

## DAL PARLAMENTO

---

**ANDREA CIANDRI**

### **Riforma della giustizia: la proposta di legge di iniziativa popolare promossa dalle Camere Penali sulla separazione delle carriere in seno alla magistratura ordinaria<sup>1</sup>**

L'autore analizza e commenta la proposta di legge costituzionale di iniziativa popolare promossa dall'Unione delle Camere Penali in materia di separazione delle carriere all'interno dell'ordine giudiziario, presentata nel corso della Diciassettesima Legislatura. Oltre che sull'articolato, il lavoro verte sulla Relazione Illustrativa, dalla quale trae spunto per occuparsi dei temi tradizionalmente connessi a quello della separazione delle carriere. La parte finale è dedicata agli istituti di nuovo conio finalizzati — nell'intenzione del legislatore — a risolvere o diminuire il problema del sovraccarico giudiziario, a cui si lega quello dall'azione penale obbligatoria, oggetto di revisione della proposta. *De iure condendo* viene infine tratteggiata una possibile soluzione deflattiva alternativa a quelle esistenti.

*A justice reform: the law proposal of popular initiative promoted by the Criminal Chambers on the careers division within the judicial order*

*The author analyses and comments on the constitutional law proposal of popular initiative promoted by the Criminal Chambers Union on the subject of careers division within the judicial order, proposed during the Seventeenth Legislature. In addition to the articles, the work focuses on the Illustrative Report, from which it takes inspiration to deal with the traditionally related issues to the careers division. The final part is concerned to newly founded institutions aimed — according to the legislator — to solve or reduce the problem of judicial overload, to which is associated the mandatory prosecution, subject to the revision of the proposal. Finally, de iure condendo a possible deflationary solution is suggested as an alternative to the existing ones.*

**SOMMARIO:** 1. Le premesse politiche e sistematiche della proposta di legge. - 2. La separazione delle carriere e la figura del pubblico ministero. - 3. Imparzialità e terzietà del giudice nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte EDU. - 4. Ordinamenti giudiziari a confronto: l'esempio tedesco e francese. - 5. Potere giudiziario e "cultura del limite". - 6. Separazione delle carriere e terzietà del giudice. 6.1. Il tema disatteso della magistratura onoraria. - 7. La riforma del CSM. 7.1 La questione non affrontata del metodo di elezione dei membri togati. 7.2. L'abolizione della funzione consultiva del CSM. 7.3. L'aumento della componente laica. - 8. Dall'obbligatorietà alla *discrezionalità* penale. 8.1 Giustizia, legalità, eguaglianza e modelli di azione penale. 8.2 *Ius puniendi* e concetto di azione. - 9. Obbligatorietà dell'azione penale: principio tradito ma irrinunciabile. - 10. Azione penale obbligatoria e sovraccarico giudiziario: i rimedi apprestati e quelli apprestabili. 10.1 La messa alla prova. 10.2 Una soluzione deflattiva *de iure condendo* alternativa alla messa alla prova e risolutiva (forse) del problema. 10.3 Il proscioglimento per particolare tenuità del fatto. 10.4 Mediazione penale e condotte riparatorie. - 11 Conclusioni.

---

<sup>1</sup>Proposta di legge costituzionale di iniziativa popolare datata 27 aprile 2017, recante norme per l'attuazione della separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura», presentata alla Camera dei deputati il 31 ottobre 2017, assegnata alla Commissione Affari Costituzionali della Camera ma mai esaminata. Il testo, corredato di una relazione illustrativa, è consultabile sul sito web della Camera dei Deputati e su quello dell'Unione delle Camere Penali Italiane.

1. *Le premesse politiche e sistematiche della proposta di legge.* Quello della separazione delle carriere è un tema tanto dibattuto e controverso quanto carico di insidie, che ne giustificano le polemiche che ogni sua riproposizione finisce ogni volta per suscitare, non solo nella magistratura e nell'avvocatura, ma anche nel mondo accademico e, soprattutto, in quello politico. Perché, inutile negarlo, l'intrinseca connotazione politica che la proposta porta con sé, si è prestata e si presta alle più varie strumentalizzazioni ideologiche da un lato, corporative dall'altro, che tendono ad oscurarne le ragioni tecniche fondanti e le finalità. Per prevenire questo, occorrerebbe approcciarsi ad essa su un piano strettamente giuridico, sottolineandone la strumentalità all'attuazione piena del principio del *giusto processo*, relegando il più possibile sullo sfondo le imprescindibili implicazioni di natura politica, dovute se non altro alle modifiche costituzionali necessarie alla introduzione di due distinti ordini in seno alla magistratura ordinaria.

Purtroppo, anche la relazione illustrativa della legge di iniziativa popolare promossa dalle Camere Penali cade nell'errore di attribuire a tale riforma un valore che va oltre la sua effettiva portata, con delle premesse molto discutibili, che disvelano il pregiudizio culturale di certa avvocatura nei confronti dell'assetto ordinamentale della magistratura ordinaria e del sistema processuale penale.

Dopo aver ammesso che il dibattito sul tema è stato in passato inquinato da «false prospettive ideologiche» e da «improprie attribuzioni politiche», la Relazione si addentra in alcune considerazioni su di un'asserita crisi del diritto e del processo nell'intero mondo occidentale, dovuta ad un ruolo sempre più invadente del giudice, che con le proprie decisioni governerebbe i nodi essenziali dell'economia, dell'ambiente e dello sviluppo tecnologico, sostituendosi ai parlamenti e ai governi.

È certamente vero che ci troviamo nel bel mezzo di un'epoca nella quale si è affermata una concezione postmoderna del diritto, assai lontana da quella lineare e schematica della modernità, incardinata sulla separazione dei poteri e sul primato della legge. Non che tali principi siano venuti meno, ma sono più sfumati e meno evidenti di un tempo, quando era lo stato nazione l'unico monopolizzatore della forza e, a fortiori, del diritto, concepito per lo più come diritto positivo di fonte legislativa.

La concezione statocentrica delle fonti del diritto di matrice illuministica, recepita nell'Ottocento dalla teorica dello stato di diritto e dal costituzionalismo, è stata superata a partire dal secolo scorso con l'avvento delle costituzioni ri-

gide, il cui primato ha sostituito quello della legge, e con l'istituzione delle corti costituzionali, la cui giurisprudenza fa vivere le costituzioni e rende i principi in esse enunciati postulati giuridici cogenti, cui la legge deve ossequio. La complessità delle società postindustriali ha reso la legge non sempre adeguata rispetto alla necessità di un governo rapido e settoriale dei problemi, con il conseguente ampliamento dell'utilizzo, da parte dei governi, di atti normativi diversi dalla legge, dal contenuto particolare e concreto, e di atti amministrativi sempre più generali e astratti. A tale complessità si deve il ruolo sempre più attivo e creativo dei giudici, che in società dinamiche come quelle odierne sono spesso chiamati a sopperire, con le loro decisioni, a vuoti legislativi dovuti ad un legislatore incapace di stare al passo coi tempi, o ignavo rispetto alle problematiche che sorgono nella società. Il valore creativo della giurisprudenza, che conferisce ad essa lo status di fonte del diritto, è reso ancora più pregnante non solo dall'esigenza di applicare la legge interpretandola, ma dalla necessità di far fronte alla domanda di giustizia nel caso concreto. Tanto più in un'epoca, come questa, caratterizzata dal pluralismo e dal dinamismo delle fonti, dovuti al complesso rapporto intersistemico tra gli ordinamenti nazionali e sovranazionali e al continuo e non sempre facile dialogo tra corti interne e corti europee.

Questa evoluzione postmoderna del diritto non mi spaventa, anche se mi preoccupa la crisi della legalità, soprattutto in materia penale, che essa comporta. Non sono un nostalgico del giuspositivismo e del primato della legge intesa come legislazione, perché una concezione eminentemente statualistica del diritto rappresenta un pericolo per i diritti individuali, di cui rivendico la natura *prepolitica*. Se a ciò si aggiunge che nell'epoca che viviamo la garanzia del loro rispetto è data non più, come in epoca moderna, dai parlamenti, bensì dalle corti sovranazionali, non posso che ritenere il ruolo del giudice, anche interno, esiziale per la loro tutela e concreta attuazione. In una società fortemente conflittuale e divisa da continue tensioni ideologiche come quella italiana il riconoscimento per via pretoria dei diritti individuali è ancora più necessario per sottrarli alle dinamiche politiche e alle conseguenti contrapposizioni ideologiche.

Non siamo tuttavia di fronte a un potere nuovo e ulteriore che la politica avrebbe delegato alla magistratura, come pare affermare la Relazione, dalla quale traspare un giudizio negativo sul ruolo sempre più preminente del diritto giurisprudenziale. Quello che il giudice esercita è l'originario potere insito nella giurisdizione, ovvero nello *iuris dicere*, anche quando, nel farlo, pare invadere la sfera propria del legislatore, interpretando la norma scritta allar-

gandone o restringendone i confini. Se l'interpretazione è fin troppo creativa sarà censurabile dal giudice superiore al quale potrà essere dedotto il vizio, costituito per l'appunto dall'inosservanza e dalla falsa applicazione della legge stessa. Il rimedio ad una sentenza viziata esiste ed è disponibile al cittadino mediante l'impugnazione. Quale rimedio ha, invece, il cittadino di fronte ad una legge ingiusta che ne viola i diritti individuali?

Ma quel che è grave è considerare arbitrario l'esercizio del potere giurisdizionale, affermando che il giudice creerebbe, alimenterebbe o eliminerebbe gli spazi smisurati entro i quali si troverebbe ad operare, come se si fosse sottratto alla legge. Con l'aggravante di agire ricercando il consenso fra i cittadini, seguendo criteri non giuridici ma politici. Un giudizio che parrebbe insinuare intenti eversivi, resi evidenti, a parere dei relatori, dal fatto che il giudice italiano starebbe governando la politica, pur essendo un funzionario dello stato. La gravità di tale insinuazione lascia interdetti e ne rende difficile il commento. Non essendo argomentata va considerata per quel che vale, ovvero una gratuita invettiva dal sapore ideologico che denuncia la tara politica che grava, ancora una volta, sull'ennesima proposta di riforma della giustizia. Preoccupante è sapere che il pensiero dell'avvocatura penale associata è così condizionato dal pregiudizio, il quale non può certo essere rimosso separando le carriere: se si pensa che i giudici italiani tendano, con le loro decisioni, ad invadere il campo del potere politico, non è sulla figura e sulla posizione istituzionale del Pubblico ministero che bisogna intervenire, quanto su quella del giudice, penale e non.

Si dovrebbe allora avere il coraggio e l'onestà intellettuale di ammettere che quello che si vuole è un ritorno alla rigida figura illuministica del giudice "bocca della legge", ovvero di un giudice burocrate non sottoposto alla legge, ma asservito alla legge. Sarebbe forse questo un giudice che assicurerebbe al cittadino una maggiore tutela giurisdizionale dei propri diritti?

Anche l'affermazione secondo cui il giudice italiano si troverebbe al vertice della produzione normativa è gratuita e infondata, lasciando intendere che il diritto pretorio avrebbe preso il sopravvento su quello di natura legislativa, come se il nostro sistema giuridico, dopo una secolare tradizione di *civil law*, fosse improvvisamente mutato in un sistema di *common law*.

Come se non bastasse, la Relazione si spinge a negare, al giudice, la stessa natura di giudice, ovvero di soggetto *indipendente, imparziale e terzo*, in quanto collocato all'interno di una magistratura autocratica e onnivora, nella quale sono assimilati magistrati giudicanti e requiranti, «che tiene innaturalmente unite, in una cultura ibrida e ancipite, l'arbitro e il giocatore».

Anche qui la contraddizione è evidente: se le Camere Penali ritengono che la magistratura italiana sia dispotica, non sarà separando le carriere e creando due distinti organi di autogoverno che potrà essere arginato lo spirito eversivo e autoritario che anima l'intero ordine giudiziario. Il risultato sarebbe se mai quello di avere due magistrature ordinarie altrettanto eversive e dispotiche. Persino il giusto processo perde di significato se si pensa questo dei magistrati italiani: a cosa serve avere un P.m. appartenente ad un ordine giudiziario diverso da quello del giudice se entrambi tendono ad esercitare le loro funzioni sconfinando dai propri ruoli istituzionali?

Non credo che questi giudizi esprimano il reale pensiero degli avvocati penalisti sulla magistratura italiana, ma che siano piuttosto da ascrivere ai promotori dell'iniziativa di legge e all'autore o agli autori della *Relazione*, che si sono — per così dire — lasciati prendere la mano. Tuttavia, è chiaro che il movente della riforma risiede nei pregiudizi e in certe tare ideologiche di cui l'avvocatura penale associata è atavicamente affetta: gli stessi pregiudizi e le stesse tare ideologiche di quei partiti politici che negli ultimi decenni hanno evocato continuamente, con gli stessi “argomenti”, una riforma della giustizia speculare a quella proposta oggi dalle Camere Penali. Di questo, nel commentarla, non si può non tenere conto, posto che il suo recepimento in sede parlamentare, se mai vi sarà, tenderà a perseguire gli obiettivi dei proponenti. Obiettivi che non possono non dipendere dalla cultura e dal pensiero di chi se li pone.

*2. La separazione delle carriere e la figura del Pubblico ministero.* Di una riforma come quella in questione se ne può condividere l'oggetto, ma non necessariamente le premesse da cui muove o certi scopi prefissati, o auspicati. Spesso sono le finalità taciute o sottese le più temibili.

Non viene detto esplicitamente ma dal tenore della *Relazione* si comprende che scopo non dichiarato della riforma, ma ad essa sotteso, è quello di ridurre il Pubblico ministero a mero “avvocato dell'accusa”, secondo lo schema del processo accusatorio puro di tradizione anglosassone. Un Pubblico ministero-*pubblico accusatore* con il mandato di sostenere l'accusa e la colpevolezza dell'imputato senza avere l'obbligo di ricercare, attraverso il processo, la verità, e di chiedere l'assoluzione dell'imputato se lo ritiene non colpevole alla stregua dell'istruttoria dibattimentale. Alludendo al P.m. come a un giocatore, e al giudice come a un arbitro, si vuole ridurre il primo a parte processuale speculare alle parti private, secondo una visione “agonistica” del processo lontana dalla nostra tradizione giuridica, secondo la quale il processo penale è lo strumento di ricerca della verità, seppur relativa e non assoluta, perché pro-

cessuale, ma pur sempre della verità.

La figura del Pubblico ministero nel nostro sistema non è solo quella, riduttiva e semplicistica, di pubblico accusatore. Certo, il P.m. sostiene l'accusa in giudizio, ma non deve sostenerla per partito preso, in virtù di un mandato della collettività che rappresenta. Nel sostenere l'accusa egli deve accertare se l'imputato è colpevole, ovvero se nel dibattimento si è formata la prova della sua colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio. Se nel corso dell'istruttoria dibattimentale si rende conto che sono emerse prove a discarico dell'imputato ha l'obbligo di chiederne l'acquisizione al giudice. Se al termine del dibattimento si è convinto dell'innocenza dell'imputato, deve chiederne l'assoluzione, perché il P.m. deve volere la condanna del colpevole, non la condanna dell'imputato.

Egli è portatore di un interesse pubblico: quello che venga resa giustizia. Giustizia è resa quando l'imputato è condannato perché colpevole e quando la pena che gli viene inflitta è giusta, perché determinata secondo i criteri legali e proporzionata al reato oggetto di condanna. Le richieste del P.m. in punto di pena devono orientarsi nel senso della legalità e della giustizia esattamente come la decisione del giudice: il P.m. non deve operare perché l'imputato sia condannato comunque e gli sia inflitta la pena più severa che la legge contempla.

Nonostante con il nuovo codice del 1988 si sia passati da un rito inquisitorio misto ad un rito accusatorio misto, il ruolo istituzionale del P.m. è più simile a quello del giudice istruttore che non a quello del *prosecutor* angloamericano, per questo mi piace definire tale figura con la stessa locuzione con cui è denominata la pubblica accusa nell'ordinamento processuale dello Stato della città del Vaticano: *Promotore di giustizia*. Essa esplica efficacemente le funzioni che il codice e l'ordinamento giudiziario assegnano al magistrato del pubblico ministero, chiamato a: "vigilare alla osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti dello Stato, delle persone giuridiche e degli incapaci; promuovere la repressione dei reati; esercitare l'azione penale; far eseguire i giudicati ed ogni altro provvedimento del giudice, nei casi stabiliti dalla legge (art. 73 Ord. Giud.).

Il pubblico ministero è sì parte pubblica, ma non rappresenta gli interessi dello stato inteso come stato-persona, ma quelli dello stato inteso come stato-comunità. Su di lui grava il compito di reprimere i reati nell'interesse della collettività secondo *giustizia*. L'interesse che è chiamato a perseguire è superiore sia a quello delle parti private, che a quello del governo che, in giudizio, è di norma rappresentato dall'Avvocatura dello Stato.

Il P.m. quindi è *si parte, ma non è di parte*, perché è portatore di un interesse collettivo. Per questo è errato considerarlo alla stregua delle parti private, come tendono a fare i promotori della proposta di legge, che guardano, evidentemente, ad un sistema processuale di tipo angloamericano.

Il processo penale angloamericano è un processo “di parti”, in quanto le parti dispongono sia dell'oggetto del processo, che delle prove. Ciò implica la disponibilità del processo alle parti, esattamente come avviene nel processo civile, ove però sono in ballo diritti che, anche se fondamentali, sono disponibili alle parti stesse, in quanto portatrici di interessi privati, ad eccezione delle ipotesi in cui è ammessa l'azione da parte del P.m. per tutelare un interesse superindividuale collettivo.

In tale modello l'azione penale non può essere obbligatoria perché altrimenti sarebbe indisponibile, e impedirebbe alla parte pubblica di transare sull'imputazione. Nel nostro sistema non è ammissibile una transazione sull'imputazione, ma soltanto sull'entità della pena nel rito del patteggiamento, che vede comunque il giudice svolgere un accertamento di conformità della stessa al fatto oggetto di imputazione, a tutela dello stesso imputato.

Mentre nel processo accusatorio puro vige il principio dell'esclusiva disponibilità dei mezzi di prova alle parti, nel nostro sistema, pur vigendo il principio dispositivo, il giudice ha il potere di assumere nuove prove d'ufficio laddove sia assolutamente necessario al raggiungimento della verità processuale. Il codice prevede la possibilità che a fronte dell'inerzia di una o di entrambe le parti il giudice possa disporre l'assunzione di una prova ultronea rispetto alle prove richieste dalle parti stesse, se la ritiene necessaria ai fini di una decisione più giusta.

Questo potere è funzionale allo scopo sotteso al processo, che è quello di ricercare la verità e di emettere una decisione secondo giustizia. Decisione che, quindi, non può essere sottoposta al vincolo delle richieste delle parti, come avviene nel processo civile. Per cui egli può emettere una sentenza di assoluzione anche se l'imputato chiede, per assurdo, di essere condannato; può emettere per converso una sentenza di condanna anche a fronte di una richiesta assolutoria del P.m., o condannare ad una pena più grave rispetto a quella richiesta da quest'ultimo.

Non bisogna confondere quindi la *parità delle parti* con l'*identità delle parti*. Mi pare invece che i relatori della proposta di legge tendano a declinare il principio della parità nel senso di una sostanziale identità, con l'obiettivo di rendere il Pubblico ministero una sorta di *prosecutor*.

Il contraddittorio è il momento nel quale si inverte il carattere antagonistico

del processo, e richiede necessariamente un giudice indipendente, imparziale e terzo. Ma non mero arbitro. A meno di non volere un processo nel quale non si ricerca una verità e non si persegue una decisione giusta.

Anche il processo civile, che pure è un processo di parti nel quale il principio dispositivo è ancora più pregnante, al giudice è riconosciuto il potere di assumere dei mezzi di prova *ex officio* se necessari ai fini del decidere. Una rigida e assoluta concezione dell'imparzialità escluderebbe tali poteri, posto che il giudice, in quanto arbitro, dovrebbe limitarsi a sovrintendere all'istruttoria e ad assumere le prove richieste dalle parti.

3 *Imparzialità e terzietà del giudice nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte EDU.* L'imparzialità va intesa quale condizione che esclude *ab origine* il coinvolgimento del giudice negli interessi in gioco, così come più volte affermato dalla Corte costituzionale e dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Quest'ultima, come noto, ha elaborato la nozione oggettiva e soggettiva dell'imparzialità, al fine di distinguerne i criteri di accertamento. Mentre l'imparzialità soggettiva deve essere verificata alla stregua delle convinzioni personali del giudice rispetto al caso concreto, quella oggettiva attiene alle garanzie che la legge appresta affinché sia garantita la neutralità del giudice. Tali garanzie attengono anche all'organizzazione interna dell'ordinamento giudiziario, per questo l'imparzialità oggettiva è strettamente connessa all'indipendenza dell'organo giudicante rispetto al potere legislativo ed esecutivo, che involge, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, la procedura di reclutamento e nomina dei giudici, la vigenza di norme che li proteggano da pressioni esterne, la sussistenza di un'apparenza di indipendenza.

L'imparzialità presuppone allora l'indipendenza, che deve essere sia esterna che interna all'ordine giudiziario.

La terzietà, principio non richiamato dalla CEDU, né dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, è un ulteriore requisito, da considerarsi in posizione servente rispetto all'imparzialità, in quanto ad essa funzionale. È stato codificato dal legislatore costituzionale, che lo ha espressamente richiamato nell'art. 111, nel co. dedicato al contraddittorio, citandolo accanto al principio di parità delle parti e di imparzialità del giudice. A dimostrazione dell'importanza che si è voluto dare alla terzietà in relazione alle garanzie del giusto processo.

Il concetto di terzietà evoca la posizione istituzionale del giudice rispetto alle parti, che deve essere equidistante da esse. Occorre chiedersi se l'equidistanza



richieda necessariamente che giudice e Pubblico ministero appartengano a due distinti ordini giudiziari.

Né la Costituzione, né le carte europee e internazionali dei diritti umani richiedono questo. La stessa Corte EDU ha avuto modo di esprimersi sul punto, affermando che affinché sia garantita l'indipendenza del giudice l'art. 6 della convenzione non richiede necessariamente il suo incardinamento in un diverso ordine.

Anche nella Magna carta dei giudici, elaborata dal Consiglio consultivo dei giudici europei presso il Consiglio d'Europa, e la Raccomandazione CM/REC (2010) 12 del Comitato dei Ministri in seno al medesimo Consiglio d'Europa, intitolata "Sui giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità", entrambe adottate nel 2010, non menzionano la separazione delle carriere quale requisito minimo indispensabile affinché sia garantita l'indipendenza e l'autonomia del giudice. In entrambi i testi la terzietà non viene neppure menzionata, come se non fosse un requisito così importante da essere separato dagli altri due. Un breve accenno viene rivolto alla parità delle parti, laddove si afferma che «i giudici debbono assicurare la parità delle armi tra il pubblico ministero e la difesa» (art. 11 Magna carta), «i giudici devono agire in tutti i casi in maniera indipendente e imparziale, assicurando che sia data equa udienza a tutte le parti» (art. 60 Raccomandazione).

Da nessuna fonte nazionale e sovranazionale si ricava, quindi, che presupposto indefettibile della terzietà del giudice sia la sua appartenenza ad un ordine giudiziario distinto da quello della magistratura requirente.

4. *Ordinamenti giudiziari a confronto: l'esempio tedesco e francese*<sup>2</sup>. Anche da un esame comparatistico degli altri ordinamenti si ricava che la separazione delle carriere è tutt'altro che un dato acquisito e diffuso, dal momento che esistono ordinamenti nei quali la carriera è unica anche se il P.m. è sottoposto al potere esecutivo e l'organo di autogoverno della magistratura è distinto in due sezioni, giudicante e requirente, o non è previsto. Dal momento che ne sono esempio nazioni di indubbia democrazia come la Francia e la Germania, le cui tradizioni giuridiche hanno fortemente influenzato gli ordinamenti giuridici occidentali, fra cui il nostro, non si può certo revocare in dub-

---

<sup>2</sup> In argomento si veda il contributo di Lorenza Violini nel numero monografico della rivista Diritto Penale Contemporaneo n° 1 del 2011, dedicata al disegno di legge costituzionale di riforma della giustizia presentato dal governo nella sedicesima legislatura, speculare del resto a quella che si sta qui esaminando. VIOLINI, *Separazione delle carriere e indipendenza della magistratura: riflessioni di diritto comparato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2011, 1, 50-62.

bio che in tali modelli l'esercizio della funzione giurisdizionale sia sufficientemente indipendente e imparziale, e il processo penale non sia un *giusto processo*. Del resto, non esiste un archetipo universale di giusto processo, escluso il quale il processo deve essere definito ingiusto. A meno di non considerare un processo come quello francese, come noto ispirato al modello inquisitorio, un processo non giusto.

In Francia l'istituzione di due sezioni, giudicante e requirente, in seno al Consiglio superiore della magistratura, avvenuta nel 1993, si deve al fatto che sin dalla costituzione del 1946 il CSM garantiva la sola indipendenza dei giudici, non dei Pubblici ministeri, direttamente dipendenti dal ministro della giustizia. Con la riforma costituzionale si è voluta garantire, anche se in forma più attenuata, l'indipendenza esterna dei P.m., che sono comunque rimasti alle dipendenze del governo. Dipendenza che si giustifica in virtù dell'azione penale discrezionale.

In Germania, ove il modello processuale è quello misto accusatorio come in Italia, l'azione penale è discrezionale, giudici e Pubblici ministeri non solo appartengono ad un unico ordine ma provengono, come gli avvocati, da un unico percorso di reclutamento e di formazione, al termine del quale, superato un esame di stato, si è abilitati all'esercizio delle professioni legali, giudiziarie, forensi, notarili. La comune formazione e la commistione tra diverse culture giuridiche rende meno netta, sul piano culturale, la differenza di status tra magistrati giudicanti e requirenti, dovuta in particolare alla dipendenza dei secondi dalle direttive dei ministri della giustizia dei *lander*. Ciò favorisce l'intercambiabilità dei ruoli nel corso della carriera.

Non esiste un organo di autogoverno della magistratura, benché l'indipendenza e l'autonomia dei tribunali sia ovviamente garantita. I Pubblici ministeri, ancorché sottoposti al potere esecutivo del *Land* in cui operano e inquadrati in un'organizzazione gerarchica degli uffici di procura, sono formati per agire nel rispetto della cultura della giurisdizione e della legalità, in ossequio ai principi fondanti lo stato di diritto. Non siamo di fonte a dei "super poliziotti" o a dei semplici pubblici accusatori. Le direttive ministeriali, dal canto loro, sono tendenzialmente tecniche e generiche, così da evitare interferenze politiche su casi giudiziari singoli.

Gli esempi citati dimostrano quanto ciò che nel dibattito italiano è considerato foriero di un sistema costituzionale nel quale non è garantita l'indipendenza e l'autonomia della magistratura sia compatibile con lo stato di diritto.

Discrezionalità dell'azione penale non significa necessariamente arbitrio e invadenza del potere politico su quello giudiziario, se a fare da argine al perico-

lo che il primo tenti di interferire sulla repressione dei reati cosiddetti “da colletti bianchi” è una radicata etica pubblica e un forte senso delle istituzioni.

Unità delle carriere non significa magistratura monolitica e giudice non terzo perché collega del P.m., soprattutto se, come in Germania, la posizione istituzionale dei Pubblici ministeri è piuttosto distinta da quella dei giudici.

*5. Potere giudiziario e “cultura del limite”.* Ciò che si ricava da un rapido esame comparatistico, anche randomico, è che non esiste un modello di organizzazione giudiziaria perfetto e unico nel garantire l'imparzialità e la terzietà del giudice. Il panorama europeo è talmente variegato da non poter affermare, come fanno i relatori della proposta di legge, che «se vogliamo ricollocarci all'interno di un contesto europeo, moderno ed avanzato, dobbiamo certamente operare una correzione ed immaginare dei nuovi limiti all'agire della magistratura penale». Quali limiti, e perché nuovi?

Il potere del magistrato è attribuito e disciplinato dalla legge, che ne prevede i limiti. Invocarne di nuovi significa ritenere quelli esistenti insufficienti o inappropriati a garantire che il potere giudiziario non invada quello politico. Ma se così fosse, la separazione delle carriere in che modo potrebbe contenere il potere giudiziario? E in che modo potrebbe favorire la diffusione della cultura del limite tra i giudici?

Il problema del limite non riguarda solo il potere giudiziario ma ogni potere, incluso quello politico, che negli ultimi vent'anni, con la triste esperienza delle leggi *ad personam*, non ha dato prova di essere particolarmente incline al rispetto della separazione dei poteri. A fronte di ciò, mi pare assurdo che si insista su un'asserita scarsa diffusione della cultura del limite tra i giudici, senza per altro spiegare in che modo ciò si manifesterebbe, ignorando al contempo i tentativi di una parte consistente del ceto politico di varare norme volte a favorire gli esiti giudiziari di vicende processuali riguardanti esponenti politici di prim'ordine.

“Cultura del limite” *versus* “cultura del processo quale strumento di lotta alla criminalità”. E' questa la dicotomica contrapposizione su cui si sviluppa l'argomentazione dei relatori, che però è fuorviante e vuole provare troppo.

Il processo è il luogo nel quale si deve accertare una verità, e se per fare questo la legge consente al giudice, entro dati limiti, di sopperire alle mancanze del Pubblico ministero, non è certo perché il legislatore ha voluto un giudice *inquisitore* in un rito accusatorio; quei poteri sono strumentali all'accertamento della verità, non alla repressione incondizionata del fatto di reato oggetto di giudizio. A fronte dell'abuso di tali strumenti è previsto il rimedio impugnato-

rio. Ma non è certo separando le carriere che si potrà prevenire tali abusi garantendo una decisione giusta, non solo sul piano formale, ma anche sostanziale.

Terzietà non significa giudice indifferente agli errori e all'inerzia delle parti.

#### 6 Separazione delle carriere e terzaietà del giudice

Premesso che non è chiaro cosa si debba intendere per ordinamento giudiziario “democratico-liberale”, l'affermazione per cui la separazione delle carriere sarebbe «il dato essenziale che connota ordinamenti giudiziari democratico-liberali e li distingue da quelli a ispirazione autoritaria» è contraddetta dalla realtà, a meno di considerare quello tedesco e francese ordinamenti giudiziari non “democratici” e non “liberali”.

Non condivisibile per la sua radicalità è l'affermazione per cui la separazione delle carriere si imporrebbe in ragione della diversità di funzioni svolte dalla magistratura giudicante e requirente. Dal momento che nel nostro sistema processuale il giudice non è un mero arbitro e il P.m. mera parte accusatrice, ma *organo di giustizia*, entrambi sono accomunati dalla cultura della giurisdizione, importante presidio di legalità e di garanzie.

Si comprende allora come questa riforma miri a ben altro, e come la separazione delle carriere sia soltanto il primo passo per una riforma del sistema processuale verso un modello accusatorio puro. Con l'obiettivo evidente di snaturare la figura del Pubblico ministero, riducendolo a parte accusatrice, e di ridurre o eliminare i poteri del giudice in tema di assunzione della prova.

Per questo non condivido nel suo complesso la proposta di legge, pur essendo favorevole alla separazione delle carriere e alla creazione di due distinti organi di autogoverno, per dare piena attuazione al principio di terzaietà, che sussiste, anche se in forma degradata, a prescindere dall'appartenenza del giudice ad un ordine diverso.

La terzaietà è infatti un modo d'essere, una condizione culturale che è data dall'essere giudice indipendente e imparziale. Essa è insita nell'azione stessa del giudicare, in quanto orientata verso la *giustizia*. Le norme, pur indispensabili, non sono sempre sufficienti a garantire la terzaietà se chi è chiamato a giudicare non interpreta il proprio ruolo in conformità a tale principio. Il giudice non solo deve essere terzo, deve sentirsi terzo. Deve sentirsi terzo nell'esercizio della sua funzione.

Indubbiamente l'appartenenza ad un ordine separato ed un percorso formativo diversificato non possono che favorire lo svilupparsi, nel magistrato con funzioni giudicanti, di una cultura della giurisdizione improntata alla terzaietà,

ma non sono una precondizione di essa.

Per questo, pur ritenendo auspicabile la separazione delle carriere con conseguenti iter formativi distinti per giudici e Pubblici ministeri, non le riconosco lo stesso valore che le assegnano coloro che, da molti anni, la ripropongono con le stesse motivazioni, in cui ci si spinge ad attribuirle doti quasi “salvifiche”, come se senza di essa fosse impossibile far salva l'imparzialità del giudice.

Come si può sostenere una tale presunzione assoluta, affermando che «il giudice “collega” dell'accusatore è “tecnicamente” inattendibile per come esercita la giurisdizione ed è “politicamente” non credibile per l'imputato e per la società»? Tanto più alla luce delle attuali regole che impediscono il passaggio di funzioni nei tribunali rientranti nello stesso distretto di corte d'appello?

L'attendibilità e la credibilità di un giudice non dipendono soltanto dal proprio *status* giuridico, ma dal modo in cui esercita la funzione lui attribuita. Fedeltà alla legge, rispetto dei limiti da essa imposti al potere esercitato, obiettività e rigore nel motivare le decisioni, imparzialità: a ciò deve informarsi l'operato del giudice perché possa apparire affidabile e credibile alla collettività. Inconferente e fuorviante è il richiamo all'inimicizia fra poteri dello stato. Secondo i relatori giudici e P.m. dovrebbero relazionarsi in maniera antagonistica tra loro, in quanto titolari di due distinti e conflittuali poteri. L'inimicizia di cui parlano i pensatori illuministi attiene però ai rapporti tra il potere legislativo, esecutivo e giudiziario, che nella logica della separazione e del bilanciamento dei poteri è opportuno che siano segnati da una certa tensione conflittuale.

Giudici e P.m. sono sì titolari di diversi poteri ma entrambi riconducibili al potere giudiziario, che i relatori mostrano di rifiutare come categoria proponendo l'espunzione della locuzione “altro” dal primo comma dell'art. 104 Cost. Se si sostiene che la magistratura non sia un potere dello stato come si può parlare di fisiologico antagonismo tra poteri riferendosi proprio alla magistratura giudicante e requirente? Come si può trasporre l'inimicizia dai rapporti tra poteri dello stato ai rapporti tra la magistratura giudicante e requirente se si nega aprioristicamente che la magistratura stessa sia un potere dello stato?

6.1. *Il tema disatteso della magistratura onoraria.* Un'ultima riflessione su una parte ora mai consistente della magistratura, quella onoraria, su cui tutti i patrocinatori della separazione delle carriere mostrano totale indifferenza. Indipendenza, imparzialità e terzietà sono i tre caratteri che devono coesistere

perché un organo possa qualificarsi come giurisdizionale. Ciò vale anche, come ovvio, per la magistratura onoraria, che svolge ora mai funzioni tutt'altro che residuali e marginali. Se la terzietà implica necessariamente che giudice e P.m. non siano colleghi si dovrebbe dubitare della terzietà del giudice di pace (G.d.p.) o del giudice onorario di tribunale (G.o.t.), che normalmente sono avvocati che esercitano, contemporaneamente alle funzioni giurisdizionali, la professione forense, e sono dunque colleghi delle parti private ma anche, come spesso può accadere, dei P.m. onorari, anch'essi avvocati.

Da notare che mentre per un magistrato togato il passaggio di funzioni può avvenire solamente in distretti di corte d'appello diversi, i magistrati onorari possono svolgere la professione forense in un diverso circondario di tribunale, ovvero a poca distanza dall'ufficio giudiziario assegnato. La possibilità quindi che il Pubblico ministero o l'avvocato della difesa sia un collega con cui il giudice ha avuto o ha tutt'ora rapporti professionali è tutt'altro che remota.

Perché sul punto le Camere Penali non esprimono riserve? È vero che le competenze penali del G.d.p. sono ora mai quasi inesistenti, ma ai G.o.t. sono affidate cause per reati tutt'altro che bagatellari.

E' chiaro allora che la finalità della proposta è più politica che tecnica.

Ad interessare le Camere Penali non è tanto che sia garantita l'imparzialità e la terzietà del giudice, sia esso togato o onorario, quanto che siano separate le carriere dei magistrati togati, per poi intervenire sul processo e sulla figura del Pubblico ministero nel senso sopradetto.

Non solo. Come dimostra la presente proposta di legge, la separazione delle carriere è solo la premessa di una riforma che, con l'aumento della componente laica del CSM, incrementa l'incidenza della politica sul governo della magistratura e introduce il principio della discrezionalità dell'azione penale o, per meglio dire, dell'obbligatorietà relativa o limitata.

Il disegno complessivo è volto quindi a ridurre il potere giudiziario a vantaggio di quello politico.

*7. La riforma del CSM.* Quanto alla riforma del CSM, che attiene alla sua composizione e al contenimento delle funzioni, è chiaro il duplice intento: da un lato, parificando la componente laica a quella togata, consentire un maggiore controllo politico sul governo della magistratura; dall'altro, impedire l'esercizio della funzione consultiva del CSM sui provvedimenti normativi, prevedendo che ogni altra competenza, oltre quelle elencate nell'art. 105 Cost., debba essere attribuita con legge costituzionale.

Entrambe le proposte attengono ai rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario, e sono univocamente indirizzate ad aumentare l'influenza del primo sul secondo. Trattasi di un'opzione politica della quale la Relazione non dà delle valide e ragionevoli spiegazioni. C'è da chiedersi perché le camere penali si sono fatte promotrici di una riforma del CSM che, peraltro, è molto simile a quella che presentò il governo Berlusconi nel 2011, con evidenti finalità politiche che nulla hanno a che vedere con ciò che dovrebbe interessare in primo luogo gli avvocati penalisti, ovvero il giusto processo e le garanzie per l'imputato.

Sulla composizione “paritaria” si può essere tendenzialmente d'accordo al fine di compensare le tendenze corporative, sempre latenti in un organismo di questo tipo; la delicatezza delle funzioni, di rilievo costituzionale, che è chiamato a svolgere, impone di evitare che l'organo di autogoverno della magistratura possa diventare un organo corporativo. Ma occorre equilibrio, perché se la componente togata non è maggioritaria l'indipendenza e l'autonomia dell'ordine giudiziario vengono meno.

Non a caso la *Magna carta dei giudici*, approvata dal Consiglio Consultivo dei Giudici Europei presso il Consiglio d'Europa, stabilisce che il Consiglio Superiore della Magistratura deve essere composto esclusivamente da magistrati, o «quantomeno da una maggioranza sostanziale di magistrati eletti dai loro pari». Anche la Raccomandazione CM/REC 2010 del Comitato dei Ministri presso lo stesso Consiglio d'Europa, prevede che il CSM debba avere almeno una maggioranza di magistrati togati.

Per garantire una maggioranza togata sarebbe opportuno prevedere la presenza, in seno a ciascun CSM, del Primo Presidente e del Procuratore generale di Cassazione, quali membri di diritto, e non del solo Primo Presidente nel CSM della magistratura giudicante e del Procuratore generale in quello della magistratura requirente.

*7.1. La questione non affrontata del metodo di elezione dei membri togati.* A differenza del disegno di legge di revisione costituzionale approvato dal governo nell'aprile 2011, nulla è previsto circa le modalità di elezione dei membri togati.

Sono note a tutti le logiche con le quali la magistratura associata spartisce gli incarichi direttivi fra le correnti, e come i membri togati del CSM, anch'essi scelti con logiche “correntizie”, si rendano costantemente disponibili a ratificare le nomine già decise in seno all'Associazione nazionale magistrati.

Il disegno di legge del governo Berlusconi prevedeva l'elezione per sorteggio

dei membri togati da una lista di idonei a ricoprire gli incarichi direttivi. Soluzione saggia, che potrebbe essere attuata mediante legge ordinaria in tempi rapidi, se solo vi fosse l'interesse politico a farlo.

Così come sarebbe auspicabile intervenire, con legge ordinaria, sulle modalità di selezione e formazione dei magistrati chiamati a ricoprire incarichi direttivi, perché siano adeguati al ruolo. L'esperienza insegna che quando un tribunale è retto da un presidente con elevate capacità organizzative nell'arco di pochi anni si riescono a smaltire i processi civili arretrati e a ridurre le prescrizioni dei procedimenti penali.

Ma davvero chi chiede riforme come quella in esame è preoccupato dell'efficienza del sistema giudiziario, o piuttosto è animato dall'obiettivo di ridurre l'autonomia e l'indipendenza della magistratura?

*7.2. L'abolizione della funzione consultiva del CSM.* Inspiegabile e irrazionale è la scelta di impedire al CSM di esercitare la funzione consultiva nei confronti del ministro della giustizia.

Tradizionalmente, nelle democrazie costituzionali sono affidate alla magistratura, ordinaria e amministrativa, funzioni consultive, senza che ciò, di per sé, abbia mai revocato in dubbio il principio di separazione dei poteri. Basti pensare al Consiglio di Stato, organo con attribuzioni consultive e giurisdizionali. Se si vuole impedire che la magistratura eserciti funzioni "paranormative" si dovrebbe allora riformare anche il Consiglio di Stato eliminando la sezione consultiva. Così come si dovrebbe impedire il distacco dei magistrati ordinari presso il ministero della giustizia, ove svolgono per l'appunto incarichi consultivi. Lo stesso dicasi per i magistrati, ordinari e amministrativi, presenti nei vari ministeri a stretto contatto con i vertici politici e amministrativi degli stessi. Si tratterebbe di una scelta illogica, visto che il contributo di un tecnico di elevato profilo professionale come il magistrato è molto utile ai vertici dell'amministrazione centrale dello stato. Sarebbe però opportuno porre un freno al numero di magistrati distaccati presso i ministeri, per non sottrarre troppe risorse umane agli uffici giudiziari.

La contiguità fra politica e magistratura non è vista come un problema quando è il ceto politico che nomina i magistrati al vertice della giurisdizione amministrativa, come avviene per i tre quarti dei membri del Consiglio di Stato, designati, come noto, dal Consiglio dei ministri, o quando è il ministro a scegliere il magistrato consigliere.

La citazione da *La democrazia in America* di Tocqueville – contenuta nella Relazione – secondo cui il giudice, per non interferire nel potere politico, non



dovrebbe pronunciarsi su di una legge che non prenda le mosse da un processo, estrapolata per dare una parvenza di fondamento ideale ad una proposta illogica e dettata da pregiudizi ideologici più che da motivazioni tecniche, è quindi inappropriata e assurda. Presa alla lettera e portata alle sue massime conseguenze, dovrebbe comportare il divieto, per tutti i magistrati, di esprimere un'opinione, anche prettamente tecnica, su una legge.

*7.3. L'aumento della componente laica.* Altra contraddizione: se si vuole ridurre la contiguità del CSM alla politica, perché aumentare la componente laica?

Per dovere di rispetto, non voglio mettere in discussione l'indipendenza dei membri laici, i quali, ancorché eletti dal parlamento, sono docenti universitari o avvocati di indubbio valore che, nell'espletamento del loro mandato, non rispondono certo ai partiti che li hanno scelti. In ogni caso la loro scelta è un atto di indubbia natura politica, non solo per la natura dell'organo che li elegge, ma per i criteri adottati: è a tutti noto che la selezione dei possibili candidati da parte delle forze politiche e dei relativi gruppi parlamentari avviene secondo una logica di tipo spartitorio, per cui l'eletto viene ascrivito, per le proprie convinzioni ideali, ad un certo partito o area politica. Non è un caso che per l'elezione dei membri del CSM come per quella dei giudici costituzionali si assista non raramente a lunghe trattative tra i partiti. Si pensi poi al peso politico che ha la scelta, fra i membri laici, del vicepresidente.

Un collegamento politico fra il consigliere laico e le forze politiche che lo hanno espresso è quindi indubbio. Evidentemente ciò che si vuole è che sia la politica ad influenzare l'autogoverno della magistratura, non il contrario. Ma il principio di bilanciamento dei poteri non impone relazioni di reciproca interferenza fra di essi? Se l'interferenza è sbilanciata a favore di un potere su un altro ciò che si ricerca non è il bilanciamento dei poteri, ma il prevalere dell'uno sull'altro. Ed è quello che si vorrebbe realizzare con questa riforma, che non è una riforma dettata da motivi tecnici ma da ragioni politiche. Rimane da chiedersi perché di tali ragioni se ne sia fatta portatrice l'avvocatura penale associata. Non credo che la partigianeria faccia bene all'avvocatura.

Un'ultima nota negativa riguarda la mancata previsione di una corte di disciplina per sottrarre la funzione disciplinare al CSM e superare il principio di giustizia "domestica". Tale organismo era previsto nel progetto di riforma del 2011, ed era stato accolto, in dottrina, con un certo favore.

Sono note le disfunzioni che comporta l'attribuzione del potere disciplinare ad un organo composto interamente o prevalentemente da colleghi del sog-

getto incolpato, di dubbia imparzialità. La legge 195/58 prevede una sezione disciplinare interna al CSM, con un solo membro laico tra i componenti effettivi e uno tra quelli supplenti.

L'istituzione di una corte di disciplina inserita in Costituzione, con spiccati profili di indipendenza ed autonomia sia dal potere politico che da quello giudiziario, ne garantirebbe l'imparzialità di giudizio, ed eviterebbe condizionamenti di tipo corporativo. Per questo dovrebbe essere composta prevalentemente da soggetti non appartenenti alla magistratura ordinaria, nominati o eletti in modo da evitare il più possibile interferenze politiche.

8. *Dall'obbligatorietà alla discrezionalità penale.* Veniamo adesso all'ultimo punto della riforma, quello riguardante l'azione penale.

Come ho evidenziato sopra, ogni riforma costituzionale intitolata alla separazione delle carriere mira in realtà ad intervenire sulla figura del Pubblico ministero, sul suo ruolo istituzionale, sulle sue funzioni. Benché sia la più dibattuta, la questione delle carriere rappresenta il lato esteriore della riforma, che ha al cuore la trasformazione del P.m. da organo della giurisdizione, titolare dell'azione penale che cura la «pronta e regolare amministrazione della giustizia», a mera parte processuale con funzioni di pubblica accusa.

Ne consegue una revisione del principio di obbligatorietà dell'azione penale che, come noto, è considerato, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, un presidio per l'indipendenza del Pubblico ministero dal potere politico, e per una piena attuazione del principio di uguaglianza di tutti di fronte alla legge. Se il Pubblico ministero, infatti, diventa «avvocato dell'accusa», sarà chiamato a patrocinare la pretesa punitiva dello stato su mandato dell'organo politico, cui spetta decidere se reprimere o meno un determinato reato, secondo logiche di politica criminale. La titolarità dell'azione penale spetterà sempre al P.m., ma la dovrà esercitare nei limiti delle direttive impartitegli dall'organo politico, parlamento o governo, perché l'azione penale è funzionale all'interesse dello stato, da intendersi come «stato-persona», a che vengano perseguiti, in un dato momento storico, prioritariamente certi reati rispetto ad altri, secondo logiche di opportunità politica.

8.1. *Giustizia, legalità, eguaglianza e modelli di azione penale.* Tale modello, di stampo utilitaristico, riconduce quindi la repressione dei reati non a ragioni superiori di giustizia e di legalità, ma a considerazioni di politica criminale. La scelta di quali reati perseguire, stante l'impossibilità di perseguirli tutti, deve essere compiuta dall'organo politico, perché rappresentativo della volontà

popolare. Non può essere un magistrato burocrate a compiere una selezione che, comunque la si pensi, è inevitabile.

I due modelli idealtipici, dell'obbligatorietà e della *discrezionalità* penale, sono distanti e alternativi tra loro. Nella concreta applicazione le differenze tendono tuttavia a sfumare, perché l'obbligatorietà è un principio spesso derogato o attenuato per ragioni pragmatiche di efficienza degli uffici di procura, mentre di discrezionalità è improprio parlare in quei sistemi in cui le direttive politiche alle procure sono talmente generiche che è più opportuno parlare di obbligatorietà latamente vincolata.

Anche laddove l'azione penale non è monopolizzata dal singolo magistrato del Pubblico ministero, la discrezionalità spetta non a quest'ultimo ma all'organo politico, che comunque la esercita con estrema delicatezza, al fine di evitare la percezione di ingiustizia nel cittadino, a fronte di un trattamento diversificato dello stesso fatto di reato, dipendente dal momento storico in cui si è verificato. Il problema del rispetto del principio di eguaglianza si è posto e si pone anche nei tanti paesi, di indubbia democrazia e civiltà giuridica, nei quali non vige l'obbligo per il Pm di perseguire ogni tipo di reato. Si è reso necessario trovare un punto d'equilibrio per non sacrificare, sull'altare della responsabilità politica delle scelte di politica criminale, tale indefettibile principio per qualsiasi democrazia evoluta. Di qui un atteggiamento dell'organo di indirizzo politico che non lasci dubitare, all'opinione pubblica, che si cerchi di interferire sull'azione delle procure per impedire che indaghino su certi fatti di reato, che magari coinvolgono esponenti politici. A dimostrazione di come, più che i modelli teorici, a rendere un sistema giusto ed evoluto contribuisca fattivamente un'etica pubblica ampiamente condivisa.

Per questo non è onesto rappresentare i sistemi nei quali vige la *discrezionalità* penale come sistemi privi di un generalizzato controllo di legalità, in cui a causa di un asserito esercizio arbitrario della pretesa punitiva pubblica non sarebbe garantita l'uguaglianza di tutti davanti alla legge: *discrezionalità* o, meglio, *obbligatorietà relativa* dell'azione penale, non è sinonimo di arbitrarietà.

Ma trovare il modo di conciliare legalità ed eguaglianza con criteri di priorità dettati da contingenti valutazioni di opportunità politica è tutt'altro che facile.

Sarebbe interessante e utile, ai fini del dibattito sollevato da questa come dalle precedenti proposte di legge simili, analizzare in profondità le modalità con cui i governi o i parlamenti indirizzano le procure nei paesi europei di più grande tradizione giuridica, Francia e Germania. Non è questa la sede per affrontare un tale raffronto, ma sarebbe importante capire come in questi paesi si riesca ad emanare delle direttive politiche sufficientemente chiare e

univoche sui reati da perseguire prioritariamente, evitando al contempo l'effetto collaterale di incentivare la commissione dei reati che di volta in volta si sceglie di non perseguire o di perseguirli in via subordinata. Così come sarebbe importante verificare se in questi paesi l'azione penale obbligatoria vincolata ha prodotto benefici sul piano degli arretrati e dei tempi medi di definizione dei procedimenti.

Ogni modello va calato e applicato in una data realtà. La società italiana si caratterizza per essere una realtà ad illegalità diffusa in ogni strato sociale, compresa la classe dirigente politica, burocratica, imprenditoriale. Chiedersi se non sia rischioso applicare un modello come quello della *discrezionalità* penale in una società di questo tipo è del tutto normale, per non dire banale. Tanto più se si pensa all'insofferenza mostrata da larga parte del ceto politico nei confronti del controllo di legalità esercitato su di esso da alcune procure.

8.3. *Ius puniendi e concetto di azione.* Sono fra coloro che pensano che non valga la pena correre questo rischio.

La mia contrarietà è dovuta sia a ragioni dogmatiche, che pragmatiche.

Sul piano dogmatico merita soffermarsi sul concetto di azione e di azione obbligatoria, sul senso di essa in rapporto al tipo di giustizia penale che si intende far valere.

L'azione è l'atto giuridico con cui un soggetto provoca l'esercizio del potere giurisdizionale domandando al giudice che si pronunci su una data questione. Senza azione non può esservi giurisdizione, e senza giurisdizione non può esservi neppure il diritto che un soggetto intende fare valere. Un diritto non azionabile è un "non diritto", una posizione giuridica di vantaggio che il suo titolare non ha possibilità di difendere chiedendo al giudice una sentenza di condanna. Un diritto non azionabile esiste nella misura in cui altri non lo contestino e non lo violino. Il diritto di azione è allora funzionale all'esercizio del diritto.

Se si attribuisce allo stato lo *ius puniendi*, perché questo diritto possa essere compiutamente esercitato occorre riconoscere, all'organo cui lo stato attribuisce la funzione di curare l'interesse pubblico all'esercizio della pretesa punitiva, il potere incondizionato di portare alla cognizione del giudice la fattispecie concreta che questi ritiene idonea ad integrare la fattispecie di reato, perché il giudice si pronunci ed eventualmente condanni alla punizione.

Se l'interesse pubblico alla persecuzione dei reati lo si fa derivare da motivazioni etiche di giustizia, per cui punire, per dirla alla Kant, è un imperativo categorico, l'azione penale non può non essere obbligatoria, perché non può

dipendere da considerazioni opportunistiche. Se il fondamento della potestà punitiva è quello della protezione della società e della sua conservazione, secondo la visione utilitaristica di derivazione illuministica, allora l'azione penale potrà essere discrezionale e subordinata a direttive di politica criminale orientata nel senso non del *giusto*, ma dell'*utile*.

Il “*perché punire*” determina il “*perché perseguire*”.

Se la pena ha come unico fondamento l'utile sociale, e come scopo quello della prevenzione o della *riparazione* (concetto quest'ultimo evanescente, dal significato sfuggente e difficilmente distinguibile dal risarcimento del danno, in cui si sostanzia la sanzione civile) allora l'azione penale deve essere esercitata quando, in base ad una valutazione prognostica dell'organo politico o dello stesso magistrato che può, come nel modello statunitense, decidere autonomamente quali reati perseguire secondo un programma di politica criminale, la punizione a cui essa mira per un dato reato è considerata di una qualche utilità in un dato momento storico. Non è un caso che il principio dell'azione penale *discrezionale* appartiene per tradizione ai paesi anglosassoni, il cui modello di giustizia penale è di stampo profondamente “benthamiano”, pragmatico e utilitarista. Motivo per cui, negli Stati Uniti, i procuratori distrettuali vengono eletti: il potere di decidere discrezionalmente quali reati perseguire è un potere di tipo politico, che in una democrazia rappresentativa deve essere dotato di rappresentatività.

Ovviamente il modello angloamericano rappresenta la versione più estrema di un modo di concepire lo *ius puniendi* in chiave utilitaristica, che come noto abbraccia, in minore o maggiore misura, i sistemi penali di ordinamenti di tradizione giuridica occidentale. Anche sistemi come il nostro, in cui vige l'obbligatorietà dell'azione penale, sono sistemi improntati in senso utilitaristico, nei quali all'obbligo di perseguire non si accompagna l'obbligo di punire: ad un'azione penale certa (o che tale dovrebbe essere), consegue una pena incerta, se non virtuale. Perché, si dice, l'azione penale non discrezionale è presidio di legalità e di uguaglianza, di pari trattamento degli individui autori di reati. Parità di trattamento non significa però che gli autori di uno stesso fatto di reato siano puniti allo stesso modo, o che siano puniti entrambi. Perché la risposta punitiva, essendo individualizzata in senso special-preventivo, deve essere diversa per individui altrettanto diversi.

Nel momento in cui deve essere intrapresa l'azione penale la scelta se procedere o meno è basata su un criterio oggettivo di selezione dei reati per cui si intende procedere, che non può che prescindere da una valutazione soggettiva dell'autore, della sua pericolosità e della sua capacità a delinquere. Trattasi

di una valutazione oggettiva di politica criminale, che precede logicamente la valutazione soggettiva sull'opportunità di punire il singolo condannato per il singolo reato commesso. Non vi sarebbe contraddizione, pertanto, tra l'obbligo di agire e la discrezione con cui il giudice può sospendere la pena o sostituirla con una misura alternativa. Ciò in quanto il diritto dello stato di punire è un diritto disponibile che deve essere esercitato non in nome di un trascendente principio di giustizia, ma di un immanente interesse della società alla repressione del fatto delittuoso e al recupero del suo autore.

Qui sta la frattura aporetica che mi preme segnalare. Se lo *ius puniendi* è un diritto disponibile perché la scelta del se e del come punire risponde a logiche di opportunità, allora non si comprende perché l'azione penale debba essere obbligatoria e, quindi, irretrattabile. L'irretrattabilità è la naturale conseguenza dell'obbligo di esercitare l'azione, pena il venir meno stesso dell'obbligo. L'azione non è ritrattabile proprio perché il processo non è disponibile alle parti e il Pubblico ministero, quale tutore della legalità, non può discrezionalmente decidere se portare un dato fatto alla cognizione di un giudice perché sia accertata una verità e sia ristabilito l'ordine violato.

Un'azione penale il cui esercizio presupponga un preliminare giudizio di opportunità, da svolgersi successivamente all'accertamento della fondatezza della notizia di reato, sulla base di criteri legali più o meno determinati, la cui applicazione difficilmente può prescindere, peraltro, da una valutazione interpretativa del P.m., è compatibile con una visione utilitaristica del sistema penale, nel quale l'esecuzione della pena è soggetta anch'essa ad un giudizio discrezionale del giudice che risponde a criteri "opportunistici".

#### 9 Obbligatorietà dell'azione penale: principio tradito ma irrinunciabile

Tuttavia non si può far finta che il principio di obbligatorietà, sacrosanto, sia in realtà disatteso per l'impossibilità di perseguire tutti gli illeciti penali con le stesse energie investigative, date le risorse limitate e il numero elevatissimo delle notizie di reato che giungono ogni giorno nelle procure d'Italia.

I dati sulle prescrizioni dimostrano quanto sostengono i proponenti, che una mole gigantesca di fascicoli viene abbandonata negli archivi in attesa del decorso del tempo necessario per poter chiedere l'archiviazione: come dimostrano i dati statistici ministeriali degli ultimi anni, una percentuale di procedimenti intorno al settanta per cento, ad eccezione dell'ultimo dato disponibile, riferito all'anno 2013, che si attesta intorno al cinquanta per cento, si prescrive nella fase delle indagini preliminari, senza che per molti di essi il P.m. titolare compia atti di indagine. Sono procedimenti che per scelta o per inca-

pacità di perseguire vengono lasciati morire. Ma c'è un ulteriore e trascurato dato estremamente esemplificativo, seppur riferito al solo biennio 2001-2002, che analizza le cause delle prescrizioni. Da esso si ricava che una percentuale tra il settanta e l'ottanta per cento dei procedimenti si prescrive per cause non specificate, mentre per una percentuale residua di essi la prescrizione si giustifica per la tardiva ricezione della notizia di reato o per l'eccessivo carico di lavoro.

La soluzione non può essere quella di affidare ai singoli procuratori della repubblica l'adozione dei criteri di priorità, come previsto attualmente dalla vigente normativa. Essa infatti difetta di trasparenza e non consente un'applicazione omogenea degli stessi criteri su tutto il territorio nazionale, sebbene sia vero che occorre tenere presenti le peculiarità del crimine locale. Benché lo si neghi, adottare dei criteri di priorità significa disattendere il principio di obbligatorietà, che impone al P.m. di iscrivere rapidamente la notizia di reato nel registro apposito e di avviare le indagini, i cui tempi sono peraltro cadenzati dal codice di rito. Mettere da parte dei fascicoli per dare precedenza ad altri significa, di fatto, favorire la prescrizione dei primi istruendoli tardivamente o non istruendoli, con l'effetto di violare le norme che prescrivono tempi serrati per l'espletamento delle indagini preliminari, che rappresentano una garanzia per l'indagato a non rimanere nello stato di indagato per un tempo indeterminato, fino a quando il giudice per le indagini preliminari non emette decreto d'archiviazione.

Occorre intervenire, normativamente, per ridurre i procedimenti penali pendenti per reati di modesta e media gravità, favorendo procedure rapide di definizione dei procedimenti alternative al processo, che inesorabilmente comportano il sacrificio delle garanzie ad esso sottese, ma che si rendono necessarie, data l'impossibilità di riservare a tutti i procedimenti un giudizio di cognizione piena, tanto più con il rito accusatorio e con due gradi di merito.

Ciò non può implicare però l'elisione o l'elusione dell'accertamento della colpevolezza, che legittima e fonda la pena, di qualsiasi natura essa sia, detentiva e non. Il giudizio penale non può non avere ad oggetto la rimproverabilità del contegno del prevenuto, trattandosi di un giudizio a carattere personalistico benché avente ad oggetto un fatto di reato. Ciò che il giudice è chiamato a compiere è sì un giudizio volto all'accertamento del fatto per come si è naturalisticamente manifestato e per come può essere giuridicamente qualificato alla stregua della norma incriminatrice, ma è anche — e soprattutto — tenuto a valutare la *responsabilità* del reo, che essendo personale non può che radicarsi sulla colpevolezza. Il processo penale ha come scopo l'accertamento di

un fatto colpevole da retribuire con la pena, il cui titolo di legittimità, la sentenza di condanna, si incentra su un giudizio di responsabilità a carattere personalistico. Procedure di definizione alternative al processo che non consentano al giudice una valutazione, almeno sommaria, del grado di responsabilità del reo, sono inammissibili, se si intende rimanere entro il perimetro del *diritto penale della colpevolezza*, e non si vuole sconfinare in quello del *diritto penale della prevenzione*.

10. *Azione penale obbligatoria e sovraccarico giudiziario: i rimedi apprestati e quelli apprestabili.* Il sistema penale dovrebbe essere improntato ad una minore penalità e ad una maggiore effettività. Non è certo questa la sede per addentrarsi nelle annose questioni relative alla tanto invocata, e mai seriamente presa in considerazione dal legislatore, riforma del sistema sanzionatorio. Ma fin tanto che all'imputato colpevole converrà affrontare il processo fino al terzo grado di giudizio, piuttosto che uscire il prima possibile dal circuito penale, chiedendo l'applicazione di una sanzione più mite di quella che concretamente rischia di dover scontare a seguito di condanna, ogni tentativo di deflazionare i procedimenti penali non potrà che avere esito infausto. Per questo servirebbe intervenire ancora sulla disciplina della prescrizione, per non rendere conveniente il trascorrere del tempo, dunque il processo, ridando così vitalità ai riti alternativi.

Ma occorre anche intervenire su tutti gli istituti cosiddetti premiali, a partire dalla sospensione condizionale della pena, fino alle misure alternative al carcere, in particolare l'affidamento in prova al servizio sociale, che di fatto hanno reso quasi virtuale la pena carceraria fino a quattro anni. Essi rappresentano un disincentivo all'utilizzo di istituti di nuovo conio che comportino, prima del processo, l'applicazione di una o più sanzioni dal contenuto afflittivo, che concretamente possono rivelarsi più gravose di quelle che l'imputato rischierebbe di subire a seguito di condanna definitiva, ammesso che la prescrizione nel frattempo non sia maturata.

Al di là di una valutazione meramente funzionale è sul piano dei principi che una tale aporia deve essere superata. Non è accettabile un sistema nel quale la pena inflitta con sentenza di condanna passata in giudicato, a seguito di un giudizio, per usare un'espressione mutuata dal diritto processuale civile, a cognizione piena, possa rivelarsi meno effettiva, dunque meno afflittiva, della sanzione che sarebbe stata applicata prima del giudizio qualora l'imputato avesse scelto la via, per esempio, della messa alla prova.



### 10.1 La messa alla prova

E' noto che con la messa alla prova l'indagato o l'imputato viene sottoposto ad una o più sanzioni, fra cui il lavoro di pubblica utilità, nonché ad una serie di misure prescrittive simili alla libertà controllata e all'affidamento in prova al servizio sociale, che hanno un intrinseco contenuto afflittivo, benché, nella *ratio* sottesa all'istituto in parola, esse rappresentino misure di tipo special-preventivo volte al trattamento rieducativo e non alla punizione in chiave retributiva<sup>3</sup>.

Tuttavia, l'istituto *de quo* presenta importanti criticità, dovute alla sua natura di misura sospensiva del processo e alternativa alla pena, il cui fondamento, a differenza della pena, non è la retribuzione, che si asside sulla *colpa* e presuppone la colpevolezza, ma la prevenzione speciale, seppure intesa in senso *oggettivo*.

Il contenuto della misura, che si atteggia, quanto a *ratio* e a finalità, a *misura di sicurezza e di mediazione*, oltre che a strumento di *composizione pre-giudiziale e giudiziale* della causa penale, è ricondotto dalla legge al programma trattamentale proposto dal prevenuto ed elaborato d'intesa con l'Ufficio esecuzione penale esterna (U.e.p.e.), mentre al giudice spetta valutarne la congruità rispetto al fatto reato commesso e alla sua gravità, e l'idoneità dello stesso a prevenire la recidiva del probando<sup>4</sup>. La decisione sul grado di afflizione della sanzione è rimessa totalmente allo stesso prevenuto e all'amministrazione penitenziaria, non al giudice, che può solo valutarne l'idoneità in relazione al fondamento special-preventivo della prova.

---

<sup>3</sup> L'istituto ha avuto un inatteso successo, come dimostrano i più recenti dati ministeriali, che hanno smentito quanti in dottrina ritenevano, a ragione, che stante l'invariata disciplina della sospensione condizionale della pena, la messa alla prova sarebbe apparsa poco conveniente, soprattutto ai rei primari. Al contrario, proprio per ragioni di mero calcolo utilitaristico molti indagati e imputati hanno preferito non "consumare", alla prima occasione, il beneficio sospensivo, preferendo la messa alla prova che, ancorché afflittiva, presenta il vantaggio di consentire l'estinzione del reato senza condanna. Ciò mette in risalto, da un lato, quanto la coesistenza di più istituti indulgenziali o comunemente improntati ad escludere la pena in ossequio all'ideologia rieducativa, induca a comportamenti opportunistici certo non sospinti da quell'afflato riconciliativo e risocializzante che idealmente si vorrebbe che essi promuovessero nel prevenuto. Dall'altro quanto i giudici siano ben disposti a concedere la messa alla prova non tanto per la sua asserita, indimostrata e difficilmente dimostrabile capacità di favorire il recupero del (presunto) reo, quanto per il contenuto sanzionatorio che la contraddistingue rispetto ad istituti puramente indulgenziali come quello sospensivo.

<sup>4</sup> La legge non detta alcun criterio di determinazione del tipo di prescrizione da applicare, rimettendo allo stesso probando e al funzionario U.e.p.e. la loro individuazione, nonché il loro eventuale cumulo. Gli obblighi inerenti la dimora possono sommarsi a quelli sulla libertà di circolazione entro un dato territorio e a quelli che impediscono di frequentare determinati locali. L'intensità afflittiva della sanzione prescrittiva proposta al giudice dipende quindi dal tipo e dalla quantità di prescrizioni che il probando accetta di subire, concordandole con il funzionario U.e.p.e.

Vero è che qui non si è in presenza di una condanna e conseguentemente di una pena inflitta, ma nulla, se non l'opzione ideologica sottesa a questo genere di istituti, volti ad escludere in radice l'idea che la pena si giustifichi nel reato e ne rappresenti il “corrispettivo”, avrebbe impedito al legislatore di prevedere che le sanzioni da espiare durante la prova fossero ragguagliate alla pena che l'organo giudicante avrebbe potuto infliggere se non avesse concesso la sospensione del procedimento<sup>5</sup>.

Così si sarebbero rispettati i principi di legalità e proporzionalità della pena che, invece, sono stati elusi, benché la Corte costituzionale, recentemente, si sia espressa in senso contrario, ritenendo che le previsioni legali circa il contenuto sanzionatorio della prova non violino il principio di determinatezza della pena<sup>6</sup>. E con essi si sarebbe rispettata l'idea di giustizia, che implica una punizione proporzionata al reato contestato, per come è stato concretamente realizzato, senza che essa impedisca, necessariamente, l'auspicabile recupero del (presunto) reo, ammesso che tutti coloro che chiedono di essere ammessi alla prova siano soggetti da recuperare alla società (difficile immaginare ciò quando il probando è il cosiddetto “colletto bianco”), e che qualche ora di volontariato e di lavoro gratuito siano sufficienti a stimolarne la resipiscenza, che essendo uno stato dell'animo, è impossibile da accertare.

La *probation* è una misura che emblematicamente rappresenta l'involuzione del diritto penale verso un diritto criminale della prevenzione, incentrato sull'idea che compito dell'istituzione penale non sia quello di realizzare la giustizia ma di prevenire la commissione dei reati, in particolar modo impedendo, mediante il trattamento individualizzato, sostitutivo della pena, che il reo torni a delinquere. La special-prevenzione trova in essa la sua massima espressione, dal momento che la rieducazione si pone sia a fondamento che a scopo della misura. Mentre rispetto alla pena la rieducazione opera sul piano esteriore dello scopo, funzionalizzandola, qui opera sul piano interiore dell'ontologia. La conseguenza è il superamento stesso dell'idea di pena.

Anziché far dipendere la sospensione del processo dalla durata delle sanzioni

---

<sup>5</sup> Di talché il periodo di prova sarebbe dipeso dalla durata del percorso sanzionatorio che il giudice, di concerto con il prevenuto e con l'U.e.p.e., avrebbe predisposto convertendo le sanzioni prescrittive conseguenti all'affidamento al servizio sociale — di fatto corrispondenti alla libertà controllata, sanzione sostitutiva prevista dalla legge 689/81, che prevede un rapporto di conversione in base al quale un giorno di reclusione equivale a due giorni di libertà controllata — e il lavoro di pubblica utilità — per il quale la legge prevede che due ore di lavoro corrispondono a un giorno di reclusione — nella equivalente pena principale, da determinarsi alla stregua dell'imputazione e della gravità del fatto per come è stato sommariamente accertato.

<sup>6</sup> Sent. Corte cost., n. 91 del 2018.

prescrittive, e dall'eventuale ulteriore periodo di osservazione del probando da parte del servizio sociale, il legislatore ha preferito invece predeterminare la durata massima della prova, fissando un duplice termine: due anni quando il reato per cui è disposta la prova è punito con la reclusione, sola o congiunta alla pena pecuniaria; un anno quando il reato contestato è punito con la sola multa o ammenda.

La previsione è irragionevole, dal momento che il termine di un anno per reati tipicamente bagatellari come quelli puniti con la sola pena pecuniaria, è palesamente sproporzionato rispetto a quello di due anni, previsto per reati puniti anche con la reclusione fino a dieci anni, posto che la misura in parola è applicabile anche alle fattispecie aggravate e pluriaggravate.

Ma è ancor di più irragionevole per la mancanza di un limite minimo, che rende ancora più indeterminato e imprevedibile il trattamento sanzionatorio connesso al programma trattamentale, la cui determinazione è rimessa con estrema libertà allo stesso prevenuto e ad un'autorità amministrativa (l'U.e.p.e), anziché al giudice, sul quale residua un potere di verifica e di eventuale correzione o integrazione del programma, anch'esso fin troppo discrezionale.

Non basta il consenso dell'imputato a sanare il *vulnus* alla determinatezza e alla proporzionalità del trattamento sanzionatorio implicito nel programma trattamentale: non è ammissibile che una sanzione penale, ancorché qualificata non come pena, sia determinata, nel contenuto e nella durata, dallo stesso imputato, senza alcun collegamento con la gravità oggettiva e soggettiva del reato commesso; non è ammissibile, altresì, che sul giudice gravi solo un potere di accertamento e di controllo, senza che la legge ne contenga, al tempo stesso, il potere discrezionale, fissando dei limiti minimi e massimi e dei precisi criteri di ragguaglio, che proporzionino le sanzioni inflitte alla pena di giustizia.

10.2. *Una soluzione deflattiva de iure condendo alternativa alla messa alla prova e risolutiva (forse) del problema.* Per i motivi esposti, la messa alla prova non è una valida soluzione all'esigenza deflattiva dei procedimenti penali, perché non contempera quest'ultima con l'istanza di giustizia, che implica una punizione quanto più proporzionata al reato, determinata o determinabile secondo criteri legali precisi che la rendano prevedibile ai consociati.

Sarebbe dunque auspicabile un superamento della messa alla prova, la cui introduzione è motivata dall'esigenza di contenere il ricorso alla pena detentiva per reati di non elevata gravità, quando non sussistono ragioni di sicurezza

che ne giustificano l'applicazione, ampliando l'istituto dell'oblazione alle contravvenzioni punite con l'arresto entro una determinata soglia, solo o congiunto all'ammenda, ma, soprattutto, introducendo forme di definizione dei procedimenti alternativi al processo che prevedano l'applicazione di sanzioni sostitutive non detentive che, se scontate, producano l'estinzione del reato, con il vantaggio, per l'imputato, di uscire più rapidamente dal circuito penale e di non rimanere gravato dal "precedente".

Basandosi sull'esperienza positiva dell'applicazione della sanzione del lavoro di pubblica utilità in materia di violazione delle norme sulla circolazione stradale, si potrebbe prevedere che per fatti di modesta e media entità — anche se integranti fattispecie incriminatrici di gravità medio-alta — il giudice possa applicare — su richiesta dell'imputato, sentito il Pubblico ministero — prima dell'apertura del dibattimento, una sanzione sostitutiva della pena detentiva, calcolata secondo criteri legali di ragguaglio da predeterminare e differenziare in ragione dell'intensità afflittiva della singola sanzione sostitutiva, partendo da una pena base determinata dal tribunale o proposta dallo stesso prevenuto e dal tribunale applicata, previa valutazione di congruità. In entrambe le ipotesi, la pena base da sostituire sarebbe calcolata secondo i criteri dosimetrici di cui all'art. 133 c.p., tenendo conto di tutte le circostanze e compiendo il giudizio di bilanciamento di cui all'art. 59 c.p., in modo che il trattamento sanzionatorio risulti equo e proporzionato alla gravità del fatto contestato, per come il giudice lo ha potuto ricostruire allo stato degli atti, acquisendo il fascicolo delle indagini.

Trattasi di una procedura di definizione del procedimento alternativa al dibattimento, che ne comporterebbe la sospensione con conseguente applicazione di una sanzione sostitutiva determinata dal giudice su richiesta unilaterale e volontaria dell'imputato, previo parere del Pubblico ministero. Presenta i vantaggi tipici dei riti alternativi, quali la celerità e la semplificazione del procedimento, con l'incentivo per il prevenuto rappresentato dall'estinzione del reato conseguente all'esecuzione della sanzione sostitutiva, che si atterrebbe quindi a causa estintiva del reato. Espiata la pena sostitutiva, il giudice, con sentenza di non doversi procedere (art. 129 c.p.p.), dichiarerebbe estinto il reato.

Qualora il prevenuto si sottragga, in tutto o in parte, alla pena sostitutiva, o ne violi determinati precetti, si potrebbe prevedere che la residua porzione di pena venga dal giudice convertita in un'ulteriore sanzione sostitutiva maggiormente afflittiva, ritenuta idonea a scongiurare il ripetersi dell'inottemperanza. Se la pena sostitutiva non viene in tutto o in parte espiata il procedi-

mento riprende il suo corso, e in caso di condanna, alla pena inflitta dovrà essere sottratta la corrispondente pena già espiata.

Come la messa alla prova, anche tale istituto potrebbe trovare applicazione in sede di indagini preliminari, così da costituire un altrettanto valido strumento deflattivo.

Non trattandosi di misura strettamente “premiale”, la sua applicazione potrebbe essere subordinata a presupposti soggettivi e oggettivi simili a quelli previsti per la messa alla prova, se non addirittura più laschi. Si potrebbe dunque prevedere l'accesso a tale istituto per procedimenti inerenti a fattispecie punite con pena massima non superiore a quattro anni di reclusione, sola o congiunta a pena pecuniaria, senza tener conto delle circostanze aggravanti autonome e ad effetto speciale, purché la pena che in concreto il giudice ritiene congruo applicare sia mite, perché il fatto è di modesta gravità o ricorrono circostanze attenuanti prevalenti sulle contestate aggravanti.

Per incentivare un rapido adempimento delle obbligazioni civili nascenti da reato e dunque favorire il ristoro economico del danneggiato, potrebbe prevedersi che l'accoglimento della richiesta sia subordinata alle restituzioni, alla riparazione e al risarcimento integrale del danno, nonché all'eliminazione, ove possibile, delle conseguenze dannose o pericolose del reato.

La *ratio* dell'istituto in parola sarebbe quella di offrire ai supposti autori di reati astrattamente non bagatellari ma che in concreto risultano di lieve entità, la possibilità di comporre preventivamente e in via pre-giudiziale il conflitto penale, chiedendo di espiare, prima del processo, la pena ritenuta di giustizia, convertita in equivalente pena sostitutiva, di natura non detentiva.

Sarebbe ragionevole prevedere che la pena base da convertire non sia superiore a uno-due anni di reclusione, sola o congiunta a pena pecuniaria.

Qualora si optasse per una disciplina simile al patteggiamento, attribuendo all'indagato o all'imputato il diritto di avanzare al giudice una richiesta di pena da lui stesso determinata sia nel tipo che nel *quantum*, al giudice residuerebbe il potere di accettare in toto la proposta, se la ritiene congrua, o di rifiutarla, sentito il pare, obbligatorio ma non vincolante, del Pubblico ministero. Rimane comunque fermo il potere di controllo dell'organo giudicante sulla legittimità, sulla fondatezza e sulla congruità della pena richiesta, che comporta prioritariamente un accertamento della colpevolezza, seppur incompleto perché basato sui soli atti di indagine (includenti eventuali atti difensivi).

Il problema della compatibilità di una misura sanzionatoria di questo tipo con il principio di non colpevolezza sarebbe superabile con gli stessi argomenti usati per istituti simili, già in vigore, che comportano, prima del giudizio e del

passaggio in giudicato della sentenza, l'applicazione per l'imputato di misure latamente sanzionatorie, quindi afflittive, in assenza di un giudizio di responsabilità pieno. Basti pensare alla stessa messa alla prova e al già citato lavoro di pubblica utilità per le fattispecie contravvenzionali di guida in stato di ebbrezza e sotto l'effetto di sostanze stupefacenti, nonché all'oblazione e ai riti alternativi come il patteggiamento e il giudizio abbreviato.

10.3 *Il proscioglimento per particolare tenuità del fatto.* Il proscioglimento per particolare tenuità del fatto riguarda una schiera marginale di procedimenti che incide relativamente sui carichi delle procure. Per di più, frustra l'istanza retributiva che mai dovrebbe venir meno, a patto di non sacrificare sull'altare dell'efficienza, tutt'altro che dimostrata peraltro, il principio di giustizia.

L'istituto introdotto con d.lgs. 16 marzo 2015, n° 28 delinea una causa di non punibilità che attiene all'offesa, ma non ne postula l'assenza: se così fosse il reato non sarebbe perfezionato e non avrebbe senso escluderne la punibilità. Come noto, infatti, la punibilità è categoria estranea alla struttura costitutiva del reato, indicando le ragioni di politica criminale che escludono la punizione di fatti penalmente rilevanti; fatti per i quali la legge ritiene, in determinate circostanze, di escluderne la punibilità per motivi di opportunità.

La particolare tenuità dell'offesa non rende quindi inoffensivo il fatto, dal momento che un fatto inoffensivo non costituirebbe reato per mancanza di un elemento costitutivo.

Le ragioni che hanno indotto il legislatore ad escludere le conseguenze sanzionatorie di fatti lievemente offensivi sono da ricondurre sia ad esigenze di economia processuale che di rispetto del generale principio di proporzione che informa la pena. In casi come questi la pena, anche se contenuta nel minimo edittale o ulteriormente ridotta per effetto del concorso di una o più circostanze attenuanti, è ritenuta comunque eccessiva, sia in termini qualitativi che quantitativi. Trattasi di ipotesi in cui la condotta è valutata così poco offensiva che la pena applicabile, pur graduata secondo il criterio proporzionalistico, risulterebbe sproporzionata in eccesso. La proporzione, che pure rappresenta il primario canone dosimetrico della pena, opera qui come criterio escludente la punizione nel caso concreto.

L'ambito operativo dell'istituto de quo è estremamente contenuto, dovendo riguardare fatti di modestissima entità, che né possono essere dichiarati atipici o penalmente irrilevanti giacché inoffensivi, né possono essere valutati come reati perfetti ma di lieve entità, quindi sanzionabili con pena minima. Un uti-

lizzo troppo lasco di esso, anche se ne potenzierebbe la capacità deflattiva, finirebbe per snaturarlo e porterebbe ad una depenalizzazione di fatto operata caso per caso dal giudice, che amplificherebbe il problema del rispetto del principio di legalità e di uguaglianza, già peraltro sollevato in dottrina.

La valutazione in concreto sulla sussistenza e sul grado dell'offesa, infatti, spetta al giudice, il quale si avvale sia di parametri normativi che di mero fatto, ed ha ad oggetto il fatto storico. Egli deve compiere un giudizio che attiene alla condotta per come si è estrinsecata nel caso sottoposto alla sua cognizione, valutandone complessivamente la gravità e l'idoneità lesiva. Oltre a ciò deve valutare l'entità del danno o del pericolo che essa ha cagionato. Il giudizio deve involgere sia la condotta in tutti i suoi aspetti, sia l'entità dell'aggressione subita dal bene giuridico. Da tale giudizio deriva quello, logicamente conseguente, sulla meritevolezza di pena.

La scelta di valorizzare il principio di offensività con un istituto che esclude la punibilità di fatti comunque tipici, antigiuridici, colpevoli e offensivi, favorisce una concezione del diritto penale teleologicamente orientato, posto a protezione di beni giuridici che costituiscono valori; un diritto penale orientato ai valori che non esaurisce la sua funzione nella tutela giuridica del bene, ma si pone al servizio della giustizia, la quale si realizza con la punizione dei comportamenti contrari ai valori stessi.

Se il principio di offensività appartiene all'essenza del reato, allora il reato è negazione di un valore, e merita di essere retribuito con una pena che, riaffermando il valore negato, è essa stessa valore. Se però l'offesa è talmente lieve da non generare un'apprezzabile lesione al bene protetto, basta ciò a sostenere che non vi sia stata la negazione del valore intrinseco allo stesso bene?

La negazione del valore sta nella condotta volontaria con cui l'agente ha orientato il proprio comportamento lesivo. La volontà di compiere l'azione antidoserosa, sia essa dolosa o colposa, è volontà di negare il valore insito nel bene che viene leso o posto in pericolo. La condotta è la manifestazione esteriore e fattuale dell'intimo volere dell'agente, non può essere valutata solo oggettivamente, come mero antecedente causale di un evento lesivo di infima entità, di per sé sufficiente ad escludere qualsiasi conseguenza sanzionatoria, anche non penale. In essa si disvela la volontà dell'agente di agire contro il comando normativo, pertanto il rimprovero non può essere escluso; non in quanto vada stigmatizzata la semplice disobbedienza alla legge penale, che farebbe presagire un temibile ritorno al diritto penale della volontà (*willenstrafrecht*) della Germania degli anni trenta dello scorso secolo, ma perché nell'adesione dell'agente al verificarsi del fatto tipico e antigiuridico risiede la meritevolezza

della sanzione. Meritevolezza che si coglie e comprende se si concepisce la sanzione giuridica di fatti colpevoli e riprovevoli come retribuzione, per cui la circostanza che il bene non sia stato apprezzabilmente leso o esposto a pericolo non è sufficiente ad escludere la punizione.

Una concezione puramente preventiva della pena e della sanzione punitiva in generale porta invece a giustificare l'impunità di fatti che sul piano oggettivo si sono rivelati inidonei a produrre un significativo pregiudizio del bene oggetto di offesa. Se la fattispecie incriminatrice è posta a presidio di un dato bene e la punizione minacciata è finalizzata a prevenire l'aggressione al bene stesso ecco che perde di senso la punizione di condotte quasi inoffensive. Chi ritiene invece che la previsione di un dato fatto illecito come reato sia dovuta ad un giudizio di disvalore che connota quel fatto come riprovevole, a prescindere della sua gravità, non può concordare con la scelta operata dal legislatore di lasciare impunte le condotte giudicate immeritevoli di sanzione penale per la loro scarsa offensività. Il fatto particolarmente tenue è un fatto comunque tipico, antigiuridico e colpevole, contrassegnato da un disvalore che lo rende meritevole di sanzione, anche se non stigmatizzante come quella penale.

Si sarebbe potuto prevedere che in caso di proscioglimento per particolare tenuità del fatto, il giudice possa disporre il pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, con possibilità di graduarne l'importo entro un importo minimo e un importo massimo, corrispondenti a una frazione del minimo edittale previsto dalla fattispecie oggetto di imputazione. Per calcolare tali importi si sarebbe potuto partire da un minimo e un massimo di pena detentiva coincidenti, per esempio, con la quinta e con la terza parte del minimo edittale, per poi convertire tali frazioni di arresto o reclusione in sanzione pecuniaria, adottando gli stessi parametri di conversione previsti per la multa e l'ammenda. Entro i limiti così calcolati, il giudice potrebbe determinare la pena pecuniaria da applicare al caso in esame, utilizzando i criteri dosimetrici di cui all'art. 133 c.p., così che la sanzione amministrativa inflitta possa retribuire la condotta illecita ma penalmente "irrilevante". Ciò consentirebbe di valorizzare la colpevolezza, che la particolare tenuità dell'offesa non esclude, e di individualizzare la risposta sanzionatoria tenendo conto non solo della gravità oggettiva del fatto, ma anche dell'intensità del dolo o del grado della colpa. La sanzione pecuniaria sarebbe allora formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale, dal momento che verrebbe applicata con gli stessi presupposti e criteri con cui è applicata la pena, di cui diverrebbe un surrogato. Del resto, essa sarebbe rivolta a punire un reato del tutto perfetto, che l'ordinamento ritiene di non punire con la pena solo per ragioni di politica criminale,



non un illecito amministrativo; la sua funzione quindi sarebbe del tutto speculare a quella della pena.

10.4. *Mediazione penale e condotte riparatorie*. L'estinzione del reato per condotte riparatorie è, fra gli istituti finalizzati alla deflazione dei procedimenti, l'ultimo che è stato introdotto in ordine di tempo.

Non sono ancora disponibili i dati ministeriali sulla sua applicazione, quindi non è ancora possibile fare una valutazione della sua efficacia deflattiva. In ogni caso l'istituto opera esclusivamente — come noto — con riferimento ai reati perseguibili a querela rimettibile, quindi, per quanto efficace, la sua portata applicativa sarà limitata alle fattispecie di limitata gravità, che il legislatore ha ritenuto di conservare dopo l'ultimo provvedimento di depenalizzazione, che ha introdotto la discutibile sanzione pecuniaria civile.

Anche questa riforma presenta importanti criticità, che non è questa la sede per approfondire. Mi limito a compiere alcune considerazioni di portata generale.

L'istituto *de quo* si ispira — anche se solo in parte — al modello di *giustizia riparativa*, la cui definizione, contenuta per lo più in fonti sovranazionali, è alquanto incerta e indeterminata, come incerto e indeterminato è il suo contenuto. Aspirerebbe a rappresentare un paradigma di giustizia autonomo rispetto a quelli tradizionali, con un proprio fondamento giusfilosofico, logiche e scopi precisi. Per i suoi più fervidi sostenitori rappresenta un modo talmente nuovo e alternativo di rispondere al crimine da costituire una sorta di nuova frontiera della giustizia penale, sempre che sia corretto continuare a parlare di giustizia, e di giustizia penale, quando si abbandona l'idea della pena, in favore della cosiddetta riparazione.

AmMESSO che il modello di giustizia riparativa sia veramente un modello a se stante, cosa di cui dubito, in che termini e fino a che punto può sostituirsi all'archetipo sanzionatorio penale, che si fonda sulla retribuzione, dunque sulla pena? Il problema è dato dal fatto che la riparazione è concepita in alternativa alla pena, ovvero al castigo, in una logica di superamento del tradizionale paradigma retributivo, che fonda la pena sulla colpa, la colpa sulla responsabilità individuale. Ad essere superata è l'idea di pena, sia nella sua essenza retributiva, che negli scopi che le si vogliono assegnare.

Il concetto giuridico di riparazione è tutt'altro che nuovo, indicando tradizionalmente una delle modalità con cui può esplicarsi la sanzione civile. Anzi, a ben vedere la riparazione del danno, intesa come il ripristino dello *status quo ante* la commissione dell'atto o del fatto illecito al fine di ricreare, quando

possibile, la situazione nella quale il danneggiato si trovava prima di subire le conseguenze dell'illecito, costituisce il nucleo principale della sanzione civile. La riparazione precede logicamente il risarcimento del danno, in quanto l'obbligazione scaturente dall'atto illecito consiste *in primis* nel ripristinare la situazione giuridica e/o fattuale preesistente all'atto e da esso modificata.

La sanzione riparativa è dunque una sanzione di natura civilistica, già prevista dall'ordinamento non in alternativa ma in aggiunta a quella penale, che da essa si differenzia quanto al fondamento e agli scopi.

Benché si stia gradualmente affermando, anche nella nostra dottrina e giurisprudenza, una concezione repressiva e preventiva della sanzione civile, che non sostituirebbe ma si aggiungerebbe a quella tradizionale, la sanzione civile rimane una sanzione di natura compensativa, con finalità ripristinatorie e risarcitorie ed effetti general-preventivi.

Non nego che la sanzione civile sia utile a prevenire i fatti illeciti, rappresentando un deterrente. Ma non è questa la sua funzione. La previsione legislativa che obbliga chi commette un fatto illecito a risarcire il danno che da esso ne deriva ha indubbi effetti preventivi, ma la sua ragione fondativa rimane incardinata nel principio di giustizia espresso dal brocardo *neminem laedere*.

L'idea di trasporre una sanzione intrinsecamente civile, di natura compensativa e risarcitoria, con finalità ripristinatorie ed effetti preventivi, nel campo del diritto penale, ove la sanzione (pena, misura di sicurezza, misura preventiva) ha tutt'altra natura e finalità, è dunque aporetica. Essa mira pericolosamente ad obliare la pena, poiché ne postula la sostituzione con la riparazione. Ma la cosiddetta giustizia riparativa, che altro non è che un sottosistema della giustizia civile, non può essere assimilata o confusa con quella penale.

Come noto i sostenitori della giustizia riparativa si affannano a distinguere la riparazione dal risarcimento, tenendo a precisare che la condotta riparatoria non si esaurisce nella dazione indennitaria o risarcitoria con finalità compensativa, comprendendo una attività positiva di riconciliazione del reo con la propria vittima, all'interno di un percorso di mediazione al quale entrambi partecipano volontariamente e attivamente. Tale percorso dovrebbe consistere, oltre che nel ristoro integrale del danno, in un programma di incontri nel corso dei quali le parti, assistiti da uno o più mediatori, cercano di comprendersi vicendevolmente e di comporre il conflitto.

Non metto in discussione il valore e l'utilità di riconciliare vittima e carnefice, ma ciò non compete al diritto, in particolare a quello penale, la cui funzione è quella di rendere legittima e giusta la punizione inflitta al reo dall'istituzione penale, che a sua volta si legittima in virtù del fine che è chiamata a persegui-

re: la giustizia.

Se il legislatore ritiene meritevole di pena un dato fatto illecito è perché lo ritiene riprovevole, di qui la legittimazione dello stato a punire chi commette quel determinato fatto, secondo principi e regole del diritto penale.

La riconciliazione del reo con la vittima è auspicabile ma è un tema estraneo al diritto penale, del quale devono occuparsi non l'istituzione penale, ma quella sociale e socio-sanitaria. Quindi i programmi di mediazione, anche se utili a prevenire la recidiva, non possono sostituirsi alla pena.

A ben vedere però l'istituto di nuovo conio è solo in parte ispirato alla giustizia riparativa, dal momento che la conciliazione fra le parti non è prevista quale presupposto per la declaratoria di intervenuta estinzione del reato. La scarsa disciplina contenuta nell'art. 162-ter non contempla alcun programma di mediazione, e non impone al giudice di accertare che le parti si siano riconciliate, ma soltanto di verificare che l'imputato abbia interamente riparato il danno mediante le restituzioni o il risarcimento, ed eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato<sup>7</sup>. La condotta riparatoria che il giudice è chiamato a giudicare è intesa nella sua più stretta ed economicistica accezione, riconducibile all'adempimento delle obbligazioni civili nascenti da reato, rimanendo così escluse le attività propriamente riconciliative, che presuppongono il ravvedimento del reo da un lato, la disponibilità dell'offeso al perdono dall'altro.

Il perfezionamento della fattispecie è fatto dipendere, esclusivamente, dall'iniziativa unilaterale dell'imputato di riparare, anche non integralmente, il danno.

Vien da chiedersi allora se non sia irrazionale e paradossale garantire l'impunità di certi reati, anche se di minore gravità, all'imputato che ha volontariamente e anticipatamente adempiuto (anche solo parzialmente) alle obbligazioni civili, che sarebbero altrimenti sorte per effetto della condanna in sede penale.

L'idea che traspare è quella della pena asservita alla tutela civilistica del fatto penalmente illecito, quando l'interesse coinvolto è considerato di natura "privatistica", come tale non meritevole di per se di punizione; la sanzione civile — per reati di questo tipo — è considerata sufficiente a garantire la protezione dei beni giuridici presidiati dalla norma incriminatrice. Conclusione ampia-

---

<sup>7</sup> Così, fra gli altri, ROMEO, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Prime riflessioni (critiche) sulla nuova causa estintiva del reato introdotta dalla c.d. Riforma Orlando*, in [www.magistraturaindipendente.it](http://www.magistraturaindipendente.it).

mente contestabile, posto che si tratta di beni di indubbio valore e rilievo costituzionale, che un ordinamento come il nostro, che per tradizione millenaria si fonda sul riconoscimento e sulla tutela dei diritti individuali, non può certo discriminare in ragione del loro rilievo privatistico.

Ma anche a voler dar credito ad una tesi come questa, non si comprende la ragione per cui non si sia presa la draconiana ma coerente decisione di depenalizzare le fattispecie in questione, anziché conservarle al primario scopo di rafforzarne la tutela risarcitoria, attribuendo al processo e alla pena una mera funzione di deterrenza. Se in base a rinnovate valutazioni di politica criminale un dato fatto illecito non merita più la punizione, lo si deve depenalizzare. Invece si è preferito conservarlo, con il pernicioso effetto di punire il reo non per il male che ha commesso, ovvero per la riprovevolezza insita nell'atto lesivo del bene, ma per il danno che non ha (ancora) risarcito, ovvero per le conseguenze pregiudizievoli ed economicamente quantificabili, generate dal fatto illecito. Così la pena perde di senso, e con essa perde di senso il diritto penale, che viene ad essere relegato in posizione di subalternità al diritto civile. E' questo il diritto penale che vogliamo?

11. Conclusioni. Mi sono col tempo convinto che la questione della separazione delle carriere rappresenti un falso problema; l'appartenenza della magistratura giudicante ad un ordine diverso da quello della magistratura requirente non costituisce *conditio sine qua non* per garantire la terzietà del giudice. Essa viene caricata di un significato che è più politico che giuridico, più simbolico che sostanziale. Non è necessaria per una piena attuazione del principio del giusto processo e non è utile a migliorare l'efficienza del sistema processuale. Non è neppure funzionale alla separazione dei poteri poiché la magistratura è già un potere autonomo e indipendente: Pubblici ministeri e giudici sono per costituzione singolarmente indipendenti e autonomi, e l'indipendenza di cui godono è sia esterna che interna. Al contrario ogni proposta di legge che mira a separare gli ordini della magistratura requirente e giudicante porta con se il tentativo di limitare — più o meno incisivamente — l'indipendenza e l'autonomia della magistratura tutta e di quella inquirente in particolare, attraverso l'aumento della componente laica in seno all'organo di autogoverno e l'abolizione dell'obbligatorietà dell'azione penale.

Se dietro l'etichetta della separazione delle carriere non si celasse l'intento di aumentare il controllo politico sull'organizzazione e sull'operato della magistratura, le ragioni per opporvisi sarebbero quasi inesistenti, dal momento che la creazione di due ordini con due organi di autogoverno garantirebbe una

piena attuazione del principio del giusto processo senza per nulla inficiare l'indipendenza e l'autonomia dei magistrati.

Il problema allora non è tanto la separazione delle carriere in se, ma quello che le proposte di riforma così intitolate ogni volta contengono. In particolare preoccupa il tentativo di intervenire sulla figura del Pubblico ministero, rendendolo una sorta di *avvocato dell'accusa*, portatore non già dell'interesse pubblico (ma non statuale) a che venga perseguita la giustizia, ma dell'interesse del governo del momento a che vengano perseguiti con priorità o in via esclusiva taluni reati piuttosto che altri. Un Pubblico ministero al servizio della politica criminale della maggioranza politica di turno, che orienta le proprie attività di indagine secondo criteri di opportunità dettategli dal governo o dal parlamento, la cui indipendenza dal potere politico verrebbe seriamente compromessa, e con essa l'eguaglianza di tutti di fronte alla legge.

Rimane il problema per la soluzione del quale il superamento dell'obbligatorietà dell'azione penale viene periodicamente riproposto: l'incapacità di definire la mole di reati denunciati da parte dell'amministrazione giudiziaria, che comporta una selezione dei procedimenti da trattare operata arbitrariamente dai singoli Pubblici ministeri, in base a criteri personali ignoti e insindacabili, con la conseguente generalizzata elusione dello stesso principio che l'obbligatorietà dell'azione penale dovrebbe garantire, quello di un'eguale applicazione della legge penale. Si sostiene — direi a ragione — che quello dell'obbligatorietà dell'azione penale sia un canone tanto proclamato, quanto nei fatti violato, per via della materiale impossibilità, per le procure, di istruire tutti i procedimenti che, in conseguenza di tale principio, dovrebbero essere instaurati; cosicché un grosso numero di essi viene messo da parte e condannato ad una prescrizione che sopraggiunge nella fase delle indagini preliminari, a fronte dell'inattività dell'ufficio assegnatario, che rivela la deliberata scelta di non istruire questi procedimenti.

Una delle principali cause del congestionamento degli uffici giudiziari è proprio l'obbligo per il P.m. di iscrivere la notizia di reato e istruire il relativo procedimento, senza poter svolgere una selezione a monte dei fatti di reato meritevoli di essere perseguiti secondo criteri opportunistici di politica criminale. L'inflazione dei procedimenti prodotta dall'obbligatorietà dell'azione penale è ciò che ne impedisce pertanto la concreta attuazione. L'obbligatorietà dell'azione penale sarebbe quindi principio inapplicabile in società dove il numero dei reati denunciati è talmente elevato da rendere impossibile la trattazione di tutti i procedimenti che ne conseguono. Tesi suffragata dai fallimentari tentativi di risolvere il problema del congestionamento con il varo di

istituti deflattivi che non hanno portato ai risultati sperati.

La difesa del principio di obbligatorietà dell'azione penale non può prescindere dal suggerire un rimedio al problema esposto, che esiste ed è grave. Chi si oppone — a ragione — alla sua elisione ha l'onere di pensare a come renderlo compatibile con l'elevato numero di notizie di reato che giungono quotidianamente negli uffici di procura. Per i motivi che ho esposto non credo che le soluzioni legislative ad oggi introdotte siano accoglibili, ma ne vadano studiate di alternative per contemperare le esigenze deflattive con l'istanza etica di giustizia, che impone di perseguire ciascun fatto tipico, anti-giuridico, colpevole e offensivo, anche se definito con procedure alternative al processo, con un trattamento punitivo che — per qualità e quantità — sia il più possibile proporzionato alla gravità del reato, così che il carattere personalistico e retributivo che contraddistingue la pena rispetto ad altre sanzioni punitive non penali non venga oltremodo sacrificato a vantaggio dell'efficienza del sistema.