

EVOLUZIONE ED INVOLUZIONE DEL PRINCIPIO DI ECONOMIA PROCESSUALE*

Luca Marafioti**



EVOLUTION AND INVOLUTION OF THE PRINCIPLE OF JUDICIAL ECONOMY

The paper sets out to analyse the role and significance of the principle of judicial economy in today's criminal trial. In this perspective, the author, starting from an examination of the evolution of the principle from its origins to the present day, reflects on the use of the principle as a tool capable of justifying the failure to apply the exclusionary rules or, even, for the theorisation of canons of general value such as that of a "procedural" estoppel. The reflection also concerns the use of the principle of judicial economy as a guiding principle underlying legislative innovations such as diversion, criminal mediation, and the birth of the "telematic" criminal trial.

KEYWORDS Judicial economy – Judge's role – Party conduct – Exclusionary rules – Digital evidence – Negotiated justice – Telematic criminal trial

SOMMARIO 1. Economia processuale e criterio del minimo mezzo nella concezione dogmatica tradizionale. – 2. "Homo oeconomicus": l'economia processuale come regola di comportamento per il giudice e per le parti. – 3. Dimensione economica, preclusione e giustizia negoziata. – 4. Nuove e regressive manifestazioni del canone di economia nei giudizi penali.

1. Economia processuale e criterio del minimo mezzo nella concezione dogmatica tradizionale

Il titolo delle riflessioni che seguono ci costringe a interrogarci su un tema al cui fondo si pongono questioni dalle sfumature teoriche tanto diverse da rischiare di rimanere imbrigliati in un reticolo di dubbi e incertezze, senza riuscire nemmeno lontanamente ad avvicinarsi a risposte meglio definite e soddisfacenti.

Può soccorrere, però, a tal fine, un preliminare riferimento in ordine alle origini culturali e dogmatiche del criterio di economia delle procedure giurisdizionali.

Come tutti sanno, infatti, l'analisi economica del diritto vanta una storia risalente che affonda le proprie radici nell'approccio economico agli studi giuridici degli anni

* Versione italiana, con qualche adattamento e l'aggiunta di note essenziali, della conferenza tenuta l'11 settembre 2023 nell'ambito della *Jornada de Derecho Penal*, tenutasi presso il *Colegio Público de Abogados de Ushuaia*, con il patrocinio della *Universidad de Buenos Aires* e del *Centro Italo-Argentino de Altos Estudios*.

** Ordinario di diritto processuale penale nell'Università Roma Tre.

Sessanta del secolo scorso¹ e, in qualche modo, si fonde, addirittura, nell'insegnamento di Cesare Beccaria² e nel pensiero utilitaristico sul processo e sulla pena³.

Stando a simile linea di pensiero, alla stregua di una logica di benessere dei sistemi penali, la politica criminale, il cui compito è quello di individuare i valori giuridici da tutelare e di punire le condotte che violano tali beni giuridici, risulterebbe socialmente utile solo ove riesca a dissuadere gli individui dal porre in essere condotte antidoverose, imponendo in capo ai primi costi aggiuntivi con riferimento alle eventuali condotte illecite poste in essere.

In questa prospettiva, pertanto, l'individuo abbisogna di venire economicamente disincentivato rispetto all'utilità di commettere reati. Ciò si reputa possibile sia attraverso l'innalzamento, da parte dello Stato, dei limiti edittali di pena comminata per la singola condotta illecita, sia attraverso un investimento pubblico di energie concrete per aumentare la probabilità di arresto e detenzione dell'autore, come conseguenza dell'atto illecito eventualmente perpetrato⁴.

Ed è proprio in quest'ultimo senso che assumono particolare rilievo gli obiettivi di economia ed efficienza della procedura penale.

L'obiettivo di "benessere" del sistema implica, infatti, di tenere nel debito conto anche i costi sociali legati alla criminalità. Vale a dire che ridurre il numero complessivo dei reati può risultare sconveniente ogni qualvolta il costo sopportato dal sistema in termini di apparati, organi e istituzioni incaricati di determinare le responsabilità e applicare le relative sanzioni aumenta in maniera eccessiva⁵.

¹ Il tema risulta più vivo che mai nella speculazione scientifica odierna sul diritto sostanziale e processuale. Tra gli altri, cfr. T.J. MICELI, *The Paradox of Punishment. Reflections on the Economics of Criminal Justice*, Palgrave, 2019; così come, R. NÚÑEZ OJEDA-N. CARRASCO DELGADO, *Derecho, proceso y Economía. Una introducción al Análisis económico del Derecho procesal civil*, Marcial Pons, Madrid, 2022, ma le basi fondamentali degli studi economici in ambito giuridico si devono in particolare a G. BECKER, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in *Journal of Political Economy*, 78, 1968, p. 176 e R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Little Brown, Boston-Chicago, 1977, p. 144.

² Si veda C. BECCARIA, *Des délits et des peines – Dei delitti e delle pene, introduction, traduction et notes de Philippe Audegean, texte italien établi par G. Francioni*, § XII, *Fine delle pene*, ENS Editions, Lyon, 2009.

³ Per tutti, cfr. J. BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*, t. 1, in *Ouvres de Jérémie Bentham, Jurisconsulte anglais* (1829), éd. par E. Dumont, Hauman, Bruxelles, 1829, rist. Aalen, 1969, II, p. 4; ID., *Principes du code penal*, II, in *Traité de législation civile et penal*, I, Bossange, Masson et Besson, Paris, 1802, p. 169.

⁴ In questo senso, richiamano recentemente l'insegnamento delle teorie economiche applicate al campo criminale A. GAITO-N.E. LA ROCCA, *Processo penale, abuso ed economia*, in *Indice pen.*, 1/2016, p. 23.

⁵ Sul punto, v. C.E. PALIERO, *L'economia della pena. Un work in progress*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 339.

Il che spiega bene l'esigenza di includere pure le istituzioni e i meccanismi procedurali nell'ambito di un'analisi economica applicata al diritto.

Per primi, ne hanno avvertito l'importanza gli studiosi tedeschi, i quali hanno iniziato a ragionare sul valore procedurale del canone dell'economia già nel secolo scorso⁶.

Più specificamente, nella prospettiva accolta in quel contesto speculativo, l'economia processuale è intesa quale principio etico-giuridico, che funge da unità di misura del rapporto fra gli obiettivi del processo e gli sforzi necessari per raggiungerli⁷. Nella riflessione della dottrina germanica, infatti, prevale l'idea che il canone dell'economia processuale si riferisca al processo inteso come istituzione complessiva, prima ancora che come procedimento individuale⁸. Ne deriva, pertanto, che i tempi, i costi e la manodopera impiegata nel fenomeno processuale devono essere ridotti al minimo, riflettendosi, altrimenti, gli effetti negativi di un cattivo uso delle risorse processuali non solo sul singolo procedimento in corso, bensì sull'intero sistema giudiziario⁹.

Anche a prescindere dalla dimensione etico-giuridica che il principio in esame ha assunto all'epoca degli studi tedeschi, sembra, del resto, intuitivo che esista una connessione molto stretta tra il concetto di mezzo minimo e la concreta morfologia processuale¹⁰. Si intende dire cioè che, almeno in teoria, la struttura e l'articolazione di ogni processo e di ciascun meccanismo processuale, come progressione inesorabile verso la pronuncia di una sentenza, dovrebbe essere ispirata ad un criterio di adattamento della morfologia processuale alla dimensione concreta della singola controversia e del giudizio da risolvere¹¹.

Da qui il passo è breve per includere anche il criterio di economia entro la dimensione normativa dei fenomeni processuali, secondo una visione tradizionale e

⁶ In particolare, la formula "economia processuale" compare per la prima nell'opera di F. STEIN, *Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich. Erläutert von Friedrich Stein. Zweiter Band. 10. Auflage des von L. Gaupp gegründeten Kommentars*, Verlag von I.G.B. Mohr, Tübingen, 1913.

⁷ Tra i molti, cfr. E. SCHUMANN, *Die Prozessökonomie als Rechtsethisches Prinzip*, in *Festschrift für Larenz*, München, 1973, p. 278; C. VON METTENHEIM, *Der Grundsatz der Prozessökonomie im Zivilprozess*, Berlino, 1970, pp. 15-16.

⁸ A questo proposito, v. P. HUTTEN, *Die Prozessökonomie als Rechtserheblicher Entscheidungssichtspunkt*, Würzburg, Univ., Diss., 1975, p. 127.

⁹ Sul punto, continua a rimanere imprescindibile lo studio monografico di L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, I, Padova, 1980, pp. 21-22 a cui si rinvia anche per gli opportuni riferimenti bibliografici all'ampia letteratura tedesca.

¹⁰ Cfr., ancora, E. SCHUMANN, *Die Prozessökonomie als Rechtsethisches Prinzip*, cit., p. 281.

¹¹ Sul criterio di adattamento morfologico del giudizio alla lite che ne costituisce l'oggetto si rinvia, per tutti, a G. FOSCHINI, *Sistema di diritto processuale penale*, vol. II, Milano, 1968, p. 9; G. PAOLOZZI, *Il giudizio abbreviato nel passaggio dal modello "tipo" al modello pretorile*, Padova, 1991, p. 6.

rettamente positivista della legalità processuale penale. In altre parole: anche e soprattutto al diritto positivo andrebbe riservato il compito di contemplare la logica del “minimo mezzo” nella relativa disciplina della fenomenologia processuale. Basti pensare, a titolo meramente esemplificativo, ai limiti cronologici nella denuncia delle nullità, al canone di conservazione degli atti invalidi, alla connessione e alla riunione dei procedimenti, ovvero alle cause di inammissibilità dei mezzi di impugnazione.

In tutte queste situazioni, l’economia processuale agisce sia come presupposto sia come *ratio* per strutturare la disciplina positiva dei vari istituti processuali.

A questo proposito, più in dettaglio, il citato esempio del canone di conservazione degli atti invalidi sembra chiarire al meglio l’assunto. È, infatti, lo stesso legislatore processuale che, stabilendo puntuali presupposti e limiti alla deducibilità degli atti non conformi al proprio modello legale, garantisce, per tale via, la conservazione degli effetti giuridici ad esso inerenti¹².

In simile prospettiva, qualora un eventuale vizio di forma non venga rilevato o eccepito, prima dello scadere del termine di legge previsto a pena di decadenza, gli effetti giuridici dell’atto imperfetto continuano a mantenersi integri, consentendo, così, al processo di proseguire il suo corso verso la statuizione finale di merito, con il minor dispendio possibile di attività processuali.

Viceversa, qualora il vizio di un singolo atto della progressione processuale dovesse essere dichiarato nullo in ogni caso, anche al di fuori dei termini previsti dalla legge, la declaratoria di nullità vanificherebbe anche tutte le attività processuali successive, in palese violazione, appunto, del canone economico del minimo mezzo.

2. “*Homo oeconomicus*”: l’economia processuale come regola di comportamento per il giudice e per le parti

Tutt’altra piega è destinato a prendere il discorso qualora l’economia processuale venga adibita a criterio di comportamento in capo agli attori del processo.

Nella diversa impostazione appena indicata, la regola economica di condotta si riferisce, anzitutto, al giudice, quale garante degli obiettivi di economicità e speditezza del rito, ma possono venire incaricate di una analoga responsabilità a tal fine anche le parti: sia il pubblico ministero, sia l’imputato e il relativo difensore.

¹² Cfr. G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, 1955, p. 25 ss.; p. 31 ss.; nonché, più di recente, F. VERGINE, *La conservazione dell’atto processuale penale*, Padova-Milano, 2017, p. 213.

Si tratta di una prospettiva che apre scenari altamente imprevedibili ancorché, in parte, già delineatasi nell'esperienza giuridica.

In questo senso, la sfida economica non soltanto viene evocata come base per giustificare l'esercizio dei poteri del giudice nella gestione delle risorse processuali e nella conduzione del dibattimento anche attraverso un massiccio incremento della discrezionalità giudiziale.

E ancora: il significato del principio in questione viene esteso fino al punto di giustificare un'interpretazione che consenta al giudice stesso di applicare in modo restrittivo persino le possibili conseguenze di eventuali violazioni delle norme processuali. Eloquenti sono, da un lato, i casi di minimizzazione delle fattispecie di nullità e, dall'altro lato, la tendenza a non considerare grave il mancato rispetto delle regole probatorie.

Per quanto concerne la prima delle ipotesi menzionate, assume rilievo la prassi giudiziaria di sminuire la rilevanza dell'invalidità degli atti processuali penali ricorrendo alla categoria del "pregiudizio effettivo" dei diritti sottesi alla singola fattispecie violata¹³. In questa prospettiva, la dichiarazione di invalidità dell'atto imperfetto non deriverebbe automaticamente dalla deviazione di esso dal modello giuridico di riferimento, ma potrebbe essere pronunciata solo dopo che l'interprete abbia espresso un giudizio di valore sulla concreta offensività dell'atto viziato¹⁴. In questo modo, l'interpretazione giudiziaria intende evitare che l'eventuale dichiarazione di nullità della fattispecie invalida comporti, a norma dell'art. 185 c.p.p., «la regressione del processo allo stato o al livello in cui l'atto nullo è stato compiuto». Una regressione, quest'ultima, che comporterebbe inevitabilmente anche una antieconomica dispersione delle attività giudiziarie già svolte ed esaurite¹⁵.

Con particolare riferimento al secondo aspetto considerato, ovvero sia la tendenza della prassi a sminuire la violazione delle regole di legalità probatoria, l'economia processuale, come criterio guida della condotta del giudice, si riflette segnatamente nella valorizzazione, ad ogni costo, delle risultanze probatorie di atti irrualmente acquisiti, nel contesto dei mezzi di prova atipici.

¹³ Tra molte pronunce che si orientano in questa direzione, v. Cass., Sez. Un., 20 dicembre 2007, n. 5307, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2310 ss.; Id., Sez. Un., 29 settembre 2011, n. 155, *ivi*, 2012, p. 2410 ss.

¹⁴ Con accenti critici, al riguardo, v. F. CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2444 ss.

¹⁵ Per analoghe considerazioni, seppure riferite all'impatto della giurisprudenza in esame in termini di prevenzione degli effetti estintivi del reato in conseguenza della maturazione dei termini di prescrizione, v. L. MARAFIOTI-F. CENTORAME, *Prescrizione del reato e processo penale nell'esperienza italiana*, in *DPCE online*, 4/2021, pp. 3805-3806.

Da questo specifico punto di vista, assume un peso decisivo il canone del libero convincimento del giudice nella valutazione delle prove. Esso (impropriamente) viene chiamato a fungere da “copertura” in grado di regolarizzare qualsivoglia anomalia della fattispecie probatoria atipica rispetto al modello normativo di riferimento¹⁶. Anche se, va detto, il regime di libertà riservato al giudice nella formazione del proprio convincimento appare destinato a riferirsi solo all’assenza di limiti nella valutazione dei risultati probatori e non già alle modalità di acquisizione delle prove stesse¹⁷.

Sotto l’egida dell’economia del risultato, tale distorsione del canone della libera valutazione giudiziale realizza una graduale ma inesorabile erosione delle aree di invalidità e inutilizzabilità degli atti, anche a seguito di un più ampio uso del concetto di documento extra-formato.

Per tale via, tutte le regole probatorie, rettamente intese quali *exclusionary rules*, si riducono, infatti, semplicemente a mere regole dedicate alla valutazione della prova, trasformando il giudice penale in una sorta di soggetto onnivoro e capace di stimare con adeguata ponderazione qualunque elemento di prova comunque sottoposto alla sua attenzione.

Va sottolineato che simile tendenza appare ulteriormente amplificata dal ricorso alla prova digitale, la quale, negli ultimi anni, ha assunto una importanza sempre maggiore¹⁸, assurgendo al rango di “prova regina” nei procedimenti penali¹⁹.

Basti solo considerare la dimensione progressivamente assunte dalle tecniche di sorveglianza e controllo occulti, realizzati a fini probatori, attraverso l’uso di *software* spia inseriti nel telefono dell’indagato²⁰. Oltre a fungere da captatore di suoni e immagini, attivando il microfono o la videocamera del dispositivo infetto, il *virus Trojan*

¹⁶ Sul punto, v. O. MAZZA, *I diritti fondamentali dell’individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, in *Dir. pen. contemp. Riv. trim.*, 3/2013, p. 8.

¹⁷ Cfr. G. DEAN, *In tema di «libertà» e «tassatività» delle forme nell’acquisizione probatoria (a proposito delle «ricognizioni fotografiche»)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 830.

¹⁸ Per ampie ricostruzioni dottrinali sulla tematica, v., in particolare, M. PITTURUTI, *Digital Evidence e procedimento penale*, Torino, 2017, p. 1 ss.; S. SIGNORATO, *Le indagini digitali: profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino, 2018, p. 1 ss.

¹⁹ Volendo, cfr. la prospettiva critica già esposta in L. MARAFIOTI, *Digital evidence e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4510.

²⁰ La letteratura sul tema è amplissima: in chiave monografica, tra gli altri, cfr: M. GRIFFO, *Il captatore informatico e la filosofia del doppio binario*, Napoli, 2017; W. NOCERINO, *Il captatore informatico nelle indagini penali interne e transfrontaliere*, Padova-Milano, 2022; M. TORRE, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, Milano, 2017; R. FLOR-S. MARCOLINI, *Dalla data retention alle indagini ad altro contenuto tecnologico. La tutela dei diritti fondamentali quale limite al potere coercitivo dello Stato. Aspetti di diritto penale processuale e sostanziale*, Torino, 2022.

viene, infatti, utilizzato nelle indagini anche per effettuare da remoto una vera e propria perquisizione negli archivi dell'apparecchio bersaglio, acquisendo copia di tutto il relativo contenuto.

Ora, è risaputo che l'ordinamento processuale penale nulla prevede con riferimento ad una simile modalità di ricerca della prova; tuttavia, la mancanza di espresse indicazioni normative sul punto non ha affatto portato la giurisprudenza a dedurre una limitazione implicita all'utilizzo di talune funzionalità del captatore informatico a fini investigativi²¹.

Al contrario, la Corte di cassazione si è pronunciata a favore della possibilità di perquisire da remoto il dispositivo attinto dal *virus*, includendo, per via interpretativa, tale tecnica probatoria nella categoria delle prove atipiche²². Una prassi giudiziaria, quest'ultima, la cui disaffezione nei confronti delle esigenze di legalità delle forme processuali, denota una volta in più la priorità assegnata, in prospettiva economica, alla sola produttività del risultato probatorio. Ma non è ancora tutto.

3. Dimensione economica, preclusione e giustizia negoziata

Degno di ulteriore nota, quale indice sintomatico di un impiego del criterio di economia come regola di condotta per gli attori del processo, è pure il ricorso ad un canone non scritto né definito nei suoi contorni teorici qual è la "preclusione processuale"²³. Essa viene sovente utilizzata al fine di sancire dei veri e propri contro-limiti ai poteri delle parti sia in materia di prove sia nell'ambito delle impugnazioni, ampliando, in ambedue le ipotesi, a livello esegetico, i casi di inammissibilità delle relative istanze. Il principio di preclusione ha, così, assunto il ruolo di criterio interpretativo di razionalità economica, improntato ad una logica di bilanciamento tra le diverse

²¹ A questo proposito, tra gli altri, cfr. F. CAPRIOLI, *Il "captatore informatico" come strumento di ricerca della prova in Italia*, in *Rev. bras. dir. proc. pen.*, 2017, p. 497; F. CENTORAME, *Le indagini tecnologiche ad alto potenziale intrusivo fra esigenze di accertamento e sacrale inviolabilità dei diritti della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 499 ss.; L. MARAFIOTI, *Trojan horse: spiragli di retro-marcia legislativa*, in *Quest. giust.*, 23 gennaio 2023.

²² In questa prospettiva, cfr. Cass., Sez. V, 14 ottobre 2009, n. 16556, in *CED Cass.*, rv. 246954 e similmente Cass., Sez. V, 30 maggio 2017, n. 48370, in *CED Cass.*, rv. 271412.

²³ Per una riflessione in ordine alle eterogenee sfaccettature del principio in questione, si rinvia ai contributi raccolti in L. MARAFIOTI-R. DEL COCO (a cura di) *Il principio di preclusione nel processo penale*, Torino, 2012, nonché a R. DEL COCO, *La preclusione*, in A. MARANDOLA (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, Torino, 2015, p. 361 ss.

esigenze di giustizia, certezza e celerità del procedimento²⁴. Secondo un approccio che richiama, ancora una volta, il canone del minimo mezzo nell'esercizio dell'attività giurisdizionale, recenti costruzioni di matrice giurisprudenziale accreditano, difatti, figure di preclusione che eleggono a proprio parametro ricostruttivo la consumazione, *una tantum*, di poteri e facoltà legittime, in conseguenza del relativo esercizio²⁵.

A questo proposito, un dato appare incontrovertibile.

I modelli processuali come il nostro, valorizzando un ruolo attivo delle parti nella gestione del processo, moltiplicano, correlativamente, lo spettro delle opzioni processuali a disposizione dei contendenti. Di qui, l'esigenza di fare riferimento al canone di autore-sponsabilità²⁶ delle parti onde giustificare l'introduzione di barriere volte ad evitare comportamenti abusivi o dilatori e, proprio per questo, economicamente sconvenienti rispetto all'obiettivo di una rapida progressione del processo verso la decisione finale.

Senza considerare, poi, che altrettante istanze economiche si rinviengono a fondamento di ogni meccanismo procedimentale alternativo, sia esso riferito al dibattimento orale, sia a tutto il processo. Tutti i modelli di giustizia negoziata, sommaria e semplificata sono, infatti, chiaramente ispirati ad obiettivi di economia processuale.

È ben vero che, nel divenire della prassi applicativa di simili strumenti negoziali, al sistema complessivo possono o meno conseguire vantaggi economici anche in base allo stato di avanzamento della singola procedura all'atto di intraprendere un determinato rito alternativo ovvero di innescare un meccanismo semplificato di accertamento.

Al punto che il beneficio ricavabile dall'ordinamento in termini di ottimizzazione delle risorse giudiziarie potrebbe addirittura finire per azzerarsi, ogni qualvolta, a titolo d'esempio, la richiesta di patteggiamento venga riproposta dalla difesa prima dell'apertura del dibattimento, o, *a fortiori*, qualora essa sia accolta dal giudice dibattimentale in conclusione del giudizio di primo grado²⁷. Eventualità del genere, nella misura in cui ostano a rendere il sistema giudiziario più performante in chiave produttiva, dovrebbero

²⁴ In questo senso, G. SILVESTRI, *Le preclusioni nel processo penale*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 556.

²⁵ Sono, notoriamente, molteplici gli ambiti nei quali la giurisprudenza di legittimità ha impiegato il principio di preclusione: Cass., Sez. Un., 31 marzo 2004, n. 18339, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2746; Id., Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655, in *CED Cass.*, rv. 23180; Id., Sez. Un., 20 dicembre 2007, n. 5307, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3810; Id., Sez. Un., 31 gennaio 2008, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2358; Id., Sez. Un., 24 giugno 2010, n. 33885, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 422; Id., Sez. Un., 16 dicembre 2010, Testini, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 697.

²⁶ Sul tema, di recente, R. DEL COCO, *La regressione degli atti nel processo penale*, Torino, 2020, spec. pp. 151-152.

²⁷ Cfr. S. RUGGERI, *Il giudizio penale fra accertamento, negozio e premialità. Il contributo del diritto comparato all'analisi della recente riforma sulla giustizia negoziata in Italia*, in D. CASTRINUOVO-D. NEGRI (a cura di), *Forme, riforme, valori per la giustizia penale futura*, Napoli, 2023, pp. 328-329.

proporzionalmente implicare un diverso (e più blando) tasso di ricompensa sanzionatoria per l'imputato richiedente, onde poterne desumere un sicuro «fondamento economico-processuale della premialità concernente i riti alternativi»²⁸.

Per quanto acuto e suggestivo, simile assunto non vale, tuttavia, a smentire la logica mercantile²⁹ che si staglia sullo sfondo di ciascun modello di semplificazione procedimentale, operata ricorrendo all'impiego di moduli alternativi di accertamento della regiudicanda penale.

Nonostante siano intrisi di chiari riferimenti ai profili di diritto penale sostanziale, rispetto al quale lo sconto sanzionatorio implicato dal contributo dell'imputato alla contrazione del rito porta evidentemente ad interrogarsi circa la funzione che la premialità connessa a tali riti è destinata ad esercitare sul versante della pena. Le ipotesi di giustizia negoziata appaiono, infatti, alquanto refrattarie ad una lettura «in termini esclusivamente penalistici o, almeno, in base alle usuali chiavi di interpretazione di tale branca del diritto»³⁰. Risulta, d'altronde, assai difficile ricondurre gli sconti sanzionatori nell'ambito di una dimensione, seppur polifunzionale, della pena, apparendo, piuttosto, da inquadrare in una logica di *favor rei* e quasi clemenziale, soprattutto allorché la semplificazione intervenga in momenti processuali successivi o, addirittura, in sede di controllo sul mancato accesso al rito speciale.

L'efficienza economica del sistema imputabile all'intrapresa dei predetti riti, lungi dal venire parametrata ai tradizionali fini della pena, si situa, infatti, su un piano logico del tutto autonomo rispetto ad essa, mirando piuttosto a garantire una sorta di effettività del sistema penale in sé e per sé considerata. Quello che veramente conta, cioè, è «assicura[re] la possibilità stessa che un qualsivoglia effetto (...) si produca»³¹, senza che la macchina giudiziaria possa ad un certo punto incepparsi, avendo sino a quel momento girato a vuoto.

Il che conferma la dimensione assai pragmatica rivestita dalle procedure di negoziazione dello svolgimento dell'*iter* processuale ordinario, il cui utile finale, al netto della generalità dei casi che impegnano gli uffici giudiziari, abbisogna di «uscite laterali»³² dal sistema per potersi effettivamente conseguire.

Sia consentita, però, sul punto una ulteriore riflessione.

²⁸ In questi termini, S. RUGGERI, *ibidem*, p. 328.

²⁹ L'espressione è tratta da R. ORLANDI, *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, in ricordo di Adolfo Beria di Argentine, Milano, 2002, p. 262.

³⁰ Per tali considerazioni, cfr. già L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, Milano, 1992, p. 444.

³¹ Testualmente, R. ORLANDI, *ibidem*.

³² L'espressione efficace è, ancora, di R. ORLANDI, *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, cit., p. 261.

Nelle menzionate ipotesi, le parti del negoziato processuale finiscono per ritrovarsi coinvolte in un paradosso: al fine di vedere garantito il relativo interesse all'economia e alla rapidità del processo, devono contestualmente rinunciare alle prerogative tipiche del dibattimento orale. Di modo che il diritto ad un processo in tempi ragionevoli si tramuta in una indebita "resa" in ordine alle garanzie.

Un *forfait* che rasenta addirittura i limiti dell'aggressione alla sfera dei diritti conferiti alle parti, ogni qualvolta – e ciò accade sempre più frequentemente – il singolo meccanismo negoziale o la semplificazione della procedura, reputata congeniale all'economia processuale, risultino solo formalmente il frutto di una libera scelta dell'imputato.

Al cospetto, infatti, di udienze dibattimentali sempre meno rispettose di una piena garanzia di oralità e immediatezza nella formazione della prova, a vantaggio di un agile recupero, tramite lettura, di atti già formati nella fase pre-processuale, appare difficile parlare di una volontà dispositiva dell'imputato rispetto ai propri diritti processuali che possa dirsi veramente libera³³. Egli, lungi dall'esercitare una facoltà apparentemente sacrosanta, nel senso di optare per un procedimento alternativo a quello ordinario, come espressione di una insopprimibile esigenza difensiva³⁴, finisce, anzi, per essere indotto a collaborare nell'accertamento della relativa responsabilità³⁵.

D'altra parte, l'economia e la celerità del rito si atteggiavano a veri e propri nemici di un autentico cognitivismo giudiziario e finiscono per incidere negativamente sulla stessa qualità delle decisioni in ordine al fatto criminoso.

Simile deriva anticognitiva e antigarantista, sotto le mentite spoglie di una libertà delle parti e della rilevanza del loro consenso, si acutizza al massimo nel contesto delle procedure di *diversion* dell'azione penale e ancor più in quelle di mediazione criminale³⁶. Qui, infatti, il conflitto insorto in conseguenza dell'illecito viene risolto interamente senza processo e senza giudizio.

³³ Secondo la costante giurisprudenza della Corte costituzionale, infatti, la possibilità di accedere ad uno dei riti alternativi previsti dal legislatore costituisce una delle massime espressioni di esercizio del diritto di difesa della persona sotto accusa: tra le altre, *cfr.* Corte cost., sent. 26 ottobre 2012, n. 237, in *Dir. pen. cont.*, 27 novembre 2012; Id., sent. 18 dicembre 2009, n. 333, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4944; Id., sent. 13 maggio 2004, n. 148, in *Guida dir.*, 2004, 23, p. 74.

³⁴ Per tali rilievi, *cfr.* D. NEGRI, *La deflazione penale aggressiva: una tecnica incompatibile con i presupposti del consenso liberamente prestato ai riti premiali*, in *disCrimen*, 7.11.2019, p. 6.

³⁵ A questo riguardo, sia consentito rinviare a L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, cit., pp. 450-451.

³⁶ Sulla deriva anticognitiva provocata da simili modelli di risoluzione alternativa della controversia penale, *cfr.*, per tutti, O. MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *Arch. pen. web*, 2/ 2022, p. 23 ss.

Del primo caso l'istituto della sospensione del processo con messa alla prova³⁷ appare un esempio emblematico: l'imputato viene sottoposto ad una pena anticipata – sotto forma di lavori socialmente utili e prescrizioni comportamentali obbligatorie – che potenzialmente pone fine al processo anche prima e persino indipendentemente dall'accertamento della responsabilità per il fatto contestato³⁸.

Nella seconda ipotesi messa in evidenza, il percorso di giustizia riparativa avviato dinanzi al mediatore rende la questione della colpevolezza una sorta di prerequisito implicito, per la persona designata come autore del reato, onde procedere al tentativo di mediazione con la vittima. Anche se, in assenza di una procedura legale volta a ricostruire il fatto e le relative responsabilità, la validità della presunzione costituzionale di innocenza richiederebbe piuttosto di considerare l'imputato non colpevole e la vittima non vittima o comunque non vittima dell'azione dell'imputato³⁹.

Tuttavia, dal momento che la tendenza a favorire il ricorso ai predetti meccanismi dialogici si interseca con le istanze a sostegno di nuovi equilibri nella tutela delle vittime di reato, la questione economica viene lasciata alla volontà delle parti e si radicalizza, perciò, ulteriormente, il contesto in cui già si muove la nebulosa della giustizia negoziata.

Il tutto, finisce per realizzare una mutazione genetica dello stesso ruolo ricoperto dal giudice all'interno della vicenda processuale ordinaria. Estremizzando al massimo, l'organo giurisdizionale sembra, infatti, venire posposto rispetto al ruolo esercitato dal pubblico ministero, cui si attribuisce un anomalo compito di giudice prima del giudice: *ein Richter vor dem Richter*.

4. Nuove e regressive manifestazioni del canone di economia nei giudizi penali

Rimane, a questo punto, da sottolineare che la concretezza dell'esperienza giuridica comporta sfide sempre nuove per l'approccio economico alla giurisdizione penale.

In quest'ottica, occorre, anzitutto, dare conto che è emersa, nella pratica

³⁷ Di recente, per uno studio monografico di tale istituto, si veda M. MIRAGLIA, *La messa alla prova dell'imputato adulto. Analisi e prospettive di un modello processuale diverso*, Torino, 2020, *passim*.

³⁸ Cfr. A. SCALFATI, *La debole convergenza di scopi nella deflazione promossa dalla legge n. 67/2014*, in N. TRIGGIANI (a cura di), *La deflazione giudiziaria: messa alla prova e proscioglimento per tenuità del fatto*, Torino, 2014, p. 8.

³⁹ In senso condivisibile, O. MAZZA, *Attenti: presunzione di innocenza e riparazione non sono conciliabili*, in *Il Dubbio*, 14 marzo 2023; per ulteriori considerazioni critiche a questo proposito, *cfr.*, da ultimo, F. CENTORAME-A. FESTINESE, *Giustizia riparativa e processo penale: "prove di convivenza" nell'assetto normativo riformato*, in L. MARAFIOTI-G. PAOLOZZI-F. CENTORAME-G. FIORELLI (a cura di), *La procedura penale "riformata": una lettura per gli studenti*, Torino, 2023, p. 327 ss.

giudiziaria, la tendenza a considerare l'esercizio di molteplici prerogative riconosciute alla difesa in materia di procedimento probatorio e di mezzi di impugnazione venga considerato quale espressione di un "abuso del processo"⁴⁰. Secondo una certa lettura, sarebbe quello tale da comportare, logicamente ed inevitabilmente, una maggiore durata dei tempi di svolgimento della procedura e, di conseguenza, un accentuato rischio di prescrizione del reato⁴¹.

Simile impostazione si presta a giustificare, al contempo, frequenti ipotesi di rigetto delle richieste di ammissione dei mezzi di prova ed a legittimare un più ampio ricorso alla categoria della inutilizzabilità degli atti istruttori. Essa finisce per sottoporre a sindacato giurisdizionale l'esercizio di facoltà legittime oltre che del tutto libere negli scopi con esse perseguiti, nel cui novero ben può essere ricompreso anche quello di sottrarsi alla persecuzione del reato. Orbene, si tratta di concezioni non solo intrinsecamente antigarantiste ma, di fatto, contrarie allo stesso dato positivo ricavabile dalla legge.

In secondo luogo, vengono in rilievo le recenti riforme del sistema processuale penale, introdotte per ottemperare agli obblighi imposti in sede sovranazionale, nell'ambito del Piano PNRR, e volte a ridurre i tempi del processo, accelerandone i ritmi di svolgimento. Come noto, ciò ha portato a modificare numerose disposizioni del codice di procedura penale, allo scopo – atteso – di ottenere una riduzione della durata del procedimento penale pari al 25%⁴². Un progetto riformatore, insomma, il cui obiettivo prioritario è quello di promuovere, per via normativa, una visione processuale ispirata ai canoni dell'economia ed efficienza delle procedure⁴³.

In questa prospettiva, si colloca, per un verso, la promozione di una nuova idea di processo quale ufficio al cui interno il giudice deve assumere l'inedito ruolo di *manager* nella gestione delle udienze e dell'ulteriore carico delle attività processuali. Basti porre mente, in proposito, alle aspettative di maggiore efficacia e produttività degli uffici giudiziari, riposte, dal legislatore, nell'istituzione dell'Ufficio per il processo,

⁴⁰ Sul tema, cfr. in generale, E.M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004; F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, vol. II, *Diritto positivo*, Padova, 2000.

⁴¹ Giustamente critico al riguardo G. PAOLOZZI, *Giustizia "a passo di carica": la l. n. 134 del 2021*, in *Ind. pen.*, 1/2022, p. 15, che definisce "molesta" l'idea che un notevole contributo al rallentamento del processo provenga dall'esercizio dei diritti difensivi dell'imputato.

⁴² Al riguardo, si può consultare il testo dell'intervento di apertura dell'allora Ministro della Giustizia, Marta Cartabia, in occasione della presentazione dei lavori della Commissione di studio sulla riforma del processo penale, in *Sistema penale*, 31 maggio 2021.

⁴³ In sede scientifica, ne danno ampiamente conto, promuovendo simile impostazione normativa e applicativa del rito penale, M. GIALUZ-J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022.

secondo una vera e propria logica imprenditoriale che pone il magistrato a capo di un gruppo di funzionari incaricati di compiere una cospicua serie di attività prodromiche, utili all'esercizio della funzione giurisdizionale. I predetti funzionari sono, infatti, chiamati, tra le altre cose, a studiare i fascicoli e a preparare l'udienza, a studiare la giurisprudenza e la dottrina pertinenti al caso e, persino, a predisporre le bozze dei provvedimenti giudiziari⁴⁴.

Ora, ci si può anche fidare della capacità degli addetti all'Ufficio di svolgere compiti che, va detto con franchezza, sarebbero certamente più consoni a coloro i quali abbiano almeno superato il concorso pubblico per uditore giudiziario⁴⁵. Ciò non toglie, tuttavia, che, burocratizzata in tal modo, la giurisdizione penale rischia di assomigliare sempre più ad un "ufficio di contabilità"⁴⁶ il cui tasso di rendimento è misurato dai numeri e dalle *performance* produttive, piuttosto che dalla qualità del risultato cognitivo perseguito all'esito della singola procedura.

Per altro verso, la riforma legislativa da ultimo varata intende privilegiare una innovativa dimensione telematica degli atti processuali⁴⁷ specie con riferimento al regime delle notificazioni ed al ricorso accentuato delle ipotesi di partecipazione a distanza alle udienze penali⁴⁸.

In quest'ultima evenienza, gli imperativi di economia e di efficienza processuale, intesi soprattutto in termini di rapidità nella trattazione delle cause e di risparmio delle risorse, portano a moltiplicare le opportunità di accesso alla connessione digitale, quale strumento formidabile per facilitare lo svolgimento di atti e udienze che, rimanendo ancorati alla modalità analogica, risulterebbero altrimenti ritardati.

Il *punctum dolens*, tuttavia, attiene ancora una volta alla considerazione di questi vantaggi alla stregua di benefici puramente economici in favore delle controversie

⁴⁴ A tal proposito, v. F. CONSULICH-M. MIRAGLIA, *Costo del processo e fuga dalla giurisdizione. Il volto futuribile del sistema penale in due topoi: la giustizia riparativa e l'Ufficio per il processo*, in *disCrimen*, 12 febbraio 2022.

⁴⁵ Per tali rilievi, *cf.*, ancora, G. PAOLOZZI, *Giustizia "a passo di carica"*, cit., p. 20.

⁴⁶ L'espressione è tratta da A. PULVIRENTI, *Dalla riforma Cartabia una spinta verso l'efficienza anti-cognitiva*, in *Proc. pen. giust.*, 3/2022, p. 635.

⁴⁷ In chiave monografica si rinvia, di recente, a B. GALGANI, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale "virtuoso"*, Milano – Padova, 2022, *passim*.

⁴⁸ In tal senso, D. NEGRI, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, in D. CASTRONUOVO-M. DONINI-E.M. MANCUSO-G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano-Padova, 2023, pp. 450-451. Per un panorama, da ultimo, L. MARAFIOTI-G. PAOLOZZI-G. FIORELLI-F. CENTORAME (a cura di), *La procedura penale "riformata". Una lettura per gli studenti*, Torino, 2023.

giudiziarie, senza tenere in alcun conto gli effetti negativi che essi pure determinano sulla sacrale inviolabilità delle forme processuali.

Si finisce, infatti, per contrabbandare come rispettosa dei principi di immediatezza e di oralità della giurisdizione penale, «un’esperienza percettiva contaminata da un’alterazione dei naturali canali di comunicazione intersoggettiva», e, in quanto tale, «non priva di conseguenze sulla forza euristica dell’esame incrociato»⁴⁹ che ha luogo in dibattimento.

Simili conseguenze, peraltro, si proiettano anche sul contraddittorio di tipo argomentativo che caratterizza gli ulteriori gradi di giudizio sulla regiudicanda. La partecipazione a distanza al procedimento è, infatti, ormai divenuta la regola tanto nel caso delle udienze di appello quanto in sede di trattazione dei ricorsi per cassazione, essendo stato stabilizzato, in ambedue le ipotesi, il regime straordinario imposto a seguito dell’emergenza pandemica da *Covid-19*⁵⁰.

In linea con tale assetto, avvocati e imputati devono, così, presentare una apposita richiesta, nel termine rispettivamente, di quindici o dieci giorni dalla ricezione dell’avviso di fissazione dell’udienza, al fine di presenziare all’udienza stessa.

In diversificata prospettiva, il procedimento di appello e quello di cassazione vengono, di norma, celebrati senza pubblico né alla presenza delle parti. Con l’ulteriore conseguenza che la stessa effettività del principio di pubblicità delle udienze, quale valore fondamentale per tutti i cittadini e garanzia di democraticità nell’esercizio della giurisdizione, finisce, di fatto, per dipendere dall’interesse o meno degli avvocati ad essere presenti all’udienza che li riguarda.

Il che non solo comporta una responsabilizzazione sociale verosimilmente eccessiva in capo all’ufficio del difensore, bensì conferma la tendenza a far ricadere sulle spalle della difesa tutta la responsabilità di eventuali ritardi o improduttività dell’apparato giudiziario, ogni qualvolta vengano legittimamente esercitati poteri e diritti essenziali per il pieno adempimento del mandato difensivo⁵¹.

Insomma, le tappe involutive del principio di economia processuale sembrano ormai inesorabilmente segnate: dall’economia come strumento di pressione sulle parti,

⁴⁹ Così, M. DANIELE, *L'immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose e anticorpi accusatori*, in *Sistema penale*, 2/2021, p. 65; sulla differenza sostanziale tra presenza *in imagine*, e *in corpore*, si veda, altresì, A. GARAPON-J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, trad. it., Bologna, 2021, p. 142.

⁵⁰ Cfr. le considerazioni già sviluppate in L. MARAFIOTI, *Il processo penale di fronte all'emergenza pandemica*, in *disCrimen*, 26 aprile 2021, pp. 17-18.

⁵¹ Di questo avviso E.N. LA ROCCA-A. MANGIARACINA, *Le impugnazioni ordinarie: tra "efficienza" e snellimento*, in D. CASTRONUOVO-M. DONINI-E.M. MANCUSO-G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, cit., p. 899.

onde rinunciare all'oralità e al contraddittorio, si è giunti ad una vera e propria economia per "distacco" della difesa dalle aule di Tribunale, come se i difensori potessero venir espulsi da un sacro tempio nel quale non meritano più di entrare per ragioni *lato sensu* economiche⁵².

Nel nuovo e regressivo scenario della economia applicata al processo penale, basta, infatti, un giudice "*sabelotodo*" che non deve essere disturbato da nessuno e tantomeno dalla difesa. Al punto che, senza cadere nella irriverenza, lo *slogan* con cui sintetizzare simili tendenze ben potrebbe essere soltanto uno: "si prega di non disturbare lo *chaffeur*".

⁵² Sulla funzionalizzazione della giustizia ad esigenze di efficienza economica, cfr. A. GARAPON, *La despializzazione della giustizia*, Milano-Udine, 2021, pp. 114-115.