti, Milano 1996, p. 109 ss., secondo cui ciascuno tende a tenere la condotta approvata dal gruppo in cui cerca il riconoscimento.

⁵⁰⁶ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 306. S'incentiverebbe così il singolo ad astenersi dal tenere condotte lesive, capaci di esporre il bene giuridico tutelato a pericolo; ciò allo scopo di salvaguardare valori fondamentali e comuni.

soddisfare i bisogni collettivi di stabilità e sicurezza.⁵⁰⁷ Tale sacrificio è ingiusto ed illegittimamente inflitto al singolo. Oltre a ciò, il valore della dignità umana, oltreché naturalmente il principio di uguaglianza, risulta lesa ogni volta che in casi analoghi la risposta sanzionatoria sia più o meno mite a seconda della presenza di ridotte od intense esigenze di prevenzione.

In ambito internazionale si è poi evidenziato che la funzione di prevenzione generale positiva è obsoleta, giacché la gran parte dei crimini sono commessi su comando degli apparati di sistemi del passato, estranei ai nuovi modelli affermatasi nella fase di transizione.⁵⁰⁸

Nella prospettiva della prevenzione generale positiva, il cittadino che sceglie di patteggiare e, quindi, di sottoporsi volontariamente alla sanzione punitiva manifesterebbe una fiducia rinnovata nell'ordinamento giuridico.⁵⁰⁹ Non possono, d'altro canto, trascurarsi le debolezze di una simile impostazione. Anzitutto, emergono i limiti del sistema giudiziario, il quale si trova costretto a sacrificare alcuni valori fondamentali, quali ad esempio il principio del contraddittorio od il diritto di difesa, nel tentativo di assicurare la propria sopravvivenza alla mole straordinaria del carico giudiziario. Questo, evidentemente, nuoce alla percezione che di tale sistema ha l'insieme dei consociati, mettendone in tal modo a rischio l'attendibilità.

Oltretutto, la rinuncia da parte dell'imputato alla propria difesa, seppur volontaria, aumenta verticalmente la probabilità della condanna dell'innocente: la speditezza del procedimento, infatti, è conseguenza di un accertamento sommario della responsabilità dell'imputato, di cui è ammessa la condanna nonostante l'assenza di

⁵⁰⁷ L. EUSEBI, *La 'nuova' retribuzione. (I) Pena retributiva e teorie preventive – (II) L'ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, p. 942 ss., dove la teoria retributiva è paragonata ad una teoria general preventiva mascherata: «Solo mediante la retribuzione sarebbe possibile spiegare in senso socio-psicologico la reale connessione fra il mezzo (il male della pena) e lo scopo (la tutela della vita sociale)». Cfr. G. DE VERO, *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, p. 446, secondo cui tale teoria sedicente preventiva condividerebbe, invece, con l'idea retributiva la preoccupazione di assicurare la permanenza di un ordine sociale, anziché evitare la perpetrazione di reati; I. MARCHETTI - C. MAZZUCATO, *La pena 'in castigo'. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano 2006, p. 46 ss., dove si dice che la deterrenza si rivolge strutturalmente a chi è già potenzialmente un criminale, mentre non orienta affatto il cittadino già di per sé incline a rispettare i precetti normativi. «Tali orientamenti si inseriscono in logiche di contenimento repressivo e non promuovono alcuna crescita (educativa e motivazionale) a una legalità convinta: una società repressa, non una società migliore».

⁵⁰⁸ L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, p. 118. Ancor più, è impensabile riaffermare i valori di un ordinamento non ancora esistente, ossia ogni volta che ancora nessuna istituzione sia stata edificata a seguito del conflitto.

⁵⁰⁹ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 307.

un reale accertamento di responsabilità.⁵¹⁰ Così, la prontezza della pena rischia di andare a discapito della serietà dell'accertamento ed i benefici sanzionatori di ridursi a mere espressioni della generale disfunzione delle istituzioni; essi non avrebbero dunque radice in un valore, bensì in un disvalore.⁵¹¹ . Ciò ha conseguenze dirette sull'opinione pubblica, la quale verosimilmente fatica a giustificare quegli sconti di pena che sembrano contraddire la gerarchia costituzionalmente orientata dei valori. Dall'indignazione e dal disorientamento facilmente nascono poi sentimenti di generale sfiducia nei confronti del sistema giudiziario, accusato di non essere in grado di salvaguardare i beni giuridici fondamentali, oppure di non volerlo fare.⁵¹² Questi giudizi sono peraltro aggravati dalla segretezza del rito, che sfugge al controllo democratico e riduce il giudizio penale ad un mero "commercio" di utilità.⁵¹³

Altresì nel caso dei crimini internazionali, la necessità di scendere a patti evidenzia le carenze e le debolezze del sistema di giustizia, incapace di far fronte al carico giudiziario senza avvalersi dell'accordo con il reo. Anche in questo caso, tuttavia, l'accertamento sommario che consegue al rito del patteggiamento permette di dedicare tempo e risorse alla persecuzione di un numero maggiore di responsabili. Ciò genera verosimilmente consenso nei consociati, i quali ben valuteranno un

⁵¹⁰ G. LOZZI, *La legittimità condizionale del c.d. patteggiamento*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, p. 1603. Cfr. F. CARRARA, *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Prato 1878, p. 261 ss., secondo cui la sentenza di condanna realizzerebbe in ogni caso un'utilità sociale, giacché è preferibile il sacrificio di una sola persona attraverso una condanna ingiusta all'impunità del reo, la quale incoraggerebbe altri all'emulazione, cagionando pericolo ad un numero indeterminato di cittadini. In chiave critica, cfr. G. DE VERO, *Prevenzione generale e condanna dell'innocente*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 997 ss., secondo il quale tale modello, incentrato sulla sola inflizione della pena, sarebbe invece inaccettabile. Sia che il fine sia la coazione psicologica oppure l'orientamento della condotta dei consociati ed il consolidamento della loro fiducia nei confronti dell'ordinamento, la pena deve essere applicata nei confronti di chi ha commesso realmente il fatto e, quindi, ha dimostrato di ignorare il messaggio deterrente. Insignificante ed anzi controproducente sarebbe punire chi già si è dimostrato sensibile alla coazione psicologica e rispettoso dei precetti giuridici.

⁵¹¹ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 310 ss. Il pericolo, allora, è che si finisca col ridurre il processo penale a mero meccanismo di «monetizzazione delle conseguenze giuridiche del reato».

⁵¹² E. DOLCINI, *La commisurazione della pena: la pena detentiva*, Padova 1979, p. 228: è opinione dell'autore che il giudice, nel commisurare la pena da infliggere, dovrebbe considerare non il pericolo di commissione di reati da parte di soggetti inclini a delinquere, quanto piuttosto la fiducia dei buoni cittadini nell'ordinamento giuridico, la quale «non deve essere scossa attraverso l'applicazione di pene troppo tenui».

⁵¹³ Cfr. J. ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano e F. Stella, Bologna 1980, p. 34: «La legge e il suo meccanismo di applicazione esercitano influenza morale solo se percepiti come espressione di legittima autorità».

sistema di giustizia nel complesso più efficiente. L'irrogazione di un numero consistente di sanzioni esplicherebbe quindi la funzione di conferma o restaurazione simbolica della "coscienza dell'umanità" e del senso della sua inviolabilità, di riaffermazione delle norme fondamentali di civiltà come "più forti".⁵¹⁴

In conclusione, il patteggiamento è capace d'assicurare una pena pronta, certa e stabile; questo a discapito, tuttavia, della severità della medesima, la quale è sensibilmente ridotta. La diminuzione del *quantum* della sanzione penale è insidiosa. In termini di prevenzione generale negativa, essa può incentivare a delinquere qualora, nel bilanciamento dei *pro* e dei *contro*, gli svantaggi connessi alla pena siano percepiti come inferiori ai vantaggi ricavabili dal fatto illecito da parte del potenziale reo.

In termini, invece, di prevenzione generale positiva, l'opinione pubblica rischierebbe di percepire la negoziazione come una rinuncia e, quindi, una negazione dei valori salvaguardati dall'ordinamento giuridico, generando malcontento e dissenso.⁵¹⁵ Ciò malgrado, il cittadino che deliberatamente patteggia e, dunque, si sottopone al trattamento punitivo previsto dalla legge diviene esempio ed espressione del sentimento di fedeltà nei confronti dell'ordinamento giuridico.

4.1.2.2. Pena negoziata e prevenzione speciale

Nel novero delle teorie relative, la c.d. prevenzione speciale si rivolge al singolo cittadino che si sia reso responsabile di un atto criminoso. La sanzione penale è concepita come strumento attraverso cui prevenire la commissione di altri reati da parte dello stesso soggetto cui la sanzione è applicata.⁵¹⁶ L'idea a fondamento di tale modello è che l'inflizione della pena ad un determinato soggetto serva proprio ad indurre il medesimo a desistere dal tenere in futuro altre condotte illecite.⁵¹⁷ L'effetto di prevenzione speciale può essere ottenuto mediante il ricorso a tecniche diverse, incentrate sulla neutralizzazione del reo oppure, di contro, sulla sua rieducazione e risocializzazione. La tecnica più elementare è la neutralizzazione del soggetto potenzialmente pericoloso attraverso l'impiego della coercizione

⁵¹⁴ L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, p. 117.

⁵¹⁵ Cfr. S. MOCCIA, *Il dover essere della premialità*, in AA.VV., *La giustizia contrattata: dalla bottega al mercato globale*, a cura di S. Moccia, Napoli 1998, p. 205. Così come può distinguersi un diritto penale del fatto, collegato alla condotta del reo descritta nella fattispecie, ed un diritto penale dell'autore, che riconduce la pena alla personalità del reo, allo stesso modo «è possibile ipotizzare un beneficio fondato su un fatto/condotta e un beneficio sganciato dal fatto». In questo scenario, il patteggiamento accorderebbe appunto un vantaggio che nulla o poco ha a che fare con il delitto commesso.

⁵¹⁶ G. FORTI, *L'immane concretezza: metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2003, p. 139.

⁵¹⁷ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2010, p. 696.

fisica o del condizionamento della sua personalità. L'intento è in questo caso l'"eliminazione" del reo, ossia di «chiudere la porta dell'istituzione penitenziaria in cui lo si rinchioda e gettare la chiave».⁵¹⁸ La neutralizzazione può intendersi come soluzione preferenziale oppure da applicarsi in via subordinata, soltanto qualora il destinatario della sanzione non paia adatto ad essere reinserito nella società.⁵¹⁹ Ad ogni modo, l'accezione più moderna, della funzione di prevenzione speciale è proprio quella riconducibile alla rieducazione ed alla risocializzazione, che presiedono senz'altro alla fase esecutiva della pena. L'art. 27 comma 3 della Costituzione italiana assegna invero alla pena il compito di «tendere alla rieducazione del condannato».⁵²⁰ Il proposito è di rieducare mediante la pena: tale compito non deve essere interpretato in termini etici, come emenda morale del reo; bensì, esso è inquadrabile come processo volto a mettere il soggetto in condizione di rispettare le regole di un'ordinata convivenza.⁵²¹ Tale programma si sostanzia nel recupero della disponibilità personale al rispetto delle norme penali per scelta, anziché al solo scopo di non patire nuovamente il male già sperimentato con l'inflizione della pena.⁵²²

E' evidente che l'opera di rieducazione non possa assumere la forma della trasformazione coattiva della personalità del reo, di cui altrimenti risulterebbe lesa la dignità umana; essa, piuttosto, deve condursi come offerta d'aiuto.⁵²³ Lo scopo non è rieducare coattivamente al bene, quanto piuttosto e ben più realisticamente ripristinare le condizioni minime affinché la legge penale riprenda a svolgere efficacemente la sua funzione di ammonimento.⁵²⁴ Si è parlato a proposito di

⁵¹⁸ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 324.

⁵¹⁹ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale: parte generale*, Milano 2012, p. 4 ss. E' preferibile, evidentemente, la seconda ipotesi, la quale intende la possibilità della neutralizzazione del reo come *extrema ratio*, cui si ricorre soltanto qualora la rieducazione e la risocializzazione paiano irrealizzabili.

⁵²⁰ Cfr. l. 26 luglio 1975, n. 34, art. 1 comma 6 a proposito del trattamento penitenziario: «Nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi».

⁵²¹ E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova 1979, p. 107. Cfr. G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli 2006, p. 133, dove si rimarca che la preferenza accordata dalla Costituzione al principio rieducativo non pretende di risolvere il dibattito politico-criminale relativo agli scopi della punizione giuridica; eppure, esso esprime «una opzione politico-ideologica in senso umanitario e solidaristico».

⁵²² L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, p. 103. L'adesione volontaria alla norma giuridica giova non solo al condannato, ma altresì alla coscienza sociale, in quanto il precetto violato torna ad essere rispettato dal trasgressore. Il consenso, dunque, è da preferire ad «una obbedienza instabile fondata sul timore».

⁵²³ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale: parte generale*, Milano 2012, p. 17.

⁵²⁴ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 323. Cfr. L. EUSEBI, *La pena 'in crisi': il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia 1990, p. 83-84.

risocializzazione c.d. emancipativa, diretta ad ottenere che chi subisce la sanzione possa avere una piena conoscenza del significato delle norme violate e delle misure adottate nei suoi confronti.⁵²⁵

Il concetto di risocializzazione è di recente entrato in crisi, soprattutto per via dell'acquisita consapevolezza circa l'imprevedibilità degli effetti del trattamento rieducativo sul condannato.⁵²⁶ L'idea rieducativa, difatti, esige l'analisi delle conseguenze empiriche del crimine e, conseguentemente, di una serie di fattori complessi relativi al fenomeno criminale. Talune perplessità sono state manifestate dunque nei confronti della funzione di risocializzazione in quanto finalità realmente perseguibile nel contesto della politica criminale.⁵²⁷ Eppure, il fallimento della prevenzione speciale ha coinvolto essenzialmente la sua concezione come vero e proprio trattamento terapeutico basato su fondamenti scientifici. Esso rimane per il resto il principio che, meglio di ogni altra teoria della pena, realizza i dettami dello Stato sociale, consentendo di dedicarsi alla persona del reo al fine di reintegrarlo nell'organizzazione sociale, anziché di stigmatizzarlo.⁵²⁸ Il programma di risocializzazione presuppone il riconoscimento

La rieducazione coattiva, invero, lederebbe una serie di diritti fondamentali dell'individuo, prima fra tutti la libertà personale. Per questa ragione, il programma non potrebbe mai consistere in forme di manipolazione della personalità del condannato volte ad ottenere il riconoscimento forzato del valore e dell'invulnerabilità dei beni giuridici previamente offesi.

⁵²⁵ L. EUSEBI, *La pena 'in crisi': il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia 1990, p. 88.

⁵²⁶ L. EUSEBI, *La 'nuova' retribuzione. (I) Pena retributiva e teorie preventive – (II) L'ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, p. 949 ss.

⁵²⁷ L. EUSEBI, *La pena 'in crisi': il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia 1990, p. 84. Cfr. L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli 1984, p. 27, dove si rimarca che in quanto teoria 'empirica' della pena, la special prevenzione è fortemente esposta al rischio di essere confutata dai risultati, appunto, empirici. Si tratta precisamente dei fallimenti parziali o totali della risocializzazione, del mancato reinserimento del reo nell'ambiente familiare o di lavoro, dell'impossibilità di colmare lacune della socializzazione e, soprattutto, della permanenza di alti tassi di recidiva.

⁵²⁸ G. FORTI, *L'immane concretezza: metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2003, p. 141. Quest'approccio risulta peraltro conforme all'art. 3 Cost., che impone di «di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». L. EUSEBI, *La pena 'in crisi': il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia 1990, p. 84, dove si evidenzia che la sola idea di risocializzazione è idonea ad impedire che mediante l'inflizione della pena l'agente sia estromesso dal contesto della corresponsabilità sociale. «Soltanto l'idea di risocializzazione, infatti, può motivare l'impiego di forme di reazione al crimine le quali assumano un senso non puramente negativo per chi le subisca e segnalino la disponibilità sociale a ristabilire con il medesimo il rapporto di fiducia infranto con la condotta anti-giuridica».

di un debito dell'intera società rispetto alla soluzione del problema criminale, escludendo la legittimità delle soluzioni al problema criminale che annullino il rilievo della posizione del condannato.⁵²⁹

Similmente, nel contesto della giustizia internazionale si sono attribuiti alla special prevenzione almeno due significati distinti. Il primo programma è incentrato sulla c.d. innocuizzazione del reo e mira a garantire protezione alla società mediante l'emarginazione del condannato in quanto soggetto pericoloso per la collettività.⁵³⁰

Cionondimeno, è necessario rimarcare ancora una volta la peculiarità dei fenomeni di perpetrazione dei crimini internazionali di massa, che largamente dipendono dal contesto storico e sociale e comportano l'abuso del potere da parte delle autorità statali. Di conseguenza, la pericolosità sociale dei responsabili ed il rischio di recidiva sono sostanzialmente esclusi quando tali fattori siano esauriti.

Ciò è vero soprattutto quando il regime vigente ai tempi del conflitto già ha avuto termine nel momento in cui le autorità giudiziarie competenti inaugurano le ricerche ed avviano i giudizi a carico dei responsabili. Diversamente, qualora le autorità politiche ai vertici siano sopravvissute ed ancora detengano il potere la funzione di neutralizzazione potrebbe rivelarsi essenziale al fine di sradicare il sistema criminale; senonché, il perseguimento di tale obiettivo risulta pregiudicato da principio per via dell'assenza di un apparato di polizia in seno alla Corte penale internazionale.⁵³¹

Il secondo programma mira alla rieducazione ed al reinserimento del responsabile all'interno della società: lo scopo è impedire che chi già si sia reso responsabile di crimini internazionali torni a delinquere.⁵³² La reintegrazione pare conseguire

⁵²⁹ L. EUSEBI, *La pena 'in crisi': il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia 1990, p. 84. Dunque, è proprio la componente risocializzativa che, più di tutte, denota l'esigenza di una tutela effettiva della dignità umana. Cfr. L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli 1984, cit. p. 23: «La teoria special preventiva si 'appropria' del tempo del condannato, e si attribuisce il diritto di riempirlo dei contenuti che le appaiano più funzionali alla rieducazione».

⁵³⁰ L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, p. 124.

⁵³¹ L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, p. 124. Per queste ragioni l'attività della Corte dipende dall'esito di interventi militari umanitari volti alla consegna dei responsabili. Peraltro, accade talvolta che, nonostante l'avvenuta transizione *post* conflitto verso la creazione di un nuovo Stato democratico, i *leaders* del previo sistema continuino ad esercitare informalmente influenza sulla comunità, ad esempio incentivando la concessione di amnistie od ostacolando i necessari mutamenti costituzionali. Anche in questi casi la stigmatizzazione e la neutralizzazione dei responsabili può rivelarsi utile ed anzi necessaria: si tratta, invero, di fenomeni che impediscono che la giustizia faccia il proprio corso e che la comunità avvii un serio percorso di riconciliazione interna.

⁵³² B. VAN SCHAACK - R.C. SLYE, *International criminal law and its enforcement: cases and materials*, New York 2010, cit. p. 17: «*Rehabilitation seeks to prevent the future commission of crime by curing previous offenders of their criminal tendencies. Thus, the success of rehabilitation is measured by recidivism rates, rather than by changes in the aggregate incidence of crime*». Il diritto penale internazionale intende sovente la funzione di special

pressoché automaticamente alla transizione: è verosimile che la creazione di una forma di governo nuova e democratica risulti sufficiente a favorire il ripristino delle relazioni sociali ed il reinserimento del reo, in special modo i meri esecutori materiali di crimini voluti ed ordinati da terzi.⁵³³

Ben meno plausibile sembra, invece, l'istanza di risocializzazione del reo attraverso il suo soggiorno nelle carceri. L'unica apertura è rappresentata dall'istituto previsto dall'art. 110 dello Statuto di Roma, che ammette la possibilità di riduzione della pena quando il condannato abbia già scontato almeno i due terzi della pena irrogata oppure un periodo di reclusione non inferiore ad anni venticinque. Devono sussistere, in aggiunta, una o più condizioni ulteriori: la cooperazione da parte del reo nell'attività di investigazione e persecuzione esercitata dalla Corte; la sua collaborazione nell'esecuzione delle sentenze pronunciate dalla Corte; altri fattori che indichino un cambiamento notevole delle circostanze e giustifichino, quindi, la riduzione della pena.⁵³⁴

E' stato osservato in dottrina che i primi due requisiti sono rigorosamente predefiniti e prescindono, perciò, da valutazioni relative al reinserimento sociale del condannato; di contro, la flessibilità dell'ultima ipotesi presenta un'impronta marcatamente rieducativa nel senso della risocializzazione, potendo attribuire rilevanza alla condotta tenuta dal reo successivamente alla condanna.⁵³⁵

Sembrano, dunque, convivere nella disciplina internazionalistica due anime distinte, l'una di stampo retributivo e l'altra tendente alla rieducazione del responsabile.⁵³⁶

Ora, mentre la funzione di prevenzione generale è stata a lungo affidata quasi esclusivamente alla pena principale, la funzione di prevenzione speciale è

prevenzione come riabilitazione e, quindi, come cura del reo. Il concetto di riabilitazione ridimensiona la relazione tra la gravità del reato commesso e la severità della sentenza: la sentenza appropriata, invero, è quella che agevola la "guarigione" del condannato; una volta riabilitato, non è necessaria alcuna sanzione ulteriore. Tale impostazione è, come visto, estremamente problematica, giacché ambisce a fondarsi su basi scientifiche che, in realtà, paiono difficilmente rintracciabili.

⁵³³ L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, p. 126. La transizione che segue il conflitto agevola «la reintegrazione delle relazioni interne della comunità».

⁵³⁴ Art. 110 comma 4 dello Statuto di Roma.

⁵³⁵ L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, p. 127. L'autore cita anche l'art. 223 delle *ICC Rules of procedure and evidence* come esempio dell'apertura nei confronti delle esigenze di rieducazione del condannato. Alla lettera a) di tale articolo, esplicitamente viene indicata, tra i criteri da considerare ai fini della riduzione di pena ex art. 110 dello Statuto di Roma, «*the conduct of the sentenced person while in detention, which shows a genuine dissociation from his or her crime*».

⁵³⁶ L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, p. 127.

soprattutto esercitata dalle misure di sicurezza.⁵³⁷ Esse, difatti, consentono di neutralizzare la pericolosità sociale del reo, emarginandolo dalla compagine sociale e relegandolo in strutture da questa separate, come le case di cura e di lavoro; consentono, inoltre, di rieducarlo, rapportando il contenuto della misura alle sue caratteristiche tipologiche.⁵³⁸

Più in generale, alla prevenzione speciale è stato precluso ogni spazio nella determinazione del *quantum* della pena: essa è stata confinata, di contro, nella fase successiva della “commisurazione in senso lato”.⁵³⁹ Ciò equivale a dire che il principio rieducativo è il criterio predominante nella fase che segue alla commisurazione della pena da parte del giudice, quando sulla base di una prognosi probabilistica il medesimo ritenga che la pena non debba essere eseguita, oppure che debba essere sostituita con pene diverse e meno gravose rispetto a quella inflitta.⁵⁴⁰ All’autorità giudiziaria è demandato di valutare l’opportunità di evitare al reo gli effetti stigmatizzanti del carcere, ogni qual volta possa ragionevolmente presumersi che questi non tornerà a delinquere.⁵⁴¹

Questo modello ha il pregio della linearità, giacché la prevalenza di istanze general preventive in sede di commisurazione garantisce l’irrogazione di una quantità di

⁵³⁷ Cfr. S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, p. 102 ss.

⁵³⁸ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2010, p. 698. Con la misura di sicurezza, in particolare, è possibile tenere conto di caratteristiche personali del reo, quali la recidiva, l’abitudine, l’infermità mentale, la minore età. Peraltro, il sistema c.d. del doppio binario adottato dal nostro ordinamento giuridico consente l’applicazione contemporanea della pena principale e della misura di sicurezza nei confronti di chi si riveli non solo imputabile, ma anche socialmente pericoloso.

⁵³⁹ Cfr. M. ROMANO, *Sub art. 133*, in M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano 2005, p. 311. Cfr. M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 323, dove si evidenzia che ad oggi la logica della rieducazione informa di sé diversi istituti sia sostanziali, *in primis* la sospensione condizionale della pena, sia penitenziari, come nel caso delle misure alternative alla detenzione.

⁵⁴⁰ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale: parte generale*, Milano 2012, p. 16. Tale possibilità è ammessa soltanto rispetto ad alcuni reati e, segnatamente, quelli considerati connotati dal minor disvalore sociale. Gli autori del crimine possono ottenere che la pena sia sospesa, mediante il ricorso alla disciplina della sospensione condizionale della pena *ex art. 163 c.p.*, di regola entro il limite di due anni di pena detentiva; altrimenti, la pena detentiva breve, ossia non eccedente i due anni, può essere sostituita *ex art. 53 ss. della l. 24 novembre 1981*, n. 689. Cfr. ad esempio *l. 24 novembre 1981*, n. 689, art. 58, secondo cui tra i diversi tipi di pena sostitutiva dovrà scegliersi «quella più idonea al reinserimento sociale del condannato».

⁵⁴¹ Cfr. G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli 2006, p. 134.

pena diversa in relazione alla diversa gravità della colpevolezza.⁵⁴² Tuttavia, l'emarginazione della prevenzione speciale pare inaccettabile almeno per due ordini di ragioni. *In primis*, non è coerente trascurare ogni istanza di prevenzione speciale in fase di commisurazione, quando poi essa diviene il principio che ispira e guida la fase successiva. In secondo luogo, s'impedisce così il ricorso ad alcuni istituti importanti a loro volta a sfondo special preventivo, quali la sospensione condizionale della pena o l'affidamento in prova ai servizi sociali.⁵⁴³ Resta da valutare se ed in che misura il patteggiamento ex art. 444 c.p.p. sia idoneo a realizzare la funzione di prevenzione speciale. Secondo autorevole dottrina, l'istituto dell'applicazione della pena su richiesta delle parti non si presta a soddisfare le esigenze di rieducazione e risocializzazione e neppure di neutralizzazione del reo. Invero, la scelta dell'imputato riflette di regola un mero calcolo di utilità, scevro di emenda e, dunque, inadatto a fondare una prognosi relativa alla sua condotta futura.⁵⁴⁴ Ciò significa che è irrealistico ipotizzare di poter ottenere un ravvedimento del reo tramite uno scambio di favori: la disponibilità a collaborare non è spontanea, bensì, subordinata alla garanzia da parte della pubblica accusa di una serie di vantaggi processuali. Si tratta di un ripensamento precoce da parte dell'imputato nei confronti dei beni offesi di recente, dal quale non dovrebbe dedursi una rinnovata sensibilità nei confronti dei medesimi, quanto piuttosto l'attrattiva della soluzione processuale abbreviata.⁵⁴⁵ Scampano il meccanismo negoziale all'accertamento della responsabilità, esso potrebbe addirittura pregiudicare la futura cognizione del male arrecato da parte del reo e, di conseguenza, la sua futura adesione alle norme giuridiche.⁵⁴⁶

⁵⁴² M. ROMANO, *Sub art. 133*, in M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano 2005, p. 313. Tra le funzioni di prevenzione generale, è menzionata l'assenza di allarme sociale.

⁵⁴³ E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova 1979, p. 52 ss.

⁵⁴⁴ E. DOLCINI, *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, p. 807. Cfr. M. MARGARITELLI, *'Limitata partecipazione al fatto criminoso' e accesso ai benefici penitenziari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, p. 3210, dove sono manifestate forti perplessità nei confronti del «collegamento mistificatorio tra collaborazione e cammino verso la rieducazione e risocializzazione». La scelta collaborativa, difatti, ben può essere il frutto di mere considerazioni utilitaristiche in vista dei vantaggi che la legge vi connette.

⁵⁴⁵ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 325. La scelta del rito speciale da parte dell'imputato è definita come «*utiliter data*», cioè mossa dalla possibilità di poter ottenere dei vantaggi concreti ed evitare conseguenze indesiderate.

⁵⁴⁶ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 326. Il patteggiamento illuderebbe il condannato «di essere rimasto, tutto sommato, estraneo al circuito colpa-sanzione». Cfr. L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, cit. p. 84: «Di fronte ad un'accusa il cui fine è la condanna di chi sia ritenuto colpevole non ci può essere dialogo, ma solo il tentativo, da parte di chi si difende, di arginare i danni».

Oltretutto, l'efficacia neutralizzante della pena patteggiata è compromessa già da principio dalla disciplina dell'istituto, il quale non consente l'applicazione di pene accessorie o di misure di sicurezza, se non nella sua forma "allargata".⁵⁴⁷ Non deve sottovalutarsi, in aggiunta, la dialettica che lega la razionalità del trattamento sanzionatorio alla percezione da parte dell'opinione pubblica della pena come "pena giusta".⁵⁴⁸ Quanto più la sanzione penale è capace di superare le anacronistiche concezioni vendicative della pena e proporre soluzioni sanzionatorie non incomprensibilmente dispari, tanto più essa soddisferà le attese dei consociati. In questo scenario, il patteggiamento paga prezzi elevati sul piano dell'uguaglianza: in tal modo, è possibile che la capitolazione dinanzi all'ordinamento del reo che scelga il rito speciale sia percepita come capitolazione dello stesso ordinamento, in grado di comprometterne la credibilità.⁵⁴⁹ Oltre a ciò, è inverosimile attendersi che l'accordo tra l'imputato ed il pubblico ministero abbia ad oggetto una pena calcolata tenendo conto dei criteri previsti dagli artt. 132 e 133 c.p., ossia gravità del reato e capacità a delinquere del reo.⁵⁵⁰ Perlomeno teoricamente, il pubblico ministero potrebbe farsi interprete di istanze di giustizia sostanziale e subordinare la propria adesione alla congruità del trattamento sanzionatorio previsto rispetto alle finalità della pena; eppure, nulla lo

⁵⁴⁷ E' fatta salva la sola applicabilità della confisca prevista *ex art.* 240 c.p.

⁵⁴⁸ Cfr. L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, p. 85. Paradossalmente, l'assimilazione della pena ad un male compromette la stessa propensione dei consociati alla collaborazione con la giustizia: di regola, il cittadino che non è parte in causa «non se la sente di attivarsi per fare del male ad un altro individuo».

⁵⁴⁹ E. DOLCINI, *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, p. 809. Il trattamento sanzionatorio ingiustificatamente dispari rischia allora di delegittimare l'ordinamento giuridico nella prospettiva dei valori tutelati. Cfr. T. PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, pag. 935, dove ben diversamente la scelta del rito speciale da parte dell'imputato veniva descritta come «una capitolazione del reo di fronte all'ordinamento»: all'accettazione pronta della pena sarebbe seguito un effetto pedagogico positivo, consistente in un messaggio dissuasivo ed al contempo persuasivo nei confronti del complesso dei consociati.

⁵⁵⁰ Cfr. M. ROMANO, *Sub art.* 133, in M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano 2005, p. 304 ss. E' preferibile accogliere la tesi secondo la quale la capacità a delinquere del reo si riferisca non al passato, ossia «alla personalità dell'autore trasfusa o riflessa nel fatto»; piuttosto, pare da riferire al futuro, «come attitudine del soggetto alla commissione di nuovi ed ulteriori reati». Si tratta del compromesso tra scuola classica e scuola positiva, che si attua con l'introduzione del sistema c.d. del doppio binario: il primo comma dell'art. 133 c.p., relativo alla gravità del reato, soddisfa l'esigenza delle prevenzione generale, mentre il secondo comma in esame risponde alle istanze di prevenzione speciale. La capacità a delinquere può desumersi dai motivi a delinquere e dal carattere del reo, dai precedenti penali e giudiziari, dalla condotta e dalla vita del reo antecedenti al fatto di reato, così come dalla condotta contemporanea o successiva al reato e dalle condizioni di vita familiare e sociale del reo.

garantisce e le considerazioni utilitaristiche tendono a prevalere su quelle che la funzione di prevenzione speciale richiederebbe.⁵⁵¹ Così, la pena è commisurata in funzione di esigenze di economia giudiziale.⁵⁵²

Ciononostante, la commisurazione della pena non è ridotta ad un mero affare di parti, giacché ad oggi è riconosciuto al giudice un ruolo di sorveglianza rispetto all'accordo raggiunto.⁵⁵³ Decisivo in questo senso è stato l'intervento della Consulta, che ha accolto le impostazioni teoriche già sviluppate dalla dottrina.⁵⁵⁴ Secondo l'orientamento diffuso, le esigenze di prevenzione generale dovrebbero prevalere a livello di definizione delle cornici edittali e, di contro, la funzione di prevenzione speciale prevarrebbe in sede di esecuzione della pena ed anche, secondo la gran parte della dottrina, in sede di commisurazione giudiziale in senso stretto.⁵⁵⁵

Non difformemente, con la sentenza n. 313/1990 la Corte costituzionale ha delineato un nuovo modo di concepire il ruolo della pena.⁵⁵⁶ In questa occasione,

⁵⁵¹ E. DOLCINI, *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, p. 804. L'imputato tenderà a prospettarsi i vantaggi derivanti dalla scelta del rito speciale, mentre il pubblico ministero a focalizzarsi su valutazioni relative al materiale probatorio raccolto ed ai carichi di lavoro gravanti sull'ufficio.

⁵⁵² E. DOLCINI, *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, p. 804, che conclude lasciando aperto un quesito: «Ma davvero può attendersi un contributo di efficienza per il sistema processuale da un modello di procedimento votato all'inflizione di pene incongrue rispetto agli scopi?». Cfr. anche L. MONACO - C.E. PALIERO, *Variazioni in tema di crisi della sanzione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, p. 430 ss., dove si definisce come «rito-dipendente» la commisurazione della pena operata in sede di patteggiamento: in questa operazione domina una razionalità del tutto peculiare, tale da fare dubitare dell'esistenza di un'autentica commisurazione; A. PAGLIARO, *Riflessi del nuovo processo sul diritto penale sostanziale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, p. 45: la funzione del giudice così delineata è descritta come « pressoché notarile ».

⁵⁵³ Cfr. G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione editale e commisurazione giudiziale*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli 2006, cit. p. 131: «La pena è un'istituzione sociale: come tale, essa desume i suoi significati dalla società e dalla cultura, e ne riflette i rispettivi orientamenti dominanti nelle diverse fasi storiche».

⁵⁵⁴ G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione editale e commisurazione giudiziale*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli 2006, p. 136. Tali sviluppi teorici riconoscono la prevalenza della funzione di prevenzione (generale e speciale) rispetto al paradigma retributivo, il quale si riduce a mero criterio di proporzione tra la pena da infliggere e l'intensità della colpevolezza.

⁵⁵⁵ E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova 1979, p. 52 ss.

⁵⁵⁶ Cfr. Corte Cost., 26 giugno - 2 luglio 1990, n. 313, consultabile all'url www.giurcost.org/decisioni/1990/0313s-90.html. Sul tema, cfr. anche F. RIZZO, *La mutata disciplina della sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi tra vecchie logiche e nuove*

specificamente, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 444 comma 2 c.p.p. nella parte in cui non attribuisce al giudice il potere di sindacare in relazione alla congruità della pena negoziata dalle parti. Al giudice è demandato un sindacato di «non congruità», nel senso che la richiesta di applicazione della pena presentata dalle parti deve essere respinta qualora egli disponga di elementi sufficienti per constatare l'assoluta inadeguatezza della sanzione.⁵⁵⁷ Invero, in ossequio all'art. 27 comma 3 della Costituzione un ruolo primario in fase di commisurazione della pena deve assegnarsi al principio rieducativo: così, adeguata sarà la pena idonea a promuovere il reinserimento del reo nella società.⁵⁵⁸ E' opinione della Corte, peraltro, che la sanzione patteggiata, seppur ridotta, debba improntarsi al principio di proporzione e, quindi, prendere sempre in esame la gravità del fatto commesso: soltanto in tal modo la pena può essere percepita come "giusta" e da parte dell'opinione pubblica e, sul piano del funzionalismo special preventivo, da parte del condannato.⁵⁵⁹

prospettive, in AA.VV., *Patteggiamento allargato e sistema penale*, a cura di A. De Caro, Milano 2004, p. 197 ss.; E. DOLCINI, *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, p. 811, che definisce la sentenza in esame come «decisione storica».

⁵⁵⁷ P.M. ANNUNZIATA, *Patteggiamento e principio rieducativo*, in *Giurisprudenza di merito*, 1995, p. 189. Cfr. P. RABBIA, *Patteggiamento e principio rieducativo*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 1997, p. 4, dove si evidenzia che la pena, di contro, è valutata congrua dal giudice qualora egli la ritenga la stessa che determinerebbe ex art. 133 c.p., sia nella specie che nel *quantum*.

⁵⁵⁸ R. BLAIOTTA, *Il giudice e la pena nel patteggiamento*, in *Cassazione penale*, 1995, p. 340. Cfr. Corte Cost., 26 giugno - 2 luglio 1990, n. 313: «Se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniqualvolta specie e durata della sanzione non fossero calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alla necessità rieducativa del soggetto». Dunque, è opinione della Corte che il principio rieducativo debba influenzare e la fase della commisurazione della pena da parte del giudice e quella precedente relativa alle scelte legislative. A riguardo, cfr. P. RABBIA, *Patteggiamento e principio rieducativo*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 1997, p. 4, secondo cui la pronuncia della Corte rifiuta la retribuzione, assegna alla difesa sociale ed alla prevenzione generale un ruolo meramente accessorio ed infine valorizza la rieducazione, «superando il concetto egoistico secondo il quale la pena doveva prima di tutto soddisfare gli interessi, individuali o collettivi, lesi o messi in pericolo dal reato». Cfr. anche E. GALLO, *L'evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, p. 3204, dove si evidenzia che la Consulta ha altresì chiarito il significato del verbo 'tendere' menzionato nel dettato costituzionale ex art. 27 comma 3. Esso allude al principio per il quale il procedimento di rieducazione non può essere imposto, ma soltanto favorito, in ossequio alla libertà morale ed alla dignità dell'uomo: «sicché esso tende ma non costringe alla rieducazione».

⁵⁵⁹ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 329. Soltanto la percezione della pena come "giusta", del resto, può stimolare la sensibilità del condannato rispetto ai beni giuridici offesi mediante la condotta illecita.

La sentenza ha certamente portata innovativa. Tuttavia, i commentatori hanno formulato più di una critica. Anzitutto, si è rimarcato che la volontà di rilegittimazione del principio rieducativo è stata manifestata «troppo tardi» da parte della Consulta, dopo decenni di disinteresse che hanno confinato le istanze di risocializzazione alla mera fase d'esecuzione.⁵⁶⁰ Il timore era che il rinnovato interessamento nei confronti delle esigenze della prevenzione speciale a più di quarant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione celasse, in realtà, una preoccupazione di tipo general preventivo, non avendo la Consulta chiarito la ragione per la quale una pena effettivamente lieve non possa adempiere efficacemente la funzione di rieducazione.

Di preciso, la Consulta pareva preoccupata dall'accumulo di pene brevi e negoziate dalle parti, che avrebbe potuto compromettere l'efficacia intimidativa della sanzione penale ed al contempo diminuire drasticamente i livelli di consenso dell'opinione pubblica e, quindi, di adesione spontanea alle norme.⁵⁶¹ Il ridimensionamento della rilevanza della proporzione tra severità della pena e gravità del reato rischia invero di inficiare il processo di accettazione psicologica di quella punizione che ambisce a favorire il recupero del condannato.⁵⁶² Infine, è lecito dubitare che il giudice sia realmente posto nelle condizioni di valutare se il trattamento sanzionatorio pattuito dalle parti sia idoneo a favorire il recupero del condannato, giacché il giudizio è pronunciato sulla base di fatti tratti dal quadro probatorio emerso dalle indagini.⁵⁶³ Il giudice di cognizione difetta

⁵⁶⁰ G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli 2006, p. 139. Cfr. L. MONACO - C.E. PALIERO, *Variazioni in tema di crisi della sanzione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, p. 436. Gli autori rimarcano che la funzione rieducativa ha avuto a lungo un ruolo meramente marginale in materia di scopo della pena per una ragione manifesta, ossia l'incapacità del trattamento rieducativo di produrre risultati certi e tangibili.

⁵⁶¹ G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli 2006, p. 139. È opinione dell'autore che rinvenire nei principi affermati dalla Corte un nuovo programma di politica criminale equivalga ad una forma di «sovrainterpretazione». Sugli effetti negativi prodotti dell'inflazione di pene eccessivamente brevi sull'opinione pubblica cfr. *supra*, par. 4.2.2.1., dove si evidenzia che la distanza tra la pena comminata dal legislatore e quella, poi, concretamente irrogata genera confusione, disorientamento e, di conseguenza, dissenso tra i membri della comunità.

⁵⁶² G. FIANDACA, *Pena 'patteggiata' e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro italiano*, 1990, p. 2385.

⁵⁶³ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 334. In altri termini, l'ostacolo è rappresentato dalla penuria di indizi che di frequente caratterizza la fase delle indagini preliminari. Conseguentemente, le valutazioni del giudice possono tramutarsi in «sconcertanti azzardi».

della disponibilità di quel complesso di «dati personologici» a cui solitamente attinge la magistratura di sorveglianza per formulare le proprie decisioni.⁵⁶⁴ La pronuncia, ad ogni modo, è stata accolta con entusiasmo da chi riteneva che in tal modo l'istituto del patteggiamento risultasse ben più accettabile, essendo la commisurazione in senso stretto ed in senso lato tornata nelle mani del giudice ed ottenendo così una spiccata impronta special preventiva.⁵⁶⁵ Il quadro è parzialmente mutato con l'entrata in vigore della l. n. 134 del 2003, che introduce il c.d. patteggiamento allargato.⁵⁶⁶ L'intervento legislativo ha esteso l'ambito di applicazione dell'istituto, innalzando il tetto massimo della pena negoziabile, eliminando le preclusioni di natura oggettiva ed introducendo, infine, talune cause di esclusione soggettive. Più precisamente, il patteggiamento allargato consente all'imputato ed al pubblico ministero di accordarsi su una sanzione fino a cinque anni di pena detentiva, al netto della riduzione fino ad un terzo; è escluso per i delitti di cui all'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p., considerati particolarmente colmi di disvalore sociale, e per talune categorie di imputati, quali i delinquenti abituali, professionali, per tendenza ed i recidivi reiterati.⁵⁶⁷ In aggiunta, il patteggiamento allargato non include i benefici della omonima figura

⁵⁶⁴ 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. 378. Cfr. G. FIANDACA, *Pena 'patteggiata' e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro italiano*, 1990, p. 2392. La valutazione della personalità del reo non può essere oggetto di contraddittorio o di intesa tra le parti, ma è per natura riservata alla competenza del giudice. Ne consegue che la valutazione discrezionale del giudice sarà effettuata soltanto *ex post* ed in forma negativa, venendo la richiesta di patteggiamento respinta qualora la pena concordata si distacchi eccessivamente da quella che le esigenze di prevenzione speciale richiederebbero.

⁵⁶⁵ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 330-331.

⁵⁶⁶ Cfr. l. 12 giugno 2003, n. 134, consultabile all'url www.camera.it/parlam/leggi/03134l.htm.

⁵⁶⁷ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano 2011, p. 734. Sono evidenziati i pericoli della disciplina: «Nonostante le cause di esclusione oggettive e soggettive, sono numerosi i reati che possono diventare oggetto della negoziazione. Si tratta di reati per i quali la pena da concordare, prima di operare la riduzione, si colloca fino a sette anni e sei mesi; di conseguenza, qualora le circostanze attenuanti prevalgano sulle aggravanti, sono negoziabili reati punibili con una pena di base fino ad undici anni di reclusione». E' evidente che sono quindi ricompresi reati anche molto gravi, quali il tentato omicidio, la concussione, la rapina a mano armata. Per una trattazione più approfondita dell'istituto, cfr. *supra*, par. 1.2.1. Cfr. anche M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 343, dove si osserva che le cause di esclusione soggettive diffondono il messaggio secondo cui «con gli autori di certi reati lo Stato non scende a patti». Il timore è che ciò abbia riflessi negativi sulle istanze di rieducazione, dal momento che le categorie indicate dal legislatore non sono esaustive della sintomatologia della pericolosità sociale. Oltretutto, si è evidenziato che la disciplina legislativa finisce con l'accanirsi nei confronti di figure già destinatarie di trattamenti sanzionatori sfavorevoli: i medesimi sono infatti esclusi anche dall'amnistia, dalla sospensione condizionale della pena, dal perdono giudiziale e dall'oblazione condizionale.

tradizionale: soprattutto, è escluso il divieto di irrogare pene accessorie e di applicare misure di sicurezza.⁵⁶⁸

L'esclusione di tale divieto giova alle funzioni di neutralizzazione e rieducazione del reo, giacché le pene accessorie e, ancor più, le misure di sicurezza consentono e di emarginare il reo e di favorirne il recupero, modulando il contenuto della misura alle sue caratteristiche tipologiche.⁵⁶⁹ Al contempo, tuttavia, la negoziabilità di pene tanto severe mina ulteriormente la credibilità dell'ordinamento giuridico e la percezione della pena come "giusta".⁵⁷⁰ La vera logica che alimenta l'espansione dell'istituto parrebbe ancora una volta quella deflattiva, che promuove l'appetibilità del rito mediante l'ampliamento del suo ambito di applicazione.⁵⁷¹ Analogamente, nella giustizia penale internazionale lo sconto sanzionatorio che segue la negoziazione non esplica, di per sé, alcuna funzione di prevenzione speciale, non essendo richiesta alcuna forma di emenda e ben potendo la scelta dell'imputato dipendere da valutazioni di mera convenienza. Ciononostante, in talune ipotesi e, segnatamente, nell'esperienza del Sudafrica *post apartheid* sono state escogitate forme di negoziazione che promuovessero la rieducazione del reo e, soprattutto, il suo reinserimento attraverso la ricostruzione del legame tra il complesso dei perpetratori e quello, contrapposto, delle vittime. Così, la Commissione sudafricana ha promesso l'impunità a chi descrivesse il crimine commesso e ne dimostrasse la natura politica. Il prezzo di tale soluzione è stato altissimo, vale a dire la rinuncia alla pena; eppure, il fine della riconciliazione può pacificamente dirsi raggiunto.⁵⁷² Il raggiungimento dell'obiettivo della pacificazione, a sua volta, ha consentito ed agevolato la transizione verso un ordinamento giuridico di tipo democratico, fondato sulla convivenza pacifica di etnie distinte anziché sui dettami della segregazione razziale.

Similmente, le Corti *gacaca* ruandesi hanno ambito non solo a reprimere il crimine, ma altresì al reinserimento ed alla rieducazione del reo. Si promettevano, invero, sconti sanzionatori a chi, oltre a descrivere il delitto commesso, confessasse la propria responsabilità e porgesse le proprie scuse alle vittime. Alle Corti *gacaca* può rimproverarsi di aver imperniato il sistema di giustizia sulla coercizione: pur

⁵⁶⁸ Cfr. art. 445 commi 1 e 2 c.p.p.

⁵⁶⁹ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2010, p. 698. Cfr. anche *supra*, nota n. 94.

⁵⁷⁰ Cfr. A. PAGLIARO, *Riflessi del nuovo processo sul diritto penale sostanziale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, p. 44.

⁵⁷¹ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 343.

⁵⁷² Interessante è lo spunto offerto dal film *One day after peace*, diretto da Miri e Erez Laufer: sono analizzate le ragioni del successo del modello sudafricano al fine di valutarne l'applicabilità al conflitto in Medio Oriente. Cfr. M.M. ROSARIA, *Leggi di amnistia e punizione dei crimini internazionali*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 344, dove si evidenzia che il limite maggiore dei provvedimenti di amnistia risiede nel fatto che essi vanificano completamente la tutela dei diritti delle vittime, *in primis* il diritto ad avere giustizia. In questo senso, con la previsione di un'amnistia condizionata alla sussistenza di taluni requisiti volti a soddisfare le esigenze di verità delle vittime, la Commissione sudafricana ha, perlomeno parzialmente, ovviato a tali problemi.

trattandosi di moti interiori e personalissimi, si è preteso il pentimento del reo, annoverandolo tra i requisiti per ottenere lo sconto sanzionatorio; diversamente dall'esperienza sudafricana, poi, si è scelto di imporre sanzioni a chi omettesse di testimoniare e, quindi, mancasse di dare il proprio contributo. Le Corti sono così parse uno strumento nelle mani del governo, anziché della comunità, nonostante gli obiettivi proclamati, generando conseguentemente risentimento, piuttosto che consenso.⁵⁷³

Tali forme di giustizia, dunque, hanno consentito di soddisfare le istanze di prevenzione speciale: il tentativo è stato di rieducare il responsabile incentivandone il confronto con le vittime del reato e di riparare, in tal modo, la società afflitta.

In conclusione, in sede di prevenzione speciale, particolarmente decisiva dovrebbe considerarsi l'irrogazione in concreto nei confronti del reo di una sanzione la cui qualità e quantità agevolino il suo reinserimento nella società o, perlomeno, scongiurino il rischio di una sua ricaduta nel delitto.⁵⁷⁴ Pure la pena detentiva dovrebbe essere orientata verso finalità di prevenzione speciale, in modo da agevolare la rieducazione del condannato ed aumentarne le possibilità di reinserimento nella società e nel rispetto delle sue regole.⁵⁷⁵ Segnatamente, l'applicazione del principio rieducativo esige che la pena pari alla colpevolezza si applichi solo in quanto appaia necessaria a ricondurre l'agente ad una vita conforme alla legge penale nella società.⁵⁷⁶

Sembra dunque auspicabile l'assegnazione di uno spazio alla prevenzione speciale già in fase di commisurazione della pena in senso stretto, perlomeno in ragione di una non desocializzazione del reo.⁵⁷⁷ Questo purché, evidentemente, gli effetti della prevenzione speciale sul *quantum* della pena rimangano contenuti entro

⁵⁷³ L. WALDORF, *Mass justice for mass atrocity: rethinking local justice as transitional justice*, in *Temple law review*, 2006, p. 79.

⁵⁷⁴ G. FORTI, *L'immane concretezza: metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2003, p. 140. Tale valutazione deve basarsi sulle diffuse ed accettate regole dell'esperienza; ad esempio, un indicatore importante potrà ricavarsi dagli indici di recidiva.

⁵⁷⁵ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale: parte generale*, Milano 2012, p. 17. Questa logica rappresenta già il filo conduttore della disciplina dell'ordinamento penitenziario, che cerca di eliminare taluni fattori che mortificano la personalità del reo e potenziare, invece, il ruolo degli strumenti di aiuto del condannato che ne colmino i «deficit di socialità».

⁵⁷⁶ E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova 1979, p. 354. Cfr. M. ROMANO, *Sub art.* 133, in M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano 2005, p. 311, secondo il quale deve concordarsi sull'esclusione di ogni rilievo della prevenzione generale in sede di commisurazione della pena. Difatti, il «di più» di pena inflitto rispetto alla colpevolezza od alla pena già sufficiente si risolverebbe sempre in una strumentalizzazione indebita dell'autore del reato per fini di interesse generale.

⁵⁷⁷ M. ROMANO, *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano e F. Stella, Bologna 1980, p. 180 ss. Cfr. anche S. STELLA - G. MARINUCCI - D. PULITANÒ, *Problemi di diritto penale*, Milano 1979, p. 359, dove analogo pensiero è esposto da Marinucci.

limiti legislativamente predeterminati, particolarmente in relazione al criterio della gravità dell'illecito concretamente commesso.⁵⁷⁸

Quanto al patteggiamento, alla pena negoziata si demanda di promuovere strategie di recupero e di contenimento della pericolosità sociale all'indirizzo del reo che sigli il patto con l'accusa.⁵⁷⁹ E' auspicabile che si riconosca al giudice del patteggiamento la facoltà di condizionare l'accoglimento dell'istanza di applicazione della pena *ex art. 444 c.p.p.* al rispetto di taluni obblighi estranei all'accordo raggiunto dalle parti, cosicché la pronuncia non soccomba alle ragioni deflattive su cui è incentrato il rito speciale.⁵⁸⁰ Tali obblighi, evidentemente, rifletteranno le esigenze rieducative del reo.⁵⁸¹ Così, la richiesta di pena sarà intesa come disponibilità ad accettare quelle conseguenze penali che non pregiudichino d'altronde irreversibilmente la vita relazionale della persona.⁵⁸² Si tratta di limitare una premialità altrimenti debordante. In caso contrario, dovrà concludersi che «tra la scelta dell'imputato a favore di un procedimento speciale e le esigenze di rieducazione non esiste alcun nesso».⁵⁸³

4.2. Il contributo della giustizia riparativa

Alla giustizia riparativa è riconosciuto il merito di aver "riscoperto" la vittima, scorgendola nell'orizzonte del processo in cui a lungo le è stata accordata una posizione meramente marginale e secondaria.⁵⁸⁴ Il diritto penale italiano, difatti, si

⁵⁷⁸ M. ROMANO, *Sub art. 133*, in M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano 2005, p. 314.

⁵⁷⁹ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, cit. p. 321.

⁵⁸⁰ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 336-337. L'idea è che l'accessibilità al rito speciale debba particolarmente essere coniugata con l'istituto disciplinato *ex art. 163 ss. c.p.* La sospensione condizionale della pena sarebbe così garantita dal giudice soltanto qualora l'imputato adempia taluni obblighi e da ciò possa presumersi un sua propensione all'adesione rispetto ai precetti comandati dall'ordinamento giuridico. Ad oggi, soltanto l'imputato può subordinare l'efficacia dell'accordo alla concessione della sospensione condizionale ad opera del giudice, come previsto dall'*art. 444 comma 3 c.p.p.* Cfr. a riguardo 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. 376 ss., dove è esaminato il proposito di istituire un coordinamento tra premialità processuale e penitenziaria, consentendo inoltre al giudice di relazionare la concreta irrogazione della pena agli accertamenti necessari sulla personalità del reo.

⁵⁸¹ Per una trattazione approfondita della soluzione del c.d. patteggiamento condizionato, cfr. *sub*, par. 4.3.2.

⁵⁸² M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, cit. p. 345.

⁵⁸³ G. FIANDACA, , *Pena 'patteggiata' e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro italiano*, 1990, cit. p. 2389.

⁵⁸⁴ Cfr. M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino 2004, p. 14. A lungo le manifestazioni di volontà dei soggetti coinvolti nel fatto di reato sono stata valutate

limita a distinguere tra soggetto passivo del reato, persona offesa e danneggiato dal reato. Con soggetto passivo deve intendersi il titolare del bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice; persona offesa dal reato è chi materialmente subisce le conseguenze dannose del crimine, identificabile sovente con il titolare del bene giuridico tutelato; la persona danneggiata dal reato è, invece, il soggetto legittimato a demandare il risarcimento del danno civile derivante dal reato.⁵⁸⁵ Ciò significa che la vittima entra a far parte del processo penale unicamente come parte civile e, dunque, al solo scopo di curare l'interesse al risarcimento.⁵⁸⁶

La disciplina dell'istituto della testimonianza consente altresì alla vittima di presenziare al processo in un'altra veste: la sua posizione è tuttavia equiparata a quella del teste, ancorché essa sia un soggetto sostanzialmente coinvolto nella vicenda criminale e perciò portatrice di un interesse profondamente distinto da quello degli altri possibili testimoni.⁵⁸⁷

Infine, alla vittima è riservato uno spazio modesto anche nella fase della commisurazione della pena, non essendo chiamata a fornire elementi che possano aiutare il giudice a determinare il *quantum* e la specie di pena più appropriati al

irrilevanti, fatta eccezione per «talune reminiscenze privatistiche», quali il consenso dell'avente diritto, la querela e l'oblazione. Cfr. J. BRAITHWAITE, *Restorative justice and responsive regulation*, Oxford 2002, p. 5 ss. L'autore evidenzia che, in realtà, la giustizia riparativa è stata a lungo il modello di giustizia penale dominante nelle Americhe, in Asia, in Africa e nelle zone del Pacifico.

⁵⁸⁵ Si noti che alla persona offesa dal reato sono dedicati i libri primo, capo quarto del codice penale e primo, titolo sesto del codice di procedura penale; cfr. a riguardo artt. 120 ss. c.p. e 90 ss. c.p.p.

⁵⁸⁶ Cfr. R. HENHAM - G. MANNOZZI, *Il ruolo delle vittime nel processo penale e nella commisurazione della pena: un'analisi delle scelte normative e politico-criminali effettuate nell'ordinamento inglese e in quello italiano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 714, secondo cui la costituzione della parte civile nell'ambito del processo penale è peraltro spesso considerata come un'intrusione nell'ambito di una procedura finalizzata a soddisfare l'interesse pubblicistico alla repressione del crimine ed alla punizione del responsabile.

⁵⁸⁷ Cfr. R. HENHAM - G. MANNOZZI, *Il ruolo delle vittime nel processo penale e nella commisurazione della pena: un'analisi delle scelte normative e politico-criminali effettuate nell'ordinamento inglese e in quello italiano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 715. La testimonianza resa dalla vittima è oltretutto di frequente mal vista dagli operatori giudiziari, che ritengono debba essere valutata con attenzione e prudenza. Essendo il testimone al contempo persona offesa dal reato, il contenuto delle sue dichiarazioni devono possedere taluni requisiti, quali completezza, coerenza, congruità e sobrietà; deve, in aggiunta, trovare riscontro in elementi esterni, che ne confermino l'attendibilità. Addirittura è considerato rischioso per la vittima tenere una condotta fortemente attiva nel corso del giudizio, dal momento che i giudici potranno ricavarne un atteggiamento eccessivamente animoso e, quindi, poco attendibile.

caso concreto.⁵⁸⁸ Paradossalmente, l'imputato viene a trovarsi in una posizione più agevole di quella della vittima, della quale le altre parti si giovano al solo scopo di ricostruire la "verità" a sé più favorevole, secondo la logica del sistema accusatorio. Le prospettive della retribuzione si sono a lungo soffermate sulla colpevolezza dell'agente, ossia il soggetto da sottoporre sempre a trattamento punitivo. Similmente, le elaborazioni general preventive adoperavano eventualmente la vittima come mero elemento della prognosi volta a valutare la capacità della pena di intimidire i consociati e rafforzarne l'adesione al contenuto dei precetti penali.⁵⁸⁹ La vittima, in quanto soggetto del passato appartenente al *tempus commissi delicti*, era dimenticata.

Storicamente, in questo processo rivoluzionario di riscoperta della vittima del reato il primo passo è stato compiuto dalla scuola positiva, la quale, pur trascurando completamente la vittima, ha tuttavia il merito di aver messo in discussione la logica retributiva. Intendendo per la prima volta la sanzione come risposta terapeutica alla patologia di chi delinque, il positivismo ha perciò attribuito alla pena la funzione di recuperare (o meglio, guarire) il condannato. Così, i positivisti hanno saputo proiettare l'attenzione verso il futuro, destinando qualche risorsa alle conseguenze umani e materiali prodotte dal fatto criminoso.⁵⁹⁰ L'evoluzione successiva è stata lo sviluppo della vittimologia, che ha consentito alla scienza criminologica di indagare la sofferenza e le istanze della vittima del reato.⁵⁹¹ Si è proceduto a distinguere più categorie di vittime, caratterizzate da gradi diversi di vulnerabilità: in particolare, la criminologia ha preso in esame i soggetti in posizione particolarmente debole, sia sul piano sociale che giudiziario, quali le donne, i bambini, gli anziani e le minoranze etniche.⁵⁹² Il proposito è analizzare con un metodo quanto più possibile affine alle scienze le situazioni sociali che portano taluno a divenire vittima del crimine.⁵⁹³ Questa diviene nella

⁵⁸⁸ R. HENHAM - G. MANNOZZI, *Il ruolo delle vittime nel processo penale e nella commisurazione della pena: un'analisi delle scelte normative e politico-criminali effettuate nell'ordinamento inglese e in quello italiano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 714. Si evidenzia che la struttura del processo penale italiano è «sbilanciato verso il fatto», ossia incentrato sull'accertamento del crimine perpetrato piuttosto che sulla conoscenza delle persone coinvolte.

⁵⁸⁹ G. FORTI, *L'immane concretezza: metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2003, p. 255.

⁵⁹⁰ G. FORTI, *L'immane concretezza: metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2003, p. 252.

⁵⁹¹ M. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, in AA.VV., *Punire mediare riconciliare: dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, a cura di G. Fiandaca e C. Visconti, Torino 2009, p. 107 ss.

⁵⁹² G. FORTI, *L'immane concretezza: metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2003, p. 257. Considerevole è stato il contributo dei movimenti femministi, attenti alla salvaguardia dei diritti delle donne vittime di stupri, abusi e maltrattamenti.

⁵⁹³ G. FORTI, *L'immane concretezza: metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2003, p. 264-265. Ad esempio, è interessante osservare che alcune ricerche empiriche hanno mostrato

prospettiva vittimologica una figura dinamica, munita di una identità propria che le consente di svelare l'intreccio di relazioni che il fatto criminoso occulta.⁵⁹⁴ La riscoperta delle vittime è il percorso che ha condotto a proporre le idee della giustizia riparativa come modalità alternative o complementari di soluzione dei conflitti. Ad oggi non più lo Stato, bensì la comunità di individui e potenziali vittime è considerato il soggetto in nome del quale esercitare lo *ius puniendi*; un complesso sempre più vasto di prerogative è stato riconosciuto ai singoli nei confronti dell'autorità statale in seno al procedimento giurisdizionale.⁵⁹⁵

In questa prospettiva, la sanzione punitiva è inadeguata, giacché sovente insufficiente a soddisfare la vittima e a ripristinare l'ordine sociale turbato dal reato.⁵⁹⁶ Ciò significa che il tradizionale modello di giustizia c.d. imposta non avrebbe più il monopolio nella gestione della materia penale: coesistono forme diverse di giustizia, ispirate alla logica comune della negozialità.⁵⁹⁷ Con la giustizia riparativa, allora, della vittima si è riscoperto il ruolo strategico nella definizione dei giudizi, anzitutto in quanto soggetto idoneo a denunciare il fatto alle autorità e, dunque, a operare una selezione criminale nella veste di agente del controllo sociale.⁵⁹⁸

La diffusione dei gruppi organizzati di *victim support* pare l'ulteriore dimostrazione di un mutamento profondo nell'articolazione sociale e nella percezione dei valori ad essa sottesi: l'individuo è ricondotto in primo piano

che la maggior parte dei crimini è commessa da parte di soggetti che hanno una conoscenza reciproca e che, quindi, si trovano sovente in condizioni sociali ed ambientali simili.

⁵⁹⁴ A. CERETTI, *L'orizzonte artificiale: problemi epistemologici della criminologia*, Padova 1992, p. 92 ss.

⁵⁹⁵ M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino 2004, p. 9. Ciò significa che il rapporto tra cittadino e Stato si esplica sempre più in senso orizzontale, anziché verticale.

⁵⁹⁶ Cfr. R. ORLANDI, *Giustizia riparativa e diritto penale. Alternatività o complementarità?*, in AA.VV., *Pena riparazione e riconciliazione: diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio*, Varese 2007, p. 150.

⁵⁹⁷ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 412.

⁵⁹⁸ G. FORTI, *L'immane concretezza: metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2003, cit. p. 253: «La vittima, insieme al reo, compone la realtà umana con cui il diritto penale deve confrontarsi, è uno degli essenziali attori della situazione penalmente rilevante».

attraverso la rivalutazione della componente privatistica dell'offesa; ciò a dispetto della componente pubblicistica ereditata dall'Illuminismo che, di contro, si fonda sulla tutela del bene giuridico e sulla titolarità statale da parte dello Stato del potere punitivo.⁵⁹⁹ Si tratta di una sorta di "privatizzazione" del conflitto, giacché le aggressioni ai beni giuridici sono restituite al potere dispositivo delle parti: all'inflizione del trattamento punitivo si antepone il ripristino del diritto sostanziale violato, promuovendo in tal modo la riconciliazione dei protagonisti del conflitto derivante dal fatto di reato.⁶⁰⁰ Il treno della giustizia riparativa, invero, è guidato dalle vittime.⁶⁰¹

In questo scenario la vittima ha diritto ad accedere alla giustizia; ad ottenere una riparazione adeguata, pronta ed effettiva in ragione del danno e del dolore subito; a ricostruire e conoscere, infine, la verità storica attraverso il confronto con

⁵⁹⁹ G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa e diritto penale. Alternatività o complementarità?*, in AA.VV., *Pena riparazione e riconciliazione: diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio*, Varese 2007, p. 10.

⁶⁰⁰ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino 2010, p. 251. Cfr. M. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, in AA.VV., *Punire mediare riconciliare: dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, a cura di G. Fiandaca e C. Visconti, Torino 2009, p. 109. In un momento di crisi dell'idea di Stato, si è ritenuto opportuno risanare il conflitto generato dal delitto nell'ambito in cui ha avuto origine, promuovendo l'incontro ed il dialogo tra le parti coinvolte. Cfr. anche M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 409, dove si menziona l'odierno pluralismo dei valori tra le ragioni del processo di privatizzazione del diritto penale. A tale pluralismo consegue l'espansione dei compiti attribuiti alla giurisdizione e, quindi, il sovraccarico del lavoro giudiziale. Per far fronte al sovraccarico urge infine ricorrere a forme di negoziabilità: «la legge, dunque, si negozia».

⁶⁰¹ H. BOUTELLIER, *Beyond the criminal justice paradox. Alternatives between law and morality*, in *European journal on criminal policy and research*, 1996, p. 7 ss. Cfr. H. ZEHR, *The little book of restorative justice*, Intercourse 2002, cit. p. 33, che elenca gli obiettivi della giustizia riparativa: «Focuses on harms and consequent needs (victims', but also communities' and offenders'); addresses obligations resulting from those harms (offenders' but also families', communities' and society's); uses inclusive, collaborative processes; involves those with a legitimate stake in the situation (victims, offenders, families, community members, society); seeks to put right the wrongs».

l'autore del reato.⁶⁰² Alla c.d. *restorative justice* pertiene, dunque, il ripristino della situazione in cui la vittima versava prima del conflitto e la ricucitura dei rapporti personali e sociali lesi dal fatto di reato.⁶⁰³ Si tratta di un modello di giustizia idoneo ad assicurare responsabilizzazione attraverso un dialogo riverente.⁶⁰⁴

La dottrina internazionalistica ha chiarito che la giustizia riparativa possa essere propriamente concepita sia come strumento per la riconciliazione sia come modalità di risoluzione dei conflitti.⁶⁰⁵ Questi due modelli, in realtà, sovente convivono: invero, delle scuse porte senza alcuna riparazione potrebbero

⁶⁰² M. CHERIF BASSIOUNI, *The pursuit of international criminal justice: a world study on conflicts, victimization, and post conflict justice*, Oxford 2010, p. 699.

⁶⁰³ M. CHERIF BASSIOUNI, *The pursuit of international criminal justice: a world study on conflicts, victimization, and post conflict justice*, Oxford 2010, p. 700. A questi obiettivi si aggiunge evidentemente il pentimento del reo ed il perdono da parte della vittima. E' evidentemente questa la soluzione ideale della controversia; cionondimeno, si tratta di processi interiori che, in quanto tali, non possono essere pretesi e reclamati forzatamente. Per maggiori approfondimenti a riguardo, cfr. *sub*, par. 4.3.1. Cfr. anche T.M. ANTKOWIAK, *An emerging mandate for international courts*, in *Stanford journal of international law*, 2011, p. 279 ss. E' promossa una forma di giustizia c.d. *victim centered*, sul presupposto che frequentemente la priorità delle vittime è che venga restaurata la loro dignità, lesa dal reato subito.

⁶⁰⁴ J. BRAITHWAITE, *Setting standards for restorative justice*, in *British journal of criminology*, 2002, p. 563 ss., dove è descritto un modello in grado di garantire altresì «*non-domination*», ossia l'assenza della predominanza di alcuna delle parti sull'altra. Cfr. I. MARCHETTI - C. MAZZUCCATO, *La pena 'in castigo'. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano 2006, p. 53, dove si rimarca che troppo spesso la giustizia penale assume le forme di una distinzione arbitraria e riduttiva tra onesti ed innocenti da un lato, criminali e colpevoli dall'altro. La collettività, invece, non è così estranea alla genesi della criminalità ed esistono «dimensioni non trascurabili di corresponsabilità sociale e un'innegabile compartecipazione diffusa al male».

⁶⁰⁵ B. VAN SCHAACK - R.C. SLYE, *International criminal law and its enforcement: cases and materials*, New York 2010, cit. p. 19: «*Two major paradigms fall within the rubric of restorative justice. The first focuses on compensating victims and views crime as a harm that criminal justice should seek to undo. Under this view, the purpose of punishment is to repair injuries to victims, and thus the goal of criminal justice is for the offender to provide restitution to the victim. The second paradigm envisions crime as conflict and criminal justice as a conflict resolution. Under this view, the goal of criminal justice is the reconciliation of the offender, victim, and community*».

verosimilmente valere ben poco per la vittima, così come una compensazione priva di ammenda non gioverebbe alla rappacificazione.⁶⁰⁶

Nel contesto della giustizia penale internazionale, la riparazione è sovente dovuta da parte di autorità statali, in quanto perpetratori dei crimini. A maggior ragione, in queste circostanze è essenziale che la giustizia riparativa tenere in considerazione non soltanto le esigenze delle vittime personalmente coinvolte; il crimine dev'essere bensì concepito come un'offesa alla comunità statale complessivamente considerata.⁶⁰⁷ Entrambi sono dunque da considerare titolari di un interesse da tutelare attraverso la procedura volta alla riconciliazione ed alla riparazione.

Uno degli obiettivi non espressamente dichiarati è poi quello di contribuire a canalizzare il desiderio di vendetta delle vittime: specialmente di fronte a gravi violazioni dei diritti umani risulta fondamentale per la ricucitura del tessuto sociale un programma di prevenzione basato sulla razionalizzazione degli istinti di rappresaglia.⁶⁰⁸

I principali strumenti di cui si serve la giustizia riparativa sono la mediazione e la riparazione del danno cagionato, cui si ricorre allo scopo di promuovere la

⁶⁰⁶ B. VAN SCHAACK - R.C. SLYE, *International criminal law and its enforcement: cases and materials*, New York 2010, p. 18. «*If a friend apologizes for taking a pen but does not return it, her statement is worthless. Yet conflict resolution cannot rest on compensation alone, particularly since it is often impossible to restore to the victim what she has lost or repair the harm that she has suffered. While a stolen pen can be replaced, a murdered child cannot.*»

⁶⁰⁷ B. VAN SCHAACK - R.C. SLYE, *International criminal law and its enforcement: cases and materials*, New York 2010, p. 19. Cfr. anche L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, p. 229 ss. Il crimine rappresenta per la società non una mera infrazione al diritto, bensì un danno che impone alla comunità tutta di porvi riparo. Solitamente, la giustizia internazionale dà perciò voce a ciascun "portatore di interessi", promuovendo la partecipazione attiva ad una sorta di *forum* da parte dei consociati.

⁶⁰⁸ L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, p. 154. Cfr. G. FIANDACA, *I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione*, in AA.VV., *Punire mediare riconciliare: dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, a cura di G. Fiandaca e C. Visconti, Torino 2009, p. 17, che riferisce della necessità di «rieducare le vittime», neutralizzando gli istinti vendicativi.

responsabilizzazione del reo, anziché la sua stigmatizzazione mediante la pena.⁶⁰⁹ La mediazione s'ispira, come è stato ben detto, all'idea di una giustizia "umana" e partecipativa.⁶¹⁰ Essa, più di preciso, consiste in un processo informale durante il quale l'autore e la vittima di un reato, sotto la guida di un mediatore, discutono del fatto criminoso e dei suoi effetti sulla vita e sulle relazioni sociali della vittima.⁶¹¹

E' solitamente strutturata in quattro fasi distinte. Dopo aver deciso se il conflitto è suscettibile di essere definito attraverso la mediazione, in genere ciascuna della parti viene sentita dal mediatore in colloqui separati, nel corso dei quali sono chiarite le conseguenze giuridiche della mediazione.⁶¹² Acquisito il consenso delle parti a mediare, ha inizio la fase più delicata, che prevede una serie di incontri al termine dei quali, in caso di esito positivo, è siglato un accordo che

⁶⁰⁹ Cfr. T.M. ANTKOWIAK, *An emerging mandate for international courts*, in *Stanford journal of international law*, 2011, p. 279 ss., che cita diverse misure di giustizia riparativa, adottate sovente dalla Corte interamericana dei diritti dell'uomo. Si tratta della restituzione, che può consistere nella collaborazione al ritrovamento dei corpi scomparsi o alla restituzione di proprietà o posti di lavoro perduti a causa del conflitto derivante dal reato; della riabilitazione, la quale può comprendere trattamenti sanitari, borse di studio o assistenza di altro tipo; del riconoscimento da parte dei responsabili della propria colpevolezza e, possibilmente, della sua emenda; si tratta, infine, della commemorazione, ad esempio mediante l'intitolazione di strade, piazze o scuole alle vittime.

⁶¹⁰ M. VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Politica del diritto*, 2001, p. 659.

⁶¹¹ G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa e diritto penale. Alternatività o complementarità?*, in AA.VV., *Pena riparazione e riconciliazione: diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio*, Varese 2007, cit. p. 11. Si tratta di «una forma di intervento nel conflitto originato da un reato o che si è espresso attraverso un reato».

⁶¹² Cfr. M.S. UMBREIT, *The practice of victim offender mediation*, in AA.VV., *International handbook of penology and criminal justice*, Florida 2008, p. 693 ss., dove si evidenzia che la gran parte dei programmi di mediazione prevede come requisiti di accessibilità l'ammissione da parte del reo della propria responsabilità, l'assenza di preve condanne, di deficit mentali e, più in generale, di problemi legati agli abusi di sostanze illecite. Alcuni studi hanno rivelato che l'intento primario delle vittime che scelgono di partecipare alla mediazione è proprio avere l'opportunità di dialogare con l'offensore; il reo, di contro, desidera anzitutto ripagare la vittima.

definisce i contenuti della riparazione.⁶¹³ Quindi, l'ufficio della mediazione monitora la situazione al fine di verificare l'adeguatezza della condotta riparativa e di valutare il grado di soddisfazione delle parti.⁶¹⁴

Rispetto agli altri tipi di mediazione, la mediazione penale è complicata dalla frequente riluttanza della vittima ad incontrare il responsabile. La vittima ha un ruolo attivo, costruttivo ed innovativo nella mediazione, essendole demandato di dialogare con il reo ed esporre i danni e le altre ripercussioni che hanno seguito al fatto di reato.⁶¹⁵ Il reo, da parte sua, è chiamato a riconoscere l'entità dell'offesa arrecata alla vittima. Lo scopo non è tanto accertarne la colpevolezza, bensì fondare i presupposti per definire i contenuti e le modalità della riparazione.⁶¹⁶ La mediazione mira anzitutto, dunque, al raggiungimento di un accordo soddisfacente, in quanto negoziato dalla vittima e dal reo.⁶¹⁷

⁶¹³ Cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino 2010, p. 259, dove il consenso della parti è definito come «regola d'oro della mediazione». Esso, infatti, consente di evitare attriti con i principi fondamentali del processo penale, sul presupposto che l'adesione volontaria possa legittimare la rinuncia al processo. In aggiunta, è requisito essenziale della filosofia della mediazione, dal momento che soltanto l'attivazione spontanea e non coercitiva può avviare quel percorso interiore volto al riconoscimento dell'altra parte. Si tratta, quindi, di «condizioni di senso della mediazione, ma anche di condizioni di fattibilità pratica». Sul tema, cfr. anche M.S. UMBREIT, *The practice of victim offender mediation*, in AA.VV., *International handbook of penology and criminal justice*, Florida 2008, cit. p. 694: «*Offenders who deny significant involvement in the crime are very likely to revictimize victims rather than contribute to their healing*».

⁶¹⁴ Cfr. M.S. UMBREIT, *The practice of victim offender mediation*, in AA.VV., *International handbook of penology and criminal justice*, Florida 2008, p. 698 ss., dove sono esposti i risultati di alcune ricerche empiriche, in base alle quali otto o nove partecipanti su dieci si considerano soddisfatti all'esito della procedura; A. CERETTI - F. DI CIÒ, *Giustizia riparativa e mediazione penale a Milano. Un'indagine quantitativa e qualitativa*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2002, p. 99 ss., come citato in I. MARCHETTI - C. MAZZUCCATO, *La pena 'in castigo'. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano 2006, p. 53. I primi monitoraggi e le indagini di valutazione dei programmi di mediazione mostrano alti livelli di gradimento e soddisfazione da parte delle persone offese.

⁶¹⁵ Cfr. M. CHERIF BASSIOUNI, *The pursuit of international criminal justice: a world study on conflicts, victimization, and post conflict justice*, Oxford 2010, p. 702. Segnatamente, alla vittima è riconosciuta la possibilità di domandare al reo perché il crimine fu commesso e perché fu commesso proprio nei suoi confronti. Si tratta di una questione cui le vittime sono spesso particolarmente sensibili e la cui risposta è indispensabile alla riconquista di un equilibrio interiore, fondato sulla coscienza della propria «*blamelessness*».

⁶¹⁶ G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa e diritto penale. Alternatività o complementarità?*, in AA.VV., *Pena riparazione e riconciliazione: diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio*, Varese 2007, p. 13.

⁶¹⁷ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino 2010, p. 213.

E' stato correttamente detto che il tema della conciliazione tra autore e vittima del reato suscita un sentimento ambivalente nel processualista: da una parte attrazione, in quanto pratica alternativa alla ormai sempre più inadeguata via repressiva; dall'altra repulsione, a ragione della sua problematica compatibilità con taluni principi consolidati del nostro ordinamento giuridico, primo fra tutti l'obbligatorietà dell'azione penale.⁶¹⁸

Eppure, la posizione accordata alla vittima nella procedura di mediazione risulta compatibile con altri obiettivi del sistema penale, come il rafforzamento della norme sociali o la riabilitazione del reo; anzi, essa pare adatta ad agevolarne il raggiungimento.⁶¹⁹ Oltretutto, può essere facilmente chiarito il malinteso per il quale nella giustizia riparativa la reazione al fatto costituente reato sia troppo debole, giacché al reo sarebbe demandato un mero risarcimento. Ben diversamente, rispetto al giudizio ordinario essa esige un impegno ed una collaborazione maggiori da parte del reo: egli è incaricato in prima persona di

⁶¹⁸ R. ORLANDI, *Giustizia riparativa e diritto penale. Alternatività o complementarità?*, in AA.VV., *Pena riparazione e riconciliazione: diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio*, Varese 2007, p. 149. L'autore evidenzia l'evoluzione della cultura penalistica, il cui fulcro è oggi la vittima, anziché l'autore del reato. Ad essa sono destinate proposte difficilmente riconducibili alle tradizionali categorie del diritto. Sull'incompatibilità dell'istituto con il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino 2010, p. 253 ss., il quale propone di superare tale contrasto collegando la mediazione ad una condizione di procedibilità, sospendendo o condizionando in tal modo «l'indisponibile interesse punitivo dello Stato». Si tratterebbe di forme di discrezionalità controllata, ossia esercitate sulla base di requisiti normativamente prefissati, al cui verificarsi il pubblico ministero e il giudice hanno il dovere di arrestare l'esercizio dell'azione penale e dichiarare il termine del procedimento.

⁶¹⁹ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino 2010, p. 210. Cfr. M.S. UMBREIT, *The practice of victim offender mediation*, in AA.VV., *International handbook of penology and criminal justice*, Florida 2008, p. 701. Diversi studi hanno evidenziato che la partecipazione da parte del reo alle procedure di mediazione è capace di ridurre il tasso della recidiva ben più efficacemente rispetto agli strumenti tradizionali di giustizia. Sul tema, cfr. anche M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, cit. p. 407: «Riparare attraverso la mediazione il pregiudizio morale e materiale inferito dal fatto di reato significa escogitare equivalenti materiali e simbolici della sofferenza, in modo da conferire un valore e una qualità. [...] Si sconta così il rischio di ridurre la sofferenza per l'offesa subita a una questione monetizzabile».

contribuire alla definizione del conflitto.⁶²⁰ I costi, infine, sono sovente inferiori a quelli richiesti da altre opzioni, primo fra tutti il processo ordinario.⁶²¹

Il fulcro della mediazione è quindi orientato verso la vittima, mediante l'attribuzione di funzioni di tipo risarcitorio-restitutorio alla decisione: la sofferenza arrecata la vittima, e non la lesione del bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice, pare il fondamento del sistema. Sono questi, come detto, sintomi evidenti della perdita del monopolio statale a favore della soggettività passiva del reato.⁶²² Similmente, anche il patteggiamento sembra favorire il processo di "privatizzazione" del diritto penale, consentendo alle parti di selezionare le prove da porre a fondamento della pronuncia e, soprattutto, di negoziare il contenuto della pena. In entrambi i casi, dunque, le parti sono titolari di poteri negoziali di trattativa, che convergono in accordi connotati da reciproci riconoscimenti.⁶²³

Il patteggiamento è la forma tipica della negozialità, mentre la giustizia riparativa, di per sé, non pare presupporla: essa si avvale, piuttosto, della contrattazione soltanto in talune ipotesi, soprattutto nell'ambito della mediazione. Quindi, la negoziazione è uno degli strumenti cui la giustizia riparativa può ricorrere. La differenza notevole, ad ogni modo, è insita nell'identità della parti: nella mediazione sono vittima e autore del reato a condizionare il contenuto dell'accordo, con il sostegno del mediatore; ben diversamente, la pena

⁶²⁰ A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino 2010, p. 214. I responsabili del crimine, difatti, hanno sovente difficoltà ad incontrare la vittima e ad affrontare personalmente le conseguenze del crimine perpetrato. Il dialogo con la vittima riduce il pericolo che il reo scusi la propria condotta e neghi la propria responsabilità, accrescendo al contempo la consapevolezza della gravità della violazioni compiute.

⁶²¹ M.S. UMBREIT, *The practice of victim offender mediation*, in AA.VV., *International handbook of penology and criminal justice*, Florida 2008, p. 702. Alcuni studi condotti in California hanno mostrato come il costo di ciascun caso si aggirasse intorno ai 250 dollari americani; il ricorso alla mediazione consente, inoltre, di ridurre i costi complessivi delle incarcerazioni.

⁶²² M. VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Politica del diritto*, 2001, p. 663.

⁶²³ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 413.

patteggiata è negoziata dal reo e dalla pubblica accusa. Questo significa che nella mediazione il processo di privatizzazione del diritto penale è ben più manifesto: nel patteggiamento, invero, la figura della vittima è sostituita con quella del pubblico ministero, ovvero l'organo pubblico cui è demandato l'esercizio dell'azione penale, e la congruità dell'accordo è valutata dal giudice.

La disciplina dell'istituto dell'applicazione della pena su richiesta delle parti estromette *in toto* dal processo penale la vittima, alla quale neppure è consentito di costituirsi parte civile al fine di demandare il risarcimento del danno subito.⁶²⁴

Il legislatore ha ridotto ai minimi termini le pretese esercitabili dalla persona danneggiata dal reato, la quale non vede soddisfatte le proprie esigenze di chiarificazione degli accadimenti, di riconoscimento della sofferenza subita e, da ultimo, di riparazione del danno.⁶²⁵ La mediazione, di contro, valorizza la vittima, promuovendo la riconciliazione tra le parti coinvolte e, quindi, rendendo la soluzione contrattata più comprensibile e tollerabile da parte della comunità.⁶²⁶

Invero, tale soluzione non finisce col dipendere da mere ragioni di tipo economico.

Oltretutto, il reo che accetta di partecipare alla procedura di mediazione non si limita a scegliere un rito speciale, operando un mero calcolo di convenienza. Invece, egli si rende disponibile ad instaurare un dialogo con la vittima e

⁶²⁴ Cfr. art. 442 comma 2 c.p.p., secondo cui il giudice del patteggiamento non decide sulla domanda della parte civile. Resta salva la possibilità di condanna dell'imputato al pagamento delle spese processuali sostenute dalla parte civile, sempreché il giudice non ritenga preferibile compensarle totalmente o parzialmente. Dunque, nei casi di applicazione della pena su richiesta della parti la pendenza del processo penale non sospende il concomitante processo civile. La sentenza patteggiata, del resto, non fa stato nei giudizi civili e amministrativi. Cfr. anche G. LEO *Riflettendo su riti alternativi e sistema processuale*, in *Questioni di giustizia*, 2002, p. 1279, per il quale l'emarginazione nella vittima «è di evidenza brutale nel patteggiamento».

⁶²⁵ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 418-419. L'intento del legislatore è verosimilmente proprio quello di estromettere la vittima, di modo da rendere il rito speciale ancor più appetibile agli occhi dell'imputato.

⁶²⁶ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 420-421. La giustizia che scaturisce dalla mediazione è descritta come «creativa, responsabilizzante e umana».

soddisfarne i bisogni. In questa prospettiva di riconciliazione e riparazione, l'ipotesi di emenda risulta, se non certa, perlomeno più credibile.⁶²⁷

Anziché de-responsabilizzare attraverso una cognizione sommaria e la pronuncia di una decisione che è soltanto equiparata ad una sentenza di condanna, come accade nel patteggiamento, la mediazione promuove un accordo che implica il riconoscimento dell'altro.⁶²⁸ Riconosciute le ragioni di ciascuno ed il male derivante dal fatto di reato, la mediazione è proiettata verso il futuro e la rappacificazione.⁶²⁹

La giustizia riparativa offre perciò alla vittima una via di scampo dall'oblio.⁶³⁰ Il nostro processo penale pare sovente ignorare le vittime, legittimando sanzioni e risposte sanzionatorie vuote, come la sospensione condizionale della pena e la prescrizione.⁶³¹ Queste privano la vittima di una tutela reale e tempestiva dei propri diritti. In questo scenario, soltanto i riti speciali sembrano strumenti idonei a fornire una risposta sanzionatoria effettiva. Eppure, esistono modalità stragiudiziali di soluzione delle controversie parimenti adatte a soddisfare le istanze delle vittime, *in primis* appunto la mediazione. A ben vedere, invero, la domanda della vittima non riguarda la punizione del colpevole, bensì l'affermazione che l'atto offensivo perpetrato non sarebbe mai dovuto accadere e non dovrà mai più accadere.⁶³² Cionondimeno, nello scenario della giustizia penale internazionale sono state formulate diverse obiezioni. Non è mancato chi ha

⁶²⁷ Cfr. M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, cit. p. 422: «Si riconosce che ogni cittadino elabora o aderisce a concezioni diverse relative a ciò che è buono o a ciò che è giusto. [...] La sfida sta tutta nel ritagliare una cornice di valori comuni alle parti in conflitto. Ne discende che si può restare stranieri gli uni agli altri, senza pregiudicare la costruzione di un mondo comune».

⁶²⁸ Cfr. G. LEO, *Riflettendo su riti alternativi e sistema processuale*, in *Questioni di giustizia*, 2002, p. 1278. I riti speciali sono descritti come una scorciatoia percorsa dal legislatore, che avrebbe potuto invece focalizzarsi direttamente sulla funzionalità del dibattimento. Essi operano «su una base cognitiva meno garantita» e possono considerarsi come «un costo pagato dal sistema», soprattutto in materia di garanzia della vittima del reato.

⁶²⁹ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 425.

⁶³⁰ L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, p. 229 ss.

⁶³¹ G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa e diritto penale. Alternatività o complementarità?*, in AA.VV., *Pena riparazione e riconciliazione: diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio*, Varese 2007, p. 28, dove a riguardo si parla esattamente di «non-sanzioni» e «non-risposte».

⁶³² I. MARCHETTI - C. MAZZUCCATO, *La pena 'in castigo'. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano 2006, p. cit. p. 50-51.

parlato di “giustizia in saldo”, osservando che sarebbe appropriato che nel contesto della salvaguardia dei diritti umani fondamentali le misure clemenziali fossero disciplinate da norme giuridiche generali ed astratti.⁶³³ Si eviterebbe così di accentuare il processo di “sogettivizzazione” del diritto penale, fornendo modelli alternativi ma non “indigeni” di giustizia.

La *restorative justice* è stata poi definita come una forma di giustizia disarmata, giacché l’interesse all’accertamento della verità prevale sulla punizione dei responsabili. Tale sistema di giustizia, invece, è talvolta idoneo ad assumere significato anche rispetto alla retribuzione, permettendo il riconoscimento e la riaffermazione della responsabilità degli autori del crimini nel corso di un procedimento ad alta visibilità.⁶³⁴

Coniugando i dettami della giustizia riparativa all’esercizio di una attività propriamente giurisdizionale, anche la Corte penale internazionale avrebbe la possibilità di adattare la propria attività ed il contenuto delle proprie sentenze alla percezione locale della giustizia.⁶³⁵ Si tratterebbe di una giustizia non dello Stato,

⁶³³ L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, p. 242. Il pericolo ulteriore è scadere in forme «intromissione di tipo paternalistico anche in questioni private estranee a ogni profilo di rilevanza penale», sfidando il reo ad affrontare le conseguenze della propria condotta. Sul tema, cfr. M. VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell’incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Politica del diritto*, 2001, p. 656, dove si sottolinea che negli ultimi tempi il compito di risolvere problemi sociali e politici di notevole complessità è attribuito alla giustizia penale internazionale, la quale diviene «custode o restauratore della virtù civica di un popolo».

⁶³⁴ L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, p. 228, dove la giustizia riparativa è descritta come «uno strumento altamente stigmatizzante». Si noti che, viceversa, il pericolo insito nella mediazione che si svolge a livello nazionale è proprio la scarsa visibilità, derivante da un procedimento essenzialmente privato.

⁶³⁵ L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, p. 236. Cfr. T.M. ANTKOWIAK, *An emerging mandate for international courts*, in *Stanford journal of international law*, 2011, p. 279 ss., il quale precisa che il *Trust fund* della Corte penale internazionale potrebbe occuparsi dei progetti di riparazione, soprattutto su vasta scala, considerato il numero ingente delle vittime coinvolte nei conflitti internazionali; M. VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell’incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Politica del diritto*, 2001, p. 657, che rimarca i pericoli insiti nella pratica di forme di giustizia poco sensibili alla complessità di taluni conflitti internazionali ed ai delicati equilibri geopolitici di certe regioni. E’ manifesto che ciò pregiudicherebbe gli obiettivi di pacificazione delle popolazioni coinvolte e, conseguentemente, il riassetto politico-istituzionale degli Stati. L’autore conclude lasciando polemicamente aperto un quesito: «Ma è possibile e legittimo pretendere una tale sensibilità da parte della giustizia?». In chiave critica, cfr. anche G. FIANDACA, *I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione*, in AA.VV., *Punire mediare riconciliare: dalla giustizia penale internazionale all’elaborazione dei conflitti individuali*, a cura di G. Fiandaca e C. Visconti, Torino 2009, p. 16 ss., dove si ribadisce che, sotto un profilo strettamente processuale, lo spazio riservato alle vittime non deve mai arrivare a compromettere la salvaguardia dei diritti degli imputati, tra cui il diritto alla speditezza del giudizio.

bensì della comunità; non alternativa ed estranea, ma incorporata nel processo, che non comporterebbe al contempo una rinuncia complessiva alla dimensione retributiva.⁶³⁶

Del resto, esistono tre soli modi di risolvere le controversie, ossia riconciliare gli interessi delle parti, stabilire chi abbia ragione ed accertare chi sia più forte in quanto a potere: in generale, sembra che riconciliare costi meno e risulti complessivamente più soddisfacente che accertare chi abbia ragione; e che questo a sua volta costi meno e soddisfi di più che stabilire chi sia più forte.⁶³⁷

In conclusione, la logica della giustizia riparativa s'incentra su un approccio collettivo alla sanzione penale: l'armonia è il fine ultimo in luogo della sanzione e l'imputato perde la propria centralità nella procedura. Questo è stato il contributo incalcolabile della giustizia riparativa nella prospettiva del miglioramento della posizione della vittima: il suo coinvolgimento nella procedura di definizione del giudizio.⁶³⁸

⁶³⁶ L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, p. 239. E' opinione dell'autore che lo Statuto di Roma sia ad oggi ancora sbilanciato verso le istanze retributive, relegando la giustizia riparativa alle sole fasi antecedenti e successive al giudizio. In tal senso, è auspicabile una riforma. A conferma di questa tesi, cfr. C. GARBETT, *The truth and the trial: victim participation, restorative justice, and the international criminal Court*, in *Contemporary justice review*, 2013, p. 207 ss.: ad esempio, la Corte ad oggi non prevede alcuna forma di incontro tra le vittime ed il responsabile, elemento d'altra parte irrinunciabile della giustizia riparativa. Sulle innovazioni introdotte dallo Statuto di Roma della Corte penale internazionale dal lato della vittima, cfr. *supra*, par. 2.2.2. In chiave critica, cfr. G. FIANDACA, *I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione*, in AA.VV., *Punire mediante riconciliare: dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, a cura di G. Fiandaca e C. Visconti, Torino 2009, p. 17. E' opinione dell'autore che si configuri in tal modo un indebito «sovraccarico di obiettivi», difficilmente addossabili sulle spalle del processo penale. Così, segnatamente, la riconciliazione è impedita dall'esigenza di speditezza del giudizio, che non ammette un dibattito storico approfondito, capace di render conto dei diversi punti di vista ed attento alle sfumature. Oltre a ciò, sfavorevole è lo schema giudiziale, il quale tende a contrapporre i colpevoli agli innocenti.

⁶³⁷ G. COSI, *Mediazione: un'alternativa al giudizio?*, in ID., *La responsabilità del giurista? Etica e professione legale*, Torino 1998, p. 377, come citato in M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 403. Cfr. I. MARCHETTI - C. MAZZUCATO, *La pena 'in castigo'. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano 2006, p. 49 ss., che individua una quarta modalità di risoluzione delle controversie, emersa di recente: si tratta della punizione dei responsabili per rispondere alla pretese delle vittime. E' un equivoco pericoloso che rischia di strumentalizzare la giustizia, mettendo al servizio della vittima la «semplificazione retributiva» allo scopo di rispondere ad istinti vendicativi in modo demagogico.

⁶³⁸ Cfr. *sub*, par. 4.3.2., dove è descritto il tentativo di conciliare l'istituto del patteggiamento con il rispetto delle istanze delle vittime, giovandosi dell'apporto della giustizia riparativa.

4.3. Il ruolo della vittima nella prospettiva del miglioramento dell'istituto

Influenzati dagli ideali della giustizia riparativa, gli ordinamenti nazionali, la legislazione europea ed internazionale hanno recentemente adottato una serie di riforme orientata ad un maggior coinvolgimento della vittima nel processo penale.⁶³⁹ Tale coinvolgimento non ambisce ad essere meramente simbolico, bensì all'opposto reale, concreto, effettivo, giacché la vittima possiede un patrimonio di conoscenza idoneo a far meglio comprendere la personalità dell'autore del reato e le sue motivazioni, oltre naturalmente alla portata delle conseguenze negative del reato.⁶⁴⁰

⁶³⁹ R. HENHAM - G. MANNOZZI, *Il ruolo delle vittime nel processo penale e nella commisurazione della pena: un'analisi delle scelte normative e politico-criminali effettuate nell'ordinamento inglese e in quello italiano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 707 ss. In chiave comparatistica, l'articolo pone a confronto le recenti innovazioni introdotte negli ordinamenti giuridici inglese ed italiano. Nell'ambito del processo penale inglese alla vittima neppure è consentito di costituirsi parte civile al fine di demandare il risarcimento del danno subito come conseguenza del reato. Tuttavia, il primo ottobre del 2001 è stato introdotto a livello nazionale il c.d. *victim personal statement scheme*: l'istituto riconosce alle vittime la possibilità di presentare proprie dichiarazioni fino all'apertura della fase di commisurazione della pena. Si tratta di un vero e proprio resoconto compilato dalla vittima, eventualmente con l'assistenza delle autorità competenti. Esso è verificato e valutato dalla corte prima di emettere la sentenza di condanna. Pur non risolvendo *in toto* il problema delle false aspettative e dell'insoddisfazione della vittima, la riforma permette a chi sia stato danneggiato da un fatto di reato di manifestare impressioni e sentimenti in ordine alla sofferenza patita. Queste sono poi, almeno teoricamente, capaci di influire sul *quantum* e sulla specie della pena concretamente irrogata.

⁶⁴⁰ R. HENHAM - G. MANNOZZI, *Il ruolo delle vittime nel processo penale e nella commisurazione della pena: un'analisi delle scelte normative e politico-criminali effettuate nell'ordinamento inglese e in quello italiano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 716. Ciò vale a dire che attraverso l'intervento della vittima è possibile estendere la base del giudizio commisurativo *ex art. 133 c.p.* Cfr. A. GARAPON, *Crimini che non si possono né punire né perdonare. L'emergere di una giustizia internazionale*, Bologna 2004, p. 131: «La vittima, espulsa violentemente dalla comunità, si vede condannata a una solitudine morale che peggiora con il tempo. Per riparare al pregiudizio subito, l'identità negata chiede di essere riconosciuta, riaffermata da un atto giudiziario, inedito ai più: il riconoscimento. Le vittime non si aspettano solo che la giustizia stia dalla loro parte, ma anche, e soprattutto, che le riconosca».

Così, nel corso dell'anno 2000 il legislatore italiano ha attribuito la competenza penale al giudice di pace, relativamente a taluni reati previsti dal codice penale o da leggi penali speciali.⁶⁴¹ Si tratta di un modello in cui strutturalmente convivono l'anima retributiva e quella riparativa, i cui propositi sono la riduzione del ricorso alle sanzioni detentive e la promozione della riconciliazione tra le parti.⁶⁴²

Per la prima volta nell'ordinamento giuridico italiano lo strumento utilizzato è la mediazione tra autore del reato e vittima: al buon esito della procedura consegue la remissione della querela; nell'ipotesi, invece, d'insuccesso, il giudice di pace ricorre a sanzioni diverse dalla detenzione in carcere, quali la pena pecuniaria, la detenzione domiciliare e il lavoro di pubblica utilità.⁶⁴³

⁶⁴¹ D. lgs. 28 agosto 2000, n. 274, consultabile all'url www.penale.it/legislaz/dlgs_28_8_00_274.htm. Sui reati attribuiti alla competenza del giudice di pace, cfr. art. 4 d. lgs. n. 274 del 2000: si tratta di alcuni delitti e contravvenzioni accomunati dall'essere espressione di situazioni di microconflittualità individuale, cui si aggiungono altri reati che tutelano interessi di tipo prettamente pubblicistico. Sulla figura del giudice di pace, cfr. art. 106 comma 2 Cost., il quale prevede la possibilità «di nomina, anche elettiva, di magistrati onorari, per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli».

⁶⁴² R. HENHAM - G. MANNOZZI, *Il ruolo delle vittime nel processo penale e nella commisurazione della pena: un'analisi delle scelte normative e politico-criminali effettuate nell'ordinamento inglese e in quello italiano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 724. Sulle misure alternative alla detenzione, cfr. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano 2011, p. 770 ss., dove si rimarca che il sistema sanzionatorio si caratterizza appunto per l'eliminazione della pena detentiva ed al contempo per la valorizzazione della pena pecuniaria e di pene alternative a quella detentiva. La pena irrogata dal giudice di pace, dunque, è mite; cionondimeno, essa s'ispira al principio di effettività, giacché non è mai consentita la sospensione condizionale della pena. Sulla finalità conciliativa, cfr. G. LATTANZI - E. LUPO, *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano 2012, p. 35-36: la conciliazione delle parti è l'obiettivo principale della giurisdizione penale affidata al giudice di pace, dal momento che deve, per quanto possibile, costituire l'esito fisiologico di questo tipo di giustizia più vicina agli interessi del cittadino. Il giudizio, perciò, «s'impennierà sul ruolo attivo, di mediatore, del giudice di pace», che dovrà sempre valorizzare la composizione del conflitto attraverso la ricerca continua di soluzioni compensative.

⁶⁴³ Cfr. G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa e diritto penale. Alternatività o complementarità?*, in AA.VV., *Pena riparazione e riconciliazione: diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio*, Varese 2007, p. 17 ss., che definisce la mediazione nei procedimenti dinanzi al giudice di pace come «variante 'esosistemica' di privatizzazione del conflitto, realizzando di fatto una forma di depenalizzazione affidata alla remissione della querela».

La commisurazione della pena è rimessa alla discrezionalità del giudice; eppure, un ruolo significativo è riconosciuto alla vittima nella definizione alternativa dei procedimenti.⁶⁴⁴ Nei casi di «particolare tenuità del fatto» ed «estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie» essa deve essere ascoltata e le è attribuito una sorta di autonomo potere di veto.⁶⁴⁵

Più precisamente, il giudice dispone l'archiviazione con la formula di «non doversi procedere» qualora l'esiguità del danno o del pericolo derivante dal reato, la sua occasionalità ed il grado di colpevolezza non giustifichino l'esercizio dell'azione penale; dichiara, invece, il reato estinto quando l'imputato dimostri di aver provveduto alla riparazione del danno od all'eliminazione delle conseguenze dannose del reato prima dell'udienza di comparizione.⁶⁴⁶ Questo accade purché la persona offesa non manifesti un interesse alla prosecuzione del

⁶⁴⁴ R. HENHAM - G. MANNOZZI, *Il ruolo delle vittime nel processo penale e nella commisurazione della pena: un'analisi delle scelte normative e politico-criminali effettuate nell'ordinamento inglese e in quello italiano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 725.

⁶⁴⁵ R. HENHAM - G. MANNOZZI, *Il ruolo delle vittime nel processo penale e nella commisurazione della pena: un'analisi delle scelte normative e politico-criminali effettuate nell'ordinamento inglese e in quello italiano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 725. Cfr. artt. 34-35 d. lgs. n. 274 del 2000.

⁶⁴⁶ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano 2011, p. 784-785. Si noti in particolare che la condotta riparatoria deve essere valutata dal giudice idonea a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e di prevenzione. Sull'ipotesi della particolare tenuità del fatto, cfr. G. LATTANZI - E. LUPO, *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano 2012, p. 296 ss. Tale causa di improcedibilità dell'azione penale trova la sua ragione nella necessità avvertita dal legislatore di limitare la cognizione del giudice a quei fatti concretamente capaci di ledere o porre in pericolo il bene giuridico tutelato dalla fattispecie. Altrimenti, il perseguimento del reato incide negativamente sul sistema, appesantendo inevitabilmente «la macchina processuale». Sull'ipotesi dell'estinzione del reato, cfr. G. LATTANZI - E. LUPO, *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano 2012, p. 309 ss., che la definisce «una vera e propria causa di estinzione del reato che opera sulla punibilità in astratto e che viene ad aggiungersi a quelle previste dal codice penale». Altra dottrina, per converso, la considera causa sopravvenuta di non punibilità, avendo natura essenzialmente premiale e trovandosi a dipendere da valutazioni di opportunità, *in primis* lo sveltimento dei giudizi e la risposta effettiva alle esigenze di tutela e della collettività e della vittima. Cfr. a riguardo S. GUERRA, *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in AA.VV., *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, a cura di A. Scalfati, Padova 2001, p. 505 ss.

giudizio: non occorre il consenso delle parti; tuttavia, sulla base delle dichiarazioni della vittima il giudice può valutare opportuno procedere con il giudizio ordinario.⁶⁴⁷ Si tratta di una svolta epocale, giacché il conflitto è almeno parzialmente restituito alle parti, essendo il fatto di reato sottratto al principio dell'inderogabilità del giudizio.⁶⁴⁸

Similmente, nel processo minorile italiano il giudice, sentite le parti, ha la possibilità di sospendere il processo con ordinanza, qualora ritenga opportuno valutare la personalità del minore all'esito di una prova.⁶⁴⁹ In questa circostanza l'autore del reato è sottoposto ad un periodo di prova in luogo della sanzione detentiva ogni qual volta tale trattamento sanzionatorio paia più adatto a favorirne il reinserimento sociale. In caso di esito positivo, il reato è estinto; diversamente, il processo riprende secondo le modalità ordinarie.

Ciò che qui importa è che tra le prescrizioni a corredo della messa alla prova sono ricomprese condotte dirette a riparare le conseguenze del reato e, comunque, volte a promuovere la conciliazione del minorenne con la persona offesa dal reato.⁶⁵⁰ E' bene rimarcare che, tuttavia, nel processo minorile alla vittima è impedito l'esercizio dell'azione civile finalizzata ad ottenere il risarcimento del danno. Il conflitto è talvolta restituito alle parti personalmente coinvolte nel conflitto, delle quali si incentiva la riconciliazione altresì attraverso la previsioni di condotte riparative a favore della vittima. La finalità conciliativa,

⁶⁴⁷ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano 2011, p. 784-785.

⁶⁴⁸ R. HENHAM - G. MANNOZZI, *Il ruolo delle vittime nel processo penale e nella commisurazione della pena: un'analisi delle scelte normative e politico-criminali effettuate nell'ordinamento inglese e in quello italiano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 736. Tale svolta è l'esito di una rivoluzione iniziata già nel 1989, con l'approvazione del nuovo codice di procedura penale. Questo «ha scardinato l'idea di processo inquisitorio su cui si fondava il codice di procedura penale del 1930, in favore di un modello accusatorio».

⁶⁴⁹ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano 2011, p. 803.

⁶⁵⁰ Cfr. G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa e diritto penale. Alternatività o complementarità?*, in AA.VV., *Pena riparazione e riconciliazione: diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio*, Varese 2007, p.15 ss. Sono prescrizioni a contenuto riparativo i versamenti di denaro ad enti benefici, le lettere di scuse alla vittima, gli incontri di riconciliazione con la stessa, nonché i risarcimenti simbolici dovuti a suo favore.

però, è purtroppo in quest'ipotesi finalizzata alla sola rieducazione del minore, piuttosto che alla risposta alle istanze della persona offesa dal fatto di reato.

Oltre a ciò, esistono nel nostro ordinamento giuridico ulteriori istituti ispirati a logiche riparative e conciliative, quali le circostanze attenuanti comuni e le circostanze attenuanti generiche nella fase di commisurazione in senso lato; il parametro della condotta susseguente al reato nella fase di commisurazione in senso stretto.⁶⁵¹ Per espressa previsione normativa, tuttavia, l'attenuante comune sussiste soltanto qualora la riparazione del danno cagionato alla vittima o la restituzione siano integrali. Questo esclude la possibilità di valutare in sede di commisurazione in senso lato gli accordi riparativi che scaturiscono dalle mediazioni, i quali prevedono sovente forme di riparazione non integrali oppure diverse dalla restituzione e dal risarcimento in forma pecuniaria: talvolta, le prestazioni pattuite sono addirittura meramente simboliche.⁶⁵² Si tratta allora di una semplice parvenza della cultura riparativa moderna, che contempla altresì modalità di riparazione del danno morale e che si mostra capace di coinvolgere direttamente le parti del conflitto.

Cionondimeno, le attenuanti comuni convivono con quelle generiche, le quali non escludono a priori l'eventualità che la pena sia ridotta in considerazione di

⁶⁵¹ G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa e diritto penale. Alternatività o complementarità?*, in AA.VV., *Pena riparazione e riconciliazione: diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio*, Varese 2007, p. 19-20. Cfr. art. 62 comma 6 c.p. («Circostanze attenuanti comuni»), dove si fa riferimento all'aver «prima del giudizio, riparato interamente il danno, mediante il risarcimento di esso, e, quando sia possibile, mediante le restituzioni; o l'essersi, prima del giudizio e fuori del caso previsto nell'ultimo capoverso dell'art. 56, adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato»; art. 62-bis comma 1 c.p. («Circostanze attenuanti generiche»), che attribuisce al giudice la facoltà di «prendere in considerazione altre circostanze diverse, qualora le ritenga tali da giustificare una riduzione di pena», sulla base del quale possono essere valutate le condotte più diverse. Sui parametri della commisurazione della pena, cfr. art. 133 comma 2 n. 3 c.p. sul comportamento tenuto dal reo prima, durante e dopo il reato: è indice di maggiore capacità a delinquere il compierlo in maniera feroce, non mostrando alcun segno di pentimento o volontà di rappacificazione con la vittima, anziché commetterlo per poi preoccuparsi di porre rimedio al danno provocato.

⁶⁵² G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa e diritto penale. Alternatività o complementarità?*, in AA.VV., *Pena riparazione e riconciliazione: diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio*, Varese 2007, p. 23.

percorsi di mediazione tra autori e vittime o di riparazioni parziali del danno arrecato. Si potrebbe ipotizzare, pertanto, di valutare il parametro della condotta susseguente al reato in ottica di special prevenzione, correlando la riduzione della pena al giudizio prognostico circa la futura capacità del reo a delinquere.⁶⁵³

Ciò vale a dire che il parametro regolato *ex art.* 133 c.p. può volgersi a considerare la riconciliazione con la vittima o la riparazione del danno, consentendo un dialogo tra la giustizia riparativa e la giustizia penale.⁶⁵⁴ Il bisogno della riduzione della pena verrebbe così a dipendere anche da soggetti diversi da quelli tradizionalmente presi in considerazione dal diritto penale, ossia la vittima e la comunità.⁶⁵⁵

Nella stessa direzione sembrano muoversi i recenti lavori parlamentari di riforma in materia di corruzione.⁶⁵⁶ Tali progetti mirano ad incrementare la rilevanza delle condotte riparatorie tenute dal reo a favore della vittima in sede di commisurazione della pena. Così, si pianifica l'aggiunta di un secondo comma all'art. 323-*bis*, relativamente alle circostanze attenuanti previste per i reati di corruzione ed istigazione alla corruzione. Segnatamente, la pena è ridotta da un terzo alla metà qualora l'imputato si sia adoperato efficacemente per evitare che

⁶⁵³ G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa e diritto penale. Alternatività o complementarità?*, in AA.VV., *Pena riparazione e riconciliazione: diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio*, Varese 2007, p. 30.

⁶⁵⁴ G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa e diritto penale. Alternatività o complementarità?*, in AA.VV., *Pena riparazione e riconciliazione: diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio*, Varese 2007, p. 31. E' opinione dell'autore che, in questa prospettiva, andrebbero valorizzate le c.d. «condotte antagoniste dell'offesa» nel contesto della commisurazione in senso stretto della pena. Si tratta di «forme di regressione dell'offesa», cioè condotte positive tenute dall'autore di reato, diverse ed ulteriori rispetto a quelle previste dagli artt. 56 e 62 c.p. Per ulteriori approfondimenti sulle ipotesi di desistenza volontaria e recesso attivo, cfr. *sub*, par. 4.3.1.

⁶⁵⁵ G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa e diritto penale. Alternatività o complementarità?*, in AA.VV., *Pena riparazione e riconciliazione: diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio*, Varese 2007, p. 30.

⁶⁵⁶ Il progetto, inerente alle strategie penalistiche di contrasto alla corruzione, è consultabile all'url www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00766791.pdf. Si noti che tale progetto segue una riforma recente proprio in materia di corruzione; cfr. a riguardo l. 6 novembre 2012, n. 190.

dall'attività delittuosa derivino conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'identificazione degli altri responsabili oppure per facilitare il sequestro delle somme o delle altre utilità trasferite.

Oltre a ciò, si predispone l'introduzione dell'art. 322-*quater*, inerente alla c.d. riparazione pecuniaria. Questo prescrive che, nei casi di reati di peculato, corruzione ed induzione alla corruzione, le sentenze di condanna o di patteggiamento *ex art.* 444 c.p.p. ordinano sempre il pagamento di una somma pari all'ammontare di quanto ricevuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio. La somma è dovuta a favore della parte lesa dall'atto illecito, ossia l'amministrazione cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio appartiene oppure, nel caso di corruzione in atti giudiziari disciplinato dall'art. 319-*ter* c.p., a favore dell'amministrazione della giustizia. La riparazione pecuniaria lascia comunque impregiudicato il diritto al risarcimento del danno.

Il legislatore si dimostra in tal modo ancora una volta sensibile alle esigenze delle persone lese dall'illecito penale, premiando la condotta del reo volta a reintegrare, almeno parzialmente, la sofferenza patita; comandando, inoltre, la restituzione della somma sottratta a favore dell'ente danneggiato. Degno di nota è il riferimento operato in questo secondo caso alla sentenza del patteggiamento. Nel giudizio di applicazione della pena su richiesta delle parti la parte lesa, invero, è emarginata e le è negata la possibilità di costituirsi parte civile al fine di demandare il risarcimento del danno; eppure, il processo penale può perlomeno renderle quanto le sia stato previamente sottratto.

Altrettanto significativo è il quadro delle misure comunitarie ed internazionali. Anzitutto deve essere menzionata la raccomandazione n. 83 del giugno 1983, mediante la quale il Consiglio d'Europa ha affermato per la prima volta l'importanza della partecipazione della comunità al perseguimento degli obiettivi di politica criminale, tra cui figurano la prevenzione del crimine, il reinserimento del reo e l'aiuto a favore delle vittime del reato.⁶⁵⁷

⁶⁵⁷ Consiglio d'Europa, raccomandazione 23 giugno 1983, n. 83. In maniera innovativa, si afferma che la giustizia penale deve tenere conto dei bisogni e degli interessi delle vittime e che, d'altra parte, il resto della comunità ha il compito di favorire il perseguimento degli obiettivi di

Urgeva tuttavia l'introduzione di nuove ed ulteriori misure nazionali che garantissero i diritti delle vittime del reato in maniera pronta ed efficace. Con questo intento, il Consiglio d'Europa ha raccomandato agli ordinamenti interni di promuovere la partecipazione della vittima in tutte le fasi del procedimento penale.⁶⁵⁸ In particolare, i legislatori nazionali sono incoraggiati ad apprezzare lo strumento della mediazione e le altre forme della giustizia riparativa: questi facilitano l'incontro tra il reo e la vittima e la riparazione del danno cagionato, nonché l'espletamento di altri servizi utili alla comunità.⁶⁵⁹ Si tratta di soluzioni negoziate dalla vittima e dall'autore del reato, sotto la guida di una persona terza

prevenzione speciale, aiutando e non ostacolando la reintegrazione dei condannati nella società. Si noti che il Consiglio d'Europa è composto dai capi di Stato e di governo, dal presidente della Commissione, dai Ministri degli esteri e del membro della Commissione incaricato delle politiche esterne comunitarie. Quanto alle funzioni, esso impartisce le indicazioni politiche necessarie attraverso atti di natura in genere non vincolante alle istituzioni, soprattutto alla Commissione ed al Consiglio. A riguardo, cfr. L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea: sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, Milano 2008, p. 62 ss.

⁶⁵⁸ Consiglio d'Europa, raccomandazione 28 giugno 1985, n. 85. Segnatamente, sono sanciti i diritti di informazione e di riparazione della vittima: «*The victim should be informed of: the date and place of a hearing concerning an offence which caused him suffering; his opportunities of obtaining restitution and compensation within the criminal justice process, legal assistance and advice; how he can find out the outcome of the case. It should be possible for a criminal court to order compensation by the offender to the victim. To that end, existing limitations, restrictions or technical impediments which prevent such a possibility from being generally realised should be abolished. Legislation should provide that compensation may either be a penal sanction, or a substitute for a penal sanction or be awarded in addition to a penal sanction. All relevant information concerning the injuries and losses suffered by the victim should be made available to the court in order that it may, when deciding upon the form and the quantum of the sentence, take into account: the victim's need for compensation; any compensation or restitution made by the offender or any genuine effort to that end. In cases where the possibilities open to a court include attaching financial conditions to the award of a deferred or suspended sentence, of a probation order or of any other measure, great importance should be given among these conditions to compensation by the offender to the victim*».

⁶⁵⁹ Cfr. anche la successiva raccomandazione del Consiglio d'Europa del 15 settembre 1999, n. 99, nella cui appendice sono descritte le regole generali in materia di mediazione e gli *standards* da rispettare, oltre alla formazione richiesta ai mediatori ed alle ricerche che si demanda di promuovere agli Stati in materia. Quanto alle Nazioni Unite, cfr. la più recente risoluzione del Consiglio economico e sociale Onu, n. 15/2002, che incoraggia gli Stati ad approvare programmi di giustizia riparativa in ambito penale. La giustizia riparativa è infatti descritta come una misura dinamica di contrasto della criminalità, che favorisce la comprensione e l'armonia sociale, essendo tesa alla ricostruzione del rapporto tra vittima e reo.

e competente che si adopera affinché la vittima non subisca pregiudizi ulteriori.⁶⁶⁰

Prescrizioni simili sono al contempo raccomandate dalle Nazioni Unite, le quali dimostrano il loro impegno nella salvaguardia dei diritti della vittima del reato.⁶⁶¹

A questa, invero, è garantito l'accesso alla giustizia, nonché un trattamento compassionevole e rispettoso della sua dignità. Il proposito è quello di ridurre gli episodi della c.d. doppia vittimizzazione, che hanno luogo ogni qual volta chi ha subito un reato sia traumatizzato una seconda volta a ragione dell'insufficienza di strumenti normativi adatti a far valere i propri diritti.

Più di recente, il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno adottato una nuova normativa a tutela della vittima del reato. E' la direttiva n. 29 del 2012, la quale contiene le previsioni minime che pertengono i diritti, l'assistenza e la protezione delle vittime.⁶⁶² Oltre ad includere nella nozione di vittima i familiari di coloro la cui morte sia derivata direttamente da un reato e abbiano, a conseguenza di ciò, subito pregiudizio, la direttiva qualifica il reato come fatto socialmente dannoso.⁶⁶³ Ne deriva che i diritti delle vittime in essa sanciti debbono essere

⁶⁶⁰ Cfr. anche Consiglio dell'Unione europea, decisione quadro 15 marzo 2001, n. 2001/220/GAI, art. 10: «Ciascuno Stato membro provvede a garantire che eventuali accordi raggiunti tra la vittima e l'autore del reato nel corso della mediazione nell'ambito dei procedimenti penali vengano presi in considerazione». Si noti che il Consiglio dell'Unione europea è organo distinto dal Consiglio d'Europa, è composto da un rappresentante di ciascuno Stato membro a livello ministeriale e, soprattutto, dispone di un potere decisionale vincolante. A riguardo, cfr. L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea: sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, Milano 2008, p. 53 ss.

⁶⁶¹ Assemblea generale Onu, raccomandazione 29 novembre 1985, n. 40/34, consultabile all'url www.un.org/documents/ga/res/40/a40r034.htm.

⁶⁶² Si tratta della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea del 25 ottobre 2012, n. 2012/29/UE, che sostituisce la previa decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea del 15 marzo 2001, n. 2001/220/GAI. A riguardo, cfr. *supra*, nota n. 221.

⁶⁶³ Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea, direttiva 25 ottobre 2012, n. 2012/29/UE, art. 2.

garantiti a prescindere dal fatto che il reo sia stato identificato, catturato, perseguito o condannato.⁶⁶⁴

Ciò che qui più conta è che alla vittima sono attribuiti poteri d'azione nell'ambito del processo penale: essa ha diritto ad essere ascoltata, di fornire elementi di prova e di richiedere il riesame delle decisioni di non luogo a procedere, fornendo senza indebito ritardo informazioni sul caso.⁶⁶⁵ Oltretutto, le vittime hanno diritto al rimborso delle spese derivanti dalla partecipazione al procedimento penale, alla restituzione puntuale dei beni sequestrati nel corso del giudizio ed al risarcimento da parte dell'autore del reato.⁶⁶⁶

In conclusione, ai sensi della normative europee ed internazionali ad oggi in vigore alla vittima è riconosciuto il diritto di prender parte al processo penale, senza doversi sobbarcare alcuna spesa; ha diritto, inoltre, di demandare il risarcimento del danno ed ottenere la restituzione delle *res* sottratte, di ricevere informazioni in modo facilmente comprensibile; ha diritto, infine, ad essere assistita gratuitamente fin dal primo contatto con le autorità e ad essere protetta laddove necessario, soprattutto qualora appartenga ad una delle categorie di vittime considerate particolarmente vulnerabili.

Chi subisce un reato, pertanto, ha un ruolo attivo nel procedimento penale, potendo contribuire alla ricostruzione della verità storica ed al perseguimento dei responsabili e giovando, d'altro canto, della riparazione del danno subito. In questa direzione si muove del resto anche la giustizia penale internazionale: con la dichiarazione di Kampala, alla vittima è assicurato il diritto di partecipare al processo penale, contribuendo in ogni fase alla ricostruzione della verità storica ed esigendo una riparazione.⁶⁶⁷

⁶⁶⁴ S. CIVELLO CONIGLIARO, *La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato. Una prima lettura della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, p. 2.

⁶⁶⁵ Parlamento europeo e Consiglio, direttiva 25 ottobre 2012, n. 2012/29/UE, artt. 9-10.

⁶⁶⁶ Parlamento europeo e Consiglio, direttiva 25 ottobre 2012, n. 2012/29/UE, artt. 14-15-16.

⁶⁶⁷ Per ulteriori approfondimenti sul ruolo della vittima nei procedimenti dinanzi alla Corte penale internazionale, cfr. *supra*, par. 2.2.2.

La vittima è strappata dall'oblio.⁶⁶⁸ Il diritto penale, che l'aveva nel tentativo di superare forme di giustizia privata fondate sulla vendetta, la riscopre: sia in quanto soggetto capace di dare un apporto notevole alla ricostruzione dei fatti ed, eventualmente, alla persecuzione di ulteriori responsabili coinvolti nella perpetrazione del crimine; sia in quanto titolare di un complesso di diritti che tendono a soddisfare le istanze inerenti il danno materiale e la sofferenza morale. Duplice, del resto, è il percorso seguito dalle giurisdizioni penali moderne: responsabilizzare coloro che si celano dietro atti di stato e, soprattutto, individualizzare le vittime, ossia colpire sempre più in alto nella scala dei responsabili e conferire sempre più diritti alle vittime.⁶⁶⁹

4.3.1. *L'ipotesi del ravvedimento del reo e del perdono della vittima*

Il legislatore è ad oggi restio a lasciarsi alle spalle la realtà di sofferenza e disagio delle vittime.⁶⁷⁰ Queste non sono più contrapposte alla figura dell'autore del reato; viceversa, il recupero della relazione tra vittima e reo, soprattutto attraverso i meccanismi della giustizia riparativa, promuove una concezione dinamica ed interattiva del crimine.⁶⁷¹ Sempre in questo scenario, sono state elaborate soluzioni alternative alla pena, ossia modalità diverse di risoluzione del conflitto tra reo e vittima.⁶⁷² Si è parlato a proposito di un tentativo di

⁶⁶⁸ G. FORTI, *L'immane concretezza: metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2003, p. 273.

⁶⁶⁹ A. GARAPON, *Crimini che non si possono né punire né perdonare. L'emergere di una giustizia internazionale*, Bologna 2004, p. 144.

⁶⁷⁰ G. FORTI, *L'immane concretezza: metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2003, p. 256.

⁶⁷¹ Cfr. G. FORTI, *L'immane concretezza: metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2003, p. 273, secondo cui tradizionalmente il diritto penale e la scienza criminologica hanno invece «estrapolato isolati tasselli per elevarli a esclusivi centri di gravitazione del tutto criminale».

⁶⁷² Cfr. F. NIETZSCHE, *Genealogia della morale: uno scritto polemico*, Torino 2012, p. 30. Il diritto si è a lungo incentrato sulla violenza, quando si pensava che questa fosse un moto

«decostruire» il fatto di reato, ricercando a ritroso le relazioni che si celano dietro all'apparente ovvietà del crimine.⁶⁷³ Questo approccio consente oltretutto di avere cognizione della personalità delle parti direttamente coinvolte e, conseguentemente, di valorizzare l'unicità e la dignità dell'individuo.⁶⁷⁴

Particolarmente significative nel contesto della giustizia penale internazionale sono state le esperienze della Commissione sudafricana per la verità e la riconciliazione e delle Corti *gacaca* in Ruanda.⁶⁷⁵ Il Sudafrica *post apartheid* ha fondato il processo di transizione verso un ordinamento di tipo democratico sulla concessione del beneficio dell'amnistia a favore dei responsabili. E' stata promessa, invero, l'impunità a coloro che avessero descritto con dovizia di particolari il crimine perpetrato e ne avessero, in aggiunta, dimostrato la natura politica; a chi, in altri termini, confessando il crimine, provasse di essere il mero esecutore materiale di un delitto ordinato da superiori.⁶⁷⁶ Si trattava, dunque, di una forma di amnistia condizionata, volta a soddisfare le istanze di verità delle

dell'animo spontaneo e brutale e che, quindi, non necessitasse di giustificazione alcuna. Le finalità della pena erano essenzialmente la punizione e la deterrenza. Ad oggi, «il trasgressore non viene più 'messo al bando' e escluso, la collera generale non può più scatenarsi contro di lui sfrenatamente come prima - anzi al contrario, a partire da quel momento, il malfattore sarà accuratamente protetto e difeso dalla comunità contro questa collera». Questo significa che la pena diviene «il compromesso con la collera di coloro che sono stati più di tutti colpiti dalla cattiva azione; uno sforzo per localizzare il caso e prevenire una più estesa o anzi generale partecipazione allo stato di ansia; un tentativo di trovare degli equivalenti e di sistemare tutta l'azione (la "*compositio*")».

⁶⁷³ A. CERETTI, *L'orizzonte artificiale: problemi epistemologici della criminologia*, Padova 1992, p. 92 ss.

⁶⁷⁴ I. MARCHETTI - C. MAZZUCCATO, *La pena 'in castigo'. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano 2006, p. 237 ss., dove si osserva che con il mutamento della compagine sociale si è lentamente abbandonato il ricorso a castighi violenti per cercare, diversamente, interventi adeguati ad ottenere consenso e idonei a suscitare nell'individuo l'interesse verso il rispetto delle regole.

⁶⁷⁵ Per una trattazione più completa sulle esperienze sudafricana e ruandese, cfr. *supra*, par. 3.1.1. e 3.2. Sull'inadeguatezza del modello classico del diritto penale, cfr. L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, p. 191 ss.

⁶⁷⁶ B. VAN SCHAACK - R.C. SLYE, *International criminal law and its enforcement: cases and materials*, New York 2010, p. 987.

vittime e, al contempo, a favorire la riconciliazione nazionale attraverso il dialogo con i carnefici ed il riconoscimento delle responsabilità occorse.⁶⁷⁷

In Ruanda, invece, le Corti *gacaca* non hanno affatto promesso l'impunità, giacché esse erano chiamate a coesistere con il Tribunale *ad hoc*, istituito dalle Nazioni Unite ed incaricato di giustiziare i maggiori responsabili del genocidio. In aggiunta, le Corti nazionali erano state incaricate di perseguire i semplici responsabili dei crimini connessi al genocidio, i quali esulavano dalla competenza del Tribunale internazionale. Le Corti *gacaca* erano istituite proprio allo scopo di alleggerire l'enorme carico sulle spalle della giurisdizione nazionale.

La loro attività s'incentrava sì sul "contributo incrociato" delle parti del conflitto, che, incontrandosi e dialogando, procedevano agilmente alla ricostruzione della verità storica; cionondimeno, al termine della procedura erano irrogate pene anche estremamente severe, quali la pena di morte e pene detentive elevate. Era ammessa altresì la procedura del "patteggiamento": aveva diritto a sconti di pena chi, a seguito del resoconto dettagliato del delitto, riconoscesse la propria responsabilità e porgesse le proprie scuse alle vittime. Di conseguenza, le Corti *gacaca* attribuivano rilevanza giuridica al ravvedimento, diversamente dalla Commissione sudafricana, la quale, di contro, non lo annoverava tra le condizioni a cui subordinare la concessione dell'amnistia.

Queste esperienze sollevano un quesito cruciale: perché punire e, soprattutto, se sia opportuno scegliere di farlo anche qualora sussistano il ravvedimento del reo e, dall'altra parte, il perdono da parte della persona che ha patito le sofferenze

⁶⁷⁷ Cfr. G. FIANDACA, *I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione*, in *Criminalia*, 2007, p. 52, secondo cui il carattere inedito della strada percorsa dalla Commissione sudafricana «è consistito nel sospendere la logica giudiziaria e nel valorizzare la confessione pubblica quale presupposto di un'amnistia condizionata». Sul tema, cfr. anche A. LOLLINI, *Costituzionalismo e giustizia di transizione: il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Bologna 2005, p. 164 ss., dove si rimarca che il modello conciliativo sudafricano promuove così il consolidarsi dell'unità del corpo politico, orientandosi verso l'inclusione anziché l'esclusione degli individui e dei gruppi.

derivanti dal reato.⁶⁷⁸ Tale quesito sorge particolarmente rispetto agli scenari della giustizia penale internazionale, dove sovente le popolazioni colpite dal conflitto percepiscono i modelli della giustizia occidentale come distanti ed estranei, non considerando verosimilmente le sentenze punitive pronunciate dai Tribunali internazionali come possibili caposaldi della riconciliazione.⁶⁷⁹

Il caso sudafricano aveva mostrato di poter superare l'angusta logica giudiziaria, che nel contesto delle gravi violazioni di diritti umani fondamentali non aveva mancato di rivelare le proprie debolezze. La scarsità di tempo e di risorse costringeva alla selezione dei responsabili da perseguire, dando origine a

⁶⁷⁸ Sull'evoluzione e la dinamicità del concetto di pena, cfr. F. NIETZSCHE, *Genealogia della morale: uno scritto polemico*, Torino 2012, p. 34-35: «Il concetto 'pena' non ha più, in effetti, in uno stato molto tardo della civiltà (per esempio nell'Europa di oggi), un unico significato, ma tutta una sintesi di significati. [...] Pena come neutralizzazione, come impedimento di un ulteriore danno. Pena come risarcimento del danno al danneggiato in una forma qualsiasi (anche in quella di una compensazione d'affetti). Pena come isolamento di una turbativa dell'equilibrio, come prevenzione di un progredire della turbativa stessa. Pena come instillazione di timore di fronte a coloro che determinano e rendono esecutiva la pena. Pena come una sorta di compensazione per i vantaggi di cui il trasgressore ha goduto fino a quel momento (per esempio, quando venga utilizzato nelle miniere come schiavo). Pena come enucleazione di un elemento che è in procinto di degenerare (in certi casi di tutto un ramo, secondo quanto avviene nel diritto cinese: come mezzo, dunque, per conservare pura la razza o per la stabilizzazione di un determinato tipo sociale). Pena come festa, cioè come violenza e beffa ai danni di un nemico finalmente abbattuto. Pena come memorializzazione, sia per colui cui essa viene inflitta - il cosiddetto 'miglioramento', sia per i testimoni dell'esecuzione. Pena come saldo di un onorario che la potenza si riserva per proteggere il malfattore dagli accessi della vendetta. Pena come compromesso con lo stato di natura della vendetta, nella misura in cui questo viene ancora mantenuto in vita da stirpi potenti e venga considerato come privilegio. Pena come dichiarazione e norma di guerra contro un nemico della pace, della legge, dell'ordine, dell'autorità, che si combatte con i mezzi che la guerra fornisce perché pericoloso per la comunità, come trasgressore del patto su cui fondano i suoi presupposti, come sovversivo, traditore e nemico della pace». Della stessa idea è Fiandaca; cfr. G. FIANDACA, *I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione*, in *Criminalia*, 2007, p. 47, secondo cui la pena è ad oggi «sovraccarica di obiettivi».

⁶⁷⁹ Cfr. I. LAX, *The south african truth and reconciliation Commission: transitional justice as restorative justice. Challenges for transformation*, in AA.VV., *Pena riparazione e riconciliazione: diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio*, Varese 2007, p. 132. Qui il sistema delle Corti *gacaca* è ricondotto alla categoria dei sistemi di giustizia di transizione che operano secondo modalità retributive. Si tratterebbe infatti di giurisdizioni che applicano procedure «quasi giudiziarie» allo scopo di «ri-nazionalizzare i conti con il passato genocidiario», prendendo le distanze dalla poco familiare attività dei Tribunali internazionali.

condizioni di profonda disparità e sostanziale ingiustizia; in contesti ancora instabili giacché segnati dal conflitto, impediva, inoltre, l'effettiva protezione delle vittime, innanzitutto da episodi di ritorsioni.

Al contempo, la Commissione sudafricana ripudiava la misura dell'estinzione "cieca" del fatto di reato, subordinando invece la concessione dell'amnistia alla sussistenza di condizioni capaci di coniugare lo sforzo di ricostruire la verità storica e di ricucire il tessuto sociale dilaniato dal conflitto.⁶⁸⁰ Alle vittime era fornito un *forum* in cui far sentire la propria voce e, confrontandosi con i responsabili, esternare le violenze subite ed il dolore sofferto. Eppure, erano puntualmente perseguiti coloro i quali non soddisfacevano i requisiti previsti per l'amnistia condizionata: cioè, chi si fosse rifiutato di presentarsi dinanzi alla Commissione per descrivere il crimine perpetrato e dimostrarne la natura politica; oppure chi, pur presentatosi, avesse reso una confessione valutata non sincera.

Le Corti *gacaca* si erano spinte addirittura oltre, riconoscendo una valenza giuridica al ravvedimento del reo e condizionando quindi la riduzione della pena alla presenza di un moto interiore di emenda. In entrambi i casi, *mutatis*

⁶⁸⁰ A. BORAINÉ, *Truth and reconciliation in South Africa. The third way*, in R.I. ROTBERG - D. THOMPSON, *Truth versus justice: the morality of truth Commissions*, Princeton 2000, p. 141 ss. Sull'ostilità delle vittime nei confronti dell'amnistia incondizionata, cfr. M.C. RIOLI, *Guarigione di popoli: chiese e comunità cristiane nelle Commissioni per la verità e la riconciliazione in Sudafrica e Sierra Leone*, Bologna 2009, p. 25. Sulla soluzione dell'amnistia, cfr. L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, p. 204-205: l'alternativa amnistiale, «di tipo amletico, fondata sull'oblio», favorisce la pacificazione nelle fasi *post* belliche, mentre la pena, afflittiva ed infamante, fomenta le lacerazioni delle società in transizione. Per secoli, invero, essa è stata la forma normale di conclusione dei conflitti e di transizione verso la pace, essendosi l'ideologia della punizione dei crimini di guerra affermata soltanto nel corso del ventesimo secolo. Si noti che, in linea di massima, la concessione di un'amnistia a livello nazionale non vincola l'attività della Corte penale internazionale; viceversa, la regola generale è che un soggetto amnistiato possa essere perseguito da altri, segnatamente la Corte stessa. In ossequio al principio di complementarità, invero, essa è chiamata ad operare proprio nelle ipotesi in cui le forze nazionali non intendano perseguire i responsabili o non dispongano dei mezzi a ciò necessari.

mutandis, si privilegiava allora la ricostruzione della verità alla repressione ostinata dei crimini.⁶⁸¹

Del resto, numerosi istituti, contemplati anche dal nostro ordinamento giuridico, riconoscono una valenza giuridica al ravvedimento, ossia alla condotta di chi decida di correggersi. Il legislatore, in altri termini, valorizza talune condotte antagonistiche dell'offesa tipizzata: si tratta di condotte specularmente modellate su quella offensiva descritta nella norma incriminatrice.⁶⁸² La logica cui tali previsioni si ispirano è manifestamente di tipo premiale.

Devono menzionarsi anzitutto la desistenza volontaria ed il recesso attivo o "pentimento operoso", disciplinati dai commi 4 e 5 dell'art. 56 c.p. Si tratta dell'ipotesi in cui il soggetto agente ponga in essere una condotta di per sé già sufficiente a configurare il tentativo di reato, ma volontariamente cambi le proprie intenzioni: sussiste la desistenza volontaria se l'agente, iniziata l'attività criminosa, la interrompe prima di portarla a termine; sussiste, invece, il recesso attivo quando, completata l'azione, l'agente si adopera affinché l'evento lesivo conseguente alla condotta non si realizzi.

In entrambi i casi non è sufficiente che il soggetto rimanga inerme, bensì è richiesto che egli ponga in essere un comportamento attivo idoneo ad interrompere l'azione od evitare che l'evento si realizzi. Le conseguenze giuridiche sono notevoli: la desistenza comporta l'impunità a titolo di tentativo di chi abbia agito, sempreché evidentemente l'azione non costituisca altro reato; il recesso attivo, invece, comporta una diminuzione della pena prevista per il delitto tentato. E' la teoria del ponte d'oro, in base alla quale al reo che desiste o recede si promette un beneficio: in queste circostanze, del resto, verrebbero meno

⁶⁸¹ A supporto della tesi che privilegia la ricostruzione della verità storica, cfr. H. ARENDT - K. JASPERS, *Carteggio 1926-1969: filosofia e politica*, a cura di A. Del Lago, Milano 1989, p. 177 ss.

⁶⁸² G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa e diritto penale. Alternatività o complementarità?*, in AA.VV., *Pena riparazione e riconciliazione: diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio*, Varese 2007, p. 20.

o si attenuerebbero le esigenze di prevenzione speciale, dimostrando il reo una scarsa volontà di delinquere.

Cionondimeno, è bene rimarcare che l'istituto non si colloca a pieno titolo nel contesto della giustizia riparativa. La fattispecie descrive una condotta impeditiva, anziché riparativa: non si tratta di una riparazione simbolica o pecuniaria, che sono invece le modalità prevalenti in cui si estrinseca la riparazione che segue la mediazione; la *ratio* è la tutela dei beni giuridici, non la soddisfazione dei bisogni delle vittime.⁶⁸³ Occorre sottolineare, inoltre, che se da un lato si prescrive che il recesso e la desistenza siano volontari, dall'altro rimangono irrilevanti le ragioni che spingono il reo a non portare a termine la condotta criminosa. Queste, dunque, potrebbero facilmente imputarsi a sentimenti di timore od a considerazioni di tipo utilitaristico.

Simili considerazioni valgono per la collaborazione processuale.⁶⁸⁴ La disciplina regola la circostanza in cui membri di organizzazioni criminali decidano dopo la cattura di collaborare con la giustizia, fornendo informazioni utili al contrasto dell'attività delle organizzazioni di cui hanno fatto parte e di cui essi soltanto sono in grado di riferire.⁶⁸⁵ Come compenso, essi accedono a benefici di diritto sostanziale e processuale.

Precisamente, è consentito agli imputati ed ai condannati di diventare collaboratori di giustizia qualora il giudice abbia accertato che il loro contributo probatorio sia attendibile e nuovo; o altrimenti, completo e di notevole importanza. Il collaboratore di giustizia ha quindi diritto ad ottenere misure di protezione e benefici processuali e penitenziari; ha obbligo di verità ed è sentito

⁶⁸³ G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa e diritto penale. Alternatività o complementarità?*, in AA.VV., *Pena riparazione e riconciliazione: diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio*, Varese 2007, p. 21. «Una desistenza volontaria da una condotta omicida che per l'ordinamento potrebbe non esigere alcuna riposta di tipo punitivo, nell'ottica della giustizia riparativa può ragionevolmente fondare l'esigenza di un percorso di mediazione autore-vittima e l'elaborazione di un programma riparativo, ancorché il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice non abbia subito alcuna lesione o abbia corso un pericolo modesto».

⁶⁸⁴ L. 13 febbraio 2001, n. 45, la quale modifica la disciplina previgente in materia e regolata dal d. l. 15 gennaio 1991, n.8, poi convertito in legge con la l. 15 marzo 1991, n. 82.

⁶⁸⁵ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano 2011, p. 315.

come imputato connesso o come testimone assistito a seconda del tipo di legame che intercorra tra il proprio procedimento e quello in cui è chiamato a deporre.⁶⁸⁶ Ciononostante, nel linguaggio comune i collaboratori sono soltanto impropriamente denominati “pentiti”, giacché in realtà il legislatore e l’autorità giudiziaria non richiedono alcun ravvedimento morale. Ancora una volta, l’abbandono degli intenti criminosi può dipendere da valutazioni di utilità pratica: il collaboratore di giustizia, cioè, può decidere di collaborare al solo scopo di ottenere un trattamento sanzionatorio più mite.

Anche l’istituto del perdono giudiziale opera in maniera non dissimile. Ai sensi dell’art. 169 c.p. il giudice può disporre il perdono del minore imputato in un processo penale, sempreché la pena restrittiva della libertà personale concretamente applicabile sia inferiore ai due anni; il minore non sia stato già condannato in via definitiva per delitto né dichiarato delinquente o contravventore abituale o professionale; il giudice, infine, presuma sulla base di una prognosi operata ex art. 133 c.p. che il colpevole si asterrà in futuro dalla commissione di altri reati.

Il perdono giudiziale è causa di estinzione del reato e, diversamente dalla sospensione condizionale della pena, lo estingue da subito, ossia dal momento in cui la sentenza che lo applica diventa irrevocabile; oltretutto, è a sua volta irrevocabile.⁶⁸⁷ Lo Stato, dunque, rinuncia a condannare l’agente, anche se la sua colpevolezza è stata accertata dal giudice. La *ratio* è manifesta: quando il minore commette reati di gravità tenue, la priorità non è punirlo, bensì assicurarsi che l’esecuzione della pena comprometta la sua integrità fisica o morale o che, comunque, ne ostacoli lo sviluppo intellettuale ed affettivo.

Altra causa di estinzione del reato è l’amnistia. Ai sensi dell’art. 151 c.p., l’amnistia è un provvedimento generale ed astratto, sempre rinunciabile da parte

⁶⁸⁶ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano 2011, p. 316.

⁶⁸⁷ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano 2011, p. 802-803.

del reo e sottoponibile a condizioni ed obblighi.⁶⁸⁸ È tradizionalmente considerata una causa di clemenza, giacché dinanzi ad una fattispecie di reato lo Stato rinuncia all'applicazione della pena a ragione di valutazioni di opportunità politica e pacificazione sociale, in situazioni oggettivamente eccezionali e per certi versi irripetibili.⁶⁸⁹

Anche in questa ipotesi, tuttavia, la funzione di prevenzione speciale è frustrata, in quanto la fruizione del beneficio non dipende dal rinsavimento del beneficiario né da una prognosi positiva circa le sue possibilità di reinserimento sociale.

Gli istituti in esame, dunque, premiano la rinuncia alla condotta criminosa e identificano talune circostanze in cui l'irrogazione della pena non paia prioritaria. In entrambi i casi la *ratio* della premialità non è il ravvedimento del reo, inteso come riconoscimento dei propri errori morali: il diritto penale non si intromette indebitamente nella moralità dei consociati, valutandone i sentimenti di dolore e rimorso per il male commesso. Eppure, nelle ipotesi di desistenza volontaria,

⁶⁸⁸ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2010, p. 785 ss. Come previsto ex art. 69 Cost., l'amnistia è concessa con legge deliberata a maggioranza dei due terzi del Parlamento, in ogni suo articolo e nella votazione finale. La richiesta di una maggioranza elevata garantisce il dialogo ed il confronto fra le contrapposte ideologie politiche. La stessa disciplina regola altresì un'ipotesi distinta, la c.d. amnistia impropria, che presuppone l'esistenza di una condanna definitiva ed è causa di estinzione della pena.

⁶⁸⁹ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2010, p. 788. La funzione di pacificazione sociale è assolta dall'amnistia limitando l'efficacia della legge penale quando, dopo un periodo di gravi conflitti sociale, ciò possa giovare alla ricomposizione. Essa svolge, dunque, «una funzione di recupero sociale». Per il confronto con un caso di grande attualità, cfr. l'articolo pubblico su *Il sole ventiquattrore* del 2 maggio 2014 e consultabile all'url <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2014-05-02/regno-unito-arresto-gerry-adams-scatena-terremoto-politico--114432.shtml?uuid=ABA2IFFB>. Gerry Adams, politico nordirlandese e *leader* del movimento indipendentista Sinn Féin, è stato arrestato perché ritenuto responsabile del rapimento di McConville, una vedova sospettata di tradimento dall'*Irish republican army*. Anche qualora dovesse essere giudicato colpevole, Adams non sconterà più di due anni di pena detentiva: «un accordo tra unionisti e repubblicani prevede infatti che nessuno ritenuto colpevole di crimini commessi prima del 1998 durante gli scontri tra indipendentisti cattolici e unionisti protestanti possa essere condannato a più di 24 mesi di carcere». L'obiettivo dell'accordo era senza dubbio rinunciare alla repressione dei crimini affinché si agevolasse la ricucitura del tessuto sociale. Cfr. anche L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, cit. p. 206: «L'amnistia costituirebbe il prezzo da pagare per ottenere la pace».

recesso attivo e collaborazione di giustizia, è premiato colui che, con le più diverse motivazioni, decida di correggersi.

Ciononostante, la soluzione della riconciliazione e, particolarmente, del ravvedimento del reo incontra numerosi ostacoli. *In primis*, gran parte della dottrina e della giurisprudenza italiana si è prontamente opposta a talune riforme volte ad estendere il ricorso al ravvedimento del reo. In questo scenario, vale la pena di rimarcare l'avversione dimostrata rispetto alle ipotesi del ravvedimento del terrorista.

La serie di cause speciali di non punibilità e di circostanze attenuanti contenute nel Codice Rocco e dipendenti dal comportamento del reo successivo alla commissione del reato è stata più recentemente dilatata.⁶⁹⁰ Così, la legge n. 15 del 1980, introduce nei delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico un'attenuante a favore del concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività criminosa produca conseguenze ulteriori oppure per aiutare l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove utili all'identificazione od alla cattura dei concorrenti; configura una causa di non punibilità in caso di recesso attivo del colpevole di uno di questi delitti, qualora egli collabori altresì alla raccolta delle prove ed alla ricostruzione dei fatti.⁶⁹¹ Sono state promosse, quindi, forme di premialità finalizzate alla lotta avverso il terrorismo ed incentrate sulla «regressione criminosa».⁶⁹²

Ciò malgrado, è stato messo in evidenza che nelle varie fattispecie tradizionalmente contenute nel nostro codice la condotta di ravvedimento ha un ruolo antagonistico preciso rispetto al comportamento criminoso, è finalizzata

⁶⁹⁰ T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di 'ravvedimento'*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1981, p. 529 ss. Si citano, oltre agli istituti summenzionati, i casi di non punibilità nei delitti di cospirazione politica e di banda armata *ex artt.* 308-309 c.p., fondati sullo scioglimento dell'organizzazione criminosa o sul ritiro della propria adesione; la ritrattazione nel falso giuramento e nella falsa testimonianza, perizia o interpretazione, disciplinata dagli artt. 371 e 376 c.p.; l'attenuante della restituzione nei delitti di ratto *ex art* 525 c.p.

⁶⁹¹ D. l. 15 dicembre 1979, n. 625, convertito nella l. 6 febbraio 1980, n. 15.

⁶⁹² T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di 'ravvedimento'*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1981, p. 532.

alla salvaguardia dell'interesse protetto dalla norma e assume rilevanza solo a patto che realizzi in effetti il risultato di reintegrazione.⁶⁹³ Le fattispecie premiali introdotte più di recente, di contro, paiono esigere un elemento ulteriore, ossia la dissociazione dagli altri concorrenti, come una sorta di ripudio dell'impresa criminosa che renda manifesta la scelta ben definita del reo di rottura col passato.⁶⁹⁴

In questo modo la natura del requisito da oggettiva si tramuta in manifestamente soggettiva: il premio è subordinato alla presenza di un moto interiore, il quale denoti una nuova e propositiva dimensione della personalità.⁶⁹⁵ La dottrina ha a tal proposito obiettato che, ambendo il terrorista "pentito" al premio, la punibilità risulta sganciata da criteri univoci e dati 'reali' giacché esteriori.⁶⁹⁶ Il rischio ulteriore è che lo strumento di pressione sull'imputato, ancorché premiale, lo persuada, per guadagnarsi la ricompensa, a fornire informazioni false e magari caluniose; laddove, invece, vorrebbero premiarsi i soggetti meritevoli.⁶⁹⁷ Lo

⁶⁹³ T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di 'ravvedimento'*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1981, p. 536.

⁶⁹⁴ T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di 'ravvedimento'*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1981, cit. p. 529-530. Così, «mentre al ladro che sta eseguendo un furto si prospetta semplicemente l'opportunità di non sottrarre la cosa, o di non impossessarsene, al terrorista si chiede di rinunciare ad essere tale».

⁶⁹⁵ Cfr. Tribunale di sorveglianza di Milano, ordinanza 11 novembre 1997, dove il condannato all'ergastolo Mario Moretti, partecipe del sequestro e dell'uccisione di Aldo Moro, è ammesso alla semilibertà «per avere raggiunto piena consapevolezza del fallimento dell'ideologia delle azioni dell'organizzazione terroristica denominata Brigate rosse, ponendo in essere una definitiva rottura col proprio passato ed iniziando così un processo rieducativo». Cfr. anche G. LA GRECA, *Terroristi politici e benefici penitenziari*, in *Foro italiano*, 1998, p. 437, dove si descrive un processo di evoluzione della personalità, «che faccia ritenere positivamente avviato dal detenuto il processo di revisione critica del passato e di abbandono dei disvalori che sono stati all'origine dei crimini commessi».

⁶⁹⁶ Cfr. G. LA GRECA, *Terroristi politici e benefici penitenziari*, in *Foro italiano*, 1998, p. 434 ss.; T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di 'ravvedimento'*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1981, p. 529 ss.

⁶⁹⁷ G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi e della sicurezza sociale*, come citato in T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di 'ravvedimento'*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1981, p. 536 ss.

spazio riservato al ravvedimento, dunque, rileva una patologia del sistema premiale.

Oltretutto, a livello europeo, la Corte istituita per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali si è opposta alla possibilità della sottrazione di taluno all'applicazione della pena.⁶⁹⁸ Essa ha prescritto, nel caso concreto, che quando la morte di una persona coinvolga la responsabilità dello Stato, l'obbligo di proteggere il diritto alla vita impone di assicurare «una reazione giudiziaria adeguata» affinché le violazioni dei diritti siano represses e sanzionate.⁶⁹⁹

Ciò implica non solo l'avvio dell'azione penale: tutte le fasi del procedimento, compresa quella del giudizio, devono soddisfare l'obbligo di proteggere la vita

⁶⁹⁸ Corte EDU, *Alikaj e altri c. Italia*, 29 marzo 2011, n. 47357/08. Cfr. A. COLELLA, *La Corte condanna l'Italia per la violazione sostanziale e procedurale dell'art. 2 CEDU in relazione all'uccisione di un diciannovenne albanese ad opera di un agente di polizia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011, p. 1 ss. Quattro giovani, fermati a bordo di un'auto dalla polizia, fuggivano. Alikaj, uno dei giovani, veniva ucciso da un colpo di arma da fuoco sparato durante l'inseguimento da un ufficiale armato. Questi, imputato per omicidio volontario, era assolto in primo grado perché il fatto non sussisteva: il giudice accoglieva la tesi secondo la quale il colpo fosse partito accidentalmente. A seguito di ripetute riqualificazioni giuridiche del fatto, la Corte d'Assise di Bergamo lo riconosceva colpevole di omicidio colposo, ma era prosciolto per intervenuta prescrizione del fatto di reato. I parenti del giovane si rivolgevano quindi alla Corte EDU, lamentando la violazione sostanziale e procedurale dell'art. 2 CEDU, che tutela il diritto alla vita. L'Italia era condannata, *in primis* per non aver regolato in modo minuzioso l'uso delle armi da parte delle forze dell'ordine e poiché, nel caso di specie, l'uso della forza non poteva considerarsi necessario; in secondo luogo, per mancanza di indagini indipendenti dal corpo di polizia cui l'agente apparteneva e, ciò che qui più rileva, per aver ritenuto che l'intervenuta prescrizione sottraesse l'agente all'applicazione della pena.

⁶⁹⁹ Corte EDU, *Alikaj e altri c. Italia*, 29 marzo 2011, n. 47357/08, par. 94. Cfr. Corte EDU, *Paul e Audrey Edwards c. Regno Unito*, 14 marzo 2002, n. 46477/99. Christopher Edwards, figlio dei ricorrenti, soffriva di un grave disturbo mentale. Arrestato dalla polizia per aver rivolto frasi sconvenienti ad una donna, era condotto in carcere, avendo la perizia escluso la necessità di ricoverarlo in una casa di cura. In cella, veniva aggredito da un altro detenuto, Richard Linford, a sua volta affetto da gravi disturbi della mente; l'aggressione ne causava la morte. I ricorrenti lamentavano quindi una violazione dell'art. 2 della CEDU, per non avere le autorità provveduto a proteggere adeguatamente la vita del figlio. La Corte accertava l'esistenza di un obbligo positivo, in capo alle autorità, di prevenire l'aggressione al bene della vita. Conoscendo o avendo dovuto conoscere l'esistenza di una minaccia reale e immediata alla vita di uno o più individui, esse avrebbero dovuto applicare misure giuridiche idonee a scongiurare il pericolo.

da parte della legge. Non qualsiasi azione penale deve concludersi con una condanna; eppure «i giudici nazionali non possono lasciare impunte le offese alla vita», in modo da garantire l'adesione dei consociati allo Stato di diritto e prevenire qualsiasi parvenza di tolleranza di atti illegali.⁷⁰⁰ La procedura e la condanna, perciò, non possono esser caducate dall'intervento della prescrizione oppure impedita dall'autorizzazione di misure di clemenza, quali l'amnistia e la grazia.⁷⁰¹

E' opinione della Corte, quindi, che mai si debba rinunciare alla persecuzione dei responsabili ed al ricorso agli strumenti adatti a garantire la repressione del crimine. Lo stesso giudice è chiamato ad esercitare un ruolo di controllo e di sanzione sull'attività delle autorità statuali, di modo che i legislatori si allineino in futuro agli imperativi di tutela che hanno disatteso: il bisogno di adeguamento normativo si traduce in un obbligo di tutela penale.⁷⁰² In tale scenario, il ravvedimento del reo non trova spazio.⁷⁰³

⁷⁰⁰ Corte EDU, Alikaj e altri c. Italia, 29 marzo 2011, n. 47357/08, par. 95. Cfr., *mutatis mutandis*, Corte EDU, Dölek c. Turchia, 2 ottobre 2007, n. 39541/98, par. 95: «L'articolo 2 non può essere interpretato come implicante, in quanto tale, un diritto per un richiedente di fare perseguire o condannare penalmente un terzo, o un obbligo di risultato, che ogni procedimento debba chiudersi con una condanna, addirittura ad una pena determinata. Le giurisdizioni nazionali non devono lasciare, in compenso, in nessun caso impuniti degli attentati alla vita. Ciò è indispensabile per mantenere la fiducia del pubblico e garantire la sua adesione allo stato di diritto così come per prevenire ogni apparenza di tolleranza di atti illegali, o di collusione nella loro perpetrazione». La lista, rimarca l'autore, è palesemente incompleta, giacché «la pena è sovraccarica di ogni specie di utilità».

⁷⁰¹ S. MANACORDA, *'Dovere di punire'? Gli obblighi di tutela penale nell'era dell'internalizzazione del diritto*, in AA.VV., *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid 2014, p. 321-322. La prescrizione viene equiparata a misure di clemenza quali l'amnistia e la grazia, giacché è prodotto in ogni caso l'effetto d'impedire la condanna.

⁷⁰² S. MANACORDA, *'Dovere di punire'? Gli obblighi di tutela penale nell'era dell'internalizzazione del diritto*, in AA.VV., *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid 2014, p. 322.

⁷⁰³ Cfr. L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, p. 191, secondo il quale anche nel contesto della giustizia penale internazionale il paradigma retributivo è a lungo prevalso: il disvalore universale dei «*crimina maxima*» implicherebbe, secondo una logica diffusa, una protezione irrinunciabile dei diritti fondamentali dell'uomo. In chiave critica, cfr. H. ARENDT - K. JASPERS, *Carteggio 1926-1969: filosofia e*

Una considerazione importante concerne poi il ruolo della vittima. Se dal suo perdono dipende l'*an* e il *quomodo* della risoluzione del conflitto, capacità di perdono diverse porteranno a soluzioni diverse per casi anche potenzialmente identici. Evidentemente, il trattamento dispari di circostanze analoghe violerebbe il principio di uguaglianza, condiviso dalla gran parte delle Costituzioni e rappresentante uno dei capisaldi dello *ius cogens* della comunità internazionale.⁷⁰⁴

Per di più, la vittima si trova in una posizione delicata, giacché subisce personalmente il danno materiale e la sofferenza morale derivante dal fatto di reato; conseguentemente, il suo ruolo deve essere delineato con cautela. In particolare, sovente la vittima non desidera essere coinvolta nella definizione del giudizio, scansando invece tutto ciò che riguardi il crimine e, segnatamente, il suo autore; oppure, una volta coinvolta, non risulta propensa al perdono. Il perdono, d'altra parte, non può esigersi coattivamente: si tratta di un processo privato ed interiore, mentre il diritto si occupa di fatti laici ed esteriorizzati.

Ne deriva che, come al ravvedimento del reo, anche al perdono da parte della vittima può attribuirsi rilevanza giuridica soltanto se laico ed esteriorizzato: ossia, quando distante da ogni forma di dogmatismo confessionale. Il significato di quest'affermazione è chiarito da una recente direttiva dell'Unione europea.⁷⁰⁵

politica, a cura di A. Del Lago, Milano 1989, p. 180: «Ora penso, sarebbe magnifico se si rinunciassero al procedimento inteso in termini giuridici a favore di un procedimento volto a ricercare e ad accertare la verità. Lo scopo sarebbe quello di dare obiettività ai dati storici, nel modo migliore possibile. La meta finale non sarebbe un giudizio emesso dai magistrati inquirenti, bensì la certezza che le cose sono andate così e non in altro modo, almeno fino al punto in cui tale certezza è raggiungibile. Che si vuole di più?». E' opinione di Jaspers, dunque, che basti la c.d. sanzione veritativa, ossia la ricostruzione della verità storica.

⁷⁰⁴ Sul «principio dell'eguale rispetto», cfr. D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, in AA.VV., *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid 2014, p. 84 ss., dove si afferma che la difesa laica dei diritti umani si fonda sulla logica di reciprocità morale. Questo significa «riconoscere a ciascuno ciò che da ciascuno è dovuto: implica uguale rispetto e un diritto e dovere di giustificazione reciproca».

⁷⁰⁵ Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea, direttiva 25 ottobre 2012, n. 2012/29/UE.

Il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno riconosciuto il diritto della vittima all'essenza di contatti con l'autore del reato, promuovendo tra l'altro il ricorso a tecnologie della comunicazione che consentano di ascoltare la vittima senza che questa sia presente, fatte salve esigenze processuali diverse.⁷⁰⁶ Durante le indagini, l'audizione della vittima è disposta solo se strettamente necessaria e, comunque, senza ritardo a seguito della denuncia del reato; in tali occasioni, potrà essere accompagnata dal suo rappresentante legale e da una persona scelta, salvo motivata decisione contraria.⁷⁰⁷

Non solo, dunque, il moto interiore di perdono della vittima non può essere in alcun modo forzato; essa ha pure diritto a prendere le distanze dal reato subito.⁷⁰⁸ Al più, si potrà pensare di intervenire preventivamente allo scopo di potenziare quei fattori che all'interno di una società paiono favorire il ravvedimento del reo ed il perdono della vittima.

4.3.2. La soluzione del patteggiamento condizionato

Sovente accade che chi ha subito un crimine desideri essere coinvolto nella procedura di definizione del conflitto, qualora escluso; e, al contempo, che

⁷⁰⁶ Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea, direttiva 25 ottobre 2012, n. 2012/29/UE, art. 19.

⁷⁰⁷ S. CIVELLO CONIGLIARO, *La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato. Una prima lettura della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, p. 2.

⁷⁰⁸ Sull'incoercibilità del ravvedimento e la sua natura prettamente intima ed interiore, sono interessanti le frasi pronunciate dall'arcivescovo Desmond Tutu, chiamato a presiedere la Commissione sudafricana per la verità e la riconciliazione. Le sue parole sono riportate nel film *One day after peace*, diretto da Miri e Erez Laufer: «All'inizio eravamo preoccupati perché il legislatore non aveva previsto il rimorso o il pentimento come condizione per la concessione dell'amnistia. Poi abbiamo realizzato che il legislatore era stato più avveduto: nessuno che avesse pianto, disperandosi e dicendosi dispiaciuto, sarebbe mai stato creduto. Avrebbero detto comunque: 'Lo fa per l'amnistia!'».

desideri di rimanere ai margini, se coinvolto.⁷⁰⁹ Questo significa che della vittima debbono essere prima di tutto ascoltate e rispettate le esigenze, compresa, eventualmente, quella di estirpare qualsiasi forma di contatto e con il fatto di reato e con il suo autore.

Può perciò ipotizzarsi di condizionare l'accesso al rito alla soddisfazione di talune istanze di riparazione della vittima, razionalizzando in tal modo la premialità e portando ad un deciso depotenziamento dell'applicazione della pena su richiesta delle parti: la scelta dell'imputato di patteggiare non viene così a gravare sul soggetto già provato dall'illecito.⁷¹⁰ La Corte penale internazionale permanente è il luogo più adatto per la concretizzazione di una tale riforma. Proprio lo Statuto di Roma, difatti, ha introdotto una serie di innovazioni volte ad assicurare un vasto novero di diritto di partecipazione alla vittima del reato. Al contempo, lo strumento della negoziazione della pena da parte dell'imputato e del pubblico ministero è rimasto, ad oggi, ancora inutilizzato: la qual cosa consente di modellare l'*an* e il *quomodo* del suo utilizzo futuro.⁷¹¹

A sostegno di questa tesi debbono menzionarsi taluni istituti presenti nel nostro ordinamento giuridico, i quali pure subordinano l'operatività del premio alla

⁷⁰⁹ I. MARCHETTI - C. MAZZUCCATO, *La pena 'in castigo'. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano 2006, p. 237 ss.

⁷¹⁰ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 627 ss. Similmente e con i medesimi intenti, il progetto di legge delega redatto dalla Commissione per la riforma del codice di procedura penale e presieduta dal professor Riccio nel febbraio 2008 aveva suggerito l'introduzione di taluni accorgimenti. Si proponeva la riduzione secca di un terzo della pena, nonché di riportare il limite massimo della negoziabilità a due anni, in modo da far coincidere il patteggiamento con la possibilità di concedere il beneficio della sospensione condizionale della pena. In aggiunta, all'imputato era consentito domandare, nel corso dell'udienza di conclusione delle indagini, l'irrogazione di una autentica sentenza di condanna: non sarebbe stato necessario, in questa circostanza, il consenso del pubblico ministero e la pena sarebbe stata ridotta della metà per i reati meno gravi e di un terzo per i reati più gravi. Cfr. S. QUATTROCOLO - A.I. LUACES GUTIÉRREZ, *Conformidad e patteggiamento: spunti per un'analisi comparato tra Spagna e Italia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, cit. p. 375: «Del resto, se di giurisdizione deve trattarsi, non si può immaginare di lasciare all'organo giudicante un ruolo meramente notarile, una sorta di presa d'atto di quanto pattuito, si badi, non dalle parti nel loro complesso, ma solamente da accusa e difesa, con esclusione di tutti gli altri comprimari del processo».

⁷¹¹ Cfr. *supra*, par. 2.3.

sussistenza di requisiti e, segnatamente, di condotte riparatorie e risarcitorie da realizzarsi nell'interesse della persona offesa.⁷¹² Si fa riferimento a sistemi che garantiscono una parziale impunità.⁷¹³

Anzitutto, la sospensione condizionale della pena, regolata dagli artt. 163 ss. c.p.: quando è pronunciata sentenza di condanna alla reclusione per un tempo non superiore ai due anni, il giudice può ordinare che, a talune condizioni, l'esecuzione della pena rimanga sospesa per il termine di cinque anni se la condanna è per delitto e due anni se la condanna è per contravvenzione.

In particolare, la concessione della sospensione condizionale può essere subordinata all'adempimento dell'obbligo delle restituzioni, al pagamento della somma liquidata a titolo di risarcimento del danno, all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato oppure alla prestazione di attività non retribuita a favore della comunità per un tempo determinato e non superiore alla durata della pena sospesa.⁷¹⁴ Decorso il periodo di sospensione, il reato è estinto e neppure, quindi, trovano applicazione le pene accessorie; questo a condizione, tuttavia, che il reo non abbia commesso un altro delitto o contravvenzione della stessa indole.

Nel patteggiamento, tuttavia, la sospensione condizionale della pena è ammissibile soltanto qualora le parti abbiano subordinato il patto sul *quantum*

⁷¹² Sul tema della riparazione a favore della vittima del reato, cfr. M. DONINI, *Per una concezione post riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, p. 1205 ss., dove si evidenzia che «non si tratta di una partita a due, tra lo Stato e l'autore del reato, essendo invece una partita a tre, che vede un'attenzione geneticamente originaria dello Stato verso la vittima ed il reo insieme». La riparazione si inserisce dunque a pieno titolo nel novero delle risposte penali ed ambisce al recupero di quel rapporto tra autore e vittima che il diritto penale ha a lungo dimenticato di ricostruire.

⁷¹³ L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, p. 206.

⁷¹⁴ Art. 165 comma 1 c.p. Cfr. a riguardo, M. DONINI, *Certezza della pena e certezza del diritto. Una riforma chirurgica, per dissolvere il non-sistema*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, p. 225, dove è proposto di concedere il beneficio della sospensione condizionale della pena all'imputato soltanto qualora questi abbia risarcito il danno o riparato all'offesa. In tal modo, «la pena trova sempre applicazione in assenza di risarcimento del danno o di riparazione dell'offesa».

della pena alla concessione del beneficio.⁷¹⁵ Il giudice verifica la concedibilità del beneficio e, nel caso di esito negativo, rigetta *in toto* la richiesta, non potendo, di contro, prescrivere *sua sponte* le condotte riparatorie da eseguirsi e a cui subordinare il beneficio.⁷¹⁶ Nessun potere di intervento sui termini della negoziazione è perciò riservato al giudice del patteggiamento.

Come previsto dall'art. 151 comma 4 c.p., pure la concessione dell'amnistia può essere sottoposta a condizioni e ad obblighi; in questo caso il provvedimento di amnistia si applica se, alla scadenza del termine, è dimostrato l'adempimento delle condizioni o degli obblighi ai quali la concessione del beneficio è subordinata.⁷¹⁷ In questa circostanza, il compito della determinazione delle condizioni e degli obblighi è assegnato al legislatore, il quale esercita un potere discrezionale tenuti conto degli obiettivi politici e sociali perseguiti.⁷¹⁸ Attribuendo rilevanza a determinate condizioni, il legislatore ha di fatto la facoltà di disciplinare in modo diverso situazioni identiche, purché il potere attribuitogli sia esercitato ragionevolmente: la Corte Costituzionale italiana ha ritenuto ammissibili altresì le condizioni soggettive che si riferiscano ai precedenti penali ed alle sentenze passate in giudicato.⁷¹⁹

E' bene rimarcare che, nello scenario dei crimini internazionali, alla tesi tradizionale secondo cui la Corte penale internazionale debba ignorare l'eventuale concessione di amnistie, anche condizionate, da parte delle Commissioni per la verità e la riconciliazione si contrappone oggi un diverso orientamento. Questo si fonda sull'idea di un atteggiamento collaborativo della Corte nei riguardi dell'operato delle Commissioni legittimamente costituite: è

⁷¹⁵ A. CRESPI - G. FORTI - G. ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale: complemento giurisprudenziale*, a cura di G. Zuccalà, Padova 2013, p. 838.

⁷¹⁶ C. DE MAGLIE - G.L. GATTA, *Art. 163, AA.VV., Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini e G. Marinucci, Milano 2011, p. 1981.

⁷¹⁷ Cfr. art 672 comma 5 c.p.p.

⁷¹⁸ C. BENUSSI, *Art. 151, in AA.VV., Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini e G. Marinucci, Milano 2011, p. 1849.

⁷¹⁹ C. BENUSSI, *Art. 151, in AA.VV., Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini e G. Marinucci, Milano 2011, p. 1850.

riconosciuta la facoltà di ritardare l'esercizio dell'azione penale fintanto che le Commissioni non abbiano completato i propri lavori e, quindi, di perseguire i soli soggetti la cui condotta non risulti coperta dal beneficio dell'amnistia.⁷²⁰

Tale approccio intende l'amnistia condizionata come uno strumento "razionale" idoneo a favorire processi conciliativi, fungendo da alternativa alla vendetta di parte.⁷²¹ E' manifesto il tentativo di superamento della matrice preventiva e deterrente, la quale pare sempre più inadeguata a giustificare e caratterizzare la portata dell'impresa di un Tribunale penale internazionale permanente.⁷²²

L'ammissibilità del patto negoziato dall'imputato e dal pubblico ministero non deve tuttavia farsi dipendere dalla volontà espressa in tal senso dalla vittima, diversamente da quel che accade nei procedimenti dinanzi al giudice di pace. Qui, nella commisurazione della pena, che pure è rimessa alla sua discrezionalità, il giudice prende in considerazione le dichiarazioni rese dalle vittime, segnatamente qualora valuti la possibilità di non procedere nel giudizio a ragione della particolare tenuità del fatto o dell'estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie.⁷²³

Tale soluzione è in primo luogo difficilmente praticabile, particolarmente nel contesto dei crimini internazionali, giacché la definizione del giudizio verrebbe a dipendere dalle istanze di un numero sterminato di vittime. Peraltro, sovente la sede della Corte penale internazionale viene a trovarsi eccezionalmente distante

⁷²⁰ L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, p. 207.

⁷²¹ L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, p. 207.

⁷²² L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, p. 208.

⁷²³ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano 2011, p. 784-785. Cfr. a proposito, R. HENHAM - G. MANNOZZI, *Il ruolo delle vittime nel processo penale e nella commisurazione della pena: un'analisi delle scelte normative e politico-criminali effettuate nell'ordinamento inglese e in quello italiano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, p. 725. La condotta riparatoria e risarcitoria, inoltre, deve risultare idonea a soddisfare le esigenze di riprovazione e di prevenzione; cfr. art. 35 comma 2 d. lgs. 28 agosto 2000, n. 274.

dai luoghi del conflitto: la qual cosa rende ragionevolmente complesso ipotizzare lo spostamento delle persone danneggiate dal reato.

In aggiunta, in talune circostanze l'amministrazione della giustizia sarebbe ostacolata. Il patteggiamento, invero, oltre ad esplicitare una essenziale funzione deflattiva, agevola la ricostruzione della verità storica, incentivando l'imputato mediante la promessa del premio a collaborare nella raccolta delle prove utili o addirittura decisive e ad indicare gli altri eventuali co-responsabili.⁷²⁴ In questa circostanza è manifesto che il veto esercitato dalla vittima rispetto ai termini della negoziazione si tramuterebbe in vero e proprio ostacolo, divenendo peraltro controproducente rispetto all'interesse delle altre vittime e della comunità sociale, la quale ha diritto a conoscere quanto accadde.

Si tratterebbe, inoltre, di una forma di giustizia privata, giacché la risoluzione dei conflitti derivanti dai fatti di reato verrebbe a dipendere prevalentemente dalla volontà e dall'operato di soggetti privati. La pena negoziata dall'imputato e dal pubblico ministero, invero, non sarebbe oggetto del vaglio del giudice, bensì della persona danneggiata dal reato. Questa, oltretutto, giudicherebbe verosimilmente la congruità della pena sulla base di criteri soggettivi, dipendenti dalle sue personalissime necessità ed urgenze.

Dunque, l'ammissibilità della negoziazione deve sì condizionarsi alla presenza di talune condotte riparatorie tenute dal reo ed idonee ad appagare la vittima; eppure, conviene che la valutazione della congruità delle stesse sia sottratta alla sua stima e demandata, per converso, ad un'autorità giudiziaria.⁷²⁵ Questa, come il mediatore nelle procedure della giustizia riparativa, è chiamata all'imparzialità

⁷²⁴ Cfr. M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 631, dove si evidenzia che è proprio la stessa logica, motivata dal timore della compromissione della convenienza del rito, che porta «all'ostracismo verso la parte civile», la quale si trova conseguentemente costretta a far valere le proprie pretese in un procedimento diverso da quello penale.

⁷²⁵ Cfr. M. DONINI, *Certezza della pena e certezza del diritto. Una riforma chirurgica, per dissolvere il non-sistema*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, p. 225, il quale propone di condizionare la concessione della sospensione condizionale della pena al risarcimento ed alla riparazione. E' evidente che in questo caso non sarebbe necessario condizionare ulteriormente l'accesso al patteggiamento alla presenza di tali condotte riparatorie.

ed alla terzietà e si fa garante, al contempo, dell'interesse della persona cui sia derivato un danno materiale o morale come conseguenza del fatto illecito. L'intervento dell'autorità giudiziaria scongiura altresì il pericolo della manifesta irragionevolezza delle istanze delle vittime.

Affinemente, il diritto spagnolo contiene e regola l'istituto della *conformidad*.⁷²⁶ Si tratta di un atto unilaterale con cui la difesa accetta la pena commisurata dall'accusa, conformandosi alla ricostruzione dei fatti contestati ed impegnandosi a provvedere ai risarcimenti ed alle riparazioni prescritti.⁷²⁷ Qualora l'imputato rifiuti i termini prospettati dalla pubblica accusa, compresi i profili risarcitori e riparatori, il rito procede secondo le forme ordinarie.⁷²⁸ L'accordo, in aggiunta, verte sia sui temi della responsabilità penale che sui temi della responsabilità civile.

Non parrebbe, in realtà, un vero e proprio esempio di negoziazione processuale tra le parti: la *conformidad*, invero, è soltanto accettata o rifiutata dall'imputato, cosicché di norma il consenso non si forma bilateralmente.⁷²⁹ Inoltre, è l'accusa e non l'autorità giudiziaria a delineare le modalità della riparazione. Cionondimeno, numerosi rilievi sono di grande interesse: la vittima e il danneggiato non versano nell'assoluta indifferenza dell'ordinamento giuridico e la premialità non è svincolata da ogni assunzione di responsabilità da parte dell'imputato.

⁷²⁶ L. 28 ottobre 2003, n. 38, normativa di riforma parziale della Legge sul processo criminale (*Ley de enjuiciamiento criminal*). Tale riforma ambiva a correggere gli effetti indesiderati della lunga durata dei giudizi necessari all'accertamento di taluni reati.

⁷²⁷ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 635.

⁷²⁸ S. QUATTROCOLO - A.I. LUACES GUTIÉRREZ, *Conformidad e patteggiamento: spunti per un'analisi comparato tra Spagna e Italia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 377.

⁷²⁹ S. QUATTROCOLO - A.I. LUACES GUTIÉRREZ, *Conformidad e patteggiamento: spunti per un'analisi comparato tra Spagna e Italia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 376. La formazione bilaterale del consenso si ha, eccezionalmente, qualora l'accusa e la difesa presentino al giudice una richiesta scritta congiunta.

Le modalità della riparazione ipotizzabili, come già visto, sono svariate.⁷³⁰ L'attività della Corte interamericana, istituita per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, ha mostrato che vittime sono appagate mediante anzitutto mediante la restituzione e la cessazione della violenza: possono giovare la collaborazione al ritrovamento dei corpi scomparsi, prima del quale è pacifico che la violazione continui, così come la restituzione della proprietà indebitamente sottratta o del posto di lavoro perduto come conseguenza diretta od indiretta del crimine subito.⁷³¹ Sono ricomprese, poi, tra le forme della riparazione il risarcimento del danno materiale cagionato e la riabilitazione, che include la garanzia dei trattamenti medici e psicologici necessari, la concessione di borse di studio ed altri tipi di assistenza alla vittima.

Infine, sono promosse le condotte riparatorie aventi carattere prettamente simbolico: si tratta del riconoscimento delle responsabilità e delle scuse da parte dei perpetratori, rese soprattutto nel corso di cerimonie pubbliche o rese ad ogni modo note con la diffusione per mezzo degli strumenti di comunicazione, quali giornali e radio.⁷³² Esistono anche diverse forme di commemorazione: l'intitolazione di strade, piazze, scuole alla memoria delle vittime oppure la costruzione di nuovi ospedali, scuole, centri di formazione.⁷³³ Queste ultime misure risultano particolarmente adeguate nel contesto della giustizia internazionale, quando il numero ingente di persone danneggiate dal reato rende complesso il risarcimento del danno individuale. In tal modo, quindi, non si rinuncia alla reintegrazione della sofferenza patita ed al contempo si contribuisce alla riedificazione della società afflitta, favorendo la transizione verso un assetto costituzionale diverso e realmente democratico.

⁷³⁰ Cfr. *supra*, nota n. 169.

⁷³¹ T.M. ANTKOWIAK, *An emerging mandate for international courts*, in *Stanford journal of international law*, 2011, p. 279 ss.

⁷³² T.M. ANTKOWIAK, *An emerging mandate for international courts*, in *Stanford journal of international law*, 2011, p. 279 ss.

⁷³³ T.M. ANTKOWIAK, *An emerging mandate for international courts*, in *Stanford journal of international law*, 2011, p. 279 ss.

Simili proposte ricostruttive compromettono la finalità deflattiva, giacché l'ammissibilità della negoziazione viene a dipendere da svariate ed ulteriori condizioni. Eppure, il prezzo parrebbe sopportabile: ammortizzabili nel lungo periodo, le riforme integrerebbero un valore aggiunto per il patteggiamento, praticando una politica più attenta alle ragioni della vittima.⁷³⁴ Dal punto di vista della prevenzione generale, soprattutto, la prontezza e la certezza della pena si completerebbero con la promozione della maggior partecipazione sociale e, dunque, dell'adesione e del consenso dei consociati. La valorizzazione delle condotte riparatorie a favore della vittima, oltretutto, favorirebbe la risocializzazione e la rieducazione del condannato, il quale, essendogli offerto un aiuto, si trova nella condizione di poter scegliere di riparare al danno cagionato e rispettare le regole.⁷³⁵ In questo modo, presumibilmente, si orienta il comportamento del reo nella direzione della laicità.⁷³⁶

Il patteggiamento condizionato, dunque, parrebbe un buon compromesso tra esigenza deflattiva e garanzia dei diritti delle parti, segnatamente dell'imputato e della vittima. Il fine della ricerca della verità, pure pregiudicata dal patteggiamento tradizionale, può perseguirsi attraverso il coinvolgimento della persona danneggiata dal reato, nella direzione dei recenti interventi approvati e a livello nazionale e a livello comunitario ed internazionale.⁷³⁷ Ciò verosimilmente inciderà in maniera negativa sui costi ed i tempi del giudizio. Eppure, è bene ripeterlo, il prezzo è tollerabile: l'enfasi sullo snellimento del processo penale non deve far cadere nell'eccesso di comprendere e giustificare tutto in nome di un'amministrazione burocratica ed efficientistica della giustizia penale.⁷³⁸

⁷³⁴ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 637.

⁷³⁵ Cfr. L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, p. 103.

⁷³⁶ Cfr. R. CANESTRARI, *Psicologia generale e dello sviluppo*, Bologna 1984, p. 199 ss.

⁷³⁷ Cfr. *supra*, par. 4.3.

⁷³⁸ M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009, p. 639.

CONCLUSIONI

Avendo analizzato e comparato la disciplina della negoziazione processuale contenuta in diversi ordinamenti giuridici nazionali, fin da subito mi è sembrato di condividere l'assunto secondo cui «l'emarginazione della vittima è di evidenza brutale nel patteggiamento».⁷³⁹ Il rito speciale non le consente di costituirsi parte civile né di demandare il risarcimento del danno derivante dal reato.

La stessa emarginazione la persona danneggiata dal reato subiva nei procedimenti dinanzi ai Tribunali *ad hoc*, cui partecipava unicamente nella veste di testimone ed era sentita attraverso l'espedito dell'esame incrociato. Gli interrogatori erano svolti da parte della pubblica accusa e da parte della difesa dell'imputato, ossia soggetti portatori di interessi distinti da quelli della vittima, quando non addirittura contrapposti.

In particolare, lo strumento del *plea bargaining* agevolava la ricostruzione della verità storica, rendendo superflua la testimonianza della vittima e, quindi, sollevandola dallo stress di presenziare in giudizio. Al contempo, tuttavia, ciò implicava la sua totale esclusione dalla vicenda processuale, oltre che un parziale offuscamento dei fatti. Invero, l'ammissione di colpevolezza era sovente resa dall'imputato come parte di un accordo con l'organo dell'accusa, con cui può altresì pattuirsi la caduta di taluni capi d'imputazione. Ciò vale a dire che il pubblico ministero poteva decidere di premiare la confessione dell'imputato con la rinuncia a perseguire alcuni reati pure gravanti a suo carico.

In tal modo, non solo alla vittima era impedito di contribuire all'accertamento dei fatti ed alla definizione del giudizio; neppure era soddisfatta l'esigenza di verità, spesso sentita da chi abbia subito un reato. Eppure, esiste un nesso inscindibile tra verità e giustizia: soprattutto nello scenario della giustizia penale internazionale una verità incompleta non pare in grado di impedire episodi di revisionismo e, tanto meno, di fungere da sostrato per la riconciliazione.

Una innovazione degna di nota è introdotta dallo Statuto di Roma, che regola i procedimenti dinanzi alla Corte penale internazionale permanente. Avendo compreso che il pubblico ministero non necessariamente rappresenta adeguatamente in giudizio gli interessi della vittima, lo Statuto ha provveduto ad assicurarle un ruolo più attivo.⁷⁴⁰ Pur non divenendo parte del processo, alla vittima è riconosciuto il diritto di parteciparvi personalmente e tramite rappresentanza legale, contribuendo alla ricostruzione della verità storica e potendo finalmente esigere una riparazione.

Nonostante queste previsioni, ancora nessun imputato dinanzi alla Corte si è avvalso dello strumento della negoziazione della pena. Ciò mi ha offerto uno spunto interessante per una riflessione circa le modalità del suo utilizzo futuro:

⁷³⁹ G. LEO *Riflettendo su riti alternativi e sistema processuale*, in *Questioni di giustizia*, 2002, cit. p. 1279.

⁷⁴⁰ Si noti che, ad esempio, il pubblico ministero può avere interesse ad ottenere un numero elevato di condanne oppure a sveltire i tempi dei giudizi; la vittima, di contro, può desiderare il riconoscimento pubblico che il crimine è stato commesso e la ricostruzione puntuale degli eventi.

segnatamente, le innovazioni introdotte dal lato della vittima rendono verosimile ipotizzare l'inserimento del *plea bargaining* in un quadro più ampio di giustizia, capace di coinvolgere la vittima medesima.

Nella direzione del suo coinvolgimento si muovevano del resto anche talune esperienze che, in contesti *post* conflitto, avevano elaborato soluzioni alternative di giustizia. La Commissione sudafricana, garantendo l'amnistia a quanti avessero accettato di confrontarsi con le vittime in un *forum* pubblico e di descrivere il crimine commesso dimostrandone contestualmente la natura politica, aveva raggiunto l'obiettivo della pacificazione sociale. La negoziazione, in questa circostanza, aveva ad oggetto lo scambio dell'impunità con la ricostruzione dettagliata degli eventi, adatta a soddisfare le istanze di verità.

Le Corti *gacaca*, invece, non avevano rinunciato alla repressione del crimine, promettendo d'altra parte trattamenti sanzionatori più miti a chi accettasse di descrivere il reato commesso ed ammettesse la propria responsabilità, porgendo scuse alle vittime. In Ruanda, perciò, si era tentato di accordare rilevanza giuridica al moto interiore del ravvedimento, premiando chi decidesse di tornare sui propri passi e di riconciliarsi con la comunità offesa.

I Tribunali ibridi, infine, avevano cercato di colmare altre lacune dei Tribunali *ad hoc*, nel tentativo di favorire la riconciliazione avvicinando il complesso delle vittime all'attività ivi svolta. Così, la collocazione dell'organo giudiziario era in *situ*, vale a dire all'interno della comunità afflitta; era utilizzata, oltre all'inglese, la lingua locale; si applicava sia il diritto internazionale sia il diritto interno locale.

Avevo dedotto, dunque, che lo strumento del patteggiamento fosse nel complesso da promuovere. Era coerente, difatti, con l'idea della giustizia retributiva: pur applicando una pena più lieve di quella che avrebbe seguito il giudizio ordinario, garantiva sanzioni più pronte e, soprattutto, certe. In aggiunta, nella giustizia internazionale l'accertamento sommario del patteggiamento consentiva di dedicare tempo e risorse alla persecuzione di un numero maggiore di responsabili, compensando in termini di quantità ciò di cui difettava in termini di qualità. In tal modo, assicurava che meno responsabili godessero dell'impunità.

La funzione deterrente sembrava pregiudicata dalla mitezza della sanzione negoziata: più in generale, dinanzi ai crimini internazionali la teoria della coazione psicologica risultava manifestamente inefficace, stante l'eccezionalità delle circostanze e l'improbabilità che il reo operi, prima d'agire, un freddo calcolo circa i benefici ed i costi del crimine quando animato da motivazioni di appartenenza etnica o ideologica e volontà di vendetta.

Eppure, avendo in mente *in primis* l'esperienza sudafricana, mi pareva ci fosse spazio per condizionare lo sconto sanzionatorio a talune condotte riparatorie volte a soddisfare le esigenze della vittima, le quali potessero ricomprendersi in un percorso di rieducazione del responsabile. Il patteggiamento avrebbe in tal modo esplicitato altresì una funzione di prevenzione speciale. A sostegno di questa tesi, osservavo la presenza di numerosi istituti, sia nell'ordinamento giuridico italiano sia in quello internazionale e comunitario, orientati ad un maggior coinvolgimento della vittima nel processo penale ed ispirati a logiche conciliative e riparative. Si trattava del procedimento dinanzi al giudice di pace, delle circostanze attenuanti comuni e generiche, del parametro della condotta susseguente al reato, oltre alla valorizzazione delle procedure di mediazione.

In un primo momento della mia ricerca reputavo che la soluzione ideale fosse la promozione delle forme della giustizia riparativa. Desideravo che le parti personalmente coinvolte nel conflitto s'incontrassero ed instaurassero un dialogo: patteggiando "privatamente" sotto la guida di un mediatore, si sarebbero promesse reciproche concessioni e, comprendono le ragioni dei rispettivi comportamenti, si sarebbero riconciliate. Ritenevo che non fosse opportuno o, comunque, necessario punire qualora sussistesse il ravvedimento del reo ed il contestuale perdono da parte della vittima.⁷⁴¹

La riconciliazione con il reo, il quale si capacita del male arrecato, elude difatti il pericolo che il medesimo prenda le distanze dal reato perpetrato; la quale presa di distanza, oltre a destabilizzare il contesto sociale complessivo, rischierebbe di innalzare la condotta illecita a modello di comportamento.⁷⁴² Evidentemente, nel contesto di società in transizione l'affermazione di un modello comportamentale criminale compromette la rifondazione di un assetto costituzionale democratico. L'incontro delle parti, di contro, agevola la costruzione di un sentito e di una memoria comune.⁷⁴³

⁷⁴¹ A supporto della tesi, cfr. L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, cit. p. 203-204: «Il tormento inflitto al reo con la pena, specialmente quella detentiva, non soltanto non favorisce necessariamente percorsi penitenziali e di cambiamento integrale sul piano personale, ma anzi in via di principio riproduce nella sofferenza arrecata al reo un equivalente del male commesso e quindi lo moltiplica». Oltre a ciò, l'autore rimarca che si tratta di un modello di giustizia che esclude inesorabilmente la vittima o, al più, assegna loro uno spazio tutto sommato marginale. Cfr. anche F. NIETZSCHE, *Genealogia della morale: uno scritto polemico*, Torino 2012, p. 33, secondo il quale ancora non si sarebbe dimostrata l'utilità giuridica della pena; «così si è immaginato che la pena fosse stata inventata per punire».

⁷⁴² L. EUSEBI, *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano 2006, p. 1110 ss., il quale si dimostra a favore del modello comunicativo e conciliativo orientato al consenso. Cfr. F. NIETZSCHE, *Genealogia della morale: uno scritto polemico*, Torino 2012, p. 35: «Le prigioni, gli istituti di pena, non sono luoghi di incubazione in cui il rimorso ama crescere. [...] La pena rende più duri e freddi; essa concentra; acuisce il sentimento di estraneità; aumenta la capacità di resistenza».

⁷⁴³ Sull'importanza dell'esistenza di una memoria comune, che non deformi i fatti storici, cfr. P. LEVI, *I sommersi e i salvati*, Torino 1991, p. 14 ss.: «La memoria umana è uno strumento meraviglioso, ma fallace. [...] I ricordi che giacciono in noi non sono incisi sulla pietra; non solo tendono a cancellarsi con gli anni, ma spesso si modificano, o addirittura accrescono,

Oltre a ciò, a sostegno della mia tesi portavo esempi di istituti contemplati anche dal nostro ordinamento giuridico, i quali paiono riconoscere una valenza giuridica al ravvedimento: alla condotta di chi, più precisamente, torni sui propri passi, ossia sul cammino della giustizia.⁷⁴⁴ Si trattava di un complesso di misure di clemenza, quali il recesso attivo, la desistenza volontaria e la collaborazione processuale.

In somma, riservare al ravvedimento del reo un ruolo cruciale nella definizione dei giudizi giovava alla riconciliazione e risultava coerente con svariati istituti del nostro ordinamento giuridico. In realtà, ho poi constatato l'esistenza di innumerevoli *contra* alla soluzione prospettata: in particolare, la violazione del principio di uguaglianza, ogni qual volta la definizione del giudizio dipenda dalla capacità di perdono della vittima e tale capacità porti a soluzioni diverse per casi potenzialmente identici.

Ancor più, ho compreso che il perdono è un processo privato che non può essere imposto; bensì, è valutabile dal diritto con cautela, soltanto se laico ed esteriorizzato. Oltretutto, trovandosi la vittima in una posizione delicata, deve esserle garantita la facoltà di scegliere se contribuire (o meno) all'accertamento della responsabilità ed alla ricostruzione dei fatti.

Ho ritenuto, quindi, che si trattasse di una mera soluzione ideale, in quanto tale non esigibile.⁷⁴⁵ Ho ritenuto, inoltre, che i tentativi di coinvolgimento della vittima nelle procedure di definizione del giudizio dovessero scansare un errore grossolano: la valorizzazione di moti interiori, abdicando alla laicità ed esteriorità del diritto a favore di una sua propensione marcatamente eticizzante e personalista.⁷⁴⁶

incorporando lineamenti estranei. Lo fanno bene i magistrati: non avviene quasi mai che due testimoni oculari dello stesso fatto lo descrivano allo stesso modo e con le stesse parole, anche se il fatto è recente, e se nessuno dei due ha un interesse personale a deformato». Così, «chi è stato ferito tende a rimuovere il ricordo per non rinnovare il dolore; chi ha ferito ricaccia il ricordo nel profondo, per liberarsene, per alleggerire il suo senso di colpa».

⁷⁴⁴ Cfr. F. NIETZSCHE, *Genealogia della morale: uno scritto polemico*, Torino 2012, p. 35: «La pena deve valere per risvegliare nel colpevole il 'sentimento della colpa', al suo interno si cerca il tipico '*instrumentum*' di quella reazione psichica che si chiama 'cattiva coscienza', 'rimorso'».

⁷⁴⁵ Cfr. G. FIANDACA, *I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione*, in *Criminalia*, 2007, p. 48 ss. Pur identificando la finalità nella riconciliazione all'interno delle comunità lacerate dal conflitto, l'autore dubita ciononostante che il diritto possa farsene carico. Egli ritiene che ciò sia vero sotto vari profili, anzitutto a ragione delle limitazioni temporali e delle esigenze di speditezza, nonché dell'esigenza di stigmatizzare in modo chiaro e univocamente condivisibile il disvalore delle conseguenze lesive provocate.

⁷⁴⁶ Cfr. L. CORNACCHIA, *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, p. 195.

Avendo compreso che il diritto deve prestare attenzione a non tipizzare fatti interiori e che, al contempo, della vittima non poteva esigersi la partecipazione, avevo riposto le soluzioni stragiudiziali strutturate secondo le logiche della giustizia riparativa e volte alla promozione della riconciliazione delle parti tramite ravvedimento del reo e contestuale perdono da parte della vittima. Analizzando la nuova disciplina inerente ai diritti della vittima e contenuta nello Statuto di Roma della Corte penale internazionale, ho ipotizzato di valorizzare la sua posizione altresì nella procedura strettamente giudiziale del patteggiamento. L'idea è di condizionare l'accesso al rito alla soddisfazione di talune istanze di riparazione della vittima, razionalizzando in tal modo la premialità e portando ad un deciso depotenziamento dell'applicazione della pena su richiesta delle parti: la scelta dell'imputato di patteggiare non viene così a gravare sul soggetto già provato dall'illecito.

A sostegno di questa tesi debbono menzionarsi taluni istituti presenti nel nostro ordinamento giuridico, i quali pure subordinano l'operatività del premio alla sussistenza di requisiti e, segnatamente, di condotte riparatorie e risarcitorie da realizzarsi nell'interesse della persona offesa. Si trattava, tra gli altri, della sospensione condizionale della pena e dell'amnistia condizionata.

Dapprima, avendo a mente la nuova procedura prevista dall'ordinamento giuridico italiano per i processi dinanzi al giudice penale, assumevo che alla vittima potesse attribuirsi una sorta di potere di veto rispetto alla pena patteggiata dall'imputato e dal pubblico ministero.

Tale soluzione è parsa difficilmente praticabile, particolarmente nel contesto dei crimini internazionali, giacché la definizione del giudizio verrebbe a dipendere dalle istanze di un numero cospicuo di vittime. In aggiunta, si sarebbe trattato di una forma di giustizia privata, giacché la risoluzione dei conflitti derivanti dai fatti di reato sarebbe venuta a dipendere prevalentemente dalla volontà e dall'operato di soggetti privati.

Dunque, ho concluso che al fine di scansare un altro errore grossolano, vale a dire la resa a favore di forme di giustizia privata, fosse opportuno riformulare

l'ipotesi del patteggiamento condizionato. Pur dovendo l'ammissibilità della negoziazione condizionarsi alla presenza di talune condotte riparatorie tenute dal reo ed idonee ad appagare la vittima, conviene che la valutazione della congruità di tali condotte sia sottratta alla stima di questa e demandata, per converso, ad un'autorità giudiziaria. L'autorità giudiziaria, come il mediatore nelle procedure della giustizia riparativa, è chiamata all'imparzialità ed alla terzietà e si fa garante, al contempo, dell'interesse della persona cui sia derivato un danno materiale o morale come conseguenza del fatto illecito. L'intervento dell'autorità giudiziaria scongiura altresì il pericolo della manifesta irragionevolezza delle istanze delle vittime.

Pur compromettendo parzialmente tali proposte la finalità deflattiva, mi paiono ad ogni modo integrare un valore aggiunto per il patteggiamento, che giunge a praticare una politica attenta alle ragioni della vittima, anziché emarginarla.

BIBLIOGRAFIA

- ALLAIS L., *Restorative justice, retributive justice, and the South African truth and reconciliation Commission*, in *Philosophy and public affairs*, 2012.
- ALSHULER A.W., *Plea bargaining and its history*, in *Law and society review*, 1979.
- ALVAREZ J.E., *Crimes of States/crimes of hate: lessons from Rwanda*, in *Yale journal of international law*, 1999.
- AME R.K. - ALIDU S.M., *Truth and reconciliation commissions, restorative justice, peacemaking criminology, and development*, in *Criminal justice studies*, 2010.
- AMODIO E., *Il modello accusatorio statunitense e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della giustizia americana*, in AA.VV., *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di E. Amodio e M. Cherif Bassiouni, Milano 1988.
- AMODIO E., *I due volti della giustizia negoziata nella riforma del patteggiamento*, in *Cassazione penale*, 2004.
- ANDENAES J., *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano e F. Stella, Bologna 1980.
- ANNUNZIATA P.M., *Patteggiamento e principio rieducativo*, in *Giurisprudenza di merito*, 1995.
- ANTKOWIAK T.M., *An emerging mandate for international courts: victim-centered remedies and restorative justice*, in *Stanford journal of international law*, 2011.
- ARBIA S., *Mentre il mondo stava a guardare*, Milano 2011.
- ARENDT H., *Vita activa: la condizione umana*, Milano 1958.
- ARENDT H., *Le origini del totalitarismo*, Milano 1967.
- ARENDT H., *Lectures on Kant's political philosophy*, Chicago 1982.
- ARENDT H., *La banalità del male: Eichmann a Gerusalemme*, Milano 2002.
- ARENDT H. - JASPERS K., *Carteggio 1926-1969: filosofia e politica*, a cura di A. Del Lago, Milano 1989.
- Assemblea generale Onu, risoluzione 29 novembre 1985, n. 40/34.
- Assemblea generale Onu, risoluzione 16 dicembre 2005, n. 60/147.
- BAISLEY E., *Genocide and constructions of Hutu and Tutsi in radio propaganda*, in *Institute of race relations*, 2014.
- BALBONI M., *Da Norimberga alla Corte penale internazionale*, in AA.VV., *Crimini internazionali tra diritto e giustizia. Dai Tribunali internazionali alle Commissioni verità e riconciliazione*, a cura di G. Illuminati, L. Stortoni e M. Virgilio, Torino 2000.
- BARATTA A., *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, in *La questione criminale*, 1975.
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Milano 1950.
- BENUSSI C., *Art. 151*, in AA.VV., *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini e G. Marinucci, Milano 2011, p. 1849.

- BLAIOTTA R., *Il giudice e la pena nel patteggiamento*, in *Cassazione penale*, 1995.
- Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (1978).
- BONVECCHIO C., *Il mito dell'unità e il destino della differenza*, in U. REGINA, *La libertà nell'unità delle differenze*, Padova 2000.
- BORAINE A., *Truth and reconciliation in South Africa. The third way*, in ROTBERG R.I. - THOMPSON D., *Truth versus justice: the morality of truth Commissions*, Princeton 2000. *Commissions*, Princeton 2000.
- BOUTELLIER H., *Beyond the criminal justice paradox. Alternatives between law and morality*, in *European journal on criminal policy and research*, 1996.
- Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970).
- BRAITHWAITE J., *Restorative justice: assessing optimistic and pessimistic accounts*, in *Crime and justice*, 1999.
- BRAITHWAITE J., *Restorative justice and responsive regulation*, New York 2002.
- BRAITHWAITE J., *Setting standards for restorative justice*, in *British journal of criminology*, 2002.
- BRAITHWAITE J., *Principles of restorative justice*, in A. VON HIRSCH - J.V. ROBERTS - A. BOTTOMS, *Restorative justice and criminal justice: competing or reconcilable paradigms?*, Oxford 2003.
- BRICCHETTI R. - PISTORELLI L., *Restano gli incentivi solo sull'accordo a due anni*, in *Guida al diritto*, 2003.
- BRICOLA F., *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Indice penale*, 1989.
- BRITAIN V., *Outrage over amnesty for apartheid killer*, in *The guardian*, 2000.
- BROMBERG W., *Crime and the mind: a psychiatric analysis of crime and punishment*, New York 1965.
- BURKE-WHITE W., *Regionalization of international criminal law enforcement: a preliminary exploration*, in *Texas international law journal*, 2003.
- BURNETT M.J., *Remembering justice in Rwanda: locating gender in the judicial construction of memory*, in *Seattle journal for social justice*, 2004-2005.
- CANESTRARI R., *Psicologia generale e dello sviluppo*, Bologna 1984.
- CAPUTO M., *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli 2009.
- CARRARA F., *Dottrina fondamentale della tutela giuridica*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Prato 1878.
- Cassazione S.u. 28 maggio 1997, n. 5.
- CASSESE A., *Lineamenti di diritto internazionale penale. Diritto processuale*, Bologna 2005.
- CASSESE A. - GAETA P. - JONES J., *The Rome Statute of the international criminal Court: a commentary*, Oxford 2002.
- CASSESE A. - ACQUAVIVA G. - FAN M. - WHITING A., *International criminal law: cases and commentary*, Oxford 2011.

- CATANI L., *Victims at the international criminal Court*, in *Journal of international criminal justice*, 2012.
- CERETTI A., *L'orizzonte artificiale: problemi epistemologici della criminologia*, Padova 1992.
- CERETTI A. - DI CÌÒ F., *Giustizia riparativa e mediazione penale a Milano. Un'indagine quantitativa e qualitativa*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2002.
- CERQUA L.D., *Riti alternativi e incentivi premiali: implicazioni di natura sostanziale*, in *Cassazione penale*, 1992.
- CHAPMAN A.R. - BALL P., *The truth of truth Commissions: comparative lessons from Haiti, South Africa, and Guatemala*, in *Human rights Quarterly*, 2001.
- CHERIF BASSIOUNI M., *Linee del processo penale negli U.S.A.*, in AA.VV., *Prospettive del nuovo processo penale*, a cura di A.M. Stile, Napoli 1978.
- CHERIF BASSIOUNI M., *International criminal law*, New York 1999.
- CHERIF BASSIOUNI M., *Post-conflict justice*, Ardsley, New York 2002.
- CHERIF BASSIOUNI M., *The legislative history of the international criminal Court: an article by article evolution of the Statute*, New York 2005.
- CHERIF BASSIOUNI M., *The pursuit of international criminal justice: a world study on conflicts, victimization, and post conflict justice*, Oxford 2010.
- CIAVOLA A., *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino 2010.
- CIVELLO CONIGLIARO S., *La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato. Una prima lettura della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012.
- CLARK J.N., *The three Rs: retributive justice, restorative justice, and reconciliation*, in *Contemporary justice review*, 2008.
- CLARK J.N., *Plea bargaining at the ICTY: guilty pleas and reconciliation*, in *The european journal of international law*, 2009.
- COLELLA A., *La Corte condanna l'Italia per la violazione sostanziale e procedurale dell'art. 2 CEDU in relazione all'uccisione di un diciannovenne albanese ad opera di un agente di polizia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011.
- COMBS N.A., *Copping a plea to genocide: the plea bargaining of international crimes*, in *University of Pennsylvania law review*, 2002.
- COMBS N., *Procuring guilty pleas for international crimes: the limited influence of sentencing discounts*, in *Vanderbilt law review*, 2006.
- Consiglio d'Europa, raccomandazione 23 giugno 1983, n. 83.
- Consiglio d'Europa, raccomandazione 28 giugno 1985, n. 85.
- Consiglio d'Europa, raccomandazione 15 settembre 1999, n. 99.
- Consiglio dell'Unione europea, decisione quadro 15 marzo 2001, n. 2001/220/GAI.
- Consiglio di sicurezza Onu, risoluzione 8 novembre 1994, n. 955.
- Consiglio di sicurezza Onu, risoluzione 26 marzo 2004, n. 1534.
- CORDERO F., *Procedura penale*, Milano 2012.

CORNACCHIA L., *Funzione della pena nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009.

CORNWELL D., *Doing justice better: the politics of restorative justice*, Winchester 2007.

Corte Cost. 2 luglio 1990, n. 313.

Corte Cost. 12 ottobre 1990, n. 443.

Corte Cost. 3 maggio 1998, n. 172.

Corte EDU, Paul e Audrey Edwards c. Regno Unito, 14 marzo 2002, n. 46477/99.

Corte EDU, Dölek c. Turchia, 2 ottobre 2007, n. 39541/98.

Corte EDU, Alikaj e altri c. Italia, 29 marzo 2011, n. 47357/08.

Corte EDU, 29 aprile 2014, n. 9043/05.

COSÌ G., *Mediazione: un'alternativa al giudizio?*, in ID., *La responsabilità del giurista? Etica e professione legale*, Torino 1998.

CRESPI A. - FORTI G. - ZUCCALÀ G., *Commentario breve al codice penale: complemento giurisprudenziale*, a cura di G. Zuccalà, Padova 2013.

DALY E., *Between punitive and reconstructive justice: the gacaca Courts in Rwanda*, in *New York University journal of international law and politics*, 2002.

DAMASKA M.R., *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*, Bologna 1991.

DANIELE L., *Diritto dell'Unione europea: sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, Milano 2008.

DE BERTODANO S., *Were there more acceptable alternatives to the Iraqi high Tribunal?*, in *Journal of international criminal justice*, 2007.

DE MAGLIE C. - GATTA G.L., *Art. 163, AA.VV., Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini e G. Marinucci, Milano 2011.

DE SANCTIS F., *La Special Court per la Sierra Leone: un esempio di tribunale penale "internazionalizzato"*, in *Diritto penale e processo*, 2002.

DE VERO G., *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002.

DEL TUFO M., *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, in AA.VV., *Punire mediare riconciliare: dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, a cura di G. Fiandaca e C. Visconti, Torino 2009.

DELLA MORTE G., *Osservatorio del Tribunale penale internazionale per il Ruanda*, in *Diritto penale e processo*, 2004.

DELLA MORTE G., *Le amnistie nel diritto internazionale*, Padova 2011.

DELLA MORTE G. - TONINI ALABISO E., *Osservatorio dei Tribunali penali internazionali*, in *Diritto penale e processo*, 2006.

DERRIDA J., *Il secolo e il perdono*, in B. MORONCINI, *La lingua del perdono*, Napoli 2007.

DI BITONTO M.L., *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Torino 2004.

DI CHIARA G., *Processo penale e giurisprudenza costituzionale: itinerari*, in *Foro italiano*, 1996.

- DI CHIARA G., *L'architettura dei presupposti*, in AA.VV., *Il patteggiamento*, Milano 1999.
- 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.
- DICKINSON L., *The promise of hybrid courts*, in *American journal of international law*, 2003.
- DICKINSON L., *The relationship between hybrid courts and international courts: the case of Kosovo*, in *New England law review*, 2003.
- DIXON R. - DEMIRDJIAN A., *Advising defendants about guilty pleas before international Courts*, in *Journal of international criminal justice*, 2005.
- DOAK J., *The therapeutic dimension of transitional justice: emotional repair and victim satisfaction in international trials and truth Commissions*, in *International Criminal Law Review*, 2011.
- DOLCINI E., *La commisurazione della pena: la pena detentiva*, Padova 1979.
- DOLCINI E., *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1979.
- DOLCINI E., *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990.
- DONAT CATTIN D., *Dai tribunali penali internazionali ad hoc alla Corte penale internazionale permanente: alcune riflessioni sul processo decisionale nella comunità internazionale*, in G. CALVETTI, *Ex Jugoslavia e tribunale penale internazionale*, Milano 2001.
- DONINI M., *La condanna a morte di Saddam Hussein. Riflessioni sul divieto di pena capitale e sulla "necessaria sproporzione" della pena nelle gross violations*, in *Cassazione penale*, 2007.
- DONINI M., *Certezza della pena e certezza del diritto. Una riforma chirurgica, per dissolvere il non-sistema*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012.
- DONINI M., *Per una concezione post riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014.
- DRUMBL M., *Punishment, postgenocide: from guilt to shame to civis in Rwanda*, in *New York University law review*, 2000.
- DRUMBL M., *Collective violence and individual punishment: the criminality of mass atrocity*, in *Northwestern university law review*, 2005.
- DUBBER M.D., *American plea bargains, german lay judges and the crisis of criminal procedures*, in *Stanford law review*, 1997.
- DUGARD J., *Possible conflict of jurisdictions between the international criminal Court and truth Commissions*, in A. CASSESE - P. GAETA - J. JONES, *The Rome Statute of the international criminal Court: a commentary*, Oxford 2002.
- DWEYER S., *Reconciliation for realists*, in *Ethics and international affairs*, 1999.
- DZUR A.V. - WERTHEIMER A., *Forgiveness and public deliberation: the practice of restorative justice*, in *Criminal justice ethics*, 2002.

EASTERBROOK F.H., *Criminal procedure as a market system*, in *Journal of legal studies*, 1983.

EHRlich J., *The deterrent effect of capital punishment: a question of life and death*, in *American economic review*, 1975.

EUSEBI L., *La "nuova" retribuzione. (I) Pena retributiva e teorie preventive - (II) L'ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983.

EUSEBI L., *La pena "in crisi": il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia 1990.

EUSEBI L., *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002.

EUSEBI L., *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano 2006.

FANCHIOTTI V., *Origine e sviluppo della "giustizia contrattata" nell'ordinamento statunitense*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984.

FANCHIOTTI V., *Profili privatistici della giustizia penale statunitense*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1992.

FANCHIOTTI V., *Riflessioni sulla giustizia penale in U.S.A.*, in *Cassazione penale*, 1998.

FELLEY M.M., *Le origini e le conseguenze del panico morale: gli effetti sulle corti americane delle leggi "tre volte e sei eliminato"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000.

FERIOLI M.L., *Plea bargaining before the international criminal Court: suggestions taken from the experience of the ad hoc Tribunals*, in *Legal studies research paper*, 2013.

FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 2004.

FIANDACA G., *Pena patteggiata e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro italiano*, 1990.

FIANDACA G., *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli 2006.

FIANDACA G., *I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione*, in *Criminalia*, 2007.

FIANDACA G., *I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione*, in AA.VV., *Punire mediare riconciliare: dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, a cura di G. Fiandaca e C. Visconti, Torino 2009.

FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2010.

FIERENS J., *Gacaca courts: between fantasy and reality*, in *Journal of international criminal justice*, 2005.

FLORES M., *Il secolo-mondo*, Bologna 2000.

FORTI G., *La riforma del codice penale nella spirale dell'insicurezza: i difficili equilibri tra parte generale e parte speciale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 2002.
FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano 2003.

GALLO E., *L'evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994.

GALLUCCIO MEZIO G., *Ancora in tema di sospensione condizionale e procedimento penale a carico dell'ente*, in *Cassazione penale*, 2012.

GAMBINI MUSSO R., *Il "plea bargaining" tra common law e civil law*, Milano 1985.

GAMBINI MUSSO R., *Il processo penale statunitense: soggetti e atti*, Torino 2009.

GARAPON A., *Crimini che non si possono né punire né perdonare. L'emergere di una giustizia internazionale*, Bologna 2004.

GARAPON A., *Chiudere i conti con la storia: colonizzazione, schiavitù, Shoah*, Milano 2009.

GARBETT C., *The truth and the trial: victim participation, restorative justice, and the international criminal Court*, in *Contemporary justice review*, 2013.

GHIARA A., *Applicazione delle sanzioni sostitutive su richiesta dell'imputato*, in *Giustizia Penale*, 1982.

GIUNTA F., *Qualche appunto su plea bargaining, funzioni della pena e categorie penalistiche*, in *Cassazione penale*, 1987.

GRAHAM K., *Crimes, widgets and plea bargaining: an analysis of charge content, pleas, and trials*, in *California law review*, 2012.

GUERRA S., *L'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in AA.VV., *il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, a cura di A. Scalfati, Padova 2001.

GUTMAN R. - RIEFF D., *War crimes*, New York 1999.

HAYNER P., *Unspeakable truths: confronting state terror and atrocity*, New York 2001.

HENHAM R. - DRUMBL M., *Plea bargaining at international criminal Tribunal for the former Jugoslavia*, in *Criminal law forum*, 2005.

HENHAM R. - MANNOZZI G., *Il ruolo delle vittime nel processo penale e nella commisurazione della pena: un'analisi delle scelte normative e politico-criminali effettuate nell'ordinamento inglese e in quello italiano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005.

HIGGONET E.R., *Restructuring hybrid courts: local empowerment and national criminal justice reform*, in *Arizona journal of international and comparative law*, 2006.

IOVENE F., *Il patteggiamento made in Germany supera il vaglio di costituzionalità (nota esplicativa della sentenza pronunciata il 19 marzo 2013 dal Bundesverfassungsgericht)*, in *Cassazione penale*, 2013.

IOVENE F., *La giustizia negoziata al confine tra modello inquisitorio e accusatorio: patteggiamento e Verständigung a confronto*, in *Cassazione penale*, 2013.

JØRGENSEN N.H.B., *The genocide acquittal in the Sikirica case before the international criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the coming of age of the guilty plea*, in *Leiden journal of international law*, 2002.

KAMATALI J.M., *The challenge of linking international criminal justice and national reconciliation: the case of ICTR*, in *Leiden journal of international law*, 2003.

KANT I., *Principi metafisici della dottrina del diritto*, in ID., *La metafisica dei costumi*, Bari 1998.

KAREKEZI U.A. - NSHIMIYIMANA A. - MUTAMBA B., *Localizing justice: gacaca courts in post-genocide Rwanda*, in ID., *My neighbor, my enemy. Justice and community in the aftermath of mass atrocity*, Cambridge 2004.

KLARIN M., *The impact of the ICTY on public opinion in the former Yugoslavia*, in *Journal of international criminal justice*, 2009.

KOHEN A. - ZANCHELLI M. - DRAKE L., *Personal and political reconciliation in post-genocide Rwanda*, in *Social Justice Research*, 2011.

LA GRECA G., *Terroristi politici e benefici penitenziari*, in *Foro italiano*, 1998.

LANGBEIN J.H., *Land without plea bargaining: how the Germans do it*, in *The Michigan law review association*, 1979.

LATTANZI G., *Giudizio abbreviato e patteggiamento*, in *Cassazione penale*, 1988.

LATTANZI G. - LUPO E., *Codice di procedura penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano 2012.

LAX I., *The south african truth and reconciliation Commission: transitional justice as restorative justice. Challenges for transformation*, in AA.VV., *Pena riparazione e riconciliazione: diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio*, Varese 2007.

LEO G., *Riflettendo su riti alternativi e sistema processuale*, in *Questioni di giustizia*, 2002.

LEVI P., *Se questo è un uomo*, Torino 1966.

LEVI P., *I sommersi e i salvati*, Torino 1986.

LOLLINI A., *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e riconciliazione*, Bologna 2005.

LOZZI G., *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989.

LOZZI G., *La legittimità costituzionale del c.d. patteggiamento*, in *Rivista di diritto processuale penale*, 1990.

- LOZZI G., *Patteggiamento allargato: nessun beneficio dall'applicazione di una giustizia negoziale*, in *Guida al diritto*, 2003.
- LOZZI G., *Una sentenza sorprendente in tema di patteggiamento allargato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004.
- LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, Torino 2013.
- LÜDERSSEN K., *La funzione di prevenzione generale*, in AA.VV., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano e F. Stella, Bologna 1980.
- MACCHIA A., *Il patteggiamento*, Milano 1992.
- MAGNARELLA P., *Some milestones and achievements at the international criminal Tribunal for Rwanda: the 1998 Kambanda and Akayesu cases*, in *Florida journal of international law*, 1997.
- MAIER C., *Doing history doing justice*, in R.I. ROTBERG - D. THOMPSON, *Truth versus justice: the morality of truth Commissions*, Princeton 2000.
- MANACORDA S., *"Dovere di punire"? Gli obblighi di tutela penale nell'era dell'internalizzazione del diritto*, in AA.VV., *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid 2014.
- MANN M., *Il lato oscuro della democrazia: alle radici della violenza etnica*, Milano 2005.
- MANNOZZI G., *Giustizia riparativa e diritto penale. Alternatività o complementarità?*, in AA.VV., *Pena riparazione e riconciliazione: diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio*, Varese 2007.
- MANTOVANI F., *Diritto premiale e ordinamento penitenziario*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penitenziario*, Milano 1983.
- MARCHETTI I. - MAZZUCCATO C., *La pena 'in castigo'. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano 2006.
- MARGARITELLI M., *"Limitata partecipazione al fatto criminoso" e accesso ai benefici penitenziari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994.
- MARINUCCI G., *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 2000.
- MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale: parte generale*, Milano 2012.
- MCCOLD P., *The recent history of restorative justice: mediation, circles, and conferencing*, in D. SULLIVAN - L. TIFFT, *Handbook of restorative justice*, Oxon 2008.
- MEARNS D., *Looking both ways: model for justice in East Timor*, in *Australian legal resources international publications*, 2002.
- MEGRET F., *In defense of hybridity: towards a representational theory of international criminal justice*, in *Cornell international law journal*, 2005.
- MEYERSTEIN A., *Between law and culture: Rwanda's gacaca and post-colonial legality*, in *Law and social inquiry*, 2007.
- MINOW M., *Keynote address at the ninth annual stein center symposium on the role of forgiveness in the law: forgiveness and the law*, in *Fordham urban law journal*, 2000.

- MINOW M., *Between vengeance and forgiveness: facing history after genocide and mass violence*, come citato in D. ROCHE, *Truth Commissions amnesties and the international criminal Court*, in *British journal of criminology*, 2005.
- MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992.
- MOCCIA S., *Il dover essere della premialità*, in AA.VV., *La giustizia contrattata: dalla bottega al mercato globale*, a cura di S. Moccia, Napoli 1998.
- MONACO L., *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli 1984.
- MONACO L. - PALIERO C.E., *Variazioni in tema di crisi della sanzione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994.
- MORRIS R., *Stories of transformative justice*, Toronto 2002.
- MUJAWAYO E., *Il fiore di Stephanie*, Roma 2007.
- NIETZSCHE F., *Così parlò Zarathustra: un libro per tutti e per nessuno*, Milano 2005.
- NIETZSCHE F., *Genealogia della morale: uno scritto polemico*, Torino 2012.
- NIZICH I., *International law weekend proceedings: international tribunals and their ability to provide adequate justice. Lessons from the yugoslav tribunal*, in *ILSA journal of international and comparative law*, 2001.
- North Carolina v. Pearce*, 395 U.S. 711 (1969).
- OHLIN L. - REMINGTON F., *Sentencing structure: its effect upon the administration of criminal justice*, in *Law and contemporary problems*, 1958.
- ORLANDI R., *Effettività della sanzione penale e principi costituzionali*, in F. GIUNTA - R. ORLANDI - P. PITTARO - A. PRESUTTI, *L'effettività della sanzione penale*, Milano 1998.
- ORLANDI R., *Giustizia riparativa e diritto penale. Alternatività o complementarità?*, in AA.VV., *Pena riparazione e riconciliazione: diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio*, Varese 2007.
- ORLANDI R., *Procedimenti speciali*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso e V. Grevi, Padova 2012.
- PADOVANI T., *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di 'ravvedimento'*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1981.
- PADOVANI T., *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989.
- PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1992.
- PAGLIARO A., *Riflessi del nuovo processo sul diritto penale sostanziale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990.
- PALIERO C.E., *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992.

Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea, direttiva 25 ottobre 2012, n. 2012/29/UE.

PAULESU P., *Applicazione della pena su richiesta delle parti e fascicolo per il dibattimento*, in *Giurisprudenza italiana*, 1994.

PENA M. - CARAYON G., *Is ICC making the most of victim participation?*, in *The international journal of transitional justice*, 2013.

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.

PIERINI J.P., *Le recenti riforme del processo penale della Repubblica federale tedesca*, in *Diritto penale e processo*, 2010.

PLATONE, *Protagora*, in *Tutti gli scritti*, a cura di G. Reale, Milano 1992.

PONTI C., *Il processo e la condanna a morte di Saddam Hussein alla luce del diritto internazionale*, in *Diritto penale e processo*, 2007.

POSEL D., *The TRC report. What kind of history? What kind of truth?*, in D. POSEL - G. SIMPSON, *Commissioning the past: understanding South Africa's truth and reconciliation Commission*, Johannesburg 2002.

Prosecutor v. Dražen Erdemović, *Second sentencing judgement*, Case IT-96-22, 7 ottobre 1997.

Prosecutor v. Kambanda, *Judgement and sentence*, Case ICTR-97-23-S, 4 settembre 1998.

Prosecutor v. Serushago, *Judgement and sentence*, Case ICTR-98-39-S, 5 febbraio 1999.

Prosecutor v. Kayishema, *Judgement and sentence*, Case 95-1-T, 21 maggio 1999.

Prosecutor v. Kupreškić, *First sentencing judgement*, Case IT-95-16, 14 gennaio 2000.

Prosecutor v. Ruggiu, *Judgement and sentence*, Case ICTR-97-32-I, 1 giugno 2000.

Prosecutor v. Fernandes, *Special panel for serious crimes*, Case 01/00, 25 gennaio 2001.

Prosecutor v. Delalić et al., *Second sentencing judgement*, Case IT-96-21, 20 febbraio 2001.

Prosecutor v. Todorović, *First sentencing judgement*, Case IT-95-9/1, 31 luglio 2001.

Prosecutor v. Krstić, *First sentencing judgement*, Case IT-98-33, 2 agosto 2001.

Prosecutor v. Sikirica, *First sentencing judgement*, Case IT-95-8, 13 novembre 2001.

Prosecutor v. Plavšić, *First sentencing judgement*, Case IT-00-39&40/1, 27 febbraio 2003.

Prosecutor v. Nikolić, *First sentencing judgement*, Case IT-94-2, 18 dicembre 2003.

Prosecutor v. Deronjić, *First sentencing judgement*, Case IT-02-61, 30 marzo 2004.

Prosecutor v. Mrđa, *First sentencing judgement*, Case IT-02-59, 31 marzo 2004.

Prosecutor v. Babić, *First sentencing judgement*, Caso IT-03-72, 29 giugno 2004.

Prosecutor v. Rutaganira, *Judgement and sentence*, Case ICTR-95-1C-I, 14 marzo 2005.

Prosecutor v. Limaj et al., *Trial Chamber, decision on the prosecution's motion to admit prior statement as substantive evidence*, Case IT-03-66, 25 aprile 2005.

Prosecutor v. Bralo, *First sentencing judgement*, Case IT-95-17, 7 dicembre 2005.

Prosecutor v. Serugendo, *Judgement and sentence*, Case ICTR-2005-84-I, 12 giugno 2006.

Prosecutor v. Bikindi, *Judgement and sentence*, Case ICTR-01-72-T, 2 dicembre 2008.

Prosecutor v. Lubanga, *Judgment*, Case ICC-01, 10 luglio 2012.

PULITANÒ D., *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005.

PULITANÒ D., *Diritti umani e diritto penale*, in AA.VV., *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid 2014.

PUURUNEN T., *The committee on amnesty of the truth and reconciliation Commission of South Africa*, Helsinki 2000.

QUATTROCOLO S. - LUACES GUTIÉRREZ A.I., *Conformidad e patteggiamento: spunti per un'analisi comparato tra Spagna e Italia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005.

QUINEEY R., *The way of peace: on crime, suffering, and service*, in H.E. PEPINSKY - R. QUINNEY, *Criminology as peacemaking*, Bloomington, Indiana 1991.

RAAB D., *Evaluating the ICTY and its completion strategy: efforts to achieve accountability for war crimes and their tribunals*, in *Journal of international criminal justice*, 2005.

RABBIA R., *Patteggiamento e principio rieducativo*, in *Archivio della nuova procedura penale*, 1997.

RAGAZZI S., *Pulizia etnica in Bosnia e crimine di genocidio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003.

RAUXLOH R., *Plea bargaining: a necessary tool for the international criminal Court prosecutor*, in *Judicature*, 2011.

RAUXLOH R., *Plea bargaining in international criminal justice. Can the international criminal court afford to avoid trials?*, in *The journal of criminal justice*, 2011.

RAUXLOH R., *Plea bargaining in national and international law: a comparative study*, New York 2012.

RECCHIA N., *La difficile questione della legittimità costituzionale del patteggiamento dinanzi al Bundesverfassungsgericht*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013.

RIGO F., *Art. 444*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, Milano 2010.

RIOLI M.C., *Guarigione di popoli: chiese e comunità cristiane nelle Commissioni per la verità e la riconciliazione in Sudafrica e Sierra Leone*, Bologna 2009.

- RISICATO L., *I riflessi sostanziali del patteggiamento "allargato": l'irriducibile attrito tra giustizia penale negoziale, funzioni della pena e tutela della vittima*, in *Legislazione penale*, 2004.
- ROCHE D., *Truth Commissions amnesties and the international criminal Court*, in *British journal of criminology*, 2005.
- ROMANO M., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano e F. Stella, Bologna 1980.
- ROMANO M., *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema di reati*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1981.
- ROMANO M., *Sub art. 133*, in M. ROMANO - G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano 2005.
- ROMBOUTS H., *Victim organization and the politics of reparation: a case study on Rwanda*, in *Intersentia*, 2004.
- ROSARIA M.M., *Leggi di amnistia e punizione dei crimini internazionali*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010.
- SANDERS R., *The Hamitic hypothesis; its origin and functions in time perspective*, in *Journal of african history*, 1969.
- SANNA A., *Effetti penali della sentenza a pena concordata: il peso insostenibile di una condanna senza giudizio di colpevolezza*, in *Cassazione penale*, 2013.
- SCELLA A., *Il patteggiamento "allargato" nel quadro della programmata espansione della giustizia negoziata*, in AA.VV., *Patteggiamento allargato e sistema penale*, Milano 2004.
- SCHABAS W., *The relationship between truth Commissions and international Courts: the case of Sierra Leone*, in *Human rights quarterly*, 2003.
- SCHABAS W., *Genocide trials and gacaca courts*, in *Journal of international criminal justice*, 2005.
- SCHABAS W., *The UN international tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge 2006.
- SCHARF M.P., *Trading justice for efficiency: plea bargaining and international tribunals*, in *Journal of international criminal justice*, 2004.
- SCHARF M., *The iraqi high Tribunal. A viable experiment in international justice?*, in *Journal of international criminal justice*, 2007.
- SCOTT R.E. - STUNTZ W.J., *Plea bargaining as contract*, in *The Yale law review*, 1992.
- SILBER L. - LITTLE A., *Yugoslavia: death of a nation*, Londra 1997.
- STAHN C. - OLASOLO H. - GIBSON K., *Partecipazione of victims in the pre-trial proceedings of the ICC*, in *Journal of international criminal justice*, 2006.
- STAUB E., *Genocide and mass killing: origins, prevention, healing and reconciliation*, in *Political psychology*, 2000.
- STELLA F., *Giustizia e modernità*, Milano 2003.
- STELLA F., *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna 2006.
- STELLA S. - MARINUCCI G. - PULITANÒ D., *Problemi di diritto penale*, Milano 1979.

- STOVER E., *The witnesses, war crimes and the promise of justice in the Hague*, in *Human rights Center: University of California, Berkeley*, 2003.
- SULLIVAN D. - TIFFT L., *The healing dimension of restorative justice: a one-world body*, in D. SULLIVAN - L. TIFFT, *Handbook of restorative justice*, Oxon 2008.
- SUTHERLAND E.H. - CRESSEY D.R., *Criminologia*, traduzione italiana di M. Zanchetti, Milano 1996.
- TEDOLDI L., *La giustizia internazionale. Un profilo storico-politico dall'arbitrato alla Corte penale*, Roma 2012
- THAMAN S.C., *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*, Durham 2010.
- TIEGER A. - SHIN M., *Plea agreements in the ICTY*, in *Journal of international criminal justice*, 2005.
- TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano 2011.
- TRANCHINA G., *Patteggiamento e principi costituzionali: una convivenza piuttosto difficile*, in *Foro italiano*, 1990.
- Tribunale di sorveglianza di Milano, ordinanza 11 novembre 1997.
- TRIFFTERER O., *Origine, sviluppo e stato attuale del diritto e della giustizia penale internazionale*, in AA.VV., *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, a cura di A. Cassese, M. Chiavario e G. De Francesco, Torino 2005.
- TULLY L.D., *Human rights compliance and the gacaca jurisdictions in Rwanda*, in *Boston college international and comparative law review*, 2003.
- TURONE G., *Powers and duties of the prosecutor*, in A. CASSESE - P. GAETA - J. JONES, *The Rome Statute of the international criminal Court: a commentary*, Oxford 2002.
- UBERTIS G., *Sistema di procedura penale. I principi generali*, Torino 2013.
- UMBREIT M.S., *The practice of victim offender mediation*, in AA.VV., *International handbook of penology and criminal justice*, Florida 2008.
- VAN DEN WYNGAERT C., *Victims before international criminal courts: some views and concerns of an ICC trial judge*, in *Case western reserve journal of international law*, 2012.
- VAN SCHAACK B. - SLYE R.C., *International criminal law and its enforcement: cases and materials*, New York 2010.
- VIGONI D., *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in AA.VV., *I procedimenti speciali in materia penale*, Milano 2003.
- VOGLIOTTI M., *Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Politica del diritto*, 2001.
- VOGLIOTTI M., *Quale giustizia per il genocidio? La soluzione "gacaca" in Ruanda*, in *Legislazione penale*, 2003.

WALD P.M., *ICTY judicial proceedings*, in *Journal of international criminal justice*, 2004.

WALDORF L., *Mass justice for mass atrocity: rethinking local justice as transitional justice*, in *Temple law review*, 2006.

WILSON R.A., *The politics of truth and reconciliation in South Africa: legitimizing the post apartheid state*, Cambridge 2001.

WINTER R., *The special court of Sierra Leone*, in M. CHERIF BASSIOUNI, *The pursuit of international criminal justice: a world study on conflicts, victimization, and post-conflict justice*, Oxford 2010.

ZANDER M. - HENDERSON P., *Crown court study*, Londra 1993.

ZAPPALÀ S., *The Iraqi special Tribunal's draft Rules of procedure and evidence*, in *Journal of international criminal justice*, 2004.

ZEHR H., *The little book of restorative justice*, Intercourse 2002.