

CONVEGNI

MARIA MERLINO

**Il codice di procedura penale compie trent'anni:
riflessioni sul criminale razionale
in un sistema irrazionale.**

Il presente contributo analizza brevemente la discussione sulle prospettive di riforma del processo penale che ha animato il convegno sul "criminale razionale", tenutosi il 30 settembre 2019 presso l'Università Sapienza. Illustri esperti di diritto e di economia mettono in guardia dal rischio di un affievolimento delle garanzie, derivante dalla corsa all'efficientismo perseguito tanto dal legislatore, quanto dalla giurisprudenza che, in spregio ai principi fondamentali della Costituzione, tendono a perdere di vista il canone della razionalità.

The first thirty years of the Criminal Procedure Code: some thoughts about the rational criminal in an irrational system.

This paper briefly analyzes the discussion about the possible reforms to the Criminal Procedure Code that have been discussed during the academic conference about the "rational criminal" theory, on the 30th of September 2019, at Sapienza University of Rome. Eminent law and economics experts warn about the risk of reducing guarantees because of the continuous search of efficientism by both the legislator and the jurisprudence, that neglect the fundamental constitutional principles and tend to lose sight of rationality.

SOMMARIO: 1. Una introduzione allo studio del diritto processuale penale: riflessioni sullo stato di salute del codice. – 2. Il criminale razionale: un'astrazione necessaria nell'irrazionalità del sistema. – 3. Inasprimento sanzionatorio e funzione deterrente secondo l'approccio microeconomico. – 4. L'utilizzo simbolico del diritto penale e la messa in pericolo dei principi costituzionali. – 5. Celerità e giusto processo. – 6. La monetizzazione della giustizia.

1. *Una introduzione allo studio del diritto processuale penale: riflessioni sullo stato di salute del codice.* A trent'anni dall'entrata in vigore del codice di procedura penale, il c.d. codice Vassalli, dal nome del guardasigilli dell'epoca¹, la comunità scientifica si è interrogata sull'effettiva tenuta del sistema, in una società turbata dalla profonda crisi della giustizia penale. Crisi acuita dai sempre più accesi sentimenti di vendetta espressi dalla collettività, che si inverano nel desiderio di punizioni esemplari; istanze, queste, notoriamente amplificate

¹ Il testo del Codice di Procedura Penale è stato approvato con D.P.R. n. 447 del 1988, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 24 ottobre 1988, in attuazione della legge-delega 16 febbraio 1987 n. 81 ed è entrato in vigore il 24 ottobre 1989, ad un anno dalla sua pubblicazione.

Una più opportuna denominazione "comune" del codice del rito penale dovrebbe far riferimento al Prof. Marcello Gallo, presidente della Commissione parlamentare incaricata di verificarne la conformità alla delega.

dalle distorsioni giornalistiche e dalle continue strumentalizzazioni politiche, a fini propagandistici, dei fatti di cronaca.

Il 30 settembre 2019 si è tenuto, presso la facoltà di giurisprudenza dell'Università di Roma "Sapienza", un convegno dal titolo "Il criminale razionale. Prospettive di riforma della giustizia penale"², cui hanno partecipato insigni studiosi: docenti di scienze penalistiche provenienti da diverse accademie italiane - i Professori Alfredo Gaito, Antonio Fiorella, E. Nadia La Rocca, Clelia Iasevoli, Daniele Negri, Fabio Cassibba, Oliviero Mazza, Antonino Pulvirenti, Filippo Dinacci - il Professore di economia politica Giuseppe Chirichiello, che ha presieduto i lavori assieme al Professor Antonio Fiorella e il magistrato inquirente Ciro Santoriello.

Lo stesso giorno, nel quadro delle lezioni del corso di Procedura Penale, il Professor Alfredo Gaito ha invitato alcuni degli illustri relatori a condividere con gli studenti dell'ateneo romano le loro considerazioni sulle direttrici di fondo del diritto processuale penale, al fine di sollecitare una riflessione più consapevole sui temi di maggiore rilievo della materia.

Ci si è chiesti, anzitutto, come rispondere al quesito di base: cosa sia il processo penale.

L'interrogativo sulla natura e sugli scopi del processo penale implica inevitabilmente una indagine sull'effettività delle norme racchiuse nel codice di rito che, come si è detto, quest'anno festeggia i suoi trent'anni di vita. Si tratta del primo codice dell'Italia repubblicana e quindi dell'unico caso, ad oggi, di codice interamente abrogato e riscritto.

Gli esperti, tuttavia, ci avvertono dello stato di patologica debolezza, ormai conclamato, in cui versa questo corpo normativo. Come ha osservato Ciro Santoriello, pubblico ministero presso la Procura della Repubblica di Torino, gli attuali meccanismi di (dis)funzionamento della giustizia penale richiamano alla mente il sistema delle glosse³. Alle regole processuali esistenti sul piano del diritto positivo, infatti, si aggiunge o si contrappone una inarrestabile attività creatrice della giurisprudenza. Il rischio, allora, è quello di conoscere lo *ius praetorium* e non lo *ius conditum*: di risolvere i casi concreti, cioè, mettendo in moto una *competenza senza comprensione*, applicando le direttive prove-

² Il convegno si inserisce nel quadro delle attività del Laboratorio di Giustizia Penale Carlo Pace. Hanno composto il comitato scientifico per l'organizzazione dell'evento i Professori Alfredo Gaito, Giuseppe Chirichiello e E. Nadia La Rocca.

³ Così come, tra i secoli XI e XIII, i glossatori redigevano quei preziosi contributi - destinati a diventare diritto cogente - che accompagnavano gli antichi testi normativi del diritto romano, oggi la giurisprudenza, freneticamente, rielabora l'addentellato normativo in materia di processo penale, mediante un'attività parallela a quella legislativa.

nienti dalle decisioni rese nelle aule di giustizia -spesso contraddette da altrettante pronunce di segno contrario- ma trascurando le legge scritta.

Negli ultimi anni si è registrata una crescente tendenza al discostamento dal diritto scritto, attraverso manipolazioni interpretative, aggiustamenti e soluzioni non sempre necessari (o meglio, necessari ai fini della pronta risposta di giustizia da fornire alla collettività, con inevitabile sacrificio delle garanzie individuali) e non sempre conformi al disegno del legislatore ordinario, ma soprattutto di quello costituente.

Non possono non menzionarsi, al proposito, le c.d. nullità cedevoli, invocate dalla giurisprudenza persino nei casi di nullità senz'altro assolute; gli oneri di cooperazione e diligenza imposti alle parti (sulla scia, peraltro, di quanto affermato dalla Corte di Strasburgo), seppur non cristallizzati in alcuna norma scritta; la tendenza ad eludere i principi dell'oralità e del contraddittorio al fine di estendere, quasi arbitrariamente, la portata del canone di non dispersione della prova (con il rischio, dunque, di una indiscriminata utilizzabilità degli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero, sì da giustificare gli sforzi, soprattutto economici, richiesti alla macchina giustizia per il loro espletamento); la sorprendente dilatazione operata, anche in via pretoria, della categoria dell'inammissibilità delle impugnazioni, con evidenti scopi di deflazione del contenzioso.

I giudici sembrano dover rispondere ai sussulti emotivi della società, che pretende di insorgere contro il crimine attraverso l'individuazione di un vero e proprio capro espiatorio, da sanzionare con pene esemplari (o quantomeno certe e immediate).

Come ha ribadito il Procuratore Santoriello, la celebrazione del processo penale dovrebbe essere funzionale a rispondere al quesito sul "cosa è accaduto", non sul "chi è stato". Si dimentica, infatti, che costituisce esito solo eventuale del processo l'individuazione di un colpevole. Lo scopo è, invece, quello di accertare i fatti, procedimentalizzando l'esercizio dell'azione penale nei confronti dell'accusato, il quale dovrebbe essere, del processo, l'unico protagonista⁴.

⁴ "Il processo non persegue esclusivamente l'obiettivo, tipicamente giurisdizionale, di attuare la legge penale nel caso concreto, ma riveste una ben più alta funzione politica di tutela di tutti i valori e gli interessi in gioco, a partire dai diritti fondamentali dell'imputato. In quest'ottica, il processo penale può essere descritto come la disciplina dei limiti imposti dalla legge (processuale) al potere statale nell'amministrazione della giustizia penale per garantire il rispetto di diritti pari o addirittura superiori al valore rappresentato dall'accertamento delle responsabilità e alla conseguente punizione dei colpevoli. Con ciò non si vuole negare che il processo venga celebrato allo scopo di ricostruire il fatto-reato e di accertare, tanto in positivo quanto in negativo, l'eventuale responsabilità penale dell'imputato; si vuole

È solo a garanzia della sua posizione che l'ordinamento appresta l'intero meccanismo procedimentale che, in ossequio ai principi di legalità⁵ e di eguaglianza, dovrebbe essere unico per tutti.

La moda legislativa, invece, sulla scia dell'emotività collettiva, è quella di creare canali differenziati di tutela delle vittime⁶ e di accertamento dei reati. In origine, la *summa divisio* era tra reati "comuni" e reati particolarmente odiosi per la società, quelli di mafia e di terrorismo, sicché poteva parlarsi di "doppio binario"; oggi, invece, i binari si sono moltiplicati, tanto che, come ha sapientemente ironizzato il Professor Gaito, si tratta piuttosto di dare vita a una stazione centrale, ove il legislatore predispose numerosissimi percorsi differenziati. Si pensi alla recente creazione del "codice rosso", introdotto per affermare la celere risposta dello Stato nei confronti delle vittime di femminicidi e altri crimini c.d. domestici, salutato con favore dall'opinione pubblica⁷, quasi che la creazione di un procedimento differenziato, in spregio al primo dei diritti, quello all'eguaglianza, possa rivelarsi una conquista di civiltà.

Così come vale per l'accusato la presunzione di innocenza, allo stesso modo lo *status* di vittima non potrebbe essere attribuito all'offeso o al danneggiato che all'esito del processo, *rectius* nel momento in cui la condanna diventa irrevocabile. A un presunto innocente, cioè, corrisponderebbe sempre una presunta non-vittima rispetto a quell'accusato.

Invece l'asse attorno al quale ruota il processo si è ormai spostato verso la pretesa punitiva dello Stato, come ha ribadito il Professore Daniele Negri. Al centro del sistema, in altri termini, non c'è più l'imputato, con i suoi diritti, le sue facoltà, pure riconosciuti e sanciti tanto dalla Costituzione, quanto dalle Carte sovranazionali. Questa torsione è dovuta, in misura consistente, agli

solo sottolineare come il processo abbia in sé una connotazione ulteriore rappresentata dalla finalità di assicurare la tutela di interessi e di diritti che potenzialmente entrano in conflitto con l'obiettivo della concreta repressione dei reati", così MAZZA, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3, 2013, 4.

⁵ Il principio di legalità, nel diritto penale, ha valenza sia sostanziale che processuale. Amplissima è la letteratura in materia di legalità sostanziale; di più recente acquisizione, invece, la speculazione scientifica sul principio di legalità processuale, anch'esso riconducibile all'art. 25, co.2, Cost. e declinato, a livello di legge ordinaria, dall'art. 1 c.p.p.

Sulla crisi della legalità in relazione al rischio di erosione del principio dell'*in dubio pro reo*, RONCO, *Legalità penale e legalità processuale*, in questa *Rivista*, 2017, 2, 455 ss.

⁶ Per un'analisi sul versante del diritto penale sostanziale si rimanda a MASARONE, *L'attuale posizione della vittima nel diritto penale positivo: verso un diritto penale "per tipo di vittima"?* in questa *Rivista Web*, 2017, 3.

⁷ Si tratta della legge 19 luglio 2019, n. 69, recante "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere", in vigore dal 9 agosto 2019.

orientamenti della giurisprudenza, che si sta discostando da quella idea di codice cara agli studiosi che furono chiamati a riformare l'intera disciplina del processo penale, quando era ormai chiaro che il nuovo assetto democratico inaugurato con la Costituzione non poteva più tollerare l'impianto tipicamente inquisitorio del codice Rocco⁸.

Il nuovo codice, però, non ha soddisfatto le aspettative dei suoi creatori, o meglio si è allontanato, a causa delle distorsioni invalse nella prassi e dei continui rimaneggiamenti legislativi, dal disegno originario.

Numerosissime sono state, in questi trent'anni, le modifiche apportate dal legislatore (e può più opportunamente parlarsi di modifiche, anziché di riforme, poiché un intervento organico di revisione del tessuto codicistico non vi è mai stato: tutti gli innesti normativi e gli aggiustamenti hanno risposto, di volta in volta, a bisogni contingenti).

Nei primi anni Novanta, a breve distanza di tempo dall'entrata in vigore del nuovo corpo normativo, è emersa l'esigenza di fronteggiare la criminalità organizzata di matrice mafiosa. In quella occasione, ha ricordato il Professor Oliviero Mazza, è stato commesso un grave errore: ritenere che al codice potesse attribuirsi una funzione contrasto alla criminalità. Il processo, al contrario, deve essere concepito come uno strumento neutrale, in grado di garantire i diritti di qualsiasi imputato, sia egli un mafioso, un semplice ladro, un omicida, un evasore fiscale. Si tratta di affermazioni tanto ovvie per i giuristi, quanto scioccanti nel sentire comune, ove il crudele omicida viene ritenuto meritevole non solo di una sanzione più afflittiva, ma anche di un processo più severo.

Le molteplici modifiche apportate al codice non sono state in grado di fornire adeguate risposte ai problemi di politica criminale del nostro Paese.

Come era avvenuto al suo antenato, il Codice Vassalli si è ormai trasformato in quella "veste di Arlecchino"⁹ più volte rammendata, con aggiustamenti di colori diversi, di cui la dottrina annuncia il declino.

2. Il criminale razionale: una astrazione necessaria nell'irrazionalità del sistema. Questo incisivo scambio di opinioni è servito da prolusione al convegno che si è tenuto, nella stessa giornata, sul tema delle possibili riforme della giu-

⁸ "Non era, infatti, possibile lasciare ancora sopravvivere, dopo la restaurazione del regime democratico, un codice caratterizzato da una struttura inquisitoria, tipica dei regimi autoritari", ricorda PISAPIA, *Lineamenti del nuovo processo penale*, Padova, 1989, 2.

⁹ La metafora, risalente a LOZZI, in *Crit. dir.*, 1994, 2, 21 ss., è utilizzata anche da MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in questa *Rivista Web*, 2019, 2.

stizia penale a fronte del modello del c.d. criminale razionale.

Giuristi ed economisti si interrogano incessantemente su come potenziare la lotta alla criminalità e migliorare, in termini di efficienza ed efficacia, il sistema giustizia nel suo complesso. Si tratta di questioni di importanza cruciale nella società contemporanea, ove l'ottimizzazione dei risultati, il risparmio dei costi e le sentite esigenze di giustizia non possono non fare i conti con le teorie di matrice statistico-economica: le proposte di rimodulazione delle regole del processo penale dovrebbero adeguarsi, allora, ai risultati scientifici provenienti da quelle discipline.

Sebbene corpose modifiche, talvolta poco opportune, abbiano “maltrattato”, in questi trent'anni, il codice Vassalli, la necessità di mantenere un sistema organico e compatto, nella sua unità codicistica, è sostenuta dai più autorevoli esperti di diritto penale. In questa direzione si è espresso il Professor Antonio Fiorella¹⁰, che ha messo in guardia gli operatori del diritto dal rischio di un affievolimento dei principi-cardine del nostro ordinamento, ove si indulga alla attuale tendenza alla frammentazione del diritto penale, mediante la creazione di numerosi sottosistemi differenziati.

Il governo dei principi costituzionali dovrebbe impedire di pensare a divaricazioni normative idonee a minare la portata del principio di legalità, che deve essere unico in tutte le ramificazioni del diritto penale, essendo inconcepibile una sua diversa declinazione a seconda del settore interessato.

Il quesito di base è se la sfera del “criminale” possa combinarsi con quella del “razionale” e ciò non solo al fine di un'indagine scientifica che orienti le scelte di politica criminale (cioè la teoria dei “doveri”), ma anche i poteri, cioè la disciplina della prevenzione dei reati, del loro accertamento e della esecuzione delle pene (in altre parole, i profili procedurali).

Solo l'adozione di un criterio generale ispirato alla razionalità permetterebbe un corretto bilanciamento dei valori in gioco, nel rispetto della (doverosa) tendenziale prevalenza del *favor libertatis*.

La necessità di un sistema unitario e coerente, cioè razionale, affonda le sue radici nelle considerazioni del filosofo, giurista ed economista Cesare Beccaria. A distanza di duecento anni, la speculazione filosofica del grande Maestro ha costituito il punto di partenza per l'elaborazione, in chiave economica, del-

¹⁰ “Acclarata l'improponibilità della rinuncia al codice e alla sua centralità, anche nella definizione del sistema delle pene, lo scopo è come concepirlo innovandolo, rendendolo più adatto al nostro tempo, promuovendo la conoscenza della legge penale, il controllo dell'effettività gravità sostanziale dell'illecito, con la previsione del carcere solo quando strettamente necessario”, così FIORELLA, *Rieducatività della pena, orientamento del destinatario del precetto e componenti sostanziali del reato*, in questa *Rivista Speciale Riforme*, suppl. al n. 1, 2018, 105.

la teoria del criminale razionale, messa a punto dal premio Nobel Gary Becker¹¹.

E. Nadia La Rocca ha ricordato che si tratta di un'astrazione necessaria: se si accoglie il postulato per cui gli uomini dirigono i propri comportamenti secondo criteri razionali, calcolando, cioè, i vantaggi e gli svantaggi derivanti dal compimento di azioni criminose, la risposta dell'ordinamento a questi fenomeni deve essere, a sua volta, caratterizzata da razionalità.

De iure condendo, il legislatore non dovrebbe essere guidato soltanto dal faro dell'efficienza, cioè dall'esigenza di tagliare tempi e costi. Senza un'adeguata indagine sulle cause della delinquenza, sulle sue forme e sulle modalità più efficienti per combatterla, le riforme del processo penale non sono in grado di funzionare: impossibile, cioè, eliminare i "sintomi", senza comprendere le cause delle disfunzioni del sistema.

Non sempre gli strumenti predisposti dal legislatore si mostrano davvero efficaci, proprio perché trascurano, a monte, l'analisi razionale dei problemi che condurrebbe all'adozione di un assetto normativo più logico.

Le ultime riforme sembrano mirare soltanto allo sfruttamento dei processi, ossia alle esigenze di deflazione del contenzioso, perdendo di vista l'indefettibilità delle garanzie individuali.

Non pare condivisibile, poi, l'affermazione per cui il processo dovrebbe avere una durata predeterminata (tre o quattro anni, secondo le ultime dichiarazioni politiche diffuse dai media), che prescindano dalle necessità del caso concreto, e soprattutto dalla considerazione che se si oltrepassano i limiti di una "ragionevole durata" a causa di carenze ordinamentali, errori giudiziari o inefficienze comunque non imputabili alle parti private, non si vede perché debbano essere queste ultime a subirne le conseguenze, adattandosi alle scorciatoie imposte *ex lege* per rientrare, comunque, negli standard temporali prefissati¹².

Il *trend* legislativo è nel senso del potenziamento degli istituti della c.d. giustizia riparativa, al dichiarato scopo di evitare la celebrazione del processo (quantomeno in tutte le sue indefettibili fasi), laddove le potenzialità econo-

¹¹ Si veda, in particolare, BECKER, *Crime and Punishment: an Economic Approach*, in *Journal of Political Economy*, 76, 2, 1968, 169 ss.

¹² È una costante dei tentativi di riforma del processo penale la volontà legislativa di "superare la fisiologia del processo penale, ossia la durata *a priori* indeterminata e indeterminabile, per introdurre una sorta di patologia del processo, la durata predeterminata. Occorre, infatti, avere ben chiaro che la durata predeterminata e "oggettiva" del processo non è di per sé ragionevole. Come insegna la giurisprudenza europea, il concetto di durata ragionevole è di relazione: ragionevole è il processo che dura il tempo necessario al compiuto accertamento dei fatti e delle eventuali responsabilità, calibrato sulla complessità del caso, senza ritardi dovuti all'inazione delle autorità procedenti o addebitabili alle parti private", chiarisce MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, 197 ss.

niche dell'accusato siano tali da neutralizzare la richiesta di giustizia della "vittima" (sul punto, v. *infra*).

Ancora, a seguito di fatti che destano particolare allarme sociale, sono due le reazioni quasi automatiche dell'ordinamento: creazione di nuove fattispecie incriminatrici e inasprimento delle pene. Spesso, però, le disposizioni di nuovo conio sono imprecise, frutto di innesti normativi frettolosi, adottati per appagare le istanze di vendetta della collettività: formule generiche e ambigue in grado di generare incertezze e conseguenti distorsioni operative, dovute al più ampio margine di discrezionalità lasciato ai giudici. Quando non sono create nuove fattispecie o modificati gli elementi costitutivi di quelle esistenti, costituisce fenomeno frequente la rimodulazione *in peius* del trattamento sanzionatorio dei reati oggetto, di volta in volta, dell'attenzione pubblica.

Dinanzi a questo scoraggiante scenario, l'incontro degli illustri studiosi di diritto e di economia, riuniti nell'ateneo romano, si inserisce nel quadro delle prospettive di riforma della giustizia penale, apportando un contributo significativo al dibattito sulla annunciata riscrittura delle regole del processo.

Non sono mancati, in occasione di questo importante evento, i saluti e gli auspici del Professor Oliviero Diliberto, neopreside di facoltà.

Il Professor Diliberto, tra i fondatori del *Centre de Philosophie Pénale* presso la *Faculté de droit Panthéon Assas* di Parigi, ha offerto importanti contributi alla riflessione dottrinale sul tema della funzione della pena¹³, sostenendo l'inutilità del rude aumento delle sanzioni -fenomeno costante nell'ordinamento- sganciato da opportune valutazioni di politica criminale. L'afflittività, una delle molteplici sfaccettature che compongono il prisma del concetto di *pena*¹⁴, risponde, in definitiva, a un bisogno di vendetta della società rispetto al male commesso¹⁵ ma non è idonea ad assolvere quel compito deterrente che il legislatore vorrebbe attribuirle. Basti pensare al fatto che nei sistemi in cui sopravvive la pena di morte -la più grave delle minacce che una norma incriminatrice possa esprimere- si continua a delinquere.

Sull'inutilità del mero aumento delle pene già metteva in guardia Cesare Bec-

¹³ Nel quadro dell'ampia produzione scientifica del Professor DILIBERTO può essere menzionato il prezioso scritto su *La pena tra filosofia e diritto nelle Noctes Atticae di Aulio Gellio, ne Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano*, a cura di Diliberto, Napoli, 1993, 121 ss.

¹⁴ Tre sono, com'è noto, le principali funzioni della pena: la rieducazione, la retribuzione e la general-prevenzione.

¹⁵ Si tratta della funzione principale della pena secondo i sostenitori della teoria c.d. retributiva. Il semplice inasprimento del trattamento sanzionatorio, metodo adottato, a più riprese, dal legislatore, al dichiarato scopo di appagare le istanze di giustizia provenienti dalla collettività (rispetto ai reati, di volta in volta, percepiti dal corpo sociale come meritevoli di più gravi sanzioni) non è in grado, per ciò solo, di fornire un'adeguata risposta ai bisogni della società.

caria, quando scriveva che “uno dei più grandi freni dei delitti non è la crudeltà delle pene, ma l’infallibilità di esse”¹⁶.

La pena, inoltre, deve essere proporzionata al fatto commesso: “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 deve essere calcolata l’infalibilità della pena, e la perdita del bene, che il delitto produrrebbe. Tutto il di più è perciò superfluo, e dunque tirannico”¹⁷.

Che non basti inasprire le pene per ottenere un effetto di deterrenza, del resto, è dimostrato anche dalle teorie economiche.

3. Inasprimento sanzionatorio e funzione deterrente secondo l’approccio microeconomico. Oggetto della relazione del Professor Giuseppe Chirichiello, la teoria microeconomica del criminale razionale è in grado di fornire un prezioso ausilio al dibattito sulle riforme che interessano il settore della giustizia penale¹⁸.

Al centro della discussione si pone, anche dal punto di vista degli economisti, il problema della deterrenza o prevenzione, generale (rispetto all’intero corpo sociale) e speciale (rispetto al singolo trasgressore). Sono evidenti i legami con l’economia: la deterrenza è quanto di più efficace e di più economico i nostri governanti possano realizzare. Scoraggiare i consociati dalla commissione di delitti, infatti, comporta un innegabile risparmio di spesa pubblica, poiché il problema dei costi viene risolto “a monte”, evitando di mettere in moto tutta la macchina della giustizia.

La teoria del criminale razionale è fondata su quattro metodi microeconomici di base: le scelte in termini di utilità attesa (concetto ideato dal francese Bernoulli e valorizzato dal premio Nobel Becker); l’indagine sui tempi di lavoro e sul tempo libero; l’applicazione dell’analisi dei costi e benefici al numero di reati da commettere; un’applicazione della c.d. teoria dei giochi, mediante la definizione di una matrice in grado di studiare il “gioco dell’inquirente”.

Anzitutto, occorre ribadire che tutti gli operatori, siano essi criminali o meno, agiscono in condizioni di incertezza: basti pensare che la prima delle situazioni in grado di interferire con i comportamenti umani è la natura (o il caso). È

¹⁶ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764, 54.

¹⁷ BECCARIA, *ibid.*, 55.

¹⁸ Si rimanda, per una approfondita disamina dei problemi legati alla teoria microeconomica del criminale razionale, a due scritti del Professor CHIRICHELLO: *Il “criminale razionale”, ovvero la teoria microeconomica del crimine. Un saggio introduttivo*, in questa *Rivista*, 2, 2018, 241 ss. e *Ottimalità della pena, principio di proporzionalità ed il sistema delle guidelines nell’approccio della teoria economica del crimine*, in questa *Rivista*, 2019, 91 ss.

comunque possibile affermare che l'operatore ha convenienza a realizzare il crimine quando il reddito che otterrebbe dalla commissione dello stesso supera il reddito che lo lascerebbe indifferente tra delinquere ed essere scoperto e delinquere restando impunito. Il trasgressore razionale, in altri termini, è indotto al crimine quando la remunerazione del crimine stesso supera la posta da pagare per la partecipazione alla "scommessa" di essere arrestati: quando il beneficio atteso è superiore al costo atteso.

L'impostazione di Becker può essere estesa anche in altri ambiti: al criminale razionale è assimilabile non solo il consumatore, ma anche il lavoratore della teoria neoclassica. È in quest'ottica che si inserisce l'indagine sulle scelte razionali dei lavoratori, chiamati a prendere una decisione sull'impiego del proprio tempo libero. Chiaramente il tempo da dedicare al delitto deve essere sottratto al tempo non occupato dal lavoro, sicché, anche in questo caso, sarà indotto al crimine colui che ritenga di poter trarre dal compimento delle attività illecite, partecipando alla "scommessa", una utilità maggiore di quella che otterrebbe restando inerte.

Quanto, infine, al gioco dell'inquirente, se è vero che, tendenzialmente, può affermarsi che se l'inquirente indaga il trasgressore è indotto a non delinquere, occorre precisare che tanto l'inquirente, quanto il trasgressore operano in condizioni di incertezza. Si tratta, cioè, di un gioco a strategie miste, ove la risposta ottimale degli operatori non può che essere espressa in termini di probabilità.

La probabilità ottimale dipende, cioè, da grandezze che si sottraggono alla sfera di controllo dell'individuo, e in ciò risiede la spiegazione dell'affermazione per cui il comportamento di un trasgressore non è assolutamente influenzato dall'entità delle sanzioni.

L'inasprimento delle pene, cioè, se non accompagnato da opportuni incentivi sul piano dell'organizzazione statale (in particolare sul piano dei controlli, per potenziare la deterrenza) è del tutto irrilevante per l'economista.

Il legislatore penale sembra disconoscere non solo le menzionate teorie microeconomiche, ma anche la realtà fenomenica in cui il diritto è chiamato ad operare. Introdotte da interventi legislativi miranti esclusivamente al ristoro delle vittime e all'individuazione di un colpevole, le norme incriminatrici e quelle processuali manifestano tutta la loro inadeguatezza. Il Procuratore Santoriello, nell'ambito della sua relazione intitolata "*Dalla razionalità criminosa all'impresa organizzata ed efficiente*", ha messo in luce queste criticità e in prospettiva di riforma ha auspicato persino l'eliminazione di quei numerosissimi delitti colposi, puniti con pene spesso incongrue, tanto facilmente realiz-

zabili, che scoraggiano le attività di impresa (visto il relativo aumento dei costi legati alla formazione dei lavoratori, alla stipula di apposite polizze contro i danni e, più in generale, alla accresciuta responsabilità dei soggetti che operano nella filiera di produzione). La stessa logica sottesa al D.lgs. 231/2001 meriterebbe un ripensamento: partendo dall'assunto¹⁹ per cui il reato può essere un fattore di incremento della produzione solo ove controllato, appare irrazionale la disciplina prevista dal T.U. sulla responsabilità degli enti, tutta improntata all'imposizione dei modelli di organizzazione e di gestione minacciata dalla sanzione penale.

Le cause delle inefficienze processuali, in conclusione, risiedono spesso nelle scelte di fondo del diritto penale sostanziale.

4. L'utilizzo simbolico del diritto penale e la messa in pericolo dei principi costituzionali. Il "simbolismo penale"²⁰ si manifesta acutamente non solo sul piano dell'inasprimento delle pene, ma anche nel settore delle misure di prevenzione, ove le esigenze di "immediatismo" ed "efficientismo" mettono a dura prova i principi costituzionali.

La Professoressa Clelia Iasevoli, chiamata ad esprimere le sue considerazioni sul tema²¹, non ha nascosto il timore di una deriva giudiziaria.

Il sistema delle misure di prevenzione personali ruota attorno al requisito della pericolosità sociale: il rischio derivante dall'adozione di un concetto così vago è il ripristino di un diritto penale fondato non sul fatto, ma sul "tipo di autore"²². Il D.lgs. 159/2011 contempla vere e proprie situazioni sintomatiche di sospetto: innegabile la conseguente erosione del principio di colpevolezza,

¹⁹ Si tratta di un'affermazione provocatoria ma strettamente legata al dato fenomenico. Si pensi, in particolare, alle violazioni tributarie: ove l'imprenditore governi l'andamento elusivo del fisco operato all'interno dell'impresa, infatti, è innegabile che ne ottenga un vantaggio in termini di riduzione dei costi. Il problema si pone, come di frequente avviene, quando i preposti delinquono all'insaputa dei soggetti apicali: in questi casi è più difficile affermare che i delitti siano realizzati nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Non dimostrato il requisito oggettivo necessario ai fini dell'affermazione della responsabilità, tutto il sistema di cui al D.lgs. 231/2001 si rivela inefficiente.

²⁰ Per un'analisi delle recenti strumentalizzazioni del diritto penale, MANNA, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di ricorrenti tentazioni circa l'utilizzazione di un diritto penale simbolico*, ne *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del populista*, in www.penalecontemporaneo.it; BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. Pen.*, 2003, 491 ss.

²¹ La Professoressa Clelia Iasevoli, docente di diritto processuale penale all'università di Napoli Federico II, ha illustrato una relazione su "*Le misure di prevenzione tra efficientismo e immediatismo*".

²² Contraddice la funzione stessa delle misure di prevenzione la definizione offerta dall'art. 203 c.p. che, ai fini della perimetrazione del concetto di pericolosità, rinvia ai criteri di cui all'art. 199 c.p., dettati invece in materia di commisurazione della pena.

trattandosi, al di là dei *nomina iuris*, di misure particolarmente afflittive²³. La Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, tra l'altro, dell'art. 1 del Codice Antimafia, relativamente alla sola lettera a), per l'indeterminatezza dell'espressione "traffico delittuoso". Ha rigettato, invece, analoga questione con riferimento alla lettera b) dello stesso articolo, cioè per l'inclusione, tra i destinatari delle misure, di coloro che "per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, vivano abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose". Secondo la Corte costituzionale, infatti, a scongiurare il rischio di incostituzionalità sarebbe sufficiente lo sforzo tassativizzante operato dalla giurisprudenza di legittimità; resta in vita, così, la pericolosità c.d. generica o comune, intesa, con espressione tutt'altro che determinata, come "abituale dedizione al crimine, eletta a fonte di sostentamento".

Quanto alle misure di prevenzione patrimoniali²⁴, numerosi sono i profili di criticità che accendono il dibattito dottrinale e giurisprudenziale da diversi anni, con particolare riferimento al camaleontico istituto della confisca.

A differenza delle misure personali, ai fini dell'ablazione del bene non è necessario che la pericolosità del soggetto inciso sia attuale, cioè che sussista al momento della richiesta della misura; non è neanche indefettibile, peraltro, la sussistenza di un legame specifico con un determinato delitto²⁵.

Inevitabilmente critica, sul punto, la dottrina. Non è idonea, infatti, a giustificare queste gravi compressioni delle garanzie l'affermazione per cui la confi-

²³ Tuttavia secondo Corte cost., 24 gennaio 2019, n.24, in questa *Rivista Web*, al punto 9.7.1 della motivazione "la circostanza che, ai fini dell'applicazione di una misura di prevenzione personale, sono comunque necessari elementi che facciano ritenere pregresse attività criminose da parte del soggetto, non comporta che le misure in questione abbiano nella sostanza carattere sanzionatorio-punitivo, sì da chiamare in causa necessariamente le garanzie che la CEDU, e la stessa Costituzione, sanciscono per la materia penale. Imperniate come sono su un giudizio di persistente pericolosità del soggetto, le misure di prevenzione personale hanno una chiara finalità preventiva anziché punitiva, mirando a limitare la libertà di movimento del loro destinatario per impedirgli di commettere ulteriori reati, o quanto meno per rendergli più difficoltosa la loro realizzazione, consentendo al tempo stesso all'autorità di pubblica sicurezza di esercitare un più efficace controllo sulle possibili iniziative criminose del soggetto. L'indubbia dimensione afflittiva delle misure stesse non è, in quest'ottica, che una conseguenza collaterale di misure il cui scopo essenziale è il controllo, per il futuro, della pericolosità sociale del soggetto interessato: non già la punizione per ciò che questi ha compiuto nel passato".

²⁴ Per l'applicazione delle quali si prescinde dal giudizio di personalità del destinatario, in virtù dell'espressa previsione di cui all'art. 18 D.lgs. 159/2011.

²⁵ Cass., Sez. Un., 26 giugno 2014, Spinelli, in *Mass. Uff.*, n. 262602; in dottrina, MAUGERI, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 2, 922 ss.; VALERIO, *Confisca di prevenzione, dinamiche concorrenziali e garantismo economico-sociale*, in *Giur. it.*, 2015, 12, 2721 ss.

sca resterebbe comunque uno strumento cui ricorrere in via di *extrema ratio*. Né è sufficiente assimilare, con argomentazione globalizzante che cela i veri profili di criticità delle misure antimafia, la confisca di prevenzione alla misura di sicurezza della confisca c.d. allargata (di cui all' art. 12^{sexies} d.l. 306/1992 e all'art. 240^{bis} c.p., di recentissima introduzione). Quest'ultima, infatti, è presidiata dalla garanzia di una previa condanna, ciò che invece non è richiesto ai fini dell'applicazione della misura di prevenzione. La Corte di cassazione, tuttavia, ha ribadito che le misure di prevenzione sono soggette alle stesse regole delle misure di sicurezza, e non al più incisivo presidio di legalità che deve essere rispettato per le vere e proprie "pene".

Contro ogni logica di prevenzione, inoltre, è previsto che il procedimento per la misura ablativa patrimoniale possa essere avviato anche a prescindere dall'esistenza in vita del soggetto interessato: nella platea dei destinatari della misura della confisca, infatti, sono compresi anche i successori del prevenuto. Ne risulta profondamente compromesso il principio di personalità della responsabilità penale *ex art. 27, co.1, Cost.*

Ma vi è di più. Il profilo forse più sorprendente riguarda la piattaforma probatoria che giustifica l'ablazione. La confisca di prevenzione, infatti, può essere disposta sulla semplice base del sospetto della provenienza illecita dei beni. Spetta al soggetto inciso dimostrare il contrario: è evidente, allora, che il legislatore antimafia ha stabilito una vera e propria inversione dell'onere della prova, in violazione della presunzione di non colpevolezza scolpita dalla Costituzione.

Emerge, inoltre, dall'ordito normativo una marcata autonomia del procedimento di prevenzione, tutto basato su indizi e meccanismi presuntivi, rispetto al procedimento penale²⁶.

Come osserva la Professoressa Iasevoli, il processo penale è del tutto strumentalizzato, la sua funzione è invertita: il legislatore, insomma, avendo di mira soltanto l'efficientismo, sembra aver fatto economia dei principi costituzionali.

5. Celerità e giusto processo. Sono molteplici i settori del processo penale in cui si registra il denunciato depotenziamento dei principi costituzionali.

I recenti interventi normativi, improntati ad esigenze di celerità e deflazione²⁷,

²⁶ Si pensi, in particolare, all'espressa previsione dell'autonomia dell'esercizio dell'azione in materia di prevenzione, rispetto all'azione penale, di cui all'art. 29 Codice Antimafia.

²⁷ Di frequente, a guidare il legislatore, nella corsa all'efficientismo, è la stessa giurisprudenza. Il Professor Negri ha denunciato, ad esempio, la corrispondenza tra le affermazioni dell'Associazione Nazionale

erodono, paradossalmente, la portata della ragionevole durata del processo. In particolare, ha chiarito il Professore Daniele Negri, esisterebbero due forme di deflazione: una ambientata, fisiologicamente, all'interno del sistema del giusto processo e un'altra di tipo aggressivo.

Se l'ordinamento favorisce la collaborazione dell'imputato ad una rapida affermazione della giustizia attraverso la scelta del rito alternativo²⁸, la ragionevole durata - insieme a tutte le altre garanzie del giusto processo - dovrebbe essere assicurata, però, anche nel rito ordinario: non avrebbe senso, altrimenti, il sinallagma con lo Stato. In altre parole, a fronte dei benefici sanzionatori, l'imputato rinuncia alle garanzie del dibattimento e in tale accettazione del rischio risiede il carattere della premialità. Ove le garanzie del rito ordinario non fossero assicurate *a priori*, a causa delle disfunzioni dell'intero sistema, il meccanismo in parola sarebbe tutto irrazionale, violando lo stesso spirito dell'art. 111 Cost.

Non è accettabile, cioè, che l'imputato sia *indotto* ad accedere a riti alternativi pur di sottrarsi all'irragionevole durata di un defatigante processo penale ordinario. Sicché l'espressione "giustizia penale mite", ha osservato criticamente il Professor Negri, maschera, in realtà, i tentativi di ammantare l'imputato attraverso la logica contrattualistica di un consenso che non può dirsi, in realtà, prestato liberamente.

Il Professor Antonino Pulvirenti, chiamato ad illustrare una relazione sui procedimenti speciali, ha denunciato il rischio che il consenso dell'imputato non si configuri sempre come libero ma sia, nella maggior parte dei casi, indotto. La spinta all'adesione ai riti alternativi non è altro che il rovescio della medaglia del disincentivo a proseguire per le vie ordinarie, dovuto alle continue compromissioni delle garanzie della difesa.

Anche all'interno del sistema dei procedimenti speciali, tuttavia, si sono regi-

Magistrati, raccolte nel documento intitolato *Contrasto dei reati contro la PA in abbinamento con la proposta di legge C. 765 Colletti, recante modifiche al codice penale in materia di prescrizione dei reati*, pubblicato il 12 novembre 2018 (<http://www.associazionemagistrati.it/doc/3105/contrasto-dei-reati-contro-la-pa-in-abbinamento-con-la-proposta-di-legge-c-765-colletti-recante-modifiche-al-codice-penale-in-ma.htm>) e la successiva legge n. 3 del 2019, c.d. "Spazzacorrotti", che ne ha recepito i contenuti, secondo un meccanismo di osmosi tra poteri piuttosto preoccupante (sarebbe opportuno ripensare, altresì, al sistema del collocamento fuori ruolo dei magistrati, affidati agli uffici di studio delle Istituzioni politiche).

²⁸ "Attraverso i riti speciali, infatti, il processo penale non assolve più soltanto ad una funzione *strumentale* all'accertamento del fatto, ma anche a finalità di *economia del diritto*": così PULVIRENTI, *Dal "giusto processo" alla "giusta pena"*, Milano, 2008, 68. L'Autore ricorda che, secondo parte della dottrina, il processo, in questi casi, perderebbe la sua naturale funzione di strumento di accertamento del fatto, per diventare nient'altro che un mezzo di adeguamento della sanzione alle inefficienze del sistema.

strate delle criticità.

Quanto al patteggiamento, in particolare, la riduzione dei motivi di impugnazione *ex art. 448, co.2 bis, c.p.p.*²⁹ e il potenziato ruolo del risarcimento del danno³⁰ contribuiscono ad alterare l'originaria logica dell'istituto.

Nel rito abbreviato i benefici dovrebbero riguardare non soltanto la mitigazione sanzionatoria ma, prima ancora, la possibilità, offerta all'imputato, di circoscrivere la piattaforma probatoria. I poteri probatori conferiti al giudice, anche per il caso abbreviato non condizionato, senza possibilità di revoca del consenso dell'imputato (a meno che il pubblico ministero non modifichi l'imputazione) mettono a dura prova gli equilibri del rito, rendendolo più incerto e quindi meno appetibile.

Le questioni accennate involgono il più ampio problema della affermazione incontrastata della necessaria speditezza del rito. Una recente pronuncia della Corte costituzionale, in materia di immutabilità del giudice, ha avallato l'idea della "giusta" compressione delle garanzie della difesa ove sia l'imputato, con le sue richieste, ad allungare i tempi del procedimento³¹. Le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno concluso, pur seguendo un *iter* argomentativo diverso e che solo *prima facie* ridimensiona quanto affermato dalla Consulta,

²⁹ Com'è noto, la riforma Orlando (l. 103/2017) ha introdotto il comma 2 *bis* all'art. 448 c.p.p., stabilendo che il pubblico ministero e l'imputato possono proporre ricorso per cassazione contro la sentenza solo per motivi attinenti all'espressione della volontà dell'imputato, al difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza, all'erronea qualificazione giuridica del fatto e all'illegalità della pena o della misura di sicurezza. Questa ridotta possibilità di impugnazione è stata interpretata in maniera restrittiva dalla giurisprudenza, nel senso, cioè, che si tratterebbe di casi strettamente tassativi, sicché deve considerarsi inammissibile il ricorso per vizio di motivazione. La fisionomia del patteggiamento ne risulta profondamente mutata, avvicinandosi sempre di più ad una forma di ammissione della responsabilità, ciò che, del resto, potrebbe giustificare la ridotta possibilità di impugnazione. La Suprema Corte (Cass. civ., Sez. I, 19 giugno 2019, Miraglia), peraltro, ha recentemente affermato, richiamando un precedente del 2006, il principio secondo cui "la sentenza di applicazione della pena *ex art. 444 c.p.p.* costituisce un importante elemento di prova per il giudice di merito il quale, ove intenda disconoscere tale efficacia probatoria, ha il dovere di spiegare le ragioni per cui l'imputato avrebbe ammesso una sua insussistente responsabilità, ed il giudice penale abbia prestato fede a tale ammissione. Pertanto, la sentenza di applicazione della pena patteggiata, pur non potendosi configurare come sentenza di condanna, presupponendo pur sempre un'ammissione di colpevolezza, esonera la controparte dall'onere della prova".

³⁰ La pretesa risarcitoria opera su due livelli: talvolta è condizione di fatto per l'accesso al rito (nel senso che il pubblico ministero subordina la prestazione del consenso all'avvenuto ristoro economico della vittima); talaltra è vera e propria condizione di ammissibilità *ex lege* (come avviene in materia di reati tributari e contro la P.A.).

³¹ Corte cost., n. 132 del 2019, in questa *Rivista Web*, 2019, 2, ha assecondato la prassi che disconosce la portata del canone dell'immediatezza, scolpito all'art. 525 c.p.p., affermando che è possibile introdurre "ragionevoli eccezioni" al principio dell'identità tra giudice avanti al quale è assunta la prova e giudice che decide, in funzione dell'esigenza, costituzionalmente rilevante, di salvaguardare l'efficienza dell'amministrazione della giustizia penale, purché siano previsti meccanismi "compensativi", funzionali all'altrettanto essenziale obiettivo della correttezza della decisione.

che a prevalere debba essere comunque l'esigenza di celerità: così la possibilità di denunciare la violazione del principio di immutabilità del giudice, sancita dall'art. 525 c.p.p. - benché presidiata dalla sanzione della nullità assoluta - resterebbe preclusa alla parte non diligente, che non abbia sollevato tempestivamente la relativa eccezione³².

In tal modo la giurisprudenza ha dato vita ad una gerarchia dei valori del giusto processo, gerarchia non prevista, però, dal dettato costituzionale.

Nella discussione sulle esigenze di celerità del processo non possono non menzionarsi, altresì, i problemi connessi all'udienza preliminare.

Sul tema, il Professor Fabio Cassibba ha illustrato, in occasione del convegno, gli snodi più problematici della disciplina dell'istituto³³. Occorre, anzitutto, sgombrare il campo da alcuni equivoci. Se la funzione tradizionalmente attribuita all'udienza preliminare è quella di fungere da filtro delle imputazioni azzardate, ciò non consente di affermare che l'istituto persegua esclusivamente l'efficienza giudiziaria.

Quanto all'effettiva capacità dell'udienza preliminare di svolgere tale ruolo, l'attribuzione di poteri probatori in capo al giudice ne ha compromesso l'operatività, accentuandone la natura ibrida³⁴. La fisionomia dell'istituto è profondamente mutata anche sotto un altro aspetto: da luogo in cui dovrebbero essere celebrati i riti abbreviati essa è divenuta il luogo in cui, vista la possibilità di integrazione, anche officiosa, del materiale probatorio, la scelta di optare per un rito alternativo viene operata.³⁵

Su un altro versante, la prassi ha piegato l'udienza preliminare ad esigenze di speditezza, servendosi del noto slogan per cui si tratterebbe di una fase meramente processuale, ove non si svolgono considerazioni di merito, cioè non si decide della colpevolezza o meno dell'imputato (eppure si pretende che il

³² Cass., Sez. Un., 10 ottobre 2019, Bajrami Klevis, n.41736.

³³ Per una recentissima riflessione attorno ai temi trattati in occasione del convegno, si rinvia a CASSIBBA, *Udienza preliminare e controlli sull'enunciato d'accusa a trent'anni dal codice di procedura penale*, in questa *Rivista Web*, 2019, 3.

³⁴ Siamo di fronte a un paradosso: da un lato si intende filtrare, dall'altro si pretende la completezza investigativa.

³⁵ CASSIBBA, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, in *Trattato di procedura penale*, XXX.1, diretto da Ubertis, Voena, Milano, 2007, 86: "Nell'ambito della riforma del 1999 l'intento di irrobustire la funzione di filtro rispetto all'incauto esercizio dell'azione, tradizionalmente demandata all'istituto, si è accompagnato a quello di introdurre dei meccanismi, operanti sul terreno probatorio, tesi a indurre l'imputato ad "accettare i riti alternativi". In una parola, l'udienza preliminare non si atteggia più solamente come il luogo privilegiato per lo svolgimento dei riti alternativi. Il legislatore del 1999 si è spinto oltre: la fisionomia dell'istituto è tesa ad incentivare una simile scelta dell'imputato, mercè l'integrazione, anche officiosa, del materiale probatorio".

quadro probatorio sia completo anche in questa fase).

Le accennate contraddizioni hanno messo in crisi il ruolo dell'udienza preliminare nel nostro ordinamento, tanto che, da più voci, se ne auspica l'abolizione, non trattandosi di una fase costituzionalmente imposta.

Pare che il legislatore, coadiuvato dalla giurisprudenza, non perda occasione per piegare il processo alle esigenze di speditezza e celerità.

Sintomatica di questa tendenza è anche la sorprendente dilatazione della patologia dell'inammissibilità delle impugnazioni. La declaratoria di invalidità della domanda di parte rappresenta, infatti, "un congegno al quale la prassi, ciclicamente, ricorre allo scopo di combattere e prevenire l'inefficienza della giustizia penale, la sua lentezza, che si vuole ancorata, tra le altre, ad azioni abusive e prettamente dilatorie degli imputati impugnanti"³⁶. In giurisprudenza si è sviluppata una vera e propria "cultura dell'inammissibilità", che si contrappone, secondo attenta dottrina, alla "cultura della legalità", giustificata dalla necessità di presidiare le Corti, in particolare la Suprema Corte di Cassazione, dai continui assedi dei ricorrenti³⁷.

Com'è noto, la riforma Orlando è intervenuta, tra l'altro, sulla formulazione degli artt. 546, co.1, lett. e e 581 c.p.p.: insistendo sul legame tra sentenza impugnata e atto di impugnazione, si richiede che i motivi di quest'ultimo siano specifici, a pena di inammissibilità.

Alla giurisprudenza è stato consentito proprio dall'adozione di formule legislative vaghe (quali la "manifesta infondatezza" o la "specificità dei motivi") l'ulteriore ampliamento, in via discrezionale, delle ipotesi di inammissibilità. Si richiede un grado di specificità in più, rispetto a quello già imposto dalla norma codicistica, quando si pretende che l'atto di impugnazione sia specifico, in relazione alla sentenza impugnata, anche dal punto di vista estrinseco³⁸.

Il Professor Filippo Dinacci ha espresso la sua preoccupazione sul punto, denunciando il rischio di una eccessiva compromissione del diritto di difesa e il progressivo affievolimento del *favor impugnationis*. È auspicabile, per cercare di porre un argine alle esondazioni giudiziarie, il recupero, quantomeno, di

³⁶ LA ROCCA, *Inammissibilità cedevole e favor impugnationis offuscato*, in questa *Rivista Web*, 3, 2018, 2.

³⁷ Le categorie dogmatiche, in questo modo, sono oggetto di una profonda trasformazione in via di prassi: l'obiettivo è quello di strumentalizzarle a fini di politica giudiziaria. In questi termini si esprime MAZZA, *La nuova cultura dell'inammissibilità fra paradossi e funzioni legislative*, in *Cass. Pen.*, 2017, 10, 3473.

³⁸ Si consolida, così, l'impostazione offerta da Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2017, Galatelli, con nota di BELLUTA, *Inammissibilità dell'appello per genericità dei motivi: le Sezioni Unite tra l'ovvio e il rivoluzionario*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017, 2.

quella distinzione, operata da attenta dottrina, tra inammissibilità sopravvenuta e originaria³⁹.

6. La monetizzazione della giustizia penale. A partire dalla obiettiva registrazione della tendenza a realizzare, anche nel settore penale, forme di giustizia privatizzata e “monetizzata”, il Professor Oliviero Mazza ha illustrato al suo uditorio gli snodi più problematici degli istituti tradizionalmente ascritti alla categoria della c.d. giustizia riparativa, molti dei quali di recentissimo conio.

Il Professore ha premesso che il cognitivismo classico è messo in crisi dalla comparsa, sulla scena processuale, di un nuovo soggetto: la vittima del reato. Questo nuovo soggetto si fa portatore di una pretesa punitiva privata e talvolta persino di una pretesa di prevenzione della pericolosità sociale dell’indagato o imputato.

In linea con le pulsioni giustizialiste della società, il legislatore e la giurisprudenza non fanno che accrescere la portata degli strumenti rimediali privatistici, tanto che non appare azzardato affermare che il baricentro del processo penale si sia ormai spostato dalla tradizionale funzione di accertamento del fatto di reato, all’obiettivo di soddisfare le richieste della vittima, mediante il ristoro del pregiudizio da questa subito.

È su questo terreno che cresce la “tendenza anticognitiva del processo, mediante la creazione di modelli processuali differenziati/negoziali, edificati proprio sull’accettazione di una consistente erosione della sfera di cognizione”⁴⁰.

Sullo sfondo di questa evoluzione si staglia il cambiamento del concetto stesso di “reato”: non più definito soltanto in relazione una condotta antidoverosa di particolare gravità che giustifica la reazione ordinamentale, ma considerato, anzitutto, come evento generatore di un danno.

Il danno quale componente essenziale dell’illecito: quasi che, risarcito il pregiudizio, possa considerarsi eliminato anche il reato che lo ha prodotto.

Il Professor Mazza ha affermato a chiare lettere che il processo penale sembra diventato, in alcuni casi, una forma di esecuzione civile rafforzata, coattiva. Esso, infatti, è stato snaturato, piegato a funzioni diverse da quelle che dovrebbero essergli proprie, servendo, piuttosto, ad appagare la vittima, che consuma una forma di vendetta vendetta privata. Il risarcimento del danno, così, ingloba in sé la pretesa punitiva dello Stato.

Dal punto di vista della difesa, il fenomeno in parola offre al colpevole un *modus discensus*: ad evitare la sequenza costituzionalmente imposta del

³⁹ LA ROCCA, *Inammissibilità cedevole e favor impugnationis offuscato*, cit.

⁴⁰ MAZZA, *La presunzione d’innocenza messa alla prova*, www.penalecontemporaneo.it, 2019, 5.

processo (dall'accertamento della responsabilità all'applicazione della pena) è sufficiente una congrua *deminutio patrimonii*.

Si pensi alla sospensione del processo con messa alla prova, introdotta dalla legge 67 del 2014. Il giudice non è neppure tenuto a redigere il programma⁴¹, limitandosi a recepirlo nell'ordinanza di ammissione, nelle cui pieghe “sfuma” la condanna. L'ordine logico e cronologico dei fondamentali snodi del processo -l'accertamento del fatto, l'affermazione di responsabilità e l'applicazione della sanzione- ne esce completamente ribaltato. L'accesso al beneficio è subordinato al risarcimento del danno: obbligazione, peraltro, non parametrata esattamente né all'effettiva entità del pregiudizio, né alle capacità economiche dell'imputato⁴².

Epifenomeno della monetizzazione della responsabilità penale, l'estinzione del reato per condotte riparatorie, di cui all'art. 162 *ter* c.p., introdotto dalla riforma Orlando, realizza una vera e propria commistione del processo civile con quello penale. Risarcito il danno, anche contro la volontà dell'imputato⁴³, il reato è estinto. Anche in questo caso l'ordine logico dei segmenti procedurali appare irrazionale, poiché il risarcimento del danno dovrebbe poter essere determinato solo in un momento successivo all'accertamento della responsabilità.

Possono menzionarsi, ancora, la non punibilità del fatto, ottenuta, nei reati tributari, mediante il pagamento del debito (art. 13 D.lgs. 74/2000), nonché la “sospensione condizionale condizionata” al risarcimento del danno, ex art. 322 *quater* c.p., negli illeciti contro la pubblica amministrazione.

La progressiva espansione del fenomeno della monetizzazione della responsabilità genera un grave *vulnus* sul piano delle garanzie della difesa: non è accettabile che si possa mercanteggiare la giustizia, prescindendo, per giunta, dalla previsione di un equo criterio di progressività finanziaria.

Con queste considerazioni non si vuole negare l'esigenza di fondo che i recenti interventi legislativi e gli aggiustamenti operati in via giurisprudenziale cercano di soddisfare: la necessità di rendere più efficiente il processo penale,

⁴¹ All'ufficio di esecuzione penale esterna spetta il compito di predisporre, elaborare e attuare il programma di trattamento, informare il giudice sul corso della prova e redigere la dettagliata relazione conclusiva.

⁴² Le indagini sulle capacità economiche dell'imputato, infatti, sono soltanto eventualmente disposte dall'autorità giudiziaria ex art. 464 *bis*, co.5, c.p.p.

⁴³ Stabilisce l'art. 162 *ter*, co.1, *in fine* che “il risarcimento del danno può essere riconosciuto anche in seguito ad offerta reale ai sensi degli articoli 1208 e seguenti del codice civile, formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa, ove il giudice riconosca la congruità della somma offerta a tale titolo”.

in termini di maggiore speditezza e minori costi.

I tribunali sono “assedati”, i tempi del processo sono irragionevoli, le spese eccessive, le carceri sovraffollate.

È opportuno interrogarsi, forse, sulle scelte di fondo di politica criminale, considerando che sono troppe le fattispecie sanzionate e troppo lontana la stagione di quelle cicliche amnistie che assicuravano una valvola di sfogo all'intero sistema.