

L'uso politico degli strumenti processuali penali

Simone De Santis

SOMMARIO:1. Fisiologia e patologia della natura politica dello “*Ius dicere*”.-2. Spettacularizzazione del processo penale.-3. Il processo penale nella logica dell'emergenza continua.-4. Evoluzione della magistratura: da funzione a potere.-5. La *vexata quaestio* dell'art. 112 cost.-6. La necessaria distinzione dei ruoli tra giurisdizione e politica.-7- Il processo penale come strumento di democrazia.-8- Processo al potere: rivoluzioni giudiziarie e restaurazione della legalità.-9. La necessità di un assetto di reciproca legittimazione tra politica e giustizia.

1. Fisiologia e patologia della natura politica dello “*ius dicere*”

Il dibattito sulla fisionomia della giustizia penale italiana ha progressivamente assunto marcati lineamenti giurisprudenziali, imponendo una riconsiderazione del ruolo del giudice, nonché il definitivo abbandono degli archetipi ottocenteschi di un diritto immedesimabile nel dettato normativo. La centralità del principio di legalità, soprattutto in materia penale, apparentemente contrasta con l'attività di interpretazione che la generica formulazione delle norme medesime impone all'interprete, specie in sede di applicazione, qualora si assuma l'aderenza del sistema giuridico al modello cognitivo e garantista. Tuttavia, è opinione largamente diffusa che il ruolo privilegiato accordato dall'art. 25 Cost. al suddetto principio non possa sopprimere la valenza creativa conaturata all'attività del giudice, poiché ogni sistema normativo necessita, per il suo funzionamento pratico, di etero integrazioni rimesse all'autonomia e discrezionalità dei propri interpreti¹. Questa presa di coscienza della dottrina, collocata da alcuni autori nella crisi del positivismo giuridico², ha manifestato la tendenza a scadere nella polemica, tra artificiosi tentativi di esorcizzare il fenomeno a livello legislativo³ e sterili *querelles* accademiche, rischiando di screditare le posizioni di quanti hanno invece affrontato il tema con onestà intellettuale e rigore scientifico⁴. Dal dibattito dottrinario sembra potersi evincere che la “neutralità politica” del giudice non possa essere intesa nella sua accezione estesa, altrimenti dovrebbe escludersi qualsiasi giudizio di valore da parte sua nell'applicazione delle fattispecie legali al caso concreto, delegitti-

¹ L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, Bari, Laterza, 1982, 156; G. FIANDACA, *Il diritto penale tra Legge e Giudice*, Padova, 2002, 7.

² M. SESTA, *Il processo Politico: modelli storici e sua evoluzione normativa*, Perugia, Università degli studi di Perugia, 1982, 7; N. LIPARI, *Diritto e Valori Sociali*, Roma, 2004, 50.

³ G. FIANDACA, *op.cit.*, 6. L'autore allude alla proposta della commissione bicamerale del 1997 di introdurre un divieto costituzionale espresso di interpretazione non solo analogica ma anche estensiva delle norme penali.

⁴ *Ibidem*, 7 ss.; M. SESTA, *op.cit.*, 7; L. FERRAJOLI, *op.cit.*, 156.

mando la sua primigenia vocazione di ricerca del miglior diritto possibile da anteporre alla contingenza dell'attualità. L'impossibilità, logica prima che pratica, di rispettare tassativamente il principio di stretta legalità impone infatti al giudice di ricorrere a valori di natura sostanziale, non estranei al suo patrimonio culturale, etico, religioso e, talvolta, politico. Scriveva Piero Calamandrei nel suo *"Elogio dei giudici scritto da un avvocato"* che in ogni interpretazione giuridica vi fosse un certo margine di scelta politica, perché difficilmente il giudice sarebbe riuscito a distaccarsi da sé a tal punto da preservare il giudizio non solo dai suoi convincimenti personali e dalle sue tradizioni, quanto anche "dai suoi pregiudizi e dalle sue fobie"⁵. La formulazione generale ed astratta del dettato normativo, peraltro, rende ineludibile una dose di autonomia e discrezionalità per la giurisprudenza, la cui attività non è mai neutrale perché condizionata da criteri soggettivi, potendosi concordare con quanti affermano che "il diritto, al pari della filosofia, include il ricercante nella ricerca"⁶. Assumere la valenza latamente politica dello *ius dicere* induce a riflettere sull'opportunità di individuare limiti alla creatività ed alla politicità del giudizio penale, indispensabili per ricondurre l'esercizio della funzione giudiziaria negli ambiti suoi propri. L'espressione tedesca *"Kriminalpolitik im kleinen"* è funzionale per ricondurre la politica interpretativa del giudice nella sua accezione "interstiziale", deputata ovvero a colmare le lacune normative, concretizzando nel caso concreto il disegno generale deliberato in sede legislativa⁷, sempre che ciò non si traduca in una partecipazione personale nei concreti interessi in causa. E' opportuno rilevare come, nel panorama normativo italiano, alla fisiologica astrattezza delle intenzioni del legislatore si sia sovrapposto il fenomeno della cosiddetta "ipertrofia legislativa" che, oltre a svuotare di significato la riserva di legge in materia penale⁸, denota una incapacità di intendere la risorsa penale come *extrema ratio* di tutela e la tentazione ad usarla, invece, in chiave di opportunità simbolica⁹. Questo discutibile genere di tecnica legislativa amplia a dismisura la discrezionalità riconosciuta al giudice dalla struttura del sistema, attribuendogli inoltre, secondo taluni, un inedito ruolo di "decisore politico", chiamato ad oltrepassare l'invalidabile limite del

⁵ P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, IV edizione del 1959, ristampa, Milano, 2011, 237.

⁶ N. LIPARI, *op.cit.*, 51, «Il filosofo e il giurista sono cifra del mondo: il significato della loro vita è al centro del problema».

⁷ G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., 7.

⁸ V. CAFERRA, *La Giustizia e i suoi nemici*, Bari, 2010, 41.

⁹ G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico*, in Foro It., 2000, V, c.138.

principio di legalità purché si mantenga nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento¹⁰. Riconoscere che la funzione giurisdizionale abbia una sua valenza politica non deve necessariamente portare all'accoglimento, come avverte Giovanni Fiandaca, delle tesi di alcuni studiosi americani che liquidano come mistificazione della realtà il tradizionale vincolo del giudice alla legge, ritenendo *tout court* che "le sentenze poggino su decisioni politiche mascherate"¹¹. Innegabilmente l'insegnamento di questo autore invita a riconsiderare, nell'ambito delle moderne società complesse, il ruolo del giudice, il quale sembra aver perso i suoi originali tratti semantici, inficiando la validità stessa dei modelli statali propri dell'Europa continentale. Il giudice odierno appare, infatti, sempre meno soggetto passivo della legge deliberata dal potere politico e, piuttosto, sempre più incline a ricoprire una inedita funzione propulsiva, in collaborazione e talvolta in conflitto, col legislatore medesimo, nel processo di produzione del diritto. Questa tendenza del potere giudiziario ad assumere un ruolo antagonista è presente tanto negli ordinamenti di *common law*, quanto in quelli di *civil law*. Tuttavia, a differenza dell'esperienza americana che, ad esempio, la manifesta prevalentemente in ambito costituzionale e civile, contribuendo in misura considerevole all'estensione dei diritti riconosciuti alla comunità¹², nel nostro paese si esprime anche sul terreno del diritto penale, per sua natura non idoneo a tracciare nuove frontiere nelle conquiste sociali¹³. Vero elemento di discriminazione, ad ogni modo, nel comparare l'Italia con gli altri ordinamenti democratici, è la quasi totale assenza di reazioni da parte del restante sistema istituzionale alle iniziative della magistratura, a cui non sono stati finora opposti interventi legislativi organici, eccettuati sporadici e sterili tentativi di delegittimazione sui mezzi di informazione¹⁴. Tutto ciò consolida nella convinzione dell'opinione pubblica una dicotomia marcata all'interno del sistema istituzionale, diffondendo una rappresentazione manichea della dialettica tra politica e magistratura, con inevitabile delegittimazione di entrambe. Per definire la dimensione politica della giurisdizione nei moderni ordinamenti appare calzante la ricostruzione proposta da François

¹⁰ S. RODOTÀ', *Magistratura e politica in Italia*, in *Governo dei Giudici*, a cura di E. Bruti Liberati, A. Ceretti, A. Giansanti, Milano, 1996, 27 ss.

¹¹ G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., 20

¹² L. M. FRIEDMAN, *Storia del diritto americano*, Milano, 1995, 687, «la rivoluzione dei diritti civili, negli anni 50-60, per le vicende storiche in cui si realizzò, sarebbe stata del tutto inimmaginabile senza le Corti federali».

¹³ G. FIANDACA, *op.cit.*, 24

¹⁴ S. RODOTÀ', *op.cit.*, 19

Ost¹⁵, il quale distingue in tre diversi modelli il rapporto tra giudice e legislatore. Il modello Giove, in origine tipico dei sistemi giuridici *civil law*, assegna la supremazia al potere legislativo ed un ruolo subordinato al giudiziario, relegato ai margini del sistema nell'ombra del potere politico. Il secondo modello è impersonato dal mito di Ercole ed è proprio della tradizione giuridica americana, ove i giudici non rivestono solo le vesti di guardiani, quanto quelle di artefici delle norme poste a tutela dei diritti, svolgendo un vero e proprio ruolo alternativo rispetto alla politica nel rispondere alle istanze sociali. L'ultimo modello, che si risolve in una commistione degli altri due, favorendo un avvicinamento tra gli ordinamenti *common law* e quelli *civil law*, è quello denominato Mercurio, in cui la magistratura svolge una funzione di intermediazione in un contesto pluralista, ove è venuta meno la tradizionale gerarchia delle fonti e il diritto non coincide più con il *corpus* normativo presente nei codici. L'ingresso delle norme provenienti da ordinamenti sovranazionali e la giurisprudenza da questi prodotta tende a privilegiare il ruolo attivo del giudice, indispensabile per far interagire fonti eterogenee. Questa nuova prospettiva, assecondata in Italia dalla stessa Carta Costituzionale, autorizza il giudice a trascendere sempre di più dal dettato legislativo autoctono, legittimandolo in giudizi di valore carichi di senso politico. Con riferimento all'esperienza contemporanea Paolo Grossi ha parlato di un diritto che "non nasce nel palazzo oracolare di un legislatore centralizzato, ma piuttosto entro la vita quotidiana, sorpresa nella sua concretezza dalla operosità dei giudici"¹⁶. L'esperienza italiana manifesta alcuni elementi propri del modello Mercurio senza rinunciare ad alcune importanti peculiarità, che non permettono il completo accoglimento della ricostruzione di Ost. In effetti, la contrapposizione tra giustizia e politica che, nella pittoresca raffigurazione sopra richiamata, è un elemento fisiologico di ogni ordinamento giuridico fondato sulla separazione dei poteri, assume in Italia connotati ideologici che impediscono la reciproca legittimazione e inducono gli operatori a riconoscersi in schieramenti contrapposti, sostituendo quello che altrove è una feconda dialettica istituzionale con la sterile polemica. Alla debolezza di una classe politica attraversata da crisi di identità, perdita di contatto con la società e assenza di prospettive, si è anteposta una magistratura inquadrata nel corporativismo, accusata di smanie giustizialiste talvolta capaci di sfociare in veri e propri disegni di stravolgimento so-

¹⁵ F. OST, *Giove, Ercole, Mercurio: tre modelli di giudice* in P. BOURETZ, *La forza del diritto*, Paris, Editions Esprit, 1991.

¹⁶ P. GROSSI, *Crisi delle fonti e nuovi orizzonti del diritto*, Napoli, 2009, 23

ciale¹⁷. Si allude a quella concezione politicamente militante della giustizia penale, vissuta come strumento di “rigenerazione etico-politica”¹⁸ in prospettiva giustizialista che, perseguendo azioni moralizzatrici, ignora la fondamentale distinzione tra diritto e morale. Questa prassi deviante, nel tentativo di rispondere alle aspettative di una indefinita collettività, avrebbe finito col subordinare le garanzie del singolo imputato per sanare i grandi mali della società. Secondo questa peculiare prospettiva, accanto al tradizionale modello di magistrato, chiamato dalla sua funzione a svolgere attività di giudizio o di accusa, avrebbe fatto la sua comparsa quella del “magistrato pedagogo e politicante”, desideroso di imporre la propria concezione di politica criminale e dettare la propria visione sull’assetto della giustizia. Nonostante lo sforzo di preservare i connotati propri della giurisdizione come potere neutro e diffuso, la prassi distorta ha lasciato emergere un’ambizione di sovranità, non priva di giustificazione ideologica, sempre più evidente nel corso di un progressivo e sistematico intervento giudiziario nelle sfere di competenza degli altri poteri¹⁹. Al di là del dibattito quotidianamente riportato dai *mass-media*, spesso con linguaggio necessariamente superficiale che presuppone, a volte, logiche di schieramenti precostituiti, ciò che preme analizzare in questa sede è l’utilizzo politico del processo penale, cercando di formulare una distinzione tra la prassi di una magistratura supposta oligarchica²⁰ che, dietro la sbandierata apoliticità della funzione e l’apparente distinzione dagli altri apparati istituzionali, mette in atto per cavalcare le aspettative di giustizia di una comunità indistinta, traendone vantaggi non indifferenti di prestigio e potere, tanto da coltivare logiche di predominio anteposte alla stessa politica²¹, e le disfunzioni riferibili invece allo stesso complesso normativo, che generano un potere illegittimo di disposizione determinato dall’impianto sostanzialistico e decisionistico delle norme²². Questi elementi patologici, contrari alla ricostruzione in chiave garantista del sistema giuridico, si traducono in margini di discrezionalità politica lasciati alla determinazione del giudice, e nella misura in cui impongono, per il concreto funzionamento del sistema stesso, la violazione del

¹⁷ A. GARAPON, *I custodi dei diritti*, Milano, Feltrinelli, 1997, 40. L’autore fa riferimento alle posizioni di A. Barak, allora presidente della Corte suprema di Israele, secondo il quale l’attivismo del giudice comincia quando tra più soluzioni possibili, la scelta del giudice è animata dal desiderio di accelerare o frenare il cambiamento sociale.

¹⁸ G. FIANDACA, *op.cit.*, 16

¹⁹ D. MARAFIOTI, *Metamorfosi del giudice*, Bari, 2004, 5

²⁰ *Ibidem*, introduzione, XV

²¹ V. CAFERRA, *Il Magistrato senza qualità*, Bari, 1996, 3 ss.

²² L. FERRAJOLI, *op.cit.*, 157

principio di legalità, generano una illegittimità sistemica²³. E' doveroso anticipare, tuttavia, che l'anomalia dell'esperienza italiana non riguarda soltanto questioni di tecnica legislativa, dovendosi anche considerare come la presenza di un ordine giudiziario che pretende di influire sui processi decisionali a valenza politica, ponendosi in ricorrente conflitto di attribuzione con il legislativo, senza essere sottoposto a forme di responsabilità, altera l'equilibrio complessivo del sistema. François Furet, riferendosi però alla situazione francese, parlò di una tendenza della società ad accettare l'egemonia, culturale prima che giuridica, della giurisdizione sulla politica, sulla scorta di un'esaltazione della funzione giudiziaria, del "mito del magistrato capace di arginare tanto le forme di devianza criminale, quanto le derive morali della classe politica"²⁴. L'intuizione dello storico francese rapportata al panorama italiano trova riscontro non solo per la diffusione di un'immagine mitica della giustizia penale, quanto a maggior ragione per la preoccupante sintonia con questa particolare forma ideologica all'interno della Magistratura, rischiando di tradursi nella descrizione di un pericoloso connubio tra potere, privato di ogni responsabilità, e consenso, suscitato con mera popolarità. L'illegittimità strutturale connessa alla discrezionalità del giudice è in certa misura fisiologica nel moderno stato di diritto, essa è tuttavia particolarmente vistosa nell'ordinamento penale italiano, ove la divaricazione tra normatività e prassi ha raggiunto dimensioni patologiche, inducendo a riflettere sull'odierna valenza rivestita dall'auspicata certezza del diritto. La constatazione di una concreta discrepanza tra il dato testuale e il prodotto giurisprudenziale attenua la portata del principio di legalità, nella misura in cui cessa di contribuire effettivamente alla certezza del diritto e incrina anche il suo rapporto con il principio di eguaglianza ex art. 3 Cost. Nel considerare la funzione del diritto penale contemporaneo la dottrina ha diffusamente cercato di recuperare la natura cognitiva dell'attività giudiziaria, improntata su poteri di accertamento e verifica che impongono un determinato grado di discrezionalità, in diretto rapporto all'adesione del sistema giuridico al principio di stretta legalità²⁵. La componente cognitiva è, infatti, accompagnata anche nel migliore dei sistemi da elementi potestativi, determinando una carenza di legittimazione di ordine strutturale, un "residuo di assolutismo" per usare un'espressione di Luigi Ferrajoli²⁶. Queste carenze a livello sistemico dovrebbero essere bilanciate

²³ *Ibidem*, 151.

²⁴ D. MARAFIOTI, *op.cit.*, 30.

²⁵ L. FERRAJOLI, *op.cit.*, 44.

²⁶ *Ibidem*, 557.

dall'osservanza del principio di legalità, inteso come strumento di salvaguardia del singolo individuo dall'arbitrio dell'autorità, garanzia che viene meno nella prassi giudiziaria italiana all'atto dell'applicazione di norme dall'oscura portata, che disegnano fattispecie lacunose e indistinte. Si pone dunque il contrasto tra l'esigenza di preservare il libero convincimento del giudice, che nell'ottica della separazione dei poteri deve ritenersi libero di pronunciarsi anche in disaccordo con il potere politico, e il diritto del singolo individuo di conoscere in anticipo la rilevanza penale della propria condotta. Nei sistemi di matrice *common law* si è soliti distinguere l'indipendenza esterna, di cui gode la magistratura nei confronti degli altri poteri, dall'indipendenza interna, di cui godono i singoli magistrati nel loro operato. Nell'esperienza inglese, ad esempio, ad una forte indipendenza esterna si contrappongono significative limitazioni imposte al singolo giudice, in un complesso di norme che assicurano la coesione del diritto attraverso la centralizzazione giudiziaria e l'omogeneità del corpo della magistratura²⁷. L'ordinamento americano, tradizionalmente improntato sul modello accusatorio, offre un modello di giudice ancora più vincolato alla coerenza giurisprudenziale, in accordo col principio dello *stare decisis*, sul quale vigila in ultima istanza la Corte Suprema. Ovviamente in questi ordinamenti il compito a cui è chiamato il giudice è diverso da quello svolto dal magistrato italiano, assimilandosi più ad un arbitro investito del controllo sul regolare svolgimento del processo tra le parti. Tuttavia il riferimento acquista significato nel considerare come, attraverso la gerarchizzazione della magistratura e il rispetto del precedente giurisprudenziale, venga conseguito un risultato soddisfacente in termini di certezza del diritto con accettabili limitazioni delle garanzie dell'imputato. Il confronto è utile anche per apprezzare come la gerarchia della giustizia nei sistemi *common law* promuova la tendenza del diritto all'omogeneità, laddove l'attivismo giurisdizionale, nei sistemi burocratici europei, abbia denotato, all'opposto, un fenomeno di disgregazione giurisprudenziale. Negli ordinamenti continentali, pertanto, la magistratura finisce per assumere sempre più l'aspetto di un insieme di individualità piuttosto che quello di un monolitico potere, istituito e poi diffuso²⁸. Rimane in ogni caso assodato, secondo parte della dottrina, il ruolo prioritario assunto dalla giurisprudenza nelle fonti del diritto, tanto da affermare che

²⁷ A. GARAPON, *I custodi dei diritti*, Milano, Feltrinelli, 1997, 44 L'influenza della Corte d'appello, collegio unico a Londra, è estremamente significativa, specialmente in campo penale, dove le pene sono indicate in maniera dettagliata dalle famose *Guidelines*.

²⁸ *Ibidem*, 48.

nell'era post-industriale in cui viviamo la “*legislatio* ha definitivamente lasciato campo libero alla *iurisdictio*”²⁹.

A differenza degli ordinamenti anglosassoni, il sistema giuridico italiano garantisce l'indipendenza del giudice attraverso la sua esclusiva sottoposizione alla legge, l'assenza di gerarchie interne ed esterne, l'inamovibilità e l'autogoverno attraverso il C.s.m., organo di rilevanza costituzionale. In assenza di forme di coordinamento giurisprudenziale, non conoscendo il nostro ordinamento il principio dello *stare decisis*, seppure sia condivisa l'opinione di una forza persuasiva insita nelle pronunce delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione³⁰, la coerenza del diritto è rimessa all'interpretazione del singolo giudice in conformità ai principi espressi dalla Costituzione repubblicana. Al riguardo preme sottolineare come la Corte Costituzionale, sin dalle sue prime pronunce, abbia operato al fine di promuovere l'uniformità interpretativa nel rispetto della Carta del 1948, quando non abbia ritenuto di integrare l'ordinamento con le c.d. “sentenze additive”, suscitando non poche perplessità tra i cultori del monopolio della funzione legislativa. Nonostante questo incisivo ruolo di omologazione dell'interpretazione svolto dalla Consulta, il giudice italiano resta sovrano, nella solitudine della camera di consiglio, come suole ripetersi, di fornire la propria visione della fattispecie applicabile. Per apprezzare l'incidenza nel nostro ordinamento di una forma assimilabile al precedente giurisprudenziale, di matrice anglosassone, recenti apporti della dottrina confermano l'impressione che la via maestra per accogliere questo concetto risieda proprio nell'evoluzione occorsa al giudizio di legittimità. Queste ricostruzioni fanno riferimento alla valenza del ricorso di Cassazione come terza istanza di merito, attraverso la valutazione di concetti giuridici indeterminati grazie a concezioni, esperienze e valutazioni proprie del patrimonio del giudice che, pur non eliminando il grado di opinabilità delle decisioni adottate, troverebbero una forma di salvaguardia nell'autorità della fonte³¹. Tuttavia è da rimarcare la circostanza che il principio dello *stare decisis* rimane alieno al nostro diritto penale e, per quanto ci si possa sforzare di intravedere una linea uniforme nell'applicazione della legge, questa resta nell'esclusivo predominio del singolo giudice. I canoni della procedura penale dovrebbero ruotare attorno ad un principio assai meno elastico rispetto al

²⁹ V. CAFERRA, *La Giustizia e i suoi nemici*, cit., 44.

³⁰ Tra gli altri, vedi L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, 2009, 167.

³¹ M. IACOVIELLO, *Le funzioni e i fini della Cassazione*, in *Trattato di procedura penale*, cit. Volume V *Impugnazioni*, 630 ss. L'autore si riferisce alla dottrina del rendimento di Peters, con toni assai critici peraltro.

diritto sostanziale, non potendosi più considerare il giudice esclusivamente interprete della legge ma bensì, come recita l'art. 101 Cost. ad essa "soggetto". E' fisiologico che il convincimento del giudice debba essere conseguito attraverso un metodo analiticamente strutturato dalla legge, che ripercorra i parametri del giusto processo, così come consacrato dalla riforma dell'art. 111 Cost. Al contrario può rivelarsi una reminescenza di un rito inquisitorio svincolato da limiti, da osservanze e da oneri di accusa, una concezione distorta del libero convincimento, inteso come corollario dell'indipendenza del giudice nel momento delle risultanze della causa, se la giurisprudenza tende a deformarlo per dissimulare deroghe illegittime durante le fasi processuali. Lo stesso mito del giudicato, associato con insistenza dalla stessa Corte costituzionale all'accertamento della verità storica³², costituisce una forma di giustificazione verso le prassi devianti, inclini a forzare le regole legali dell'assunzione e della valutazione della prova, per giustificare all'opinione pubblica il risultato dissimulando i mezzi. La giurisprudenza italiana ha conosciuto stagioni in cui queste deviazioni dal principio di legalità sono state erette a sistema, dissimulate dalla rilevanza mediatica generatasi attorno agli stessi processi in cui si manifestavano. Parte della dottrina ritiene, in effetti, che l'eccessivo prestigio conquistato dai magistrati nei processi alla politica abbia trasformato la loro prassi in una vera e propria fonte normativa, dotata di una propria legittimazione, generando il concreto rischio di condizionare profondamente la cultura dei giudici. I metodi sperimentali adottati nei grandi processi dei primi anni '90 si sono rivelati capaci di affermarsi come regole, di far scuola e precedente, di generalizzarsi come modelli normativi³³. Il diritto processuale penale, inteso come *corpus* di disposizioni codificate, sta quindi progressivamente abdicando in favore di una procedura penale di matrice giurisprudenziale. Il fenomeno, di per se, non desterebbe allarme se rimanesse confinato nei limiti fisiologici dell'interpretazione del dettato legislativo, mentre al contrario sembra opportuno riscontrare la tendenza dell'intervento giurisprudenziale a sostituirsi alla disciplina codicistica, snaturando gli istituti processuali e contribuendo ad affievolire le già flebili garanzie dell'imputato. Quella coerenza, che in altri ordinamenti è conseguita attraverso l'allineamento della giurisprudenza, nell'ordinamento giuridico italiano, in mancanza di vincoli al precedente giurisprudenziale, è quindi garantita dal rispetto del principio di legalità. Naturale precipitato di questi assunti è il de-

³² Corte Cost., sent. n. 254 del 1992; Id., sent. n. 255 del 1992.

³³ L. FERRAJOLI, *La giustizia penale nella crisi del sistema politico*, in *Governo dei Giudici*, cit., 71.

finitivo venir meno del feticcio ideologico dell'infallibilità del giudice nel ricostruire la verità e l'accoglimento del principio che l'unica verità legittima è quella ottenuta attraverso un metodo rispettoso delle procedure legali. La dicotomia, presente in Italia, tra l'effettività degli istituti processuali e la prassi giurisprudenziale, offre un quadro impietoso della giustizia penale. All'incertezza di un diritto codificato suscettibile di interpretazioni devianti si aggiunge il dato dell'imprevedibilità delle pronunce giurisprudenziali, suscettibili di modifiche e inosservanze anche da parte dello stesso giudice, come spesso accade all'interno della Cassazione fra le diverse sezioni³⁴. Nell'interpretazione di parte della dottrina, la libertà interpretativa riconosciuta al singolo giudice non sarebbe, infatti, motivo sufficiente per rinunciare al valore della certezza del diritto, che anzi dovrebbe essere strenuamente difesa attraverso l'introduzione di un principio del precedente giurisprudenziale, fissando il principio dello *stare decisis* quantomeno in riferimento alle pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione³⁵.

Invero, giurisdizione e processo sono fenomeni dell'esperienza giuridica intimamente correlati, dai contenuti relativi e variabili, nel senso che la fisionomia di entrambi riflette le fondamenta ideologiche dei singoli ordinamenti nelle diverse fasi storico-politiche. Il processo penale si è progressivamente trasformato e deformato: da strumento di accertamento della responsabilità di un soggetto in relazione ad un fatto di reato, in mezzo di contrasto e di lotta ai fenomeni criminosi³⁶. Queste involuzioni della prassi giudiziaria penale sono state, di volta in volta, assecondate o ignorate, da una classe politica incapace di rispondere ai mutamenti sociali che intanto attraversavano il Paese, tanto che la stessa riforma del codice di rito non si rivelò quella rivoluzione copernicana che molti invocavano³⁷. L'intento del legislatore del 1988 che, secondo le precise indicazioni dell'art.2 della legge delega n.81 del 1987, doveva "attuare i principi della Costituzione e adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia", è stato in gran parte attutito da una serie di

³⁴ O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in *Manuale di Procedura penale*, a cura di Dominioni, Corso, Gaito, Spangher, Dean, Garuti, Mazza, Torino, 2010, 51.

³⁵ L. VIOLANTE, *Magistrati*, op. cit., 168, «*I principi di diritto fissati da una sezione della Cassazione o, se si preferisce, dalle sezioni unite della Cassazione, devono essere vincolanti per tutti gli altri uffici giudiziari, comprese le altre sezioni della stessa Cassazione*».

³⁶ G. SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher. Torino, 2009. Volume I *Soggetti e atti*, Introduzione, IV.

³⁷ G. LOZZI, *Il vestito di Arlecchino indossato dal codice del 1930 [...], pare ormai stare a pennello anche al codice del 1989?*, in *Crit. Dir.*, 1994, 1, 21 ss.

pronunce della Corte Costituzionale³⁸, tese a ribadire una concezione del processo penale in contrasto con quella presente nell'impianto nel codice di procedura penale del 1988. E' stato autorevolmente affermato, in proposito, che all'ultima di tali sentenze, ovvero Corte Cost. 2-11-1998 n.361, le Camere vollero dare una "risposta inaudita", riscrivendo l'art. 111 Cost. La legge costituzionale sul giusto processo sarebbe stata, in altri termini, la risposta del Parlamento alla Corte Costituzionale o meglio il mezzo per rivendicare la propria sovranità legislativa³⁹. Oltretutto, per quanto la si voglia nobilitare assegnandole una portata più ampia, la modifica dell'art. 111 Cost. ha indubbiamente le sue origini nella necessità di incidere sui profili del processo penale colpiti dalla Corte Costituzionale, benché riprese anche gli spunti già maturati in seno alla Commissione bicamerale⁴⁰. Attribuire allo strumento processuale penale finalità trascendenti la sua natura di strumento neutrale di accertamento alimenta nella giurisdizione vocazioni espansive e approcci sostanzialistici, accentuando il tasso di conflittualità tra potere politico e potere giudiziario. Secondo alcuni si sarebbe fatta strada una nuova accezione di indipendenza del magistrato, ovvero "l'indipendenza dalla legge processuale"⁴¹, per effetto di un' immedesimazione e prioritaria dipendenza dalla fattispecie incriminatrice. In tale orizzonte la concezione giuspositivistica della legalità tenderebbe a confondersi con la delegittimazione del legislatore, risultando un criterio anacronistico e inadeguato. L'idea inedita di legalità, coltivata dai settori della magistratura più impegnati nello scontro con la politica, non cerca la propria legittimazione nelle sue fonti legali, bensì nella sua funzionalità come strumento di lotta alla criminalità. Giovanni Fiandaca qualifica questa legalità di "matrice extraparlamentare e giusnaturalistica", come frutto di improprie commistioni tra etica, politica e pedagogia in una dimensione autoreferenziale⁴². Il giudice uscito da questa metamorfosi culturale⁴³ non riconosce più l'autosufficienza del dettato legislativo e intende oltrepassarla per rispondere ad istanze di giustizia sostanziale, consapevole delle conseguenze politiche e sociali nonché delle implicazioni etiche del suo operato, ponendosi in costante tensione con il principio di legalità. Quanto questa tendenza sia frutto del

³⁸ Sulla "ricerca della verità" quale "fine primario ed ineludibile del processo" Corte Cost. sent. nn. 254 e 255 del 1992, *cit.*, Corte Cost. sent. n.111 del 1993 ed altre.

³⁹ F. CORDERO, *Procedura penale*, VI ed., Milano, 2001, 1253.

⁴⁰ G. DEAN, *La giurisdizione penale*, *cit.* Volume I *Soggetti e Atti*, 10.

⁴¹ D. MARAFIOTI, *op. cit.*, 52.

⁴² G. FIANDACA, *op. cit.*, 17.

⁴³ D. MARAFIOTI, *op. cit.*, 23.

disegno sovversivo di un elite, che non solo abbia coscienza di sé nel perseguire effettivamente proprie ambizioni, e quanto invece derivi dalle imperfezioni del sistema giuridico, è oggetto di questa analisi. La libertà dell'individuo accusato di aver commesso un crimine, in una democrazia moderna, è preservata dal sopruso proprio grazie al carattere cognitivo anziché potestativo del giudizio. I diritti di libertà sono esposti invece all'arbitrio ove il giudizio abbia carattere "decisionistico"⁴⁴. La giustificazione del processo penale si identifica con la garanzia delle libertà dei consociati, attraverso la tutela della verità processuale, conseguita tramite un contraddittorio conforme ai parametri del modello accusatorio⁴⁵. Una tecnica legislativa contrassegnata da un lessico ambiguo, polisenso e generico, ha favorito il diffondersi del decisionismo giudiziario e lo sviluppo di procedure spiccatamente inquisitorie, fondate sull'uso e l'abuso di figure di reato indeterminate e malleabili, come i reati associativi, nonché di forme premiali o aggravamenti di pena in relazione al grado di collaborazione prestato dall'imputato all'accusa⁴⁶. E' necessario recuperare una nozione responsabile del processo penale come strumento neutrale di accertamento, della procedura penale intesa come complesso di norme da rispettare in vista del conseguimento di un verdetto non esclusivamente persuasivo, quanto appagante sotto il profilo della legalità. Il modello accusatorio dovrebbe assecondare una concezione che trascenda l'astratta dogmatica formale, comportando significative riflessioni etiche sul tema della verità, non limitatamente alla conoscenza del fatto controverso ma involgente anche la condotta delle parti. Nel rito accusatorio la funzione del giudice è quella di arbitro imparziale che assicuri l'osservanza delle regole, sollecito ad intervenire quando le garanzie del singolo appaiano poste in pericolo dalla preponderanza dell'apparato investigante. Il risultato deve essere subordinato all'ortodossia del metodo che ha permesso di raggiungerlo, la visione del processo come sede di scontro⁴⁷ va infine sostituita con quella del *fair trial* anglosassone. Nella giurisdizione il fine non giustifica mai i mezzi, dato che i mezzi, ossia le regole e le forme, sono le garanzie di verità e di libertà, e come tali hanno valore per i momenti difficili di una democrazia, ben più che per quelli facili, mentre il fine non è già il successo comunque sull'avversario, quanto la verità processuale raggiunta solo per loro mezzo e pregiudicata dal loro ab-

⁴⁴ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 554.

⁴⁵ *Ibidem*, 556.

⁴⁶ *Ibidem*, 558.

⁴⁷ S. SATTA, *Il Mistero del Processo*, Milano, 1994, 30.

bandono⁴⁸. Nella convinzione che tra le prerogative del giudice non possano trovare quartiere né affinità con le ipotesi accusatorie né promiscuità con quelle difensive, sia che queste si traducano in atti concreti sia che restino su un piano meramente ideologico, persuade maggiormente la prospettiva di chi, invece, auspica il definitivo venir meno del feticcio ideologico dell'infallibilità del giudice nel ricostruire la verità, e la tendenziale riconduzione del processo penale nell'alveo fisiologico di strumento d'accertamento, secondo regole egualmente vincolanti per tutti i soggetti⁴⁹. Questi sembrano i veri passaggi obbligati per condurre la giustizia penale italiana fuori da questa era di transizione e restituire al cittadino le garanzie del rito accusatorio, estorte dall'interpretazione artificiosa della giurisprudenza.

2. Spettacolarizzazione del processo penale

La pubblicità legata all'esercizio della potestà punitiva, amplificata e deformata dai *media*, espone tutti gli attori del processo, a partire dai magistrati, al controllo sociale dell'opinione pubblica, eppure allo stesso tempo, offre loro la via per la notorietà. L'attenzione dei mezzi di informazione è attratta dalla gravità di alcuni reati, per quella loro capacità di coinvolgere emotivamente la gente comune, oppure dalla personalità eccellente dell'imputato, per i potenziali riflessi sull'assetto politico ed economico del Paese. La sconosciuta portata tecnica del fenomeno processuale, da parte dei mezzi di informazione, favorisce inoltre la tendenza a presentare i fatti in forma personalistica e sensazionalistica, imponendo all'opinione pubblica la spettacolarizzazione del processo penale. La contrapposizione anzidetta sulla natura del processo, mezzo neutrale di accertamento ovvero strumento di intervento e controllo sociale, attraverso cui esercitare una certa politica giudiziaria, involge pertanto anche l'annosa questione dell'informazione giudiziaria. La cronaca spesso si riduce alla diffusione della notizia dell'informazione di garanzia per la diversa velocità con cui da un lato i *media*, sempre più incalzati dall'immediatezza della comunicazione globale, e la giustizia dall'altro, incline invece a diluire i tempi per esigenze procedurali, approssimano la medesima ipotesi di reato. Tra i lasciti più evidenti della c.d. "legislazione d'emergenza" permane il paradosso di una massima pubblicità delle ipotesi accusatorie, amplificata dai *mass media*, in contrasto con il segreto investigativo che, formalmente quan-

⁴⁸ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 870.

⁴⁹ L. FERRAJOLI, *op.cit.*, 850 ss., A. GAITO, *op. cit.*, 12.

tomeno, copre le prove anche rispetto allo stesso imputato, e di una sostanziale disattenzione pubblica per il dibattimento, nonostante le forme antagoniste e solenni ad esso garantite⁵⁰. Se il dilungarsi dei tempi processuali implica un ricorso massiccio ai provvedimenti cautelari, è in qualche modo fisiologico che il controllo sociale esercitato dalla pubblica opinione si sposti inevitabilmente dalle fattispecie incriminatrici e dalla pena agli istituti del processo nelle fasi iniziali del procedimento⁵¹. La magistratura ovviamente, come osservatore privilegiato della notizia giudiziaria, rivelando altresì la capacità di innescare meccanismi irregolari, è consapevole della risonanza collettiva che l'evento delittuoso, quando viene pubblicizzato, esercita sull'opinione pubblica. Quando l'informazione diviene spettacolo, il "narcisismo"⁵² esercita su alcuni magistrati una insolita attrattiva, al punto da far smarrire loro l'identità della funzione, ed essendo sempre più labile il confine tra notizia e finzione, più forte è il rischio che nell'immaginario collettivo, ma anche nei comportamenti reali dello stesso magistrato, prevalga il personaggio dello spettacolo. L'immagine che trapela dai *mass media* dell'amministrazione della giustizia è infedele non solo perché riferita prevalentemente alle fasi iniziali del processo, ma soprattutto perché ristretta ad una tipologia di procedimenti che non rispecchia affatto il quadro d'insieme. I casi prescelti infatti sono quelli idonei ad attirare l'attenzione del pubblico, o per la gravità del fatto o per la personalità del presunto reo, tutti gli altri processi sono destinati a rimanere nell'ombra dei palazzi di giustizia. I *media* si propongono come mezzi di rappresentazione più accessibili, più espressivi, più fedeli alla realtà e più ricettivi nei confronti della diversità dei punti di vista, in breve più democratici del quadro procedurale in cui è inscritta la ricostruzione degli eventi criminosi in un'aula di udienza⁵³. L'illusione della democrazia diretta si concentra nel perimetro di uno spazio pubblico senza scena, nel quale la visibilità vorrebbe sostituirsi alla rappresentazione. La giustizia, come è stato scritto, incarna "una tensione che deve prescindere dalla ideologia della trasparenza"⁵⁴, che deve cioè allontanarsi da una concezione immanente della verità, che attende solo di essere svelata, anche per vie traverse. L'accesso diretto alla verità è

⁵⁰ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 773.

⁵¹ G. GIOSTRA, *Giornalismo giudiziario: un ambiguo protagonista della giustizia penale*, in *Crit. Dir.*, 1994, 1, 56.

⁵² V. CAFERRA, *Il Magistrato senza qualità*, op. cit., 97, «Il fenomeno è legato al crescente peso assunto dai media nella vita pubblica con un'accentuata tendenza alla spettacolarizzazione e alla personalizzazione della funzione».

⁵³ A. GARAPON, *Del giudicare*, Milano, 2007, 223.

⁵⁴ *Ibidem*, 224.

un'istanza presente nell'immaginario di quei magistrati che intendono attribuire al processo finalità estranee alla sua evocata funzione di accertamento della responsabilità. Tutte le nullità della procedura, secondo quest'ottica, sono sanate dalla istanza selvaggia di ricorso mediatico costituita dai media, poiché gli argomenti di diritto appaiono all'opinione pubblica come "sofismi, trucchi, inutili giochi di parole per impedire alla verità di emergere"⁵⁵. Democrazia diretta e giustizia redentrice si sostengono reciprocamente, perché la prima aggira la regola per attirare il plauso dell'opinione pubblica, mentre la seconda si emancipa dalla regola, perseguendo una verità trascendente, entrambe generando una simmetria dal vago sentore populista. L'invocata necessità della trasparenza può generare equivoci sulla funzione stessa della pubblicità dell'azione giudiziaria, la quale non può prescindere da un predeterminato assetto di regole che determini il metodo di conoscenza dei fatti. Nei *media* non c'è mai selezione dei fatti da parte del pubblico, tutto quello che viene mostrato viene assunto indistintamente come pertinente, inconfondibile, evidente, in una parola, "vero". Invece in un processo che, almeno formalmente, si richiami al modello accusatorio, la regola è che non tutto è idoneo a formare il libero convincimento del giudice, essendo la ricostruzione del fatto subordinata ad un preciso sistema di confutazione delle singole rappresentazioni. Per comprendere come la diffusione di questa prassi non solo venga tollerata, ma in alcuni ambienti perfino incentivata, sembra imprescindibile prendere coscienza di una "mai sopita tradizione inquisitoria" partendo dall'assunto che, secondo radicate tradizioni culturali, la verità per un latino è rivelata, più che dimostrata al termine di uno sforzo di argomentazione⁵⁶, come invece sembra essere attestato nella cultura anglosassone. Possiamo dedurre che il dibattito mediatico non può assumersi concorrenziale a quello processuale, e che il diritto di replica non può sostituirsi al contraddittorio perché l'effettività di questo ultimo dipende dalla possibilità di sanzionarne il mancato rispetto. I *media* offrono una rappresentazione della realtà emancipata da ogni regola predeterminata, assecondando la delocalizzazione della scena giudiziaria. La parità delle parti è sconosciuta al linguaggio dell'informazione, che offre la ribalta alla storia migliore, raccontata nel modo migliore, e che spesso asseconda logiche di *audience* piuttosto che di legalità. La comunicazione è fine a stessa, al coinvolgimento che suscita negli spettatori, ai numeri degli ascolti, non certo al confronto di due soggettività basato sul

⁵⁵ A. GARAPON, *I custodi dei diritti*, Milano, 1997, 49.

⁵⁶ *Ibidem*, 52.

rispetto di un insieme di regole giuridiche⁵⁷. La capacità del nostro ordinamento di restringere le ripercussioni negative dell'informazione giudiziaria risiede, nell'opinione di Giorgio Spangher, nel rispetto del principio di legalità e nell'onere di motivazione, entrambi costituzionalmente garantiti, che gravano sui magistrati italiani⁵⁸. Ed è proprio sul binomio dispositivo e motivazione che, il giudice, deve dar conto alla collettività della ragioni che giustificano la condanna o l'assoluzione, come imprescindibile garanzia della società, per regolare l'esercizio del potere e della discrezionalità strumentali alla ricerca della verità. La principale forma di controllo sul funzionamento della giustizia non è rimessa a forme di responsabilità giuridica, secondo Luigi Ferrajoli, quanto ad una forma di responsabilità sociale, espressa dalla soggezione dei provvedimenti giudiziari alla critica dell'opinione pubblica. Questo controllo, esercitato in generale dalla stampa e dal sindacato dei liberi giuristi, fu indicato già da Francesco Carrara come essenziale fattore di responsabilizzazione democratica ed insieme di educazione del giudice a un costume di indipendenza. La critica pubblica delle attività giudiziarie, non quella generica dei mali della giustizia, bensì quella argomentata e documentata rivolta ai singoli giudici e ai loro concreti provvedimenti, esprime infatti il punto di vista dei cittadini, esterno all'ordine giudiziario e legittimato dal fatto che la sua forza non si basa sul potere quanto unicamente sulla ragione. E' per questa via, ben più che attraverso sanzioni politiche o giuridiche, che si esercita il controllo popolare sulla giustizia, si rompe la separatezza del ruolo giudiziario, si emancipano i giudici dai vincoli politici, burocratici e corporativi, si delegittimano i cattivi magistrati e la cattiva giurisprudenza, si elabora e si rifonda continuamente la deontologia giudiziaria⁵⁹. La relazione tra magistratura ed informazione appare viziata da un'asimmetria, da una discontinuità storica in cui si sono alternati momenti di "iper consenso acritico" a frangenti di rifiuto irrazionale. In questa dimensione di rapporti umani l'opinione pubblica si immedesima nella figura dei giudici, celebrati come i custodi del diritto, e sorgono pericolose logiche di stigmatizzazione sociale nei confronti delle persone sottoposte ad indagini. La ricerca del consenso attraverso i *media* rappresenta una disfunzione, non solo italiana, che interessa il più ampio rapporto tra società e amministrazione della giustizia, in quanto la legittimazione della funzione giudiziaria dovrebbe risiedere nella legalità, senza sollecitare la

⁵⁷ *Ibidem*, 64.

⁵⁸ *Ibidem*, 120.

⁵⁹ *Ibidem*, 618.

condiscendenza dell'opinione pubblica per i singoli procedimenti, instaurando un pericoloso rapporto di fiducia potenzialmente lesivo dell'imparzialità richiesta dalla legge. Grazie ai *media*, in particolare alla televisione, sembra essersi affermata una procedura informale in grado di soddisfare il bisogno sociale di sanzione pubblica, una versione moderna della gogna, dove qualsiasi atto giudiziario che coinvolga una determinata persona può trasformarsi in una formidabile "*capitis deminutio*"⁶⁰, se reso noto all'opinione pubblica. La sanzione informale disposta dai *media* comporta un pregiudizio spesso definitivo alla reputazione dell'imputato. L'esigenza di far prevalere la legalità sull'obiettivo generale di punire e rendere effettivo il principio dell'art. 27 Cost. è presente anche nella giurisprudenza di Strasburgo, che sembra intravedere un attentato alla presunzione di innocenza anche attraverso la distorsione delle informazioni presso l'opinione pubblica⁶¹. La questione dei processi mediatici non è esclusiva dell'esperienza italiana, eppure, ancora una volta, in Italia si manifesta con peculiarità patologiche rispetto agli altri ordinamenti, traducendosi in un connubio inquisitorio in cui magistratura ed informazione si autoalimentano, entrambe perseguendo fini difforni da quelli presenti nelle rispettive deontologie professionali.

3. Il processo penale nella logica dell'emergenza continua

La strumentalizzazione politica del diritto penale ha contraddistinto vere e proprie "stagioni dell'emergenza" nel corso delle legislature italiane, specie tra gli anni '70 e '90, ma la stessa logica opportunistica sembra purtroppo ispirare anche i più recenti "pacchetti sicurezza"⁶², rendendo così legittimo parlare di un continuo stato d'eccezione che sconfessa ogni tendenza, per quanto auspicabile, verso un programma di "diritto penale minimo"⁶³. La cultura dell'emergenza e la pratica dell'eccezione hanno indotto un'involuzione nell'ordinamento punitivo italiano, favorendo la riedizione degli schemi di

⁶⁰ F. STELLA, *Giustizia e Modernità*, Milano, 2003, 140.

⁶¹ In questi termini Corte eur. dir. uomo, 10 febbraio 1995, *Allenet de Ribemond c. Francia*, citata da F. GIUNCHEDI, *La presunzione di non colpevolezza e i requisiti minimi del giudice*, in *Digesto delle Discipline penalistiche, Giusto processo (profili sovranazionali)*. Aggiornamento a cura di A. Gaito, pagg. 639-643, Torino, 2005.

⁶² La produzione normativa *de qua* è cospicua, gli esempi più significativi sono rappresentati da quello in materia di misure atte a contrastare fenomeni di criminalità diffusa, legati all'immigrazione clandestina e alla criminalità organizzata, contenuto nella L. 24/7/2008 n.125 in attuazione del d.l. 23 maggio 2008 n. 92; nonché nei più recenti pacchetti contenuti nelle L. 15 luglio 2009 n.94 e L. 17 dicembre 2010 n. 21 in attuazione del d.l. 12 novembre 2010 n.187

⁶³ L. FERRAJOLI, *La giustizia penale nella crisi del sistema politico*, in *Governo dei Giudici, op. cit.*, 78

giustizia sostanziale, propri della tradizione giuridica inquisitoria. Questa concezione dell'emergenza altro non è che l'idea del primato della ragion di stato sulla ragione giuridica come criterio informatore del diritto e del processo penale, sia pure in situazioni eccezionali come quelle create dal terrorismo politico o da altre forme di criminalità organizzata⁶⁴. Essa equivale a un principio normativo di legittimazione dell'intervento punitivo, non più giuridico bensì immediatamente politico, non più subordinato alla legge quale sistema di vincoli e di garanzie, quanto ad essa anteposto. L'alterazione della fonte di legittimazione, durante gli ultimi decenni della c.d. prima repubblica, secondo Luigi Ferrajoli è consistita precisamente nell'assunzione dell'eccezione o dell'emergenza, antiterroristica, antimafiosa, anticamorristica, come giustificazione politica della rottura, o se si preferisce dell'alterazione, delle regole del gioco che nello stato di diritto disciplinano la funzione penale⁶⁵. L'alterazione più rilevante del modello penale garantista nei processi dell'emergenza è rappresentato dalla mutazione sostanzialistica, informata sul paradigma del nemico, nell'esercizio dell'azione punitiva dello Stato. L'involutione riguarda innanzitutto i lineamenti delle fattispecie punibili, che mirano più ad individuare tipologie di autori criminali che condotte criminose, esprimendo un'accentuata personalizzazione del diritto penale. Il modello di anti-giuridicità, sostanziale anziché formale, indirizza le indagini sugli individui più che sui reati, rispondendo alla tentazione totalitaria della concezione ontologica, etica e naturalistica, del reato come *mala quia peccatum*⁶⁶. Alfredo Gaito esprime perplessità in riferimento al metodo legislativo in questione, avvertendo che spesso si sono indicate come emergenze una serie di fenomeni in realtà radicati da tempo nella società italiana, dalla mafia all'immigrazione, dagli incidenti del sabato sera allo smaltimento dei rifiuti. Ognuno di questi problemi sociali sarebbe stato, evidentemente, strumentalizzato per inculcare nell'opinione pubblica l'indispensabilità delle novelle legislative introdotte, celando in realtà il vero obiettivo di ridimensionare le scelte e l'autonomia decisoria del Pubblico Ministero nel processo penale⁶⁷. Devono, al riguardo, essere menzionate le deviazioni, le disfunzioni e gli arbitrii resi di fatto possibili dal carattere tuttora segreto e incontrollato del nostro processo penale

⁶⁴ Si veda A. GAITO, *Emergenza continua e nuove linee di politica criminale (Trascrizione dell'Intervento al Convegno «L'azione penale tra obbligatorietà e discrezionalità», Bari 29/11/2008) in Osservatorio del Processo Penale 2009 n. 1 Anno III Gennaio-Febbraio 2009*, 5ss.

⁶⁵ L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, cit., 842.

⁶⁶ *Ibidem*, 867.

⁶⁷ A. GAITO, *Emergenza continua e nuove linee di politica criminale*, cit., 4.

nella fase delle indagini, che è poi la più delicata e decisiva, perché inevitabilmente il potere dello Stato predomina sul diritto del singolo. Ne è risultata una relativa auto-nomia della prassi, tanto maggiore quanto più deboli sono diventati i vincoli garantisti ad esse imposti dalle leggi e quanto più forte si è fatta la legittimazione emergenziale della funzione giudiziaria. E' questa *auto-nomia*, o se si vuole *a-nomia*, della funzione penale il principale fattore di crisi della giurisdizione. Essa equivale alla crisi della forma della legge e conseguentemente del paradigma cognitivo del giudizio penale, che vuol dire crisi della certezza del diritto, dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, della loro immunità dall'arbitrio inquisitorio. Lo stesso codice di procedura penale, che pure costituisce un progresso rispetto al vecchio e dissestato regime, presenta aspetti di straordinaria continuità rispetto alle tendenze espresse dalla legislazione dell'emergenza: i riti alternativi dei patteggiamenti, ad esempio, che nelle intenzioni del legislatore dovrebbero smaltire la maggior parte dei processi, si risolvono infatti in una specie di giustizia transattiva affidata all'accusa ed esercitata in segreto secondo forme sostanzialmente amministrative e comunque svincolate dai parametri legali. La crescente illegalità dei pubblici poteri, unitamente all'inefficienza dei controlli amministrativi e della responsabilità politica, si ripercuote nella centralità attribuita al diritto penale, quale unico strumento di controllo e prevenzione. In frangenti storici di particolare drammaticità quindi, la tradizionale figura del giudice "interprete della legge" dovrebbe essere rimpiazzata da quella del giudice "interprete del conflitto"⁶⁸, portatore di un approccio politicamente sensibile nell'amministrazione della giustizia, che lo investirebbe del compito di riequilibrare il conflitto sociale. Secondo questa corrente di pensiero la legalità medesima imporrebbe al giudice di agire in posizione antagonista alla politica, finendo per condannare, nella sommatoria dei singoli reati perseguiti, il dilagante malcostume sociale. La responsabilità sarebbe tuttavia riferibile più alla classe politica, nella sua evidente incapacità di stigmatizzare il malaffare diffuso dei suoi membri, aggravata dall'atteggiamento d'insofferenza, continuamente esternato sui *mass media*, nei confronti del controllo di legalità esercitato dalla magistratura. Il fenomeno averatosi nei primi anni '90, quando nonostante i processi fossero condotti da un numero ristretto di magistrati, fu tuttavia sufficiente a far apparire l'intera magistratura schierata su uno stesso

⁶⁸ G. COLOMBO, *Dal giudice interprete del conflitto al giudice interprete della legge*, in *Governo dei Giudici*, a cura di E. Bruti Liberati, *op. cit.*, 87ss. L'autore richiama, con toni critici, un saggio di sociologia scritto da Tomeo nel 1973.

fronte, poiché l'opinione pubblica riversò i meriti ed i rischi di quei pochi magistrati sull'intero ordine giudiziario, "santificandolo"⁶⁹. La legislazione speciale conseguì i suoi effetti, seppure determinò una distorsione istituzionale secondo Luciano Violante, perché ai magistrati non venne affidato solo il compito di individuare e punire gli autori dei singoli delitti, piuttosto i magistrati furono incaricati di "salvare l'Italia"⁷⁰. In determinati settori della magistratura italiana, pertanto, sembra essersi diffusa l'idea che il ruolo della giurisdizione in Italia debba assumere una permanente funzione di "supplenza"⁷¹ della classe politica, fino a ribaltare i termini del rapporto anzidetto, ergendosi a portatori di una propria politica criminale. L'esistenza di una, più che manifesta, propensione ad accrescere il ruolo della magistratura può essere interpretata in diversi modi, a seconda dell'inclinazione a riconoscere la consapevolezza dell'inedito ruolo che essa è chiamata a rivestire nei tempi mutati, ma ogni accezione del fenomeno può essere ricondotta nel più generale alveo della redistribuzione dei poteri che, secondo Stefano Rodotà⁷², è la vera questione di fondo della crisi della tradizionale concezione dello stato di diritto. Il diritto penale prodotto in Italia per fronteggiare i fenomeni del terrorismo e della criminalità organizzata è indubbiamente, sotto più profili, in contrasto con i principi dello Stato di diritto. Il mutamento della sua fonte di legittimazione, non più la legalità bensì la ragion di stato, l'adozione del criterio pragmatico del fine nella lotta alla criminalità, anziché le regole dello stato di diritto intorno ai mezzi ed ai loro vincoli garantistici, ha in molti casi prodotto una giustizia politica alterata nella logica rispetto ai canoni ordinari. Nelle stagioni della c.d. "emergenza" i processi smisero di essere un'attività cognitiva basata sull'imparzialità del giudizio, per divenire una procedura decisionista ed inquisitoria fondata sulla demonizzazione dell'inquisito, non più sorretta dalla stretta legalità, ma dal consenso maggioritario dei partiti e dell'opinione pubblica. Il principio della ragion di stato è incompatibile con la giurisdizione penale entro l'assetto del moderno stato di diritto, sicché, quando esso interviene, come nel diritto penale dell'emergenza, a condizionare le forme della giustizia o peggio ad orientare un concreto processo penale, allora non si ha più

⁶⁹ L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, 2011, 50.

⁷⁰ *Ibidem*, 52.

⁷¹ D. MARAFIOTI, *op. cit.*, 56.

⁷² S. RODOTÀ, *op. cit.*, 28: «Queste diverse indicazioni suggeriscono che le vicende che segnano il ruolo della magistratura, non solo in Italia, possono essere analizzate correttamente solo se si parte dalla premessa che è in atto un grande processo di ridefinizione di quel ruolo nell'ambito dei sistemi politico istituzionali, e che questo comporta continui attraversamenti dei confini tra giustizia e politica [...]».

giurisdizione ma altra cosa: arbitrio poliziesco, repressione politica, regressione neoassolutista dello stato a forme premoderne⁷³. Una normativa, pertanto, contrassegnata sotto tutti e tre questi aspetti da una pesante distorsione sostanzialistica e soggettivistica. Mettere da parte regole e garanzie in nome della difesa della democrazia contro il terrorismo è contraddittorio, in quanto democrazia e stato di diritto si difendono precisamente con il rispetto delle regole. La risposta che la politica scelse di dare al terrorismo si colloca al di fuori del campo del diritto, perché fu una risposta fondata sull'autorità e non sulla legalità. Ne consegue che per il diritto non devono esistere delinquenti politici ma solo delinquenti comuni, nel duplice senso che nessun fatto non contemplato come delitto comune deve essere penalizzato in ragione esclusiva del suo carattere oggettivamente politico, e nessun delitto deve essere trattato diversamente dagli altri in ragione del carattere soggettivamente politico delle sue motivazioni. La ragione giuridica non confonde nemici e colpevoli, non tollera deroghe per finalità teleologiche, e soprattutto, respinge l'idea che nella giurisdizione il fine possa giustificare i mezzi, dato che questi incarnano le regole e le forme, che sono le vere garanzie della libertà dei cittadini contro il sopruso dei poteri costituiti. Ferrajoli, citando Hobbes, ritiene che ci sia solo un caso nel quale la ragion di stato, dettata dall'emergenza, legittima politicamente la rottura delle regole del gioco, ed è lo stato di guerra⁷⁴, in cui per definizione lo Stato non si muove nell'alveo del diritto ma in quello della sopravvivenza. Il richiamo al filosofo inglese, che può apparire datato, acquista pregnanza nel considerare la natura politica della legislazione ispirata da logiche di emergenza. Qualora si ritenga che il fenomeno criminale da fronteggiare rappresenti una minaccia tale per la società, tanto da assimilarlo ad un atto di guerra contro le fondamenta dello Stato di diritto, si dovrebbe comunque ritenere che gli atti prodotti in queste circostanze non rispondano alla fisionomia di norme giuridiche, essendo stati adottati per contrastare atti di aggressione, non violazioni di istituti giuridici. Mentre quando si assuma che terrorismo, criminalità organizzata e crimini della classe dirigente non costituiscano dichiarazioni di guerra alla società civile, bensì, per quanto gravi, violazioni di fattispecie criminose preventivamente individuate, si deve concludere per la contrarietà di questi provvedimenti emergenziali alle regole dello Stato di diritto. Quindi contraddittori in un duplice senso, o perché inidonei a fronteggiare atti di guerra, o perché in contrasto con i principi di un moderno

⁷³ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 865.

⁷⁴ *Ibidem*, 867.

stato che pretenda di fondarsi sul rispetto della legalità e la divisione dei poteri, tanto da poter escludere che la ragione di Stato possa mai assurgere a sostituirsi alla ragione giuridica. Giustificare l'eccezione con la retorica sulla salvaguardia dello Stato democratico è particolarmente contraddittorio, poiché, come già detto, la democrazia si tutela con il rispetto delle regole, non con la loro violazione da parte delle autorità preposte alla loro vigilanza.

Un antico brocardo medievale recita “*male captum, bene retentum*”, in passato proprio del lessico di quanti furono chiamati ad amministrare la giustizia, sembra oggi significativamente resistere nella retorica di coloro che ragionano ancora con canoni inquisitori. Alcuni settori della magistratura in effetti, interessati a conseguire in prospettiva giustizialista obiettivi opinabili, “apparentemente funzionali ad un’evanescente azione moralizzatrice”, ignorando l’elementare distinzione tra diritto e morale⁷⁵, sembrano essersi riappropriati del motto latino. La retorica dell’efficienza trova un sostrato legislativo in quella produzione normativa che ha incentivato la “processualizzazione” del diritto penale sostanziale, subordinando in nome di risultati concreti l’effettività del sistema sanzionatorio all’efficienza del sistema processuale⁷⁶. Se l’impostazione teorica risalta per la sua lucidità nell’anteporre all’applicazione della pena il rigore della procedura, la prassi denota invece una tendenza all’erosione surrettizia delle garanzie e all’introduzione di disincentivi dall’utilizzo delle garanzie processuali, pur formalmente riconosciute all’imputato. Il carattere neutro delle norme processuali è un “ricordo del passato”⁷⁷, sostituito ormai dalla vocazione che alcuni magistrati vogliono attribuire al processo penale, ad incarnare lo strumento di difesa avanzata degli interessi individuali. Solo un diritto penale restituito unicamente alle funzioni di tutela di beni e valori fondamentali può assicurare l’efficienza della giurisdizione e, come ricorda Luigi Ferrajoli, minimizzando a garanzia dei diritti dell’imputato gli spazi impropri della discrezionalità giudiziaria, offrire a sua volta un saldo fondamento all’indipendenza della magistratura⁷⁸. Dottrina autorevole sostiene che il processo altro non sia che una serie di garanzie per l’imputato, un “codice dei galantuomini”, secondo una risalente iconografia ottocentesca⁷⁹ che contrappone al codice penale, destinato al colpevole, quello di procedura, destinato anche e soprattutto all’innocente, essendo compito

⁷⁵ A. GAITO, *op. cit.*, 4.

⁷⁶ P. CORSO, *op. cit.*, 175.

⁷⁷ *Ibidem*, 176.

⁷⁸ L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione, cit.*, 913.

⁷⁹ P. CORSO, *op. cit.*, 175.

del processo penale evitare le condanne ingiuste in quanto esso stesso un sistema di garanzie. Se è vero, inoltre, che “ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente e pubblicamente, entro un termine ragionevole” come indica l’art. 6 comma 1 della C.E.D.U., ciò significa che la ragionevole durata del processo è un criterio che governa la legalità dei mezzi processuali e non può mai, pertanto, essere usato contro l’imputato o a discapito delle sue garanzie. E ciò perché la ragionevole durata è una garanzia per l’imputato prima di essere un fine del processo. Inutile cercare populistiche scorciatoie nella soppressione delle garanzie dell’imputato, tanto più che un’analisi oggettiva sull’efficienza dei processi penali italiani, una volta abbandonata ogni facile retorica, mostra fenomeni dalle caratteristiche assai diverse da quelle enunciate negli *slogans* riformisti, che non riguardano certo l’eccesso di garantismo per l’imputato. Per numero di processi pendenti, i dati riferiti dal rapporto Cepej, vedono l’Italia al primo posto nelle classifiche, con il doppio dei procedimenti rispetto alla Francia. Nel solo versante penale fra durata delle indagini e processo di primo e secondo grado vengono “bruciati” in media oltre 1400 giorni⁸⁰, un lasso di tempo incredibilmente lungo spesso utilizzato come argomentazione per sostenere che il nostro ordinamento sia afflitto da un eccesso di formalismi, che inibiscono l’azione di contrasto alla criminalità ed assicurano l’impunità agli imputati facoltosi, che possono permettersi l’esosa maestria degli avvocati in grado di sfruttare le disfunzioni generate dal garantismo. Un’analisi che vada oltre l’evidenza dei tempi d’attesa imposti alla comunità per ottenere una pronuncia giurisdizionale, e presti attenzione alle cause di questo indecente procrastinare l’effettività del principio di immediatezza, evidenzerebbe, tuttavia, come l’inefficienza non sia affatto ascrivibile alle garanzie riconosciute all’imputato. Infatti, il dato allarmante evidenziato da una ricerca condotta dall’Eurispes⁸¹ mostra un fenomeno sorprendente: il 36,6% dei procedimenti penali viene rinviato ad altra udienza, o ad altra fase procedimentale, o ad udienza da definirsi, già nel corso della fase preliminare dell’udienza, ed i motivi del rinvio annoverano l’irregolarità delle notifiche come la prima causa di rinvio in termini quantitativi, con quasi il 12,2% sui motivi complessivi, dato che è superato solo da quello dell’assenza del giudice titolare o della precarietà del collegio, con il disarmante risultato del 14,3% dei casi indicati. Stessa sorte nell’istruttoria di-

⁸⁰ M. VIETTI, *La fatica dei giusti*, Milano, 2011, 51.

⁸¹ Eurispes, *Rapporto sul processo penale in Italia*, realizzato in collaborazione con le Camere penali italiane nel 2008, 38-39.

battimentale, il 42,6% delle udienze fissate per lo svolgimento dell'istruttoria dibattimentale viene rinviato senza lo svolgimento di alcuna attività, per motivi inerenti l'irregolarità delle citazioni dei testi o la loro assenza, ed il dato sconcertante riportato dallo studio citato è che nel 40% dei casi il teste che, pur citato, non compare, appartiene alla Polizia giudiziaria⁸². Queste scarse indicazioni sono sufficienti a rilevare che l'inefficienza della giustizia penale italiana, sbandierata continuamente nel dibattito politico, scaturisce semmai da un *deficit* di organico nell'intera autorità giudiziaria, quando non sia riferibile ad una prassi poco rispettosa della procedura.

4. Evoluzione della magistratura: da funzione a potere

Nell'ordinamento italiano proprio dal requisito di indipendenza discende la legittimazione del giudice a *juris dicere*, in perfetta autonomia rispetto alla rappresentanza politica, da cui deve distinguersi per l'assenza di qualsiasi vincolo, anche surrettizio, con interessi e conflittualità legati alla diversa forma di legittimazione, proveniente dal risultato elettorale. La rigida separazione delle funzioni, espressione del più generale principio della tripartizione dei poteri, non è tuttavia sufficiente, di per sé, ad escludere una possibile interfaccia tra giustizia e politica determinata, ipoteticamente, proprio dalla violazione di quelle regole predisposte per l'autonomo esercizio del potere giurisdizionale, entro la sfera di attribuzioni predisposta dalla Costituzione. Quando infine la violazione diviene sistematica, la separazione dei poteri tende a degenerare in contrapposizione istituzionale, in cui la politica persegue l'obiettivo di assoggettare la giurisdizione e, quest'ultima, reagisce innestando una venatura autoritaria nell'amministrazione della giustizia, venendo meno alla terzietà richiesta proprio dalla funzione esercitata. Il giudice non deve essere un soggetto rappresentativo, non dovendo nessun interesse o volontà condizionarne il giudizio, quindi, contrariamente al potere esecutivo e a quello legislativo, che sono poteri di maggioranza, il giudice giudica in nome del popolo, ma non della maggioranza, a tutela della libertà anche delle minoranze. In questo senso la funzione giudiziaria è una garanzia di tutti i cittadini contro lo stesso governo rappresentativo. L'attività giudiziaria, al pari di tutte le attività conoscitive, non è finalizzata alla soddisfazione di interessi precostituiti, mentre gli altri organi dello Stato, pur dovendo operare con le forme e nei limiti stabiliti dalle leggi, si muovono nell'ambito di finalità politiche più o meno contingenti

⁸² *Ibidem*, 40.

che rispondono a precise istanze discrezionali. I giudici non dovrebbero perseguire alcun interesse extragiudiziale, quanto esclusivamente l'accertamento della responsabilità connessa agli eventi oggetto delle cause di volta in volta esaminate, a seguito di un contraddittorio tra i soggetti portatori degli interessi in conflitto. Indipendenza ed imparzialità non equivalgono a neutralità politica, in quanto al pari di ogni altro interprete, come già rimarcato, il giudice nella interpretazione della legge esprime propri giudizi di valore, che sono la manifestazione della sua cultura, delle sue convinzioni, della sua ideologia o, sinteticamente, della sua condizione umana. In dottrina è diffusa l'opinione che l'indipendenza, prima che un dato istituzionale possa essere riferibile ad un fatto culturale, in quanto il processo verso l'autonomia della magistratura come potere indipendente sarebbe venuto maturando attraverso un processo lento, travagliato e non incontrastato⁸³. Diviene doveroso, in proposito, riconoscere che soprattutto in tempi di crisi e trasformazione sociale, politica diritto e giurisdizione si integrano in un moto circolare che comporta immedesimazione tra le diverse funzioni, tanto da diventare difficile distinguere le scelte giudiziali, frutto di una libera, e legittima, interpretazione adeguatrice della fattispecie normativa, dalla prassi di parte della magistratura, politicamente schierata e particolarmente sensibile alle contingenti esigenze della politica dei partiti⁸⁴. Sembrano, ancora una volta, tornare d'attualità le parole di Piero Calamandrei che, nel delineare la difficile, per quanto ineliminabile, relazione tra giurisdizione e politica scriveva: *"Se il giudice, nel chiuso della sua coscienza, è fautore del regime dal quale sono dettate le leggi che è chiamato ad applicare, egli sarà interprete zelante del loro spirito, e cercherà di proseguire e sviluppare, nell'applicarle ai casi pratici, l'ispirazione politica da cui sono nate; se viceversa egli è in cuor suo un oppositore di quel regime, cercherà di interpretarle in modo da renderle praticamente inefficaci o cercherà di esagerarne i difetti, per farle apparire peggiori di quelle che sono e così screditare quei legislatori"*⁸⁵.

Al fine di tutelare l'indipendenza della magistratura la Costituzione assegna i provvedimenti inerenti lo *status* dei magistrati, dal reclutamento fino alla cessazione del servizio, ad un apposito organismo, il Consiglio Superiore della Magistratura, composto, ex art. 104 Cost., per due terzi dagli stessi magistrati. La garanzia di un'effettiva indipendenza della magistratura dagli altri poteri è

⁸³ L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, cit., 602.

⁸⁴ V. CAFERRA, *Magistrato senza qualità*, cit., 38.

⁸⁵ P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, cit., 214.

data, appunto, dall'attribuzione delle suddette funzioni alla competenza esclusiva del C.s.m. L'analisi delle materie trattate in seno alle 10 commissioni referenti in cui è strutturato il consiglio, proposta autorevolmente da Giuseppe di Federico, evidenzia che le attività e le competenze del Consiglio sono decisamente più ampie di quelle indicate dal dettato costituzionale, e sebbene una minima parte sia stata introdotta con legge ordinaria o con interpretazione estensiva della legislazione preesistente, la maggioranza di queste nuove attribuzioni deriva dall'atteggiamento del C.s.m. a considerarle "poteri impliciti", derivanti dalla missione istituzionale assegnatagli dalla Costituzione⁸⁶. Nell'attuale modello di questa consiliatura dunque, come riportato da un diverso autore⁸⁷, alle competenze ad essa attribuite dagli artt. 105, 106 comma 3 e 107 comma 1 Cost., se ne aggiungono altre ad esse strumentali o di natura implicita. In particolare, la normativa contenuta nel D.Lgs. n.109 del 2006 in materia disciplinare sembra confermare la natura giurisdizionale che il C.s.m. aveva sempre riconosciuto ai provvedimenti adottati in quest'ambito dalla apposita sezione disciplinare. La tendenza del C.s.m. ad espandere la propria funzione, per affermarsi come vertice del sistema giudiziario, rende poco realistica la definizione del "giudiziario come potere diffuso"⁸⁸. Il potere giudiziario è stato infatti configurato, almeno nell'impostazione classica, come un potere diffuso, non concentrato nelle mani di pochi soggetti, di modo che ciascun magistrato disponga di tutti i poteri inerenti alle funzioni, requirenti o giudicanti, previste dall'ordinamento da cui è definito autonomo ed indipendente dagli altri poteri dello Stato. Tanto potere in capo al singolo magistrato, particolarmente in tempi di espansionismo giudiziario⁸⁹, esige una rigorosa selezione del personale della magistratura nelle procedure di nomina e richiede, poi, controlli tempestivi ed efficaci per evitare possibili disfunzioni e preservare l'indispensabile fiducia degli imputati nell'operato della giustizia. In materia di ordinamento giudiziario, il C.s.m. svolge di fatto compiti legislativi sia per il tramite di circolari sia con "audaci" interpretazioni delle leggi e della stessa Costituzione⁹⁰. L'inosservanza del compito attribuito dall'art. 105 Cost. al C.s.m. di effettuare le promozioni dei magistrati, secondo parametri

⁸⁶ G. DI FEDERICO, *Ordinamento giudiziario*, Padova, Cedam, 2008, 150-151.

⁸⁷ M. VOLPI, *Il CSM che si vorrebbe*, in *Quest. Giust.*, 2011, 11 ss.

⁸⁸ V. CAFERRA, *La Giustizia e i suoi nemici*, cit., 97.

⁸⁹ *Ibidem*, 99.

⁹⁰ G. DI FEDERICO, *Il consiglio Superiore della Magistratura. Alcune delle sue più gravi disfunzioni*. Relazione tenuta alla contro inaugurazione dell'anno giudiziario dell'Unione delle Camere Penali. L'Aquila, 28 gennaio 2010.

di valutazione selettiva, ha generato molteplici e gravi disfunzioni, strumentalizzando, a fini corporativi, il valore dell'indipendenza della funzione giudiziaria. Infatti, le leggi sulle promozioni dei magistrati del 1966 e 1973, conosciute come leggi *Breganze* e *Breganzone*⁹¹, hanno consentito, caso unico in Europa, che i magistrati possano essere promossi ai livelli superiori della carriera e dello stipendio anche in assenza di vacanze ai livelli superiori della giurisdizione, cioè senza nessun limite né alcuna graduatoria di merito. Nell'attribuire al C.s.m. il monopolio nel trasferimento e nella destinazione dei magistrati, il legislatore costituente non pensava certo di privilegiare interessi corporativi rispetto alle esigenze di funzionalità della giustizia. L'assenza di un valido sistema di valutazione professionale, che permetta una graduatoria attendibile, determina che le scelte del C.s.m. in riferimento alle numerose domande di trasferimento o destinazione a diverse funzioni avvenga prevalentemente su base discrezionale, che spesso si articola secondo logiche clientelari. Di fatto, quindi, il C.s.m. ha svuotato di qualsiasi reale significato il dettato costituzionale che, all'art.105 Cost., testualmente impone di effettuare le promozioni dei magistrati.

Nelle dure parole di Giuseppe di Federico: *“In un sistema come il nostro dove le valutazioni di professionalità per le promozioni sono per tutti i magistrati altamente positive e tutti raggiungono il massimo livello della carriera e dello stipendio ciò che sorprende non può certo essere l'esistenza di fenomeni di mediocrità, di scarso impegno, quanto piuttosto deve destare meraviglia ed ammirazione il fatto che nonostante l'assenza di stimoli e riconoscimenti istituzionali vi siano comunque magistrati di alta professionalità ed impegno lavorativo”*⁹².

Non diversa la posizione di Giovanni Falcone, che denunciava il fenomeno già nel 1988: *“Occorre rendersi conto [...] che l'indipendenza e l'autonomia della magistratura rischia di essere compromessa se l'azione dei giudici non è assicurata da una robusta e responsabile professionalità al servizio del cittadi-*

⁹¹ La l. 25 luglio 1966, n. 570, c.d. legge *Breganze*, e la l. 20 dicembre 1973, n.831, c.d. legge *Breganzone*, abolirono rispettivamente le promozioni in appello e in cassazione, abrogando gli artt. 145-187 dell'ordinamento giudiziario e le successive modifiche apportate con l. n.1 del 1963 e n.687 del 1967, e prevedero la nomina a magistrato di appello e di cassazione, anche in mancanza dei rispettivi posti in organico, sulla base del parere del Consiglio giudiziario sulle capacità, laboriosità, diligenza e preparazione dimostrate dal magistrato nell'espletamento delle funzioni, con possibilità per il C.s.m. di assumere ogni ulteriore elemento di giudizio per la migliore valutazione.

⁹² G. DI FEDERICO, *Il consiglio Superiore della Magistratura. Alcune delle sue più gravi disfunzioni*. Relazione tenuta alla contro inaugurazione dell'anno giudiziario dell'Unione delle Camere Penali. L'Aquila, 28 gennaio 2010

*no. Ora certi automatismi della carriera sono causa non secondaria della grave situazione in cui versa attualmente la magistratura. L'inefficienza dei controlli sulla professionalità, cui dovrebbero provvedere il C.s.m. ed i Consigli Giudiziari, ha prodotto un livellamento dei magistrati verso il basso*⁹³”.

Nelle espressioni testuali di Luciano Violante “il C.s.m. è stato concepito come garante fondamentale dell'autonomia della magistratura dagli altri poteri, e come luogo dove, per superare i rischi di corporativismo, la magistratura trova il suo punto di raccordo con il potere politico”⁹⁴. La ricorrente polemica sul preteso ruolo improprio assunto dal C.s.m. come “terza Camera” si fonda sull'interpretazione estensiva e sulla connessa prassi applicativa dell'art. 10 comma 2, della legge n.195 del 1958 istitutiva del Consiglio, in base alla quale il C.s.m. può fornire pareri alle Camere su disegni di legge in materia di ordinamento giudiziario, amministrazione della giustizia, e su ogni altro oggetto comunque ritenuto attinente alle suddette materie⁹⁵. Il nodo del problema involge i pareri espressi su autonomia iniziativa del Consiglio, la cui ammissibilità è controversa in dottrina⁹⁶, e sulla capacità di persuasione accordata loro dalle commissioni parlamentari nella disamina intorno ai disegni di legge. Nonostante spesso accada che, al di là della risonanza mediatica e delle ricorrenti polemiche, i pareri del C.s.m. non trovino credito durante i lavori parlamentari, è comunque da sottolineare questa tendenza all'espansionismo delle funzioni anche a danno del potere legislativo. Come ogni altra forma di potere, se non trova la giusta resistenza che, in mancanza di un adeguato *self-restraint*, non può che provenire dagli altri poteri dello Stato, tende ad espandersi sia all'interno, nei confronti degli stessi magistrati, che all'esterno, colmando gli spazi lasciati liberi dagli altri poteri. Questa tendenza ad oltrepassare i confini delle proprie attribuzioni non si manifesta solo esternamente, a danno del potere legislativo, ma esercita indebite pressioni anche all'interno, a discapito della stessa giurisdizione. Nei più recenti sviluppi dell'attività disciplinare del C.s.m., infatti, si può registrare un'evoluzione che, attraverso un controllo più penetrante, incide sul principio del libero convincimento e della libertà di interpretazione della legge, tradizionalmente riconosciuta ad ogni singolo giudice. A tal fine è frequente, negli atti della Sezione disciplinare, il

⁹³ G. FALCONE, *Interventi e proposte 1982-1992*, Milano, 1994, 99.

⁹⁴ L. VIOLANTE, *Magistrati*, cit., 174.

⁹⁵ N. ZANON, *I pareri del Consiglio Superiore della Magistratura tra leale collaborazione e divisione dei poteri*, Relazione al seminario organizzato a Roma l'8/6/2009 dall'Associazione italiana dei Costituzionalisti sul tema “*Problemi della Giustizia in Italia*”.

⁹⁶ *Ibidem*.

ricorso al concetto di “atto abnorme”, che in quanto espressione di un “errore macroscopico”, è indice di grave ed inescusabile negligenza ed ignoranza⁹⁷. Tale impostazione troverebbe valido sostegno nella giurisprudenza costante delle Sezioni unite civili della Cassazione, secondo cui nella valutazione del comportamento del magistrato può tenersi conto di tali gravi inesattezze come indice ad evidenziare una condotta lesiva sul piano del prestigio della magistratura⁹⁸. La distanza nell'impostare il problema è visibile già a livello semantico, in quegli autori italiani che sembrano persino escludere che l'indipendenza e la terzietà siano valori ascrivibili al patrimonio della comunità, assai più utili all'imputato che al singolo magistrato, nella scelta di riferirsi a questi principi come esclusivo predominio dell'ordine giudiziario⁹⁹. Purtroppo in Italia sembra essersi innescato un processo degenerativo nella dialettica istituzionale, che si risolve prevalentemente nell'infruttuosa polemica, impersonata da personaggi ispirati dall'unico intento di difendere gli interessi corporativi di cui sono espressione. L'assenza della politica emerge tristemente anche in quest'ambito, nella mancanza di interlocutori seri che possano confrontarsi con un ordine giudiziario che, per quanto non immune al declino morale e culturale della società, sembra resistere nel suo arroccamento oligarchico, protetto dalla funzione che la costituzione gli garantisce e che la debolezza delle istituzioni gli hanno consentito di rafforzare. Spiace soltanto constatare che questo espansionismo della giurisdizione sia avvenuta dietro le insegne dell'indipendenza della magistratura che, verosimilmente nelle intenzioni dei Costituenti, fu concepita a garanzia del cittadino altrimenti indifeso, e non a presidio di un centro di potere. Lo sviluppo dell'associazionismo dei magistrati ha svolto un'influenza rilevante nel contesto organizzativo della magistratura, evidenziando un'ambiguità dell'esperienza in materia, tra la dimensione conflittuale e corporativa e quella ideologica dell'azione della magistratura associata¹⁰⁰. Queste forme associative svolgono la loro attività all'interno dell'Associazione Nazionale Magistrati, che raccoglie sotto la propria sigla circa il 90% dei magistrati italiani¹⁰¹. All'interno dell'A.N.M. è poi dato distingue-

⁹⁷ V. CAFERRA, *La Giustizia e i suoi nemici*, cit., 107.

⁹⁸ Cass., Sez. Un. Civ., 17 febbraio 2009, Cavarretta ed altro (*Auletta*) contro Min. Giustizia ed altro, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 249; Id., 19 luglio 2001, Proc. Gen. presso la Corte di Cassazione contro Guglielmucci ed altro (*Acone*), in *Giust. Civ. Mass.* 2002, 429.

⁹⁹ G. COLOMBO, *Dal giudice interprete del conflitto al giudice interprete della legge*, cit., 90: «La magistratura, contemporaneamente all'evolversi delle norme, all'evolversi della cultura, del modo di pensare, sta comprendendo il senso della propria indipendenza e, di conseguenza, della propria terzietà».

¹⁰⁰ D. MARAFIOTTI, *Metamorfosi del Giudice*, cit., 11.

¹⁰¹ V. CAFERRA, *La giustizia e i suoi nemici*, cit., 98.

re numerose correnti¹⁰², risalenti ad epoche diverse e con differente seguito all'interno della categoria, ognuna esercita la propria influenza all'interno del C.s.m., specie nella distribuzione degli incarichi direttivi. La gestione del potere e della politica, necessariamente insista in talune scelte discrezionali, pure se limitato all'organizzazione della magistratura, ai trasferimenti ed alle promozioni, non è mai immune da degenerazioni soprattutto quando si tratta del conferimento di uffici direttivi. I gruppi che si formano quali necessarie forme di aggregazione elettorale, quali gruppi territoriali, forse non sufficientemente maturi per comprendere l'autorevolezza e l'importanza di un autogoverno che si realizzi attraverso la predisposizione di programmi, l'individuazione di regole generali ed astratte ma soprattutto il rispetto, dei limiti intrinseci all'attività discrezionale, mostrano come nella prassi anche il modello perfetto possa degenerare ed anche in magistratura apparvero le prime degenerazioni correntizie che delegittimano dall'interno la magistratura, nel suo autogoverno apparsa più attenta, in talune occasioni agli interessi individuali che al rispetto delle regole¹⁰³. Il dato negativo non è ovviamente il raggrupparsi dei magistrati, che lo ritengano utile, in formazioni associative che esprimano una tendenza culturale omogenea, quanto che queste "correnti" assumano una diretta gestione di scelte amministrative, con la conseguenza che i militanti e gli iscritti alle correnti ricevono un trattamento, spesso, vantaggioso, rispetto ai magistrati che non ne fanno parte¹⁰⁴. Non è questione di preservare o meno il pluralismo culturale all'interno della magistratura, quanto di appurare se il correntismo si traduca in politiche interne all'ordine, che si rivelano fonte di ingiustificati privilegi. L'attività del C.s.m., nelle parole di Luciano Violante, è "dominata dalle correnti dell'Associazione nazionale magistrati", che con il tempo si sono trasformate da luoghi di discussione ed approfondimento professionali, in "ben oleate macchine di potere interno"¹⁰⁵. Sembra ormai radicata la visione di un sistema correntizio, sviluppatosi in modo speculare al sistema partitico, dove sono venute meno le distinzioni tra A.N.M e C.s.m., assimilato per giunta ad uno strumento di potere corporativo, quando non riferibile a singole personalità. Nel disegnare un parallelismo metaforico tra magistrati e

¹⁰² B. TINTI, *Toghe rotte*, Milano, Reverse, 2007, 169: «[...] di correnti ce sono cinque, al momento quattro più o meno storiche (*Magistratura Indipendente, Unità per la Costituzione, Movimento, Magistratura Democratica*), una più recente (*art.3*) e un paio di recentissime, ancora non costituite ufficialmente».

¹⁰³ P. FILIPPI, D. FERRANTI, *Giustizia e Politica*, in *Giustizia Insieme*, 2008, 3, 162.

¹⁰⁴ M. D'ORAZI, *C.s.m. 3 temi sul tappeto*, in *Crit. Pen.*, 2011, 3, 7-25.

¹⁰⁵ L. VIOLANTE, *Magistrati*, cit., 176.

politici, proprio un magistrato assimila il C.s.m. al governo della Magistratura ed i partiti alle cosiddette “correnti”, le elezioni a membro del Consiglio, poi, sarebbero gestite da queste formazioni, che selezionando, di fatto, i candidati che entreranno a far parte dei Consigli Giudiziari e dello stesso C.s.m, assecondano logiche corporative¹⁰⁶. Un modo di rappresentare il fenomeno che piace anche ad altri autori, secondo i quali: “Il C.s.m. sta alle correnti associative come il Parlamento della Prima Repubblica stava ai partiti. Le decisioni dei suoi membri sono il riflesso comandato dei vertici delle relative segreterie¹⁰⁷”. Proprio come è accaduto nel declino della politica italiana, quindi, le correnti al pari dei partiti, sarebbero divenute *lobbies* autoreferenziali. I responsabili di questi movimenti, dietro l'alibi di tutelare l'autonomia e l'indipendenza dell'intera magistratura, tutelano in realtà unicamente loro stessi. In questo modo le finalità perseguite dalla singola corrente finiscono per prevalere sugli interessi del globale ordine giudiziario, sempre dietro il paravento di tutelare un'autonomia ed un'indipendenza della funzione di cui è più che legittimo iniziare a dubitare.

5. La *vexata quaestio* dell'art. 112 cost.

L'interpretazione costituzionale canonica dell'art. 112 Cost. riconduce l'attività del P.M. al principio di legalità, alla stregua di quanto l'art. 101 Cost. dispone per il giudice¹⁰⁸. Le due norme sono speculari, pongono le due funzioni proprie dell'ordine giudiziario sotto la vigenza della medesima ed esclusiva soggezione alla legge, conferendo così ad entrambe una eguale misura di indipendenza funzionale. L'art. 112 Cost. non costituisce disposizione a se stante, che si esaurisce nella previsione di un obbligo, quasi fosse una riserva di legge processuale in merito alle modalità dell'azione. In realtà essa è norma organica rispetto all'intero sistema di garanzie, specialmente in riferimento alla ripartizione di funzioni tra i diversi poteri dello Stato, perché costituisce la fonte essenziale della garanzia dell'indipendenza del P.M.¹⁰⁹. La Costituzione italiana è l'unica, tra quelle delle democrazie occidentali, a prevedere un nesso indissolubile tra obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero, la cui posizione è sempre apparsa incerta, oggetto frequente

¹⁰⁶ B. TINTI, *Toghe rotte*, cit., 170.

¹⁰⁷ C. NORDIO, G. PISAPIA, *In attesa di giustizia*, cit., 142.

¹⁰⁸ G. U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2005, 488 ss.

¹⁰⁹ M. DEVOTO, *Obbligatorietà-Discrezionalità dell'azione penale. Ruolo del P.M.*, in *Cass. Pen.*, 1996, 2040.

di contrasti in dottrina, poiché la Costituzione non esprime una concezione univoca dell'istituto¹¹⁰. Lo Statuto del P.M. costituisce il risultato di fattori solo in parte normativi, dovendosi considerare anche elementi storici e condizionamenti politici, che hanno condotto alla affermazione della tendenza di un progressivo avvicinamento della posizione del P.M. a quella del giudice, favorita dalla prassi dell'intera magistratura e dello stesso C.s.m.¹¹¹ La legalità fu la via italiana e germanica all'azione penale, come si poteva leggere già con esemplare chiarezza in un articolo apparso sulla *Beilage zur Allgemeinen Zeitung* del maggio 1875, significativamente trascritto da Francesco Carrara su *Rivista penale*. Nel testo si spiegava che un ordinamento giuridico moderno non poteva che optare per la legalità dell'esercizio dell'azione anziché per l'utilità, perché solo la prima rispettava il principio di stretta giustizia e di uguaglianza¹¹². Lo stato costituzionale di diritto, nelle parole di Livio Pepino, postula l'assoluta parità dei cittadini davanti alla legge, la sottoposizione di tutti al principio di legalità, l'assenza di filtri politici esterni alla giurisdizione tra la *notitia criminis* e l'intervento punitivo dello Stato¹¹³. Secondo l'opinione di questo autore lo Stato di diritto non tollera "aree di impunità", e per evitare che ciò accada è indispensabile che l'azione penale sia indipendente e sottratta agli indirizzi politici del Governo. Il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale sarebbe quindi la "via italiana" ad una politica criminale, priva di condizionamenti o filtri di opportunità e convenienza politica. La necessità di un organo d'accusa libero da ogni sorta di condizionamento, perlomeno esterno, nel momento in cui esercita una potestà funzionalmente legata all'affermazione del principio di uguaglianza, stenta in effetti a trovare argomenti a sfavore. L'indipendenza del P.m., in questa ricostruzione, è un presupposto esistenziale per l'indipendenza del giudice penale, destinato a conoscere soltanto dei processi che il pubblico ministero gli sottopone. I giudici sono indipendenti anche perché l'individuazione delle fattispecie da sottoporre ad essi è vincolata all'obbligo del rispetto della legge, riservato ad un organo competente e professionalizzato, appartenente allo stesso ordine giudiziario da cui essi provengono. L'appello irrazionale all'indipendenza, come sostenuto da Giuseppe de Luca, finisce per trasformarsi in una formula quanto

¹¹⁰ *Ibidem*, 2024 ss.

¹¹¹ *Ibidem*, 2025.

¹¹² M. MINETTI, *Introduzione storica in Il principio di obbligatorietà dell'azione penale oggi: confini e prospettive* di F. Ruggeri; M. Miletto, C. Botti, D. Manzione, E. Marzaduri, in *Criminalia*, 2010, 304 ss.

¹¹³ L. PEPINO, *Ancora sulla obbligatorietà dell'azione penale: qualche spunto per una riflessione realistica*, in *Quest. Giust.*, 2011, 2, 102 ss.

mai equivoca e confusa, specie quando venga assunta come schermo illusorio per mimetizzare quella che in realtà è la degenerazione medesima dell'indipendenza, ovvero l'autonomia assoluta¹¹⁴. Carlo Guarnieri ritiene impossibile escludere, a priori, spazi di discrezionalità dall'azione del pubblico ministero, prescindendo dalla definizione assunta del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale¹¹⁵. Con il vigente codice di rito i presupposti dell'obbligo costituzionale sono stati ancorati alla superfluità del processo e veicolati attraverso ben precisi controlli giurisdizionali. Nella prassi quotidiana si è oramai preso atto dell'impossibilità di assicurare un uguale trattamento a tutte le notizie di reato, soprattutto rispetto ai termini incalzanti di prescrizione. La collocazione della scelta sull'esercizio dell'azione penale all'esito di una fase investigativa che può svilupparsi in ambiti temporali anche notevolmente estesi e che deve portare alla completa individuazione dei mezzi di prova, permetterebbe al P.M. di giungere alla formulazione di un giudizio non equivoco sulla doverosità dell'esercizio dell'azione penale, che costituisce, secondo le testuali parole della corte costituzionale "la traduzione in chiave accusatoria del principio di non superfluità del processo"¹¹⁶.

L'imparzialità del magistrato, spesso, viene letta in funzione del più ampio obiettivo di facilitare la formazione di un potere giudiziario quale contrappeso agli altri poteri dello stato¹¹⁷, ma anche in questa prospettiva, la posizione di completa indipendenza del P.M. non sembra pienamente giustificabile. In qualsiasi accezione di democrazia il potere giudiziario, per indipendente che sia, ha comunque bisogno di essere giustificato dalle funzioni che svolge e dai limiti che incontra. Un pubblico ministero affidato a magistrati indipendenti fa invece cadere una delle caratteristiche della procedura giudiziaria, che è quella della passività, ovvero di non disporre dell'azionabilità diretta della funzione giurisdizionale esercitata. Il potere della magistratura va iscritto nel quadro di pesi e contrappesi che esercita sugli altri poteri e che questi esercitano su di essa. Un certo grado di responsabilità politica, anche indiretta, della magistratura nei confronti della comunità politica, è uno strumento indispensabile per assicurarne la ricettività, non solo in quanto elemento caratteristico dei regimi democratici, ma anche requisito indispensabile per il loro funzio-

¹¹⁴ G. DE LUCA, *Controlli extra processuali ed endo-processuali nell'attività inquirente del pubblico ministero*, in *Azione penale e ruolo del Pubblico ministero*, (a cura di) A. Gaito, *cit.*, 219.

¹¹⁵ C. GUARNIERI, *Pubblico ministero e sistema politico*, Padova, 1984, 133.

¹¹⁶ Corte Cost., sent. n. 81 del 1991.

¹¹⁷ C. GUARNIERI, *L'indipendenza della magistratura*, Padova, 1981, 78.

namiento¹¹⁸. L'esperienza degli altri regimi democratici insegna che i meccanismi di responsabilizzazione del pubblico ministero svolgono un'azione efficace di contrappeso all'indipendenza dei giudici, rendendo possibile attribuire allo *status* dell'organo giudicante maggiori garanzie. In questo acceso e duraturo dibattito l'obbligatorietà dell'azione penale viene spesso definita come un utile e necessario contrappeso al monopolio pubblico dell'accusa¹¹⁹, ma il rapporto è in realtà una proposizione o meglio, per dirla con Giovanni Conso, una "espressione algebrica", in cui l'obbligo di azione penale sta all'indipendenza e alla personalizzazione della funzione giudiziaria, laddove la discrezionalità si riferirebbe meglio alla dipendenza e alla burocratizzazione. In entrambi i casi il criterio non può ritenersi un corollario indefettibile dello Stato di diritto o costituzionale, mentre, la ragione per cui il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale continua ad operare, oggi, è da ricondurre anche ad un assetto di rapporti tra magistratura e politica che, dalle note vicende degli anni novanta, è attraversato da continue crisi. Appare pressoché impraticabile, in tale contesto, immaginare una riforma condivisa che sovverta totalmente l'ordine attuale, eliminando l'obbligatorietà dell'azione penale e al contempo subordinando la magistratura inquirente all'esecutivo¹²⁰, tuttavia non può nemmeno disconoscersi che il contorto assetto attuale in materia non generi, quantomeno, una sensibile menomazione della coerenza nel sistema penale italiano.

In una sua raccomandazione agli stati membri, il Comitato dei ministri della giustizia del Consiglio d'Europa ha affrontato il problema dell'efficienza della giustizia penale e dei ritardi che la caratterizzano. Senza mezzi termini ha raccomandato a riguardo l'adozione di un "sistema di discrezionalità" dell'azione penale che sia regolata nell'ambito del processo democratico. Questa raccomandazione, per quanto accolta con favore da parte della dottrina¹²¹, è rimasta priva di effetto nel nostro paese, nonostante sia stata firmata dal nostro Ministro della giustizia¹²². Giuliano Vassalli, ministro eponimo del codice di procedura penale vigente, affermava che la non obbligatorietà dell'azione penale fosse da ritenere un "principio ottimo" che in Italia, però, doveva considerarsi

¹¹⁸ C. GUARNIERI, *Pubblico ministero e sistema politico*, cit., 160.

¹¹⁹ M. NOBILI, *Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale*, in Giovanni Conso (a cura di) *Pubblico ministero e accusa penale*, Bologna, 1979, 118.

¹²⁰ A. PERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità*, in www.forumcostituzionale.it/site/images/pdf/documenti_forum/0107_peri.pdf, 5.

¹²¹ A. GATO, *Natura, caratteristiche e funzioni del Pubblico ministero*, cit., 27.

¹²² G. DI FEDERICO, *Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, in *Rassegna di Giurisprudenza*, 2009, 2, 44 ss.

“addirittura vietato da una norma costituzionale”, aggiungendo poi, in polemica con le stesse posizioni critiche manifestate contro la riforma del codice di rito, che nel nostro paese non fosse “possibile introdurre un P.M. fuori dalla magistratura, perché per i nostri magistrati questa sarebbe la più mortale offesa che potrebbe essere recata dal potere politico”¹²³. La contraddittorietà insita nella attuale regolamentazione della funzione d'accusa in Italia è stata oggetto di diffuse argomentazioni, anche risalenti¹²⁴, nel cui ambito si rileva una possibile fonte di ambiguità nella difficile convivenza imposta ad una disciplina concepita sotto un regime autoritario, come quella dell'ordinamento giudiziario vigente, che nel suo impianto originario fu dettata sotto la vigenza del fascismo, e quella d'ispirazione democratica contenuta nella Costituzione repubblicana. L'obbligatorietà dell'azione penale attribuisce al pubblico ministero l'esercizio di poteri discrezionali, diretti a realizzare finalità che, per quanto determinate sul piano generale dal legislatore, restano suscettibili di subire specificazioni di rilievo nell'ambito dei programmi di governo anche a livelli diversi. L'opzione di esercizio discrezionale dell'azione penale, pur diffusa in paesi costituzionalmente simili all'Italia, è stata disattesa dall'Assemblea Costituente che invece intese escludere un collegamento del pubblico ministero con l'esecutivo. Tuttavia l'attività di esercizio dell'azione penale, anche se configurata come obbligatoria, implica inevitabilmente momenti di discrezionalità, apparendo ineliminabile un potere di graduazione della pregnanza del controllo e di scelta delle fattispecie sulle quali esercitarlo, nonché sulle opzioni processuali disponibili che rendono l'ambito dei giudizi di valore dell'operatore decisamente più esteso in quello, pur riconosciuto, riservato al giudice nell'ambito dell'interpretazione giuridica, smentendo, ancora una volta, la necessità di estendere le garanzie esclusive dell'organo giudicante alla funzione requirente. Giovanni Falcone, a fronte di un'esperienza professionale acquisita prima come giudice istruttore poi come pubblico ministero, aveva maturato la convinzione della necessità del superamento di una concezione rigida dell'obbligatorietà dell'azione penale, e del suo avvio verso prospettive di opportunità, ovviamente responsabilizzata e legata a regole definite di discrezionalità vincolata, a indirizzi riconoscibili e condivisi di guida

¹²³ G. VASSALLI, *La giustizia penale statunitense e la riforma del processo penale italiano*, in *Il processo penale negli usa*, a cura di E. Amodio, Milano, 1988, 260.

¹²⁴ A. PIZZORUSSO, *Per un collegamento fra organi costituzionali politici e pubblico ministero*, in Giovanni Conso (a cura di) *Pubblico ministero e azione penale*, Bologna, 1979, 31.

nell'esercizio dell'azione penale¹²⁵. L'individuazione dell'essenziale linea di discriminazione tra il regime dell'obbligatorietà e di facoltatività in materia di azione penale può essere raggiunta ricollegandosi alla circostanza per cui, mentre nei sistemi del primo tipo il P.M. è tenuto di regola a promuovere l'azione penale, sempre che non ricorrano presupposti legislativamente predeterminati che lo inducano a ritenere il processo "superfluo", al contrario nei sistemi del secondo tipo il medesimo rappresentante dell'accusa è legittimato a non attivarsi anche sulla base di diverse valutazioni, indipendentemente dal risultato prognostico circa l'utilità del processo. Ma è altrettanto evidente che il confine tra la superfluità del processo e l'inopportunità dello stesso risulta quanto mai labile, donde l'ovvia necessità di introdurre tra i presupposti di archiviazione elementi che tendano ad oggettivare le valutazioni rimesse all'accusa. Poiché, come scrive Alfredo Gaito, quell'apprezzamento non sfugge a valutazioni marcatamente soggettive, "va detto senza mezzi termini che al pubblico ministero è stata attribuita la titolarità di un potere discrezionale prognostico su una materia alquanto fluida, se non altro perché è lui stesso a determinare la maggiore o minore credibilità del materiale di indagine in diretta correlazione al maggiore o minore impegno profuso nell'espletamento dell'indagine stessa"¹²⁶. A fronte di una disciplina legislativa lacunosa ed incoerente, gli strumenti più efficaci per introdurre criteri di priorità rimangono le circolari emesse dai capi dei singoli Uffici giudiziari territoriali. La prima può farsi risalire al 1990 ed è nota come "*circolare Zagrebelsky*", la quale indicò vere e proprie corsie preferenziali per talune ben individuate tipologie di notizie di reato. Sulla scia di tale esempio, diversi dirigenti di uffici giudiziari diedero vita ad un'intensa attività paralegislativa che fu sostanzialmente avallata dal C.s.m. La più recente circolare, nota come "*circolare Maddalena*", tramite la quale si sono impartite istruzioni finalizzate all'accantonamento dei procedimenti per un catalogo predeterminato di reati marginali e si sono altresì formulati auspici nel segno di una valutazione ampia da parte del sostituto assegnatario del fascicolo dei presupposti per l'archiviazione in ordine ai medesimi reati, rispondendo ad inevitabili scopi deflattivi di un carico oggettivamente insostenibile, sembra essersi definitivamente appropriata di un lessico paralegislativo, peraltro non smentito dallo stesso C.s.m. A differenza degli altri paesi democratici, i P.M. italiani non solo godono di una completa indi-

¹²⁵ G. FALCONE, *Evoluzione del principio di obbligatorietà dell'azione penale*, in *Gius. Proc.*, 1990, VI, 164.

¹²⁶ A. GAITO, *Natura, caratteristiche e funzioni del Pubblico ministero*, cit., 22.

pendenza esterna, ma ciascuno di essi gode anche di un'ampia indipendenza all'interno degli uffici cui appartiene. Nonostante la formale struttura gerarchica degli uffici, infatti, i poteri di direzione e supervisione dei capi ufficio vengono severamente limitati da alcune leggi, e più ancora dagli orientamenti del sindacato della magistratura e dalle regole, anche molto analitiche seppure di ordine generale, fissate dal C.s.m. in merito alla distribuzione degli affari giudiziari, alle avocazioni, alle sostituzioni e riguardo a tutte quelle norme indirizzate al funzionamento degli uffici del P.M.¹²⁷ La tendenza è quella di personalizzare la funzione del pubblico ministero, quasi che per lui valga il principio del giudice naturale stabilito per legge. Di fatto, cosa che ricorrentemente avviene, ciascun sostituto procuratore può richiedere in vario modo l'intervento del C.s.m. per ogni decisione del suo capo ufficio che sia in contrasto con i piani organizzativi prefissati, o con la sua indipendenza nel gestire i casi che gli sono stati assegnati. L'abolizione del comma 3 dell'art. 7-ter dell'Ordinamento giudiziario, da parte della c.d. " *riforma Mastella* ", non ha fatto cessare, a tal proposito, l'orientamento del C.s.m. a regolare la materia. Ove si dovesse accogliere il regime della discrezionalità dell'azione penale, sarebbe doveroso prevedere forme di responsabilità politiche, in quanto sarebbe contrario al principio di soggezione dei giudici alla legge che questi ultimi possano determinare, secondo la propria discrezionalità, quali reati perseguire e quali invece ignorare. La subordinazione del P.M. al potere esecutivo o, comunque, alla fissazione di criteri di spettanza propriamente politica, è finalizzata ad evitare che un organo giudiziario possa godere, di fatto, di un potere politicamente insindacabile. Tuttavia anche i vantaggi di un sistema fondato sull'obbligatorietà dell'azione penale e sull'indipendenza del P.M. non eliminano i rischi connessi all'impossibilità di concludere, nei tempi imposti dal legislatore, i procedimenti penali, circostanza che comporta conseguenze analoghe all'arbitrario dell'azione penale, nonché l'assenza di un effettivo controllo democratico sulle ragioni delle singole scelte di politica giudiziaria. Sembra condivisibile l'opinione di chi ritiene oltremodo opportuna una riforma del P.M., che rappresenta, secondo Domenico Marafioti, un presupposto irrinunciabile per "preservare il giudice"¹²⁸, al fine di garantire una dialettica processuale quanto più corretta possibile, opinione accolta peraltro anche da Giuseppe de Luca, il quale sostiene che "proprio l'indipendenza assoluta del giudice sembra postulare, in un contesto liberal-

¹²⁷ G. DI FEDERICO, *Diritti umani e amministrazione della giustizia*, in *Arch. Pen.*, 2011, 1, 3

¹²⁸ *Ibidem*, 67 ss.

democratico, una qualche forma di dipendenza istituzionale del pubblico ministero dalla comunità politica¹²⁹. Essa sostanzierebbe la condizione essenziale per tutelare l'assoluta imparzialità dell'organo giudicante, per affrancarlo da suggestioni e influenze delle parti sul piano del processo e separarlo in origine dall'accusa, dietro le quinte di un ordine giudiziario incline allo straripamento di potere, assecondato dalle carriere unificate e dal correlativo spirito di corpo unitario di p.m. e giudici¹³⁰. Anche nell'opinione di Alfredo Gaito, l'avvento del codice Vassalli avrebbe dovuto promuovere un mutamento di mentalità nella funzione d'accusa del processo italiano, il che avrebbe richiesto trasformazioni radicali nella prassi, nei comportamenti, nelle professionalità e nella cultura dei Pubblici ministeri, in assenza delle quali la loro figura si sarebbe posta in evitabile contrasto con la struttura *adversary* del nuovo modello processuale accusatorio¹³¹. La riforma del codice penale ha lasciato qualcosa in sospeso, scrive Gherardo Colombo, specie in relazione al ruolo del pubblico ministero, creando un ibrido, una "parte imparziale" a cui si richiede un lavoro di tutela della collettività con la mentalità di un giudice, un individuo "a metà strada tra il giudice e il poliziotto" per usare un'espressione di Livio Pepino¹³², che però ha l'obbligo di preservare le garanzie dell'imputato, quest'ultimo difeso, invece, da un soggetto, l'avvocato, che non vanta né la mentalità giurisdizionale né i potenti mezzi offerti dallo Stato per la repressione criminale. È dunque auspicabile un intervento del legislatore per rendere lo *status* del P.M. separato da quello dell'organo giurisdizionale, a cominciare dal differente percorso di formazione professionale, in modo da rendere concreto il valore costituzionale della uguaglianza delle armi tra accusa e difesa, ed esaltare, oltretutto l'imparzialità del giudice, così come richiesto dall'art. 111 Cost. comma 2. A ben vedere, il tema insidioso della separazione delle carriere tra magistratura requirente e giudicante è connaturato allo stesso passaggio dal codice di procedura del 1930 a quello attuale. Non casualmente il professor Giovanni Conso faceva notare, già nel 1990¹³³, che la distinzione del ruolo inquirente da quello giudicante fosse un cardine del nuovo processo, introdotto con la riforma del codice di rito di alcuni anni preceden-

¹²⁹ G. DE LUCA, *Controlli extra processuali ed endo-processuali nell'attività inquirente*, cit., 225.

¹³⁰ *Ibidem*, 72.

¹³¹ A. GAITO, *Natura, caratteristiche e funzioni del Pubblico Ministero*, cit., 21.

¹³² L. PEPINO, *Quale giudice dopo la riforma dell'ordinamento giudiziario?*, in *Quest. Giust.*, 2007, 659.

¹³³ V. LATTARULO, *Un confronto sulla funzione d'accusa e sul ruolo del P.m.*, relazione di un convegno sul tema *Accusa penale e ruolo del p.m. nell'evoluzione del sistema italiano*, svoltosi a Perugia il 20 e 21 Aprile 1990.

te. Il principio di obbligatorietà dell'azione penale finisce per rendere eccessivamente autonomo ogni p.m. nell'esercizio della stessa. La necessità che il p.m. venga indirizzato nelle sue scelte di politica giudiziaria da direttive unitarie, tese ad evitare una giustizia differenziata per aree geografiche, che lasci cioè ad ogni singolo procuratore la direzione solitaria del proprio ufficio, nella speranza che il principio gerarchico risolva ogni incongruenza, rimettendo al procuratore generale di stabilire regole e criteri che indirizzino, di volta in volta, i singoli sostituti nelle scelte di esercizio dell'azione penale, è soluzione ingenua e, francamente, inattuabile. Un ordinamento che si preoccupa più di preservare l'indipendenza del magistrato preposto alle funzioni requirenti piuttosto che predisporre le condizioni in cui egli possa, effettivamente, assolvere a quelle finalità di tutela delle esigenze di difesa sociale, appare, oltre che incongruo, destinato all'inefficienza. È innegabile che alcune novelle legislative e le interpretazioni costituzionali del 1992¹³⁴ avessero determinato uno squilibrio processuale a favore della pubblica accusa, con uno spostamento del baricentro verso l'attività investigativa, poiché la possibilità di introduzione nel fascicolo del dibattimento delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini ed utilizzate per le contestazioni nell'esame testimoniale e dell'imputato avevano, di fatto, superato la distinzione tra le fasi, tipica del processo accusatorio. La svalutazione del contraddittorio aveva accentuato i poteri del pubblico ministero di formare unilateralmente il materiale decisorio. Le leggi attuative del "giusto processo" hanno contrastato questa tendenza, rivitalizzando la struttura accusatoria nel riportare alla sua dovuta centralità il contraddittorio, inteso come principale sede dell'acquisizione probatoria. Preme continuare a rimarcare come le continue deroghe al principio costituzionale del giusto processo non abbiano, in ogni caso, realizzato l'obiettivo di rendere la giustizia penale italiana più efficiente, continuando anzi ad affermarsi tra i paesi europei con la tempistica processuale più dilatata. L'esempio di quegli ordinamenti in cui la distinzione tra accusa e difesa viene realizzata pienamente, in cui la prova non conosce altra sede di acquisizione al di fuori del contraddittorio delle parti dinanzi ad un giudice terzo, dimostra invece che la maggiore celerità nell'accertamento della responsabilità per un fatto criminoso vada perseguita attraverso altri espedienti. Non appare ulteriormente tollerabile la tendenza a sacrificare le garanzie dell'imputato in nome di una retorica efficienza, che peraltro mai verrà raggiunta in questo modo. Si avverte invece cogente la necessità di riequilibrare le parti in senso accusatorio, facendo in

¹³⁴ Corte Cost., sent. nn. 254 e 255 del 1992, *cit.*

modo che il pubblico ministero divenga parte anche in senso sostanziale, attribuendogli la discrezionalità di valutare la rispondenza delle strategie processuali che adopera all'interesse del quale è portatore in via esclusiva¹³⁵, ma sottoponendolo altresì ad una forma di responsabilità politica che giustifichi in questo modo il suo margine di discrezionalità. Il rispetto della disciplina processuale deve, inoltre, assumere la concreta pregnanza di un parametro di validità rispetto all'esito stesso del processo, attribuendo a quella statuizione dell'art. 124 c.p.p., in merito all'obbligo di osservanza delle norme processuali anche quando l'inosservanza non importi nullità o altra specifica sanzione processuale¹³⁶, una portata non solo etica, ma anche effettiva.

L'alternativa tra un sistema ancorato al principio di obbligatorietà, ancorché temperato dal riconoscimento di spazi di discrezionalità tecnica, e uno indirizzato verso la discrezionalità, sia pure controllata, appare radicale in quanto, solo con l'adesione al secondo sistema si consentono razionalizzazioni nelle scelte di politica criminale. A differenza di quanto avviene in Italia, in altri paesi a consolidata democrazia l'assetto del pubblico ministero, le regole relative all'esercizio dell'azione penale e all'uso dei mezzi di indagine, sono specificatamente mirate anche ad evitare che pervengano in giudizio processi che non siano fondati su solide basi probatorie e che i cittadini possano da ciò risultare gravemente danneggiati¹³⁷. La struttura organizzativa presenta rilevanti implicazioni anche per il tipo di responsabilità cui è sottoposto il pubblico ministero, essendo nettamente diverso il profilo della responsabilità nell'organizzazione burocratica rispetto ad una di stampo professionale. La qualità dell'apparato pubblico, preposto ad esercitare la repressione criminale, interagisce anche sulla ricettività a cui la comunità di riferimento può aspirare rispetto alle proprie istanze sociali. Nella ricostruzione proposta da Giuseppe di Federico emerge chiaramente come, in termini di effettività, rimettere ad un apparato burocratico politicamente irresponsabile, quale è attualmente la magistratura italiana, ogni discernimento in materia di politica criminale, oltre a limitare la legittimazione democratica dell'azione giudiziaria pregiudichi notevolmente il grado di recettività da parte della comunità nei

¹³⁵ G. RICCIO, *Il nuovo pubblico ministero e l'obbligatorietà dell'azione penale*, in *Il giusto processo* '90, 5, 24.

¹³⁶ Art. 124 c.p.p.: I «*I magistrati, i cancellieri e gli altri ausiliari del giudice, gli ufficiali giudiziari, gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria sono tenuti ad osservare le norme di questo codice anche quando l'inosservanza non importa nullità o altra sanzione processuale*». II «*I dirigenti degli uffici vigilano sull'osservanza delle norme anche ai fini della responsabilità disciplinare*».

¹³⁷ G. DI FEDERICO, *Diritti umani e amministrazione della giustizia*, in *Arch. Pen.*, 2011 n. 3, 2.

confronti del servizio giustizia¹³⁸. In questi termini, l'analisi comparata proposta da Carlo Guarnieri ha esplicitato che strutture organizzative che prediligono i criteri della professionalità riescono ad assicurare un migliore risposta del sistema giudiziario in termini di effettività¹³⁹. Anche in quest'ottica, pertanto, l'indipendenza istituzionale del pubblico ministero non manifesta la sua fondamentale istanza garantista, nei confronti della società, che invece torna a rivelarsi indispensabile e giustificabile solo per quanto riguarda i giudici, la cui imparzialità costituisce il vero contrappeso al potere delle altre branche del potere statale. Sembra da condividere pienamente, inoltre, l'impossibilità, rilevata dall'autore, di concepire un'istituzione completamente autonoma dall'ambiente circostante, "aumentare l'indipendenza istituzionale in generale può voler dire aumentare l'indipendenza di fatto da altri centri di potere, non istituzionali, del sistema politico"¹⁴⁰. In mancanza di meccanismi istituzionali efficaci, che svolgano un'attività di controllo e di indirizzo sul pubblico ministero, la ricettività della pubblica accusa rispetto alle istanze sociali dipenderà soprattutto dalla capacità dell'ambiente di esercitare influenze per vie informali, non essendo possibile, è bene ribadirlo, sopprimere ogni tipo di interazione esterna con l'ambiente politico circostante. Nell'attuale cornice costituzionale italiana alcune Procure hanno cercato di individuare una soluzione alla disomogenea applicazione dell'azione penale, prospettando dei criteri di priorità nel suo esercizio, assimilabili secondo Severino Santiapichi alle *guide-lines* in voga negli ordinamenti anglosassoni¹⁴¹. La soluzione appare discutibile perché, oltre a rappresentare una soluzione parziale e non esaustiva, proviene da un'autorità giudiziaria, in quanto tale politicamente irresponsabile. Si obietta pertanto, in dottrina, come la scelta di graduare l'intervento penale sia di spettanza esclusivamente politica e non possa essere affidata ai singoli procuratori, esclusivamente in questa accezione Alfredo Gaito ritiene condivisibili interventi legislativi come il D.Lgs n. 125/2008, poiché diretti a ristabilire il monopolio legislativo in tema di politiche criminali¹⁴². La prassi predominante in Italia tuttavia, a differenza degli altri paesi democratici, implica che le decisioni relative alle politiche criminali non venga presa nell'ambito del processo

¹³⁸ G. DI FEDERICO, *Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità*, in *Accusa penale e ruolo del Pubblico ministero*, Alfredo Gaito (a cura di), *op. cit.*, 200.

¹³⁹ C. GUARNIERI, *Pubblico ministero e sistema politico*, *cit.*, 177.

¹⁴⁰ *Ibidem*, 178.

¹⁴¹ S. SANTIAPICHI, *Guide-Lines omogenee per la funzione d'accusa*, in *Azione penale e ruolo del Pubblico ministero*, Alfredo Gaito (a cura di) *cit.*, 309-310.

¹⁴² A. GAITO, *Emergenza continua e nuove linee di politica criminale*, *cit.*, 3.

democratico, ma delegata senza trasparenza alcuna ai comportamenti di un corpo burocratico che non ne porta responsabilità alcuna¹⁴³. Il corpo della magistratura requirente italiana è infatti un corpo burocratico reclutato per concorso e, quindi, privo di quella legittimazione democratica, che tradizionalmente viene riferita all'espressione di un consenso maggioritario da parte della società. Lasciare ad esso quelle scelte, che si sostanziano in vere e proprie opzioni di politica criminale, significa attribuire competenze politiche ad un corpo totalmente indipendente e di conseguenza non responsabile del suo operato di fronte ai cittadini e alle istituzioni democratiche. E' di tutta evidenza come il lasciare ai dirigenti degli uffici la completa discrezionalità in ordine al "se" e al "come" stabilire i criteri di priorità possa condurre ad esiti, a volte, opposti e disarticolati¹⁴⁴. Assegnare un compito del genere al rappresentante dell'accusa, che peraltro già possiede prerogative e privilegi che lo pongono su un piano più elevato rispetto al difensore dell'imputato, significherebbe attestare un ulteriore motivo di sperequazione all'interno del processo. Esigenze di funzionalità ed effettività della giurisdizione hanno, in ogni caso, anche nel nostro paese portato al varo di una disciplina legislativa volta ad introdurre meccanismi in tema di criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale e nella formazione dei ruoli d'udienza. Si possono citare come esempi di riferimento l'art. 227 del D.Lgs. n.51 del 1998, sulla riforma del giudice unico, e il nuovo art. 132^{bis} disp. Att. c.p.p., così come modificato dal D.L. n.92 del 2008, c.d. "decreto sicurezza". Il primo stabilisce criteri di priorità nella trattazione degli affari, rimessi alla discrezionalità dei singoli uffici, e denuncia esplicitamente il fine di "assicurare la rapida definizione dei processi pendenti alla data di efficacia del decreto, nella trattazione dei procedimenti e nella formazione dei ruoli di udienza, anche indipendentemente dalla data del commesso reato o da quella delle iscrizioni del procedimento", per cui si deve tener conto della gravità e della concreta offensività del reato, del pregiudizio che potrebbe derivare dal ritardo per la formazione della prova e per l'accertamento dei fatti, nonché dell'interesse della persona offesa. Il secondo, invece, stabilisce un catalogo più analitico dei processi a trattazione prioritaria, l'art. 2^{ter} della L. 125 del 2008 attribuisce infatti, ai soli dirigenti degli uffici, la competenza a rinviare la trattazione dei processi per reati commessi fino al 2/5/2006, in ordine ai quali ricorrano le condizioni per l'applicazione

¹⁴³ G. DI FEDERICO, *Diritti umani e amministrazione della giustizia*, in *Arch. Pen.*, 2011, 1, 5

¹⁴⁴ D. MANZIONE, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale oggi: confini e prospettive* di F.Ruggeri; M. Miletto, C.Botti, D.Manzone, E. Marzaduri, in *Criminalia*, 2010, 328

del coevo provvedimento d'indulto. Appare veramente sorprendente, come scrive di Federico, che in Italia le priorità siano state ripetutamente regolate dal Parlamento su iniziativa governativa non già con riferimento alle attività del pubblico ministero, come negli altri paesi democratici, bensì con riferimento allo svolgimento dei processi¹⁴⁵. Le norme sulle priorità nello svolgimento dei processi possono essere utili a rendere più probabile che quelli per i reati più gravi non vadano in prescrizione eppure, a differenza di quelle che riguardano le attività del pubblico ministero, non sono atte a promuovere una maggiore efficienza dell'apparato giudiziario perché i costi processuali, in termini di risorse umane, finanziarie e di tempo, precedenti alla fase del giudizio, spesso molto elevati, sono comunque già stati "pagati" per tutti i processi pendenti, in termini di attività investigative, lavoro del pubblico ministero, lavoro del giudice dell'udienza preliminare, ed altre attività simili. Che ciò avvenga può sembrare illogico e senza una spiegazione, anche perché la regolamentazione delle priorità con riferimento alla celebrazione dei processi vanifica essa stessa, seppure in maniera meno visibile, il principio di obbligatorietà. La spiegazione invece c'è e va ricercata nel fatto che la fissazione delle priorità nella celebrazione dei processi non pregiudica i poteri del pubblico ministero ed è quindi accettabile, come scrive ancora Di Federico, da parte del "potente sindacato delle toghe e delle sue rappresentanze nel CSM"¹⁴⁶. In tal modo, infatti, l'iniziativa penale obbligatoria mantiene comunque nelle mani della magistratura un potere discrezionale di grande rilievo, cioè la possibilità di svolgere indagini e di esercitare l'azione penale su ogni cittadino quando lo ritiene opportuno e pretendere che le sue richieste siano sempre intese come "atti dovuti"¹⁴⁷. Ciò pone di fatto nelle mani del pubblico ministero un tremendo e temutissimo potere sanzionatorio autonomo e sostanzialmente illimitato. La legislazione statale in proposito non rivela altro che una serie di criteri normativi sfumati che potrebbero in realtà avere una minima capacità di influenza, dimostrandosi una sorta di vera e propria delega in bianco ai dirigenti degli uffici. In effetti, a fronte di questa disciplina legislativa disomogenea e lacunosa, gli strumenti principali per introdurre criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale sono divenute, per l'iniziativa intrapresa da dirigenti di singoli uffici giudiziari, che secondo taluno sfiora l'attività paralegislativa, le c.d. "circulari". La prima di queste iniziative può ricondursi alla

¹⁴⁵ G. DI FEDERICO, *L'indipendenza della magistratura in Italia*, cit., 114.

¹⁴⁶ *Ibidem*, 123.

¹⁴⁷ *Ibidem*, 125.

“circolare Zagrebelsky” che, nel 1990, intese disciplinare le procedure organizzative della Procura della Repubblica presso la pretura circondariale di Torino, indicando vere e proprie corsie preferenziali per talune ben individuate notizie di reato. A proposito di questa iniziativa Alfredo Gaito ha parlato di una forma di regionalizzazione della giustizia penale, riferendosi alle evidenti ripercussioni in tema di violazione dei canoni costituzionali di uguaglianza ed obbligatorietà dell’azione penale¹⁴⁸. L’esempio fu presto imitato da diversi dirigenti di uffici giudiziari, che nel loro complesso diedero vita ad una regolamentazione autonoma del proprio operato, sostanzialmente avallata dal C.s.m. Merita di essere menzionata, tra le altre, la circolare “Maddalena” adottata dal 2007, ancora a Torino, per l’impatto che esercitò sul coevo provvedimento d’indulto nella gestione del carico giudiziario, con cui vennero impartite, in buona sostanza, istruzioni finalizzate all’accantonamento dei procedimenti per un catalogo predeterminato di reati marginali, formulando altresì l’auspicio nel senso di una valutazione ampia da parte del sostituto assegnatario del fascicolo dei presupposti per l’archiviazione in ordine ai medesimi reati. Giovanni Falcone si domandava, già nel 1990, come fosse possibile “in un regime liberaldemocratico qual è indubbiamente quello del nostro Paese, che non vi sia ancora una politica giudiziaria e tutto sia riservato alle decisioni, *assolutamente irresponsabili*, dei vari uffici di Procura e spesso dei singoli sostituti.”¹⁴⁹ L’autore si diceva convinto che l’assetto ordinamentale italiano, in aperto contrasto con l’esperienza di Paesi democratici non meno progrediti dell’Italia, non fosse più coerente coi principi vigenti in regimi liberaldemocratici maturi, perché fonte di incoerenza e disorganicità nella repressione penale. In mancanza di controlli istituzionali sull’attività del P.M., oltretutto aggiungeva, “saranno sempre maggiori i pericoli che influenze informali e collegamenti occulti con centri occulti di potere possano determinare l’esercizio di tale attività.”¹⁵⁰ Presupposto ineliminabile di ogni politica criminale è l’individuazione, generale ed astratta, dei comportamenti punibili, che non può che essere demandata al potere legislativo, perché la questione sugli apparati e sulle regole preposti ad individuare gli autori di tali comportamenti, e ad applicare loro le sanzioni previste dalla legge, involge necessariamente l’assetto dei principi che caratterizzano l’azione penale. Alfredo Gaito, ad esempio, ritiene che fino a quando

¹⁴⁸ A. GAITO, *Emergenza continua e nuove linee di politica criminale*, cit., 4.

¹⁴⁹ G. FALCONE, *Evoluzione del principio di obbligatorietà dell’azione penale*, in *Il giusto processo*, 1990, 6.

¹⁵⁰ *Ibidem*, 167.

si riterrà irrealizzabile il passaggio della funzione d'accusa "sotto il manto del ministro della giustizia o dell'Avvocatura dello Stato"¹⁵¹, le linee di politica criminale dovrebbero essere fissate con atto legislativo¹⁵², o equiparato, avente pari forza su tutto il territorio nazionale."¹⁵³ Il medesimo autore sottolinea inoltre la centralità attribuita dal codice Vassalli ad un'azione penale razionalizzata, organizzata in struttura piramidale, che consenta di conferire coerenza ed efficienza all'amministrazione della giustizia. "Se ogni singolo pubblico ministero si atterrà alle direttive del capo ufficio, le cose saranno lineari; al contrario, se i rappresentanti del pubblico ministero tenderanno a personalizzare in funzione atomistica il proprio (micro)potere attuando ciascuno una propria condotta particolare svincolata o addirittura contrastante rispetto ad una quadro strategico generale, con l'attuazione di scelte diversificate per situazioni affini, allora il caos sarebbe totale"¹⁵⁴. La dottrina è assai eterogenea sull'argomento, per quanto sembra concordare sulla constatazione che il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, e gli istituti che ne derivano, siano soltanto uno dei possibili modelli organizzativi per conseguire l'obiettivo di perseguire la criminalità. Lapidaria la posizione di Titta Mazzuca, secondo cui la posizione istituzionale del Pubblico Ministero avrebbe provocato nel nostro paese un'assoluta mancanza di politica criminale e giudiziaria. Nelle parole di questo autore "questa politica dovrebbe essere attuata dal Potere Esecutivo e, come tutte le politiche, dovrebbe essere anzitutto dibattuta nel Parlamento, che dovrebbe approvare l'indirizzo generale. Senonché la separazione, anzi la lontananza, dell'Ufficio del Pubblico Ministero sia dal Potere Esecutivo che dal Potere Legislativo, determina l'impossibilità di una impostazione responsabile in sede politica del problema criminale e di quello giudiziario, quest'ultimo quanto meno in relazione ai servizi, alle strutture ai mezzi"¹⁵⁵.

¹⁵¹ Critico G. CONSO in *Azione penale e ruolo del Pubblico ministero*, A. Gaito (a cura di), 29.

¹⁵² Contrario sul punto G. SPANGHER, in *Azione penale e ruolo del Pubblico ministero*, A. Gaito (a cura di), 128 e ss.: «Soluzioni di questo tipo non appaiono proponibili in una società scarsamente omogenea, sotto il profilo sociale, economico e politico, come quella italiana. In secondo luogo, considerata la progressiva occupazione di spazi da parte del potere politico il successivo passaggio, logicamente coerente con la premessa, non potrebbe non introdurre una lottizzazione degli uffici delle Procure in quanto maggiormente funzionale a costituire la cinghia di trasmissione delle scelte del Governo o del Parlamento».

¹⁵³ A. GAITO, *Natura, caratteristiche e funzioni del Pubblico Ministero*, cit., 19.

¹⁵⁴ *Ibidem*, 25.

¹⁵⁵ T. MAZZUCA, *Ambiguità del pubblico ministero e riforma accusatoria*, in *Azione penale e ruolo del Pubblico ministero*, A. Gaito (a cura di), cit., 213.

6. La necessaria distinzione dei ruoli tra giurisdizione e politica

Una responsabilità come quella politica, caratterizzata da un discrezionale impulso al suo accertamento, da un oggetto che può rivelarsi storicamente relativo e concettualmente inafferrabile, nonché da un procedimento duttile e mutevole, dovrebbe essere tenuta ben distinta dalla responsabilità penale, in cui vigono i principi dell'obbligatorietà del suo accertamento, di legalità, tassatività, tipicità ed uguaglianza. Mentre nell'accertamento della responsabilità politica incidono prevalentemente i rapporti di forza e l'esito del conflitto non è mai indifferente, nell'accertamento della responsabilità penale il diritto alle garanzie del processo è un valore universale, che deve valere in ogni contingenza e, soprattutto, deve prescindere dal risultato del processo medesimo. "Poiché l'imparzialità non è sinonimo di apoliticità", scrive un autore vicino all'ambiente della magistratura, "non vi è contrasto tra imparzialità e manifestazione delle proprie idee, anche in forma associata"¹⁵⁶. Il connotato fondamentale dell'imparzialità del giudice risiede nel disinteresse personale, nell'estraneità agli interessi in conflitto, nel distacco dalle parti, non anche nell'assenza dal dibattito culturale, nell'occultamento delle proprie convinzioni, nella ostentata indifferenza al contenuto della legge. Dal punto di vista della credibilità esterna, la prospettiva è differente agli occhi dell'opinione pubblica l'imparzialità del giudizio espresso da un magistrato che è stato eletto in una formazione politica non può preservare quei canoni di estraneità e indifferenza che la legge richiede. La tematica non appartiene agli ultimi tempi, come dimostra l'ardente attualità di alcune parole che Piero Calamandrei scrisse settanta anni fa: *"Se si continua ad ammettere che i magistrati possano essere eletti deputati o senatori nella lista di un partito, e che anche dopo la elezione continuino, come pure è avvenuto, a rendere giustizia, bisognerà anche introdurre nei codici, tra i motivi per i quali un giudice può essere legittimamente recusato, l'appartenenza del giudicabile ad un partito diverso da quello a cui è iscritto il magistrato che dovrebbe giudicarlo. I giudici, per godere la fiducia del popolo, non basta che siano giusti, ma occorre anche che si comportino in modo da apparire tali: il magistrato che è salito sulla tribuna di un comizio elettorale a sostenere le idee di un partito, non potrà sperare mai più, come giudice, di avere la fiducia degli appartenenti al partito avverso."*

¹⁵⁶ L. PEPINO, *I giudici, la politica, la Costituzione*, in *Quest. Giust.*, 2009, 4, 218.

*L'opinione pubblica è convinta, e forse non a torto, che prendere parte nella politica voglia dire, per i giudici, rinunciare all'imparzialità nella giustizia*¹⁵⁷.

Le attività extragiudiziarie dei magistrati sono piuttosto numerose in Italia rispetto agli altri paesi con un consolidato sistema democratico, e anche esse costituiscono una fonte di pericolo tanto per l'indipendenza della magistratura quanto per il corretto funzionamento della divisione dei poteri. Si tratta di attività molto diversificate che vanno da quelle a tempo pieno, come quella di parlamentare o funzionario ministeriale, ad altre a tempo parziale, che possono essere svolte in concomitanza con le funzioni giudiziarie, come quella di componente in commissione di concorsi pubblici o consulente in enti statali¹⁵⁸. Ovviamente quelle che generano maggiori perplessità in merito alla compatibilità con l'indipendenza della magistratura sono quelle che occupano i magistrati a tempo pieno, durante lo svolgimento delle quali i magistrati vengono collocati "fuori ruolo" dal C.s.m. e non possono svolgere funzioni giudiziarie durante tutto il periodo del mandato. La confusione tra classe politica e magistratura che discende da questo fenomeno è difficilmente riscontrabile in altri ordinamenti, soprattutto perché non sempre l'interazione avviene con trasparenza, essendoci stati episodi di attività extragiudiziarie ottenute in virtù di una sponsorizzazione dei partiti politici meno evidente¹⁵⁹. Acquisire un'ampia gamma di incarichi estranei alle loro funzioni che vengono loro concessi dalla benevolenza o gratitudine di soggetti che appartengono ad altri poteri, è motivo più che sufficiente per inficiare l'imparzialità richiesta contemporaneamente dalla legge al magistrato.

"Non c'è dubbio", come scrive Vito Caferra, "che in un sistema democratico, in cui la sovranità appartiene al popolo e la giustizia è amministrata in nome del popolo, la nomina per concorso e le modalità di formazione delle diverse funzioni, considerate nel loro reale funzionamento, non costituiscono una sufficiente forma di legittimazione per il magistrato"¹⁶⁰. La posizione costituzionale del potere giudiziario, secondo l'insegnamento di Pizzorusso, trova la sua giustificazione essenzialmente nella funzione ad esso affidata di essere portatore, nel processo di creazione ed attuazione della norma giuridica, di

¹⁵⁷ P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, cit., 238 ss.

¹⁵⁸ G. DI FEDERICO, *L'indipendenza della magistratura in Italia: una valutazione critica in chiave comparata*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Anno LVI, Fasc. 1/2002, 111.

¹⁵⁹ G. DI FEDERICO, *Gli incarichi extragiudiziari dei magistrati: una grave minaccia per l'indipendenza ed imparzialità del giudice, una grave violazione del principio della divisione dei poteri*, in Zannotti, *Le attività extragiudiziarie dei magistrati ordinari*, Padova, 1981, 13-76.

¹⁶⁰ V. CAFERRA, *Magistrato senza qualità*, cit., 14.

quelle influenze giuridiche e culturali che valgono ad assicurare il rispetto dei principi fondamentali, che compongono la costituzione materiale vigente e la continuità del diritto, pur nella sua costante evoluzione¹⁶¹. La problematica relativa alla compatibilità della legittimazione dei magistrati con il principio democratico è stato risolto in modo diverso nei vari ordinamenti giudiziari. È stato accennato come nei paesi *common law* a fronte di una minore indipendenza verso il potere politico venga riconosciuto un ruolo latamente politico ai giudici, attribuendo loro la relativa responsabilità. Mentre i sistemi giudiziari dell'Europa continentale sembrano aver mantenuto l'impostazione amministrativa del modello napoleonico, in cui le funzioni istituzionali sono sottoposte alla prevalenza assoluta della legge. Il reclutamento dei magistrati mediante procedura concorsuale e il loro inquadramento in un corpo burocratico se da un lato sembra garantire l'indipendenza dal potere esecutivo non può escludere, dall'altro, l'insorgere di fenomeni tipici degli apparati amministrativi, come la tendenza all'autoreferenzialità piuttosto che all'efficienza del servizio reso. Negli ordinamenti *common law* l'elevata qualifica professionale dei giudici, oltre a costituire una forma di indipendenza dal potere esecutivo, li preserva anche da fenomeni di cooptazione all'interno dell'organizzazione medesima. Nel nostro paese, invece, eventuali inefficienze nell'amministrazione della giustizia producono sfiducia verso gli apparati giudiziari, che i magistrati imputeranno, tuttavia, alla mediocre attività degli altri poteri dello stato, lamentando la delegittimazione del loro ruolo per rivendicare una più incisiva partecipazione al processo di governo. La legittimazione democratica dell'attività giudiziaria viene oggi generalmente individuata in elementi diversi rispetto al sistema di nomina, nella qualificazione professionale e nella responsabilizzazione del magistrato, nella esposizione al controllo dell'opinione pubblica e, soprattutto, nel rigoroso rispetto delle regole del processo, che assicurano nella loro effettività l'imparzialità e l'indipendenza del giudice¹⁶². L'indipendenza tuttavia, intesa come autonomia assoluta, porta alla concentrazione del potere e quindi si pone in antitesi con un assetto istituzionale basato sul pluralismo, sull'autorità frammentata e sulla molteplicità dei poteri, per cui, come sostiene Giuseppe de Luca, "la titolarità di un potere trova un limite in un altro contropotere"¹⁶³. La visione ideologica per la quale tutti i poteri pubblici devono essere direttamente riconducibili

¹⁶¹ A. PIZZORUSSO, *La Costituzione. I valori da conservare, le regole da cambiare*, Torino, 1996, 150.

¹⁶² E.B. LIBERATI, *Potere e Giustizia*, in *Governo dei Giudici*, cit., 199.

¹⁶³ G. DE LUCA, *Controlli extra processuali ed endo processuali nell'attività inquirente*, cit., 219.

all'investitura della sovranità popolare, dove anche la giurisdizione dovrebbe essere ricondotta alla volontà della maggioranza del popolo, in una concezione sostanzialmente "giacobina" dello Stato, va perentoriamente respinta secondo Michele Vietti¹⁶⁴. L'esclusiva sottoposizione del giudice alla legge, operata dal secondo comma dell'art. 101 Cost., preserverebbe i magistrati dalle logiche della maggioranza, garantendo un giudizio equanime anche a quei cittadini che non si riconoscessero in quella stessa maggioranza. La presunzione che la selezione burocratica per concorso dei magistrati sia garanzia sufficiente della loro capacità di interpretare meglio le esigenze della società senza disattendere istanze di razionalizzazione dell'intero ordinamento va, in qualche misura, ancorata a dati oggettivi, che non possono essere sostituiti da semplici giudizi di valore in merito ad una supposta incompatibilità con la tradizione culturale italiana. Il coinvolgimento di altri soggetti nei metodi di valutazione contribuirebbe ad aumentare la loro validità ed efficienza, favorendo sinergie nell'impegno e nel buon andamento del sistema giustizia. L'autonomo fondamento di legittimazione del ruolo del magistrato deve dunque essere ricondotta ad un concetto di "professionalità". La giurisdizione deriva la sua legittimazione, ancora secondo Vietti, "dal fatto che i cittadini le riconoscano la funzione di perseguimento della giustizia"¹⁶⁵, aggiungendo però che non necessariamente riconoscimento debba significare consenso. Il concetto appare più incisivo nelle parole dei pubblici ministeri Borgna e Maddalena:

"è inutile e pericoloso cercare per i magistrati una diretta legittimazione democratica nel principio di sovranità popolare; la legittimazione dei giudici è piuttosto "mediata", nel senso che l'indipendenza del potere giudiziario attiene alle forme e ai limiti con cui il popolo esercita la propria sovranità. L'investitura dei magistrati è una irrimediabile eccezione e, per l'appunto, un limite, al principio rappresentativo che caratterizza i sistemi democratici. Questo limite si giustifica, fondamentalmente, per la particolare competenza tecnica richiesta ai giudici nella funzione di applicare la legge alla luce dei principi costituzionali. [...] Ovviamente, il richiamo alla mera professionalità tecnica, come motivo per derogare al principio della rappresentanza democratica, appare riduttivo. Per cui è bene interpretare la necessaria professiona-

¹⁶⁴ M. VIETTI, *La fatica dei giusti*, cit., 139 ss.

¹⁶⁵ *Ibidem*, 140.

lità del magistrato anche come formazione e socializzazione ispirata ai valori costituzionali¹⁶⁶.

La complessità della società contemporanea richiederebbe al giudice un ruolo attivo, che non può limitarsi alla mera applicazione della legge, secondo questi autori pertanto, negare la politicità del ruolo del giudice è in definitiva anacronistico. Lo sforzo di colmare la lacuna della legittimazione per i magistrati italiani deve passare necessariamente attraverso un complesso e rigoroso sistema di certificazione della qualità, che garantisca il più possibile la rispondenza dell'operatore al delicato modello del moderno magistrato. Far derivare la legittimazione dalla qualificazione professionale e dalla responsabilizzazione del magistrato è uno degli argomenti più trattati proprio da Giuseppe di Federico, che in merito alle valutazioni di professionalità all'interno della magistratura ha condotto delicate ed accurate analisi. L'assenza, all'interno dell'organizzazione giudiziaria, di serie forme di valutazione sostanziale della professionalità dei magistrati è talora individuata come una delle possibili cause della frequente violazione del principio della ragionevole durata del processo, che costa all'Italia continue sanzioni da parte dell'Unione Europea¹⁶⁷. Sembra condivisibile, in accordo con quanto sopra riportato, l'avvertenza che l'attuazione del principio del giusto processo non possa prescindere dallo sviluppo di una adeguata valutazione professionale dei magistrati, tanto al momento di attribuire promozioni, quanto nell'eventualità in cui si renda necessario adottare provvedimenti disciplinari, in relazione a specifiche situazioni professionali patologiche. La violazione del principio maggioritario e l'assenza di una legittimazione di natura popolare non viola l'assetto democratico di un sistema politico, nella misura in cui non si risolva in una tendenza egemonica dello stesso potere giudiziario. Questo invece accade quando indipendenza ed imparzialità cessano di essere garanzie per l'intera società, perché non più limitate al bilanciamento delle altre funzioni statali, e la magistratura abdica al suo ruolo giurisdizionale per indossare le vesti della politica, esercitando funzioni indebite senza averne la relativa legittimazione. La divisione dei poteri viene pertanto sconfessata senza che l'ordinamento abbia potuto assumere forme di condivisione del potere, come invece, ad esempio, avviene negli ordinamenti anglosassoni. Come rilevato da Giuseppe de Luca, in qualsiasi ottica liberalgarantistica voglia intendersi oggi la democrazia, deve in ogni caso

¹⁶⁶ P. BORGNA, MARCELLO MADDALENA, *Il Giudice e i suoi limiti*, Bari, 2003, 42,

¹⁶⁷ G. DI FEDERICO, *L'indipendenza della magistratura in Italia: una valutazione in chiave comparata*, cit., 132.

assumersi che il potere, in qualsiasi forma esso di manifesti, debba essere associato a forme di responsabilità¹⁶⁸. Tollerare spazi di discrezionalità nella giurisdizione, specialmente nella funzione di pubblico ministero, senza predisporre nessuna forma di legittimazione politica che colleghi questo uso politico dell'azione penale, lede tanto il modello disegnato da Montesquieu quanto l'imparzialità e l'indipendenza degli stessi magistrati. Rimettere inoltre esclusivamente ad un organo di autogoverno, quale il C.s.m., ogni valutazione in merito allo *status* della magistratura si è rivelato causa di inefficienze nell'amministrazione della giustizia, oltre ad aver inaugurato un fenomeno, le cui proporzioni sono sconosciute a qualsiasi democrazia, di interessi partigiani che degradano la qualità della professionalità anziché incrementarla. La menomazione della divisione dei poteri avviene perché non viene rispettata tassativamente la sottoposizione esclusiva del giudice alla legge, e la condivisione del potere viene snaturata perché il C.s.m. si rivela organo fazioso, non in grado di operare serie valutazioni sull'operato dei magistrati. Negare pertanto che nel nostro ordinamento entrambi i moduli di ripartizione del potere costituito vengano disattesi, è divenuto ormai, quantomeno, irrealistico.

7. Il processo penale come strumento di democrazia

La legalità penale, nella sua accezione moderna quantomeno, integra le aspirazioni democratiche degli ordinamenti statali contemporanei che, attraverso diverse scelte costituzionali, tentano di attuare la democrazia nelle loro istituzioni. Giuseppe Bettiol sottolineava l'intimo legame, sussistente tra principio democratico e rispetto delle regole, già all'indomani della seconda guerra mondiale, quando non solo l'Italia, ma il mondo intero erano stati testimoni di una manifestazione della giustizia affermata sui campi di battaglia e pagata con la vita da milioni di persone, che pur proclamando la difesa della democrazia contro la dittatura, nulla aveva avuto a che fare con la legalità¹⁶⁹. Per l'illustre autore era invece imprescindibile che qualsiasi ordinamento che si professasse democratico recuperasse, anzitutto in materia penale, un principio di legalità orientato anch'esso in senso democratico. La prospettiva riportata induce ad una riconsiderazione del medesimo principio che, nelle ricostruzioni tradizionali, viene ancora considerato un cardine dell'ordinamento giuridico, la cui funzione prioritaria di preservare il cittadino dall'arbitrio del

¹⁶⁸ G. DE LUCA, *Controlli extra processuali ed endo-processuali nell'attività inquirente*, cit., 223.

¹⁶⁹ G. BETTIOL, *Il problema penale*, Palermo, 1948, 49 ss.

potere, tanto esecutivo quanto giudiziario, deve poter essere abbinata alla caratteristica di divenire fonte di legittimazione politica delle scelte punitive dello Stato. Attribuire questa duplice matrice al principio di legalità significa coniugare la tradizione garantista con quella democratica che, tuttavia, non costituiscono elementi disgiunti, riferibili a diversi fenomeni, perché, a ben vedere, devono essere assunti congiuntamente per legittimare la medesima funzione giudiziaria nel moderno stato di diritto. La tentazione di intendere il processo penale come strumento di repressione della criminalità, anziché come neutrale mezzo di accertamento, ha spesso favorito distorsioni del principio di legalità, che in determinate circostanze è stato ritenuto derogabile in nome del perseguimento di una verità, sorprendentemente allineata con la tutela degli interessi dominanti, degradata alla funzione di polarizzare l'opinione pubblica intorno a particolari visioni della società, in genere tra loro in netta contrapposizione, occasionalmente mirate a generare ripulsa oppure consenso. D'altra parte, il principio di ricerca della verità costituisce un valore etico fondamentale per la convivenza civile, un procedimento giudiziario sarebbe infatti snaturato se prescindesse completamente dall'accertamento della verità, che deve sì essere perseguita, ma non derogando al rispetto delle regole imposte dall'ordinamento per la sua ricerca. Il limite di questo itinerario cognitivo è segnato dalla disciplina del processo, che non deve avere altro scopo che il giudizio su fattispecie concrete, in linea con quanto affermava già Salvatore Satta: "il processo non è altro che giudizio e formazione di giudizio"¹⁷⁰. Tuttavia, in tempi di relativismi etici e morali, può accadere che il processo finisca con la scadere in uno strumento politico idoneo a soddisfare l'esigenza collettiva di certezza, assecondando quel desiderio sociale di condivisione della verità che sfiora il fideismo religioso, anche oltrepassando i limiti imposti dalla legge¹⁷¹. Il protagonismo di alcuni magistrati, nonché il rapporto privilegiato con i *mass media* di parte della magistratura, sembrano aver intensificato il fenomeno, attribuendo al processo penale l'insolita funzione di soddisfare il bisogno dell'opinione pubblica di partecipare ad una verità condivisa. Nel sottolineare la pericolosità di questo scambio culturale, tra aule giudiziarie e pubblica opinione, deve prestarsi attenzione all'opinione di uno studioso francese, Antoine Garapon, che lucidamente evidenzia come "la sentenza si radica su un giudizio sociale preesistente, che agisce, il più delle volte, a livello inconscio" e che quello che egli indica come "ben giudicare" impone, quindi,

¹⁷⁰ S. SATTA, *Il mistero del processo*, cit., 24.

¹⁷¹ V. CAFERRA, *il Magistrato senza qualità*, cit., 67.

“non solo di procedere verso una decisione, quanto di regredire verso quel pregiudizio¹⁷²”. Sembra di poter cogliere in queste parole la necessità di recuperare una cultura della legalità che ormai sembra essere stata travolta dal sensazionalismo, dall’empatia con cui la società segue l’operato dei magistrati, le cui attività sono state delocalizzate, strappate a quel ritualismo, fatto di luoghi, tempi e simboli, concepito appositamente per preservare il corretto andamento del giudizio e permettere ai giudici un’attività di cui, una volta spogliata di quei rituali, probabilmente rifiuterebbero la responsabilità. Il giudice infatti non può limitarsi ad emettere un singolo e definitivo giudizio all’esito del processo, ma deve prestare le sue capacità, professionali e morali, a vagliare ogni singolo atto del procedimento, risultando la sentenza, in definitiva, il prodotto di una moltitudine di decisioni parziali, ognuna funzionale a preservare il processo entro la legalità, al di fuori della quale smetterebbe di essere frutto della giurisdizione per diventare qualcos’altro non più riconducibile entro i fini dell’attività processuale. In effetti la scrupolosità nel rispetto delle forme è fonte di legittimazione dell’attività giudiziaria, perché solo attraverso il rispetto del rito il giudice potrà “divenire terzo innanzitutto di fronte a se stesso¹⁷³”, preservando la sentenza dai condizionamenti che egli, in quanto essere umano partecipe della società in cui vive, altrimenti tenderebbe a trasfondere nei suoi atti. Ciò che la procedura penale richiede al giudice è in realtà una tensione che lo estranei dalla passione generatasi intorno alla *res iudicanda*, una “ascesi personale” che non è finalizzata all’accertamento della verità *tout court*, ma ad escludere che l’esito del processo diventi uno strumento autoritario che assicuri un risultato prescindendo dal rispetto delle regole. Norberto Bobbio ripeté più volte l’invito a considerare i moderni sistemi democratici come insiemi di regole procedurali, che nel loro complesso legittimano ogni manifestazione di potere, allo stesso modo in cui la loro violazione determina la perdita dei requisiti per qualificare il prodotto, per questa via ottenuto, come conforme allo stato di diritto¹⁷⁴. Il principio di maggioranza è forse la principale di queste regole procedurali, ma non l’unica né la preponderante, perché “anche la democrazia politica più perfetta”, come scrive Luigi Ferrajoli, “è infatti un regime assoluto e totalitario se il potere del popolo è in essa illimitato. Le sue regole sono senz’altro le migliori per determinare chi può decidere e come deve decidere, ma non bastano a legitti-

¹⁷² A. GARAPON, *Del giudicare*, Milano, 2007, 261.

¹⁷³ *Ibidem*, 264.

¹⁷⁴ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1995, 64.

mare qualsiasi decisione o non decisione¹⁷⁵”. Quanto riportato significa che neppure all’unanimità un’assemblea rappresentativa potrà infrangere diritti ritenuti inviolabili, propri del singolo essere umano, riconosciuti, sanciti, riprodotti in testi costituzionali nazionali e testi legislativi sovranazionali, riproponendo e risolvendo, con le debite sfumature, la dicotomia tra governo degli uomini e governo delle leggi, nell’adesione senza riserve a quest’ultimo modello organizzativo. La cultura della legalità, in sintesi, ha definitivamente abbandonato i palazzi del potere e progressivamente anche quelli giudiziari, ove le regole vengono distorte, adattate al perseguimento di fini *metagiudiziari* che determinano importanti menomazioni delle garanzie soggettive dei cittadini. E proprio il mancato rispetto di queste regole viola il principale presupposto della democrazia, che in assenza della vigenza di questo principio cessa quindi di esistere per degradare in qualcosa più simile ad uno stato autoritario, dove il fine giustifichi, in ogni circostanza, i mezzi e l’ideale concepito da pochi comportamenti, spesso, il sacrificio dei diritti della moltitudine. In un contesto simile si avverte l’esigenza di recuperare la neutralità del processo penale, per restituirlo alla sua originaria funzione di strumento imparziale di accertamento, assecondando un radicale mutamento culturale che possa tornare a fare proprie le parole di Carl Schmitt quando affermava: “io vengo dal diritto penale e ho dovuto riconoscere che anche questo è Costituzione¹⁷⁶”. Oltremodo significativo è anche sottolineare come, per il medesimo autore, attribuire alla difesa della comunità popolare lo scopo e alla coscienza morale della società la sorgente di quei valori che legittimano l’emarginazione della sfera dei diritti del singolo individuo, contribuisca efficacemente a segnare il passaggio dallo Stato di diritto allo stato totalitario¹⁷⁷. Il processo penale non è lo strumento adatto a combattere i fenomeni patologici della società, non essendo possibile sull’onda di un sentimento giustizialista, dilatare le inchieste con un’azione del tutto libera o fare del diritto penale, per usare una felice espressione di Angelo Panebianco, “un mezzo idoneo a processare la storia, la politica e il potere”¹⁷⁸. Un processo penale pregiudiziale al rinnovamento democratico del paese è sicuramente ipotizzato, se non auspicato, da coloro che ritengono che il rovesciamento dei rapporti di forza e la conquista del potere politico da parte dei “diseredati” passino necessariamente attraverso le aule di giustizia¹⁷⁹. Si

¹⁷⁵ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 899.

¹⁷⁶ C. SCHMITT, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, Vicenza, 2005, 167

¹⁷⁷ *Ibidem*, 201.

¹⁷⁸ A. PANEBIANCO, *I processi al potere*, editoriale sul *Corriere della sera* 25 ottobre 1999.

¹⁷⁹ P. F. D’ARCAIS, *Sinistra e legalità*, in *Quest. Giust.*, 1993, 2, 303.

dice che le rivoluzioni non amino la legalità, in quanto tradizionalmente miranti a stravolgere l'impianto legalitario preesistente, tuttavia, in alcuni ambienti della cultura giuridica italiana, la rivoluzione attraverso la legalità sembra essere preliminare ad ogni altra forma di mutamento sociale, per cui il promovimento di processi penali volti ad assecondare la destabilizzazione del potere politico si rivelerebbe lo strumento più efficace nonché il più temuto, in quanto difficilmente contestabile di fronte all'opinione pubblica. In effetti, l'immagine di integrità morale è fondamentale, in una democrazia rappresentativa quale dovrebbe essere la nostra, per essere eletti a ricoprire posizione di potere, prima in Parlamento, poi al Governo, e colpire quell'immagine, su cui la classe dirigente fonda la propria credibilità politica, è obiettivo agevole da perseguire attraverso lo strumento processuale penale, per l'immancabile identificazione che l'opinione pubblica tende ad operare tra la qualifica di "*persona sottoposta ad indagine*" e "*colpevole*". Il discredito d'immagine si tramuta facilmente in delegittimazione politica, ancora prima che le formazioni politiche siano indotte ad emarginare il soggetto colpito dalla censura giudiziaria, perché le campagne mediatiche agiscono con una velocità superiore a quella dei mutamenti politici. Tuttavia sussiste anche un effetto indiretto in questa distorsione dell'azione penale a fini politici, che è quello di creare, deliberatamente o meno, una sorta di "patente di legittimità" per quei soggetti politici che non vengono attratti in questo processo catartico della classe dirigente, ad opera della magistratura, perché l'opinione pubblica ragiona anche in modo speculare, attribuendo a costoro credibilità e sostegno che essi non si sono guadagnati attraverso la loro azione politica, ma esclusivamente attraverso il disinteresse degli organi giudiziari nei loro confronti. Da ultimo, quindi, un effetto inconsapevole di queste iniziative sembra quella di garantire, a fronte di un'identificazione tra il reo politico e il reo penale, anche un'aurea di impunità politica a chi riesca ad uscire immune dal processo perché penalmente non responsabile. Sotto questo profilo la verità giudiziaria viene a coincidere con la verità sociale, e la società stessa non si compone più di governanti e governati, per diversità fondate sul reddito o sul livello di istruzione, ma tra giudici e giudicati, accusatori e accusati, colpevoli ed innocenti. Il processo penale contro chi sia investito di potere politico può diventare, pertanto, strumento non tanto e non solo di applicazione delle pene previste dalla legislazione sostanziale, quanto di primaria o accessoria applicazione di sanzioni politiche, in un complessivo e unitario sistema punitivo, in cui le prime divengano pregiudiziali rispetto alle seconde. La prassi della pregiudizialità della responsabilità penale, o anche del processo penale, rispetto

alla responsabilità politica e al suo accertamento è sicuramente foriera, secondo autorevole dottrina, di grande inquinamento del processo e di una profonda alterazione di un sistema politico democraticamente strutturato¹⁸⁰. La pena a cui mirano questi processi penali non appartiene a quelle tradizionali, non è tanto la privazione della libertà ad interessare, quanto piuttosto l'esclusione del reo dallo scenario politico ed economico. Agli occhi di chi intende perseguire questi intenti di rinnovamento democratico attraverso lo strumento giudiziario, le regole della procedura appaiono spesso sterili e fuorvianti, quasi una forma di complicità con gli stessi indagati, aggravata dalle continue accuse di contiguità tra gli imputati e il legislatore parlamentare che, prescindendo dalla fondatezza di queste tesi, determina sicuramente la delegittimazione della produzione legislativa parlamentare.

Accanto dunque a quella che può considerarsi una "politica necessaria" della magistratura, in quanto tipica dell'attività giurisdizionale, ve ne è un'altra, impropria, relativa alla tendenza a perseguire fini extragiudiziari attraverso i c.d. "processi inchiesta", in cui oggetto delle indagini non sono più singoli reati e le relative responsabilità individuali, ma i grandi fenomeni sociali, come la mafia e la corruzione, con una conseguente torsione degli istituti processuali in chiave sostanzialistica¹⁸¹. La garanzia della legalità complessiva del sistema è compito della politica e non se la possono, né se la debbono, assumere i giudici, perché non spetta a loro risolvere la c.d. "questione morale", intesa come problema diffuso che svisceri le qualità etiche e morali delle persone che ricoprono posizioni di potere. E' noto che, quantomeno per la funzione che svolge, il magistrato non è chiamato ad emettere verdetti morali, né a svolgere analisi socio politiche o a risolvere problemi sociali ed economici, perché il suo giudizio non può andare oltre la specificità del caso concreto, oltre le prove ritualmente acquisite e i limiti indicati dalla legge sostanziale e processuale, che gli affidano il compito di accertare fatti specifici e responsabilità individuali. L'intervento giudiziario inoltre non può essere sistematico, perché legato nelle fasi iniziali a fatti tipici nel promovimento dell'azione e all'obbligo costituzionale di accordare a tutti i reati la medesima attenzione, quindi non potrà mai divenire sistematico e incidere efficacemente su fenomeni diffusi, che invece possono essere adeguatamente contrastati esclusivamente a livello politico. Occorre ammettere, che l'inadeguatezza della classe politica italiana

¹⁸⁰ G.N. MODONA, *Responsabilità politica individuale e responsabilità penale*, in *Quest. Giust.*, 1994, 1, 12.

¹⁸¹ V. CAFERRA, *La giustizia e i suoi nemici*, cit., 227.

e la gravità di questi fenomeni provocano spesso, anche nella magistratura, reazioni moralistiche ed insofferenza per il garantismo, visibili nella condotta e nelle esternazioni di alcuni magistrati. Proprio il magistrato che pretende di cambiare radicalmente la società e lo Stato, è indotto a spingersi oltre la sua specifica funzione e ad usare mezzi impropri, che hanno effetti perversi sulla sua stessa identità. Ma gli stessi limiti intrinseci del procedimento penale rendono illusoria la prospettiva di una via esclusivamente giudiziaria alla bonifica e al rinnovamento etico, prima che politico, del paese. Soprattutto perché i limiti della procedura non possono essere oltrepassati evocando valori e principi etici, in quanto il rispetto delle regole, come sopra sottolineato, è il vero principio etico e il valore fondamentale delle democrazie, violato il quale, il sistema smette di funzionare come una democrazia. Nello Stato laico i doveri del buon magistrato sono segnati soltanto dalle sue leggi, che danno legittimazione formale ad ogni forma di potere, punti di riferimento della morale laica sono i comuni valori della democrazia, dei diritti fondamentali e della giustizia sociale, ogni altro riferimento etico rientra nella sfera ideologica e nella libertà di coscienza che concretamente guida l'azione del magistrato, ma non può spingersi oltre i limiti imposti al suo ruolo dalla legge. Il generale fenomeno di decadimento a cui è soggetta l'etica politica in Italia ha quindi condotto ad un allineamento di quanti si propongono di rinnovare la classe dirigente, facendo leva proprio sulla questione dell'etica. E questo allineamento di posizioni purtroppo tende ad immedesimare l'aurea dell'azione giustizialista con un verdetto politico sul funzionamento delle istituzioni, offrendo all'opinione pubblica uno spettacolo indecoroso che asseconda questo equivoco, perché gli stessi politici impersonano la parte di accusatori e accusati. Parte della dottrina ha descritto in termini appropriati un fenomeno sorprendentemente simile, traendo tuttavia le proprie conclusioni sulle basi degli eventi tumultuosi che scossero la classe politica italiana nei primi anni novanta: "L'ignavia del corpo elettorale e del parlamento, la loro subalternità alle scelte e alle cadenze dei titolari dell'azione penale scatenano infiniti processi in piazza, gestiti da uomini politici, che leggono, interpretano, chiosano atti giudiziari o interviste dei loro autori. La collettività rimane affascinata e paralizzata dallo spettacolo dei processi penali teletrasmessi e dalle *fabulae* politiche che ne sono tratte, omettendo di effettuare scelte di reale rinnovamento e di radicale chiusura verso i rei¹⁸²".

¹⁸² *Il punto*, in Crit. Dir., 1995, 2, 96 ss.

L'esperienza italiana, così come delineata nelle pagine precedenti, manifesta una tendenza insolita, che secondo alcuni autori ricorda la legge fisica dei vasi comunicanti, in ragione della quale gli spazi lasciati vuoti dalla politica sarebbero stati occupati dal potere giudiziario, per responsabilità ascrivibili tanto all'espansionismo della magistratura quanto all'incapacità della classe politica¹⁸³. Sembra potersi condividere la riflessione che l'intervento giurisdizionale, negli ambiti della pubblica amministrazione e del mercato del lavoro ad esempio, si riveli in effetti un appropriato strumento di "neutralizzazione del conflitto", alternativo in quegli ambiti alla risposta politica. Ma il processo penale, in forza della sua ineliminabile pericolosità per i diritti dei cittadini, non può essere assoggettato a questa logica di supplenza, risultando in questo caso la giurisdizione un'inefficace surrogato della politica, del tutto incapace di compensarne il malfunzionamento. Oltretutto, la perversione degli effetti della supplenza giudiziaria, nel tentativo della magistratura di sostituirsi alla politica, non crea soltanto un'inefficienza a livello politico, ma genera un vero e proprio vuoto di giurisdizione. "Il limite dell'azione giudiziaria", come scrive efficacemente Emanuele Macaluso, "non va ricercato solo nell'opera dei giudici, ma nell'assenza di un progetto sociale e politico"¹⁸⁴, tuttavia sembra anche possibile rovesciare la formula, rintracciando il limite dell'azione politica, oltre che nella mediocrità della stessa classe dirigente, anche nella volontà di parte della magistratura di sostituirsi ad essa. Se il giudice pretendesse di fare politica nel senso del potere legislativo, di amministrare nel senso del potere amministrativo, otterrebbe effetti opposti: il costo della politicizzazione determinerebbe l'abbandono di ogni ruolo politico del giudice, anche legittimo, con ripercussioni negative per gli utenti finali della giustizia, nonché intollerabili inefficienze in ambito legislativo ed amministrativo. Se questi pretendesse, poi, di divenire distributore di beni e ricchezze, finirebbe alla lunga per perdere la fiducia dei cittadini, in quanto la sua decisione, per quanto apprezzabili potessero essere i suoi intenti, non sarebbe avvertita più come una sentenza, ma identificata come un atto di amministrazione. Similmente si esprimeva sulle pagine del Corriere della Sera Angelo Panebianco: "[...] La mia tesi, invece, è che il diritto penale ha compiti circoscritti e fallisce miseramente se si pretende di farne altro da ciò che esso è: uno strumento, altamente imperfetto e di limitate capacità e possibilità, per colpire reati specifici in presenza di prove sufficienti. Quando lo strumento viene forzato per

¹⁸³ In questi termini V. CAFERRA, *il Magistrato senza qualità*, cit., 39.

¹⁸⁴ E. MACALUSO, *Giulio Andreotti tra Stato e mafia*, Messina, 1995, 70.

ottenere da esso ciò che esso non è abilitato a dare, produce solo danni. E' insensato pensare di fare processi alla Politica, così come sarebbe insensato farne, che so?, all' economia o alla cultura, o a qualsiasi altra sfera dell' agire umano. Così come, ad esempio, solo l'economia, attraverso il mercato, può correggere se stessa, ugualmente solo la politica può, talvolta, correggere la politica. Solo la politica, nel caso specifico, potrà, forse, col tempo correggere quel rapporto malato fra istituzioni [...]»¹⁸⁵.

Ridefinire i rapporti fra politica e magistratura rappresenta la premessa per scongiurare i rischi insiti nelle degenerazioni sopra esposte. Pur non essendo contestabile che il giudice debba, nel moderno stato di diritto, svolgere un proprio ruolo politico, va stabilito in cosa debba consistere questa sua attività politica, escludendo che le funzioni attribuite al giudice possano essere, senza determinazioni di limiti, interscambiabili con quelle attribuite ad altri organi. Al giudice compete una politica qualitativamente diversa rispetto al potere legislativo e a quello esecutivo, è stato infatti autorevolmente notato che l'esperienza giuridica debba essere pluralistica, essendoci poi problemi organizzativi e distributivi in cui occorre una volontà decisionale, che non può essere affidata al giudice¹⁸⁶. Per questi problemi la responsabilità politica in senso stretto, la procedura parlamentare e il procedimento amministrativo offrono accettabili limiti di razionalità nel trasformare la discrezionalità politica in volontà democratica. Ci sono tuttavia ambiti in cui l'attività richiesta al giudice non potrebbe non avere una propria portata politica, la competenza del giudice ad esempio deve talvolta integrare la norma giuridica con la propria ragionevolezza, la propria persuasione, per rendere politicamente utile il disposto legislativo in rapporto alla *ratio* dell'istituto nel contesto ordinamentale. È stato già analizzato come il massimo di libertà applicativa della legge difficilmente possa convivere con il massimo di irresponsabilità politica del magistrato, per assicurare la maggiore possibile indipendenza ai giudici, infatti, è loro dovere professionale tenersi lontani da quell'uso distorto della funzione giudiziaria che potrebbe essere il punto di rottura del sistema. La partecipazione del giudice alla gestione del potere, in qualunque presunta competenza ciò avvenga, si traduce sempre nella negazione della posizione del giudice. Occorre quindi rimuovere le condizioni che inducono il magistrato ad addossarsi altre funzioni per sovrapporsi ad altri organi, creando un vuoto proprio nel settore che più gli appartiene, incrinando l'autonomia della sua figura e la

¹⁸⁵ A. PANEBIANCO, *I processi al potere*, editoriale sul *Corriere della sera* 25 ottobre 1999.

¹⁸⁶ S. RODOTÀ, *Magistratura e politica in Italia*, cit., 23 ss.

sua stessa credibilità. Innegabilmente l'istituzione giudiziaria, più di ogni altra istituzione pubblica, si fonda sulla fiducia dei cittadini e sulla percezione collettiva dell'immagine di imparzialità del magistrato, che per essere preservata necessita che il magistrato sottoponga le sue azioni ad un opportuno *self-restraint*. Il problema della perdita di credibilità per la magistratura è stato avvertito anche dal Presidente Giorgio Napolitano:

“La magistratura non può non interrogarsi sulle sue corresponsabilità dinanzi al prodursi e all'aggravarsi dell'insufficienza del sistema giustizia e anche sulle sue specifiche responsabilità nel radicarsi di tensioni e opacità sul piano dei complessivi equilibri istituzionali. Tanto meno può non interrogarsi su quanto hanno potuto e possono nuocere alla sua credibilità tensioni ricorrenti all'interno della stessa istituzione magistratura¹⁸⁷”.

8. Processo al potere: rivoluzioni giudiziarie e restaurazione della legalità

L'idea del processo penale, inteso come strumento destinato a realizzare una funzione istituzionalmente neutrale, entra irreparabilmente in crisi durante frangenti politici in cui l'intero sistema dei valori di riferimento viene stravolto da eventi di portata storica, che inducono a ritenere che le ritualità della procedura e del sistema penale debbano, in qualche modo, lasciare spazio al corso della storia. Durante le intemperie rivoluzionarie, ad esempio, Robespierre sostenne con molta lucidità che le regole del giudizio, così come regolamentato allora dal diritto positivo francese, non avrebbero permesso alla giustizia di fare il proprio corso, perché sottoporre Luigi XVI a regolare processo avrebbe comportato retrocedere verso quel dispotismo, fatto di privilegi e disegualianze, che avrebbe senz'altro permesso al monarca di sottrarsi alle proprie responsabilità nei confronti della rivoluzione¹⁸⁸. La condanna a morte del re, tuttavia, non rispondeva ad ideali di giustizia ma ad un vero e proprio disegno politico mirante a legittimare il nuovo potere costituito, instauratosi con il deliberato intento di sovvertire l'ordinamento vigente e rimpiazzarlo con una nuova forma di legalità, fondata su principi non riconosciuti dalle leggi positive, anzi rispetto ad esse estranee, perché concepiti in accezione giusnaturalista come patrimonio immanente dell'umanità. La prevalenza dei principi sulle forme appare scontata in momenti storici d'eccezione, eppure preserva un

¹⁸⁷ Intervento del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano alla seduta del C.s.m. del 9 giugno 2009.

¹⁸⁸ J. VERGES, *Strategia del processo politico*, Torino, Einaudi, 1969, 55.

nucleo di verità, nella dicotomia tra politicità dei fini processuali e legalità della procedura, anche in diversi contesti storico-sociali. Anzi, constatate le abissali variazioni nei differenti scenari, non sembra così inopportuno affermare che quando sono in gioco alternative ispirate a valori radicalmente confliggenti, la pretesa asetticità del giudizio criminale tende ad essere abbandonata in luogo di una sua accezione politicamente orientata. Durante la rivoluzione francese l'esigenza era lampante: occorre ricondurre il processo penale alla sua essenza di atto politico, così da poter divenire strumentale ai nuovi poteri contro i propri nemici a garanzia dell'inedito assetto costituzionale¹⁸⁹. Questa esigenza non poteva tollerare di essere sottoposta a formalismi, né alla rigidità della legalità processuale, quindi doveva trovare differente soddisfazione, preferibilmente attraverso un atto di natura politica e non giurisdizionale. Nel corso dell'acceso dibattito sorto intorno al processo di Luigi XVI, questa esigenza di legittimare la rivoluzione con un atto autoritario, quale la condanna a morte del precedente sovrano, venne accompagnata dall'aspirazione di molti membri dell'assemblea di preservare una patina di formalismo intorno a quest'atto politico, intuendo già allora come lo strumento processuale penale potesse prestarsi a veicolare un'ideologia di cui non si aveva la forza politica per assumersene la responsabilità. Nel giudizio penale, infatti, è sempre presente la volontà di imperio dello stato, ma la responsabilità di quella autorità sfuma nella legittimazione delle strutture giudiziarie, nel loro procedere burocratizzato, divenendo difficile ricondurre gli effetti di un determinato interesse politico alla propria fonte.

Se la nozione di giurisdizione designa una procedura di accertamento della pena che si esprime in asserzioni verificabili e falsificabili empiricamente, qualunque attività punitiva espressamente contraria a questo schema è altra cosa dalla giurisdizione. Precisamente, come scrive ancora Ferrajoli, essa "è un'attività sostanzialmente amministrativa, o se di vuole politica o di governo, caratterizzata da forme di discrezionalità che inevitabilmente, incidendo sulle libertà individuali, sconfinano nel sopruso"¹⁹⁰. Se non può eliminarsi dal diritto penale quell'irrinunciabile componente di strumentalizzazione del reo a fini politici, e se continua ad essere vero che il processo penale, per l'ineliminabile grado di afflizione sull'individuo, connessa ai contenuti della sanzione criminale, non cessa di offrire al potere politico, inteso come titolare anche del potere punitivo, la perenne tentazione di abusarne allo scopo di

¹⁸⁹ M. SESTA, *Il processo politico: modelli storici e sua evoluzione normativa*, cit., 57.

¹⁹⁰ L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, cit., 18.

inibire gli avversari, il diritto penale non può prescindere da una concezione del principio di legalità che sia in grado di offrire un qualche bilanciamento nella fisiologica contrapposizione tra il reo e lo Stato. Ad ogni modo, come invita a considerare Francesco Palazzo, risponde a criteri utopistici insistere nel ritenere il diritto penale una zona franca, al riparo dal degrado che involge l'intero ordinamento nella crisi della legalità, dovrebbe apparire quindi inevitabile pervenire ad una nuova enunciazione del principio di legalità, anche, se non soprattutto, in materia penale. Questa riconsiderazione deve muovere dall'assunto che, come scrisse Sebino Cassese, la "democrazia è solo uno degli elementi dello Stato Costituzionale", a dimostrazione della circostanza che la legittimazione democratica del principio di legalità, specie in materia penale, non può più ritenersi sufficiente, in quanto deve subire un continuo raffronto con gli altri principi sanciti nella Costituzione, i quali presidiano i diritti dell'individuo anche dal potere legislativo. Ciò non significa eliminare la riserva di legge in materia penale, che anzi continua a rappresentare la maggiore garanzia contro l'arbitrio degli organi istituzionali, ma di intenderla in maniera inedita, come non più idonea a garantire sotto il profilo contenutistico la bontà intrinseca della legge, bensì come strumento di verifica procedurale del carattere democratico della legge¹⁹¹. Nelle moderne ricostruzioni dello Stato di diritto la sicurezza sociale stenta ad apparire un effetto automatico della legge, richiedendo apparentemente invece un intervento supplementare da parte degli apparati di governo. Intendere la giustizia penale come ideale strumento di controllo impedisce di adottare un ordinamento rigorosamente rispettoso del principio di legalità, perché non si tratta più di accertare responsabilità individuali, quanto di garantire la sicurezza della maggioranza della comunità che viene minacciata dalla violazione di quelle leggi poste a presidio, non più esclusivamente dei loro diritti, quanto della loro sicurezza. Le *élites* politico sociali, come sostiene Mario Sbriccoli, hanno un urgente bisogno di reprimere il conflitto e proteggere la proprietà, manifestando l'esigenza di un efficace controllo sociale operato attraverso lo strumento del processo penale¹⁹². Secondo un affermato orientamento dottrinario, inoltre, sono oggi numerosi gli ordinamenti che varano una legislazione di emergenza che esaspera le sanzioni, enfatizza gli strumenti cautelari, impiega formulazioni normative indeterminate e riduce le garanzie individuali in nome dell'obiettivo prioritario

¹⁹¹ F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 2007, 36, 1294.

¹⁹² M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in A. Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Bari, 1990, 14, 232.

della sicurezza collettiva¹⁹³. Questo è stato possibile perché, come esemplarmente scrive Pietro Costa, il principio di legalità non ha eliminato radicalmente le disuguaglianze e i privilegi delle *élites*, ma “ha semplicemente complicato le regole del gioco nella dinamica dei conflitti politico sociali, detto principio non ha impedito al potere di “governare” i soggetti ma ha semplicemente offerto a quei soggetti uno strumento, o un argomento, per opporre resistenza¹⁹⁴”. La forte coesione sociale di un ordinamento può indurre a riconoscere le proprie regole come universalmente vincolanti, ad attuare il principio di legalità nella sua accezione forte, preservando le garanzie dei cittadini contro ogni ingerenza per fini politici e garantendoli dalla violazione, da parte degli stessi apparati statali, dei loro diritti. Uno stato le cui istituzioni si rivelino precarie, invece, non riesce ad assicurare il pieno rispetto delle regole e, per salvare se stesso, deve anzi scendere a compromessi con queste istanze politiche conflittuali, con inevitabili ripercussioni in merito alla tutela delle garanzie dei propri cittadini¹⁹⁵. Non tutti i processi politici, infatti, conducono ad esiti rivoluzionari, potendo concepirsi anche vicende processuali che perseguono finalità *extra giuridiche*, senza per questo mirare a sovvertire completamente l'ordinamento, ma solo ad alterarne gli equilibri interni. Questa determinata tipologia di procedimenti non è immediatamente distinguibile dai processi “ordinari”, perché anche in essi è sempre possibile rintracciare finalità politiche, proprie del legislatore, ma, a differenza degli intenti del legislatore, i processi “straordinari” non mirano a conservare il sistema immutato, quanto a sovvertirne alcuni elementi dinamici. È stato acutamente osservato che un processo penale, per assolvere alla sua fisiologica funzione, deve postulare l'omogeneità culturale tra l'ideologia di chi pone le norme e dei soggetti chiamati ad applicarle¹⁹⁶, trattandosi, in definitiva, di un “*processo di convivenza*”, cui non è indispensabile tanto uno strumentario di regole, quanto la condivisione di quelle medesime regole¹⁹⁷. Questa concezione della giustizia penale implica che tutti i soggetti che, a diverso titolo, assumano un ruolo nello svolgimento del processo, debbano concordare sulla validità delle regole che sovrintendono al suo svolgimento, altrimenti il prodotto di questa

¹⁹³ F. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in *L'Indice penale*, 2006 n.1, 210 ss.

¹⁹⁴ P. COSTA, *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 2007, 36, 41.

¹⁹⁵ M. SESTA, *Il processo politico: modelli storici e sua evoluzione normativa*, op. cit., 9.

¹⁹⁶ M. NOBILI, *La procedura penale tra dominanza e sociologia: significato politico di una vecchia polemica*, in *Quest. Crimin.*, 1977, 51 e ss.

¹⁹⁷ J. VERGES, *Strategia del processo politico*, cit., 16.

attività non potrà essere riconosciuta come risultato di una funzione giurisdizionale. Nell'opinione di Luigi Ferrajoli sarebbe connotato alla concezione di un diritto penale d'eccezione, la caratteristica del "*gigantismo processuale*", sviluppata sia mediante l'apertura di mega inchieste contro centinaia d'imputati, spesso anticipati da "arresti retati" basati su labili indizi, sia attraverso la moltiplicazione, a carico di ciascun imputato dei reati addebitategli, dedotti circolarmente gli uni dagli altri¹⁹⁸. I processi avrebbero assunto le sembianze di "*labirinti intricati*", costruiti su montagne di carte misurabili in decine di migliaia di pagine che attentano, concretamente, al principio di pubblicità del processo e alle possibilità materiali di difesa. L'espansionismo processuale è riconducibile, secondo l'autore in questione, alla mutazione sostanzialistica delle figure di reato e dei metodi di accertamento della verità, ancora improntati ai paradigmi inquisitori. Le figure delittuose, soprattutto, di "associazione terroristica", di "associazione di tipo mafioso", di "associazione finalizzata al traffico di stupefacenti" sono diventate presupposti e baricentri di veri e propri sotto sistemi penali con elementi di marcata differenziazione, relativi ai modi di definizione delle responsabilità, all'istruzione del processo e all'acquisizione della prova, ai modi di esecuzione della pena, alle misure di prevenzione personali e patrimoniali, alle misure di premialità della dissociazione e della collaborazione con la giustizia, nonché di protezione dei collaboratori e delle loro famiglie¹⁹⁹. E' innegabile che nel momento in cui il processo penale cessa di avere come oggetto di indagine un fatto criminale determinato e pretende di indagare un'intera fenomenologia criminale in tutte le complesse accezioni politiche e sociali, inevitabilmente impedisce il rispetto degli schemi garantistici della stretta legalità e della stretta giurisdizionalità. Nel fronteggiare manifestazioni di criminalità di Stato, caratterizzate dalla commissione massiva e sistematica di gravi violazioni dei diritti umani fondamentali, pianificata e perpetrata dalle alte sfere e dalle istituzioni statali, si impone un ripensamento delle categorie e degli istituti tradizionali del sistema penale. La difficoltà di concepire una forma di responsabilità individuale a livello internazionale, specialmente in termini tassativi, lascia emergere il rischio di indebite politicizzazioni di simili fattispecie. Qualificando come criminale l'istituzione del nemico, infatti, si concretizza il pericolo che l'ascrizione della responsabilità penale del singolo individuo comporti *tout*

¹⁹⁸ L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, cit., 861.

¹⁹⁹ S. ALEO, *La nozione di criminalità organizzata come categoria generale del diritto penale*, in *Rivista dell'Avvocatura*, 2009, 2, 12.

court la qualificazione come criminale dell'intera organizzazione d'appartenenza, da cui deriva un'indebita presunzione di responsabilità a carico di tutti i partecipi²⁰⁰. Non di rado gli organi giudiziari, chiamati a giudicare i gravi crimini commessi dai passati regimi dittatoriali, hanno fatto ricorso al diritto internazionale e talora anche alla fonte consuetudinaria, come fonte diretta di incriminazione, forzando i principi di legalità ed irretroattività, al fine di superare le eccezioni di prescrizione e le disposizioni di amnistia. La qualificazione dei fatti come crimini internazionali consente, infatti, di applicare ai fatti oggetto di giudizio il peculiare regime che caratterizza tale categoria delittuosa, e che prevede, in particolare, l'imprescrittibilità e l'inammissibilità di amnistie e indulti²⁰¹. L'analisi di queste esperienze giudiziarie, per quanto rilevante sotto il profilo storico e sociologico, nasconde in realtà un'intima debolezza sul piano giuridico, legata alla circostanza che tanto la legittimazione, quanto le finalità di queste autorità giudiziarie, rispondono alla volontà ed alla finalità, eminentemente politica, di attribuire la parvenza della legalità ad un risultato ottenuto con la mera forza al di fuori del processo democratico.

La volontà di apporre un suggello giuridico alla vittoria bellica, riportata dalle quattro potenze vincitrici della seconda guerra mondiale, è lucidamente presente nell'accordo di Londra, siglato l'8 agosto 1945, con cui gli Alleati istituirono il Tribunale militare internazionale di Norimberga, per processare e punire i maggiori criminali dell'Asse, "la cui attività criminale sfuggiva ad una precisa localizzazione giuridica"²⁰². Affermato il proposito di giudicare le atrocità commesse dal nazismo, quello che avvenne in quel processo finì per sminuire la nobiltà ideologica dell'intento, perché si rivelò uno strumento di repressione usato con parzialità dai vincitori della seconda guerra mondiale. Oltre all'iniqua formazione del collegio, composto da giudici appartenenti alle sole nazionalità delle potenze alleate, nessun atto compiuto da Usa, Russia, Gran Bretagna e Francia durante il conflitto fu esaminato nel corso del giudizio, come se, con la vittoria riportata in battaglia, fosse valsa anche l'impunità per episodi altrettanto disumani, come il bombardamento di Dresda, le atomiche su Hiroshima e Nagasaki, nonché la strage di Katyn, attribui-

²⁰⁰ A. M. MAUGERI, *La responsabilità dei leader nel diritto e nella giurisprudenza della corte internazionale di giustizia*, in *L'indice penale*, anno 2011, 1, 375 e ss.

²⁰¹ E. MACULAN, *La responsabilità per gravi violazioni dei diritti umani tra diritto penale interno e diritto penale internazionale: considerazioni a partire dal caso Fujimori*, in *Archivio penale*, 2011, 3, 14.

²⁰² E. GREPPI, *I crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale*, Torino, Utet, 2001, 10

ta per oltre quarant'anni ai tedeschi ma in realtà compiuta dai russi²⁰³. Tutto ciò aveva corrotto l'aspirazione di giustizia che aveva ispirato il processo e compromesso sul nascere l'autorità di un tribunale, che esprimeva evidentemente la volontà degli Alleati di "costruire un processo politico"²⁰⁴. Il ruolo svolto a Norimberga dai giudici designati dall'Accordo di Londra non si limitò all'ordinaria attività giudiziaria, perché il fatto che molti atti compiuti dai nazisti sfuggissero a qualunque previsione di legge consentì, per esplicita previsione dell'art. 2 del citato accordo, di stabilire regole di costituzione, giurisdizione e funzione del tribunale.

In quella sede furono stabilite e applicate procedure sconosciute al diritto positivo vigente, in quanto l'articolo 12 dell'Accordo di Londra consentiva, ad esempio, al tribunale di procedere in contumacia, non solo nel caso di irreperibilità dell'imputato, ma anche "ove per qualunque ragione ritenga necessario, nell'interesse della giustizia, condurre il procedimento in sua assenza"²⁰⁵. In altre parole, i vincitori rivestirono contemporaneamente il ruolo di giudici e di legislatori, derogando, innanzi tutto, al principio dell'irretroattività della legge penale incriminatrice. Molti giuristi, all'epoca, sostennero infatti che le accuse previste nella Carta di Londra non avrebbero potuto essere contestate, in quanto al tempo in cui erano accaduti i fatti non esisteva una legge penale internazionale che li considerasse delitti. In altri termini, "addebitando queste imputazioni in base a una norma retroattiva veniva violato il principio *Nullum crimen, Nulla poena sine lege praevia* che da secoli appartiene alla civiltà europea a tutela della libertà dell'individuo e che stabilisce che nessuno può essere punito per fatti che, quando vennero compiuti, non rappresentavano giuridicamente un reato ne per essi era prevista una pena"²⁰⁶. La questione dell'infondatezza delle accuse, in quanto contrarie al principio dell'irretroattività di una legge penale incriminatrice, fu sollevata più volte nel corso del processo, ma venne ripetutamente respinta cercando di dimostrare che la Carta di Londra rappresentasse la principale fonte giuridica per il giudizio e che, peraltro, il principio non fosse stato violato poiché le norme contenute nella Carta corrispondevano alle convinzioni generali di giustizia. Pur in assenza di una normativa specifica pertanto, si volle far prevalere la circostanza per la quale esiste una parte del diritto internazionale, così come esiste

²⁰³ *Ibidem*, 36.

²⁰⁴ A. CATANIA, *Diritto positivo e processo di Norimberga*, in A. Tarantino e R. Rocco, *cit.*, 84.

²⁰⁵ R.G. RODIO, *Il processo di Norimberga ed i profili del diritto di difesa*, in *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione*, A. Tarantino e R. Rocco (a cura di), Milano, 1998, 226.

²⁰⁶ G. MAYDA, *I dossier segreti di Norimberga*, Milano, 1997, 15.

una parte del diritto nazionale, che fa riferimento al concetto di diritto naturale da cui trae le basi contenutistiche sostanziali²⁰⁷. La legittimazione del tribunale di Norimberga, secondo questa impostazione si basava sulla volontà politica delle potenze vincitrici, ma anche sul sentimento ampiamente condiviso in quel momento storico, di ciò che era sentito come senso della giustizia e della legalità. L'impianto accusatorio retroattivo perciò, come autorevolmente descritto, fu soltanto apparente, in ragione dell'esigenza di anteporre all'abisso criminale nazista un'istanza di giustizia che non poteva presentarsi diversamente da una forma di *Natural Justice*²⁰⁸. La retroattività della legge applicata, come sostenne Kelsen, difficilmente poteva considerarsi assolutamente incompatibile con la giustizia, la quale richiedeva la punizione dei criminali nazisti, "nonostante che per il diritto positivo essi non fossero punibili nel momento in cui posero in essere gli atti resi poi sanzionabili con validità retroattiva²⁰⁹". Pertanto anche la più autorevole dottrina positivista tedesca, che aveva costantemente sostenuto la condanna nei confronti delle leggi retroattive in materia penale, riteneva che potessero sussistere particolari momenti storici, così eccezionali da giustificare l'aperta violazione del principio *Nullum Crimen, Nulla Poena sine Lege Praevia*. In definitiva, non può negarsi che a Norimberga vennero sacrificate importanti conquiste giuridiche di matrice illuminista, in ragione del bisogno di riaffermare un diritto trascendente, proprio dell'umanità intera, che dal nazismo era stato sistematicamente calpestato. Ciò probabilmente non deve portare alla conclusione che il giusnaturalismo abbia finito con il prevalere definitivamente sul positivismo, quanto indurre alla riflessione di come il primo si presti meglio ad assecondare processi politici di riassetto del potere, anche a livello internazionale, attraverso una giustizia penale denazionalizzata che si richiama a valori superiori, purtroppo suscettibili di venire strumentalizzati per trasformare un equilibrio politico, perseguito con la forza delle armi, in un nuovo assetto giuridico fondato su di essi. Le obiezioni sollevate contro la violazione del principio di legalità, sostenute tra gli altri da Carl Schmitt, non possono essere superate esclusivamente offrendo una nuova definizione del principio di legalità, sembra invece

²⁰⁷ M.R. SAULLE, *Il senso della legalità nel processo di Norimberga*, in A. Tarantino e R. Rocco, a cura di, *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione*, Milano, 1998, 35.

²⁰⁸ M. CARDUCCI, *La dottrina nazionalsocialista del Tatrecht e il processo di Norimberga*, in A. Tarantino, R. Rocco, a cura di, *Il processo di Norimberga a cinquant'anni dalla sua celebrazione*, Milano, 1998, 45.

²⁰⁹ H. Kelsen, *Il processo di Norimberga ed il diritto internazionale*, in *Nuovi Studi Politici*, vol. XIX 1989, 4, 101.

necessario appellarsi, come proposto da Radbruch, ad un diritto *in fieri* non più riconducibile ai singoli Stati, ma riposante sul concetto di umanità e sul connesso ordine internazionale, chiamato a vigilare sui crimini contro di essa²¹⁰.

Proprio con riguardo ai crimini contro l'umanità, il tribunale di Norimberga non rese affatto giustizia, perché, collegandoli alla situazione di belligeranza, non fece che eludere il problema della configurazione autonoma di questo crimine, finendo inevitabilmente con l'assimilarli ai crimini di guerra nelle sentenze, in cui rimarcò la necessaria correlazione tra l'evento bellico e la shoah. Inevitabile conseguenza di questo assioma fu che il tribunale non dichiarò come crimine contro l'umanità nessun atto compiuto anteriormente al primo settembre del 1939, data di inizio della seconda guerra mondiale. L'esigenza di rintracciare un riferimento cronologico certo o quantomeno determinabile per l'esecuzione di questi crimini denota una certa incongruenza nell'attività del tribunale di Norimberga, che se da un lato accettò il diritto naturale come propria fonte di legittimazione, da diversa prospettiva invece manifestò il bisogno di non distaccarsi eccessivamente da quel diritto positivo che consentiva loro di chiamarsi ancora giudici. L'autonoma categoria di "*crimini contro l'umanità*", elaborata *ad hoc*, rimase infatti inapplicata, proprio per la ritrosia del tribunale di Norimberga a prescindere dal sicuro elemento cronologico, su cui nessuno avrebbe potuto dissentire, rappresentato dallo scoppio della guerra. L'iniqua costituzione del tribunale e la parzialità dei giudizi fecero apparire le sentenze pronunciate nel 1946 come la vendetta dei vincitori, ciò pregiudicò l'autorità del giudizio, perché il principio della responsabilità penale individuale per la violazione delle regole di diritto internazionale che proibiscono la guerra, non è stato affermato come un principio generale del diritto, ma come regola applicabile solo nei confronti degli stati sconfitti da parte dei vincitori²¹¹. In una prospettiva non dissimile i tribunali latinoamericani dimostrano di essere attori di primo piano nella creazione e nello sviluppo del diritto penale internazionale, che a queste forme di criminalità pretende di dare una risposta adeguata. Inoltre, questi soggetti giudiziari offrono spunti interessanti per una rimediazione delle caratteristiche e del ruolo nell'intervento penale a fronte di gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani. Apparentemente, dunque, è incontrovertibile che, a fronte di mani-

²¹⁰ P. COSTA, *Un diritto giusto? Giusnaturalismo e democrazia nel secondo dopoguerra*, in *Direito natural, justiça e política*, a cura di P. Ferreira da Cunha, Coimbra, Coimbra editoria, 2005, 213-244

²¹¹ H. KELSEN, *op. cit.*, 114.

festazioni di criminalità di massa riconducibili a strutture gerarchicamente organizzate, i normali parametri penalistici, validi per i reati comuni, vengano inevitabilmente sovvertiti rendendo impellente la necessità di ricorrere a diversi paradigmi ascrittivi. È proprio in questi casi che recuperare ed ampliare le categorie tradizionali del diritto penale, rimodulandole alla luce dei nuovi fenomeni criminali, può costituire una valida soluzione per una parte della dottrina, che fonda su solide basi dogmatiche le innovazioni dettate dalle esigenze della realtà²¹². La Corte Suprema peruviana ad esempio, nel caso Fujimori, sembra discostarsi dalla tendenza dominante, optando invece per la tipizzazione secondo fattispecie previste dall'ordinamento interno. Tuttavia potrebbe obiettarsi che, nel caso di specie, fosse stata una scelta in realtà imposta dai limiti connessi al procedimento di estradizione dell'imputato, rifugiatosi in Cile²¹³. Ad ogni modo, l'analisi di questa sentenza evidenzia come l'ampliamento del novero dei soggetti attivi punibili a titolo di "*autoria*" per un determinato reato, unitamente all'assenza di un loro controllo fattuale rispetto alla sua esecuzione, sottopone ad evidenti tensioni il principio di colpevolezza, così come tradizionalmente concepito dai moderni ordinamenti penali. A questo proposito il continente latino americano costituisce attualmente uno scenario privilegiato per vedere rappresentate queste nuove dinamiche e tensioni, alla luce del crescente coinvolgimento dei suoi tribunali nazionali nella persecuzione e sanzione dei gravi episodi di criminalità di Stato riconducibili alle dittature che governarono quei paesi nella seconda '900. L'incontro tra crimini internazionali ed il sistema penale interno provoca spesso frizioni tra le modalità fenomenologiche dei primi ed i principi garantistici di legalità e personalità della responsabilità penale. La pronuncia della Corte suprema peruviana, nella vicenda Fujimori, si rivela interessante perché offre un esempio di come possa realizzarsi una commistione di fonti giuridiche appartenenti a livelli diversi, che riconciliano le discrepanze normative, offrendo una risposta sanzionatoria adeguata ai crimini contro l'umanità pur nel rispetto dei principi che fondano lo Stato costituzionale di diritto. Non si intende, ovviamente, sostenere con ciò che il caso Fujimori non possa essere considerato un caso di giustizia politica, tuttavia, quantomeno rispetto all'esperienza di Norimberga, sembra di poter affermare che il perseguimento di crimini contro l'umanità non deve necessariamente percorrere la strada

²¹² E. MACULAN, *op. cit.*, 35.

²¹³ Il principio della doppia incriminazione impediva alla Corte peruviana di sussumere i fatti nella categoria dei crimini contro l'umanità, poiché il Cile, paese estradante, non li contemplava nel proprio ordinamento.

della deroga al principio di legalità, ben potendo uno Stato democratico che attribuisce valore alle proprie leggi, fare a meno di richiamarsi ad istanze di giustizia trascendente nell'amministrare i propri procedimenti penali. I criminali contro l'umanità pongono problemi in ragione sia del numero delle vittime, spesso tragicamente elevato, che della numerosità dei loro autori, sicché il giudizio su questi atti può tramutarsi in un processo generale ad un intero popolo per un crimine collettivo, proprio come, secondo l'opinione di alcuni, avvenne nel processo di Norimberga²¹⁴. Rimane però vero che tanto la storia quanto il diritto rispondono ad un'esigenza dell'uomo, che è quella che Hanna Arendt efficacemente descrisse come un "bisogno imprescindibile di giudicare, innanzitutto, per aiutarci a dare una ragione, a rendere umanamente intelleggibili eventi che altrimenti si sottrarrebbero a tale riduzione"²¹⁵. Tuttavia lo sforzo di comprensione può nascondere la tentazione di sovrapporre le categorie della criminalità e della malvagità, che, in realtà, è soltanto un confortante espediente per metabolizzare l'orrore di questi accadimenti. Addebitare la responsabilità di atrocità come quelle avvenute durante le esperienze totalitarie ad individui normali infatti, esseri umani in tutto e per tutto uguali a coloro che erano chiamati a giudicarli, sembra inconcepibile²¹⁶. Per questa ragione, l'immagine che doveva uscire dal processo di Norimberga dei criminali nazisti era quella della mostruosità, perché l'opinione pubblica aveva bisogno di credere che costoro fossero in qualche modo diversi, "corrotti da qualche malsana o infelice combinazione di fattori educativi che aveva prodotto in esse una personalità tarata, patologica"²¹⁷. La dimostrazione che queste persone, invece, appartenessero a pieno diritto al genere umano, è stata data in modo inconfutabile dall'opera di autori attendibili, come Primo Levi e Hanna Arendt, la quale peraltro ha esemplarmente descritto come il male possa, in fin dei conti, rivelarsi banale²¹⁸, non costruito. La conclusione che emerge dalle loro opere è che la novità più orripilante dell'Olocausto è non tanto la circostanza che qualcosa di terrificante fosse avvenuto, ma l'idea che quell'orrore fosse stato compiuto da persone normali, simili a tutte le altre, rendendo l'eventualità che potesse ripetersi tutt'altro che remota.

²¹⁴ G. MAYDA, *I dossier segreti di Norimberga*, Milano, 1997, 56.

²¹⁵ H. ARENDT, *La banalità del male: Eichmann a Gerusalemme*, Milano, 2001, 103.

²¹⁶ F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, 2006, 32.

²¹⁷ *Ibidem*, 34.

²¹⁸ H. ARENDT, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, cit., 259: «Restai colpita dalla evidente superficialità del colpevole, superficialità che rendeva impossibile ricondurre l'incontestabile malvagità dei suoi atti ad un livello più profondo di cause e motivazioni. Gli atti erano mostruosi ma l'attore risultava quanto mai ordinario, mediocre, tutt'altro che demoniaco o mostruoso».

Anche nel corso del processo che vedeva imputato Adolf Eichmann, dinanzi alla Corte di Gerusalemme, l'intento politico del giudizio non fu mai celato: la volontà era quella di pretendere di vedere nell'imputato "l'incarnazione mostruosa dei torti inenarrabili subiti da Israele"²¹⁹. In modo analogo a quanto successe a Norimberga, anche per il tribunale israeliano il problema maggiore da affrontare era costituito dalla normalità dell'imputato, poiché riuscire a dimostrare la disumanità dei soggetti che erano stati autori delle atrocità naziste era indispensabile per depurare le coscienze di quello che fu, come quello svoltosi anni prima in Germania, un processo ingiusto. In entrambi i casi, giudici parziali e decisamente non terzi, dibattito inesistente, limitazioni consistenti nelle attività difensive e, soprattutto, la volontà politica di giudicare non singoli uomini per atti determinati, ma l'intero popolo tedesco nazista. Un procedimento condotto in questi termini, come risulta chiaro anche ad uno degli studiosi del caso Eichmann, non sarebbe mai stato in grado di fare giustizia, né questo sarebbe mai potuto essere il suo obiettivo²²⁰. La concezione della giustizia a cui deve aspirare la società moderna deve prescindere dal tentativo di riparare i torti, recuperare le perdite e ricomporre un equilibrio violato, perché deve assumere, innanzitutto, la definitività del danno arrecato, a cui nessun tribunale potrà mai rimediare. Ciò è tristemente vero non solo per gli eccidi di massa e i crimini contro l'umanità, ma anche per la c.d. "criminalità comune". A ben poco servirebbe infatti un "inferno per i carnefici", per richiamare una superba immagine di Dostoevskij, "quando il martirio degli innocenti è già avvenuto"²²¹. Piuttosto, è inderogabile rinnegare la reazione vendicativa della società, celebrata nell'esemplarità delle pene, infliggendo le quali la collettività diviene essa stessa carnefice. Il diritto penale, nelle parole di Klaus Lüderssen, "è disumano ed inefficace, in quanto il punire risulta semplicemente qualcosa di anacronistico, specie se l'intervento statale è orientato al risarcimento del torto subito"²²². E' dunque necessario respingere vigorosamente quella che Luigi Ferrajoli chiama "il frutto di un'illusione sostanzialistica"²²³, ovvero l'idea tutta giusnaturalistica che la pena debba uguagliare il delitto e consistere, quindi, in un male della medesima natura ed intensità. Le teorie della pena come "*retribuzione etica*", proposta da Kant, e

²¹⁹ F. STELLA, *op. cit.*, 74.

²²⁰ C.M. BELLEI, *Il caso Eichmann. Un processo o un rito di fondazione?* In *Sul male*, E. Donaggio e D. Scalzo (a cura di), Roma - Bari, 2003, 208.

²²¹ F. DOSTOEVSKIJ, *I fratelli Karamazov*, Torino, 2005, 271.

²²² K. LUDERSEN, *Il declino del diritto penale*, Milano, 2005, 104.

²²³ L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione, cit.*, 384.

della pena come “*retribuzione giuridica*”, sostenuta invece da Hegel, sono, malgrado l'autorevolezza dei due illustri filosofi, insostenibili, poiché, come ha osservato Morris Ginsberg, alla base di entrambe sarebbe radicata l'oscura credenza nell'esistenza di un “nesso tra colpa e punizione”²²⁴. L'idea che possa esistere una forma di pena in grado di riparare il torto subito, di ricomporre un ordine naturale violato, deriva in realtà, come scrive sempre Luigi Ferrajoli, dalla “sopravvivenza di antiche credenze magiche che confondono diritto e natura”²²⁵. La pena non può essere né retribuzione, né reintegrazione, tanto meno risarcimento del danno arrecato dal reato, perché è proprio l'irreparabilità che distingue gli illeciti penali da quelli civili. La funzione retributiva della pena è in realtà un tema delicato, poiché spesso è stata celebrata come strumento di controllo sociale da parte di ordinamenti statali intimamente deboli, che hanno rinnegato le garanzie fondamentali per garantirsi una forma di consenso fondato in realtà sul clima di terrore, che loro stesse avevano instaurato con la proliferazione di pene apprezzate esclusivamente in funzione della loro funzione di prevenzione generale. Come sostenuto da Alfredo Gaito, “il processo penale non serve al potere, che potrebbe farne a meno volgendosi direttamente ad una repressione automatica ed indiscriminata in modo rapito, efficace, esemplare. [...] Tutto ciò che attiene al funzionamento della giustizia penale, invece, non può essere affrontato se non tenendo in adeguata considerazione le esigenze garantistiche dell'individuo in posizione paritetica accanto alle aspettative della collettività”²²⁶. La questione, forse, può essere estesa al significato stesso di giustizia in una democrazia moderna, dove sembra definibile solo in negativo, come qualcosa di perennemente sfuggente, fino all'approdo all'unica considerazione accettabile, ovvero che essa non può intendersi come una meta, essendo piuttosto un percorso. Riprendendo, a tale scopo, un'immagine sostenuta da Zygmunt Bauman, il sociologo della *modernità liquida*, “la giustizia è un orizzonte che una società giusta cerca di raggiungere, ma proprio come l'orizzonte, si allontana ad ogni passo avanti”²²⁷.

Un sistema penale è giustificato nella misura in cui riesce a minimizzare la violenza arbitraria nella società e raggiunge questo scopo, come scrive Luigi Ferrajoli, nel momento in cui soddisfa le garanzie penali e processuali del di-

²²⁴ M. GINSBERG, *La giustizia nella società*, Milano, 1981, 214.

²²⁵ L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, cit., 241.

²²⁶ A. GAITO, introduzione a G. di Federico e altri, *Il monitoraggio del processo penale. Potenzialità e limiti delle analisi statistiche*, Bologna, 1996, 14 ss.

²²⁷ Z. BAUMAN, K. TESTER, *Società, etica, politica. Conversazione con Z. Bauman*, Milano, 2002, 68.

ritto penale minimo²²⁸. L'attuale crisi dei sistemi penali autorizza a pensare che la vera utopia non è rappresentata, oggi, da forme alternative all'intervento penale, ma da una nuova formulazione del diritto penale e delle sue garanzie processuali, fondata sul garantismo degli istituti preposti a minimizzare l'arbitrio degli organi statali nell'accertare le responsabilità individuali per comportamenti lesivi di un numero determinato di violazioni dei diritti fondamentali. Scrive ancora Ferrajoli, che solo introducendo una corrispondenza biunivoca tra giustificazione etico-politica e garantismo penale, si potrà perseguire l'obiettivo ultimo di massimizzare la tutela dei diritti individuali, la cui preservazione costituisce l'essenziale giustificazione del diritto penale. Una caratteristica fondamentale delle società contemporanee, come spiega Federico Stella, è costituita proprio dall'impossibilità di concepire, per un essere ragionevole, una riparazione dei torti subiti o un premio per le sofferenze patite²²⁹. Il ruolo del processo penale, dinanzi a questo quadro devastante, non è, né potrà mai essere, quello di ristabilire un equilibrio ormai infranto, come dimostrano le struggenti parole, tratte dai *Fratelli Karamazov* di Dostoevskij, più volte citate da Stella, che se anche si dovesse giungere ad un giudizio finale per ristabilire l'armonia perduta, tanto varrebbe restituire il biglietto di ingresso a questo spettacolo, perché nulla potrebbe sanare i torti subiti. Appare più convincente l'insegnamento dei giudici Brennan e Barack, rispettivamente membri emeriti della Corte suprema americana e di quella israeliana, secondo i quali il processo deve essere inteso quale strumento di democrazia, attraverso il rispetto delle regole e delle garanzie fondamentali, per scongiurare il rischio di svolte autoritarie, insito in ogni sedicente Stato democratico, come autorevolmente descritto da Anna Arendt.

Come si è già tentato di illustrare, la peculiare fisionomia dell'ordinamento giudiziario italiano asseconda in realtà un'immagine distorta della funzione giudiziaria, alimentando nell'immaginario collettivo quelli che Caferra definisce "i personaggi simbolo della *nomenklatura* giudiziaria che, forti della loro autonomia, riescono a concretizzare lo spirito di rivalsa sociale contro il potere politico"²³⁰. Ciò evidenzia, da un lato, l'inefficacia delle pur necessarie norme preposte ad assicurare l'effettiva imparzialità del giudice, la quale è un attributo deontologico del singolo magistrato, prima che un elemento strutturale del processo; mentre dall'altro, l'inefficienza della struttura amministrativa

²²⁸ L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, cit., 337.

²²⁹ F. STELLA, *op. cit.*, 177.

²³⁰ V. CAFERRA, *La giusta disuguaglianza. Dalla nomenclatura alla nuova Repubblica*, Bari, 1994, 118.

istituita per attuare l'esercizio della giurisdizione, può celare deviazioni politiche della magistratura. La politicizzazione riguarda, in primo luogo, il Consiglio Superiore della Magistratura, sempre più sottomesso alle correnti della magistratura associata che non riescono ad essere compensate dai componenti laici, i quali invece rispondono alla logica degli schieramenti parlamentari da cui sono stati eletti, innescando un pericoloso meccanismo retto da un connubio di protagonismo e cooptazione che finisce, inevitabilmente, per alimentare la vocazione politica della magistratura. D'altra parte la sovraesposizione di larga parte della classe dominante ad un esercizio non controllabile dell'azione penale spiega, in parte, i ricorrenti tentativi del potere politico di esercitare un maggiore controllo sul pubblico ministero, al fine di introdurre forme di sottoposizione dell'organo dell'accusa al potere esecutivo, relativizzando l'obbligatorietà dell'azione penale. È stato anche considerato come l'attuazione del modello accusatorio nell'ambito del giusto processo sembri pretendere tanto una forma di discrezionalità nell'azione penale, che peraltro eliminerebbe le disfunzioni generate da una violazione di fatto dell'obbligo costituzionale, quanto una netta separazione nei ruoli di giudice e pubblico ministero. L'esito complessivo della disorganicità disciplinare in materia di ordinamento giudiziario sembra realizzare una tendenza alla burocratizzazione della magistratura, assecondando tanto una concezione neo patrimoniale dell'ufficio per coloro che intendono l'inaffidabilità come un mero privilegio, quanto l'abitudine ad assumere atteggiamenti ambigui nei confronti dei centri di potere del sistema economico e politico, prestandosi ad un indebito scambio di agevolazioni rispondenti a mere logiche politiche²³¹. La fisionomia dell'ordinamento giudiziario italiano invita a non trascurare un monito, tratto dall'esperienza pluridecennale di facili proclami repentinamente smentiti dai fatti, che impone di considerare la tematica delle riforme anche sotto l'aspetto della retorica politica. In dottrina la posizione non è estranea a chi ritiene che l'argomentazione riformistica alimenti le forze politiche di ogni schieramento, nessuna delle quali intende abbandonare la ribalta, soprattutto mediatica, delegando all'avversario politico la propaganda dei progetti di riforma²³². La tesi sembra condivisa, peraltro, anche da ambienti vicini alla magistratura, in cui, tralasciando le polemiche gratuite, viene sottoscritto l'appello di un intervento legislativo urgente sulle regole processuali, per una allocazione delle risorse

²³¹ *Ibidem*, 126.

²³² F. PALAZZO, *Politica e giustizia penale: verso una stagione di grandi riforme?*, In *Dir. Pen. Proc.*, 2010, 5, 525.

più razionale da parte del governo e una maggiore attenzione ai profili organizzativi all'interno degli uffici giudiziari, nonché viene riconosciuta l'importanza di un autogoverno della magistratura capace di selezionare i dirigenti e di far rispettare la deontologia professionale ai singoli magistrati²³³. E tuttavia non manca, anche in questo caso, la denuncia di un intento meramente propagandistico dietro i proclami di riforma annunciati dalla classe politica, a cui in realtà si attribuisce una celata ritrosia *bipartisan* nell'attuare interventi sostanziali che consentano alla giustizia italiana di funzionare efficacemente.

Su toni parzialmente diversi si colloca il richiamo alla lezione di Montesquieu, da parte di Francesco Palazzo, in riferimento all'impossibilità di modificare costumi e maniere di una società affidandosi soltanto allo strumento legislativo, specie quando questi tentativi si risolvano nell'alterazione di meccanismi delicati, le cui radici culturali e sostanziali spesso sfuggono alla frenesia riformista delle forze politiche²³⁴. Le inevitabili semplificazioni degli organi di informazione non permetterebbero all'opinione pubblica, secondo le posizioni di questi autori, inoltre, di cogliere la strumentalità di questi annunci riformistici, finendo con l'alimentare un clima di generale insofferenza nei confronti del sistema giustizia, di cui si esaltano i malfunzionamenti evitando accuratamente di procedere ad interventi mirati che permetterebbero di alleviare la situazione. Con specifico riferimento alla giustizia penale è possibile individuare tre diversi campi di intervento nelle istanze di riforma, che sono state annunciate nel corso degli ultimi anni. Il primo interessa l'efficienza del sistema di amministrazione della giustizia penale, il secondo si riferisce all'annoso tema del rapporto tra politica e giustizia penale, l'ultimo, infine, intrinsecamente connesso al precedente, riguarda un eventuale ripensamento in ordine al ruolo istituzionale assunto dalla magistratura, all'interno dell'impianto costituzionale dell'ordinamento democratico. Per quanto i temi indicati richiederebbero interventi legislativi consistenti, ripartiti in settori dell'ordinamento anche molto eterogenei, secondo parte della dottrina, non si può prescindere da una prospettiva complessiva dell'opera di riforma, che coordini organicamente le singole novelle, per ricostruire un quadro di in-

²³³ P. MOROSINI, *Dalle modifiche del processo penale alla riforma costituzionale della giustizia. Un filo rosso illuminante*, in *Questione giustizia*, 2011, 2, 93 ss.

²³⁴ F. PALAZZO, *Politica e giustizia penale: verso una stagione di grandi riforme?*, op. cit., 526, «lorsqu'on veut changer les mœurs et les manières, il ne faut pas les changer par les lois, quoi c'est une très mauvaise politique, de changer par les lois ce qui doit être changé par les manières».

sieme che sembra mancare al legislatore italiano degli ultimi anni²³⁵. Il disegno di legge n. 1440/S, ad esempio, presentato nel febbraio del 2009, dal guardasigilli Angelino Alfano si presta bene ad evidenziare l'eterogenesi dei fini in tema di riforma del processo penale, da parte della classe politica. Tra gli slogan più ricorrenti che hanno accompagnato il c.d. "*progetto Alfano*" ci sono, ovviamente, l'obiettivo di abbattere l'eccessiva durata dei procedimenti e quello di rendere la magistratura responsabile dei propri errori. Tuttavia un'analisi anche approssimativa dei 36 articoli e delle 5 deleghe²³⁶ che compongono questo d.d.l. denota una diversa aspirazione di fondo, ben distante, secondo alcuni autori, dai valori dell'efficienza del processo e della sua ragionevole durata, come invece manifestato nei sopra menzionati proclami riformistici²³⁷. Anche evitando di cedere a facili pregiudizi, rilevabili in apporti dottrinari apertamente schierati a favore della magistratura, leggere il disegno di riforma senza riconoscervi un margine di contraddittorietà appare, in realtà, assai difficile. Da una parte esso, infatti, cerca di ridimensionare i poteri di indagine e l'iniziativa dei pubblici ministeri²³⁸, aprendo la via ad una separazione delle carriere che, come già apprezzato in precedenza, potrebbe in realtà rivelarsi idoneo ad attuare compiutamente i canoni del modello processuale accusatorio. Mentre dall'altra introduce norme che non sembrano favorire né l'efficienza né tantomeno la ragionevole durata del processo, come l'allargamento della competenza della Corte d'Assise, che seppure appagherebbe quel riferimento presente all'art. 102 della Costituzione ad una partecipazione popolare diretta all'amministrazione della giustizia, comporterebbe un aggravio tale dei procedimenti pendenti dinanzi a tale giudice da determinare ulteriori estensioni dei tempi processuali, tenuto soprattutto conto delle gravose formalità richieste dalla legge n. 287 del 1951 per la composizione

²³⁵ *Ibidem*, 526.

²³⁶ A. BARGI, *Lo schema di riforma del processo penale: il difficile equilibrio tra ragion pratica e dogmatismo, garanzie processuali e ragionevole durata del processo*, in *Oss. Proc. Pen.*, anno III n. 1, gennaio-febbraio 2009, V: il disegno di legge approvato dal Consiglio dei Ministri il 6 febbraio u.s., come è noto, ha ad oggetto «disposizioni in materia di procedimento penale, ordinamento giudiziario ed equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo» e prevede 5 deleghe al governo concernenti le notificazioni, le misure cautelari, la sospensione dei processi per gli irreperibili, la digitalizzazione e l'elezione dei vice procuratori onorari presso i giudici di pace.

²³⁷ P. MOROSINI, *Dalle modifiche del processo penale alla riforma costituzionale della giustizia. Un filo rosso illuminante*, cit., 95.

²³⁸ Le modifiche contenute agli artt. 3 e 5 del progetto Alfano toccano i compiti della polizia giudiziaria, dei suoi rapporti con il pubblico ministero, della libertà di iniziativa investigativa e l'esercizio dei successivi poteri da parte dell'organo dell'accusa, in relazione alla durata delle indagini preliminari, alla proroga del termine ed alla loro durata massima.

del collegio, che prevede che i giudici popolari vadano istruiti attraverso un procedimento articolato da rinnovarsi all'inizio di ogni sessione. E' opportuno tuttavia rilevare che altri esponenti della dottrina ritengono, invece, l'ampliamento della cognizione della Corte d'Assise ai delitti di cui agli artt. 51, commi 3 *bis*, 3 *quater* c.p.p., condivisibile, soprattutto per quanto attiene l'attribuzione ad essa della trattazione dei giudizi abbreviati inerenti al nuovo catalogo dei delitti di cui al novellato art. 5 c.p.p.²³⁹ Anche per Alfredo Bargi è a dir poco discutibile la scelta di intervenire con isolati, per quanto copiosi e frequenti, interventi "a pioggia" alla vigilia e addirittura contestualmente al varo di uno schema di riforma, che ben avrebbe potuto contenere il complesso normativo, garantendone quantomeno la coerenza sistematica²⁴⁰. Nonostante questi rilievi in linea con la dottrina richiamata, secondo l'autore citato, pur attraverso una tecnica legislativa deprecabile, lo schema insito nella riforma segna invece una svolta culturale di notevole portata, destinata ad incidere significativamente nella disciplina del processo penale, inducendolo a ritenere non del tutto condivisibili le critiche alle novità normative. Ed infatti, adottando una prospettiva concreta, "le modifiche in discorso", sempre nella ricostruzione del noto studioso, quantomeno "strappano il velo di ipocrisia che accompagna visioni meramente dogmatiche sul ruolo effettivamente svolto dall'organo dell'accusa e dalla polizia giudiziaria"²⁴¹. In sintesi, il progetto Alfano introduce maldestramente un compromesso tra la prospettiva garantista sottesa ai principi del giusto processo, soprattutto in riferimento alla sua ragionevole durata, che ispira gran parte delle semplificazioni processuali, e le riduzioni dei tempi del processo ivi contenute, nonché una rimodulazione del ruolo del pubblico ministero nell'espletamento delle indagini preliminari e nell'esercizio dell'azione penale. L'intervento legislativo si presta a diverse chiavi di lettura, una tra quelle ideologicamente meno impegnate intende scorgervi l'intento di porre al riparo le garanzie dell'imputato dalle frequenti distorsioni della prassi, generate da una deriva inquisitoria della magistratura, agevolata da una cultura della sicurezza che associa l'efficienza del processo alla maggiore capacità repressiva dello Stato, esemplarmente manifestata dalla

²³⁹ A. BARGI, *Lo schema di riforma del processo penale: il difficile equilibrio tra ragion pratica e dogmatismo, garanzie processuali e ragionevole durata del processo*, VIII.

²⁴⁰ *Ibidem*, VII.

²⁴¹ *Ibidem*, IX: «E' sufficiente ricordare in proposito che già oggi, e non solo per i reati dei procedimenti a citazione diretta, la polizia giudiziaria orienta e condiziona le indagini con le c.d. <informative> scritte, che il più delle volte contengono gli esiti delle indagini, la ricostruzione del fatto e l'individuazione dei possibili responsabili».

legislazione d'emergenza, pur nella riedizione attuale dei pacchetti sicurezza. Si è già analizzato come la retorica dell'efficienza trovi nel tema della sicurezza ampio spazio di manovra per attuare menomazioni delle garanzie processuali, in un artificio propagandistico che in realtà consente di non affrontare il problema sociale con un'adeguata risposta politica. Pur estrapolando gli elementi positivi dal disegno di legge Alfano, lo scarto tra i canoni del giusto processo e la concreta prassi giudiziaria non accennerà a diminuire, a meno che non si raggiunga, a livello politico, la consapevolezza che l'attuale crisi del sistema giustizia richiede un intervento globale di riforma, che interessi tanto il diritto sostanziale quanto quello processuale, in modo da coniugare un principio di stretta legalità che permetta di svolgere processi costituzionalmente orientati, vertenti su fattispecie rispettose di una tassatività che sembra essere stata smarrita. Una revisione generale del sistema appare imperativa, in modo da selezionare le condotte lesive, la cui concreta offensività giustifichi una risposta efficace da parte dello Stato, permettendo così di costruire un sistema sanzionatorio moderno nella previsione di meccanismi alternativi al processo penale, una serie di indicazioni, in sintesi, che autori come Luigi Ferrajoli vanno proponendo da quasi trent'anni²⁴². L'esigenza di una riforma estesa dell'ordinamento giudiziario viene avvertita anche da chi invita a prescindere dagli interessi sociali e politici di maggioranza ed opposizione, senza prestare attenzione nemmeno alle istanze corporative della magistratura, perché "il tema della giustizia interessa la stessa sopravvivenza dello Stato di diritto"²⁴³. Un progetto di riforma dovrebbe, pertanto, ripartire dal rapporto fra Stato di diritto e democrazia rappresentativa, in una prospettiva che coinvolga maggioranza ed opposizione, in un serio confronto sui poteri dello Stato e sulla riforma della Giustizia. Del resto, la questione del buon funzionamento degli organi giudiziari e il riequilibrio dei poteri dello Stato, come opportunamente rilevato da Vito Caferra, sono tra loro intrinsecamente connesse²⁴⁴. Nell'attuale situazione istituzionale, invece, ogni tentativo di riforma nasconderebbe una sorta di reazione politica all'espansionismo della magistratura, valendo in proposito quella che Luciano Violante considera un principio aureo della politica, ovvero che "nessun potere è disponibile a fornire ad un altro potere i mezzi per meglio funzionare se non sono chiari, anzitutto, i con-

²⁴² L. FERRAJOLI, *Sul diritto penale minimo*, Bari, 1985; L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, op. cit., 832 e ss.; ID., *Principia Iuris*, cit., 422 ss.

²⁴³ P. OSTELLINO, *Le istituzioni prima di tutto*, editoriale su *Corriere della Sera* 2 aprile 2011, 1

²⁴⁴ V. CAFERRA, *La giustizia e i suoi nemici*, cit., 270.

fini della sua azione²⁴⁵". Peraltro, le difficoltà del potere giudiziario non possono essere disgiunte dalla cronica insufficienza strutturale della macchina giudiziaria, che il potere politico avrebbe invece l'onere di garantire efficiente, in quanto l'allocazione delle risorse non rientra certo nei compiti della giurisdizione. Sotto questo profilo è possibile riscontrare una linea di continuità nelle diverse forze politiche che pure, nei loro programmi, annunciano spesso l'intenzione di rendere più efficiente il sistema della giustizia italiana, mancando poi, nella pratica, la concreta volontà politica di rimuovere le cause della devastante insufficienza strutturale del sistema giudiziario. E' stato acutamente osservato da Sergio Romano che gli interminabili discorsi sulla riforma della giustizia si rivelino, in realtà, un "*trompe l'oeil*, un fondale ingannevole, dietro il quale si nasconde la voglia di lasciare le cose come stanno", concludendo che "governo, opposizione e A.N.M. sono divisi su molti punti, ma d'accordo sull'opportunità di non fare niente in materia di Giustizia²⁴⁶". Alla luce di questa lunga esperienza di riforme annunciate e mai realizzate, il medesimo autore in diversa sede ha espresso un giudizio drasticamente negativo: "Alla classe politica non interessa *fare giustizia*. Interessa soprattutto spremere dal sistema giustizia quel tanto di consenso e popolarità che è possibile ricavarne: un bene effimero che deperisce rapidamente e lascia dietro di sé il gusto amaro del tempo sprecato²⁴⁷".

La mancanza di un disegno politicamente condiviso di riforma strutturale, non ha impedito l'introduzione, in altri settori dell'ordinamento penale, di alcuni strumenti che sembrano aver imboccato la via di un compromesso accettabile tra efficienza processuale e garanzie dell'imputato. Si intende fare riferimento all'irrelevanza penale del fatto, adottata nel processo penale minorile, quale presupposto di una pronuncia di proscioglimento, avuto riguardo all'esiguità del danno o del pericolo procurati, all'occasionalità dello stesso e al grado ridotto di colpevolezza. Senz'altro l'esperienza dei riti minorili, in particolare quella relativa alla "*messa alla prova*", ex art. 27 D. Lgs. n. 272 del 1989 e del "*proscioglimento per l'irrelevanza del fatto*", hanno consentito una selezione a monte di tutte quelle notizie di reato che, non destando particolare allarme sociale, non richiedono verifiche giurisdizionali, né prevedono particolari riti sanzionatori. Analogamente alcune previsioni contenute negli artt. 34 e 35 del D.Lgs. n. 274 del 2000, che disciplina i provvedimenti innanzi al

²⁴⁵ L. VIOLANTE, *Magistrati*, cit., 124.

²⁴⁶ S. ROMANO, *La riforma della giustizia desiderata a parole*, articolo sul *Corriere della Sera*, 22 novembre 2009.

²⁴⁷ S. ROMANO, *Prefazione* a C. Nordio, G. Pisapia, *In attesa di giustizia*, cit., 10.

Giudice di Pace, hanno certamente evitato aggravii dei ruoli dibattimentali, privilegiando soluzioni diverse da quelle dell'accertamento del fatto reato. Non mancano altre proposte di intervento, Michele Vietti, ad esempio, sull'esempio dei sistemi processuali *Common law*, suggerisce di estendere l'utilizzo dell'istituto dell'oblazione e di attribuire efficacia estintiva alle condotte riparatorie²⁴⁸. L'attuale giudice della Corte Costituzionale, il prof. Giuseppe Frigo, propone l'introduzione di un'azione penale della vittima, sperimentandola inizialmente su determinati reati di danno, soprattutto a fronte dell'inerzia del pubblico ministero.

9. La necessità di un assetto di reciproca legittimazione tra politica e giustizia

Una tensione tra politica e giurisdizione può essere ritenuta, in certa misura, fisiologica in un ordinamento democratico. La magistratura infatti, in virtù della sua indipendenza, accentua inevitabilmente il suo ruolo istituzionale di garante della legalità, anche costituzionale, dell'azione politica. Tuttavia, nel nostro ordinamento, la naturale conflittualità tende a rivelarsi un rapporto concorrenziale nel disciplinare giuridicamente la vita sociale, ciò in quanto entrambi i poteri ritengono di poter vantare un senso di superiorità sull'altro, impegnandosi attivamente in un'attività di delegittimazione reciproca. Nelle precedenti pagine si è tentato di illustrare come i classici modelli costituzionali di democrazia non siano più adatti a rappresentare l'odierno assetto della redistribuzione dei poteri, in cui la fonte di legittimazione delle istituzioni non può più ridursi al risultato elettorale e concretizzarsi nel semplice principio della maggioranza, dovendosi in realtà acquisire le importanti funzioni di organi costituzionali, istituzionalmente imparziali, che svolgono una complessa attività di contemperamento e bilanciamento in quel complessivo riassetto degli interessi che è stato definito come sistema di *check and balances*. L'opera delle Corti costituzionali, ad esempio, non risponde al criterio maggioritario della democrazia rappresentativa, in definitiva parziale, ma deve contrapporre un articolato giudizio che faccia riferimento ad un quadro di riferimento stabile e duraturo, costituito da valori culturali condivisi e quasi identitari del corpo sociale²⁴⁹. Il ruolo della magistratura, nel mutato assetto costituzionale, deve essere ritenuto partecipe di entrambe le fonti di legittimazione democratica, quella maggioritaria espressa dalla soggezione alla volontà

²⁴⁸ M. VIETTI, *La fatica dei giusti*, cit., 73.

²⁴⁹ F. PALAZZO, *Politica e giustizia penale: verso una stagione di grandi riforme?* cit., 531.

legislativa del parlamento, e quella costituzionale contenuta nei valori recepiti dal testo della nostra Carta Costituzionale, ed è ovvio, a questo punto che, tanto rispetto al primo principio quanto al secondo, l'attuale assetto dell'ordinamento giudiziario italiano presenta importanti e non trascurabili incongruenze. In questa prospettiva la crisi della giustizia in realtà deve essere assunta come una variante della crisi della democrazia, e la difficoltà del sistema politico ad affrontare la questione come frutto del decadimento morale e del relativismo etico che hanno invaso le istituzioni rappresentative, non risparmiando nemmeno le istituzioni giudiziarie, soprattutto nelle materie contigue alla politica, come quelle riservate al C.s.m. L'atteggiamento di alcuni settori della magistratura, inoltre, ha evidenziato la tendenza ad appropriarsi della logica emergenziale, avallando con una prassi poco rispettosa delle garanzie processuali dell'imputato una concezione repressiva della giustizia penale. E come ha evidenziato Luigi Ferrajoli in proposito, questa abitudine mina, nel lungo periodo, la legittimazione della funzione giudiziaria e della sua indipendenza, connessa esclusivamente alla rigida soggezione alla legge e al rispetto delle garanzie dell'imputato, "non certo sul consenso popolare che, oltretutto, è sempre contingente e precario"²⁵⁰. Non appare infatti possibile difendere il ruolo di controllo della legalità e, contemporaneamente, i poteri illegittimi cui esso è affidato, perciò la magistratura deve assumersi la responsabilità di rifiutare ruoli impropri per salvaguardare, innanzitutto, la propria identità.

E' fondamentale riconoscere che la democrazia costituzionale non può essere data per acquisita ed esige un'opera di continua rifondazione²⁵¹, l'esigenza di un minimo etico comune è presupposto ad ogni discorso di rinnovamento istituzionale, il quale deve essere inevitabilmente preceduto da una nuova concezione dell'etica pubblica. "Le leggi possono molto", come scrive Gustavo Zagrebelsky, "ma non possono nulla se non vivono in un ambiente di principi etici che precedono le leggi e predispongono spiritualmente all'osservanza della legge, conformemente alla sua *ratio*. Se questa conformità non c'è, l'indipendenza, per esempio, da garanzia di esercizio naturale delle funzioni giudiziarie può trasformarsi in garanzia degli abusi"²⁵². Anche per questo motivo la questione giustizia in Italia deve essere affrontata sul piano

²⁵⁰ L. FERRAJOLI, *La giustizia penale nella crisi del sistema politico*, in *Governo dei Giudici*, E. Liberati (a cura di), cit., 72.

²⁵¹ V. CAFERRA, *La giustizia e i suoi nemici*, cit., 291.

²⁵² G. ZAGREBELSKY, *Prefazione* in Oscar Luigi Scalfaro, *Quel tintinnar di vendette*, Roma, Università La Sapienza, 2007.

politico istituzionale, ma prima di adoperarsi a qualsiasi progetto riformatore appare necessaria una preventiva ed inedita legittimazione della classe politica, la quale postuli il primato dell'etica sulla politica con l'obiettivo di realizzare il bene comune²⁵³. E' stato descritto come il vegliare sulla legalità non sia compito del magistrato, in tutti i paesi democratici, infatti, questo compito è attribuito alle autorità di pubblica sicurezza o alla pubblica amministrazione, che precedono l'intervento di accertamento del magistrato²⁵⁴. Tutto ciò invita a considerare come la questione della Giustizia in Italia sia, più che altro, una questione etica della classe politica. L'evoluzione della giurisdizione è intimamente connessa al futuro della democrazia, dipendendo anche dal livello etico e professionale che i magistrati sapranno esercitare nel loro ruolo di garanzia, senza perdersi in una deprecabile deriva impiegatizia. Mantenere il necessario equilibrio in un sistema pluralista richiederà uno sforzo alla magistratura, tipico della loro professione, che sarà quello di preservare la propria indipendenza, perché dal *self restraint* che sapranno imporre a loro stessi dipenderà il complessivo equilibrio del sistema democratico, onde evitare sconfinamenti inopportuni ed impropri ruoli che ne metterebbero in discussione la loro ragion d'essere, nonché riproponendo, ancora una volta, il problema insoluto della loro legittimazione democratica.

²⁵³ N. BOBBIO, *Etica e politica*, Milano, 2009, 577 ss.

²⁵⁴ *Ibidem*, 163.