

## Processo e sistema sanzionatorio: alla ricerca di una “nuova” relazione

### *Crime and Punishment: On a Search for a New “Liason”*

FRANCESCA RUGGIERI

*Professore ordinario di Diritto processuale penale presso l'Università dell'Insubria  
francesca.ruggieri@uninsubria.it*

PROCESSO, PENA, DIRITTO PENALE

TRIAL, PUNISHMENT, CRIMINAL LAW

#### ABSTRACT

L'autrice, dopo essersi soffermata sull'articolato rapporto tra processo e diritto penale sostanziale, approfondisce la relazione tra processo e pena. Il rito, non più “socio muto” delle fattispecie incriminatrici, è esso stesso pena e, a vario titolo e in vario modo, assolve ad esigenze di prevenzione generale e speciale. In fine, poiché la “contaminazione” tra diritto, pena e processo altera sensibilmente i tradizionali caratteri dell'uno e degli altri, si sottolineano le questioni aperte dalla nuova prospettiva.

The author analyzes the complex relationship between criminal procedure and criminal law; she then focuses on the interconnection between trial and punishment. The trial ceases to be a mere “silent partner” of the crimes and becomes in itself a form of punishment. It serves the purpose of general and special prevention in many different ways. Additionally, the reciprocal influence between law, punishment and trial significantly impacts on the traditional features of each of them; the author underlines the questions left open by this new perspective.

SOMMARIO

1. Il processo che crea fattispecie: la “processualizzazione” del diritto penale. – 2. Il processo che dà sofferenza e anticipa la pena. – 3. Il processo che sanziona: riti premiali e declaratorie di estinzione del reato. – 3.1. Accertamento “in negativo” e pena. – 3.2. Dosimetria e aspetti premiali. – 3.3. Volontarietà e sanzione. – 4. Alla ricerca di una (impossibile) sintesi.

## 1. Il processo che crea fattispecie: la “processualizzazione” del diritto penale.

È un “topos” del sistema penale la discussione circa i rapporti tra diritto sostanziale e diritto processuale, fra fattispecie incriminatrici e accertamento, tra funzioni e principi dei precetti e scopo e garanzie del rito.

Dal momento in cui le due discipline si sono divise anche sul piano accademico (come si ricorderà dal 1938 per legge; dagli anni Sessanta del secolo scorso di fatto)<sup>1</sup> sono ricorrenti le riflessioni sulla necessità di ragionare sulle torsioni e/o influenze che l’una o l’altra materia reciprocamente comportano<sup>2</sup>. E da quando, agli inizi degli anni Ottanta del secolo scorso, autorevole dottrina ribadì la necessità di una *verifica delle teorie penali alla luce del processo e della prassi*<sup>3</sup>, soffermandosi in particolare sulla problematica valutazione in giudizio della personalità dell’indagato ai fini dell’apprezzamento della sua eventuale colpevolezza<sup>4</sup>, i filoni di indagine si sono arricchiti di molteplici prospettive.

<sup>1</sup> Sulla storia delle due cattedre v. l’ormai classico lavoro di M. PISANI, *L’autonomia didattica della procedura penale in Italia*, in *Ind. pen.*, 1967, 127 ss. e, più di recente, quello dello storico M. MILETTI, *Dall’ancillarità alla separazione. La procedura penale nella scienza giuridica italiana tra Otto e Novecento*, in L. Foffani, R. Orlandi (a cura di), *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bologna 2016, 3 ss.

<sup>2</sup> Nello scorcio di fine e inizio millennio, proprio a seguito dell’entrata in vigore del nuovo codice di rito (in tal senso esplicitamente T. PADOVANI, *Il diritto sostanziale e il processo*, in *Diritto e processo*, cit., 87 ss.) si sono moltiplicati gli studi interdisciplinari che, volti a studiare le articolate e molteplici interrelazioni tra il piano prescrittivo e quello dell’effettività hanno ospitato particolari approfondimenti dei rappresentanti dell’una e dell’altra disciplina. *Ex multis* si possono ricordare, tra i penalisti, nel volume *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena, in ricordo di Adolfo Beria d’Argentine, Atti del XXIII Convegno di Studi Enrico De Nicola*, Milano, 2002, il lavoro di T. PADOVANI, *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione. La questione delle pene sostitutive tra efficacia della sanzione ed efficienza dei meccanismi processuali*, e nel volume curato da M. PAVARINI (*Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica oggi*, Bologna, 2006) la riflessione di G. FORTI, *Explete poenologi munus novum: dal controllo delle “variabili usurpatrici” alla stimolazione delle “flessibilità del sistema*, 90 ss. Tra i processualisti, R. ORLANDI, *Effettività della sanzione penale e principi processuali*, 37 ss., che ha pubblicato nel volume di F. Giunta, P. Pittero, R. Orlandi, A. Presutti (a cura di), *L’effettività della sanzione penale*, Milano, 1998; E. MARZADURI, *Il mutamento delle scienze processualistiche. L’unità del sapere penalprocessualistico*, che è ospitato nella colletanea curata da V. Garofoli, *L’unità del sapere giuridico tra diritto penale e processo*, Milano, 2005, 83 ss. e M. PIERDONATI, *Struttura del dolo e meccanismi di formazione della prova*, in L. Marafioti, M. Masucci (a cura di), *Responsabilità penale e scoriatoie probatorie*, Torino, 2006, 48 ss.

Più di recente, il volume *Diritto e processo penale*, cit., raccoglie, secondo una tradizione risalente alle prime fondamentali intuizioni di F. BRICOLA (*La verifica delle teorie penali alla luce del processo e della prassi: problemi e prospettive*, in *Quest. crim.*, 1980, 5454 ss.), gli atti del convegno organizzato dall’Associazione intitolata al grande studioso a Bologna nel marzo del 2013. L’opera, oltre agli approfondimenti di uno storico del diritto (M. MILETTI, *op. cit.*), contiene le riflessioni di studiosi del diritto sostanziale (T. PADOVANI, *Il diritto sostanziale e il processo*, cit.; A. GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità “oltre ogni ragionevole dubbio”*; S. FIORE, *Dal concreto all’astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*; C. E. PALIERO, *Quale diritto per quale processo?*) e del diritto processuale (M. NOBILI, *Il processo e il diritto*, alla memoria del quale gli atti sono dedicati; F. CAPRIOLI, *Spunto introduttivo*; D. NEGRI, *La costruzione della fattispecie giudiziaria. Oltre i vincoli della legalità processuale: strategie, prassi, conseguenze del rifiuto di un paradigma*; E. AMODIO, *Quale processo per quale diritto?*).

Per il relativamente recente dibattito tra le due discipline in punto di prescrizione, cfr. D. PULITANO, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 951 ss. e Id. *Consensi e fraintendimenti sui rapporti fra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 517 ss.

Per una efficace ricostruzione dei molteplici intrecci e dei relativi piani che interessano le due materie, con ampi e ulteriori riferimenti bibliografici, cfr. anche il primo capitolo (*Uno sguardo d’insieme*) della ricerca di M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009.

Infine, per una prospettiva processuale anche diacronica che discute matrici e origini di una separazione tra diritto e processo per molti versi innaturale, cfr. da ultimo in particolare D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2017, fasc. 2, 1 ss.

<sup>3</sup> In corsivo il titolo del famoso articolo già ricordato di F. BRICOLA, *op. cit.*

Quella che avrebbe potuto anche apparire come una provocazione non era però frutto di alcuna improvvisazione ma il risultato di studi soprattutto di matrice tedesca. Tra gli approfondimenti italiani che prima di lui avevano riflettuto sul tema l’Autore richiama, peraltro come voce rimasta isolata, lo studio di *Marcello Gallo* a proposito dell’accertamento del dolo, risalente agli inizi degli anni Cinquanta (*ivi*, 456). Ricostruisce le vicende, le discussioni e le ricerche di quegli anni M. NOBILI, *op. cit.*, 63 ss. (in precedenza già anche Id., *Principio di legalità e processo penale, in ricordo di Franco Bricola*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 648 ss.) e, con riferimento ai Convegni in tema che allora si alternarono con particolare rapidità, anche T. PADOVANI, *Il diritto sostanziale e il processo*, cit., 82.

<sup>4</sup> F. BRICOLA, *op. cit.*, 456-457.

Secondo un approccio a tutto campo e in un'ottica generale, il tradizionale rapporto tra diritto penale e rito negli ultimi decenni si è progressivamente trasformato, per cui il processo, inizialmente servo muto del diritto penale sostanziale, a poco a poco è divenuto sempre più loquace, assumendo prima il ruolo di socio paritario e quindi, a seguito della diffusione dei giudizi speciali con il codice del 1989, addirittura quello di socio tiranno del secondo<sup>5</sup>.

Entro questa ricostruzione, che oltretutto non si propone di rappresentare una serie di *stati evolutivi distinti*<sup>6</sup>, le fattispecie incriminatrici sono in diversa misura trasformate e piegate alle esigenze processuali di carattere probatorio. Il legislatore configura le norme penali secondo le necessità del processo. (Si pensi *ex multis* all'estensione dei reati di sospetto e di pericolo presunto, di più facile accertamento, ovvero alla istituzione dell'art. 416-bis c.p., da molti ritenuto superfluo rispetto all'art. 416 c.p., se non nell'ottica di imporre una ben precisa strategia investigativa per le associazioni di stampo mafioso)<sup>7</sup>. E la giurisprudenza, a sua volta, quando le fattispecie, pure così costruite, non soddisfano le esigenze di accertamento, si permette esegesi agli incerti confini del divieto di analogia, in spregio al principio di legalità.

Nella riflessione della dottrina «negli ultimi decenni è diventata realtà l'impensabile[...] una dommatica del diritto penale per risolvere i problemi probatori»<sup>8</sup>. Legislazione e giurisprudenza concorrono insieme alla creazione di nuove forme di tipizzazione<sup>9</sup>, ove le caratteristiche proprie del diritto penale scolorano in prospettive di difficile sistemazione teorica.

La commistione tra riserva di legge e riserva di giurisdizione appanna il tradizionale sistema delle fonti<sup>10</sup>. L'interprete non può più ignorare il «fenomeno della processualizzazione del diritto penale»<sup>11</sup>.

## 2.

### Il processo che dà sofferenza e anticipa la pena.

I formanti processuali, opportunamente abbandonando una prospettiva chiusa su se stessa e sui soli principi e sulle sole garanzie processuali, creano fattispecie, sono essi stessi sanzioni

<sup>5</sup> È la ben nota distinzione di T. PADOVANI, *La disintegrazione del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 430 ss. che, tra l'altro, sottolinea che quando «alla fase del servo muto è subentrata quella del servo loquace (...) il processo penale ha cominciato a costituire un problema per il diritto penale e le sue istanze punitive» (*ivi*, 431). Quando il processo è divenuto un «socio paritario (...) il ciclo della produzione giuridica si [è] insedia[to] stabilmente all'interno del processo» (*ivi*, 433): «(...) il momento concettuale a partire dal quale il diritto penale si esprime come diritto è il momento storico in cui il processo attiva i propri meccanismi; e nella loro dinamica è il diritto penale a presentarsi come "strumento" del processo penale, nel cui ambito si individua e si puntualizza l'oggetto dell'accertamento e si determinano le conseguenze sanzionatorie» (*ivi*, 434). Infine, quando si affermano i giudizi speciali («patteggiamento, rito abbreviato, procedimento per decreto»), che di per sé «hanno una ricaduta sostanziale assai forte (...)», il processo, «intervenedo direttamente sugli istituti sostanziali» da «socio paritario» diviene «socio tiranno» (*ivi*, 435-436). Cfr. anche *Id.*, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 527 ss. Contestualizza opportunamente il rapporto diritto/processo nella storia delle due discipline, a cominciare dal pensiero di Beccaria D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale*, cit., 12-13.

<sup>6</sup> È lo stesso Padovani che, nell'intervento del 2013 precisa molto opportunamente che «la dialettica metaforica del servo e del socio non individua – è chiaro – stati evolutivi distinti e, in qualche modo separati. Si tratta piuttosto di aspetti "compresenti" destinati a manifestarsi nel quadro della complessità e della reciprocità dei rapporti tra diritto penale e processo» (T. PADOVANI, *Il diritto sostanziale e il processo*, cit., 87).

<sup>7</sup> Per queste osservazioni cfr. per tutti M. NOBILI, *Principio di legalità*, cit., 650 e 656. Con riguardo all'ultimo esempio l'Autore scrive: «significativa la vicenda che fece figliare, dall'art. 416 c.p., il suo "bis" (associazione di tipo mafioso): una disposizione incriminatrice – come sappiamo – specializzante rispetto alla prima e destinata, così, a produrre un processo addirittura più articolato e più "difficile" (e comunque diverso del *thema probandum*; una norma la cui reale giustificazione sta nello spingere la magistratura a costruire (...) un certo tipo di inchiesta. Il vecchio art. 416 c.p. (...) come norma generale avrebbe ben potuto coprire anche l'ambito applicativo dell'attuale figura associativa».

G. LUNGHINI, *Problemi probatori e diritto penale sostanziale. Un'introduzione*, in E. Dolcini, C. E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2006, 409 ss., che all'inizio del suo lavoro parla di *funzione plasmatrice del diritto penale sostanziale svolta dai problemi di prova*, dedica un intero paragrafo ai reati di sospetto (419 ss.). Per ulteriori spunti sulle torsioni a cui le problematiche probatorie sottopongono le fattispecie astratte, v. A. GARGANI, *op. cit.*, 106 ss., anche per altre esemplificazioni in tema di fattispecie associative (*ivi*, 114 ss.). Nell'ottica del processualista, v. in particolare D. NEGRI, *La costruzione della fattispecie giudiziaria*, cit., 180 ss.

Per altri riferimenti bibliografici (pressoché sterminati) circa i reati di sospetto e/o di pericolo presunto nell'ottica di cui al testo, v. anche M. CAPUTO, *op. cit.*, 27 e 31.

<sup>8</sup> Cfr. G. MARINUCCI, *Il diritto penale messo in discussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1041, anche per i più opportuni riferimenti a una prospettiva diacronica, con riferimento al sistema delle prove legali. A. GARGANI, *op. cit.*, 107, anche per i riferimenti agli studi degli storici del diritto, parla a questo proposito di *logica del sospetto*.

<sup>9</sup> Per tutti cfr. S. FIORE, *op. cit.*, 138 ss. che tratta delle «tecniche di "tipizzazione" integrate», con riguardo all'«uso di indici probatori in funzione descrittiva», al «metodo di accertamento in funzione selettiva della rilevanza penale» ovvero ancora della «costruzione processuale dell'elemento psicologico».

<sup>10</sup> Si pensi al «caso Contrada» su cui da ultimo v. in particolare V. MANES, «Common law-isation del diritto penale»? *Trasformazione del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.* 2017, 955 ss.

<sup>11</sup> Sono le parole di A. GARGANI, *op. cit.*, 111.

e costituiscono pena<sup>12</sup>. Secondo una sorta di contrappasso dantesco il processo, per sua natura deputato all'accertamento delle ipotesi accusatorie al fine di garantire la legittimità del potere di punire, da codice dei galantuomini diviene anch'esso «codice dei birbanti»<sup>13</sup>, ovvero strumento per la lotta alla criminalità, di minaccia e repressione.

La ben nota e drammatica immagine del «processo come pena»<sup>14</sup> evoca meccanismi complessi e una durata non sempre ragionevole ma, nello stesso tempo, anche una «anticipazione» di pena che nessuno oggi osa più negare<sup>15</sup>.

Il processo è costo e sofferenza; in caso di assoluzione la partecipazione al terribile rito del giudizio richiederebbe un'equa riparazione, se non altro con riferimento agli ingenti costi sostenuti<sup>16</sup>.

Ma se il rito non riesce a esaurirsi in tempi convenienti le misure cautelari possono costituire l'unica sanzione effettivamente subita dall'imputato poi condannato<sup>17</sup>. E le regole processuali, sulla falsariga delle nuove sensibilità in tema di sistema punitivo, si informano a criteri volti a evitare la pena detentiva, considerata, anche in sede di provvedimenti coercitivi, l'*extrema ratio*, sostituita da misure più blande purché efficaci nella prevenzione delle esigenze cautelari per cui le cautele sono disposte (pericoli di inquinamento probatorio, di fuga o di reiterazione del reato, art. 274 c.p.p.).

In tal modo il processo assicura le esigenze di prevenzione generale che non sempre possono essere soddisfatte dalle sanzioni individuate dalla legge. La politica legislativa usa consapevolmente il processo per ragioni securitarie, volte a rassicurare e nello stesso a prevenire condotte particolarmente allarmanti. Istituti quali il giudizio immediato cautelare non hanno altra *ratio* se non quella di stigmatizzare certe forme di criminalità particolarmente diffuse attraverso l'unione di misure detentive e una inusuale celerità di giudizio<sup>18</sup>. Gli effetti che possono essere raggiunti in tema di politica criminale attraverso un inasprimento di pena sono oggi espressamente perseguiti attraverso gli strumenti processuali. Anticipazione di provvedimenti restrittivi e accelerazione, per garantire l'esemplarità e quindi l'effettività della sanzione, sono tipici anche di novelle che incidono sui presupposti delle misure cautelari personali ovvero sui tempi della celebrazione del giudizio.

<sup>12</sup> Cfr. M. NOBILI, *Il processo e il diritto*, cit., 75 ss.

<sup>13</sup> ROMAGNOSI, cit. da A. BONDI, *Philosophieverbot. L'agonia del diritto penale moderno*, in E. Dolcini, C. E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di G. Marinucci*, cit., vol. II, 132.

<sup>14</sup> F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, II ed., Roma, 1949, 48.

<sup>15</sup> Per tutti cfr. di recente e in modo molto efficace, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, G. ILLUMINATI *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1137-1139.

Efficaci a proposito della pena che si sconta prima e non alla fine del processo le osservazioni di M. VOGLIOTTI, *Le metamorfosi dell'incriminazione. Verso un nuovo paradigma per il campo penale?*, in *Pol. dir.*, 2001, 638-639, secondo cui «sul versante processuale, ad esempio, è risaputo come la saturazione verbale che accompagna soprattutto le sue prime fasi si traduca troppo spesso in una completa afasia al momento del prodotto conclusivo (la condanna definitiva e l'esecuzione della pena)»; più avanti (*ivi*, 641) l'Autore riconosce esplicitamente come la «custodia cautelare finisce per essere percepita come la vera e propria pena».

Cfr. anche T. PADOVANI, *Fuga dal carcere*, cit., 74, secondo il quale «per supplire alle distonie dello iato temporale tra accertamento del reato e sentenza definitiva di condanna si profila una serie di risposte differenziate che, per essere la conseguenza di una patologia, risultano alla fine patologiche anch'esse: un po' come quelle medicine che, per curare un male, ne provocano uno diverso. Così, quando la posta in gioco è elevata, e cioè il reato supera una certa soglia di gravità, le esigenze di controllo sociale tendono a soddisfarsi in via anticipata con lo strumento della custodia cautelare, esempio prototipico di distorsione in chiave sostanziale di uno strumento processuale. L'adozione della misura cautelare delinea peraltro una corsia procedimentale relativamente privilegiata, le cui tappe sono scandite da termini idonei a indurre celerità».

F. PALAZZO, *Esecuzione progressiva e "benefici" penitenziari: che cosa conservare*, in *Sistema sanzionatorio*, cit., 156, parla dello «strano nesso che è venuto instaurandosi tra misure cautelari processuali e misure alternative. Alla stregua dell'attuale disciplina è, infatti, evidente l'intento legislativo affinché il condannato libero mantenga lo stato di libertà mentre quello agli arresti domiciliari transiti automaticamente alla detenzione domiciliare. Colui che, invece, si trovi in custodia cautelare, viene per così dire abbandonato al suo destino carcerario, riassumendo per le misure alternative l'ordinaria disciplina priva delle "agevolazioni" di decarcerazione. In conclusione, vi è un evidente condizionamento del processuale *status captivitatibus/libertatis* sull'accesso alle misure alternative».

Cfr. altresì G. SPANGHER, *La funzione rieducativa del processo*, in *Cass. pen.*, 2017, 1232 ss.

<sup>16</sup> Cfr. il recente volume, all'esito di una ricerca PRIN, *La vittima del processo, I danni da attività processuale*, a cura di G. Spangher, Torino, 2017, ove i diversi contributi approfondiscono i danni da processo anche in prospettiva comparata (Unione Europea, giurisprudenza della Corte EDU, sistemi statunitense, tedesco) e ricostruiscono riparazioni e risarcimento dei danni delle singole fasi processuali (indagini, cautele, dibattimento, esecuzione) offrendo anche interessanti spunti di riflessioni su tematiche di confine, quali il danno da irragionevole durata o il danno ai diritti della personalità o alla libertà di iniziativa economica.

<sup>17</sup> G. ILLUMINATI, *loc. cit.*

<sup>18</sup> Per alcune considerazioni sociologiche su questo *modus operandi* cfr. in particolare (anche in comparazione con l'esperienza belga) ancora M. VOGLIOTTI, *op. cit.*, 644-645. Le riflessioni di E. AMODIO e N. GALANTINI a proposito dell'*Illegittimità costituzionale del giudizio immediato custodiale* (in *questa Rivista*, n. 3/2013) sono sintomatiche della estraneità al sistema di simili istituti.

### 3.

## Il processo che sanziona: riti premiali e declaratorie di estinzione del reato.

Accanto al processo come pena sempre più marcati sono i fenomeni processuali che, in vario modo, incidono direttamente sulla funzione della pena e sulla sua determinazione quantitativa secondo forme e criteri che non sono più solo quelli indicati dal legislatore nelle parti generale e speciale del codice penale.

Sono due, in particolare, le categorie di istituti che concorrono a formare i profili di un sistema sanzionatorio che si compone di norme sostanziali e di norme processuali: i riti speciali caratterizzati da aspetti premiali, tra cui spicca una sensibile riduzione della pena, da un lato; le declaratorie di estinzione del reato accompagnate da una serie di condotte dell'imputato, la cui valutazione positiva da parte del giudice esaurisce il processo, dall'altro<sup>19</sup>.

Tra i primi sono ricompresi tutti i giudizi che, a diverso titolo, promuovono una conclusione anticipata del processo "compensando" la rinuncia al contraddittorio con incentivi sul piano sanzionatorio: è il caso del rito monitorio (artt. 459 ss. c.p.p.), del patteggiamento (ai sensi degli artt. 444 ss. c.p.p. in primo grado, a norma dell'art. 599 c.p.p. in appello) e del giudizio abbreviato (artt. 438 ss. c.p.p.)<sup>20</sup>.

Le seconde raccolgono istituti spesso dalla natura ibrida, disciplinati per una parte nel codice penale e per una parte nel codice di rito, che prevedono l'estinzione del reato a seguito di comportamenti in senso lato "satisfattori" dell'imputato: è il caso della querela (artt. 152 ss. c.p., 336 ss. c.p.p.), dell'oblazione (artt. 162 e 162-bis c.p., artt. 464 c. 2-3, 552, 553, 556, 603 c. 7 c.p.p., 141 disp. att. c.p.p.)<sup>21</sup>, dell'estinzione del reato per condotte riparatorie (art. 162-ter c.p.) e della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato (artt. 168-bis ss. c.p., 464-bis ss. c.p.p., 141-bis ss. disp. att. c.p.p.)<sup>22</sup>.

In tutte queste ipotesi la pena, già sottratta a una rigida dosimetria legislativa<sup>23</sup>, è sì il risultato della valutazione discrezionale e motivata del giudice (art. 132 c.p.), ma nel rispetto sia

<sup>19</sup> Come ricorda T. PADOVANI, nel suo manuale alla fine del secolo scorso (*Diritto penale*, Milano, 1998<sup>4</sup>, 462-463) a proposito delle cause di estinzione del reato e della pena in generale, «sotto il titolo "della estinzione del reato e della pena" (art. 150 ss. c.p.) il codice del 1930 ha previsto le cause che in varia guisa determinano l'estinzione della punibilità. Il codice penale del 1889 parlava in proposito di cause di estinzione dell'azione penale (corrispondenti alle attuali cause di estinzione del reato) e cause di estinzione della condanna (corrispondenti alle attuali cause di estinzione della pena), attribuendo in tal modo al fenomeno estintivo una rilevanza strettamente processuale. Si tratta di una prospettiva ancora oggi sostenuta da una parte della dottrina, soprattutto in riferimento a talune cause estintive del reato la cui applicazione non implica un previo accertamento della responsabilità (ad. es. la prescrizione del reato che deve essere immediatamente dichiarata dal giudice con sentenza in qualunque stato e grado del procedimento, a norma dell'art. 129 c. 1 c.p.p. a meno che non ricorrano i presupposti per applicare l'art. 129 c. 2 c.p.p.). Poiché l'estinzione del reato presuppone logicamente la sua effettiva esistenza le cause estintive applicate a prescindere dall'accertamento della responsabilità paralizzerebbero in realtà soltanto il processo penale: il loro effetto sostanziale risulterebbe solo apparente, in quanto si tratterebbe di un mero riflesso della paralisi operata sul processo. Non vi è tuttavia dubbio che la sentenza dichiarativa della causa di estinzione consolida stabilmente i suoi effetti sul piano sostanziale, impedendo in ogni caso un secondo giudizio per lo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto (art. 649 c.p.p.)».

<sup>20</sup> Affronta esplicitamente l'articolato rapporto tra *Riti speciali e trattamento sanzionatorio* R. ORLANDI, in *Sistema sanzionatorio*, cit., 257 ss.

<sup>21</sup> Nell'economia del presente lavoro non si accenna alle altre analoghe ipotesi di oblazione dettate per specifici tipologie di reati: ambientali (su cui per tutti M. C. AMOROSO, *La nuova procedura estintiva dei reati contravvenzionali previsti dal d.lgs. 152/2006. Quali direttive per gli organi accertatori?*, in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2015), in materia antinfortunistica (A. CULOTTA, *Il nuovo sistema sanzionatorio in materia di sicurezza ed igiene del lavoro e le responsabilità penali in caso di attività date in appalto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 949 ss.) ovvero tributaria (S. GALEAZZI, *Il nuovo ravvedimento oneroso*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, 994). Quanto si osserverà nel testo può anche applicarsi loro *mutatis mutandis* ma si tratta pur sempre di categorie del tutto peculiari (v. a questo proposito ad esempio le osservazioni di S. M. CORSO, *Le ricadute processuali dell'estinzione del reato per condotte riparatorie*, in *Arch. pen.*, 2017, fasc. 3, 14, là ove l'Autore discute le affinità tra l'art. 162-ter c.p. e l'art. 13 d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74 come rivisto dopo la riforma del 2015, benché l'uno sia causa di estinzione del reato, l'altro di non punibilità). Delimita similmente il proprio ambito di indagine anche R. ORLANDI, *ult. op. cit.*, 258 sub nt. 1.

<sup>22</sup> Almeno "cronologicamente" a queste ipotesi potrebbe aggiungersi anche la nuova disciplina di cui all'art. 131-bis c.p. in tema di proscioglimento per tenuità del fatto, che però non presuppone alcuna specifica condotta e/o partecipazione da parte dell'indagato/imputato. L'ipotesi si iscrive in ogni caso alla sempre più diffusa tendenza legislativa di "fuggire dal processo e dalla sanzione". Come osserva da ultimo S. M. CORSO, *op. cit.*, 1: «nell'arco di un triennio il legislatore ha sentito la necessità di prevedere quale *lex generalis* una nuova causa di non punibilità con l'art. 131-bis c.p. (...) e due nuove cause estintive del reato con l'art. 168-bis c.p. (...) e con l'art. 162-ter c.p. in esame. Si è in presenza di altrettante opportunità di fuga dal processo e dalla sanzione che si collocano, non casualmente, a cavallo di una depenalizzazione (con i d.lgs. 15 gennaio 2016 n. 7 e n. 8)».

<sup>23</sup> A tal fine è sufficiente richiamare le riflessioni di G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 165-167.

Scrivere all'inizio del millennio E. DOLCINI (*Il castigo sia moderato, ma certo*, in *Sistema sanzionatorio*, cit., 31): «Il disorientamento e lo sconcerto crescono ancora di fronte a casi clamorosi e gravissimi, spesso ambientati nel mondo della finanza e della politica, che mettono a nudo i guasti di sistemi corruttivi endemici, distorsivi della libertà di concorrenza, dell'imparzialità della pubblica amministrazione; fatti per i quali il legislatore commina in astratto pene severe vengono trasformati in bagattelle grazie al patteggiamento, con la conseguenza che persone che apparivano candidate a dure condanne riemergono immediatamente e impunemente, sul palcoscenico della vita pubblica».

dei parametri indicati dall'art. 133 c.p., da un lato, sia di quelli prescritti dal codice di rito in occasione dei giudizi speciali e delle varie ipotesi in cui il processo, in applicazione delle norme di diritto sostanziale in tema di estinzione del reato, esaurisce anzitempo la sua funzione di accertamento, dall'altro<sup>24</sup>.

Diversi gli aspetti da approfondire relativi alla giustificazione e allo scopo dell'esercizio del potere punitivo: se e in quale misura la pena o l'estinzione del reato siano connessi alla funzione cognitiva del processo; come e in che modo gli aspetti premiali collegati al rito o alla estinzione del reato incidano sulla funzione della sanzione in senso lato; se e in quale misura la volontà dell'imputato espressa nei diversi procedimenti in discorso possa essere intesa (anche) come sintomo di resipiscenza o addirittura di ravvedimento e quindi contribuire a una funzione rieducativa o risocializzante<sup>25</sup>.

### 3.1. *Accertamento "in negativo" e pena.*

Nell'ottica della tradizionale funzione cognitiva del processo si assiste a un sempre più profondo scollamento tra le norme volte alla verifica circa la fondatezza dell'ipotesi di accusa da una parte e la pena come indefettibile conseguenza di tale (eventuale) positivo apprezzamento dall'altra.

Il rito monitorio (artt. 459-464 c.p.p.) e l'applicazione della pena su richiesta (artt. 444-448 c.p.p.) dal punto di vista cronologico sono stati i primi giudizi speciali a prescindere da un accertamento pieno circa la ritenuta colpevolezza dell'imputato. Nell'uno e nell'altro caso tra l'irrogazione della pena rispettivamente richiesta dal pubblico ministero o concordata tra le parti e la decisione del giudice si pone solo un obbligo giurisdizionale "in negativo". Prima di disporre del decreto di condanna richiesto ovvero di applicare la pena patteggiata il giudice, infatti, ha esclusivamente l'onere di deliberare se gli elementi di prova sottoposti alla sua attenzione consentano pregiudizialmente una *immediata declaratoria di non punibilità* (ex art. 129 c.p.p. richiamato esplicitamente dall'art. 444 c. 2 e 459 c. 3 c.p.p.). Solo se sulla base degli atti emerge, ad esempio, che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso ovvero ancora che sussiste una qualche ragione di estinzione del reato, l'organo giurisdizionale pronuncia una decisione esplicita circa la (in)fondatezza dell'imputazione<sup>26</sup>. Se non sussistono evidenze per tali declaratorie, il giudice provvede a disporre la sanzione richiesta, e quindi a irrogare una pena senza che il provvedimento sanzionatorio sia preceduto da un accertamento pieno di colpevolezza<sup>27</sup>.

L'obbligo della declaratoria di una causa di non punibilità che emerga dagli atti si accompagna in entrambi gli istituti all'esclusione di diritto della eventualmente costituita parte civile

<sup>24</sup> Come accennato anche dal Giudice delle leggi in occasione della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 444 c.p.p. del 1990 a proposito dell'allora illegittima omissione circa il potere giurisdizionale di valutare la congruità della pena, il potere di irrogare la "punizione" è rimesso al giudice nell'ambito di diversi parametri legislativi, siano essi contenuti nel diritto penale sostanziale o in quello processuale. In particolare, nella sentenza n. 313/1990, la Corte costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 444, c. 2 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva che, ai fini e nei limiti di cui all'art. 27 c. 3 Cost., il giudice potesse valutare la congruità della pena indicata dalle parti, rigettando la richiesta in ipotesi di sfavorevole valutazione, ha «ricordato che i giudici *a quibus*, pur riconoscendo al legislatore il potere di dettare criteri diversi da quelli contemplati nell'art. 133 c.p. esigono però che ogni eventuale modificazione dipenda da situazioni rigorosamente predeterminate. Ebbene, non sembra che il principio di soggezione del giudice soltanto alla legge, di cui al primo comma dell'art. 101 Cost., riceva offesa da questi e da altri interventi che la particolare natura del nuovo processo riconosce al potere dispositivo delle parti nel contesto del sistema accusatorio. (...) non può essere rifiutato in linea di principio un potere che, lungi dal pregiudicare quello del giudice, è concepito in funzione di collaborazione ad una rapida affermazione della giustizia con una effettiva ed immediata applicazione della pena. D'altra parte, non sembra nemmeno esatto che la situazione, su cui le parti sono autorizzate a presentare la richiesta consensuale di applicazione della pena, non sia sufficientemente predeterminata».

<sup>25</sup> La prospettiva rimane quella di un processualista, in quanto tale, come è già stato ben espresso da altri, «soggetta alla relatività del proprio punto di vista, con i postulati della specializzazione disciplinare [in tal caso processuale, ma il discorso è reciproco nei confronti del diritto sostanziale] a fungere, contemporaneamente, da paraocchi e da categorie fondamentali per comprendere il fenomeno osservato» (così efficacemente R. ORLANDI, *ult. loc. cit.*).

<sup>26</sup> Nella sentenza n. 313/1990 cit. la Consulta scriveva: «parimenti predeterminata è la necessità che non sussistano le condizioni legittimanti il proscioglimento "allo stato degli atti". Se queste sussistono, infatti, si sovrappone alla volontà delle parti il potere-dovere del giudice di applicare (...) l'art. 129. Altrettanto dicasi se la parte privata abbia subordinato l'efficacia della sua richiesta alla concessione della sospensione condizionale della pena: nel qual caso il giudice, se ritiene la parte immeritevole del beneficio, rigetta l'intera richiesta».

Per considerazioni molto critiche circa il ritenuto non necessario accertamento per l'irrogazione della pena patteggiata, cfr. in particolare G. LOZZI *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, in *Sistema sanzionatorio*, cit., 241-243 ss. Riassume il dibattito sul punto qualche anno più tardi E. AMODIO, *Giustizia penale negoziata e ragionevole durata del processo*, in *Cass. pen.*, 2006, 3406 ss.

<sup>27</sup> Per l'analisi dell'art. 129 c.p.p. nei vari riti speciali cfr. ampiamente L. SCOMPARI, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Torino, 2008, 187 ss. e A. M. CAPITTA, *La declaratoria immediata delle cause di non punibilità*, Milano, 2010, 115 ss.

(cfr. artt. 444 c. 2 c.p.p.) e le relative decisioni non fanno stato in altri giudizi (cfr. artt. 651 e 652 c.p.p.). Il legislatore è consapevole che i rispettivi provvedimenti non sono idonei a costituire alcun vincolo; essendo privi di un accertamento pieno, applicazione della pena e decreto di condanna esauriscono i propri effetti nel procedimento in cui sono stati resi.

La sanzione non segue a una piena affermazione di responsabilità, ma è la mera conseguenza di una ben precisa condotta dell'imputato che, con le sue decisioni (non opponendosi al decreto di condanna o concordando la misura della pena), si sottopone volontariamente a una "punizione" senza processo.

Analoga struttura presiede il procedimento della messa alla prova, dell'ammissione alla oblazione o della declaratoria di estinzione del reato a seguito di condotte riparatorie. Nella prima ipotesi, la legge (art. 464-*quater* c. 1 c.p.p.) prevede espressamente che prima di provvedere sulla sospensione il giudice debba valutare se sussistono gli estremi per una pronuncia ai sensi dell'art. 129 c.p.p. La *ratio* è quella di evitare che l'imputato sia sottoposto al programma di trattamento elaborato con l'ufficio di esecuzione penale esterna quando *ex actis* emerge la sua estraneità al fatto di reato. In occasione della richiesta di oblazione (comunque prima dell'apertura del dibattimento: cfr. artt. 162 e 162-*bis* c.p.) e/o della predisposizione di precise condotte riparatorie, invece, l'operatività dell'art. 129 c.p.p. è implicita; anche in queste due ipotesi, però, i rispettivi profili sanzionatori degli istituti richiamati operano senza un preventivo accertamento pieno della colpevolezza dell'imputato. Va da sé che considerazioni del tutto simili accompagnano anche la declaratoria di estinzione del reato a seguito di remissione di querela, che, potendo intervenire in qualsiasi momento del procedimento, è anzi del tutto indipendente dall'*iter* volto all'accertamento della fondatezza dell'accusa.

## 3.2.

### *Dosimetria e aspetti premiali.*

Come è noto, il legislatore del processo prevede riduzioni sensibili di pena sia nel rito monitorio sia nel patteggiamento (artt. 459 c. 2, 460 c. 2 e 444 c. 1 e 1-*bis* c.p.p.). È altresì prevista una riduzione della pena in caso di condanna all'esito del giudizio abbreviato.

Nei primi due casi, la riduzione si accompagna anche ad altri incentivi. Sul piano della sanzione i relativi provvedimenti non comportano la condanna alle spese del procedimento né l'applicazione di pene accessorie; dopo un certo periodo senza che l'imputato commetta ulteriori reati i reati si estinguono e cessa ogni effetto penale (art. 445 c.p.p.). Nei limiti di quanto previsto dagli artt. 163 ss. c.p. è possibile subordinare la pena alla sospensione condizionale (art. 444 c. 3 c.p.p.). Anche il fatto che entrambe le statuizioni non abbiano alcuna rilevanza nei giudizi civili e amministrativi costituisce un ben preciso incentivo per i due giudizi. Come si è appena osservato, infatti, in questi casi l'azione di risarcimento danno è rimessa alle cure del giudice civile.

Le fattispecie su cui possono incidere gli strumenti di mitigazione in discorso non sono di poco conto. La fascia di reati per cui è possibile ricorrere al rito monitorio, specie se si considera come la recente l. 103/2017 abbia adeguato l'importo per la conversione della pena pecuniaria (cfr. art. 459 c. 1-*bis* c.p.p.), raccoglie ipotesi non solo bagatellari: la diminuzione sino alla metà del minimo edittale della pena detentiva entro i sei mesi, per cui è quindi possibile disporre la conversione nella sanzione pecuniaria, interessa condotte punite in astratto anche con un anno e più di pena detentiva. A sua volta il patteggiamento, specie nella forma cd. "allargata", ormai comprende un insieme di fattispecie dalla gravità medio-alta<sup>28</sup>. Se a questi due istituti si aggiunge il rito abbreviato, accessibile per qualsiasi ipotesi criminosa (cfr. art. 442 c. 2 c.p.p.), il capitolo propriamente processuale del sistema sanzionatorio può dirsi completo.

L'istituto dell'oblazione disciplinato nell'ambito del diritto penale sostanziale, (cfr. artt. 162

<sup>28</sup> Già G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., 168 [§ 3.2.2] prima ancora della riforma che avrebbe introdotto nel 2006 il cd. "patteggiamento allargato", osservava come «il limite di due anni di pena detentiva patteggiabile in primo grado consent[isse] un "commercio con la giustizia" che può abbracciare reati molto gravi, declassati a reati bagatellari».

Secondo E. DOLCINI, *op. cit.*, 38, il patteggiamento «sostanzialmente nullifica la risposta sanzionatoria (...)». È almeno dubbio che ancora si possa parlare di punizione a fronte di un meccanismo processuale che riduce il trattamento sanzionatorio ad un'entità poco più che simbolica. Prevenzione generale significa non solo deterrenza, ma anche orientamento culturale: l'effetto generalprevenitivo postula cioè l'interiorizzazione da parte dei consociati delle valutazioni politico-criminali espresse dal legislatore attraverso la norma incriminatrice; e questa possibilità appare preclusa se il cittadino ha dinanzi agli occhi una giustizia penale disposta a ridurre gravi reati a bagatelle, e ciò soltanto in funzione della docilità processuale dell'imputato».

e 162-bis c.p.), prevede la riduzione sino a un terzo o alla metà del massimo della pena pecuniaria comminata a seconda che la contravvenzione per cui si procede sia punita con la sola pena dell'ammenda ovvero con pena alternativa, nel qual caso è richiesto altresì il ripristino dello stato dei luoghi.

I confini del sistema sanzionatorio non sono univocamente tracciati nell'ambito del codice penale, ma trovano un loro spazio nel codice di rito. Il processo entra a far parte a pieno titolo del sistema sanzionatorio non solo nella prospettiva del giudice che, all'esito dell'accertamento della fondatezza della domanda penale, deve provvedere in ordine al *quantum* di pena.

Il legislatore processuale si affianca a quello del diritto sostanziale e, al fine dell'individuazione della commisurazione della pena, il bilanciamento tra bene protetto dalla norma incriminatrice e disvalore del fatto si estende sino a considerare l'"incognita" processuale. Per le categorie di reati indicati nel codice di rito, il legislatore del processo riduce la sanzione penale in forza di condotte che, in vario modo, riducono i costi del processo.

Il processo, pena di per sé, diviene merce di scambio proprio per i profili sanzionatori<sup>29</sup>. Alla rinuncia alla pena del processo corrisponde una diminuzione della pena detentiva o pecuniaria che verrà quindi irrogata in una misura diversa da quella che sarebbe stata irrogata senza la diminuzione per il rito.

La sanzione è disposta all'esito di valutazioni che, in un sistema a più variabili, prendono in considerazione sia profili di diritto penale sostanziale sia aspetti processuali.

### 3.3. *Volontarietà e sanzione.*

Nei riti speciali a carattere premiale la sanzione può prescindere dall'accertamento, che rileva solo se, e nella misura in cui, può essere "risparmiato" alle risorse dello Stato proprio a seguito della scelta di quel tipo di giudizio.

Dal punto di vista dell'imputato la sanzione diviene una scelta: una scelta che incide anche sulla funzione della conseguente pena.

Non opporsi al decreto penale, concordare o accettare una determinata sanzione in caso di patteggiamento o, rispettivamente, di oblazione; adoperarsi per risarcire il danno al fine di ottenere una declaratoria di non punibilità in presenza appunto di condotte riparatorie ovvero una remissione di querela in caso di reati condizionati all'istanza di punizione della persona offesa; proporsi per lavori di pubblica utilità e/o attivarsi per riconciliarsi con la vittima ovvero ancora, anche in tal caso, adoperarsi per eliminare le conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato in caso di messa alla prova; accettare un giudizio "allo stato degli atti": sono tutte condotte che presuppongono considerazioni molto articolate da parte dell'indagato o imputato. Da una parte c'è il processo e le sue forme di stigmatizzazione, dall'altra una serie di comportamenti che consentono di evitare la gogna mediatica<sup>30</sup>.

Nel chiedersi se «il processo penale può connotarsi con i tratti di una funzione rieducativa del condannato», la dottrina processualista si è soffermata proprio e in particolare modo sui riti speciali<sup>31</sup>. La ricerca di una risposta, ancora lontana da soluzioni univoche e definitive, passa attraverso la valutazione delle scelte che l'imputato è chiamato ad assumere una volta che l'autorità giudiziaria sia stata posta a conoscenza della *notitia criminis*.

Non si tratta di indugiare sul sospetto, in realtà un ossimoro, secondo cui sarebbe lo stesso accusato, con una condotta in senso lato "autoconfessoria", a sottoporsi alla pena a prescindere da una sua formale condanna. Ci si deve interrogare sui profili valoriali che tali scelte rivestono al fine della sua (eventuale) risocializzazione.

Prima ancora di far risparmiare allo Stato costi e risorse, l'imputato che accetta a vario tito-

<sup>29</sup> Cfr. analogamente T. PADOVANI, *Fuga dal carcere*, cit., 74, secondo il quale «per contrastare il fenomeno [della tirannia del tempo che «rende discrezionale ciò che ci si ostina a definire obbligatorio»], ci si è aperti al mercato: la brevità del processo è divenuta ragione di scambio con la riduzione del carico sanzionatorio».

<sup>30</sup> Non si dimentichi a questo proposito che il giudizio abbreviato di regola non è pubblico (cfr. art. 441 c. 3 c.p.p.).

<sup>31</sup> G. SPANGHER, che apre il proprio intervento (*La funzione rieducativa*, cit., 1230) con la domanda citata, prosegue rispondendo affermativamente con specifico riguardo alle declaratorie di non punibilità per la particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.) o a seguito di condotte riparatorie (art. 162-ter c.p.), con riferimento alla messa alla prova nonché agli istituti del patteggiamento, del decreto penale di condanna e dell'oblazione, sino a ragionare intorno alla sospensione condizionale della pena.

Sugli specifici «connotati processuali e sostanziali della premialità negoziata» (titolo del relativo § 2), cfr. ancora R. ORLANDI, *ult. op. cit.*, 260-262, e più di recente M. CAPUTO, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 148 ss.

lo una certa sofferenza senza un accertamento definitivo o tiene condotte riparatorie e, in certi casi, riesce altresì a comprendere il danno arrecato conciliandosi con la sua vittima, dimostra in modo abbastanza univoco la sua propensione a reinserirsi nel contesto della società civile<sup>32</sup>.

## 4.

### Alla ricerca di una (impossibile) sintesi.

Se non è inquadrabile univocamente il rapporto tra diritto e processo penale, ancora più articolata è la relazione tra questi due ambiti nell'ottica della pena. L'attuale "sistema sanzionatorio", se ancora di "sistema" si può parlare, è un insieme di forze che convergono e/o divergono con risultati non sempre prevedibili.

Il legislatore persegue funzioni generalpreventive e retributive tanto con il giudizio esemplare, come nel rito immediato cautelare, quanto con elevate sanzioni edittali. La funzione specialpreventiva è affidata sia alla valutazione del giudice circa la congruità della pena nel rispetto dell'art. 129 c.p.p. sia alle decisioni dell'imputato. Quella in senso lato risocializzante costituisce il prodotto vettoriale delle condotte dell'accusato, della persona offesa e del pubblico ministero in tutti i diversi riti alternativi, dalla messa alla prova agli accordi sulla pena (o sulla non irrogazione della stessa in caso di estinzione del reato).

Le diverse forme attraverso cui l'ordinamento reagisce all'illecito trascinano in spazi e luoghi governati da principi differenti e non sempre coerenti con gli scopi dell'asserito sistema sanzionatorio.

L'esemplarità del rito pregiudica i diritti dell'imputato al "giusto processo". L'accesso ai giudizi premiali altera il senso della pena, calibrata su parametri diversi dal fatto di reato<sup>33</sup>. Gli accordi tra accusato e vittima aprono le porte del sacro recinto del rito, da tempo riservato agli attori pubblici. Il reinserimento sociale dell'imputato (non necessariamente condannato) si colloca all'incrocio di esigenze economiche o di mercato (l'efficienza del processo e la diminuzione del carico) e istanze etiche (il suo coinvolgimento in condotte in senso lato riparatorie).

Le domande a cui lo studioso deve rispondere riposano entro i confini frastagliati di una logica *fuzzy*<sup>34</sup>, che non consentono una successione argomentativa meramente lineare. Le teorie della pena oggi non possono più prescindere dal processo; e lo studio del rito non può più ignorare le relative ricadute sostanziali.

<sup>32</sup> E. AMODIO, *Vitalità della codificazione nell'esperienza penale postmoderna*, in L. Storioni, G. Insolera (a cura di), *Gli ottant'anni del Codice Rocco*, Bologna, 2012, 61, parla del «valore insito nella autoimposizione della pena che si realizza a mezzo dell'accordo. L'accordo — si dice — comporta che l'imputato scelga e accetti la sanzione prima che gli venga inflitta. E quindi non ha più davanti a sé il giudice con l'elmetto che gli dice qual è la pena che dovrà scontare. Nel patteggiamento quel tanto che si perde sotto il profilo della legalità un po' flessibile, si recupera sul piano morale e rieducativo dell'autodeterminazione del trattamento sanzionatorio riconosciuto a priori giusto dall'imputato che lo individua ancor prima della pronuncia del giudice».

<sup>33</sup> Cfr. in particolare D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 509 [§ 3.1] secondo cui nel caso dei riti premiali «la commisurazione della pena viene differenziata secondo criteri che non hanno a che fare né con la gravità del fatto, né con la colpevolezza dell'autore: la riduzione di pena per la scelta del rito (o per la mera accettazione del rito, nel caso di decreto penale non opposto) è fuori e contro i criteri della proporzione retributiva. È pure fuori dell'ottica della prevenzione speciale: la scelta (o accettazione) d'un rito semplificato non ha, di per sé, alcun significato per la valutazione della personalità dell'imputato e dell'eventuale 'bisogno di pena'. Potrebbe caso mai essere legata ad altri elementi che abbiano un tale significato (per es. un'eventuale ammissione di responsabilità); ma il rilievo di tali elementi sarebbe del tutto indipendente dalla scelta del rito, e valutabile nei limiti della 'normale' commisurazione della pena».

<sup>34</sup> Per tutti con diversi spunti nell'ambito del diritto penale cfr. F. PUPPO, *Logica fuzzy e diritto penale nel pensiero di Mireille Delmas-Marty*, in *Criminalia*, 2009, 631 ss.