

# SOCIOLOGIA DEL DIRITTO

RIVISTA QUADRIMESTRALE XVII/1990/1-2

a cura della Commissione permanente di sociologia del diritto Centro nazionale di  
prevenzione e difesa sociale

*Direttore* Renato

Treves

*Condirettori*

Vincenzo Tomeo, Vincenzo Ferrari

*Comitato di direzione*

Andrea Bixio, Mario A. Cattaneo, Massimo Corsale, Amedeo Cottino, Vittorio Denti, Carla Faralli,  
Alberto Febbraio, Vincenzo Ferrari, Mario Jori, Mario G. Losano, Guido Maggioni, Pio Marconi,  
Giorgio Rebuffa, Eligio Resta, Ernesto Ugo Savona, Uberto Scarpelli, Vincenzo Torneo, Renato  
Treves

*Coordinamento redazionale*

Valerio Pocar, Nella Gridelli Velicogna

*Redazione*

Renato Boniardi, Maria Rosaria Ferrarese, Vincenzo Ferrari, Morris L. Ghezzi, Alberto Giasanti, Nella  
Gridelli Velicogna, Massimo La Torre, Franco Lombardi, Guido Maggioni, Vittorio Olgiati, Sergio  
Pappalardo, Jacinta Paroni Rumi, Valerio Pocar (redattore capo), Paola Ronfani, Vera Segre,  
Vincenzo Torneo

*Corrispondenti*

(del Gruppo per la documentazione del Comitato di ricerca in sociologia del diritto dell'Associazione  
internazionale di sociologia)

Richard Abel (Los Angeles), André Jean Arnaud (Ovati), Erhard Blankenburg (Amsterdam), Sergei  
V. Bobotov (Mosca), Masaji Chiba (Tokyo), Jacques Commaille (Paris), Roger Cotterrell (London), Elias  
Diaz (Madrid), Lawrence M. Friedman (Stanford), Kalman Kulcsar (Budapest), Adam Podgórecki  
(Ottawa), Manfred Rehbinder (Zurich), Klaus Rühl (Bochum), Boaventura de Sousa Santos (Coimbra),  
Claudio Souto (Pernambuco), Denis Szabó (Montreal), Gunther Teubner (Firenze), Paavo Uusitalo  
(Helsinki), Jean van Houtte (Antwerpen), Radi Vassilev Radev (Sofia)

## INDICE

---

<i>Vincenzo Torneo</i> Ragioni del diritto e ragioni dell'economia	pag.	5
<i>Guido Alpa</i> Strumenti privatistici ed esigenze economiche. Ipotesi sintomatiche di interventi correttivi, adesivi o distorsivi delle regole di mercato	»	7
<i>Romano Bettini</i> Il teorema della copertura amministrativa delle leggi	»	25
<i>Furio Bosello</i> La certezza del diritto nei rapporti tributari	»	39
<i>Guido Calabresi</i> Il futuro dell'analisi economica del diritto	»	47
<i>Gastone Ceccanti</i> Rapporti gerarchici e rapporti di coordinamento nella produzione sociale	»	55
<i>Gian Primo Cella</i> Comportamento economico e razionalità sociale	»	77
<i>Massimo Corsale</i> Politica sociale e non-governo dell'innovazione	»	89
<i>Guido Corso</i> Lo stato come dispensatore di beni. Criteri di distribuzioni, tecniche giuridiche ed effetti	»	109

<i>Alberto Febbrajo</i> Diritto ed economia nel pensiero di Bruno Leoni	pag. 133
<i>Francesco Galgano</i> Le fonti del diritto nella società post-industriale	» 153
<i>Tzvetana Gerdjikova</i> Una radicale riforma economica ed alcune sue conseguenze. Il caso della Bulgaria	» 165
<i>Franco Lombardi</i> La corruzione come momento del processo di allocazione delle risorse	» 173
<i>Sebastiano Maffettone</i> Consolazioni pragmatiste per interpreti delusi	» 205
<i>Ugo Pagano</i> Determinazione endogena dei diritti di proprietà in una economia di mercato	» 213
<i>Roberto Pardolesi</i> Un moderno Minotauro: <i>Law and Economics</i>	» 225
<i>Franco Romani</i> Diritto ed economia: la prospettiva di un economista	» 245
<i>Ernesto Ugo Savona</i> Un settore trascurato: l'analisi economica della criminalità, del diritto penale e del sistema di giustizia penale	» 255
<i>Aristide Tanzi</i> Il tentativo italiano della programmazione economica: di diritto e economia tra utopia e razionalità progettuale	» 279
<b>Summaries</b>	» 301

*Nella fase preparatoria del convegno, tenutosi a Siena nei giorni 22 e 23 marzo 1989, in cui furono presentati e discussi i contributi qui raccolti, il compianto professore Vincenzo Torneo, scomparso nel marzo scorso, scrisse la breve presentazione che apre questo fascicolo pubblicato in suo onore e dedicato alla sua memoria.*

RAGIONI DEL DIRITTO E RAGIONI DELL'ECONOMIA di  
Vincenzo Torneo

I rapporti tra diritto ed economia sono da alcuni anni oggetto di interesse da parte della cultura sociologica non meno che da parte della cultura giuridica e tale interesse ha dato luogo a studi e ricerche che è opportuno considerare non soltanto con riguardo ai loro specifici contributi, ma anche in una prospettiva comune e sotto un profilo interdisciplinare. Che i dati istituzionali e l'organizzazione giuridica siano condizioni del sistema delle relazioni economiche e costituiscano uno dei fattori nel calcolo dei costi è un principio di carattere generale, già presente nel pensiero degli economisti classici. In tempi recenti tale presupposto teorico ha trovato occasione di approfondite, ricerche, sulla scorta degli studi anticipatori di Coase e Stigler, che hanno portato ad un indirizzo accademico e scientifico noto con il nome di «analisi economica del diritto».

È questo un primo modo di intendere i rapporti tra diritto ed economia: una prospettiva in cui si possono studiare i rapporti di diritto privato in un'economia di mercato, cercando di valutare quale sia la migliore disciplina giuridica dei rapporti contrattuali. In tale ambito gli istituti tradizionali del diritto privato (proprietà, contratto, responsabilità civile etc.) sono considerati da un punto di vista che va oltre la tradizione formalistica e che vede il legislatore come un soggetto politico, titolare di poteri, che distribuisce beni e risorse ai cittadini.

se spera di completare il prologo di Coase in modo da far fronte all'ampio spettro di strutture negoziali rivelato dal flusso delle cause».

E così l'economista Coase ha creato una potente struttura intellettuale per ridare una maggiore importanza ai giuristi. Speriamo che gliene siano grati e continuino a mantenere cattedre di materie economiche nella facoltà di giurisprudenza.

## UN SETTORE TRASCURATO: L'ANALISI ECONOMICA DELLA CRIMINALITÀ, DEL DIRITTO PENALE E DEL SISTEMA DI GIUSTIZIA PENALE'

di Ernesto Ugo Savona

### *Premessa*

Rispetto ad altri settori più sviluppati dell'«analisi economica del diritto», le sue applicazioni ai problemi della criminalità, del diritto penale e del sistema di giustizia penale hanno avuto scarsa influenza sulla cultura giuridica penalistica, anche nell'ambito nord-americano'. Diverse le ragioni, e tra queste una certa difficoltà ed un certo disinteresse da parte dei giuristi a ragionare in termini di efficienza con *statute laws* quali sono le norme penalistiche. Difficoltà e disinteresse, che scaturiti anche da una preferenza ad occuparsi di efficienza nelle decisioni delle Corti, hanno orientato la ricerca e le applicazioni verso i diversi settori del diritto civile e commerciale (*Tort, Contract, Anti trust etc.*)<sup>3</sup>.

Se ne sono occupati all'inizio, e se ne occupano oggi, prevalente

1. Questo saggio è stato iniziato nei mesi di Marzo, Aprile e Maggio 1988 durante un periodo di *visiting* presso la Yale Law School della Yale University. Ringrazio il preside prof. Guido Calabresi e gli altri Colleghi della Facoltà per i preziosi consigli, la collaborazione e l'aiuto ricevuti. Sono stati questi i presupposti del mio attuale lavoro di ricerca.

2. H. Hansmann, «The Current State of Law-and-Economics Scholarship», *Journal of Legal Education*, 33, 1983, p. 224.

3. È urgente un confronto ed un approfondimento dei risvolti e dei collegamenti tra analisi economica del diritto e teorie delle scelte pubbliche. A queste scelte, infatti, appartengono molte delle decisioni di politica criminale. Un tentativo recente è quello di S. Rose-Ackerman, «Law and Economics: Paradigm, Politics or Philosophy», Yale Law School 1988, paper presentato al Law, Economics, and Organization Workshop della Yale Law School.

mente studiosi di formazione economica, mentre va crescendo, anche se in modo problematico, l'interesse di studiosi di altre scienze sociali'. Ricorrono nella letteratura sull'argomento dizioni come «analisi economica del diritto penale», «analisi economica della criminalità», «analisi economica del sistema di giustizia penale». Esistono anche orientamenti e prospettive diverse. C'è una analisi «positiva», cioè l'uso di categorie economiche per spiegare come si comportano le norme giuridiche ed il sistema di giustizia penale, e c'è una analisi «normativa» che tende a definire la migliore soluzione possibile per un dato problema'.

Il titolo di questo saggio vuole comprendere i momenti centrali di questa problematica: la spiegazione attraverso l'analisi economica del comportamento criminale ed in base a questo presupposto, lo sviluppo dell'analisi dei modi ottimali attraverso i quali i sistemi di giustizia penale possono controllare il fenomeno criminale. Tra questi: il diritto penale ed il sistema di giustizia penale. Proprio da questo ambito si partirà per discutere il contributo dell'analisi economica alla definizione della categoria del reato. Si esamineranno poi quali elementi concorrono alla decisione «razionale» di commettere il reato e come il sistema di giustizia penale può ostacolare questa decisione. In conclusione si discuterà il contributo di questa analisi allo studio della criminalità organizzata ed alla elaborazione di strategie efficaci per controllarla.

### 1. La definizione di reato e la funzione del diritto penale

Tradizionalmente un reato costituisce la violazione di un precetto contenuto in una norma penale. Esiste una gradualità nella scala di gravità dei reati ed in quella delle reazioni corrispondenti, per alcuni aspetti simile e per molti altri diversa dal danno arrecato in sede di responsabilità civile. In ogni reato esiste una azione-ommissione nel fare o non fare qualcosa che è prescritto. È un elemento presente anche nella responsabilità civile. Soltanto che in questa non viene considerata l'intenzione di arrecare un danno mentre nel caso del reato questa intenzione (*mens rea*) è considerata spesso come necessaria per l'esistenza della stessa categoria. La combinazione tra *mens rea*, il

4. J.J. Donohue III, «Law and Economics: The Road Not Taken», *Law and Society Review*, 22, 5, 1988, p. 922.

5. A. Klevorick, «Torts and Crimes», *The Columbia Law Review*, giugno 1985.

danno arrecato e la proibizione di questo comportamento da parte del diritto, produce la categoria giuridica del reato e le sue conseguenze sul versante della reazione: le sanzioni'.

La riflessione economica sul diritto penale parte proprio da queste considerazioni per arrivare attraverso un ragionamento interessante a conclusioni non nuove, relative alla necessaria differenza tra responsabilità civile e responsabilità penale e quindi alla giustificazione economica dell'esistenza di un diritto penale e delle sue sanzioni'. La domanda alla quale rispondono gli studiosi è la seguente: perché il danno prodotto da un comportamento «colposo» dà luogo al risarcimento del valore stimato della quantità di danno arrecato, mentre il danno prodotto con l'intenzione di arrecarlo dà luogo ad una sanzione di ammontare più grande del valore dei danni arrecati? La spiegazione secondo Calabresi e Melamed sta nella differenza tra *property entitlements* e *liability entitlements*, e condannare un ladro con una sanzione equivalente all'ammontare del furto commesso, vorrebbe dire convertire tutti i *property rule entitlements* in *liability rule entitlements*<sup>6</sup>. E considerata la necessità di mantenere questa distinzione, occorre un qualche cosa in più che preservi dal rischio di questa conversione'. Questo «kicker» è proprio la sanzione penale. Infatti per Posner «la funzione del diritto penale è quella di imporre costi aggiuntivi alla condotta illegale quando i rimedi convenzionali al danno sarebbero insufficienti a limitare questa condotta ad un livello efficiente»<sup>7</sup>. Il furto, infatti, può essere considerato una transazione effettuata coercitivamente e, quando sono disponibili altre alternative sul mercato, sostitutiva di una transazione lecita e quindi efficiente. La punizione prevista per questa violazione dovrebbe essere equivalente alla somma dei costi sociali della violazione e dei costi aggiuntivi procurati al sistema giuridico per sostituire transazioni di mercato (acquisto di bene) a transazioni coercitive (furto)".

6. W.H. Hirsch, *Law and Economics. An Introductory Analysis*, Academic Press Inc., New York, 1979, p. 192.

7. R. Posner, «An Economic Theory of the Criminal Law», *The Columbia Law Review*, ottobre 1985.

8. G. Calabresi e A. Douglas Melamed, «Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral», *Harvard Law Review*, 88, 1972, p. 1125.

9. *Ivi*, p. 1126.

10. R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 2 ed., Little e Brown, Boston, 1977, pp. 163-4.

11. *Ivi* p. 166. Sul problema e sui limiti di una possibile transazione tra consumazione del reato ed acquisto del bene da un soggetto consenziente v. G.P. Fletcher, «Symposium on Law and Economics: A Transaction Theory of Crime?» *The Columbia Law Review*, giugno 1985.

A sostegno della specificità della funzione del diritto penale nell'introdurre costi al reato, maggiori che se lo stesso comportamento restasse nell'ambito delle leggi civili e quindi della compensazione, va considerata la probabilità, sempre inferiore ad 1, che il soggetto che compie il furto venga scoperto, arrestato e punito. Ipotizziamo che un soggetto stia considerando l'alternativa tra l'acquisto di un bene del valore di un milione oppure il suo furto. Se sceglie questa seconda ipotesi e, ipotizzata una probabilità del 50% di essere scoperto, arrestato e punito, se il soggetto fosse responsabile soltanto civilmente e non ci fosse punizione, il costo atteso della acquisizione illegale del bene sarebbe  $1.000.000 \times 0,5$ , cioè 500.000 lire. In assenza di altre motivazioni e sul piano esclusivamente razionale lo stimolo a rubare sarebbe certamente grande. Per potere dissuadere il potenziale ladro, che si presuppone individuo razionale ed informato, la sanzione inflitta al comportamento illegale dovrà essere di ampiezza tale da rendere il comportamento punito meno conveniente dell'alternativo comportamento legale.

Questo ragionamento ha un presupposto: la centralità della *mens rea* nel distinguere tra una responsabilità di tipo civile ed una di tipo penale. Ma proprio questo presupposto è messo in discussione dalle evoluzioni del diritto penale orientato verso una regolazione di certi comportamenti, *indipendentemente* dalla presenza di questo presupposto. Per esempio viene considerata violenza carnale un rapporto sessuale di tipo consensuale tra adulto ed un minore dell'età richiesta dall'ordinamento, *indipendentemente* dalla conoscenza della minore età di uno dei due. Nella stessa direzione vanno una serie di reati a protezione dell'interesse pubblico quando l'attore non conosce i requisiti richiesti dalla legge per la effettuazione di quella attività. Una direzione che l'analisi economica del diritto ha indirettamente facilitato ponendo in risalto la centralità del danno arrecato rispetto all'intenzionalità di commettere un reato. Ritorna il dubbio che laddove questo danno possa rientrare all'interno di una transazione di mercato il reato finisca. Si pensi ai tentativi di dare una valutazione monetaria all'inquinamento delle acque o da rumore" e che sulla base di questa valutazione ente inquinante e comunità inquinata arrivino a definirsi

12. R. Cooter, T. Ulen, *op. cit.*, p. 515.

13. Un esempio di studio classico è quello della scelta del luogo dove costruire il terzo aeroporto di Londra: Commission on the Third London Airport, *Papers and Proceedings*, vol. II, parts 1 and 2, H.M.S.O., Londra, 1970.

re la misura della compensazione, in grado di fare accettare alla comunità inquinata il rumore, ed all'Ente il mantenimento dell'attività inquinante. Una soluzione più efficiente della criminalizzazione del comportamento, certamente discutibile sotto molti punti di vista, non ultimo l'attribuzione di valori monetari ai beni ambientali<sup>14</sup>.

## 2. La decisione di commettere un reato

Fin qui si è parlato di diritto penale. Ma la sua contraddittorietà è grande se ci si rende conto che nelle sanzioni che questo diritto predispone, sono contemplati obbiettivi diversi e spesso in conflitto e non raggiungibili simultaneamente. Il diritto penale infatti è un misto di deterrenza, risarcimento, vendetta.

Se il fondamento della *mens rea* sembra attenuarsi, altre motivazioni sono alla base del diritto penale e delle sue sanzioni.

Il discorso porta necessariamente alla spiegazione del perché si commettono reati. Il lavoro di Becker<sup>15</sup>, considerato il caposcuola dell'analisi economica della criminalità e del diritto penale, costituisce il quadro di riferimento teorico di tutti gli sviluppi successivi di questa analisi. Per Becker «una persona commette un reato se l'utilità attesa è migliore di quella che potrebbe ricevere usando il suo tempo ed altre risorse per altre attività». Come per dire che un individuo sceglie di diventare criminale quando i benefici presunti di questa attività sono maggiori di quelli derivanti da una opportunità legale, quando esistenti, sottratti i costi. Ebbene è proprio il diritto penale che può influenzare il comportamento umano, imponendo costi alle attività criminali, fornendo l'individuo di un incentivo economico a non commettere un reato ... ». Da questa premessa ne discende, secondo Becker, l'inutilità di concetti specifici per la spiegazione del comportamento criminale, elaborati dalle discipline criminologiche come «l'associazione differenziale», «anomalia» etc.<sup>16</sup>. Il comportamento criminale, secondo Becker, può essere spiegato all'interno di una generale teoria

14. D.W. Pearce, «Noise Nuisance», in D.W. Pearce (a cura di) *The Valuation of Social Costs*, Allen & Unwin, London, 1978, p. 1.

15. G. Becker, «Crime and Punishment: An Economic Approach», *Journal of Political Economy*, 78, marzo/aprile 1968. 16. *Ivi*, p. 177.

17. W.Z. Hirsch, *op. cit.*, p. 200. 18. G. Becker, *op. cit.*, p. 176.

economica per la quale il numero dei reati commessi da un individuo dipende dalla probabilità di essere condannato, dalla presunta severità della sanzione, e da altre variabili come il reddito disponibile per attività legali o illegali, variabili ambientali, e variabili legate alla volontà di commettere un atto illegale<sup>19</sup>. La formula base di questo ragionamento viene così espressa:

$$O_5 = O(p, f, u)$$

dove  $O$ , è il numero dei reati commessi da una persona in un particolare periodo,  $p_j$  la probabilità di essere condannato per quel reato,  $f$  la sanzione per quel reato, e  $u$ ; una variabile comprensiva di tutte le altre influenze<sup>20</sup>. Un aumento in  $p$  ed  $f$  cioè il prezzo del reato, dovrebbe ridurre l'utilità attesa dal comportamento criminale e di conseguenza ridurre il numero dei reati. Così come cambiamenti in alcune componenti di  $u$ , come l'aumento del reddito percepibile in una attività legale, o un aumento nell'educazione a rispettare la legge, o altro ancora, potrebbero ridurre gli incentivi ad entrare in attività illegali, e quindi di conseguenza ridurre il numero dei reati. Schematizzando ulteriormente il ragionamento di Becker e attribuendo un valore medio per ciascuna delle variabili  $p, f, u$  si può così rappresentare il totale del numero dei reati in una certa comunità e la loro variazione in funzione delle variabili considerate:

$$O = O(p, f, u).$$

Cioè per ogni individuo il numero dei reati  $O$  commessi in una data comunità è negativamente correlato a  $p, f, e u$ .

Questo modello spiega il comportamento di un ipotetico criminale razionale informato sui costi ed i benefici della sue decisioni<sup>21</sup>, suf

19. Ivi, p. 177. 20. *Ibidem*.

21. Va detto che la valutazione delle probabilità di punizione varia da individuo ad individuo a seconda della sua «esposizione sociale». Questa valutazione è risultato della percezione di come le variabili  $p$  ed  $f$  si comportano. Essa costituisce quell'elemento che spesso *individualizza* la scelta di commettere un reato per un soggetto e di non commetterla per un altro ad assoluta parità di altre variabili. Un tentativo di rappresentare questo problema in un modello di analisi è quello di R. Kumar Sah, «Social Osmosis and Patterns of Crime», paper del Dept. of Economics, Yale University, New Haven, 1987, presentato al Law, Economics and Organization Workshop della Yale Law School.

ficientemente immorale nel decidere se commettere un reato<sup>22</sup>. Si tratta certamente di una astrazione o meglio di un comportamento aggregato simile a quello di «consumatore» usato dagli economisti per le analisi dei mercati. Ed è proprio dal presupposto che i reati rispondono al calcolo costi benefici che nasce l'ipotesi della deterrenza, un settore sul quale inevitabilmente l'analisi economica del diritto penale ha molto insistito.

### 3. Il problema della deterrenza

Il problema è centrale per l'analisi del problema della criminalità e del suo controllo. Alla domanda se ed in che misura la criminalità tende a variare rispetto ad un aumento della probabilità e della severità della punizione, l'ipotesi della deterrenza costituisce una risposta affermativa, come tale alternativa a quelle ipotesi che spiegano il comportamento criminale come legato a variabili psicologiche, sociologiche e biologiche.

È stato giustamente osservato che il problema della deterrenza coglie soltanto uno dei due aspetti del rapporto tra criminalità e costi e benefici, quello sul versante dei costi. L'ipotesi della deterrenza considera che, aumentando i costi, diminuiscano i comportamenti criminali. Non si considera all'interno dello stesso schema che, aumentando le attrattive di una attività legale (per es. un lavoro più remunerato o più attraente), possano diminuire i comportamenti criminali conseguenti". Ed è teoricamente all'interno dello stesso meccanismo che una serie di ricompense o di rinforzi verso il comportamento legale renderebbe probabilmente minore il ricorso al comportamento criminale. È un aspetto totalmente trascurato dalla letteratura sulla deterrenza che si è concentrata sull'analisi delle conseguenze del comportamento criminale e di come queste conseguenze (sanzioni) sono caratterizzate da ritardo ed incertezza.

Le ricerche in questo settore che spiegano l'influenza di certe variabili sul comportamento criminale, comportano la quantificazione di tre *set* di variabili indipendenti. Il primo riguarda la probabilità di essere arrestati e condannati e la severità della sanzione che verrebbe inflitta per quel reato (variabili indipendenti). Il secondo *set* riguarda

22. R. Cooter, T. Ulen, *Law and Economics*, Glenview, III, Scott, Foresman and Co., 1988, p. 521.

23. J. Wilson, *Thinking about Crime*, Vintage Books, New York, p. 118.

certe condizioni del mercato del lavoro (tasso di disoccupazione e reddito medio) che influenza l'alternativa tra lavoro legale e reato. Il terzo, composto da variabili di controllo, riguarda certi tipi di condizioni socio-economiche (composizione di età, razza, percentuale della popolazione vivente in aree urbane), elementi che in modo diverso possono influenzare la decisione di commettere un reato. Le analisi sono condotte per grandi aggregati (città, stati, regioni, nazioni) e non per individui. Il procedimento statistico utilizzato in gran parte da questi studi per misurare gli effetti sui reati provocati dalle differenze nella probabilità e nella severità della punizione, consiste nell'isolamento di un reato o di una categoria di reati che si vogliono analizzare nelle loro variazioni, spiegato attraverso sia l'analisi delle caratteristiche socio-economiche che possono influenzare l'offerta di criminali per quel reato, sia attraverso le operazioni del sistema di giustizia penale riguardo a quel reato (per es. la probabilità di essere arrestato e condannato per quel reato e la severità della sentenza di condanna, sempre per quel reato). Dopo aver «controllato» le differenze nelle variabili socio-economiche dei diversi segmenti considerati di spazio o di tempo, questi studi sono passati a considerare le influenze dei costi della punizione sulla quantità di reati, scoprendo, come nel caso della classica ricerca di Ehrlich, che» specifiche categorie di reati variano inversamente alle stime della probabilità di arresto e di condanna al carcere ed alla durata della pena prevista per quella categoria di reati<sup>24</sup>.

Una serie sterminata di ricerche ha confermato o contraddetto l'ipotesi della deterrenza. Un apposita Commissione presieduta da Alfred Blumstein ha valutato per conto del National Research Council della National Academy of Sciences americana i risultati raggiunti dagli studi sulla deterrenza, concludendo nel 1978 che essi «certamente favoriscono più un giudizio favorevole all'ipotesi della deterrenza che uno contrario»<sup>25</sup> e invitando ad una certa cautela nell'interpretazione di questa ipotesi. Criticata da Ehrlich e Randall<sup>26</sup> perché troppo tiepida

24. I. Ehrlich, «Participation in Illegitimate Activities: A Theoretical and Empirical Investigation», *Journal of Political Economy*, 81, 3 maggio/giugno 1973, p. 545.

25. A. Blumstein, J. Cohen, e D. Nagin, (a cura di), *Deterrence and Incapacitation: Estimating the Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates*, National Academy of Sciences, Washington D.C., 1978, p. 47.

26. I. Ehrlich e M. Randall «Feaf of Deterrence», *Journal of Legal Studies*, 6, 1977.

rispetto alla validità di queste ricerche questa conclusione è stata sostenuta con posizioni diverse da altri autori".

#### 4. L'ottimale allocazione delle risorse per la prevenzione

Il nodo della deterrenza è cruciale per l'analisi economica del sistema penale. Se l'ipotesi dell'efficacia deterrente delle sanzioni penali fosse vera, pur a certe condizioni e con certi limiti, ne conseguirebbe che la lotta alla criminalità andrebbe orientata nella direzione di scoraggiare i potenziali criminali dal commettere reati. In linguaggio economico, considerato che i criminali sono decisori razionali, l'offerta di criminali sul mercato va ridotta alzando il prezzo del reato attraverso un miglioramento del funzionamento del sistema penale nei due suoi centrali *outputs*: aumento della probabilità di arrestare e condannare il colpevole e la severità della sanzione. Il problema a questo punto è sul versante del sistema penale e consiste nel come realizzare questo obiettivo al minimo costo, o comunque ad un costo inferiore a quello prodotto dalla criminalità. In altre parole si pone il problema di come procedere ad una razionalizzazione del sistema di giustizia penale finalizzata alla maggiore efficacia del sistema. L'ottimale allocazione delle risorse ne costituisce una componente essenziale.

La procedura utilizzata per calcolarla è analoga a quella utilizzata per calcolare la funzione di benessere sociale che consiste nel produrre un ammontare di beni e servizi fino al punto che l'ultima unità prodotta è eguale ai costi marginali di produzione. Considerato che il benessere sociale è il prodotto del totale dei benefici meno il totale dei costi, questo benessere diminuirà quante più unità di beni o servizi saranno prodotte, fino al punto che il benessere prodotto sarà inferiore al costo per produrlo. Da quel punto in poi quella produzione sarà economicamente inefficiente.

Questo ragionamento si può trasferire al problema dell'ottimo ammontare di prevenzione della criminalità. La domanda è la seguente: quale è la quantità ottimale di prevenzione della criminalità che una data società deve produrre? La risposta è analoga alla precedente,

27. S.S. Brier e S.E. Feinberg, «Recent Econometric Modeling of Crime and Punishment: Support for the Deterrence Hypothesis?» in S.E. Feinberg e A.J. Reiss, (a cura di), *Indicators of Crime and Criminal Justice: Quantitative Studies*, Bureau of Justice Statistics, Washington D.C., U.S. Dept. of Justice, 1980; C. Loftin, «Alternative Estimates of the Impact of Certainty and Severity of Punishment on Levels of Homicide in American States». In S.E. Feinberg e A.J. Reiss, (a cura di) *op. cit.*

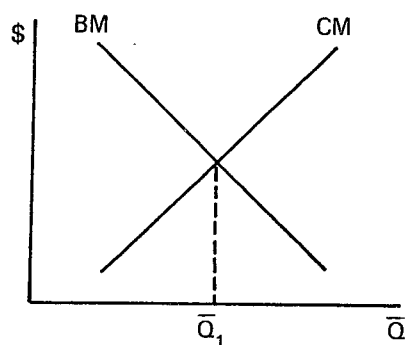


Fig. 1

cioè la quantità ottimale di produzione è quella definita quando il beneficio marginale dell'ultima unità di prevenzione prodotta equivale ai costi marginali per produrla. Vengono conseguenti i concetti di «ottimo ammontare di criminalità da prevenire» e di «ottimo ammontare di criminalità da tollerare».

Graficamente questo sistema si può esprimere nella figura 1 dove la linea BM costituisce i benefici marginali che diminuiscono all'aumentare delle unità prodotte. Benefici che nel nostro caso si identificano con il danno sociale prodotto alla società ed evitato dalla prevenzione criminalità.

La linea CM riguarda invece i costi marginali che aumentano con l'aumento delle unità di prevenzione prodotte. Il punto  $Q_1$  è la soglia al di là della quale non è efficiente impiegare altre risorse perché da quel momento i costi saranno maggiori dei benefici ottenuti<sup>28</sup>. Se consideriamo il punto  $Q$  la quantità teorica di criminalità prodotta in assenza totale di prevenzione e  $Q_1$  il punto di prevenzione ottimale, sarà efficiente prevenire tutta la quantità di criminalità alla sinistra di questo punto e tollerare tutta quella alla sua destra.

28. In un certo senso data una certa quantità di reati in una data comunità c'è una soglia ottimale al di là della quale non è economicamente più conveniente effettuare la protezione. Infatti è certo che se si mettesse un poliziotto in ogni angolo di strada il numero dei reati diminuirebbe ma l'impiego della polizia in questo modo sarebbe più costoso del vantaggio procurato dai reati evitati.

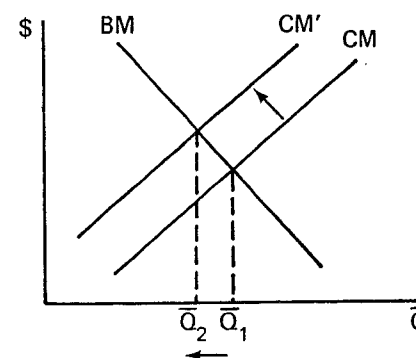


Fig. 2

Se per un qualsiasi motivo<sup>29</sup> il punto  $Q_1$  si dovesse spostare a causa di un incremento dei costi di prevenzione non seguito da un equivalente incremento dei benefici, inevitabilmente si ridurrebbe la quantità di criminalità prevenibile efficientemente (fig. 2).

Il punto  $Q_2$  è la nuova soglia ottimale e a meno di non impiegare più risorse nella prevenzione, la società si dovrebbe accontentare di *comprare* meno prevenzione oppure aumentare, quando possibile, la produttività delle risorse impiegate.

Il ragionamento fin qui condotto ha prodotto due risultati. Le sanzioni influenzano il comportamento criminale e considerato che la loro amministrazione «costa» al sistema di giustizia penale, essa va ottimizzata per procurare i massimi benefici (riduzione della criminalità) ai minimi costi.

Queste due conclusioni lasciano aperti molti problemi che si riferiscono a scelte concrete su quali sanzioni scegliere ed in che modo allocare in modo più efficiente le risorse disponibili. È proprio entrando in questa tematica che l'analisi economica si imbatte sul *trade-off* tra efficienza e giustizia. In un certo senso una allocazione efficiente delle risorse del sistema di giustizia penale può non essere una deci-

29. Come un aumento dei salari della polizia senza un corrispondente aumento della loro produttività, v. D.A. Hellamn, *The Economics of Crime*, New York, St. Martin's Press p. 60-61 dal quale sono stati tratti esempio e schema riportati nel testo.

sione «giusta» e così viceversa. E siccome il problema della giustizia o della eguale protezione di tutti i cittadini dalla criminalità è un principio cardine degli ordinamenti giuridici moderni e della loro amministrazione, il problema diventa quello di come ottimizzare efficienza e giustizia.

##### 5. Quali sanzioni?

La scelta di quali sanzioni sono più efficienti va misurata rispetto all'obiettivo di efficienza che l'analisi economica pone per il diritto penale. Questo obiettivo si può tradurre nella minimizzazione dei costi diretti, indiretti, e nei costi di amministrazione del sistema di giustizia penale. I costi diretti sono quelli prodotti dall'attività criminale, danno fisico e psicologico, beni distrutti, etc. Costi indiretti sono quelli diretti alla difesa e protezione delle persone e beni da atti criminali. Costi del Sistema di giustizia penale sono quelli dell'attività di polizia, di quella giudiziaria, del sistema penitenziario. Sono questi i costi della criminalità la cui quantificazione è difficile ma necessaria per una valutazione dell'efficienza delle politiche usate contro la criminalità e per la scelta di quale tra le alternative possibili è la «migliore» a questo proposito.

Le sanzioni classiche sono l'incarcerazione e la multa. Considerando l'incarcerazione i suoi benefici classici sono: l'incapacitazione del criminale, la retribuzione, la riabilitazione, la deterrenza del criminale e degli altri potenziali criminali dal commettere ulteriori reati. Andrebbe dimostrato che l'incarcerazione «scoraggia» la recidiva dei criminali. Infatti al di là del problema della retribuzione, l'efficienza della incarcerazione si misura sulla sua capacità deterrente. In un certo senso anche la riabilitazione, cioè il fatto che il criminale «riabilitato» non produce più reati costituisce un effetto deterrente. Certo è diverso se questo effetto è prodotto dalla paura della sanzione oppure dall'effetto positivo che proprio lo stare in carcere ha prodotto, attraverso l'apprendimento di valori alternativi a quelli dell'ambiente criminale, oppure attraverso processi formativi nell'istruzione e nel lavoro che hanno facilitato il reinserimento sociale del criminale una volta uscito dal carcere. Proprio questo aspetto, però, è stato ripetutamente messo in discussione per la sua relativa efficacia. Difficile a chiarire se si tratta di un problema di impossibile funzionamento di queste attività dentro l'istituzione carceraria oppure di costi dell'intervento troppo cari rispetto ai benefici prodotti. Resta il fatto che l'incarcerazione

va sempre di più avviandosi verso l'obiettivo principale dell'incapacitazione e della deterrenza negativa (scoraggiamento) che verso forme di riabilitazione. Ciò non significa annullare tutte quelle attività «rieducative» concepite alla base del meccanismo riabilitativo. Queste attività hanno senso perché rendono più umana la pena da scontare.

Le sanzioni monetarie costituiscono l'alternativa classica all'incarcerazione e, sulla base di una valutazione economica, esse andrebbero scelte quando il saldo tra costi nell'amministrarle e benefici in termini di deterrenza è migliore che nelle sanzioni non monetarie come l'incarcerazione<sup>30</sup>. La loro diffusione dipende da diverse variabili, principalmente le caratteristiche della popolazione criminale da una parte e quella della cultura giuridica del paese dall'altra. Questi due fattori si intersecano nelle differenze sensibili tra Stati Uniti e paesi nord-europei". Nei primi c'è un ricorso all'incarcerazione comparativamente più alto che nei secondi ed una preferenza per sanzioni patrimoniali fisse, diverse per natura e modi di amministrazione da sistemi individualizzati di sanzioni pecuniarie. Infatti nei sistemi scandinavi il *day fine system* permette di amministrare le sanzioni monetarie a seconda della gravità del reato commesso e del reddito del colpevole".

In tempi recenti, proprio gli alti costi dell'incarcerazione e la scarsità dei benefici in termini di riabilitazione, hanno sollecitato la considerazione di alternative al carcere. Le misure previste sono numerose. Tra queste, misure tradizionali come «*probation*» e «*parole*» e nuove come «*community service*» ed insieme con le diverse forme di *intermediate punishment* come *intensive supervision*, *home confinement* e *electronic surveillance*. Molte di queste forme sono in fase di sperimentazione sul piano dei loro costi e degli effetti prodotti.

Nella logica dell'efficienza non poteva mancare il dibattito sulla pena di morte. Rispetto al problema degli effetti deterrenti della pena di morte, le risposte della letteratura sono state diverse, e diverse le metodologie di analisi. Schematizzando si potrebbe dire che alla domanda sull'efficacia deterrente della pena di morte, ha risposto negativamente la criminologia<sup>33</sup>, mentre l'analisi economica del diritto ha

30. S. Shavell, «Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent», *The Columbia Law Review*, ottobre 1985.

31. R. Gillespie, «Sanctioning Traditional Crimes with Fines: A Comparative Analysis», *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 1981, 5.

32. H. Thornstedt, «The Day-Fine System in Sweden», *Criminal Law Review*, 1975.

33. Tra i moltissimi lavori vedi: T. Sellin, *Capital punishment*, New York, Harper and Row 1967 e H. Zeisel, «The Deterrent Effect of Capital Punishment: Facts vs. Faith», *The Supreme Court Review*, 1976.

dato complessivamente una risposta positiva. Ehrlich<sup>34</sup> associando la forte correlazione tra reati contro la proprietà ed omicidi è arrivato alla conclusione di una «utilità» derivante al criminale dalla commissione di un omicidio. Una utilità che la ricerca di Ehrlich ha dimostrato essere scoraggiata dalla pena capitale. Utilizzando una serie di dati temporali tra il 1939 ed il 1969, Ehrlich ha dimostrato che il tasso di omicidi tendeva a variare in funzione dei diversi sistemi di giustizia penale e di alcune variabili socio-economiche. Secondo il modello di previsione elaborato da Ehrlich in ordine di influenza deterrente sugli omicidi si possono porre: a) un aumento nelle probabilità di arresto; b) un aumento nelle probabilità di condanna; c) un aumento nelle probabilità di esecuzione della condanna capitale. L'analisi di Ehrlich è stata ampiamente discussa e criticata sia per il metodo utilizzato, sia per le conclusioni ricavate dall'analisi dei dati. Essa resta un fatto importante nella breve storia dell'analisi economica del diritto penale ed, indipendentemente dalle conclusioni, un tentativo di applicazione del modello economico del comportamento criminale discusso in precedenza.

Il problema di quali sanzioni scegliere resta comunque un problema di centrale importanza per l'analisi economica. Ma è proprio questo problema che pone in massima evidenza i limiti stessi di questa analisi, quando la scelta è subordinata a criteri esclusivi di efficienza. L'esempio della pena di morte è infatti esemplificativo di questi limiti. Si tratta della sanzione in assoluto più economica in termini di costi della giustizia e forse, anche tra le sanzioni penali, quella che ha la massima efficacia deterrente. Ma il suo rifiuto da parte della cultura moderna obbedisce a criteri diversi che non sono soltanto umanitari ma di giustizia generale, di un mantenimento di quelle garanzie istituzionali dello stato di diritto che negare provocherebbero un avvilitamento dei sistemi giuridici verso situazioni di imbarbarimento e di intolleranza. Ecco perché il problema dell'efficienza va necessariamente coniugato con quello della giustizia-equità. Un problema complesso per le origini e per i versanti nei quali si sviluppa e al quale questo saggio accenna soltanto<sup>35</sup>

34. I. Ehrlich, «The Deterrent Effect of Capital Punishment: A Question of Life and Death», *American Economic Review*, 1975 e anche: I. Ehrlich, «Capital Punishment and Deterrence: Some Further Thoughts and Additional Evidence», *Journal of Political Economy*, 85, 1977.

35. La bibliografia su questo aspetto è molto ampia. Un lavoro critico che ne ricostruisce alcuni aspetti importanti per l'applicazione delle categorie economiche al diritto penale è quello di L.M. Seidmann, «Soldiers, Martyrs, and Criminals: Utilitarian Theory and the Problem of Crime Control», *Yale Law Journal*, dicembre 1984.

## 6. Efficienza verso equità

Il lavoro che con più chiarezza esamina le relazioni tra equità ed efficienza nelle decisioni di politica criminale è stato scritto nel 1970 da un economista Lester C. Thurow<sup>36</sup>. Un lavoro trascurato dalla letteratura sull'argomento. Il *trade-off* tra i due concetti risulta chiaro in ogni decisione grande o piccola. «Efficienza ed equità sono entrambe obiettivi del *law enforcement*, ma l'efficienza non può essere definita senza specificare la definizione di equità o giustizia». A seconda di quale definizione si utilizza cambiano le conseguenze. Per esempio, scrive Thurow:

«... se assumiamo che l'efficienza si definisce come la massima riduzione della criminalità prodotta in rapporto ad un dato bilancio del *law enforcement*, questa definizione comporta che lo scopo del *law enforcement* è la prevenzione della criminalità e non la cattura dei criminali. Le risorse allocate nella cattura dei criminali sarebbero considerate efficienti qualora venisse riscontrato che la cattura dei criminali funziona come deterrente rispetto a futuri reati. In aggiunta questa definizione di efficienza comporta che tutti i reati siano considerati egualmente gravi oppure essa richiede una esplicita ponderazione dell'importanza dei diversi tipi di reato. Per raggiungere l'obiettivo voluto di efficienza gli esperti dovrebbero ricercare quei criminali ... e quei reati più facili da prevenire. Sono questi i settori dove si può ottenere la più grande riduzione di criminalità a parità di risorse investite. Il raggiungimento di questo obiettivo di efficienza dovrebbe lasciare differenti gruppi o individui con differenti probabilità di essere vittimizzati. Differenti tipi di criminali dovrebbero incontrare differenti probabilità di essere arrestati. Alcune leggi dovrebbero essere applicate con maggiore forza di altre. Alcune aree dovrebbero avere una protezione maggiore da parte della polizia che altre.

Come indica questo esempio una particolare definizione di equità (o di inequità) emerge dalla nostra definizione di efficienza, ma corrispondenti problemi scaturiscono da questa definizione di equità. Assumiamo che l'equità è definita in modo che le risorse della polizia devono essere usate per equalizzare la probabilità di essere vittimizzati, le probabilità di essere arrestati, la severità con la quale ogni legge viene applicata, la protezione della polizia per ogni area. Questa definizione può costituire un inconsistente *set* di obiettivi (equalizzare la probabilità di essere vittimizzati può richiedere maggiore protezione della polizia in un'area invece che in un'altra), ma esso comporta un aumento dell'incidenza della criminalità relativamente ad un dato bilancio.

36. L.C. Thurow, «Equity Versus Efficiency in Law Enforcement», *Public Policy* 18, 4, estate 1970.

37. L.C. Thurow, cit., p. 451.

Le risorse della polizia devono essere usate in aree dove la prevenzione della criminalità è difficile o impossibile. Il risultato è minori risorse per aree dove la prevenzione della criminalità è facile e maggiore incidenza complessiva della criminalità. In questo modo la definizione di equità non può essere scelta senza rendersi conto che essa ha un impatto o sull'incidenza della criminalità nella società, oppure sulla dimensione del bilancio delle attività di *law enforcement* necessario per raggiungere una determinata incidenza della criminalità nella società.

Prima che gli esperti di efficienza procedano ad allocare un dato bilancio per le agenzie di *law enforcement*, la società deve determinare i limiti di equità all'interno dei quali essa desidera essere efficiente»<sup>38</sup>.

Queste considerazioni aprono la porta ad una serie interminabili di problemi che costituiscono il centro delle critiche sulle conseguenze dell'analisi economica, soprattutto quando, nella sua versione «normativa», essa tende a prescrivere la migliore soluzione da prendere. Il brano riportato pone soltanto alcuni di questi problemi. Esso costituisce un esempio di analisi «positiva» che richiama il decisore alla consapevolezza del *trade-off* tra efficienza ed equità.

### 7. Il caso della criminalità organizzata. Riflessioni conclusive

Diverse sono le applicazioni e diversi sono i giudizi e le valutazioni sui loro esiti. Date le caratteristiche di questo approccio è stato inevitabile il suo maggiore sviluppo in situazioni più attente ai costi economici della giustizia, soprattutto il sistema di giustizia penale americano. In questo ambito uno dei settori di applicazione è quello della criminalità organizzata. Vale la pena riferirne schematicamente.

L'individuazione di politiche efficaci verso questa forma di criminalità ha posto il problema di una più approfondita comprensione delle forme e dei modi con i quali le organizzazioni criminali operano nei mercati illegali o si infiltrano in attività lecite per controllarle.

Il saggio fondamentale è l'articolo pubblicato da T. Schelling nel 1967, un economista prestato alla Commissione governativa di indagine sulla criminalità organizzata. Il merito della sua analisi è stato quello di analizzare la struttura organizzativa delle associazioni criminali in relazione alla struttura dei mercati nelle quali esse operano".

38. Ivi, pp. 451-452.

39. T. C. Schelling, «Economics and Criminal Enterprise», (1967) ristampato in R. Andreano e J. Siegfried (a cura di), *The Economics of Crime*, John Wiley and Sons, New York, 1980, pp. 377-394.

Ed è stata proprio questa analisi uno dei contributi all'emanazione negli Stati Uniti dell'Organized Control Crime Act del 1970 e della sua parte RICO (*Racketeer Influence Corrupt Organizations*), lo strumento legislativo che ha inaugurato l'era del controllo penale delle strutture economiche delle imprese criminali. A quel modello si sono poi riferiti altri paesi per le loro legislazioni contro la criminalità organizzata, come nel caso della legge Rognoni-La Torre del 1982 in Italia. Queste leggi hanno introdotto le indagini economiche sui patrimoni degli appartenenti alle organizzazioni criminali ed il sequestro dei beni prodotti dalle attività illegali. Al contributo di Schelling sono seguite una serie di analisi che hanno inizialmente provveduto ad approfondire le implicazioni teoriche e politiche<sup>40</sup>, sviluppando poi le connessioni tra posizioni monopolistiche dell'impresa criminale ed uso della violenza e della corruzione come mezzi per raggiungere i suoi obiettivi`.

Si è trattato di analisi che hanno prevalentemente toccato il versante dei comportamenti criminali, spostando l'attenzione degli studiosi dal comportamento criminale individuale al comportamento criminale dell'organizzazione. E sono state queste analisi che, di fronte ad una crescita e trasformazione del problema «criminalità organizzata», hanno permesso di sviluppare una riflessione sulle strategie che, interne ai sistemi di giustizia penale, possono essere più adeguate a fronteggiarla<sup>42</sup>.

L'analisi della realtà americana e degli effetti prodotti in essa dal funzionamento delle agenzie del *law enforcement* sta portando questa riflessione in ambiti diversi da quello strettamente penale".

In questa realtà la lotta alla criminalità organizzata «tradizionale», come vengono definite le «famiglie» de «La Cosa Nostra», ha im-

40. P. Rubin, «The Economic Theory of the Criminal Firm», in S. Rottemberg (a cura di), *The Economics of Crime and Punishment*, American Enterprise Institute for Public Policy Research, Washington D.C. 1973, pp. 156-166.

41. J.M. Buchanan, «A Defense of Organized Crime?», in S. Rottemberg *op. cit.*, pp. 119-131.

42. E.U. Savona «Il sistema di giustizia penale di fronte a problemi di efficienza e di equità» in Politeia (a cura di), *Un'Etica Pubblica per la Società Aperta*, Biblioteche, Milano, 1987. E.U. Savona, «Sistema di Giustizia Penale e Criminalità Organizzata», in *Annali di Sociologia*, voi. 3, 1987.

43. E.U. Savona, *Changes in the Structure and Activities of Traditional Organized Crime and the Impact of Legislation and Law Enforcement Policies*, Quarterly report n. 1. National Institute of Justice, Washington D.C., July 1989. In questa direzione anche la mia relazione sul tema «Criminalità Organizzata. Organizzazioni Criminali, Altre Criminalità. Il Contributo della Ricerca allo Sviluppo di Nuove Ipotesi Esplicative» VII Seminario per Professori Italiani di Discipline Criminologiche, Società Italiana di Criminologia, Siracusa 12-14 Ottobre 1989.

piegato il sistema di giustizia penale al massimo delle sue risorse e possibilità. Leggi come la RICO ed il *Continuing Criminal Enterprise Offense* hanno predisposto gli strumenti legislativi necessari. Altre hanno facilitato l'impiego di mezzi di sorveglianza elettronica nelle indagini e nella ricerca delle prove. È stata anche favorita la cooperazione di testimoni interni alle organizzazioni criminali, utilizzando l'elasticità del sistema caratterizzato dalla non obbligatorietà dell'azione penale, da un uso diffuso del *plea bargaining* e da un efficace programma di protezione.

Gli effetti di questo mosaico integrato di interventi che ha trovato nelle *Organized Crime Strike Forces* strutture articolate di applicazione sono stati positivi. Il bilancio di questa lotta consiste nell'aver arrestato, processato e condannato gran parte dei membri delle famiglie di La Cosa Nostra. Dal punto di vista giudiziario un successo senza precedenti.

Restano però molti dubbi sul fatto che questo successo si sia tradotto nella effettiva eliminazione delle attività criminali da parte dei gruppi organizzati. Ci si interroga su che cosa sia successo e stia succedendo nelle organizzazioni criminali e nelle loro attività dopo i recenti successi giudiziari. La percezione comune è che le attività tradizionalmente controllate dalle famiglie de La Cosa Nostra siano sostanzialmente rimaste sotto una qualche forma di controllo criminale. Questo controllo, in certi casi, è rimasto nelle mani dello stesso gruppo o «famiglia» che ha reintegrato i membri reclusi, oppure è passato ad un'altra delle famiglie di La Cosa Nostra o a spezzoni di esse che hanno raggiunto una qualche autonomia. In altri casi altri gruppi etnici sono entrati in quelle attività da soli o in *joint venture* con altri gruppi che permettono di garantire il mantenimento del controllo criminale e dei relativi profitti.

Indubbiamente i successi giudiziari hanno avuto un certo effetto che si è saldato con trasformazioni già in atto dentro l'organizzazione sociale delle organizzazioni criminali in profondo cambiamento per la comparsa di organizzazioni criminali dedite al traffico degli stupefacenti con modelli organizzativi e comportamenti sul mercato profondamente diversi da quelli delle organizzazioni tradizionali.

Non è questa la sede per analizzare questo processo di ricomposizione delle organizzazioni criminali. Il dato rilevante utile per capire l'efficacia delle strategie usate e per programmare strategie future è quello di un sostanziale mantenimento delle attività illegali da parte delle organizzazioni criminali anche dopo quello che può essere considerato un pieno successo dell'attività di *law enforcement*.

Questo elemento si innesta in un solco di ricerche che continuano l'elaborazione concettuale dell'analisi economica applicata alla criminalità organizzata approfondendo segmenti di mercati e di attività da essa

controllate". I risultati di queste ricerche hanno accelerato e stanno sollecitando l'ampliamento delle strategie impiegate verso la criminalità organizzata al di là della legislazione penale e delle sue sanzioni<sup>45</sup>

Queste strategie sono orientate verso due obiettivi fondamentali: ridurre il grado di suscettibilità criminale delle attività che sono infiltrate dalle organizzazioni criminali e ridurre il potenziale criminale di queste organizzazioni.

«La suscettibilità criminale» si misura attraverso il grado in cui l'organizzazione e la struttura di una determinata attività creano incentivi per attività criminali oppure procurano mezzi ed opportunità ai criminali dentro e fuori l'attività per controllare e/o influenzare le componenti nevralgiche di quella attività. Esistono attività che per loro natura sono particolarmente «suscettibili», come quella degli appalti nell'edilizia, del commercio.

Il risvolto della suscettibilità criminale è il «potenziale criminale» cioè la possibilità e la capacità dei criminali di sfruttare le vulnerabilità di una determinata attività. Per analizzare il grado di potenzialità criminale occorre identificare i diversi fattori di quella attività, come l'ammontare del denaro che l'attività produce, la disponibilità di occupazioni che possono procurare uno status legittimo ed un reddito ai criminali ed ai loro associati, ed il potenziale dell'attività di ripulire denaro sporco o generare spese false in modo da dirottare pagamenti illegali come tangenti, oppure evadere le tasse.

Gli strumenti indicati per ridurre la suscettibilità criminale ed il potenziale criminale sono stati tradizionalmente le sanzioni penali e, negli ultimi tempi, attraverso legislazioni più attente, anche il sequestro e la confisca dei beni frutto delle attività illecite. Proprio questo aspetto è stato un elemento dell'efficacia di queste legislazioni. Ed è proprio

44. P. Reuter, J. Rubinstein, S. Wynn, *Racketeering in Legitimate Industries: Two Case Studies*, National Institute of Justice, Washington D.C., 1982; P. Reuter, *Racketeering in Legitimate Industries*, Rand Corporation-National Institute of Justice, Washington D.C. 1987, N.Y.S.O.C.T.F., *Corruption and Racketeering in the New York City Construction Industry*, Interim Report, June 1987.

45. Su questi argomenti il panel su «The Struggle against Organized Crime and Drugs: An Evaluation of the American Experience» con M. De Feo, R. Goldstock, C. Karchmer, P. Reuter, C. Rogovin, E.U. Savona, James Stewart, Blair House, Washington D.C., 6 marzo 1990. In particolare l'intervento di R. Goldstock al quale fanno riferimento le considerazioni che seguono.

per sfuggire a queste nuove capacità che le organizzazioni criminali hanno ulteriormente sviluppato sistemi sofisticati di lavaggio del denaro sporco e del suo riciclaggio, specie all'estero, in modo da incrementare la loro impunità.

Al fine di migliorare l'azione contro la criminalità organizzata e, partendo proprio dall'analisi economica di questa criminalità, si sta discutendo sulla predisposizione di strumenti che superino i limiti oggettivi dell'azione penale, la quale, anche al massimo della sua efficacia, ha prodotto effetti limitati in termini di riduzione delle attività criminali o delle infiltrazioni delle organizzazioni criminali. Questi strumenti sono un,' mix di prevenzione e di controllo e comprendono misure diverse. Tra queste si possono distinguere:

a) misure *regolative* predisposte dagli enti competenti ad amministrare quelle attività affette da un alto grado di suscettibilità criminale. Questi enti, nel regolare diversamente il funzionamento delle attività sottoposte al loro controllo, possono ridurre la suscettibilità criminale. Per esempio tutto il settore degli appalti";

b) misure *di esproprio* da parte dello Stato o di Enti Pubblici verso quelle proprietà, beni, risorse, il cui controllo facilita lo sviluppo di un monopolio criminale. Per esempio in situazioni di carenza dell'acqua il controllo delle fonti e la sua distribuzione da parte delle organizzazioni criminali permette l'arricchimento e l'accrescimento dei poteri criminali. Attraverso l'esproprio di questa risorsa si potrebbe controllare questo monopolio;

c) *Forniture alternative delle risorse necessarie ad una attività* quando le organizzazioni criminali tendono al monopolio di certe risorse per accrescere il loro controllo su tutta l'attività. È emblematica la situazione del mercato edilizio di New York. In questa area il controllo dei sindacati e delle forniture di calcestruzzo da parte delle organizzazioni criminali ha permesso a queste di estendere progressivamente il controllo dell'intero mercato. Il meccanismo era semplice. Alle imprese non «obbedienti», che partecipavano ad un'asta con un forte ribasso eludendo il cartello delle imprese controllate dalle organiz

46. L. Pomodoro, L. Campiglio, G. Colombo, S. Draghi, E.U. Savona, *Criminal Abuse in the Awarding of Public Contracts in Italy - First Results of the Research Study*, relazione presentata dal Centro Nazione di Prevenzione e Difesa Sociale, Milano, al 7th Joint Colloquium su ((Effective National and International Action against: a) Organized Crime; b) Terrorist Criminal Activities», Bellagio, May 4th-7th 1989

zazioni criminali ed aggiudicandosi pertanto il lavoro, venivano interrotte le forniture di calcestruzzo in mano alle imprese criminali oppure, attraverso il controllo dei sindacati degli operai edili, non si inviavano i lavoratori sul luogo di lavoro, impedendo così all'impresa di lavorare e di fare fronte agli impegni presi. Ambedue questi ostacoli di fatto piegavano l'impresa alla «regolazione» criminale";

d) *Partecipazione delle aziende pubbliche* alle attività nelle quali si è formato un monopolio criminale. Questa partecipazione dovrebbe eliminare le pratiche monopolistiche distruggendo così il tessuto di interessi criminali che le supporta e dalle quali si alimenta;

e) *Forme di controllo esterno alle attività bancarie e finanziarie*. È possibile che per connivenze di alcuni funzionari alcune imprese bancarie e finanziarie non ottemperino alle norme di controllo sulla denuncia delle transazioni bancarie come richiesto da molte legislazioni nazionali, oppure che i controlli interni contengano volute omissioni frutto della corruzione. Obbligare le imprese bancarie e finanziarie ad affidare a società esterne questo controllo significa diminuire il livello di suscettibilità criminale di queste imprese;

f) *Bloccaggio delle opportunità*. Anche per la criminalità organizzata valgono le stesse regole che per la criminalità individuale. Una riduzione delle opportunità spesso è più efficace della funzione deterrente della sanzione penale. È ormai noto che proprio l'installazione di sistemi antifurto è uno strumento più efficace delle improbabili sanzioni verso i ladri, così come è noto che l'uso illegittimo di carte di credito o tessere per il prelievo automatico è stato limitato da codici sempre più difficili a falsificare. Nel caso della criminalità organizzata e dei flussi finanziari da questa prodotti si pensa che favorendo l'uso di carte di credito ed eliminando dalla circolazione biglietti di grande taglio si produrrebbero notevoli difficoltà a quei criminali che sono costretti ad effettuare tutte le loro transazioni per contanti.

Queste strategie, risultato di analisi teoriche e di ricerche empiriche svolte nell'ambito dell'analisi economica della criminalità del diritto penale del sistema di giustizia penale costituiscono certamente un contributo alla riduzione della centralità del diritto penale nella lotta ver

47. N.Y.S.O.C.T.F., *Corruption and Racketeering in the New York City Construction Industry*, Interim Report, giugno 1987.

so le forme organizzate di criminalità. Man mano che questo tipo di criminalità si sviluppa: l'infiltrazione e controllo delle attività legali da parte delle organizzazioni criminali diventa un pericolo tanto grande quanto il controllo delle attività illegali. Sono queste le attività dove vengono reinvestiti i profitti delle attività illecite e sono queste le attività dove, attraverso la formazione di monopoli, le organizzazioni criminali acquisiscono maggiore ricchezza e potere. Ed è proprio rispetto a questa evoluzione pericolosa per la società moderna che si sta sperimentando l'uso di normative *antitrust* per evitare la formazione di monopoli criminali all'interno di alcuni mercati particolarmente «susceptibili».

Strano destino questo dell'analisi economica del diritto penale. Proprio il suo contributo di analisi ci permette oggi di riflettere sui limiti delle sanzioni penali come componenti esclusive delle politiche contro la criminalità e, per una loro maggiore efficacia ed efficienza, prospetta l'uso di altri strumenti come la regolazione amministrativa, la normativa *antitrust*, ed altri settori già patrimonio dell'analisi economica del diritto.

Questo saggio è iniziato con la sicurezza della specificità del diritto penale e si conclude con il forte dubbio che questa specificità possa durare ancora per molto tempo. Le trasformazioni sociali, i costi della giustizia penale, la scarsa efficacia delle sanzioni penali, anche al massimo della loro espressione, hanno sollecitato una riflessione approfondita sulla natura della criminalità nelle società moderne e sui mezzi più efficaci, più efficienti, più giusti per combatterla. Il percorso è lungo e faticoso, pieno di incrostazioni ideologiche che avvolgono valori importanti da salvaguardare. Un approccio razionale al problema della criminalità del diritto penale della giustizia penale produce conoscenze che devono costituire il presupposto di decisioni razionali tendenti verso l'equilibrio tra efficienza ed equità. Questo comporterà che le società moderne dovranno scegliere esplicitamente quanta e quale criminalità tollerare e quanta e quale criminalità combattere e quali e quante risorse allocare per questo fine. Si tratta di scelte necessarie a strutturare e programmare il funzionamento dei sistemi di giustizia penale, dotate di quella flessibilità necessaria ad adattare velocemente gli strumenti di controllo alle modificazioni dei fenomeni criminali. Rispetto all'attuale funzionamento dei sistemi di giustizia penale di molti paesi questa è una proposta rivoluzionaria. In Italia essa comporterebbe l'abolizione *esplicita* del principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale e la creazione di un sistema alternativo

di garanzie certamente più efficace de f situazione attuale dove quel principio viene nei fatti ampiamente disapplicato, ' La grandezza dei fenomeni criminali è tale da richiedere rapidamente questa rivoluzione verso la razionalità. L'analisi economica del diritto ha collaborato nel suo piccolo a questa riflessione e ne sta aiutando, i suoi sviluppi.