



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE E SOCIALI

DOTTORATO IN SCIENZE POLITICHE

XXX CICLO

Giuliana Costanzo

AZIONE PENALE, PRINCIPIO DI LEGALITÀ E
TRASFORMAZIONI DELLO STATO DI DIRITTO

TESI DI DOTTORATO

Tutor:

Chiar.mo Prof. Salvatore Aleo

ANNO ACCADEMICO 2016 – 2017

INDICE

Introduzione	p. 4
1. L'EVOLUZIONE DEL MODELLO DI STATO DI DIRITTO OTTOCENTESCO.	
1. Premessa.	p. 8
2. Il mondo della sicurezza e i miti ottocenteschi.	p. 10
2.1. Il potere giudiziario.	p. 13
3. Le trasformazioni del XX secolo e la letteratura della crisi.	p. 15
4. Lo stato costituzionale di diritto e l'espansionismo giudiziario: premessa.	p. 21
4.1. Funzione dello Stato, eccesso di leggi e ambiguità del linguaggio legislativo.	p. 22
4.2. Le Costituzioni rigide, le Corti costituzionali e l'espansione del controllo di costituzionalità.	p. 26
4.3. Il superamento della dimensione nazionale e la crisi della statualità.	p. 29
4.3.1. La dimensione europea.	p. 29
A) L'Unione Europea.	p. 30
B) Il sistema Cedu.	p. 32
4.3.2. La globalizzazione.	p. 33
4.4. La cultura delle garanzie e le crescenti aspettative di giustizia: un riassetto istituzionale.	p. 34
4.5. La società della comunicazione e il ruolo dei media.	p. 37
5. Una nuova legalità.	p. 39
2. LA DISCREZIONALITÀ: DEFINIZIONI E CRITERI DI ANALISI.	
1. Il contenuto eterogeneo del termine "discrezionalità".	p. 41
2. La discrezionalità amministrativa.	p. 44
3. La discrezionalità giudiziale.	p. 45
4. La discrezionalità dei organi requirenti nell'esercizio dell'azione penale. Insufficienza delle enunciazioni di principio e analisi del contesto.	p. 54

4.1. Il sistema processuale: processo accusatorio e processo inquisitorio.	p. 62
4.1.1. Gli equivoci sul sistema di azione penale.	p. 67
4.2. Pubblico ministero e sistema politico: dipendenza o indipendenza dal potere esecutivo.	p. 69
4.3. L'organizzazione giudiziaria.	p. 73

3. UNO SGUARDO COMPARATISTICO: L'ESERCIZIO DELL'AZIONE PENALE IN INGHILTERRA, U.S.A., FRANCIA E GERMANIA.

1. Premessa	p. 75
2. I sistemi di <i>common law</i> .	p. 76
3. Il sistema inglese.	p. 76
3.1. L'organizzazione giudiziaria.	p. 78
3.2. Il potere di accusa penale e la figura del <i>prosecutor</i> .	p. 81
3.3. Discrezionalità e criteri di esercizio dell'azione penale.	p. 87
3.4. Le fasi del processo penale.	p. 91
3.5. Procedure alternative e giustizia negoziata.	p. 95
4. Gli Stati Uniti d'America.	p. 97
4.1. L'organizzazione giudiziaria: giudici e <i>prosecutors</i> federali e statali.	p. 98
4.2. L'esercizio dell'azione penale.	p. 103
4.3. I limiti alla <i>prosecutorial discretion</i> .	p. 105
4.4. Il <i>grand jury</i> .	p. 109
4.5. Le fasi del processo penale.	p. 110
4.6. Le alternative al processo: il <i>plea bargaining</i> .	p. 115
5. I sistemi di <i>civil law</i> .	p. 120
6. Il sistema penale in Francia.	p. 120
6.1. L'organizzazione giudiziaria. I magistrati e l'ufficio del <i>parquet</i> .	p. 121
6.2. L'esercizio dell'azione penale.	p. 124
6.3. Le fasi del processo penale.	p. 128
6.4. Misure alternative all'esercizio dell'azione penale.	p. 131
7. L'organizzazione giudiziaria in Germania.	p. 134
7.1. L'ufficio del pubblico ministero.	p. 137
7.2. L'esercizio dell'azione penale.	p. 140
7.3. Le fasi del processo penale tedesco.	p. 145
7.4. Procedimenti speciali e giustizia negoziata.	p. 147

4. IL SISTEMA ITALIANO: PUBBLICO MINISTERO ED ESERCIZIO DELL'AZIONE PENALE.

1. Il “caso deviante”. p. 149
2. Pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale nell'Italia post-unitaria. p. 151
 - 2.1. Evoluzioni di *status* e nuovo codice di rito. p. 154
 - 2.2. Il codice di procedura penale del 1930. p. 159
3. L'avvento della Costituzione repubblicana. p. 161
 - 3.1. L'indipendenza esterna del p.m. p. 162
 - 3.2. Il principio di obbligatorietà dell'azione penale. p. 164
4. Il nuovo codice di procedura penale: un “accusatorio all'europea”. p. 167
 - 4.1. Le indagini preliminari, l'esercizio dell'azione penale e i controlli endoprocessuali nel nuovo c.p.p. p. 171
 - 4.2. L'udienza preliminare e il dibattimento. p. 175
 - 4.3. I procedimenti speciali p. 177
5. Indipendenza interna e organizzazione dell'ufficio del p.m. p. 183
6. La dimensione applicativa dell'art. 112 Cost. p. 187
 - 6.1. I criteri di priorità. p. 192
 - 6.2. Criticità degli strumenti e avallo del CSM. p. 196

5. TENTATIVI DI RAZIONALIZZAZIONE DELL'ART. 112 COST.: LA STRADA ITALIANA ALLA MINIMA LESIVITÀ.

1. Premessa. p. 206
2. Il principio di lesività. p. 208
3. La graduabilità dell'illecito: la minima lesività. p. 223
 - 3.1. L'irrelevanza del fatto nel rito minorile. p. 225
 - 3.2. Il procedimento dinanzi al giudice di pace: la particolare tenuità del fatto. p. 228
 - 3.3. L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131 *bis* c.p.). p. 231
4. Verso un modello di giustizia mite. p. 235
 - 4.1. Lo spazio della mediazione nel diritto penale italiano. p. 237
 - 4.2. La giustizia riparativa. p. 241
5. Il processo “conveniente”. p. 243

CONCLUSIONI

p. 247

BIBLIOGRAFIA

p. 253

INTRODUZIONE

Il tema della *crisi* è al centro degli studi giuridici italiani già a partire dal secondo dopoguerra. Sono degli anni '50 i famosi scritti con cui Giuseppe Capograssi, Arturo Carlo Jemolo, Piero Calamandrei e Francesco Carnelutti parlavano di *ambiguità del diritto contemporaneo*, di *crisi dello Stato moderno*, di *crisi della giustizia e della legalità*, di *morte del diritto*.

Alle origini di tale crisi culturale e istituzionale, che investe in modo consistente anche il settore penale, pare potersi rintracciare l'inadeguatezza della impostazione formale e formalistica del nostro ordinamento giuridico rispetto alle complessità delle condizioni della cultura, della politica e della realtà sociale. L'emersione di gruppi sociali portatori di interessi diversificati, contraddittori e sempre nuovi, la diffusione delle carte costituzionali rigide e l'instaurazione del giudizio di costituzionalità, la crescente rilevanza della dimensione sovranazionale e della cultura dei diritti, la globalizzazione, sono alcune delle ragioni che, nel corso del '900, conducono a una ridefinizione del ruolo dello Stato e a una profonda rivisitazione *qualitativa* e *quantitativa* della legge, la cui forma astratta e generale, portato della rivoluzione illuministica, diviene difficile e precaria.

Alla erosione del principio di stretta legalità formale corrisponde, così, l'espansionismo del potere giudiziario e, per l'effetto, una ridefinizione dello stesso principio di separazione dei poteri. Il carattere *mobile* dell'istituzione giudiziaria, capace di fornire soluzioni adattabili ad una molteplicità di situazioni e contesti, pare, infatti, qualificare la magistratura quale corpo più adatto degli altri a trattare l'intervenuto mutamento del rapporto fra diritto, spazio e tempo che caratterizzerebbe la nostra epoca. La magistratura finisce, cioè, per esercitare spazi e scelte di opportunità, soprattutto nei casi, numerosissimi, in cui gli argomenti e i profili normativi non possono essere considerati univoci, in cui sostanzialmente si confrontano e comparano interessi sociali e individuali in conflitto.

In tale quadro, il mantenimento del principio di obbligatorietà dell'azione penale, attuazione nel procedere di quello stesso principio di legalità che è oggi in crisi, pare costituire, oltre che una contraddizione rispetto al modello tendenzialmente accusatorio cui risulta ispirato il nostro processo penale, un elemento *distonico* rispetto al contesto sociale di riferimento e, quindi, anche un fattore di *inefficienza* della giustizia penale.

Con il presente lavoro ci si propone, dunque, di affrontare il tema dell'azione penale chiedendosi se, poste le trasformazioni culturali e istituzionali cui è esposto il modello di stato di diritto di riferimento, il mantenimento del principio di obbligatorietà di cui all'art. 112 Cost. – così come la scelta costituzionale a favore della indipendenza esterna (e della irresponsabilità politica) del pubblico ministero – sia ancora un'opzione concretamente praticata e praticabile al di là di ogni affermazione di principio.

A supporto di tale quesito sopraggiungono sia gli studi che ormai da anni si occupano dei fenomeni di discrezionalità occulta celata dietro le scelte – per lo più organizzative – delle procure italiane, che la riflessione in merito alle sollecitazioni cui, da ultimo, il nostro sistema penale è esposto. Il riferimento è alle evoluzioni ermeneutiche in tema di lesività, alle soluzioni legislative riguardanti la *minima offensività*, ai provvedimenti di depenalizzazione, di indulto e amnistia, nonché alle timide aperture che anche l'ordinamento italiano mostra verso forme di mediazione della litigiosità giudiziaria (la conciliazione, la mediazione, la riparazione, la premialità, il patteggiamento).

Tali elementi, che paiono *atipici* rispetto al modello di stretta legalità formale, costituiscono probabilmente espressione di un'esigenza di flessibilizzazione del sistema penale che, attuata per il tramite della discrezionalità giudiziale e mediante soluzioni aventi per lo più carattere *sostanziale*, potrebbe ipoteticamente essere più efficacemente (e più democraticamente) ripensata attraverso il meccanismo *processuale* della discrezionalità dell'azione penale.

In tale ottica, il confronto con alcune realtà giuridiche straniere si rivela utile non solo per osservare più da vicino il funzionamento concreto di modelli di azione penale guidati dal principio di *opportunità* ma, soprattutto, per mettere in luce come l'esercizio della potestà accusatoria sia il tassello di un equilibrio

complesso e articolato, non comprensibile a prescindere da una riflessione più ampia che guardi anche all'organizzazione giudiziaria, al funzionamento del processo e alla posizione istituzionale degli organi requirenti (anche in confronto con quelli giudicanti) in quel dato sistema.

Alla luce del quadro delineato, si ritiene di articolare il presente lavoro secondo lo schema che segue.

Nel I capitolo si illustrano brevemente le trasformazioni che, fra il XIX e il XX secolo, hanno attraversato il modello di Stato di diritto liberale portando a una ridefinizione del principio di stretta legalità formale. È dalla inadeguatezza di tale modello rispetto alla complessità della realtà attuale che sorge, infatti, l'ipotesi di riconsiderare il principio di obbligatorietà dell'azione penale e, quindi, di immaginare l'introduzione anche in Italia del diverso sistema di *discrezionalità*.

Sembra porsi, a tal fine, il problema preliminare di *definire* il contenuto del termine *discrezionalità* con riferimento all'esercizio dell'azione penale, distinguendolo dalla *discrezionalità legislativa*, dalla *discrezionalità amministrativa* e da quella *giudiziaria*. In questo senso, posta l'insufficienza di definizioni che passino esclusivamente attraverso le enunciazioni di principio, nel II capitolo si ricollega la lettura del sistema di azione penale al sistema processuale, al rapporto degli organi requirenti con il sistema politico e, in generale, all'organizzazione giudiziaria.

Tale schema viene quindi utilizzato nel III capitolo per osservare il funzionamento di alcuni sistemi giuridici stranieri che adottano, in tutto o in parte, un modello di azione penale discrezionale. Nello specifico, si ritiene di considerare le esperienze di quattro regimi democratici rappresentativi delle due grandi tradizioni giuridiche delle democrazie contemporanee, di *common law* e di *civil law*: Inghilterra e Stati Uniti, Francia e Germania.

L'illustrazione di tale quadro prepara il terreno per l'analisi del sistema italiano, affrontata nel IV capitolo, di cui, attraverso una breve ricostruzione dell'evoluzione della figura del pubblico ministero e del rito penale, si mette in luce l'*unicità* delle soluzioni adottate in tema di azione penale e di indipendenza dell'organo requirente. Si descrive, quindi, l'attuale modello processuale penale e

l'organizzazione interna delle procure al fine di delineare il quadro normativo, formalmente rigido, entro cui viene esercitata l'azione penale. Si considerano, infine, i limiti applicativi di questo stesso sistema descrivendo gli espedienti pratici mediante cui procure e CSM di fatto gestiscono il crescente flusso giudiziario: i criteri di priorità.

In conclusione, nel V capitolo, si accenna – senza alcuna pretesa di fornirne una trattazione compiuta – a quei principi e a quegli istituti mediante cui il sistema penale italiano tenta di realizzare, *per vie diverse* da quella processuale legata alla modifica del canone dell'obbligatorietà, un ridimensionamento della risposta penale. Si tratta, tuttavia, di soluzioni che per lo più intervengono ad azione penale già esercitata e che, soprattutto, passano attraverso un ampliamento della discrezionalità valutativa del giudice tale da rendere difficile una sua non sovrapposizione con scelte di politica criminale.

Capitolo I

L'EVOLUZIONE DEL MODELLO DI STATO DI DIRITTO OTTOCENTESCO

1. Premessa.

Il principio di obbligatorietà dell'azione penale è generalmente ritenuto attuazione nel procedere del principio di stretta legalità formale. La sua affermazione in alcuni ordinamenti europei (Italia, Germania, Austria) coincise con la edificazione dello stato di diritto liberale, alle cui condizioni sociali, politiche ed economiche parve essere agganciato il suo efficace funzionamento. Sembra, infatti, che, al di là di ogni affermazione di principio, l'obbligo di procedere penalmente per ogni *notitia criminis* di cui l'organo requirente venga a conoscenza sia coerente con una concezione formale e formalistica del diritto, in cui leggi poche, chiare e semplici si accompagnino a un contesto sociale poco conflittuale e a un carico giudiziario qualitativamente e quantitativamente gestibile¹.

Tali condizioni, per lo più realizzatesi in Europa all'indomani della rivoluzione francese, cominciarono a venir meno già nei primi anni del '900, per poi sgretolarsi quasi completamente intorno agli anni '70 del XX secolo, prefigurando una fase storica caratterizzata da una crisi di legittimazione della democrazia, da un crescente rilievo della giustizia (in particolare di quella penale), della complessità delle attività umane e della loro rappresentazione: elementi, questi, che possono essere considerati contraddittori della rigidità delle forme precostituite e delle soglie predefinite elaborate dalla cultura soprattutto ottocentesca.

¹ C. Guarnieri, *Pubblico ministero e sistema politico*, CEDAM, Padova, 1984, p. 142: «Quindi, in un periodo caratterizzato da un rapporto più stabile fra istituzioni statali e società, da un'estesa codificazione e per di più dal prevalere di una cultura giuridica di tipo formalistico che metteva l'accento sulla possibilità e sulla doverosità di giungere ad un'unica – e vera – interpretazione delle norme giuridiche, non deve stupire che il principio di obbligatorietà avesse maggiori probabilità di trovare applicazione nella prassi».

Al cambiamento del contesto di riferimento e alla crisi della concezione giuspositivistica del diritto non ha corrisposto, in Italia, l'adozione espressa di forme processuali flessibili idonee a gestire la complessità del quadro che si andava delineando. Diversamente da quanto è accaduto in ordinamenti pure appartenenti alla tradizione giuridica di *civil law* (si pensi alla Francia e alla Germania), in cui sono stati proposti adattamenti e modifiche e in cui più evidente appare il dissolvimento di una concezione rigida del diritto, il sistema penale italiano continua a essere concepito, giustificato e organizzato in base alla supremazia della legge. Di fatto, tuttavia, anche questo pare muoversi secondo logiche differenti; prima fra tutte quella giudiziaria². Sembra, infatti, affidarsi all'argomentazione materiale dei provvedimenti giudiziari e, in generale, al carattere *mobile* dell'istituzione giudiziaria l'adattamento concreto dell'assetto formalistico del diritto alla *fluidità* e *molteplicità* delle situazioni e dei contesti che si presentano.

Le ragioni di tale spostamento (dalla legge al giudiziario), che secondo taluni autori è pure espressione di un cambiamento nella democrazia, sono numerose ed eterogenee.

Di seguito, pertanto, ci si propone di ripercorrere le evoluzioni del modello di stato di diritto liberale in cui si afferma il principio di stretta legalità formale e da cui deriva pure il principio di obbligatorietà dell'azione penale, al fine di delineare il diverso contesto in cui si inserisce, oggi, il principio di cui all'art. 112 Cost. Il carattere radicale di tali trasformazioni, che evidenziano l'importanza del potere giudiziario ma che ridefiniscono pure i confini del principio di legalità, non possono infatti non riversarsi *anche* sul tema riguardante i caratteri dell'azione penale.

² Tale contraddizione è ben evidenziata da M. Nobili, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, CEDAM, Padova, 1998, p. 185: «nell'effettività ci si è spostati verso il primo dei due sistemi (il governo di uomini), ma nell'ambito di un'intelaiatura, di una struttura organizzativa e istituzionale, di un approccio alle questioni, rimasti "come se" l'apparato penale fosse ancora del tutto il "governo della legge". La macchina viene dunque presentata, giustificata, organizzata secondo quest'ultimo modello, mentre per molti versi funziona con la prevalenza di quel "contro-potere", postulato come di per sé affidabile».

La rigidità che ne caratterizza il funzionamento sembra, infatti, essere anch'essa frutto di una contraddizione su cui pare quanto meno opportuno riflettere³. In tal senso, la possibilità di adottare, pure in Italia, un sistema di azione penale discrezionale potrebbe rappresentare oltre che uno strumento di semplificazione e deflazione dei procedimenti, di efficienza della giustizia e di sviluppo democratico, soluzione che possa registrare e meglio governare i mutamenti sociali, economici e politici intervenuti nell'attuale fase storica.

2. Il mondo della sicurezza e i miti ottocenteschi.

Fra il XVIII e il XIX secolo, l'edificazione dello Stato liberale di diritto fu espressione dell'istanza di rifondazione e di certezza del diritto avanzata dalla borghesia, intenzionata a limitare l'arbitrio dei sovrani e a ridefinire il rapporto fra il potere e la legge (non più *rex facit legem* ma *lex facit regem*)⁴ mediante l'affermazione del principio di stretta legalità⁵. Animata dagli ideali della rivoluzione francese e guidata dal pensiero di Montesquieu e Beccaria, la nuova classe media tentò di reagire al particolarismo giuridico⁶ che aveva caratterizzato

³ *Ibidem*. In particolare, con riferimento ai caratteri dell'azione penale, l'Autore nota come «proseguiamo a protestare e presentarli come una incarnazione vivente del principio di legalità-obbligatorietà, mentre molte cause hanno allontanato la prassi applicativa da un assetto del genere».

⁴ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 20.

⁵ Luigi Ferrajoli distingue fra principio di *stretta* legalità e principio di *mera* legalità. Tale differenza è da ultimo riportata in *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, Bari, 2013, pp. 20 ss. Nello specifico, secondo l'Autore, il principio di *mera legalità* equivale al principio di positività: è diritto tutto e solo quello che è posto o prodotto tramite l'esercizio di poteri conferiti alla legge e nelle forme, quali che siano, da questa stabiliti. In questo senso – lato, debole o formale – il principio è alla base di tutti gli ordinamenti giuridici moderni, anche i più illiberali, nei quali i pubblici poteri hanno una fonte o una forma legale dalle quali è condizionata la validità del loro esercizio. Diversamente, il principio di *stretta legalità* esprime la prima garanzia contro l'arbitrio: è diritto valido tutto e solo quello prodotto tramite l'esercizio di poteri altresì subordinati alla legge, non solo quanto alle forme ma anche quanto ai contenuti del loro esercizio. In questo senso – stretto, o forte o sostanziale – il principio è alla base di quei soli ordinamenti nei quali anche il potere legislativo è subordinato a limiti e a vincoli sostanziali quali quelli a esso imposti dalla costituzione.

⁶ Secondo G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, il Mulino, Bologna, 1976, p. 28, per "particolarismo giuridico" si intende la mancanza di unitarietà e di coerenza dell'insieme delle leggi vigenti in una data sfera spazio-temporale, individuata in seguito ad un giudizio di

il periodo dell'*Ancien Régime* creando un sistema generale, astratto e logico-deduttivo di legislazione codificata che garantisse la separazione e la spersonalizzazione dei poteri, l'egemonia della borghesia nella Camera rappresentativa e il regresso dell'esecutivo e dei giudici da apparati autonomi ad apparati subordinati alla legge⁷.

In tale contesto, allo Stato venne riservata una funzione meramente regolativa e prevalentemente inibitoria⁸: esso non era chiamato a intervenire ma semplicemente a garantire le regole del gioco, assicurando le libertà civili dell'individuo contro le indebite ingerenze sia degli altri privati che del potere politico⁹. Si pensi, in tal senso, all'istituto del *referé legislatif* nella Francia post-rivoluzionaria.

Il compito del diritto fu di fornire gli strumenti idonei a garantire l'egemonia dei valori dominanti e la piena attuazione delle scelte degli individui.

È possibile definire la concezione del diritto sottostante a tale modello culturale come formale o formalistica, in quanto basata sulla «predefinizione formale dei problemi, ovvero dei casi, delle ipotesi, e delle soluzioni, secondo modelli astratti e generali, di validità assunta come tendenzialmente assoluta, universale: cioè possibilmente validi, se costruiti correttamente, per tutte le genti e per tutte le epoche»¹⁰. D'altra parte, la validità della norma e quindi il criterio d'identificazione del diritto esistente prescindeva dalla morale, dall'etica, dalla

valore secondo il quale in quella stessa sfera ci dovrebbe essere o ci si aspetterebbe che ci fosse unità e coerenza di leggi.

⁷ G. Freddi, *Vincoli storico-strutturali sulla prestazione delle burocrazie legali-razionali*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 1982, p. 196, il quale aggiunge: «Ciò che i liberali europei fecero consisté in larga misura nel tentare di domare la bestia del potere rinchiudendola in una gabbia di norme. Ma, se mi è concesso continuare con questa immagine, la bestia del potere, anche se in gabbia, mantenne le sue caratteristiche ferine: il concetto assolutista di sovranità venne sostituito da quello di sovranità dello stato, ugualmente pervasivo e comprensivo. Un sistema di norme generali e legiferate, che specificavano le regole da seguire per introdurre innovazioni, sostituì la volontà personale del monarca e costituì la chiave di volta dell'autorità legale-razionale».

⁸ In tal senso v. S. Aleo, *Crisi del sistema penale e riforma dello Stato*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2003, p. 3.

⁹ N. Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 4-5.

¹⁰ S. Aleo, *Complessità e destrutturazione del modello classico della legalità penale*, in S. Aleo-G. Pica, *Sistemi giuridici Complessità @ Comunicazione*, Bonanno, Acireale-Roma, 2009, p. 21.

politica, dalla sua giustizia e veniva fatto dipendere unicamente dal fatto che questa fosse stata emanata «in forma di legge da soggetti dalla legge abilitati»¹¹.

I codici furono lo specchio di tale nuova società, dominata dagli ideali della borghesia liberale ed espressione di un contesto politico-sociale e ideale definito e non lacerato da conflitti di classe¹². Questi divennero la *tavola giuridica del cittadino indifferenziato*, in cui, posta la semplicità del contesto di riferimento, ogni situazione poteva trovare la sua astratta collocazione¹³.

Certa dottrina ritiene che la straordinaria opera di semplificazione sottesa all'avvento della codificazione abbia rappresentato un'operazione solo apparentemente tecnica, ma in realtà, di natura strettamente politica: «una codificazione per essere semplice nei contenuti, doveva passare per due strade tra loro solidali sotto il profilo ideologico: l'unificazione del soggetto di diritto e l'esclusione dal corpo del diritto semplificato di quante più materie fosse possibile. [...]. È chiaro che la tendenza verso questo tipo di semplificazione non poteva realizzarsi se non come aspetto sovrastrutturale di una rivoluzione politica in senso liberale-borghese. Nella disciplina politico-costituzionale la codificazione, per essere semplice in questo senso, avrebbe dovuto ignorare quanti più possibili status soggettivi, cioè ridurre il soggetto all'uomo (anche la distinzione tra uomo e cittadino è foriera di complicazioni) eliminando ogni rilevanza di corpi sociali diversi: ciò che, appunto, costituisce una rivoluzione politica e non tecnica»¹⁴.

¹¹ L. Ferrajoli, *Lo Stato di diritto fra passato e futuro*, in P. Costa-D. Zolo, *Lo Stato di diritto: storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, p. 353.

¹² G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 35.

¹³ L'espressione, ricorrente nel capitolo, è utilizzata da Natalino Irti in *L'età della decodificazione*, cit. L'Autore precisa, pp. 6-8, che l'immutabilità è considerata il primo e fondamentale carattere di una legislazione civile. Al carattere dell'immutabilità si accompagnano la pretesa di completezza e l'ambizione dei dare risposta a tutti i problemi della realtà. In questo senso, la tecnica di redazione del codice civile italiano del 1865, per fattispecie ed effetti, corrisponde alla illusione del legislatore di poter creare un repertorio di figure e discipline tipiche, sicché il giudice nulla osa aggiungere all'accertamento del fatto concreto e alla lettura del testo normativo.

¹⁴ G. Tarello, *op. ult. cit.*, pp. 37 e ss.; ID., voce *Codificazione*, in *Dizionario di politica*, N. Bobbio-N. Matteucci (a cura di), Torino, Utet, 1976, pp. 161 ss.

Dal punto di vista penale, la nascita dello Stato di diritto comportò una estensione dell'area del penalmente rilevante e un trasferimento dei tradizionali illeciti di polizia alla competenza del giudice penale¹⁵.

2.1. Il potere giudiziario.

Corollario e insieme parte integrante di tale rivoluzione politica fu la tecnicizzazione della magistratura, apparato accessorio chiamato a specificare il diritto contenuto nei codici e a conservare il nuovo ordine sociale borghese¹⁶.

Guidato dal dogma della completezza dell'ordinamento giuridico¹⁷ e dalle teorie del *formalismo interpretativo*¹⁸, il ruolo del giudice veniva declassato a quello di

¹⁵ C. E. Paliero, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, CEDAM, Padova, 1985, pp.17-23.

¹⁶ M. R. Ferrarese, *Magistratura e stato nel modello napoleonico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1982, pp. 465 ss.

¹⁷ Ricostruisce le origini e il significato di tale principio N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, pp. 125 ss. Così, secondo i fautori di tale dogma, essenzialmente costruito su una finzione giuridica, un ordinamento sarebbe stato completo quando il giudice avesse potuto sempre trovare in esso una norma per regolare qualsiasi caso gli si presentasse «o, meglio, non c'è caso che non possa essere regolato con una norma tratta dal sistema». In tal senso risultava fondamentale che quello stesso sistema 1) imponesse al giudice di decidere per ogni caso che gli fosse sottoposto; 2) imponesse al giudice di decidere in base a una norma appartenente al sistema. Ove, invece, un sistema giuridico non avesse compreso né la norma che permettesse un certo comportamento né quella che lo proibisse, l'ordinamento sarebbe stato incompleto. L'Autore precisa, inoltre, che le origini del dogma della completezza dell'ordinamento giuridico sarebbero da ricondurre alla tradizione romanistica medievale, «quando il diritto romano viene a poco a poco considerato come il diritto per eccellenza, una volta per sempre e una volta per tutte enunciato nel Corpus iuris, al quale non c'è nulla da aggiungere e dal quale non c'è nulla da togliere, perché esso contiene le regole con le quali il buon interprete è in grado di risolvere tutti i problemi giuridici che si sono presentati e che si presenteranno». E continua precisando: «Se ci fosse concesso riassumere con una frase il carattere della giurisprudenza sviluppatasi sotto l'impero e all'ombra del diritto romano, diremmo che essa ha sviluppato il metodo dell'extensio a scapito di quello dell'equità, ispirandosi al principio di autorità piuttosto che a quello della natura delle cose» (*ivi*, pp. 132-133). Successivamente, tale dogma sarebbe stato recepito dalla moderna concezione statualistica del diritto rivelandosi congeniale all'affermazione del monopolio statale del diritto e, quindi, al fenomeno della codificazione.

¹⁸ V. Villa, *Le tre concezioni dell'interpretazione giuridica*, in G. Pino-A. Schiavello-V. Villa, *Filosofia del diritto: introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 300-301: «È facilmente comprensibile perché il formalismo sia la prima concezione dell'interpretazione a fare il suo ingresso nella storia della cultura giuridica moderna. Esso si presenta come la concezione più appropriata per comprendere un aspetto importante del grande processo di riorganizzazione giuridica che accompagna la nascita del diritto moderno, agli inizi dell'800. [...] Ebbene, l'idea centrale del formalismo, per lo meno in questa sua prima fase

bocca della legge chiamata a dare applicazione *meccanica* a un diritto alla cui elaborazione non aveva contribuito.

Nessuno spazio vi era per la *discrezionalità*, essendo chiamato il giudice a *scoprire* un significato già *precostituito* nelle norme. Il potere giudiziario veniva configurato, così, come un potere nullo, privo di qualsiasi funzione di contrappeso attivo rispetto agli altri poteri.

Secondo taluna dottrina, «ciò derivava non da una migliore e più chiara dottrina dell'interpretazione ma semplicemente da un *contesto politico e culturale omogeneo e da situazioni sociali di gran lunga più stabili di quelle attuali*. La pressione dei casi critici sul diritto, se non inesistente, almeno era così poco evidente che poteva essere trascurata o comunque non creava problemi di principio data l'uniformità dei contesti di senso e valore in cui operavano tanto il legislatore che gli interpreti. Il diritto poteva permettersi di essere un diritto 'per regole' in quanto era già risolto il problema dei valori fondanti»¹⁹.

Tale disegno istituzionale veniva completato, da un punto di vista organizzativo, dalla diffusione del modello napoleonico, con cui si realizzava l'inquadramento della magistratura in un corpo *burocratico* dipendente dall'esecutivo²⁰.

“più pura”, è che *la legge* (per la Scuola dell'esegesi) ovvero un *insieme più complesso di materiali giuridici* (per la Scuola storica) abbiano un significato integralmente preconstituito rispetto all'interpretazione, un significato che attende di essere *scoperto* dall'interprete, e che può poi essere eventualmente oggetto di un processo di ulteriore chiarificazione, per esigenze di carattere applicativo (giudici) o di costruzione dogmatica (giuristi), attraverso il ricorso all'*intenzione del legislatore* (per la *Scuola dell'Esegesi*); ovvero che può costituire la base di partenza per un lavoro di *sistematizzazione dogmatica* che ricostruisca i nessi logici fra i vari materiali giuridici esaminati (per la *Scuola storica*). Il modo di concepire l'attività interpretativa (e ovviamente anche l'ulteriore attività costruttiva) è dominato dall'idea che le regole della logica formale siano sufficienti a guidare i processi di interpretazione e di applicazione del diritto ai casi concreti (il cosiddetto *logicismo giuridico*). [...] L'idea di fondo della struttura del procedimento interpretativo è la stessa in entrambe le scuole, ed è, per l'esattezza, quella che vede l'attribuzione di significato come una *scoperta* di qualcosa che preesiste interamente all'interpretazione stessa».

¹⁹ G. Zagrebelsky, *op. cit.*, pp. 200-201.

²⁰ Si sofferma sulle peculiarità del modello napoleonico M. R. Ferrarese, *op. cit.*, p. 470 e ss. L'Autrice, nello specifico, individua quattro punti che riassumono la riorganizzazione del corpo giudiziario nel sistema introdotto da Napoleone: 1) un'accurata selezione di classe; 2) la riorganizzazione del prestigio; 3) l'inquadramento burocratico: l'amministrazione della giustizia diviene una funzione pubblica e retribuita dallo Stato; 4) gli strumenti di tecnica giuridica. V. anche G. Silvestri, *Organizzazione giudiziaria e indipendenza della magistratura*, in AA.VV., *Annuario 2004: separazione dei poteri e funzione giurisdizionale. Atti del XIX Convegno Annuale – Padova, 22-23 ottobre 2004*, CEDAM, Padova, 2008, pp. 74 ss., il quale, rimarcando le differenze rispetto al modello anglosassone, sottolinea come l'affermazione del modello

Così, il vincolo alla legge assicurava la coerenza dell'operato dei magistrati rispetto al potere legislativo e lo strumento dell'organizzazione burocratica valeva a procurare la loro subalternità rispetto al potere esecutivo che, attraverso un differenziato sistema di interferenze e pressioni, riusciva a influenzare sia il reclutamento che le stesse scelte giurisprudenziali dei giudici. La magistratura, dunque, per tali vie veniva resa incline a iterare le scelte politiche compiute in altre sedi organizzative negando la sua necessaria funzione politica: «ma, appunto, quella funzione politica fu ancillare o servile nei confronti di centri di potere politico diversi dalle magistrature. L'ideologia di questa funzione servile fu quella della “fedeltà”: di solito “alla legge”, talvolta “ai diritti” o “al diritto”; come principio generale degli ordinamenti moderni, questa ideologia si chiamò principio di legalità»²¹.

3. Le trasformazioni del XX secolo e la letteratura della crisi.

Nel corso del XX secolo, la storia subì un'improvvisa accelerazione. La struttura sociale, culturale, economica e politica che aveva sorretto l'impalcatura dello stato *liberale* di diritto fu attraversata da profonde trasformazioni.

L'emersione dei partiti di massa, la nascita del proletariato, l'avvento al potere dei partiti socialisti, l'estensione del diritto di voto, l'urbanizzazione, l'industrializzazione, furono alcuni dei fattori che misero lentamente in crisi i capisaldi su cui la cultura continentale aveva costruito l'impalcatura dello stato di diritto ottocentesco: il principio di stretta legalità formale e la forma di codice.

Crollò progressivamente il regno dell'immutabilità e del duraturo costruito dalla cultura positivista. Soprattutto, cominciò a venir meno l'omogeneità sociale che aveva permesso l'unità della legislazione e il funzionamento del codice come *tavola giuridica del cittadino indifferenziato*. Lo scollamento fra società borghese

napoleonico di giudice facesse da contraltare a un potere giudiziario che, in Inghilterra, si andava affermando, con le proprie prerogative e la propria indipendenza, come potere effettivamente separato da quello politico, interprete e custode del *common law*.

²¹ G. Tarello, *Diritti, enunciati, usi: studi di teoria e metateoria del diritto*, il Mulino, Bologna, 1974, p. 475.

e società industriale diveniva sempre più evidente²²: i valori e i modelli proposti dalla borghesia liberale iniziarono a non rispecchiare più la società del XX secolo.

Così, la crisi della codificazione, iniziata già nel periodo di transizione delle due guerre mondiali, fu anzitutto crisi della figura del cittadino, individuo solo dinanzi allo stato, e nascita dei *gruppi*, alla cui capacità di pressione e di minaccia il singolo iniziava ad affidare la tutela di interessi e prerogative.

Di fronte a tali trasformazioni, lo stato non poteva più assistere inerte, da semplice garante delle regole del gioco, ma sembrava chiamato a intervenire, assumendo pure «la figura e la responsabilità dell'imprenditore»²³.

Cominciava a cambiare, quindi, anche la concezione del diritto e, per l'effetto, il ruolo e l'estensione dei poteri del giudice, di cui si esaltavano, adesso, decisionismo e *creatività*. Il mito della completezza dell'ordinamento giuridico iniziava a vacillare ed emergeva la questione delle *lacune*²⁴. Si modificava progressivamente la qualità e la quantità della legislazione, le cui formule non sembravano poter più prescindere dal ricorso alle *clausole generali*²⁵.

In generale, l'idea di un sistema normativo rigidamente concettualizzato, che riservasse esclusivamente al legislativo l'esercizio del potere discrezionale e

²² P. G. Monateri-A. Somma, *Il modello di civil law*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 124

²³ N. Irti, *op. cit.*, p. 9.

²⁴ La questione delle lacune dell'ordinamento giuridico sarà più tardi ripresa da Norberto Bobbio, *La teoria dell'ordinamento giuridico*, cit., *passim.*, secondo il quale la lacuna non si identifica con la mancanza di una norma da applicare ma con la mancanza di criteri validi per decidere a quale norma dare applicazione. In tal senso egli distingue fra lacune reali, che si riscontrano nell'ordinamento giuridico quale è, e lacune ideologiche, derivanti dal confronto fra come l'ordinamento è e come dovrebbe essere; fra lacune proprie, del sistema e nel sistema, e improprie, derivanti dal confronto dell'ordinamento considerato con un sistema ideale. Solo le prime darebbero luogo a un problema giuridico di interpretazione e, quindi, di eventuale applicazione di criteri discrezionali. Si distinguerebbero, inoltre, le lacune soggettive da quelle oggettive, volontarie e involontarie, *praeter legem* e *intra legem*. Classificazioni che, indipendentemente dal loro contenuto, mettono in luce il fenomeno secondo cui l'ordinamento tende a completare se stesso anche mediante l'integrazione dell'interprete.

²⁵ E. Fabiani, voce *Clausola Generale*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, V, 2012, p. 190.

affidasse alla magistratura meri compiti di constatazione e di applicazione meccanica del diritto, era ormai considerata un'utopia²⁶.

Così, tra la fine del XIX secolo e l'inizio del XX secolo, la *disomogeneità* sia del contesto sociale circostante che della cultura giuridica di riferimento spianarono la strada ad una lettura «antiformalistica» della funzione giudiziaria²⁷ e all'affermazione delle scuole del diritto libero²⁸.

²⁶ Scrive A. Raselli, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 64: «Ora, contro l'ipotesi che il legislatore abbia potuto prevedere tutti i rapporti possibili stanno due fatti: primo, la grande varietà di rapporti che si riscontrano nella vita sociale, in un dato momento storico e quindi l'estrema difficoltà che incontra il legislatore ad abbracciarli tutti col suo pensiero: secondo, il continuo sorgere di rapporti nuovi, diversi da quelli preesistenti, nel continuo trasformarsi ed evolversi della vita sociale, e quindi la impossibilità che il legislatore abbia pensato e preveduto, per regolarli, quei rapporti che al momento della emanazione della legge non esistevano. Se dunque il legislatore non ha potuto prevedere e regolare tutti i possibili casi della vita sociale, i sostenitori della dottrina in esame concludono che necessariamente devono esistere delle lacune in ogni ordinamento giuridico».

²⁷ V. Villa, *op. cit.*, p. 305: «Le concezioni antiformalistiche sono normalmente espressione di periodi di crisi, sia *endogene* (crisi "interne" al diritto) che *esogene* (crisi "esterne" al diritto), periodi in cui manca, nella cultura giuridica di riferimento, quella omogeneità di fondo che abbiamo riscontrato per le concezioni formalistiche [...]. In un primo senso, manca *omogeneità interna alla cultura giuridica*. [...] In un secondo senso, manca *omogeneità nel contesto sociale circostante*. Le concezioni antiformalistiche normalmente prevalgono in periodi di crisi sociale, di conflitti fra classi, di assenza di valori etici e politici condivisi». E, con riferimento ad una possibile definizione di *antiformalismo giuridico*, l'Autore scrive: «Una idea centrale comune è quella secondo cui l'attività interpretativa di giudici e giuristi non dovrebbe riguardare, in prima battuta, elementi *intrinseci* alla norma o all'insieme di norme di un ordinamento giuridico, come sostenevano i teorici del formalismo, ma dovrebbe basarsi su fattori storici, teleologici, economici, in una parola, su fattori *estrinseci* alle norme; l'attività interpretativa, insomma, dovrebbe concorrere allo scopo della soluzione di problemi economico-sociali, piuttosto che dedicarsi alla adiafora ricerca del significato delle disposizioni giuridiche» (*ivi*, p. 306).

²⁸ *Ivi*, pp. 306-307: «Il movimento del diritto libero (Kantorwitz, Stampe, Ehrlich, Fuchs, Isay) esprime la posizione antiformalistica in sede di teoria dell'interpretazione nel modo più radicale, in perfetta antitesi al formalismo delle Scuole giuridiche del secolo XIX. [...] Il punto di partenza della teoria dell'interpretazione del movimento del diritto libero è che il diritto legislativo, anche nei casi in cui sembra apparentemente in grado di applicarsi senza particolari problemi alla soluzione di casi concreti, non è mai completo, lascia sempre spazi vuoti da riempire per l'interprete-giudice. Questo perché non solo i significati delle parole contenute nei testi di legge non sono quasi mai univocamente fissati, ma soprattutto perché gli ambiti di esperienza che il diritto legislativo pretenderebbe di regolare sono sempre molto più vasti e più ricchi di ciò che viene rappresentato dalle parole della legge. Stando così le cose, il giudice, in sede di applicazione del diritto, deve gioco forza compiere delle scelte non solo sul significato delle parole, ma anche sui metodi e sui criteri interpretativi da adottare per risolvere i casi. Secondo questo movimento, pertanto, il giudice, nel decidere sui casi concreti, ha ampi margini di manovra, e si comporta a tutti gli effetti come 'legislatore del caso concreto'».

Fiorirono in tutta Europa e in Nord America una molteplicità di scuole di pensiero che, accomunate dal solo contrapporsi al *formalismo giuridico*²⁹, sottolinearono la complessità della figura del giudice e l'illusorietà dell'idea che questo si limitasse ad accertare il diritto in maniera non creativa³⁰.

Così, in Nord America si sviluppa, come reazione al *formalismo giuridico* del *case method* propugnato da Langdell³¹, il movimento del realismo giuridico³².

Ne furono in qualche modo precursori Oliver Wendel Holmes e Roscoe Pound, ritenuto il fondatore della *sociological jurisprudence*. Nonostante l'eterogeneità che ne ha caratterizzato le diverse elaborazioni, i tratti precipui delle teorie sostenute dai giuristi ricompresi in tale classificazione paiono potersi rintracciare nel peso riconosciuto alla *effettività* del diritto, che non vivrebbe nei concetti astratti ma dipenderebbe pure dalla società, dalla politica, dall'economia.

²⁹ Si sofferma sulle diverse accezioni del termine "formalismo", G. Tarello, voce *Formalismo*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, VII, Torino, 1961, pp. 571 ss. Egli distingue quattro significati di "formalismo giuridico". Nello specifico, l'Autore ritiene che con il suddetto termine si indichi 1) una certa teoria della giustizia, per la quale è giusto ciò che è conforme alla legge; 2) una particolare teoria del diritto, che si occupa del diritto come è; 3) una concezione della scienza giuridica come scienza formale; 4) una precipua teoria dell'interpretazione giuridica.

³⁰ Cappelletti M., *Giudici legislatori? Studio dedicato alla memoria di Tullio Ascarelli e Alessandro Pekelis*, Giuffrè, Milano, 1994. Una ricostruzione simile è compiuta anche da G. Tarello, *Diritti, enunciati, usi*, cit., p. 483 il quale sottolinea come, fatta eccezione per la loro riconduzione nell'area delle dottrine antiformalistiche, ognuna di tali teorie mostra una genesi ed una funzione politica fortemente condizionata dal contesto culturale all'interno del quale si sviluppa.

³¹ G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, il Mulino, Bologna, 2001, p. 26: «La raffinatezza del sistema ortodosso classico langdelliano era fondata sull'opinione che il diritto fosse un sistema concettuale completo, formale e ordinato, che soddisfa i parametri giuridici di oggettività e coerenza. Completezza significava che questo sistema era capace di offrire univoche soluzioni corrette o "risposte giuste" per ogni caso presentato al processo di decisione. Formalità significava che il sistema era in grado di dare risposte logicamente corrette tramite l'applicazione di principi astratti ricavati dai casi».

³² G. Tarello, *Diritti enunciati, usi*, cit., p. 66, chiarisce che il termine "realismo" può assumere diversi significati. In una di queste accezioni, il *realismo giuridico* «designa quelle teorie, le quali pongono l'accento sul fatto che l'individuazione dei precetti in funzione della c.d. "applicazione" delle norme ai casi concreti non è e non può essere (del tutto) preordinata da dati normativi precostituiti (cioè, in parole povere, dai "documenti" o dagli enunciati legislativi preesistenti), e perciò la c.d. "individuazione" e la c.d. "applicazione" delle norme sono sempre (almeno in parte) una creazione di norme. Realismo, in questa accezione, si collega a "realtà"». Continua: «"Realismo giuridico" è divenuto un modo corrente di designare, in blocco, una serie di studiosi americani, operanti soprattutto nel periodo fra le due guerre, che in modo di solito frammentario e non senza profonde differenze, sottoposero a talune critiche gli indirizzi dominanti in quel paese e in quel tempo tra i giuristi» (*ivi*, p. 75).

Secondo costoro, l'attività dei giudici non sarebbe meccanica e sillogistica ma, soprattutto, discrezionale, ampiamente *soggettiva*: il giudice si porrebbe come *social engineer* il cui compito sarebbe di ordinare e bilanciare gli interessi sociali non solo alla luce dei precedenti ma anche in base alle esigenze che si colgano nella società³³.

Le dottrine di tale scuola furono poi rielaborate ed estremizzate dal realismo giuridico, di cui furono importanti esponenti Llewellyn e Frank.

In Germania, la critica alla Pandettistica si sostanziò nelle riflessioni di Jhering e, successivamente, nella nascita della *Interessenjurisprudenz* e della *Freirecht Schule*. Esponenti della prima corrente furono autori come Heck, Rümelin, Stoll: tale dottrina «sottolineava come il contenuto di ogni regola realizzasse un compromesso tra interessi in conflitto e come l'interprete dovesse pertanto interpretarla valorizzando quelli che avevano prevalso e trovato ascolto presso il legislatore. Altrimenti detto, il giudice era chiamato a far rivivere la soluzione individuata da quest'ultimo nelle singole e concrete manifestazioni del conflitto tra interessi, deciso in termini astratti e generali dal legislatore»³⁴. Si riconducono, invece, alla *Freirecht Schule*, teorici quali Ehrlik, Fuchs e Kantorowicz: «La Scuola del diritto libero opponeva al pensiero giuspositivista e alla dogmatica concettualista un metodo che comprendeva l'indagine sul comportamento umano. Si voleva trarne delle regole slegate dal testo normativo o dal precedente giurisprudenziale, e offrire al giudice un diritto molto vicino alla sociologia che, ad avviso degli esponenti di questa scuola, meglio avrebbe potuto applicarsi alla società contemporanea»³⁵.

In Francia trovò spazio, in contrapposizione alla Scuola dell'esegesi, la *libre recherche scientifique* o Scuola scientifica, il cui principale esponente fu François

³³ Per una ricostruzione del realismo giuridico americano v. B. Brian, *Teoria del diritto: teorie e contesti*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 242 ss.; G. Minda, *op. cit.*, *passim*.

³⁴ P. G. Monateri-A. Somma, *op. cit.*, p. 126.

³⁵ *Ivi*, p. 127. Si precisa: «L'aggettivo "libero" si ricollega alla rivendicazione di una maggior libertà o indipendenza a favore del giudice, che deve fare da tramite fra il dato sociale e le norme giuridiche generali. Rispetto alla Giurisprudenza degli interessi, la Scuola del diritto libero di differenziava così per la radicale opposizione al moderno positivismo legislativo e alle sue molteplici manifestazioni».

Geny. Egli, per vero, non mise in discussione il primato della legge ma ne criticò la pretesa completezza affidando alla dottrina il compito di scoprire un nuovo diritto naturale in evoluzione. In particolare, egli ritenne che solo dopo l'investigazione del dato sociale sarebbe stato possibile giungere alle fonti effettive del diritto: le lacune, dunque, dovrebbero venire colmate non solo per auto integrazione ma anche per etero integrazione, ossia tramite una libera ricerca scientifica che utilizza la nozione feconda della natura delle cose. Il giudice ha il compito fondamentale di fare da propellente per lo sviluppo delle consuetudini sociali³⁶.

La cultura giuridica italiana tardò nello sviluppare una teoria dell'interpretazione che si ribellasse seriamente all'impostazione illuministica³⁷. Tra le voci di avanguardia, quella di Emilio Betti che sembra recepire la lezione tedesca sulla giurisprudenza degli interessi polemizzando contro il formalismo delle teorie tradizionali. Altrettanto innovativa fu la battaglia di Tullio Ascarelli che, ispirandosi al realismo giuridico americano e alle concezioni più spregiudicate dell'interpretazione nate nei sistemi anglosassoni, insiste nel sottolineare il valore creativo dell'interpretazione giuridica e nel suggerire lo studio della funzione economica e sociale degli istituti giuridici, dal quale solamente deriva un'attività di continuo adattamento del diritto alla realtà mutevole³⁸.

³⁶ *Ivi*, p. 94.

³⁷ Polemizza sulle modalità con cui, in Italia, si manifestò la tendenza a rompere il legame con le ricerche tradizionali sull'interpretazione giudiziale S. Rodotà, *Le «tentazioni» della politica*, in *Politica del diritto*, 1972, pp. 311 ss.: «Guardando indietro, può dirsi che queste discussioni [sulla politicità dell'azione giudiziaria] sono state preparate dalle ricerche sull'interpretazione che, rompendo verso la fine degli anni '50 con le impostazioni tradizionali, misero in luce il ruolo che nella decisione giocava il sistema di valori a cui, esplicitamente o implicitamente, il giudice si richiamava: ma a questa presa di coscienza, sostanzialmente realistica, non seguirono con l'ampiezza desiderabile analisi concrete di comportamenti dei giudici, storie di singole corti, ricostruzioni di filoni giurisprudenziali. L'affermazione di una componente valutativa nell'attività giudicante, di conseguenza, finì con il rappresentare soprattutto una acquisizione teorica, ponendosi come polo dialettico rispetto alla corrente veduta della neutralità del giudice piuttosto che come rilevazione di una realtà verificabile».

³⁸ Entrambe le ricostruzioni sono operate da N. Bobbio, *op. ult. cit.*, pp. 30 ss. Ed è sempre Bobbio che ricostruisce il pensiero di Ascarelli in *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 186 ss.

4. Lo Stato costituzionale di diritto e l'espansionismo giudiziario: premessa.

Le grandi trasformazioni avviate all'inizio del XX secolo giunsero a completa maturazione intorno alla metà degli anni '40. Chiusa la parentesi dei totalitarismi, infatti, è soprattutto a partire dal secondo dopoguerra che, per cause diverse, i sistemi giuridici continentali si allontanano dal modello originario di *civil law* per acquistare tratti che ne riducono le distanze con quelli di *common law*.

Cambiano le forme di coinvolgimento e di aggregazione del singolo, non più legate, secondo Beck, al concetto di "classe" ma ridefinite in base a forme di individualizzazione dei rischi sociali; cambia il sistema dei valori e di simboli convenzionali cui la società fa riferimento; esplode una forte spinta sociale alla individualizzazione ed emergono sempre nuovi interessi alla cui tutela è chiamato ad intervenire lo Stato³⁹. Tali fenomeni, uniti all'avvento delle Costituzioni rigide e all'istituzione delle Corti costituzionali, alle pressioni provenienti dalla dimensione sovranazionale, al processo di globalizzazione e alla diffusione di una cultura delle garanzie, rappresentano alcuni dei principali fattori che hanno contribuito alla destrutturazione del modello istituzionale e culturale ottocentesco dello Stato di diritto⁴⁰ e all'erosione della «legalità borghese»⁴¹, favorendo, al contempo, l'affermazione del potere giudiziario e del diritto giurisprudenziale come fonte giuridica.

È in questo periodo, inoltre, che fioriscono, numerose, le elaborazioni teoriche sulla discrezionalità del giudice (v. cap. 2).

³⁹ Beck U., *La società del rischio: verso una seconda modernità*, Carocci, Roma, 2000, *passim*.

⁴⁰ L'espressione è di S. Aleo, *Crisi del sistema penale e riforma dello Stato*, cit., pp. 1 ss., il quale individua le ragioni della crisi delle forme di legge e di codice nel: 1) la democrazia; 2) lo Stato sociale; 3) l'organizzazione; 4) la globalizzazione. Secondo l'Autore costituiscono, inoltre, aspetti rilevanti della crisi delle connotazioni di astrattezza e generalità della legge, la dimensione monopolistica dell'economia e l'ingresso delle tecnologie, dei trasporti, dell'informazione e delle comunicazioni.

⁴¹ L. Ferrajoli, *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, in P. Barcellona (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, Editori Laterza, Roma-Bari, 1973, p. 107: «Conferire rigore, completezza e coerenza all'ordinamento è conseguentemente il compito fondamentale, la funzione primaria che storicamente si è assunto il giurista borghese, il "servizio politico" che egli ha accettato di rendere al potere. Oggi questo "servizio" è in crisi. Con esso è in crisi l'intero modello teorico del diritto e della giustizia borghese che svela sempre più chiaramente la sua natura smaccatamente ideologica. Ciò che entra in crisi è la legalità borghese».

4.1 Funzione dello Stato, eccesso di leggi e ambiguità del linguaggio legislativo.

La caduta dei regimi totalitari segna anche il definitivo cambiamento di funzione dello Stato. Si afferma progressivamente lo Stato sociale. Esso, rispetto allo Stato di matrice liberale, svolge funzioni maggiori, più complesse, strutturali e difficilmente formalizzabili, nell'esercizio delle quali penetra profondamente nel sistema della produzione e distribuzione dei beni divenendo talvolta esso stesso produttore e distributore.

Lo Stato adesso *incorpora* e *include* le varie rivendicazioni sociali. E ciò fa mediante una *marea di leggi* «volte a potenziare la tutela dei beni giuridici individuali, ma soprattutto concernenti beni istituzionali di nuova configurazione o interessi di natura sovrintegrale spesso artificialmente creati dalle norme stesse»⁴².

Si modifica, di conseguenza, la dimensione sia *quantitativa* che *qualitativa* della legge.

All'aumentare dei settori in cui si richiede una regolamentazione statale corrisponde, infatti, una crescita esponenziale dell'intervento legislativo, soprattutto fuori dai codici e con riferimento a settori particolari dell'ordinamento. Si assiste, così, ad una crescente proliferazione normativa – anche nel settore penale⁴³ – e a una *polverizzazione* del diritto legislativo attraverso una moltiplicazione di leggi a carattere settoriale e temporaneo⁴⁴.

Tale processo, chiamato di *decodificazione*, si manifestò in Italia soprattutto a partire dagli anni '70. È del 1979 la fortunata espressione con cui Natalino Irti

⁴² Scrive C. E. Paliero, *op. cit.*, p. 25: «[...] il moderno Stato sociale imbocca la via legislativa per *ridistribuire la forza economica* a favore dei soggetti economicamente deboli in molti settori della vita sociale, in precedenza lasciati al libero gioco delle forze di mercato (si pensi, a esempio, al settore "edilizio" nel suo complesso, dalla lottizzazione dei suoli al controllo dei canoni di locazione)».

⁴³ Sul fenomeno della *criminalizzazione della vita collettiva* v. A. Garapon-D. Salas, *La Repubblica penale*, trad. it. di Sinibaldi S., Liberilibri, Macerata, 1997. Per vero, sulla proliferazione legislativa in Italia, in specie nel settore penale, si era già pronunciata criticamente la Corte costituzionale con sentenza n. 487 del 1989, consultabile al sito <http://www.giurcost.org/decisioni/1989/0487s-89.html>.

⁴⁴ G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 43.

descrive il periodo storico che si apre con il secondo dopoguerra, caratterizzato dalla perdita di centralità del codice – egli si riferiva al codice civile – e dalla quotidiana e penetrante conquista di territori da parte delle *leggi speciali*⁴⁵. Il diritto contenuto nei codici diviene un diritto *residuale*, *vuoto* in quanto privo di quelle note individuanti che suscitano l'emersione di nuovi principi, *estraneo* a quegli statuti di gruppi cui sembrano invece rispondere le leggi speciali: «strumenti ed attività sono regolati nelle diverse leggi speciali, che modificano o sostituiscono la disciplina del codice, ridotta ormai ad una vetrina di modelli stanchi ed inutilizzati. Soltanto discipline generalissime, comuni a *classi* di strumenti e di attività, conservano una concreta efficacia»⁴⁶. Così, alla disciplina codicistica sopravviene il movimento della legge speciale, dinamico, differenziato, disorganico, fedele interprete di una *società pulviscolare* che non si riconosce più in una comune tavola di valori ma si scompone nella varietà di gruppi e nelle categorie economiche proprie della *società di massa*⁴⁷.

Per vero, in Italia sono pure gli anni della *legislazione dell'emergenza* e delle misure premiali⁴⁸, considerati anch'essi elementi di forte destrutturazione del modello classico della legalità⁴⁹.

⁴⁵ N. Irti, *op. cit.*, p. 26: «[...] il codice civile ci appare ormai aggredito dalle leggi speciali, che strappano istituti e categorie di rapporti, o provvedono alla disciplina di fenomeni appena emersi dalla realtà economica»

⁴⁶ *Ivi*, p. 30. E continua: «la crisi della “centralità” del codice è soltanto una immagine della crisi dello Stato moderno; e così dell'emersione storica di gruppi e classi, di categorie economiche e di élites, che esigono specifici statuti e tavole di diritto» (*ivi*, p. 38).

⁴⁷ *Ivi*, p. 96.

⁴⁸ P. Troncone, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo stato liberale allo stato democratico di diritto*, Jovene editore, Napoli, 2001, pp. 18 ss., ritiene che le norme di emergenza possano essere considerate in contraddizione con i principi dello Stato di diritto. «[...] la legislazione dell'emergenza ha determinato una vera e propria alterazione della fonte di legittimazione che non trova più ancoraggio nel sistema giuridico, da considerare come complesso di vincoli e garanzie, e trova invece la sua giustificazione esclusivamente sul piano politico. La legislazione dell'emergenza è, dunque, la conseguenza di scelte politiche che, prescindendo dagli schemi di diritto vincolati ai principi generali e ai valori che fondano un moderno Stato democratico di diritto, trova la sua legittimazione in una moderna quanto anacronistica *ragion di Stato*. Per queste ragioni la norma di emergenza si pone in contraddizione con i principi dello Stato di diritto, nel quale, viceversa, tutto deve essere subordinato alla legge ed anche le finalità politiche devono essere perseguite attraverso la regolare applicazione del diritto» (*ivi*, p. 24). E ancora: «In tutta la legislazione penale dell'emergenza [...] si profila un difetto di determinatezza o di precisione nella descrizione delle condotte incriminate e il legislatore sempre più sembra allontanarsi dal diritto

Alla trasformazione *quantitativa* si accompagna una trasformazione pure *qualitativa* della legge che, seguendo la c.d. tecnica promozionale propria dello Stato sociale, si limita spesso ad indicare solo la funzione, la finalità e i principi da perseguire, lasciandone alla discrezionalità del giudice⁵⁰, o comunque di un soggetto terzo, la definizione della portata operativa⁵¹. Si aggiunga che il linguaggio giuridico delle norme risente, spesso, di formulazioni vaghe, ambigue e ricche di clausole generali⁵². Tale ambiguità talvolta deriva da questioni di

penale “*del fatto*”, per rincorrere forme di incriminazione che si basano, da un lato sulla cosiddetta *colpa normativa d'autore*, dall'altro sulla marcata anticipazione della soglia di tutela penale che coincide con il semplice pericolo, se non talvolta con la presunzione di pericolo» (ivi, pp. 177-178).

⁴⁹ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 844 ss., ritiene che il tendenziale mutamento di paradigma subito dal sistema penale italiano intorno agli anni Settanta ed Ottanta, che mette in luce «la sua divaricazione rispetto al modello di legalità penale disegnato dalla Costituzione e tramandato dalla tradizione liberale», trova le sue radici «nella legislazione d'eccezione e nella giurisdizione non meno eccezionale che in questi stessi anni hanno alterato sia la fonte di legittimazione politica del diritto penale che i suoi principi ispiratori. La cultura dell'emergenza e la pratica dell'eccezione, ancor prima delle trasformazioni legislative, sono infatti responsabili di un'involuzione del nostro ordinamento punitivo che si è espressa nella riedizione, in panni ammodernati, dei vecchi schemi sostanzialistici propri della tradizione penale premoderna, nonché nella recezione nell'attività giudiziaria di tecniche inquisitorie e di metodi di intervento che sono tipici dell'attività di polizia. [...] L'alterazione della fonte di legittimazione è consistita precisamente nell'assunzione dell'eccezione o dell'emergenza (antiterroristica, o antimafiosa o anticamorraistica) come giustificazione politica della rottura, o se si preferisce del cambiamento, delle regole del gioco che nello stato di diritto disciplinano la funzione penale. Questa concezione dell'emergenza altro non è che l'idea del primato della *ragion di stato* sulla *ragione giuridica* come criterio informatore del diritto e del processo penale, sia pure in situazioni eccezionali come quelle create dal terrorismo politico o da altre forme di criminalità organizzata».

⁵⁰ L. M. Friedman, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Il Mulino, Bologna, 1975, trad. it. di G. Tarello, pp. 80 ss., ritiene che un certo grado di discrezionalità sia necessariamente insito in ogni norma: «[...] nessuna norma è perfettamente oggettiva, e nessuna consiste solo in un conferimento di discrezionalità. La ragione è che nessun *concetto* è completamente oggettivo, né completamente immateriale e astratto. [...] La discrezionalità conferita da una norma è perciò una questione di grado: di più o di meno».

⁵¹ S. Aleo, *Crisi del sistema penale e riforma dello Stato*, cit., p. 3.

⁵² Sull'utilizzo delle clausole generali nell'ordinamento italiano paiono utili le conclusioni cui è giunta la Corte Costituzionale nella sentenza 5/2004 (<http://www.giurcost.org/decisioni/2004/0005s-04.html>). Ivi la Consulta, interpellata sulla compatibilità costituzionale con il principio di determinatezza della formula “senza giustificato motivo” riportata nell'art. 14, comma 5 ter, d.lgs. 286/1998, ha infatti ritenuto che «la formula “senza giustificato motivo” e formule a essa equivalenti od omologhe — “senza giusta causa”, “senza giusto motivo”, “senza necessità”, “arbitrariamente”, ecc. — [...] sono destinate in linea di massima a fungere da “valvola di sicurezza” del meccanismo repressivo, evitando che la sanzione penale scatti allorché — anche al di fuori della presenza di vere e proprie cause di giustificazione — l'osservanza del precetto appaia concretamente “inesigibile” in ragione, a seconda dei casi, di

formulazione legislativa ma, talaltra, origina, *nonostante* il testo, dal conflitto sociale e dalle pretese emergenti⁵³.

Fra gli effetti “a cascata” derivanti dal quadro delineato, oltre ad ovvi problemi «di coerenza del sistema ovvero di discrasie e contraddizioni fra norme e settori diversi»⁵⁴, vi rientrano pure problemi di comunicazione e conoscibilità: «[...] non può stupire, allora, che conoscere ed osservare tale vasta categoria di leggi riesca sempre più difficile al cittadino: al cittadino “comune”, ma anche al componente di un “gruppo”, allorché il flusso di norme si fa così vertiginoso da annientare la “comunicazione” usuale [...] Sembra poi che anche i soggetti “privilegiati” (imprenditori, commercianti), fruitori di canali d’informazione non ufficiale, e persino i tecnici (commercialisti, legali, fiscalisti) non siano più in

situazioni ostative a carattere soggettivo od oggettivo, di obblighi di segno contrario, ovvero della necessità di tutelare interessi confliggenti, con rango pari o superiore rispetto a quello protetto dalla norma incriminatrice, in un ragionevole bilanciamento di valori. Il carattere “elastico” della clausola si connette, nella valutazione legislativa [...] alla impossibilità pratica di elencare analiticamente tutte le situazioni astrattamente idonee a “giustificare” l’inosservanza del precetto. Una simile elencazione scontrerebbe immancabilmente — a fronte della varietà delle contingenze di vita e della complessità delle interferenze dei sistemi normativi — il rischio di lacune: lacune che, peraltro, tornerebbero non a vantaggio, ma a danno del reo, posto che la clausola in parola assolve al ruolo, negativo, di escludere la punibilità di condotte per il resto corrispondenti al tipo legale. La frequenza dell’impiego di una determinata formula nella legislazione ordinaria non equivale ancora, ovviamente, a una patente di legittimazione sul piano costituzionale: rimanendo ferma, al contrario, l’esigenza di accertare, in relazione al singolo contesto di utilizzo, che la locuzione de qua [...] non ponga la norma incriminatrice in contrasto con il fondamentale principio di determinatezza, rimettendo di fatto all’arbitrio giudiziale la fissazione dei confini d’intervento della sanzione criminale.[...] L’inclusione nella formula descrittiva dell’illecito penale di espressioni sommarie, di vocaboli polisensibili, ovvero [...] di clausole generali o concetti “elastici”, non comporta un vulnus del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice — avuto riguardo alle finalità perseguite dall’incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca — di stabilire il significato di tale elemento, mediante un’operazione interpretativa non esorbitante dall’ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo».

⁵³ Nota G. Zagrebelsky, *op.cit.*, p. 44, come la società si caratterizzi, adesso, per un’estesa diversificazione di gruppi e strati sociali, tutti partecipanti al *mercato delle leggi*: essi manifestano esigenze sempre nuove e avanzano pretese di soddisfazione di interessi corporativi. «I contenuti della legge, di conseguenza, perdono di astrattezza e generalità, assumono contenuti fortemente differenziati e presentano sempre più il carattere della *contrattualizzazione*: l’atto creativo di diritto legislativo è l’esito di un processo politico nel quale operano numerosi soggetti sociali particolari (gruppi di pressione, sindacati, partiti)».

⁵⁴ S. Aleo, *Sistemi giuridici Complessità @ Comunicazione*, cit., p. 52

grado di dominare il flusso delle norme e delle decisioni»⁵⁵. E, ancora una volta, di fronte alla crescente imperscrutabilità dell'ordinamento, è il giudice ad acquisire maggiore spazio.

4.2. Le costituzioni rigide, l'espansione delle Corti costituzionali e del controllo di costituzionalità.

Il secondo dopoguerra si caratterizza pure per la diffusione in Europa delle carte costituzionali rigide⁵⁶ e l'istituzione di un apposito organo giudiziario chiamato a vagliare la conformità delle leggi alla costituzione. Tali novità, secondo Ferrajoli, segnano il passaggio dallo stato legislativo di diritto allo *Stato costituzionale di diritto* nonché una *revisione della concezione puramente procedurale della democrazia*⁵⁷.

La validità della legge viene subordinata alla sua coerenza, formale e sostanziale, coi principi contenuti nelle stesse costituzioni: una norma, pur formalmente coerente con il *principio di mera legalità* (riguardante esclusivamente la *forma* di

⁵⁵ C. E. Paliero, *op. cit.*, pp. 31-32.

⁵⁶ P. Troncone, *op. cit.*, pp. 15-16, sottolinea la differenza fra le costituzioni dello stato di diritto liberale e quelle dello Stato democratico sociale: «Nello Stato liberale ove la Costituzione racchiudeva il complesso dei principi solennemente sanciti da un dettato normativo concesso dal Sovrano, era sufficiente una legge ordinaria del Parlamento per modificarla o sospenderla. Per questa ragione si trattava di un modello flessibile di Costituzione. Era dopotutto la conferma del carattere di fragilità di un sistema di poteri in cui l'equilibrio era funzionalizzato alle esigenze della Corona e dove il Parlamento recuperava il suo spazio solo per essere espressione di ceti emergenti ma purtuttavia subordinati al potere sovrano. [...] Diversamente da quanto accade con le moderne forme dello Stato democratico-sociale che fonda la propria legittimazione su un modello di Costituzione rigido, vale a dire su di un complesso normativo alla cui modifica si può addivenire solo attraverso una complessa procedura di revisione costituzionale. Si tratta di una procedura di modifica codificata dalla stessa Carta costituzionale [...]. Questo farraginoso meccanismo di intervento sulle norme fondamentali assicura in realtà anche il rispetto dei principi e dei valori posti alla base della convivenza sociale e recepiti nella Costituzione».

⁵⁷ L. Ferrajoli, *Lo Stato di diritto fra passato e futuro*, cit., pp. 354 ss. Secondo Ferrajoli, i descritti mutamenti prodotti dal costituzionalismo rigido si traducono, sul piano politico, in una revisione della concezione puramente procedurale della democrazia: «la costituzionalizzazione di principi e diritti fondamentali, vincolando la legislazione e condizionando la legittimità del sistema politico alla loro tutela e soddisfazione, ha infatti innestato nella democrazia una dimensione sostanziale in aggiunta alla tradizionale dimensione politica o formale o meramente procedurale. Intendo dire che la dimensione sostanziale della validità nello Stato costituzionale di diritto si traduce in una dimensione sostanziale della stessa democrazia, della quale rappresenta un limite e insieme un completamento [...]».

produzione normativa), può adesso rivelarsi invalida se contrastante con norme costituzionali sostanziali⁵⁸. Si introduce così un sistema a *doppia legalità*, ordinaria e costituzionale, di cui i giudici – ordinari e costituzionali – divengono i custodi.

Muta, di conseguenza, il rapporto fra giudice e legge: il giudice è soggetto alla costituzione «e quindi alla legge solo se valida costituzionalmente. Sicché l'interpretazione e l'applicazione della legge sono anche, sempre, un giudizio sulla legge medesima che il giudice ha il dovere, ove non sia possibile interpretarla in senso costituzionale, di censurare come invalida tramite la sua denuncia di incostituzionalità»⁵⁹.

Il tutto, con importanti implicazioni pure in tema di divisione dei poteri. La comparazione fra la legge ordinaria e costituzionale sembra tradursi, infatti, in uno spostamento di poteri dal Parlamento ai giudici e, quindi, in un'*attribuzione di significato* alle disposizioni di legge ordinaria per il tramite del testo costituzionale. Quanto più la sfera operativa del giudice è vicina al terreno di costituzionalità, tanto più estese sono le sue possibilità di incidere sul mondo dei valori e di esercitare un ruolo di censura nei confronti dello stesso potere legislativo. L'effetto di tale trasformazione è, tra gli altri, quello di destabilizzazione del sistema⁶⁰.

Così, da un lato, le Corti costituzionali diventano garanzia di attuazione delle leggi superiori e assumono il potere non solo di abrogare ma anche di modificare

⁵⁸ L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., p. 8, che con riferimento al modello costituzionale o gius-positivista afferma: «In base a questo modello, mentre la esistenza o vigore delle norme continua a dipendere della loro forma di produzione, la cui norma di riconoscimento resta il vecchio principio di legalità formale, la loro validità dipende dalla loro sostanza o contenuto, la cui norma di riconoscimento consiste nel principio di legalità sostanziale che la vincola alla coerenza con i principi e i diritti costituzionalmente stabiliti. Alla separazione e divaricazione esterna tra giustizia e validità, si aggiunge la divaricazione interna tra validità ed esistenza: possono ben esistere negli ordinamenti costituzionali odierni, norme esistenti perché prodotte in conformità alle norme formali e tuttavia invalide perché in contrasto con la costituzione».

⁵⁹ L. Ferrajoli, *Lo Stato di diritto fra passato e futuro*, cit., p. 355.

⁶⁰ G. Tarello, *Cultura giuridica e politica del diritto*, il Mulino, Bologna, 1988, p. 351: «quando l'elemento propulsore è un organo concentrato, accentrato, come il Parlamento, è possibile che il mutamento giuridico si ispiri ad un'univoca linea di tendenza: quando invece il mutamento giuridico è affidato a organi diffusi, è meno facile che il mutamento avvenga secondo un indirizzo univoco».

in parte qua la legislazione ordinaria. Specie in Italia, a partire dagli anni '70, la Consulta si è spinta fino al punto di *aggiungere* (c.d. sentenze manipolative)⁶¹ al disposto normativo quei dati che ne consentono una conformità alla Carta fondamentale, attribuendosi una funzione legislativa che non le è propria e che rimescola e confonde il principio di separazione dei poteri⁶².

Dall'altro, come nota Tarello, la valorizzazione del ruolo delle norme fondamentali ha portato ad affidare alla magistratura la capacità di applicazione diretta dei principi costituzionali, finendo per profilare un modello di giudice continentale simile a quello dei sistemi di *common law*: così, il giudizio di costituzionalità, anziché restare riservato ad un organo (la Consulta) in strutturale rapporto di tensione con il Parlamento, «si è diffuso per tutti i rivoli del giudiziario, trasferendo questa tensione strutturale, per così dire, all'in giù»⁶³. Dal momento che la Costituzione rappresenta una guida alla luce della quale deve essere interpretata la legge ordinaria e che l'interpretazione della legge ordinaria spetta a tutti i giudici, l'uso diretto della Costituzione viene a trasferirsi in parte dal giudice costituzionale all'intero giudiziario⁶⁴.

In ambito penale, simili sviluppi si risolvono nella regressione della dimensione meramente descrittiva della fattispecie incriminatrice, con l'apertura a profili

⁶¹ Fra queste anche le sentenze interpretative di rigetto, con cui la Consulta utilizza la pronuncia per suggerire proprie interpretazioni dell'istituto cui presumibilmente si adegueranno i giudici ordinari. Ricostruisce lo sviluppo storico di tali sentenze, E. Lamarque, *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in B. Biscotti-P. Borsellino-V. Pocar-D. Pulitanò (a cura di), *La fabbrica delle interpretazioni*, Atti del VIII Convegno della Facoltà di giurisprudenza, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 49 ss.

⁶² M. Amisano, *Funzione dei giudici e separazione dei poteri*, in S. Gambino (a cura di), *La magistratura nello Stato costituzionale. Teorie ed esperienze a confronto*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 337 ss., la quale chiarisce come nel caso delle sentenze additive della Corte Costituzionale, la funzione interpretativa da questa svolta esuli dal normale processo ermeneutico per sconfinare in vera e propria creazione normativa.

⁶³ G. Tarello, *Cultura giuridica e politica del diritto*, cit., p. 365

⁶⁴ M. R. Ferrarese, *L'istituzione difficile: la magistratura tra professione e sistema politico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1984, p. 12, la quale nota come si sia finito per demandare ai giudici una funzione di controllo di costituzionalità *diffuso* assimilabile, per certi versi, a quello originario dell'area giuridica statunitense.

assiologici che condizionano il giudizio di tipicità, sradicandolo dalla avalutatività in cui lo aveva ristretto la prospettiva giuspositivistica⁶⁵.

4.3. Il superamento della dimensione nazionale e la crisi della statualità.

Una forte spinta alla ridefinizione degli equilibri istituzionali del vecchio Stato di diritto e della dimensione prettamente nazionale che ne caratterizzava l'attività proviene dalla dimensione europea e dal processo di globalizzazione.

4.3.1. La dimensione europea.

Le riflessioni in merito all'erosione di un'accezione formale del principio di legalità e all'ampliamento dello spazio di intervento concesso al giudice non possono prescindere dai contributi provenienti dalla dimensione europea, in specie dall'Unione Europea e dal sistema Cedu, impegnate a ridefinire confini e portata applicativa di istituti di diritto interno e, per il tramite di questi, a ridisegnare la sovranità statale. L'influenza di tali sistemi su quelli nazionali, anche nel settore penale, sembra rimarcare la caratteristica degli ordinamenti attuali, espressione, oltre che di un pluralismo politico-sociale, di un pluralismo degli ordinamenti che destabilizza la statualità del diritto e, mettendo in crisi il monismo parlamentare del secolo scorso, costruisce un sistema di fonti multilivello.

Alla configurazione di tale quadro contribuiscono pure gli organi giurisdizionali previsti all'interno di tali sistemi, che allentano la configurazione statale dei corpi giudiziari nazionali rimescolandone l'ordine gerarchico. Così, i giudici nazionali sono adesso chiamati ad applicare la legge dello Stato tenendo conto della normativa sovranazionale, dei diritti e dei beni giuridici ivi tutelati nonché degli orientamenti espressi dalle Corti che operano all'interno di ognuno dei sistemi considerati, restando pur sempre titolari del potere di sollevare questione di legittimità costituzionale o, se del caso, di sbarrare l'ingresso a interpretazioni

⁶⁵ A. Gargani, *Verso una democrazia giudiziaria? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, pp. 99 ss.

eccessivamente erosive della sovranità statale. È il giudice, ordinario e costituzionale, che dialoga con le corti europee, che allarga o restringe le fattispecie, le adatta al diritto vivente e alle evoluzioni sostanziali che, specie in tema di diritti, si registrano nella giurisprudenza europea⁶⁶.

Siamo ben lontani, dunque, dalla presenza di leggi poche e chiare dinanzi alle quali il giudice è solo *bouche de la loi*. Questo incrocio fra diversi sistemi obbliga i giuristi e i giudici a utilizzare paradigmi profondamente diversi da quelli a cui siamo abituati: non è più possibile ragionare secondo una dimensione normativa meramente interna; occorre muoversi in una logica di interazioni con le fonti europee e in una prospettiva di rilettura del nostro sistema secondo criteri di conformità convenzionale⁶⁷.

A) L'Unione Europea.

Le istituzioni dell'Unione Europea sono dotate di strumenti normativi idonei a incidere sulla legislazione degli Stati membri. Così, attraverso i regolamenti, le direttive, le decisioni, le raccomandazioni e i pareri, l'Unione è in grado di orientare la politica dei paesi aderenti rispetto a specifiche materie. Tali strumenti normalmente necessitano di un atto di formale trasposizione interna che le renda concretamente applicabili; tanto i regolamenti quanto le direttive c.d. *self executing*, tuttavia, risultano in concreto direttamente applicabili da parte del giudice che, pur in assenza di una formale trasposizione, in una controversia in cui venga in rilievo una situazione disciplinata dallo strumento europeo, potrà dare applicazione a quest'ultimo eventualmente disapplicando per il caso di specie la normativa nazionale.

⁶⁶ Scrive M. R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, il Mulino, Bologna, 2002, p. 228, con specifico riferimento all'attività della Corte di giustizia dell'UE: «Ciò che appare evidente dopo venti anni di giurisprudenza di questa Corte è che il quadro dei valori costituzionali non termina più con le costituzioni nazionali: se nel passato i documenti costituzionali “chiudevano” autorevolmente e definitivamente la scala dei riferimenti giuridici, oggi questi coperchi appaiono ripetutamente bucherellati da principi e regole ad essi superiori e persino estranei, se non del tutto conflittuali».

⁶⁷ R. Kostoris, *Modello accusatorio, cultura inquisitoria, scenari europei, tra presente e futuro del processo penale*, in *Rivista di diritto processuale*, 2011, p. 534.

Quanto appena detto vale solo in parte per il diritto penale, che indubbiamente rappresenta la branca del diritto pubblico in cui si esplica maggiormente la sovranità statale. Con la firma del Trattato di Lisbona e l'abolizione del sistema dei tre pilastri è stato introdotto l'art. 83 TFUE secondo cui l'Unione Europea, nelle specifiche materie affidate alle sue cure, disporrebbe di una competenza penale *indiretta*. Il Parlamento e il Consiglio europei possono, cioè, stabilire norme minime – relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente gravi che presentino il carattere della trans nazionalità – la cui attuazione è, tuttavia, rimessa all'intervento del legislatore ordinario. Gli Stati contraenti, e quindi anche l'Italia, hanno così l'obbligo di adeguarsi alle indicazioni provenienti dalla dimensione europea prevedendo fattispecie che tutelino adeguatamente gli interessi considerati attraverso sanzioni proporzionali e dissuasive che assicurino al bene giuridico di matrice europea una tutela almeno pari a quella garantita in Italia per gli interessi nazionali.

Per vero, con riferimento all'ordinamento italiano, in cui il principio di legalità del reato e delle pene impedisce, o comunque limita, la possibilità che la normativa comunitaria contribuisca alla formulazione della fattispecie penalmente sanzionata o alla determinazione o all'aggravamento del trattamento sanzionatorio previsto a livello nazionale⁶⁸, l'art. 83 TUE sembrerebbe consentire un rispetto della sola dimensione formale di tale principio. Secondo taluna dottrina, ne altererebbe, invece, la dimensione sostanziale, poiché la scelta dei beni meritevoli di protezione e la natura della tutela (penale o no) a questi accordata viene di fatto trasferita nell'ordinamento sovranazionale⁶⁹. Verrebbe così vanificata la garanzia democratica del processo genetico delle norme penali, poiché al Parlamento nazionale verrebbe di fatto sottratto il potere di valutare

⁶⁸ G. Grasso, *Diritto penale e integrazione europea*, in G. Grasso-R. Sicurella, *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 9.

⁶⁹ G. Grasso, *Il trattato di Lisbona e le nuove competenze penali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 2332 ss., il quale, pur non concordando con tale ricostruzione, prosegue condividendo l'opinione di coloro che correttamente hanno rilevato come, in tal modo, «l'opzione fondamentale di politica criminale relativa al livello di tutela e, quindi alla scelta tra sanzione penale e strumenti alternativi di tutela, viene demandata alle istituzioni comunitarie».

autonomamente i presupposti politico-criminali che rendono necessario il ricorso alla tutela penale⁷⁰.

B) Il sistema Cedu.

Altrettanto rilevante appare il riferimento al sistema delineato dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottata a Roma nel 1950. Tale Convenzione rileva non solo per l'affermazione dei diritti che vi sono riconosciuti ma, in particolar modo, per il sistema giurisdizionale ivi previsto. È stata istituita, infatti, un'apposita Corte (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo) cui è possibile rivolgersi, in ultima istanza, allorquando si ritenga che i tribunali nazionali non siano stati in grado di dare *giustizia* a un determinato diritto.

Con riferimento al sistema italiano, la Corte Costituzionale ha ritenuto di riconoscere alle disposizioni Cedu il rango di norme sub-costituzionali alla cui interpretazione conforme è eventualmente subordinata la contrarietà della disciplina interna con l'art. 117 Cost.

Ai fini della questione di cui si tratta, pare rilevante notare come tale impostazione ermeneutica abbia di fatto portato alla rivalutazione in chiave sostanziale di taluni principi e istituti propri del nostro sistema penale. È il caso, a esempio, della ridefinizione della “materia penale” e, in modo particolare, della nozione di “pena”. Per effetto di una lettura *convenzionalmente conforme* del principio di legalità della pena, infatti, taluni istituti formalmente classificati dal legislatore italiano in termini di misure di sicurezza o sanzioni amministrative, sono stati qualificati, nella sostanza, come “*pene*”, in quanto tali soggette ai più rigidi principi per queste previsti. È stato il caso della confisca per equivalente, della confisca del veicolo, della confisca del terreno lottizzato abusivamente.

Certa dottrina ritiene, inoltre, che da talune disposizioni della Convenzione – così come interpretate dalla stessa Corte EDU – possano pure dedursi obblighi (morbidi) o divieti di incriminazione penale nei confronti degli Stati aderenti⁷¹.

⁷⁰ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2006, p. 70.

4.3.2. La globalizzazione

Fra le cause di alterazione del modello di stato di diritto liberale non sembra non potersi annoverare il processo di globalizzazione, riduttivamente definibile quale fenomeno di crescita dell'integrazione economica, sociale e culturale tra le diverse aree del mondo⁷².

Globalizzazione come alterazione e ridefinizione sia della dimensione *spaziale* del mondo, di cui vengono annullati confini e distanze in specie grazie alle straordinarie capacità connettive delle nuove tecnologie, che di quella *temporale*: «La tendenza del presente ad affermarsi come dimensione temporale onnivora significa un mutato rapporto che il presente intrattiene con il passato e con il futuro e, ancor più, un cambiamento del significato stesso da attribuire a passato e futuro. Ciò significa altresì che si indebolisce il nesso diretto tra passato e futuro perché l'interposizione del presente non solo è sempre più significativa, ma finisce per diventare variabile autonoma, che attrae nella sua orbita passato e futuro»⁷³. Tale rivoluzione, temporale e spaziale, coinvolge anche il diritto e le istituzioni, che hanno una configurazione meno rigida e predeterminata. L'esigenza che prevale è quella di flessibilizzazione di categorie che siano capaci di adattarsi al cambiamento.

In generale, può affermarsi che il processo di globalizzazione instauri nuovi "giochi di proporzione" anche nella sfera giuridica che si scopre *affollata* da vecchie e nuove fonti, da vecchi e nuovi istituti, da vecchi e nuovi soggetti giuridici che, insieme, attentano al primato della legge, «un tempo incontrastata signora e prima attrice della scena giuridica».

Il diritto giurisprudenziale, policentrico, in grado di esprimere collegamenti sintetici tra dimensioni opposte (c.d. *glocalità*) e capace di produrre diritto "per

⁷¹ A. Esposito, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Giappichelli Editore, Torino, 2008, *passim*.

⁷² S. Aleo, *Sistemi giuridici. Complessità @ Comunicazione*, cit., pp. 56 ss., inserisce la *globalizzazione* tra i fattori che mettono in crisi la forma di codice e di legge svelando l'insufficienza della dimensione statale di fronte alle dimensioni reali delle attività e dei problemi

⁷³ M. R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, cit., p.12.

via incrementale”, ossia per aggiunte successive⁷⁴, sembra rispondere alle esigenze poste dalla globalizzazione.

I giudici sono chiamati a svolgere un ruolo costituzionale di definizione dei rapporti fra i diversi ordini giuridici e di integrazione dei diversi sistemi regolatori ⁷⁵.

4.4. La cultura delle garanzie e le crescenti aspettative di giustizia: un riassetto istituzionale.

Fra le ragioni che hanno alterato gli equilibri del vecchio Stato di diritto conferendo al principio di legalità e ai suoi corollari una dimensione sempre più sostanzialistica, rientra senz’altro la crescita della cultura dei diritti. Sembra, infatti, che intercorra uno stretto nesso fra mutamento sociale, affermazione di vecchi e nuovi diritti ed espansionismo dell’attività giudiziaria.

In generale, il tema dei diritti ha rappresentato un punto d’incontro fondamentale nelle trasformazioni costituzionali che seguono la sconfitta storica dei totalitarismi. Così, nei contesti contemporanei, la lista dei diritti costituzionalmente garantiti non si limita più ai pochi della tradizione giusnaturalistica ma si allarga a tutelare, accanto ad interessi individuali, anche interessi pubblici, generali e di entità collettive⁷⁶. Il singolo viene garantito non più soltanto nella sua dimensione individuale ma altresì all’interno delle formazioni *intermedie* (come la famiglia) e nella specificità dei suoi diversi *status* sociali (il sesso, l’età, le condizioni fisiche)⁷⁷.

In particolare, da un lato, si assiste a una crescente proclamazione dei diritti fondamentali dell’uomo, i c.d. diritti di prima generazione, che sono

⁷⁴ M. R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, cit., p. 66 e pp. 80 ss.

⁷⁵ L’analisi è di S. Cassese, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009, p. 139.

⁷⁶ G. Tarello, *Cultura giuridica e politica del diritto*, cit., p. 364

⁷⁷ N. Bobbio, *L’età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, pp. 67 e ss. L’Autore sottolinea come solo dinanzi ai diritti fondamentali e, quindi, ai diritti di libertà il soggetto sia considerato *eguale*; diversamente, i diritti sociali mettono in luce, nel loro riconoscimento, le differenze fra i diversi destinatari.

prevalentemente diritti di libertà la cui realizzazione implica da parte degli altri obblighi puramente negativi, di astensione. Proprio per il contenuto che li contraddistingue, essi risultano portatori di una razionalità *universalizzante, mobile ed evolutiva*⁷⁸ la cui affermazione provoca la ridefinizione delle fonti di diritto interne e il riassetto della sovranità degli Stati (vd. par. precedente). Secondo Bobbio: «In sede storica sostengo che l'affermazione dei diritti dell'uomo deriva da un rovesciamento radicale di prospettiva, caratteristico della formazione dello stato moderno, nella rappresentazione del rapporto politico, cioè nel rapporto stato-cittadini o sovrano-sudditi: rapporto che viene sempre più guardato dal punto di vista dei diritti dei cittadini non più sudditi, anziché dal punto di vista dei poteri del sovrano in corrispondenza alla visione individualistica della società, secondo cui per capire la società bisogna partire dal basso, cioè dagli individui che la compongono, in opposizione alla tradizionale concezione organica, secondo cui la società come un tutto viene prima degli individui»⁷⁹.

Dall'altro, si fanno avanti i diritti sociali, espressione del principio di solidarietà e di uguaglianza sostanziale (sono tali, a esempio, il diritto al lavoro, i diritti sindacali, alla salute, all'assistenza sanitaria)⁸⁰. Essi, a differenza dei precedenti, consistono in *poteri* e la loro realizzazione passa attraverso la imposizione ad altri di un certo numero di obblighi positivi⁸¹. In tal senso è possibile affermare che l'attuazione di tali diritti richiede un continuo intervento sia dello Stato,

⁷⁸ M. Delmas-Marty, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 1992.

⁷⁹ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., pp. XI-XII.

⁸⁰ Per una definizione di "diritti sociali" v. G. Pino, *Diritti sociali. Analisi teorica di alcuni luoghi comuni*, consultabile al sito <http://www1.unipa.it/gpino/Pino,%20Diritti%20sociali.pdf>. Secondo l'Autore i diritti sociali sono quei diritti che trovano la loro giustificazione contemporaneamente nel principio di solidarietà e nell'eguaglianza sostanziale. Vale a dire che si tratta di diritti a prestazioni pubbliche (solidarietà) finalizzate a evitare che una qualche circostanza materiale o esistenziale (salute, indigenza, disoccupazione, ecc.) impedisca il pieno sviluppo della persona umana e la sua partecipazione alla vita sociale su un piano di libertà ed eguaglianza (eguaglianza sostanziale).

⁸¹ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., p. 13

chiamato a promuovere la realizzazione di programmi sociali che ne permettano il concreto esercizio, che dei giudici⁸².

Accanto ai diritti sociali sono poi emersi i c.d. diritti di terza generazione, i nuovi diritti, il più importante dei quali sembra essere quello a vivere in un ambiente non inquinato.

E, scrive Bobbio, «già si affacciano nuove richieste che non saprei chiamare se non diritti della quarta generazione, riguardanti gli effetti sempre più sconvolgenti della ricerca biologica che permetterà manipolazioni del patrimonio genetico di ogni singolo individuo»⁸³.

Categorie, le ultime due, che non erano nemmeno concepibili nel momento in cui furono varate le dichiarazioni settecentesche: «certe richieste nascono soltanto quando nascono certi bisogni. Nuovi bisogni nascono in corrispondenza del mutamento delle condizioni sociali, e quando lo sviluppo tecnico permette di soddisfarli»⁸⁴.

L'ampliamento del catalogo dei diritti tutelabili, o di quelli rispetto ai quali si aspira ad una tutela, così come la volontà di affermare quelli già riconosciuti ha come conseguenza una crescita dell'aspettativa di giustizia. Si parla in tal senso della *rivoluzione del processo dovuto*⁸⁵ come di quel fenomeno in base al quale ciascun soggetto, disconoscendo altre autorità sociali, *pretende* di aver riconosciuta dinanzi al giudice la prevalenza dei propri diritti su quelli altrui: il sistema giudiziario diviene così, anche per la maggiore immediatezza, uno *strumento di intervento diretto e di partecipazione dei cittadini* dietro il quale riposa la sfiducia nel meccanismo parlamentare. «Quanto più il legislatore è lento o quanto più il suo intervento è frenato dalla pressione di interessi particolari,

⁸² M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, cit., p. 29.

⁸³ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, cit., pp. XIV-XV.

⁸⁴ *Ivi*, p. XIV.

⁸⁵ A. Pizzorno, *Il potere dei giudici: Stato democratico e controllo delle virtù*, Laterza, Roma, 1998, pp. 39 ss., il quale aggiunge a tale fenomeno altre conseguenze che la modernizzazione della società produrrebbe sull'ordinamento giudiziario: tra queste, la crescita di rapporti fra estranei, che rende il ricorso alla giustizia tanto più frequente quanto più socialmente distanti tra loro sono gli individui potenzialmente coinvolti in controversie, e il coinvolgimento dell'individuo in situazioni sempre più suscettibili di provocare danni, quindi pretese di riparazione.

tanto più forte diventa la ricerca di un altro varco istituzionale, che la magistratura può fornire anche per la sua natura di potere diffuso [...]. Soggetti individuali e collettivi che si vedono sbarrato l'accesso ai luoghi tradizionali della rappresentanza, riescono a far sentire la loro voce e a ottenere risultati che altrimenti sarebbero del tutto impossibili»⁸⁶. In questo senso, Rodotà sostiene che l'espansionismo del potere giudiziario non possa essere letto riduttivamente come una forzatura derivante da un eccesso di attivismo giudiziario ma vada interpretato quale nuovo canale di rappresentanza politica, con un innegabile arricchimento del processo democratico nel suo insieme. Il successo della giurisdizione, quindi, dovrebbe essere analizzato anche come parte di un *riequilibrio politico e istituzionale*.

Secondo Beck, il processo di realizzazione dei diritti civili costituzionali in tutti i suoi stadi «toglie alla politica il suo potere e i suoi confini e politicizza la società». Si formerebbero, cioè, dei centri eterogenei della sub-politica in grado di influenzare, mediante l'esercizio effettivo dei diritti costituzionali, il processo di formazione e di applicazione delle decisioni politiche. La percezione di un più alto tasso di democrazia produrrebbe, così, nuovi criteri e nuove rivendicazioni insofferenti a una società statica e in grado di costituire una sorta di controllo democratico extraparlamentare⁸⁷.

4.5. La società della comunicazione e il ruolo dei media.

Non si può, in ultimo, tacere sul ruolo svolto nella «crisi della modernità giuridica»⁸⁸ dai circuiti comunicativi della c.d. società mediatica. La “democrazia di opinione”⁸⁹ ha, infatti, contribuito a costruire, specie nei periodi di maggiore corruzione politica e istituzionale, l'immagine di una magistratura che fungesse

⁸⁶ S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma, 1992, p. 172

⁸⁷ U. Beck, *op. cit.*, pp. 268-269.

⁸⁸ C. Sarzotti, *Processi di selezione del crimine. Procure della Repubblica e organizzazione giudiziaria*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 1.

⁸⁹ L'espressione è di A. Minc ed è riportata da M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, cit., p. 219.

da *controllore* della regolarità dell'attività pubblica e politica rispondendo, secondo Garapon, a quel bisogno di emozionalità che non trova soddisfazione in altri ambiti⁹⁰. Ed è la giustizia penale, nello specifico, ad assumere maggiore riverbero: questa infatti «non solo può fare interessanti “narrazioni”, ma è in grado di attivare dilemmi semplici e chiari quali colpa/innocenza, bene/male, punizione/assoluzione. Essa restaura funzioni di tipo magico e simbolico, come ha ben illustrato Delmas-Marty»⁹¹.

La pericolosa alchimia fra giustizia e media è sintomatica della disfunzione profonda che caratterizza la democrazia. I media, infatti, risvegliano il sogno della democrazia diretta e, contemporaneamente, «delocalizzano lo spazio giudiziario, paralizzano il tempo e delegittimano l'autorità»⁹². Così, si realizza uno «snaturamento dei ruoli tradizionali degli attori del processo e del concetto stesso di udienze processuali»; in particolare, «la tendenza della televisione e della stampa a sostituirsi al giudice e quindi a superare le barriere procedurali del rituale giudiziario; la propensione a non accontentarsi dell'epilogo processuale previsto dal diritto (la sentenza passata in giudicato), riproponendo periodicamente casi giudiziari già risolti»⁹³, sono tutti elementi che contribuiscono a deformalizzare lo stesso rituale giudiziario penalistico aumentando, contemporaneamente, la capacità di azione simbolica della magistratura, in grado di stabilire canali di comunicazione diretti con la società e in grado di delineare modelli concreti di comportamento annettendo a essi effetti di segno positivo o negativo.

⁹⁰ A. Garapon, *La justice est-elle “delocalisable” dans les medias?*, in *Droit et Société*, 26/1994, citato da Ferrarese M.R., *Il diritto al presente*, cit., p. 221.

⁹¹ M. R. Ferrarese, *op. ult. cit.*, p. 221.

⁹² A. Garapon, *I custodi dei diritti*, Feltrinelli, Milano, 1996, p. 60.

⁹³ C. Sarzotti, *op. cit.*, p. 2.

5. Una nuova legalità.

Si è partiti da un modello di Stato di diritto dominato dal principio di legalità formale, dall'astrattezza e dalla generalità della legge e dal carattere "neutro" (del diritto e) del potere giudiziario. Si è arrivati a descrivere un modello costituzionale in cui le indefinite variabili che compongono la realtà sociale impongono di abbandonare le rigide tipizzazioni ottocentesche e di flessibilizzare le categorie giuridiche classiche soprattutto per il tramite del potere giudiziario, chiamato a *scegliere* le fonti e i beni cui dare applicazione e prevalenza⁹⁴.

A fronte di un certo immobilismo istituzionale, infatti, il carattere *mobile* della magistratura sembra essere l'unico strumento in grado di adattare il diritto alle profonde e continue trasformazioni delle società contemporanee⁹⁵.

In tal senso, l'espansionismo giudiziario sembra poter essere letto come parte di un riequilibrio *politico e istituzionale* ma anche come espressione di un nuovo linguaggio del diritto e della democrazia⁹⁶.

⁹⁴ M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, cit., *passim.*, secondo il quale il diritto giurisprudenziale presenta un potenziale di flessibilità, di concretezza e di adattabilità alle imprevedibili circostanze del caso, maggiori, in linea di massima, del diritto legislativo. Nello stesso senso si esprime pure G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., p. 213: «c'è oggi una grande responsabilità dei giudici nella vita del diritto [...] ma i giudici non sono padroni del diritto nello stesso senso in cui lo era il legislatore nel secolo scorso. Essi sono più propriamente i garanti della complessità strutturale del diritto nello Stato costituzionale, cioè della necessaria, mite coesistenza di legge, diritti e giustizia».

⁹⁵ Così, secondo M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, cit., il diritto nella globalizzazione tenderebbe a intraprendere la via giudiziaria proprio per la capacità che quest'ultima mostra di accogliere le esigenze del presente «stemperando l'astratta *ratio* della legge e la sua tensione verso il futuro». Nello stesso senso si esprime P. Pederzoli, *Magistratura e politica: quale coabitazione?*, in S. Gambino (a cura di), *La magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 62 e ss. L'Autrice, nel descrivere il mutamento del ruolo del giudice precisa come tale trasformazione sia altresì dovuta alle caratteristiche proprie delle Corti: «Sono infatti relativamente accessibili, in grado di fornire risposte in tempi brevi, o comunque più rapidi di quelli associati al processo politico, e riescono a reagire con una certa flessibilità alle domande generate dall'internazionalizzazione dell'economia e del diritto, elaborando regole che i più pesanti apparati statali, intergovernativi o comunitari stentano talvolta ad apprestare con sufficiente tempestività».

⁹⁶ A. Garapon, *I custodi dei diritti*, cit., pp. 17 ss. L'Autore ritiene che la questione dell'attivismo giudiziario non possa ritenersi espressione «dell'azione scriteriata di qualche giudice che vuole mettersi in conflitto con il potere politico», ma rappresenti invece la «evoluzione delle aspettative nei confronti della responsabilità politica. [...] Il potere crescente della giustizia non va inteso come slittamento della sovranità del popolo verso il giudice ma come una trasformazione del senso di giustizia. Non si può uscire da questa "opposizione drammaturgica" tra sovranità popolare e giudici, se non rendendosi conto che la trasformazione del ruolo di giudice va di pari passo con la trasformazione della democrazia stessa. Nelle trasformazioni della democrazia contemporanea si può cogliere non tanto la crescita del ruolo effettivo del giudice quanto

In tale contesto, il principio di legalità formale assume, per il tramite del potere giudiziario, una dimensione *sostanziale in action* che, da un lato, assottiglia le differenze apparenti con i sistemi di *common law*, e dall'altro rende vetusti ed inutilizzabili tutti quegli strumenti che ne discendevano. Fra questi, il principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Il riconoscimento di più ampi spazi di discrezionalità giudiziale, non solo tecnica, ma altresì *politica*, sembra così rappresentare un corollario necessario della *complessità*. Ciò vale per la figura del magistrato ma vale tanto più per gli organi requirenti rispetto ai quali l'ostinazione nel mantenere sistemi di azione penale obbligatoria si traduce, di fatto, in una causa di inefficienza della stessa giustizia penale.

l'importanza del ruolo simbolico che va acquisendo, vale a dire la possibilità stessa del suo intervento. Il rilievo crescente della giustizia è piuttosto espressione di un processo di cambiamento profondo della nostra democrazia che non di una realtà acquisita».

Capitolo II

LA DISCREZIONALITA': DEFINIZIONI E CRITERI DI ANALISI

1. Il contenuto eterogeneo del termine “discrezionalità”.

Il concetto di *discrezionalità* appare estremamente generico, sia nel linguaggio comune che in quello tecnico-giuridico, ricomprendendo al suo interno una pluralità di fenomeni.

Nel linguaggio comune, con il termine “discrezionalità” si indica la libertà o il potere di un soggetto di decidere, secondo il proprio giudizio o in base a un criterio condiviso, la propria linea d'azione in relazione a un contesto determinato e a uno scopo precipuo¹. Secondo accezioni più articolate, col termine “discrezione” può indicarsi la facoltà o il potere di discernere, una norma del giudicare e del volere, oppure la moderazione, il senso della misura, la capacità di mantenere un segreto. In un'accezione negativa, la discrezionalità può coincidere con il potere, il libero volere al di fuori di qualsiasi parametro precostituito. Nell'uso comune, infatti, il termine “discrezionalità” si confonde anche con i concetti di arbitrio, libertà o insindacabilità.

La ricognizione del significato dell'espressione “discrezionalità” in ambito giuridico risulta più complessa. Da più parti, infatti, sono stati messi in luce, da un lato, lo scarso interesse della letteratura giusfilosofica meno recente verso tale concetto², dall'altro, la eterogeneità e complessità del suo contenuto che mal si

¹ A. Renteria Diaz, *Il labirinto della giustizia. Giudice, discrezionalità, responsabilità*, Franco Angeli, Milano, 2000, pp. 36-38.

² *Ivi*, pp. 35 ss. L'Autore giustifica tale mancanza di interesse, specie in tempi risaltanti, con la tradizionale concezione dichiarativa dell'attività del giudice: così, i giuristi formati nella tradizione occidentale che vedono nello stato di diritto la principale delle garanzie democratiche, hanno avuto più interesse a nascondere piuttosto che ad esaltare la discrezionalità del giudice. «La ragione di tale atteggiamento era, com'è ovvio, l'idea che per assicurare la posizione neutrale del giudice era necessario che egli non fosse consapevole del proprio potere discrezionale; in altre parole, si diceva, per essere tale il giudice deve essere convinto che egli applica, e non crea, il diritto. Indubbiamente, quindi, la discrezionalità giudiziaria non trovava posto in una letteratura

presta a una pretesa classificazione di elementi che fungano da minimo comune denominatore³: «pochi fenomeni, come questo dell'esercizio del potere discrezionale, sia in una considerazione astratta, sia in uno studio del suo momento operativo pratico, anche a livello giurisprudenziale, presentano tanta possibile varietà di criteri e tanta sensibilità alle influenze peculiari di una determinata disciplina giuridica»⁴.

Diverse, infatti, sono le accezioni in cui, specie in considerazione dei vari rami del diritto, può essere inteso il termine "discrezionalità". Così, sebbene il campo in cui la tale nozione sembra trovare la propria sistemazione *naturale* è il diritto amministrativo, si parla di discrezionalità anche con riferimento all'attività legislativa e a quella giudiziaria, in specie in materia penale con riferimento alla commisurazione della pena⁵. La discrezionalità rappresenta pure una specifica

ancorata ai principi di chiusura e completezza, tanto cari alla tradizione giuspositivista nella accezione più classica».

³ Per vero, nella letteratura giuridica italiana, si registrano tentativi di delineare una nozione giuridica unitaria di *discrezionalità*, valida a prescindere dai diversi ambiti in cui questa opera. Così Costantino Mortati, padre degli studi sulla costituzione materiale in Italia, alla voce *Discrezionalità*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1960, pp. 1098-1109, tenta di fornire una definizione generale di discrezionalità, da considerare parte della teoria generale del diritto, più precisamente della teoria delle fonti e della interpretazione. Secondo il costituzionalista, la discrezionalità avrebbe un carattere ibrido dovuto alla commistione fra il vincolo derivante dalla funzione per cui il potere è attribuito e la libertà nella ricerca dei mezzi mediante cui tale funzione deve trovare soddisfazione. Presupposti della discrezionalità sarebbero: 1) il carattere funzionale del potere attribuito a chi decide; 2) la mancanza o la incompletezza delle disposizioni normative relative ai comportamenti da seguire per soddisfare nei singoli casi gli interessi per cui il potere è conferito. Non sarebbero, invece, caratteristiche fondamentali della discrezionalità così intesa né l'esclusione dalla sua sfera operativa dei diritti soggettivi, né la sua insindacabilità. Allo stesso modo A. Raselli, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Giuffrè, Milano, p. 263, compie un'operazione di generalizzazione, valida pure per la giurisdizione civile, penale e amministrativa, secondo cui il potere discrezionale consisterebbe «nella facoltà degli organi dello Stato di determinare la propria linea di condotta nell'attività esterna, in mancanza di norme imperative particolari che la regolino, secondo valutazioni di opportunità rivolte a determinare, in rapporto allo scopo della funzione, che cosa comporti, nel singolo caso concreto, il precetto giuridico generale, posto per gli organi dello Stato: "adempi nel modo più opportuno la funzione pubblica che ti è demandata"».

⁴ A. Cristiani, *La discrezionalità dell'atto nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 32.

⁵ Sul tema della discrezionalità del giudice penale si rimanda al dibattito sviluppatosi in Italia, intorno agli anni '60, di cui sono esponenti principali: F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozioni e aspetti costituzionali*, Milano, 1965; Franco Cordero, *Le situazioni soggettive nel processo penale: studi sulle dottrine generali del processo penale*, Giappichelli, Torino, 1956; E. Dolcini, voce *Potere discrezionale (dir. proc. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, 1985, p. 747 ss.; Salvatore Messina, *La discrezionalità nel diritto penale*, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1947. Inoltre, un utile contributo alla ricostruzione della discrezionalità penale e, in specie, alla

modalità operativa con cui, in certi ordinamenti, il pubblico ministero può esercitare i propri poteri, in particolare l'azione penale.

Emilio Betti dà conto delle diversità enunciate affermando che sotto l'espressione "discrezionalità" sono, in effetti, ricompresi fenomeni fra loro differenti⁶. Si distingue, così, fra una *discrezionalità sovrana* (c.d. assoluta), che è quella legislativa e che può essere delegata all'organo giurisdizionale solo in via eccezionale allorquando questo sia facoltizzato a decidere secondo equità; una *discrezionalità amministrativa* (c.d. pura), che «importa, da parte dell'autorità, una valutazione non vincolata, ma autonoma, degli interessi concorrenti nel caso in questione e una conseguente libertà di scelta, secondo un criterio di opportunità, fra più soluzioni possibili, rispondenti del pari all'esigenza dell'interesse pubblico»⁷; una *discrezionalità tecnica*, basata sull'apprezzamento delle regole proprie di particolari arti o discipline; una *discrezionalità di carattere suppletivo o complementare*, funzionale all'adattamento e alla specificazione della norma alla variabilità della fattispecie, in funzione dell'accertamento e dell'apprezzamento della fatto concreto (è il caso degli artt. 132-133 c.p.); una *discrezionalità giurisdizionale*, collegata all'ultima accezione proposta, consistente nell'apprezzamento condotto alla stregua di nozioni elastiche o di concetti di valore a cui rinviano le norme giuridiche da interpretare e da applicare⁸.

Ognuna di queste declinazioni si differenzia dall'altra e si diversifica pure in base all'ordinamento in cui trova applicazione. Così, non solo le caratteristiche della

distinzione fra limiti di tipicità e commisurazione della pena è offerta da G. Caruso, *La discrezionalità penale. Tra "tipicità classificatoria" e "tipologia ordinale"*, CEDAM, Padova, 2009.

⁶ E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. (Teoria generale e dogmatica)*, Giuffrè, Milano, 1949, pp. 55-56. Per vero, Emilio Betti rientra fra coloro che negano la possibilità di una nozione unitaria e generalizzabile di discrezionalità. Egli afferma, infatti, che «tutti questi fenomeni non hanno in comune che il nome discrezionalità: se si cerca di analizzarli a fondo, si trovano fra loro differenze essenziali».

⁷ *Ivi*, p. 64.

⁸ Per vero, l'Autore ritiene – *Ivi*, pp. 58 ss. – che nelle ultime due ipotesi sia ravvisabile l'esercizio di un *apprezzamento vincolato che ha carattere d'interpretazione*, e non *discrezionalità* in senso stretto.

discrezionalità amministrativa sono diverse, ad esempio, da quella giudiziale in materia penale o civile e da quella legislativa ma, anche volendone tentare una diversificazione, le nozioni elaborate con riferimento a uno specifico ordinamento si mostrerebbero comunque insufficienti e differenti rispetto alle declinazioni che lo stesso concetto assumerebbe in un'ottica comparata. Tale eterogeneità, per quanto suggestiva, rende fuorviante la trattazione di ognuno di questi aspetti in confronto al tema che si vuole affrontare. È parso dunque più pertinente alla ricerca proposta delineare il problema definitorio generale della discrezionalità con riferimento specifico alla sola discrezionalità amministrativa e a quella giudiziale, declinazioni che pongono questioni in parte riconducibili all'attività del soggetto requirente e la cui specificazione contenutistica sembra utile per delineare meglio il tema centrale della ricerca: la discrezionalità del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale.

2. La discrezionalità amministrativa.

L'istituto della discrezionalità amministrativa nasce nell'ordinamento francese come tentativo di sottrarre al controllo giurisdizionale gli atti della pubblica amministrazione e viene poi trasposta nei principali ordinamenti continentali.

Esulando dal presente lavoro una ricostruzione storica e comparativa della nozione di discrezionalità amministrativa, ci si limita di seguito ad accennare alle attuali peculiarità dell'ordinamento italiano.

Ivi, la discrezionalità amministrativa viene generalmente definita quale facoltà della pubblica amministrazione di *scegliere*, fra più comportamenti giuridicamente leciti e in base a valutazioni di opportunità, la misura migliore, più conveniente, per perseguire la cura del pubblico interesse che le è stata affidata dal legislatore. Certa dottrina, in particolare, ha rimarcato che l'aspetto caratterizzante la discrezionalità amministrativa riposerebbe nella *ponderazione comparativa* dell'interesse primario attribuito dal legislatore con gli *interessi secondari* che di volta in volta vengano in rilievo e che, in base al principio di proporzionalità, dovrebbero subire il minor pregiudizio possibile per effetto della

decisione discrezionale⁹. In questo senso è possibile affermare che, nell'adozione della scelta discrezionale, la p.a. compie scelte di *opportunità*, di *merito*, all'interno di una cornice disegnata dal legislatore. Il percorso argomentativo di tali scelte è reso controllabile tramite la motivazione, di cui anche l'atto discrezionale è dotato.

La natura discrezionale dell'attività amministrativa rileva anche in sede di giudizio nel delimitare i vizi deducibili e i poteri esercitabili dal giudice amministrativo. Posto, infatti, il limite di insindacabilità del merito amministrativo (salve le ipotesi di giurisdizione estesa al merito), il giudice potrà limitarsi a sindacare il legittimo esercizio di quell'attività e la sua coerenza funzionale attraverso lo strumento dell'*eccesso di potere*, vizio tipico dell'atto discrezionale e consistente nell'esercizio del potere per finalità diverse da quelle stabilite dalla norma. Il giudice che rinvenga tale vizio non può comunque sostituirsi alla p.a. nell'adozione della soluzione da fornire al caso concreto.

Dalla discrezionalità amministrativa c.d. pura, si distingue la discrezionalità tecnica, nell'esercizio della quale la p.a. non è chiamata a una valutazione comparativa degli interessi ma soltanto a verificare, sulla base di regole specialistiche, la sussistenza di taluni presupposti richiamati dalla norma per l'adozione della determinazione amministrativa.

3. La discrezionalità giudiziale.

Assai pertinente al tema proposto, in specie per precisare ciò che l'esercizio discrezionale dell'azione penale *non* è, è la nozione di “discrezionalità giudiziale”. In assenza di definizioni univoche e precise, potrebbe affermarsi che l'espressione “discrezionalità del giudice” indichi la condizione in cui si trovi l'organo giudicante qualora debba pervenire a una decisione in mancanza di strumenti giuridici incontrovertibili che gli indichino la sola risposta possibile al caso sottoposto alla sua attenzione, ma comunque entro i limiti impliciti o

⁹ M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, pp. 77 ss.

espliciti tracciati dal contesto di riferimento¹⁰.

Aharon Barak, autore di un compiuto studio sul tema, ritiene che il giudice eserciti *discrezionalità* allorquando, dinanzi a due o più alternative legittime, abbia la libertà e il potere di scegliere. La discrezionalità presupporrebbe, dunque, una zona di possibilità e di legittimità, un certo numero di opzioni legittime aperte al giudice; non c'è discrezionalità ove al giudice si presenti un'unica opzione o nel caso in cui le possibilità di scelta siano tutte illegittime¹¹.

D'altra parte, la presenza di un certo grado di discrezionalità nello svolgimento dell'attività giudiziaria pare ormai essere un'acquisizione certa anche della cultura giuridica continentale. Come osservato nel cap. I, infatti, già a partire dalla fine del XIX secolo si sono sviluppate in tutta Europa dottrine *antilegaliste* che, rinnegando la presunta completezza dell'ordinamento giuridico, finiscono per rimescolare lo stesso equilibrio istituzionale dei poteri. All'indomani della seconda guerra mondiale, tali movimenti si intensificano e diversificano dando vita ad una pluralità di teorie riduttivamente riconducibili alla contrapposizione fra *giuspositivismo* e *giusnaturalismo/antipositivismo*¹².

Risulta complicato, oltre che poco pertinente all'oggetto della ricerca, dare conto in tale spazio della varietà estrema delle posizioni giusfilosofiche contemporanee ricollegabili al tema della discrezionalità giudiziale, tanto più perché queste

¹⁰ A. Renteria Diaz, *op. cit.*, pp. 38-39, il quale, nel sottolineare l'importanza del contesto specifico entro cui il giudice deve pronunciarsi, aggiunge che ove, invece, il giudice dovesse decidere a prescindere da qualsiasi limite giuridico, è presumibile che la sua scelta non sarà discrezionale ma arbitraria.

¹¹ A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, trad. di I. Mattei, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 16 ss. Secondo l'Autore, la discrezionalità di cui il giudice è dotato non è mai assoluta ma sempre limitata dal diritto e da limiti vincolanti di carattere procedurale e sostanziale; questa si esercita nei soli casi difficili, in cui al giudice si prospettano una pluralità di soluzioni (e non una sola, come sostenuto da Dworkin) tutte egualmente legittime. Secondo l'Autore, la prima fonte della discrezionalità giudiziaria riposerebbe nello stesso linguaggio della legge che, il più delle volte si rivela ambiguo, vago, oscuro e polisemico. Il linguaggio è fonte di incertezza nella norma legale nonché di discrezionalità del giudice nella scelta tra le varie possibilità relative al campo di applicazione di essa. Sono parimenti fonte sostanziale di discrezionalità tanto l'incertezza delle regole ermeneutiche quanto l'eventuale assenza di regole primarie. Diversamente, nei casi facili o intermedi, il giudice non eserciterebbe discrezionalità: in tali ipotesi, infatti, il giudice, al termine di un processo interpretativo anche più ponderato, giunge a un'unica soluzione legittima.

¹² Per una ricostruzione di tale contrapposizione v. G. Pino, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, in P. Comanducci-R. Guastini, *Analisi e diritto 1997: ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 203 ss.

risultano inscindibilmente connesse a teorie precipue sull'interpretazione (dalla quale la discrezionalità è talvolta distinta, talaltra no), sull'ordinamento giuridico e, quindi, sull'assetto dei poteri statali. Si perdonerà, quindi, la genericità con cui si è scelto di trattare solo di alcuni protagonisti di tale percorso, le cui elaborazioni, tuttavia, si rivelano rappresentative delle principali teorie contrapposte oltre che utili a evidenziare l'inattualità di costruzioni ermeneutiche che vogliano ancora vedere nella onnicomprensività della legge e nel principio di legalità formalmente inteso obiettivi concretamente sostenibili.

Così, la tesi della discrezionalità interpretativa aveva trovato spazio nella teoria gradualistica dell'ordinamento giuridico elaborata da Hans Kelsen. Nonostante si tratti di una costruzione ancora *formale*¹³, nella prospettiva *normativistica* del giurista, la determinazione della norma inferiore da parte di quella superiore non sarebbe mai completa: devono sempre intervenire nel grado inferiore momenti contenutistici che non sono ancora nel grado superiore. E ciò perché «ogni atto giuridico con cui una norma viene eseguita, sia esso un atto di produzione del diritto o un atto di pura esecuzione, è determinato da questa norma solo in una parte e nell'altra parte rimane indeterminato»¹⁴. Tale indeterminatezza può essere voluta dal legislatore ma può anche essere riconducibile all'ambiguità di una parola o di una serie di parole con cui si esprime la norma, cioè dipendere dalla

¹³ In tal senso V. Villa, *Le tre concezioni dell'interpretazione giuridica*, in G. Pino- V. Schiavelli- V. Villa, *Filosofia del diritto: introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 291: «Nelle concezioni giuspositivistiche tradizionali, la nozione di validità di una norma viene ricondotta alle sue caratteristiche *formali*. Il caso paradigmatico di una teoria formale di questo tipo è rappresentato dalla posizione espressa da Kelsen. Oggi, invece, è convinzione comune che una nozione meramente formale di validità non è in grado di spiegare come le disposizioni legislative acquistino una esistenza normativa nel contesto degli stati di diritto costituzionale; e la ragione è che le disposizioni legislative, in tale tipo di contesto istituzionale, non sono sottoposte soltanto a vincoli di tipo *formale*, ma anche a vincoli di tipo *sostanziale* (legati alla presenza dei principi costituzionali). Proprio a causa della presenza di questi vincoli di carattere sostanziale, le disposizioni di cui sopra passano attraverso il filtro costituito da un *test* ulteriore rispetto a quello che consiste nella verifica della correttezza formale dell'atto produttivo che lo pone in essere: si tratta, per l'esattezza, del *test* che consiste nell'accertamento della conformità del contenuto di significato delle disposizioni stesse rispetto a quello dei principi costituzionali».

¹⁴ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1970, p.118.

naturale incertezza semantica del linguaggio¹⁵. Da essa deriva la libertà di scelta connaturata all'attività applicativa. L'interpretazione, dunque, è un atto di volontà e non di conoscenza, è una scelta discrezionale tra diverse possibilità d'esecuzione che accompagna il processo di produzione del diritto nel nuovo sviluppo da un grado superiore, che ne costituisce la base di validità, a uno inferiore¹⁶. Così, la discrezionalità del giudice non è evitabile nel processo di applicazione delle norme generali, ma non desta preoccupazioni maggiori della discrezionalità di cui fanno uso gli uffici amministrativi poiché ogni fonte del diritto gode di un margine di discrezionalità normativa tanto ampia quanto è consentito dalle fonti superiori¹⁷.

Un importante contributo alla elaborazione della nozione di discrezionalità giudiziale proviene dalla disputa fra Herbert Hart e Ronald Dworkin. Certi studiosi sostengono che le elaborazioni teoriche successive dei c.d. *positivisti inclusivi* ed *esclusivi* trovino il loro riferimento proprio nella suddetta contrapposizione¹⁸.

Herbert Hart, considerato esponente delle c.d. *concezioni miste dell'interpretazione*¹⁹ e moderno giuspositivista²⁰, rievocando in qualche modo la teoria gradualistica di Kelsen, ritiene che il fondamento dell'ordinamento giuridico poggia su una *norma di riconoscimento* che stabilisce i criteri di validità

¹⁵ O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2014, pp. 280 ss.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, FrancoAngeli, Milano, 2014, p. 16.

¹⁸ P. Chiassoni, *Positivismo giuridico*, in G. Pino-A. Schiavelli-V. Villa (a cura di), *op. cit.*, pp. 68 ss.

¹⁹ V. Villa, *Le tre concezioni dell'interpretazione giuridica*, cit., p. 308: «A metà del secolo scorso alla tradizionale contrapposizione fra concezioni formalistiche e concezioni antiformalistiche si è aggiunta un'altra concezione, la *concezione mista*. Non che in periodi passati non vi siano stati tentativi di indebolire le due concezioni contrapposte, introducendo elementi di formalismo nelle concezioni antiformalistiche (*antiformalismo moderato*) ed elementi di antiformalismo nelle concezioni formalistiche (*formalismo moderato*). [...]. Tuttavia è con la teoria di Hart, negli anni Cinquanta e Sessanta, che le concezioni miste raggiungono uno stadio adeguato di elaborazione autonoma, distaccandosi dalle altre due concezioni».

²⁰ G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, il Mulino, Bologna, 2001, pp. 85 ss.

delle norme. Egli fonda la propria teoria sull'incertezza semantica del linguaggio e sul concetto di "struttura aperta del diritto". In particolare, il filosofo e giurista britannico si oppone alla tendenza, tipica del formalismo o del concettualismo, a nascondere e minimizzare l'indeterminatezza, l'incompletezza e la lacunosità che, invece, caratterizzerebbe necessariamente le norme; allo stesso modo, egli contrasta la costruzione di quel "cielo dei concetti" dei giuristi che, pretendendo di congelare il significato della norma entro rigide classificazioni, annullerebbe il ruolo dell'interprete: «la struttura aperta del diritto significa che vi sono, in realtà, delle sfere di condotta in cui deve essere lasciato molto spazio all'attività dei tribunali e dei funzionari che decidono, alla luce delle circostanze, tra interessi in conflitto che variano di importanza di caso in caso»²¹. Così, partendo dalla *open texture* che caratterizzerebbe ogni norma, l'autore distingue i casi concreti che senz'altro vi rientrano dai casi dubbi, rispetto ai quali la norma è incompleta e lacunosa: in tale *zona di penombra* lasciata scoperta dalle norme si inserirebbe l'attività discrezionale del giudice che è, essenzialmente, attività creatrice del diritto²². All'interprete, così, si chiede di comportarsi da *legislatore interstiziale*, chiamato a «tappare le falle del sistema, risolverne le incoerenze, creare nuovo diritto nei casi in cui ve ne sia bisogno, ma senza produrre alcuna soluzione di continuità con l'operato del legislatore»²³: l'interpretazione, nei casi facili, coincide con la *scoperta* dei significati rinvenibili all'interno della norma; nei casi difficili, diviene *creazione* degli stessi²⁴. Tuttavia, nella ricostruzione di Hart, *scoperta* e *creazione* non possono coesistere e si atteggianno a fenomeni *alternativi*, accuratamente distinguibili²⁵.

²¹ H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, introduzione e traduzione di Mario Cattaneo, Einaudi, Torino, 1965, p. 159.

²² R. Guastini, *Hart su indeterminatezza, incompletezza e discrezionalità giudiziale*, in *Ragion pratica*, 2003, pp. 395 e ss.

²³ V. Villa, *op. cit.*, pp. 308-309.

²⁴ Si mostra critico con l'impostazione hartiana secondo cui «la sola forma possibile di discrezionalità consiste appunto nel colmare le lacune creando nuove norme», R. Guastini, *op. cit.*, pp. 399 ss.

²⁵ V. Villa, *op. cit.*, p. 311.

Contrapposta alla posizione di Hart, è quella di Ronald Dworkin²⁶, filosofo e giurista statunitense, *antinormativista* e *interpretazionista*²⁷. Secondo l'Autore, il diritto di una comunità, che è pratica interpretativa e argomentativa, si comporrebbe di due ingredienti fondamentali: *le regole*, coincidenti con il diritto di cui ogni comunità si dota (sulla base di criteri formali indicati da una norma di riconoscimento) al fine di determinare quali comportamenti saranno puniti o imposti con la forza del potere pubblico²⁸, e *i principi*, che sono parte del diritto in virtù del loro *contenuto* e che sono impliciti nelle pratiche che contraddistinguono lo sviluppo storico di una comunità. Così, a differenza di quanto sostenuto da Hart, Dworkin ritiene che nei casi difficili, cioè di controversie che non risultino chiaramente disciplinate da regole della comunità e, quindi, risolvibili attraverso l'applicazione del diritto, ci sia pur sempre un diritto applicabile che è fatto non già di regole ma di *principi*: «la soluzione

²⁶ G. Minda, *op. cit.*, p. 78. L'Autore si sofferma pure sui motivi per cui, in generale, le teorie hartiane non hanno attecchito in America: «Il positivismo giuridico, come è stato coltivato nella teoria del diritto inglese, non è mai stato realmente accolto in America per una serie di ragioni. Anzitutto, come ha sottolineato Gilmore, il "trauma" della rivoluzione americana e gli eventi che culminarono nella guerra del 1812 "insinuarono in molti, forse nella maggior parte degli americani, un odio per l'Inghilterra e per tutto ciò che viene da essa". Questi eventi allontanarono i giudici e i giuristi americani dai primi materiali giuridici inglesi della *common law*. Questa anglofobia, all'inizio della storia statunitense, contribuì alla fondazione di una teoria del diritto unicamente americana. Il positivismo giuridico inglese, inoltre, non era per niente adatto all'America perché i giuristi statunitensi avevano bisogno di una teoria interpretativa del diritto per spiegare e giustificare ciò che la Corte americana d'ultima istanza, la Corte suprema degli Stati Uniti, andava facendo: vale a dire riesaminare, reinterpretare e talvolta cambiare la legislazione in base alle vaghe formulazioni della costituzione degli Stati Uniti. In Inghilterra, in conseguenza dell'influenza di Blackstone, i giudici sono molto più limitati dal *case law*, dai precedenti e dalle leggi. In America i giudici hanno un potere superiore, sotto la costituzione degli Stati Uniti, che, come conseguenza della stessa supremazia della costituzione, si sovrappone agli atti degli organi legislativi. I principi supremi della costituzione americana attribuiscono ai giudici un maggiore potere di decidere questioni controverse in tema di diritti umani, questioni che in Inghilterra sarebbero di rilievo politico piuttosto che costituzionale» (*ivi*, p. 88-89). E continua: «Il problema principale del giuspositivismo di Hart consiste nel fatto di non corrispondere al cambiamento continuo del diritto americano, il quale deve affrontare continuamente differenti contesti di situazioni fattuali, sociali, economiche e politiche. La legislazione e la costituzione americana frequentemente invitano, se non lo impongono, a estendere l'indagine giuridica agli obiettivi. La multiforme dinamica del diritto americano è un aspetto essenziale che il giuspositivismo di Hart non riesce a spiegare. Un'altra ragione dell'impopolarità del positivismo giuridico in America è il timore che esso incoraggi l'obbedienza a un diritto immorale» (*ivi*, p. 90).

²⁷ *Ivi*, p. 78.

²⁸ P. Chiassoni, *Positivismo giuridico*, in G. Pino – A. Schiavelli – V. Villa (a cura di), *op. cit.*, pp. 63 e ss.

corretta di una controversia è la soluzione conforme ai principi di giustizia o, più precisamente ai principi della “morale politica di fondo” sottesa alle pratiche del (di ogni) diritto positivo. [...] Quando si ricorre ad argomentazioni siffatte, quando s’invocano i principi della morale politica di fondo, al fine di stabilire ciò che il diritto è, ciò che esso prescrive, viene fatalmente meno ogni netta distinzione tra il diritto qual è e il diritto quale deve essere: la soluzione corretta per un caso difficile è infatti, al tempo stesso, quella che rispecchia ciò che il diritto è *e* deve essere»²⁹. In tali casi, dunque, il giudice esercita una discrezionalità che non è *forte* (come aveva sostenuto Hart) ma *debole*, consistendo nell’esercizio della capacità di giudizio e di argomentazione morale richiesto dall’applicazione di *standards* generici coincidenti coi principi morali³⁰. Secondo Dworkin, infatti, si può parlare discrezionalità in senso forte solo quando il funzionario chiamato a decidere non sia vincolato da alcuno standard stabilito da un’autorità. Difficilmente, tuttavia, il giudice farà uso di tale discrezionalità poiché, secondo l’autore, anche nei casi difficili vi è sempre *un’unica soluzione legittima* offerta dai *principi morali* che fissano lo standard su cui questo potrà basare la propria decisione³¹.

Il carattere utopistico del modello liberale garantista è pure alla base della costruzione teorica elaborata da Luigi Ferrajoli³², giurista e filosofo italiano,

²⁹ *Ivi*, pp. 64-65.

³⁰ *Ivi*, p. 65.

³¹ G. Minda, *op. cit.*, pp. 338-339, nota il sottile cambiamento fra le teorie sostenute da Dworkin nel suo “*Taking right seriously*” e il suo più recente libro “*Law’s Empire*”: il libro dei primi anni Settanta «presentava forti argomenti fondazionalisti sui diritti soggettivi, basati sulle tesi di una teoria morale. Nel suo libro più recente, *Law’s Empire*, Dworkin sostiene invece che la giustizia come “integrità” chiede ai giudici di presentare i “migliori” argomenti giuridici elaborati a partire da pratiche letterario-interpretative differenti. Lo spostamento dalle “soluzioni corrette” alla “migliore interpretazione” costituisce un sottile mutamento nella prospettiva intellettuale di Dworkin: egli sembra meno sicuro nelle sue pretese di un fondamento costituzionale universale».

³² G. Pino, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, cit., pp. 224-225, definisce la proposta di Ferrajoli «uno dei contributi più importanti ed originali verso un giuspositivismo costituzionalista [...], basato su una problematizzazione del concetto di validità delle norme giuridiche. [...] lo statuto della validità giuridica cambia notevolmente nello Stato costituzionale, che incorpora limiti giuridici materiali e sostanziali per la produzione giuridica di ogni livello, anche legislativo. La validità giuridica non è più riducibile alla mera positività, la potestà normativa è vincolata non solo alla conformità a certe procedure ma anche all’attuazione (o alla non violazione) dei limiti sostanziali prescritti dalla costituzione, e che in gran parte riguardano il rispetto dei diritti fondamentali. Nello Stato costituzionale la nozione di validità, cioè di esistenza

fondatore di Magistratura Democratica. Nel suo scritto del 1989, *Diritto e ragione*³³, egli ritiene che nell'attività giudiziaria esistano spazi di potere in parte insopprimibili, che è compito dell'analisi filosofica ridurre e controllare. L'Autore, nello specifico, distingue fra spazi irriducibili e spazi riducibili della discrezionalità del giudice. Entrambi riposerebbero nel difetto di stretta legalità e di stretta giurisdizionalità che caratterizzerebbe gli attuali sistemi penali evoluti in cui l'uso inevitabile di un linguaggio legislativo vago e indeterminato³⁴ o, ancor più, di termini *valutativi*³⁵ o di antinomie semantiche³⁶ renderebbe utopistico il raggiungimento degli ideali di chiarezza, semplicità e coerenza cui questi principi sono finalizzati. Ove tali principi funzionassero perfettamente, infatti, la denotazione penale di un fatto concreto non richiederebbe, secondo Ferrajoli, l'esercizio di nessun potere giudiziario di decisione. Diversamente, nella misura in cui gli stessi non siano pienamente soddisfatti, si apre lo spazio per la *ri-definizione giudiziale*, ossia per la decisione con cui il giudice interpreta e ridefinisce il soggetto o il predicato della premessa giuridica nella maniera da lui reputata conveniente ai fini della sussunzione del fatto nella legge, ovvero dell'applicazione della legge al fatto. Tuttavia, mentre il potere di *verificazione* esercitato con riferimento agli spazi minimi o irriducibili di discrezionalità è

giuridica in senso pieno, deve essere allora distinta da altri possibili predicati della norma giuridica, con i quali è stata spesso confusa nella storia delle dottrine giuridiche: quello della mera positività o vigore, quello della giustizia, quello della effettività. Schematicamente, il *giusnaturalismo* tende ad identificare la validità della norma giuridica con la sua giustizia: una norma è valida se è coerente con certi criteri etici o etico-politici ultrapositivi. Il *normativismo* riduce la validità alla positività: una norma è valida quando è stata posta dal soggetto competente secondo le procedure prescritte, vale a dire che è esente da vizi formali. Il *realismo giuridico* riduce la validità all'effettività: una norma è valida quando è di fatto osservata dai suoi destinatari. La tesi di Ferrajoli è che occorre rendere autonomo il concetto di validità, identificandolo con l'assenza di contraddizioni fra la norma di cui si intende predicare la validità e le norme gerarchicamente superiori».

³³ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2002.

³⁴ È il caso, a esempio, della circostanza di cui all'art. 625, n.2, c.p. e delle molteplici interpretazioni attribuibili alle parole "violenza" e "cose".

³⁵ È l'esempio dell'art. 529 c.p. che definisce gli atti e gli oggetti osceni come quelli che "secondo il comune sentimento offendono il pudore".

³⁶ Ricorrenti allorché di un medesimo fatto possano essere date più qualificazioni o denotazioni giuridiche concorrenti e non esiste alcun criterio che consenta di decidere quale di esse sia applicabile.

fisiologico e si basa su decisioni fondate sulla verità processuale e quindi verificabili e confutabili³⁷, il potere di *disposizione*, con cui si colmano gli spazi d'incertezza *riducibili* del sistema, è patologico e in contrasto con la natura della giurisdizione. Il suo esercizio, infatti, non suppone motivazioni cognitive ma solo «opzioni e/o giudizi di valore di cui non è possibile nessuna caratterizzazione semantica ma solo caratterizzazioni pragmatiche legate all'obbligo della decisione»³⁸. L'esercizio del potere di disposizione si annida negli spazi di incertezza dei presupposti cognitivi della decisione giudiziaria e si basa su valori diversi dalla verità, extra o meta-giuridici, definibili come politici o etico-politici: «nella misura in cui aprono incertezze insolubili sul piano cognitivo, tali carenze danno spazio al potere di disposizione, vale a dire al decisionismo del giudice, inevitabilmente informato a criteri soggettivi di giustizia sostanziale o politici». Così, allorquando la tecnica di definizione legale non sia falsificabile perché l'ipotesi legale è formata da giudizi di valore o dal significato indeterminato³⁹, «non si ha giuris-dizione in senso proprio ma mero esercizio di repressione; non giudizio di accertamento, ma semplice decisione: diritto penale “senza verità” e “senza sapere”, in quanto interamente affidato alla volontà discrezionale, ossia al

³⁷ Precisa il filosofo, *op. cit.*, p. 150: «la verità processuale è infatti una verità raggiunta attraverso garanzie o regole del gioco codificate che assicurano essenzialmente la possibilità di confutare le ipotesi accusatorie, dall'iniziale contestazione fino al passaggio in giudicato della sentenza definitiva di condanna mediante controprove e controipotesi. Dove la falsificazione è impossibile vuol dire che la tecnica di definizione legale e/o giudiziale di ciò che è punibile non consente giudizi cognitivi ma solo giudizi potestativi, sicché il libero convincimento non avviene sulla verità ma su altri valori».

³⁸ *Ivi*, p. 149.

³⁹ Così, proposizioni del tipo “Tizio è pericoloso” o “Caio è un sovversivo”, si rivelano infalsificabili e apodittiche a causa di uno statuto semantico esclusivamente valutativo. Ferrajoli riprende pure l'esempio della definizione di osceno rispetto alla configurazione del reato di cui all'art. 529 c.p.: in tal caso, infatti, l'incertezza derivante dalla mancanza di significato estensionale delle parole impiegate dalla legge (incertezza che finisce per rimettere all'opinione valutativa espressa *post factum* dal giudice l'individuazione di ciò che può essere definito tale) si aggiunge a quella originata dalla possibilità che tra questa e la norma costituzionale che sancisce la libertà di manifestazione del pensiero, sussista un'antinomia. In questi casi, così come, ad esempio, anche in quello di vilipendio, essendo impossibile una motivazione cognitiva, il giudice non avrebbe la possibilità materiale, prima ancora che il dovere giuridico, di essere sottoposto soltanto alla legge: «il giudice è in casi siffatti autonomo nel senso che, in contrasto con il principio di stretta legalità, egli integra *post factum* la previsione legale del fatto mediante opzioni discrezionali non suscettibili di controlli di verità, né quindi di legalità».

potere, degli organi giudicanti»⁴⁰.

La strutturale *illegittimità giuridica* che affligge il potere di disposizione per violazione dei principi di stretta legalità e di stretta giurisdizionalità, è in parte fisiologico nei moderni stati di diritto ove i valori sanciti costituzionalmente sono per lo più destinati a non essere soddisfatti perfettamente. Ciò, tuttavia, non esime il giudice dall'ottemperare al dovere di decidere *illegittimamente* o con *legittimità ridotta*. Tale aporia, secondo Ferrajoli, può essere attenuata mediante il controllo della motivazione delle decisioni penali che vertano su questioni discrezionali riducibili attraverso i *principi generali dell'ordinamento*: la sottoposizione di tale potere a forme di argomentazione razionale proprie dei giudizi di valore esporrebbe, in ultimo, i giudici a forme di responsabilità politica e di pubblico controllo⁴¹.

4. La discrezionalità degli organi requirenti nell'esercizio dell'azione penale. Insufficienza delle enunciazioni di principio e analisi del contesto.

Le declinazioni della discrezionalità appena delineate sembrano porre questioni per certi versi sovrapponibili, e comunque utili, alla definizione della discrezionalità che il pubblico ministero fa valere nell'esercizio dell'azione penale.

Così, come si vedrà nel prosieguo, anche gli organi requirenti sono chiamati, in certi ordinamenti, a realizzare un bilanciamento dell'interesse pubblico all'esercizio dell'azione penale con altri interessi; caratteristica, questa, che

⁴⁰ L. Ferrajoli, *op. ult. cit.*, p. 150.

⁴¹ Scrive L. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 155: «Naturalmente, anche se dotati di valore normativo, i principi generali utilizzati come criteri per argomentare l'esercizio del potere di disposizione non hanno che una capacità debolissima di vincolare le decisioni: essi, infatti, operano [...] quali (criteri di decisione su) valori di giustizia sostanziale non definibili in astratto e talvolta tra loro incompatibili. E richiedono quindi scelte e valutazioni irriducibilmente discrezionali che rimandano alla responsabilità politica e morale del giudice. Proprio questa responsabilità, legata ai valori di giustizia sostanziale espressi dai principi generali, rappresenta però un fattore di razionalizzazione del potere di disposizione e di limitazione dell'arbitrio a essi altrimenti connesso. La funzione specifica dei principi generali è proprio quella di orientare politicamente le decisioni e di consentirne la valutazione e il controllo tutte le volte che la verità processuale è in tutto o in parte indecidibile».

sembra richiamare da vicino la nozione di discrezionalità amministrativa sopra accennata. Si rammenti, in tal senso, l'opinione di Alimena che, con riferimento all'ordinamento italiano, sosteneva che l'attività del pubblico ministero non fosse attività giurisdizionale bensì amministrativa, chiamata in quanto tale alla ponderazione dell'interesse pubblico alla prosecuzione dell'azione.

Allo stesso modo, spunti utili alla comprensione del sistema di azione penale facoltativo (di ciò che non è) provengono dalla nozione di discrezionalità giudiziale. Anche gli organi requirenti, al pari dei giudici, esercitano, infatti, la discrezionalità discendente dal potere di *denotazione* della fattispecie penale, se del caso risolvendo le questioni *valutative* derivanti dalla indeterminatezza, dalla semantica e dalla complessità delle norme, pure processuali⁴². Compito del p.m., infatti, non è solo di coordinare le attività investigative ma pure di sostenere l'accusa in giudizio, valutando l'applicabilità di una norma in concreto e svolgendo, quindi, un'attività di interpretazione e sussunzione assimilabile a quella del magistrato giudicante⁴³.

In questo senso è possibile affermare che, così come qualsiasi altra operazione di applicazione del diritto, anche l'esercizio dell'azione penale si caratterizzi per la presenza di un ambito di discrezionalità *tecnica o interpretativa* volta a vagliare

⁴² C. Guarnieri, *Pubblico ministero e sistema politico*, CEDAM, Padova, 1984, p. 147. L'Autore precisa che nel caso in cui le decisioni del p.m. siano governate da standard generali o ci si trovi dinanzi a reati complessi, la difficoltà di una tipizzazione anticipata si traduce necessariamente nel conferimento di una maggiore discrezionalità, pure valutativa, in capo al p.m.: «questo tipo di problemi emerge con particolare evidenza quando ci si trova di fronte a reati complessi, quali quelli di tipo associativo, economico-finanziario o che riguardano la pubblica amministrazione. In tutti questi casi, a causa della complessità degli elementi che devono essere considerati sia nella ricostruzione dei fatti sia nella loro interpretazione giuridica e della maggior presenza, nelle norme giuridiche di riferimento, di standard generali e poiché sulla notizia di reato è necessario compiere una vasta attività di investigazione e di ricerca di fatti penalmente illeciti, al pubblico ministero si aprono margini assai ampi di valutazione, non solo dal punto di vista delle norme da applicare ma soprattutto per quanto riguarda la scelta della strategia investigativa e processuale da seguire. Esiste perciò una potenziale contraddizione fra la tendenza – attualmente in corso nel nostro paese – a estendere l'azione del pubblico ministero a nuove aree – ad esempio la criminalità dei colletti bianchi – e un'osservanza “senza eccezioni” del principio di obbligatorietà. È probabile che in questo caso la prassi tenda a discostarsi in modo crescente dalla norma [...]».

⁴³ G. Monaco, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 201.

la sussistenza delle condizioni tecniche, appunto, per la sua eventuale attivazione⁴⁴.

Tale *tipo* di discrezionalità, seppur accentua lo spazio valutativo riconosciuto al p.m. nella deliberazione del fatto, non vale ancora a riconoscere uno spazio di discrezionalità dell'accusa in senso stretto, non mutando la natura del potere di costruzione dell'imputazione né rompendo il tradizionale equilibrio fra *substance and procedure*⁴⁵.

Diverso da quelli sopra prospettati, infatti, sembra essere il problema della *discrezionalità* di cui gli organi requirenti eventualmente siano dotati con riferimento all'esercizio dell'azione penale. A differenza della discrezionalità *valutativa*, questa non è elemento imprescindibile per l'esercizio della potestà accusatoria ma rappresenta un modulo operativo cui taluni sistemi processuali ispirano l'attività degli uffici requirenti.

In base a una distinzione astratta e schematica, i modelli di azione penale adottabili in un dato ordinamento giuridico sono di due tipi: di obbligatorietà e di discrezionalità⁴⁶. Dalla scelta per l'uno o per l'altro derivano conseguenze rilevanti anche con riferimento al ruolo e ai compiti affidati agli organi requirenti.

Così, il sistema di obbligatorietà dell'azione penale importa in capo al titolare dell'accusa un obbligo di procedere in tutti i casi in cui la *notitia criminis* risulti

⁴⁴ L. M. Díez-Picazo, *Il problema della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1995, 4, p. 924.

⁴⁵ M. Menna, *Discrezionalità, opportunità e concretezza dell'azione penale nella Strafsprozessordnung*, in *Archivio Penale*, 2, 1992, p. 201, il quale precisa, con riferimento all'ordinamento italiano: «anche la tutela di interessi diversi da quello protetto dalla norma penale, se vincolata a fatti predeterminati normativamente nella loro specifica configurazione, come nell'ipotesi in cui si agganci a condizioni di punibilità oppure a condizioni di procedibilità, non introduce fattori di discrezionalità nella scelta tra azione e archiviazione, in quanto si riannoda, pur sempre, a un atto di sussunzione di un comportamento specifico in un altro tipizzato secondo lo schema desumibile dagli artt. 50 e 408 c.p.p.; e ciò a prescindere dalla assoluta libertà di atteggiamento a cui, non il pubblico ministero nell'ambito dell'accennata attività interpretativa, ma coloro che determinano le condizioni di procedibilità possono ispirare la propria condotta».

⁴⁶ Pare utile la notazione di O. Dominioni, voce *Azione penale*, in *Digesto penale*, I, Torino, 1987, p. 409, secondo il quale «il fatto è che i principi dell'obbligatorietà e dell'opportunità non hanno, di per se stessi, significati politico-istituzionali univoci e fra di loro opposti, ma sono suscettibili di variazioni anche di rilievo in corrispondenza con il generale contesto sistematico sul quale si innestano».

fondata e ve ne siano gli ulteriori requisiti di legge. Scopo di tale modello è di rendere l'azione statale il più possibile certa, prevedibile e quindi controllabile, precludendo all'organo requirente ogni valutazione relativa a interessi estranei rispetto a quelli espressamente tipizzati dal legislatore⁴⁷. Come detto in apertura, la sua affermazione in alcuni ordinamenti continentali è collegata alla nascita e allo sviluppo dello Stato di diritto⁴⁸ e, in seguito alle esperienze totalitarie del XX secolo, all'introduzione di costituzioni garantiste, in cui esso rappresenta attuazione del più generale principio di legalità dell'azione statale e garanzia di realizzazione del principio di eguaglianza⁴⁹. Carlo Guarnieri, nel collegare l'introduzione del principio di obbligatorietà alle caratteristiche del sistema politico in cui questo viene introdotto, nota come i principali paesi in cui tale canone ha trovato applicazione siano stati quelli caratterizzati da uno sviluppo

⁴⁷ C. Guarnieri, *Pubblico ministero e sistema politico*, cit., p. 135. V. anche V. Zagrebelsky, *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in Conso G. (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 3, secondo il quale affermare che l'azione penale è obbligatoria «significa escludere che il pubblico ministero possa discrezionalmente decidere se o non investire il giudice della questione relativa a una notizia di reato; significa anche e necessariamente prevedere qualche strumento di controllo che non consenta al pubblico ministero di sottrarsi all'obbligo impostogli».

⁴⁸ Pur trattandosi di affermazioni diffuse, certa dottrina ha voluto rimarcare come, tuttavia, il principio di obbligatorietà dell'azione penale non rappresenti un corollario indefettibile, una implicazione *necessaria* dello Stato di diritto o a regime codificato né del principio di legalità. Scrive M. N. Miletto, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale oggi: confini e prospettive – Premessa storica*, in *Criminalia*, 2010, pp. 304 ss.: «la legalità fu la via italiana e germanica all'azione penale. In realtà altri contesti, e primo tra tutti la Francia incubatrice dell'innesto della *égalité* nel sistema giudiziario, sin dai primi dell'Ottocento imboccarono altre strade poi rimaste divergenti».

⁴⁹ Anche la necessaria correlazione fra principio di obbligatorietà dell'azione penale e principio di eguaglianza è stata messa in discussione, tanto più allorquando – come accade in Italia – l'adozione di quel sistema non sia concretamente realizzabile. Si osserva in dottrina come sia stato dimostrato che un modello decisionale che affidi al pubblico ministero una certa discrezionalità riesca meglio ad assicurare un'effettiva uguaglianza di trattamento dei soggetti coinvolti. Così, secondo G. Di Federico, *Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità*, in A. Gaito (a cura di), *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Jovene, Napoli, 1991, p. 182, il mantenimento del principio di obbligatorietà in assenza di un'effettiva possibilità di attuarlo nella pratica degli uffici giudiziari «non solo fa venir meno di fatto la garanzia dell'eguaglianza di fronte alla legge ma, quasi per ironia della sorte, impedisce esso stesso di mettere in atto quei rimedi con i quali quelle garanzie possono essere meglio perseguite (trasparenza delle scelte di priorità e responsabilizzazione degli organi che le prendono e ne curano l'effettiva esecuzione)». In tale situazione, secondo l'Autore, ciò che in realtà il principio di obbligatorietà garantirebbe non è un'uguaglianza sostanziale fra i cittadini ma una trattazione schematica ed eguale di situazioni di fatto differenti. V. anche G. Di Federico, *Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, pp. 525 ss.

politico democratico piuttosto difficoltoso, in cui la presenza di un governo politicamente irresponsabile, alle cui dipendenze operava l'ufficio requirente, è stata controbilanciata dall'obbligatorietà dell'azione penale⁵⁰.

Fra i vantaggi derivanti da tale sistema vi sono – nella sua versione attuale – un maggiore garantismo e un maggiore rispetto del principio di uguaglianza; esso sconta, tuttavia, le difficoltà derivanti dal confronto fra la rigidità della sua struttura e la complessità del tessuto sociale attuale.

Nell'opposto sistema, di discrezionalità dell'azione penale, si fa dipendere, invece, l'esercizio del potere di accusa dalle scelte di opportunità degli organi requirenti. Potrebbe dirsi, per ora in modo generico e decontestualizzato, che la discrezionalità del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale coincide con il potere dell'organo requirente di ponderare il rinvio a giudizio o l'archiviazione in base a elementi di opportunità politica ulteriori rispetto alla astratta qualificazione di un fatto come reato. «Questo tipo di discrezionalità

⁵⁰ C. Guarnieri, *op. ult. cit.*, pp. 136-137, si riferisce, nello specifico, ad Austria, Germania e Italia: «Germania e Austria sono, prima del 1918, regimi politici non completamente democraticizzati nel senso che l'esecutivo non vi risulta responsabile politicamente nei confronti del parlamento. Sono regimi “a governo costituzionale puro” in cui accanto a parlamenti più o meno rappresentativi della comunità politica convivono governi che sono invece emanazione diretta di sovrani il cui principio di legittimazione è ancora, almeno in parte, il diritto divino. Per l'Italia il discorso è certamente più complicato, dal momento che il suo sistema costituzionale, originariamente previsto come “puro”, con un governo responsabile politicamente solo nei confronti del re, si evolve progressivamente in senso parlamentare. [...] In questa situazione il pubblico ministero è posto alle dipendenze di un esecutivo non responsabile politicamente, che anzi utilizza questa nuova istituzione per tentare di controllare meglio la magistratura giudicante. In modo simile a quanto accade per l'intera amministrazione dello Stato, anche in campo giudiziario i liberali, costretti all'opposizione, tentano di limitare il potere di un governo irresponsabile, in questo caso attraverso l'introduzione del principio di obbligatorietà dell'azione penale. Si arriva così, come abbiamo visto per la Germania, a quello che può essere interpretato come una sorta di scambio in quanto prevede l'accoglimento di tale principio insieme a quello del monopolio pubblico dell'azione penale esercitato da un'organizzazione gerarchica e centralizzata. Si può perciò affermare che la scarsa responsabilità politica del governo rende in questo contesto comprensibile l'introduzione di queste limitazioni esterne all'attività del pubblico ministero, tanto più che quest'organo, nonostante alle sue origini fosse rivendicato dai liberali, diventa presto – e senza sorpresa visto il suo assetto organizzativo – uno strumento in mano ai governi monarchici». Continua: «anche altri casi [...] ci inducono a ritenere che l'introduzione del principio di obbligatorietà, per essere pienamente compresa, vada inquadrata in una situazione di scarsa responsabilità politica del governo, anche se è forse azzardato affermare che fra i due elementi esista una relazione necessaria. La presenza di tale principio può però essere legittimamente inserita in un contesto di difficile sviluppo democratico, in quanto va interpretata come una possibile conseguenza, specie nel caso di regimi politici semi-democratizzati come quelli costituzionali puri, di una situazione in cui ad un parlamento abbastanza rappresentativo si contrappone un esecutivo di fatto e di diritto non responsabile» (*ivi*, p. 140).

implica, pertanto, un giudizio di pura convenienza, in base a cui si decide se l'esercizio dell'azione penale risulti appropriato rispetto agli obiettivi politici contingenti. Questi ultimi saranno determinati dall'indirizzo politico di chi esercita l'azione penale o, più frequentemente, dell'autorità sopraordinata al p.m.»⁵¹. Fra i vantaggi riconosciuti a tale sistema, il principale è quello della flessibilità tramite cui si favorirebbe l'efficienza della giustizia.

La distinzione astratta fra i due modelli, utile sul piano descrittivo, in concreto assume una valenza relativa e comunque non decisiva nella comprensione del loro effettivo funzionamento. E ciò principalmente per due ragioni.

La prima è il movimento di convergenza e di armonizzazione che molti sistemi continentali da anni ormai mostrano verso l'adozione di modelli di azione penale aventi caratteristiche ricorrenti. Tale moto si manifesta nell'accoglimento di discipline simili e nella attenuazione delle distanze esistenti anche fra ordinamenti ispirati a sistemi opposti: così, si assiste a una ricerca di legalità da parte dei sistemi a originaria matrice discrezionale e a un'apertura a inediti momenti di discrezionalità nei modelli storicamente legati all'obbligo di azione⁵². Anche fuori dall'Europa il quadro non cambia: in U.S.A., infatti, si assiste da anni a riforme volte ad arginare la discrezionalità affidata al *Prosecutor*.

La seconda consiste nei limiti applicativi che i due sistemi incontrano.

Per vero, tale ultima considerazione vale in specie con riferimento al sistema di obbligatorietà dell'azione penale. Anche quando tale principio venga espressamente accettato da determinati ordinamenti, infatti, è convinzione diffusa fra autorevoli studiosi che sussista comunque uno spazio di discrezionalità

⁵¹ L. M. Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 924.

⁵² Sul punto v. L. Luparia, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2002, pp. 1752 ss., il quale ricorda pure come anche il Consiglio d'Europa sembri muoversi verso il superamento di una rigida distinzione fra i due sistemi in un'ottica efficientista. Nella Raccomandazione R(87)18 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, sulla semplificazione della giustizia penale, i ministri europei, considerato lo stato di inefficienza in cui versa la giustizia penale, suggeriscono, compatibilmente con gli sviluppi storici e le previsioni costituzionali di ogni Paese membro, di adottare un sistema di azione penale discrezionale precisando pure i criteri legali in base ai quali tale esercizio dovrebbe avvenire; spicca, fra tutti, la rilevanza dell'interesse pubblico. Con riferimento agli Stati membri le cui tradizioni costituzionali non agevolino l'introduzione di un sistema discrezionale di azione penale, si suggerisce comunque l'introduzione di misure che abbiano gli stessi effetti di sfoltimento del carico giudiziario.

ineliminabile nelle scelte perpetrate dal p.m. tale per cui, secondo Di Federico, potrebbe affermarsi che l'esercizio dell'azione penale avrebbe un carattere *intrinsecamente discrezionale*. E ciò sia a causa dell'incremento, in termini quantitativi, di complessità e di pericolosità, delle esigenze di repressione della criminalità, che, in termini organizzativi⁵³, in ragione delle esigenze di utilizzazione razionale delle risorse disponibili. Entrambi i fattori rendono sempre più evidente la necessità di compiere *scelte* di politica criminale⁵⁴ e l'impossibilità di mantenere in vita l'aspirazione ottocentesca alla piena prevedibilità e alla completa razionalizzazione dei comportamenti organizzativi espressa dal mito della obbligatorietà⁵⁵.

Uno degli studi più citati a supporto di tale tesi è quello di Goldstein e Marcus⁵⁶ che, già negli anni '70, sottolineando la centralità degli organi requirenti, condussero una ricerca con lo scopo di dimostrare il sostrato discrezionale

⁵³ C. Guarnieri, *op. cit.*, p. 144, riporta gli studi di March e Simon, secondo i quali l'entità e il tipo di discrezionalità affidati al p.m. dipenderebbero dalla misura in cui il suo programma di esecuzione specifichi l'attività (i mezzi) e il risultato del lavoro (i fini): quanto più il programma è orientato solo in senso finalistico, tanto maggiore è la discrezionalità lasciata alla persona che attua tale programma nello stabilire le connessioni fra i mezzi e i fini. Così, nelle condizioni odierne, è impossibile in un'organizzazione adattare i mezzi ai fini, e quindi assicurare un certo grado di efficacia, senza un minimo di discrezionalità. L'aspirazione alla creazione e al mantenimento di un'organizzazione perfettamente razionale, in cui tutti i comportamenti risultano prevedibili, se comprensibile in un certo periodo storico, oggi è destinato a scontrarsi con le esigenze della realtà. In questo senso, il tentativo di forzare il processo di standardizzazione giuridica delle risorse organizzative, risultando concretamente impraticabile e nascondendo dunque spazi di discrezionalità ineliminabili, avrebbe come effetto quello di aumentare l'irresponsabilità politica del p.m. Questo succede negli Stati Uniti, in cui i fini dell'attività del p.m. tendono a essere definiti, anche da un punto di vista formale, in modo molto generale.

⁵⁴ G. Di Federico, *Il pubblico ministero: indipendenza, responsabilità, carriera «separata»*, ne *L'Indice Penale*, 1995, p. 401, secondo il quale si pone pure un problema, di democrazia, di rendere trasparenti tali scelte e di collegarle al circuito democratico.

⁵⁵ C. Guarnieri, *op. cit.*, p. 144, il quale precisa: «in realtà, è impossibile rendere completamente prevedibili i comportamenti umani ed eliminare così il potere dalle organizzazioni. L'impossibilità di disporre di tutte le informazioni rilevanti, la necessaria ambiguità nella definizione degli obiettivi, la difficoltà di assumere che tutti i partecipanti organizzativi condividano pienamente gli stessi valori, la variabilità delle risorse di fatto a disposizione, l'incertezza stessa che caratterizza di necessità i rapporti fra un'organizzazione e il suo ambiente sono fra i principali fattori che fanno sì che nessun sistema di norme impersonali sia in grado di prevedere ogni situazione concreta in modo sufficientemente preciso e che rendono impossibile rimuovere del tutto l'incertezza del quadro della razionalità limitata dell'agire umano».

⁵⁶ A.S. Goldstein-M. Marcus, *The myth of judicial supervision in three "inquisitorial" systems: France, Italy and Germany*, in *The Yale Law Review*, 1977, pp. 240 ss.

sotteso ai poteri esercitati dal p.m. anche in quei sistemi, se del caso inquisitori, improntati al principio opposto⁵⁷.

Alla luce di quanto detto, pare riduttivo guardare al problema della discrezionalità/obbligatorietà circoscrivendo l'analisi alla sola descrizione delle peculiarità che caratterizzano in astratto il sistema di esercizio dell'azione penale italiano e degli altri sistemi prescelti.

I poteri esercitati dagli organi requirenti, primo fra tutti quello di accusa, sono, infatti, parte di un equilibrio politico e istituzionale che pare opportuno indagare nel suo complesso. Si tratta, da un lato, di affrontare il tema dei rapporti intercorrenti fra pubblico ministero e sistema politico, dall'altro, di individuare le caratteristiche delle strutture processuali in cui il pubblico ministero agisce e che ne determinano pure la posizione istituzionale. D'altra parte, lo stesso raffronto, fondamentale, con talune delle esperienze europee più significative (cap. III) pare poco rilevante se non si considera che quegli stessi sistemi, dal cui esercizio discrezionale dell'azione penale può prendersi spunto di riflessione, vivono in un complesso istituzionale e organizzativo completamente differente rispetto a quello italiano.

Sembra allora che le questioni relative al sistema di azione penale e alla discrezionalità, esplicita o implicita, a questa connessa possano essere ricostruite, definite e misurate, a prescindere dai principi giuridici, analizzando:

- il sistema processuale adottato;
- i rapporti fra accusa e potere politico;
- l'organizzazione giudiziaria e la posizione istituzionale dell'organo requirente.

Ognuno di questi elementi, infatti, sembra contribuire alla contestualizzazione del modello di azione penale e fornire una chiave di lettura utile per l'analisi successiva dei sistemi prescelti.

⁵⁷ Osservano gli Autori, *op. cit.*, p. 281: «[...] *the prosecutor is clearly more important than the judge in controlling the law enforcement process. His characterization of facts and law, the degree to which he pursues investigative leads or is content to accept what the police bring to him, the extent to which he recommends leniency for an accused who offers confession, cooperation, or contrition – these become the levers by which the rest of the process is moved*».

4.1. Il sistema processuale: processo accusatorio e processo inquisitorio.

La struttura del processo penale si ispira, tradizionalmente, a due modelli fondamentali: il paradigma accusatorio e quello inquisitorio.

La storia del processo penale è generalmente ricostruita come storia dell'alternarsi e contrapporsi di questi due modelli e, da un certo momento in poi, del loro circolare⁵⁸ e combinarsi in varie forme, convergendo da ultimo la maggior parte dei sistemi europei su forme *miste* di processo penale, *tendenzialmente* accusatorie o *tendenzialmente* inquisitorie⁵⁹. La loro distinzione, non necessariamente coincidente con quella fra paesi di *common law* e di *civil law* ma comunque corrispondente a due concezioni ideali della giustizia profondamente diverse⁶⁰, risulta fondamentale per comprendere il differente ruolo rivestito nel processo penale dal pubblico ministero. Tendenzialmente,

⁵⁸ E. Grande, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 49 ss. L'Autrice, nelle sue conclusioni in merito alla circolazione e trasposizione dei modelli processuali, ritiene che la circolazione si sostanzi nel solo messaggio politico-filosofico sotteso a quel dato modello: il sistema *adversary* circola, anche in Italia, sul piano dell'immagine che si associa a quel modello. Così, tanto in relazione alla trasposizione in Italia del modello americano quanto con riferimento alla diffusione della codificazione penale negli Stati Uniti, l'Autrice afferma che: «il messaggio di un rapporto individuo-stato di tipo non autoritario, che quei modelli veicolano, si diffonde indipendentemente dall'effettivo accoglimento del principio di legalità o delle regole di una procedura *adversary*. [...] Il messaggio politico-filosofico, slegato dalla realtà applicativa del modello cui in teoria è associato, circola a livello simbolico insieme alla importazione puramente formale delle sue regole. L'apparente adesione al principio di legalità o alle regole probatorie della procedura *adversary* è quanto basta per assicurare al sistema di recezione l'immagine che esso vuole assumere. Se l'immagine corrisponda alla realtà risulta in entrambi i casi irrilevante».

⁵⁹ G. Conso, voce *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, 1958, p. 336, in cui si legge: «Anche oggi si hanno solamente processi di tipo misto o coordinato, non adattandosi la linearità di fisionomia dei due sistemi tradizionali alle svariate esigenze di giustizia della società moderna. Il riferimento al sistema accusatorio e al sistema inquisitorio conserva validità in quanto si voglia considerare come modelli di organicità in sede logica o come criteri di politica criminale in sede legislativa o come metri di valutazione in sede positiva, oltretutto, naturalmente, come dati di ordine storico». V. anche G. Ubertis, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Raffaello Cortina, Milano, 2000, pp. 1 ss., il quale individua il momento a partire dal quale viene utilizzata la forma *mista*, più o meno nella riscrittura napoleonica delle innovazioni processuali introdotte dal *Code d'instruction criminelle* promulgato nel 1808.

⁶⁰ G. Neppi Modona, *Processo accusatorio e tradizioni giuridiche continentali*, in M. Chiavario (a cura di), *Il nuovo c.p.p. visto dall'estero. Atti del seminario di Torino*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 265, secondo il quale «nei modelli gerarchico-burocratici viene soprattutto perseguito il valore della prevedibilità e della uniformità delle decisioni, attuato, appunto, attraverso il costante controllo dei giudici superiori nei confronti di quelli inferiori; nei modelli orizzontali e coordinati il valore predominante è quello dell'adeguatezza della decisione al caso concreto ed ai valori della comunità all'interno della quale la sentenza è pronunciata».

infatti, nel modello accusatorio il pubblico ministero è una *parte* del processo, distinta dal giudice e titolare di poteri dispositivi ampi in relazione alle prove processuali; nel sistema inquisitorio, invece, il p.m. è per lo più un giudice la cui attività è rimessa nelle mani del giudice istruttore.

In particolare, guardando alle caratteristiche tecniche dei due modelli, si può osservare che principi cardine del sistema accusatorio sono la pubblicità, l'oralità e il contraddittorio fra le parti. Ne sono tratti peculiari:

- la separazione delle funzioni processuali (accusa, difesa e giudizio);
- la parità di posizione fra le parti, accusatore e imputato;
- la piena disponibilità delle prove in capo alle parti, con esclusione di ogni libertà del giudice nella raccolta delle stesse;
- la libertà di accusa riconosciuta all'offeso dal reato e ai suoi congiunti;
- il ruolo limitato del giudice, moderatore impassibile e controllore della regolarità del processo;
- la presenza di una giuria⁶¹;
- la libertà dell'accusato sino alla sentenza di condanna⁶²;
- i limiti alle impugnazioni.

Tali peculiarità rappresentano il portato di una evoluzione secolare. Storicamente, infatti, l'affermazione del metodo accusatorio, «prima forma di procedura criminale vera e propria»⁶³, si colloca in Grecia e nell'ultimo secolo della Repubblica di Roma. Ivi, la facoltà d'accusa, espressione del principio di sovranità, era *libera* e rappresentava un diritto intangibile di ogni cittadino, che lo esercitava dinanzi ad assemblee rappresentative del popolo. Non esisteva ancora una figura paragonabile agli attuali organi d'accusa. «Niuno speciale funzionario interveniva nella procedura, che s'iniziava e si chiudeva fra gli elementi di quel popolo sovrano, che, come sapeva difendersi dai nemici, sapea render giustizia

⁶¹ V. nota 71.

⁶² V. nota 71.

⁶³ G. Conso, *op. ult. cit.*, p. 336.

dei suoi soggetti»⁶⁴. La sfera dell'illecito veniva ancora valutata dal punto di vista dell'interesse privato, «nulla essendo la sensibilità per la lesione sociale o insita apparendo nella tutela individuale la tutela della società»⁶⁵. Il modello accusatorio verrà poi sviluppato nell'ordinamento inglese, rappresenterà una delle principali rivendicazioni del movimento liberale⁶⁶ e verrà riscoperto nei paesi dell'Europa continentale all'indomani del secondo conflitto mondiale. Mirjan Damaska, in uno studio che mette in collegamento l'organizzazione giudiziaria e i sistemi politici⁶⁷, ritiene che il processo ispirato al modello accusatorio si sia sviluppato storicamente in quei Paesi, di *common law*, caratterizzati da un'organizzazione statale di stampo paritario, non burocratico⁶⁸, in cui sarebbe servito da strumento di risoluzione dei conflitti fra gli attori sociali coinvolti⁶⁹.

L'opposto modello inquisitorio si caratterizza, invece, per il principio di autorità, secondo cui la verità è meglio accertata quanti più poteri sono attribuiti al giudice, e per il principio del cumulo delle funzioni processuali di accusa, difesa

⁶⁴ La ricostruzione storica del Pubblico Ministero è operata da G. Bortolotto, voce *Ministero Pubblico (materia penale)*, in *Digesto Italiano*, XV, II, 1904-1911, pp. 526 ss.

⁶⁵ G. Conso, *op. ult. cit.*, p. 336.

⁶⁶ C. Guarnieri, *Pubblico ministero e sistema politico*, cit., p. 155.

⁶⁷ M. Damaska, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, il Mulino, Bologna, 1995, *passim*.

⁶⁸ Rispetto a tali sistemi G. Neppi Modona, *op. cit.*, p. 264, specifica invece come una distribuzione coordinata e orizzontale del potere giudiziario, caratterizzata, cioè, da giudici non di carriera, non inseriti in una organizzazione burocratica, ma di nomina elettiva, di designazione politica ovvero di estrazione popolare, sia perfettamente congeniale al modello accusatorio: «non è dunque casuale che nel processo penale nord-americano, che si innesta su un sistema giudiziario coordinato ed orizzontale, siano sconosciuti i due principali caratteri che accomunano i modelli processuali di stampo continentale; da un lato il controllo di legalità sul mancato esercizio dell'azione penale non ha ragione di essere, stante il principio dell'assoluta discrezionalità dell'azione penale; dall'altro manca un sistema di mezzi di impugnazione paragonabile a quello dei paesi europei, con particolare riferimento all'appello nel merito nei confronti delle sentenze di primo grado, posto che – stante la formula di reclutamento dei giudici ed il loro carattere rappresentativo della comunità in cui sono chiamati ad operare (ciò vale, soprattutto, per l'istituto della giuria popolare) – si presume che la sentenza più “giusta” sia, per definizione, la prima».

⁶⁹ Trattasi di tesi successivamente rivisitata da P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*, Zanichelli, Bologna, 2005.

e di giudizio in un unico soggetto, il giudice⁷⁰. In astratto, sono elementi propri di tale sistema:

- l'intervento *ex officio* del giudice, il quale instaura di propria iniziativa il processo, in assenza di vincoli in merito all'oggetto del giudizio e con la sovrapposizione delle funzioni di accusa e di decisione;
- la libertà del giudice di raccogliere prove, a prescindere dalle iniziative di parte;
- la segretezza, interna ed esterna, di tutto il processo;
- la scrittura;
- la disparità di poteri fra le parti, in specie fra giudice, accusatore e imputato;
- la previsione della carcerazione preventiva dell'imputato⁷¹;
- la presunzione di reità;
- la molteplicità delle impugnazioni.

Tale sistema nasce dal progressivo indebolimento di quello accusatorio e, in specie, dalla crescente necessità di proteggere interessi riconducibili a un potere centrale. Il paradigma di riferimento di tale modello viene individuato in quello del processo tardo imperiale. Il contributo più rilevante alla sua elaborazione provenne dalla Chiesa, lungo un percorso che va dalla fine dell'alto medioevo sino alla costituzione dell'Inquisizione romana (1542): nell'ottica di un controllo capillare dell'ortodossia religiosa, infatti, la Chiesa concesse ai propri giudici poteri ispettivi sempre più penetranti. È nella legislazione canonica del medioevo, inoltre, che è possibile avvistare il nascere e il graduale perfezionarsi del pubblico accusatore (anche se ancora lontano dalla figura del pubblico

⁷⁰ P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 26-27.

⁷¹ Secondo G. Illuminati, voce *Accusatorio e inquisitorio (sistema)*, in *Enciclopedia giuridica*, 1998, p. 2, elementi come la presenza di una giuria e la *cross examination* non sarebbero essenziali alla distinzione ma eventuali. Lo stesso è a dirsi per la carcerazione preventiva che, secondo l'Autore, sarebbe considerabile come carattere distintivo del sistema inquisitorio nel solo caso in cui la misura sia considerata strumentale all'indagine segreta e all'interrogatorio: «sotto altri profili la coercizione personale non pare sostanzialmente condizionata – a parte le modalità, che possono variare – dalla natura accusatoria o inquisitoria del processo».

ministero vero e proprio)⁷². Il sistema inquisitorio troverà poi terreno particolarmente fertile nell'esperienza degli Stati assoluti che, nel corso del '600, si vennero consolidando in Europa continentale; fra questi, risulta particolarmente rilevante, in specie per le influenze avute sulla stessa elaborazione del codice italiano, l'esperienza pre-rivoluzionaria dell'ordinamento francese. Più di recente, il modello inquisitorio è stato riutilizzato con l'affermazione dei regimi totalitari. Nello studio di Damaska, il processo penale di stampo inquisitorio si sarebbe sviluppato in quei Paesi dell'Europa continentale caratterizzati da un'organizzazione statale fortemente gerarchizzata: ivi il rito sarebbe governato dal giudice – e non dalle parti – e sarebbe stato inteso quale mezzo mediante cui l'autorità statale impone le proprie scelte politiche⁷³.

Così come per la bipartizione dei sistemi di azione penale, anche la distinzione fra i due idealtipi di modelli processuali ha ormai una funzione essenzialmente descrittiva. E ciò sia perché gli ordinamenti continentali mostrano ormai da tempo la tendenza a convergere verso forme *miste* di sistema processuale penale, in cui le esigenze di difesa della società proprie del sistema inquisitorio vengono mediate e contemperate con le esigenze di tutela dei diritti individuali proprie del sistema accusatorio⁷⁴; sia perché le indicazioni provenienti dalla dimensione

⁷² Scrive G. Bortolotto, *op. cit.*, p. 528: «In quell'epoca la giurisdizione ecclesiastica s'estende considerevolmente in tutt'Europa; ora, poiché la maggior parte dei reati non era propriamente diretta contro una determinata persona, ma sì contro un ente puramente morale, la religione, era forza creare un magistrato, cui fosse affidato l'incarico di proteggerne gli interessi e di rendersi vindice delle offese contro di essa dirette. Il sistema della pubblica accusa, massimamente nel tempo in cui vigeva il duello giudiziario, non potea pienamente raggiungere il suo scopo, onde la giurisdizione ecclesiastica, per assicurare la responsabilità e meglio proteggere quelli, che le prestavano il loro concorso, introduceva, parallelamente al procedimento per accusa, il procedimento per denuncia, per inquisizione, il quale finì per soffocare il primo. Così si vide accanto a questi tribunali elevarsi un altro magistrato, il "promotore", detto anche *vindex religionis*, il quale si faceva iniziatore dell'azione penale, nel segreto dei tribunali inquisitori di funesta memoria».

⁷³ Nota G. Neppi Modona, *op. ult. cit.*, p. 264, come la distribuzione gerarchica del potere giudiziario presupponga necessariamente, sul terreno processuale, che tutte le attività svolte dall'organo inferiore siano documentate per iscritto, perché questo è l'unico modo attraverso cui l'organo sovraordinato nella scala gerarchica può esercitare i suoi poteri di controllo e, quindi, di supremazia.

⁷⁴ G. Illuminati., voce *Accusatorio e inquisitorio (sistema)*, cit., pp. 2-3. L'Autore sottolinea come l'espressione "sistema misto", che indica quei modelli processuali storicamente adottati dagli ordinamenti continentali a partire dal *Code d'instruction criminelle* del 1808, sia di per sé

sovrannazionale e dalla giurisprudenza delle relative corti spingono al recepimento di principi che prescindono dal modello processuale adottato e che disegnano un sistema processuale necessariamente ispirato ai canoni del *giusto processo* e al rispetto dei *diritti fondamentali*⁷⁵. Principi quali l'imparzialità del giudice, la pubblicità delle udienze, l'esposizione delle ragioni in contraddittorio, l'inviolabilità della difesa, la presunzione di innocenza sono, infatti, elementi tendenzialmente indefettibili per ogni sistema processuale che non intenda porsi ai margini della comunità internazionale⁷⁶.

4.1.1. Gli equivoci sul sistema di azione penale

Alla dicotomia appena illustrata corrisponde, tradizionalmente, la contrapposizione fra sistemi di azione penale discrezionale e sistemi di azione penale ispirati al principio di obbligatorietà. È convinzione diffusa, infatti, che il modello accusatorio si accompagni al principio di opportunità, quello inquisitorio al principio di obbligatorietà.

Secondo taluna dottrina, tuttavia, la riconduzione necessaria di un sistema specifico di azione penale a un preciso modello processuale pare un'operazione non condivisibile. A prescindere dalle caratteristiche appena enunciate, infatti, nessuno dei due modelli di processo (inquisitorio o accusatorio) presenterebbe un

priva di significato essendo il suo contenuto essenzialmente dipendente dal rinvio ai singoli casi e, quindi, dalle peculiarità, pure politiche, che contraddistinguono i diversi ordinamenti in cui la commistione fra modelli è operata.

⁷⁵ Si occupa delle influenze sul processo penale italiano provenienti in specie dal Consiglio d'Europa, E. Amodio, *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 75 ss.

⁷⁶ G. Ubertis, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, cit., pp. 5-6, il quale specifica pure come tale quadro sia complicato dal fatto che ogni sistema processuale contenga al suo interno ulteriori sottoprocedimenti che rendono ancora più difficile l'individuazione di un *tipo* di sistema processuale con cui identificare le scelte adottate: «ci si trova al cospetto, quindi, non tanto di sistemi in cui siano tra loro variamente intrecciati o dosati i caratteri di accusatorietà e inquisitorietà, quanto piuttosto di ordinamenti, al cui interno si collocano una molteplicità di procedimenti, a loro volta difformemente ispirati ai due schemi fondamentali».

nesso logico con il sistema di azione penale prescelto⁷⁷.

Per vero, l'equivoco che accosta all'adozione del processo di stampo accusatorio la scelta di un modello di azione penale discrezionale avrebbe origini storiche profonde. Scrive Ferrajoli: «È chiaro che nell'antico processo accusatorio, ove l'iniziativa penale era rimessa alla parte offesa o a qualunque privato cittadino, il potere d'accusa non poteva che essere discrezionale. In un sistema siffatto la discrezionalità infatti era non solo logicamente implicata ma anche assiologicamente giustificata dal carattere privato o anche solo popolare dell'azione, la cui omissione, in coerenza con il carattere ancora tendenzialmente privato dello stesso diritto penale sostanziale, segnalava una tolleranza o quanto meno una mancanza di reattività sociale al reato». Allorquando, tuttavia, si è affermato il carattere pubblico del diritto penale e delle sue funzioni di prevenzione generale e si è progressivamente trasformata in pubblica la natura dell'accusa, il mantenimento della discrezionalità dell'azione penale in taluni moderni sistemi accusatori ha rappresentato, nelle parole del filosofo, «una fonte inesauribile di arbitri: arbitri per omissione, non essendo possibile alcun efficace controllo sui favoritismi che possono suggerire l'inerzia o l'incompletezza dell'accusa; arbitri per commissione, essendo inevitabile, come l'esperienza insegna, che il *plea bargaining* divenga la regola e il giudizio un'eccezione, preferendo molti imputati innocenti dichiararsi colpevoli piuttosto che sottoporsi ai costi e ai rischi del giudizio»⁷⁸. Così, secondo Ferrajoli, il modello accusatorio non solo non presupporrebbe l'azione discrezionale ma, anzi, richiederebbe, logicamente e funzionalmente, l'opposto principio di obbligatorietà e di

⁷⁷ Su questa linea si pone, tra gli altri, anche G. Illuminati, *op. cit.*, p. 4, secondo il quale non solo deve escludersi che il principio di discrezionalità sia connaturale al sistema accusatorio ma deve anche riflettersi sullo snaturamento operato da tale modello per effetto di procedimenti quali il *plea bargain*.

⁷⁸ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., pp. 579-580. Il riferimento è, nello specifico, al sistema statunitense in cui la discrezionalità e la disponibilità dell'azione penale si manifestano in specie nella contrattazione tra pubblico accusatore e imputato della dichiarazione di colpevolezza in cambio di un alleggerimento dei capi d'accusa o di altri benefici penali. Ciò, per vero, finisce per favorire l'efficienza del sistema, che si trova alleggerito della maggior parte delle pendenze giudiziarie, ma si traduce in una pesante connotazione burocratica e poliziesca del grosso della giustizia penale e in una vistosa discriminazione a danno di coloro che, economicamente svantaggiati, sono costretti a qualificare quale bene di lusso inaccessibile un'adeguata difesa e perfino un giusto giudizio.

irrevocabilità dell'azione penale⁷⁹.

Posto, dunque, che fra le due coppie di modelli non sussiste alcun rapporto di implicazione necessaria, si tenga conto, tuttavia, del fatto che il processo accusatorio si presenta come strumento sofisticato e costoso il cui funzionamento, come dimostrano le esperienze di *common law* e come emerge pure dalle relazioni che accompagnano l'introduzione del nuovo codice di procedura penale italiano (cap. IV), necessiterebbe – per una maggiore efficacia – dell'adozione di soluzioni *flessibili* atte a riservarne lo svolgimento a casi limitati. Tale esigenza, d'altra parte, sembra essere divenuta attuale anche negli ordinamenti di *civil law*, in cui, per le ragioni esposte nel capitolo I, le trasformazioni sociali, culturali, politiche ed economiche hanno generato un'aspettativa di giustizia non gestibile con gli strumenti tradizionali offerti dalla cultura rigida continentale.

In tal senso, dunque, seppur non ne costituisce una implicazione necessaria, l'azione penale discrezionale sembrerebbe essere più adatta al clima culturale e politico su cui poggia l'adozione del sistema processuale accusatorio.

4.2. Pubblico ministero e sistema politico: dipendenza o indipendenza dal potere esecutivo.

Un'altra angolazione da cui pare di dover inquadrare il tema dell'esercizio dell'azione penale, è costituita dai rapporti fra gli organi requirenti e il sistema politico, in specie dal rapporto di dipendenza o indipendenza che lega i primi al potere esecutivo. A tale questione, peraltro, si correla quella della responsabilità cui i pubblici ministeri sono esposti per le scelte effettuate.

⁷⁹ Scrive l'Autore, *op. cit.*, p. 582: «D'altra parte, per "obbligatorietà" dell'azione penale non deve intendersi, come si è detto a proposito dell' "inderogabilità", un irrealizzabile dovere di procedere per ogni più "lieve" o "occulto" delitto, ma solo l'obbligo degli organi della pubblica accusa di promuovere il giudizio su ogni *notitia criminis* – magari per domandare l'archiviazione o l'assoluzione, ove ritengano che il fatto sia penalmente irrilevante, o che non sussistano indizi di colpevolezza – venga ad essi sottoposta. In questo senso l'obbligatorietà dell'azione penale è solo un aspetto, o se si vuole un corollario, di altri essenziali connotati strutturali del sistema garantista *SG*: innanzitutto della *legalità* o soggezione soltanto alla legge dell'intera funzione giudiziaria [...]; in secondo luogo dell'*indisponibilità* delle situazioni penali [...]; in terzo luogo del principio di *uguaglianza penale* [...].»

Il panorama europeo si presenta tendenzialmente uniforme nel prevedere, in diversi modi, la subordinazione delle strutture requirenti al potere esecutivo e comunque la loro responsabilità, diretta o indiretta, dinanzi al Parlamento o, in taluni casi, all'elettorato. Si inseriscono in tale quadro, indipendentemente dal sistema di azione penale prescelto l'Inghilterra, gli Stati Uniti, la Francia e la Germania, in cui il raccordo fra sistema politico e pubblica accusa è assicurato dalla figura del Ministro della giustizia o dall'*Attorney General*.

D'altra parte, pare questa la sede per confutare la percezione che la sottoposizione del p.m. alle indicazioni del Governo si traduca necessariamente in un detrimento di garanzie a svantaggio dei cittadini o in un esercizio di parte dell'azione penale⁸⁰. Occorre riconoscere, infatti, che in molti paesi, anche europei, forme di controllo sull'attività del p.m. non hanno avuto risvolti drammatici né per il funzionamento della giurisdizione né per la realizzazione di forme democratiche⁸¹. In generale, l'argomento della pericolosa commistione fra funzione requirente e funzione esecutiva non giustifica un rigetto globale della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale ma evidenzia soltanto l'opportunità di arginare tali fenomeni mediante il ricorso a meccanismi organizzativi e processuali specifici⁸².

Così è stato negli U.S.A., ad esempio, in cui il tradizionale conflitto di interessi che coinvolge il pubblico ministero è stato risolto, dopo lo scandalo *Watergate*, con il ricorso alla nomina di uno *special prosecutor*, figura istituzionalizzata dal legislatore a partire dall'*Ethics in Government Act* del 1978. A tale figura si è fatto da ultimo ricorso anche nelle inchieste sul *Russiagate*.

Allo stesso modo in Francia, in cui vige la facoltatività dell'azione penale del

⁸⁰ Una fra le critiche più ricorrenti all'adozione di un sistema di azione penale discrezionale è che questa favorirebbe le connessioni fra attività d'accusa e potere esecutivo. Per vero, con riferimento a tale rischio di utilizzazione di parte dell'azione penale L.M. Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 930 ss., precisa come tale pericolo si riferisca in specie alla c.d. criminalità politico amministrativa, cioè agli illeciti commessi da titolari di cariche politiche o alti funzionari, soprattutto inquadrati nel potere esecutivo, e il cui tratto distintivo è il possibile conflitto di interessi che potrebbe crearsi fra p.m. ed esponente del potere esecutivo da cui questo dipende.

⁸¹ C. Castelli, *Esigenze di deflazione e risposte possibili tra obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale*, in *Questione Giustizia*, 1990, p. 101.

⁸² L.M. Díez-Picazo, *op. cit.*, pp. 932-933.

pubblico ministero, magistrato sottoposto alle direttive del Ministro della giustizia, sono state introdotte modifiche volte a rendere controllabili e trasparenti le decisioni di quest'ultimo prevedendo pure un parere del CSM su tutte le proposte formulate dal Ministro in relazione ai trasferimenti, sanzioni, promozioni inerenti i magistrati del pubblico ministero⁸³.

In questo quadro, il sistema italiano si presenta come il *caso deviante* del panorama delineato: ivi le funzioni requirenti vengono svolte da soggetti appartenenti alla magistratura, in posizione di indipendenza dagli altri poteri e in assenza di meccanismi di responsabilità politica; meccanismo cui fa da contrappeso il principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Per vero, la garanzia dell'indipendenza⁸⁴, storicamente derivante dalla teoria montesquieiana della separazione dei poteri, se pare coesistente all'esercizio della funzione giudicante, non informa necessariamente l'attività delle strutture requirenti⁸⁵. Essa, cioè, se riferita a queste ultime, non deriva dal principio di separazione dei poteri⁸⁶ e non è una caratteristica essenziale dei regimi liberal democratici. È una constatazione obiettiva, infatti, che all'interno di forme di stato contemporanee, eredi dell'esperienza liberale e oggi di stampo democratico, la natura discrezionale dell'azione penale e la dipendenza del p.m. da altri poteri

⁸³ G. Di Federico, *Il pubblico ministero: indipendenza, responsabilità, carriera «separata»*, cit., pp. 404-405.

⁸⁴ Il termine indipendenza, tradizionalmente riferito alla magistratura, può essere utilizzato in più accezioni. Si distingue, infatti, tra *indipendenza istituzionale* o *organica esterna*, relativa all'autonomia dell'organizzazione nel suo complesso da qualsiasi centro di potere; *indipendenza organica interna*; *indipendenza funzionale*. G. Di Federico, *Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, cit., p. 528, sottolinea come lo stesso concetto di indipendenza non possa essere utilizzato indifferentemente per il giudice e per il pubblico ministero, poiché questi hanno caratteristiche funzionali profondamente differenti.

⁸⁵ In questo senso si esprime C. Guarnieri, *Pubblico ministero e sistema politico*, cit., pp. 127 ss., secondo il quale la garanzia dell'indipendenza istituzionale si giustificherebbe soltanto in relazione ai giudici, per assicurarne l'imparzialità e come contrappeso alle altre branche di governo. Non anche con riferimento al pubblico ministero, le cui garanzie istituzionali si ritiene possano dipendere solo da considerazioni funzionali e operative.

⁸⁶ G.U. Rescigno, *L'esercizio dell'azione pubblica ed il pubblico ministero*, in Associazione nazionale dei costituzionalisti, *Annuario 2004: separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, *Atti del XIX Convegno annuale*, Padova 22-23 ottobre 2004, CEDAM, Padova, 2008, pp. 130 ss., secondo il quale sono numerosi gli Stati che, ispirati per universale consenso al principio di separazione dei poteri, in una delle molte versioni possibili e sperimentate, adottano sistemi diversi con riferimento all'ufficio del pubblico ministero.

siano ritenute compatibili con il principio di separazione dei poteri. E che anzi, forme di dipendenza e di responsabilizzazione politica degli uffici requirenti fungano da contrappeso necessario proprio alla indipendenza riconosciuta alla magistratura⁸⁷.

Tale garanzia apparirebbe, inoltre, in contraddizione con la natura *politica* della funzione di persecuzione penale che, come scrive Castelli, «è tipica funzione di governo di situazioni sociali; essa è anzi quella che si esercita nel modo più acuto e penetrante, di modo che da un coordinamento con essa non può prescindere il più generale “progetto della società”. [...]. Il potere di azione penale [...] incarna, per la precisione, l’interesse sociale a controllare situazioni, dinamiche e comportamenti secondo quelli che si dicono gli “orientamenti politici generali”, che non sono altro che il progetto politico che, fondato su forze politiche, sociali, economiche e culturali dominanti, è quello di maggioranza»⁸⁸.

Dunque, da quanto detto sembrerebbe che anche quando si voglia riconoscere al pubblico ministero la garanzia dell’indipendenza, data la politicità delle funzioni da questo svolte, occorrerebbe prevedere meccanismi di responsabilità democratica che fungano da contrappeso per le scelte da questo effettuate⁸⁹.

Da ultimo, si orienta in questa direzione anche la proposta di direttiva volta alla istituzione del pubblico ministero europeo in cui si prevede, all’art. 5, la garanzia della sua indipendenza (assicurata anche mediante il meccanismo di reclutamento) cui fa da contrappeso, tuttavia, la previsione di forme di

⁸⁷ C. Guarnieri, *Pubblico ministero e sistema politico*, cit., p. 175 e p. 180, in cui l’Autore afferma: «[...] è proprio l’indipendenza del giudice che sembra richiedere, per essere giustificata in un contesto democratico, una certa dipendenza del pubblico ministero: tanto più indipendente il giudice – e le ragioni per andare in questa direzione non mancano – tanto più diventa necessario trovare contrappesi alla crescita del potere giudiziario, come appunto un pubblico ministero politicamente responsabile».

⁸⁸ C. Castelli, *op. cit.*, p. 101.

⁸⁹ C. Guarnieri, *Giustizia e politica. I nodi della seconda repubblica*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp. 26-27, il quale, con riferimento alla magistratura (in cui, in Italia, è inserito anche il pubblico ministero) precisa: «se il giudice in qualche modo esercita potere politico [...] in che misura sono giustificate le sue garanzie di indipendenza? Non devono forse queste garanzie essere compatibili con il più generale principio, che sta alla base di questi regimi, che chi esercita potere politico deve essere chiamato a rispondere davanti alla comunità? Ma come conciliare meccanismi di responsabilità con la necessità di garantire l’imparzialità del giudice che, come abbiamo visto, è alla base delle sue garanzie di indipendenza?».

responsabilità *politica* del *Prosecutor* europeo, chiamato a dar conto del proprio operato generale attraverso una relazione annuale da trasmettere al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, alla Commissione europea e ai vari Parlamenti nazionali⁹⁰.

In Italia, invece, il *contrappeso* necessario all'affidamento dell'esercizio dell'azione penale a un soggetto indipendente e politicamente irresponsabile è il principio di obbligatorietà dell'azione penale tramite cui si esclude, almeno nelle intenzioni del Costituente, ogni ponderazione di opportunità e si rafforza l'esclusiva soggezione del p.m. alla legge.

Come vedremo (cap. IV), gli spazi di discrezionalità *di fatto* esercitati dal p.m. italiano contraddicono tale costruzione e si risolvono, alla fine, in un fattore di irresponsabilità delle scelte di politica criminale effettuate dalla magistratura requirente⁹¹.

4.3. L'organizzazione giudiziaria.

Una terza prospettiva utile per comprendere l'equilibrio in cui si inserisce l'esercizio dell'azione penale – e verificare gli spazi eventuali di discrezionalità – è costituita dalle caratteristiche istituzionali e pure organizzative che regolano l'attività degli uffici requirenti.

In tale ottica, occorre guardare alle funzioni svolte dagli organi requirenti tenendo presenti:

- i meccanismi di reclutamento, di socializzazione e di carriera, considerate pure le relazioni con la magistratura giudicante⁹²;

⁹⁰ A. Candi, *Struttura, compiti, indipendenza e responsabilità del pubblico ministero europeo nella proposta della commissione europea del 17 luglio 2013*, in *Diritto Penale Contemporaneo*.

⁹¹ C. Guarnieri, *Giustizia e politica*, cit., p. 148: «Di fatto, la più importante conseguenza della presenza del principio di obbligatorietà è stata quella di impedire la creazione di un efficace sistema di controlli e, quindi, di rendere estremamente ampi i margini di discrezionalità di cui godono i magistrati dei pubblici ministeri, rafforzandone ulteriormente il potere».

⁹² Scrive C. Sarzotti, *Processi di selezione del crimine. Procure della Repubblica e organizzazione giudiziaria*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 24: «Ciò che rileva maggiormente [...] non è tanto il potere formale che un determinato sistema riserva al ceto professionale dei magistrati, quanto invece come la formazione professionale e la cultura giuridica dei soggetti che esercitano l'azione penale possano influenzare le strategie di politica criminale poste in essere dai

- l'organizzazione interna degli uffici, con particolare riguardo ai poteri riconosciuti ai capi degli stessi uffici requirenti;
- i controlli, interni ed esterni, cui è sottoposta l'attività del p.m., quale strumento per assicurare pure un certo grado di responsabilità delle strutture requirenti;
- i compiti affidati alle strutture requirenti, sia da un punto di vista quantitativo che qualitativo;
- i rapporti con la polizia giudiziaria;
- i rapporti fra i precedenti elementi.

Le variabili appena delineate risultano particolarmente utili per l'analisi dei sistemi stranieri prescelti che di seguito si propone e, quindi, per il sistema italiano.

prosecutors. In termini generali, infatti, è possibile ipotizzare che quanto più la cultura professionale dei *prosecutors* si avvicina a quella del magistrato giudicante tanto più prevarrà nelle agenzie che esercitano l'azione penale una ideologia professionale di tipo tradizionale fondata su una maggiore impermeabilità comunicativa tra istituzione giudiziaria e società esterna, una maggiore attenzione agli aspetti formalistici del diritto e una conseguente minore attenzione all'efficienza del sistema in termini di efficacia repressiva. Se, invece, la figura professionale che svolge la funzione di *prosecutor* appartiene indirettamente al mondo della politica, o proviene dall'ambito delle forze dell'ordine, con ogni probabilità tale figura sarà maggiormente permeabile alle istanze che giungono dalla società, il suo orientamento all'azione sarà di tipo finalistico piuttosto che normativo, svolgerà con minor rigore formalistico il suo ruolo di controllo di legalità delle procedure investigative».

Capitolo III

UNO SGUARDO COMPARATISTICO: L'ESERCIZIO DELL'AZIONE PENALE IN INGHILTERRA, U.S.A., FRANCIA E GERMANIA.

1. Premessa

L'obiettivo del presente lavoro, di comprendere in cosa consista l'esercizio discrezionale dell'azione penale e in che modo questo si equilibri con gli altri poteri statali al fine di verificarne la praticabilità anche in Italia, sembra trovare un riferimento importante nell'osservazione di taluni ordinamenti che sposano, in tutto o in parte, il principio di opportunità.

Inghilterra, Stati Uniti, Francia e Germania sono parse, in tal senso, le esperienze maggiormente *rappresentative* delle due diverse famiglie giuridiche, di *common law* e di *civil law*, e delle assonanze o delle differenze intercorrenti con il nostro ordinamento.

Come anticipato, tuttavia, il riferimento, utile e suggestivo, a quei sistemi penali che adottano un modello di esercizio dell'azione penale discrezionale necessita di essere inserito in un contesto più ampio, che tenga conto dell'organizzazione giudiziaria, della posizione istituzionale dell'organo requirente, del funzionamento del processo penale e dei meccanismi atti a deflazionarne il carico. L'insieme di questi strumenti e la convenienza dei vantaggi offerti dalla loro operatività sembra, infatti, determinare pure le strategie processuali adottabili dagli accusati e, quindi, incidere complessivamente sulla funzionalità e flessibilità del sistema penale.

Di seguito, si propone l'esame dei modelli d'accusa adottati dai quattro paesi citati secondo lo schema appena indicato. La descrizione – senza alcuna pretesa di completezza – di un quadro di sistema più ampio pare utile a placare gli entusiasmi derivanti da facili trasposizioni di determinati strumenti pure nel nostro ordinamento. Come si vedrà, infatti, l'esercizio dell'azione penale è il tassello di un equilibrio molto più complesso e articolato.

2. I sistemi di *common law*.

Tradizionalmente contrapposta a quella di *civil law*, la tradizione giuridica di *common law* origina in Inghilterra e si diffonde nelle colonie ex britanniche. Ne sono tratti caratterizzanti, fra gli altri, la preminenza del *case law*, la diversa interpretazione del principio di separazione dei poteri, il modello processuale penale tradizionalmente *adversary*, il sistema di reclutamento *professionale* (e non burocratico) della magistratura.

3. Il sistema inglese.

La peculiarità principale dell'ordinamento inglese risiede nell'assenza di una costituzione scritta, di un codice penale e di procedura penale. Quello inglese, infatti, è un diritto casistico, basato sul principio dello *stare decisis*, secondo cui ne è fonte primaria il complesso delle decisioni giudiziarie (*case law*)¹. Per vero, l'ordinamento inglese presenta una struttura *dualista*, basata sul *common law* e sull'*equity*.

Il *common law*, in senso stretto², è quel ramo del diritto inglese elaborato, caso per caso, dalle corti di Westminster a partire dalla conquista normanna (1066)³. Si ritiene che questo sia, più che il prodotto di una libera scelta, un *fatto storico*, la cui stabilità pare essere il riflesso dell'eccezionale continuità storica, politica e civile che ha caratterizzato e caratterizza il Paese⁴. Il sistema giuridico inglese,

¹ Si precisa che la forza vincolante delle decisioni dei diversi giudici è graduata fra le corti in base al loro livello gerarchico. Nello specifico, con riferimento alla giurisdizione penale, al vertice della scala gerarchica si colloca la *House of Lords*, i cui precedenti risultano autovincolanti solo nella misura in cui la stessa corte non decida discrezionalmente di discostarsene; la *Court of Appeal*; la *High Court*; la *Crown Court* e, infine, le *Magistrates' courts*.

² V. Patanè, voce *Processo penale inglese*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. II, tomo I, 2008, pp. 744-745, la quale precisa che l'espressione *common law* indicherebbe tanto l'ordinamento inglese, complessivamente inteso, quanto una delle tre componenti del diritto inglese, accanto al diritto di fonte legislativa (*statute law*) e all'*equità* (*equity*).

³ Sulla evoluzione delle strutture feudali normanne v. V. Varano-V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 268 ss.

⁴ S. Vinciguerra, *Diritto penale inglese comparato. I principi*, CEDAM, Padova, 2002, pp. 45 ss., ritiene che questa esperienza giuridica, sostanziale e processuale, «in cui anche i suggerimenti dei modelli esterni furono filtrati in maniera autonoma e originale, fu resa possibile da fattori storico-politici che hanno potentemente plasmato l'indole della nazione: in particolare, il consolidamento dell'autorità monarchica avvenuto assai prima che negli altri Stati europei; la

infatti, si afferma in epoca feudale, matura nel suo luogo d'origine e ha per secoli solo sporadici contatti con l'evolversi del pensiero giuridico del resto d'Europa⁵.

Al *common law* si contrappone la *statute law*, il diritto scritto, che, nonostante l'origine consuetudinaria del diritto inglese, sembra aver acquisito, specie a partire dagli anni '80, un rilievo crescente: si pensi, in tal senso, al *Police and Criminal Defence Act 1984*, al *Prosecution of Offences Act 1985* o al *Constitutional Reform Act* del 2005⁶.

A partire dal XIV secolo, inoltre, al sistema di *common law* si affiancarono un insieme di regole complementari basate sull'*equity*. L'affermazione di questo sistema di diritto viene generalmente ricostruita come conseguenza sia dell'irrigidimento del *common law*, in grado di evolversi e di adattarsi sempre meno rapidamente, che dell'elevato formalismo della procedura. In generale, pare che l'*equity* nasca per sopperire alla crisi della giustizia amministrata nelle Corti di Westminster: coloro che non avessero ottenuto giustizia dinanzi alle corti regie, si sarebbero potuti rivolgere al Cancelliere del Sovrano (*Chancery court*), che avrebbe deciso secondo *aequitate*m. L'applicazione della *common law* avrebbe portato, infatti, a soluzioni inique. Caratteristiche dell'*equity* furono

splendid isolation, favorita anche dalla posizione insulare, di cui la Gran Bretagna ha goduto per un millennio senza soluzione di continuità, al riparo dalle invasioni e dalle egemonie politiche esterne; l'incompleta identificazione fra Stato e diritto».

⁵ V. Patanè, *op. cit.*, p. 745, la quale precisa pure come il diritto inglese ha «subito una scarsa elaborazione teorica e nelle sue categorie è ancora legato alle circostanze concrete in cui i diversi principi sono venuti ad esistenza: la sua natura asistemica risulta espressione di un rifiuto di fondo anche di modesti livelli di astrazione e di una sostanziale indifferenza per i problemi dell'economia definitoria, in un sistema che devolve al giudice il compito di elaborare concetti e categorie attraverso la casistica giurisprudenziale».

⁶ E. Dezza, *Breve storia del processo penale inglese*, Giappichelli Editore, Torino, 2009, p. 153. La *statute law*, in tali casi, si accosta e sovrappone al *case law* attraverso l'adozione di soluzioni che finiscono per avvicinare la disciplina processuale inglese a soluzioni diffuse nei paesi di *civil law*, anche a discapito di determinate regole garantiste consolidate nella giurisprudenza delle corti. Tale situazione sembra riflettere le difficoltà in cui versa, al pari degli altri ordinamenti europei, anche il sistema penale inglese, tacciato, paradossalmente, di lentezza, inefficienza, scarsa efficacia repressiva e dissuasiva. Scrive l'Autore: «Solo apparentemente stabile e tranquilla nella sua stratificata immutabilità, anche la giustizia penale inglese, dopo essere stata nel corso dei secoli esempio trascinatorio sul piano della garanzia dei diritti, presenta all'inizio del XXI secolo, come accade nel resto del mondo moderno, un'immagine inquieta».

l'asistematicità, l'inorganicità e la forte discrezionalità. Il relativo processo era segreto, scritto, inquisitorio e senza giuria⁷.

Tuttavia, il citato carattere dualista del sistema inglese perde rilevanza a partire dai *Judicature Acts* 1873-1875: attraverso tali riforme, infatti, è stata introdotta un'amministrazione congiunta di *common law* ed *equity*. Le varie sezioni della High Court e la Court of Appeal devono adesso applicare tutte le regole e i principi del diritto inglese nel loro complesso, contemporaneamente⁸.

3.1. L'organizzazione giudiziaria.

In Inghilterra i giudici godono di una posizione istituzionale di assoluto prestigio, «fortemente condizionata da una dimensione sociologica e culturale del ruolo non comparabile con quella riscontrabile nei Paesi che hanno assimilato un modello “burocratico” di magistratura»⁹. Il modello di organizzazione cui il sistema giudiziario inglese risulta ispirato è, infatti, quello professionale. Le nomine sono decretate dalla Regina, convenzionalmente, previo parere del Primo Ministro o del *Lord Chancellor*, a seconda del giudice da nominare. Sul meccanismo di selezione e nomina dei giudici ha da ultimo inciso il *Constitutional Reform Act* del 2005, con cui sono stati fortemente ridimensionati i poteri dell'esecutivo (in specie del *Lord Chancellor* e del Primo ministro). In particolare, la novella del 2005 ha previsto la istituzione di un'apposita commissione, la *Judicial Appointments Commission* (JAC), il cui compito principale è di valutare i *merit* (meriti) e il *good character* (qualità morali) dei giudici da nominare, selezionando quelli che appaiono più idonei al ruolo da

⁷ V. Varano-V. Barsotti, *op. cit.*, pp. 283 ss.

⁸ *Ivi*, p. 292: «il medesimo giudice applica cioè, una volta investito dell'azione, sia le rules of common law sia le rules of equity e la legge prevede in via generale che, in caso di contrasto tra le due sulla stessa materia, prevalgano le rules of equity. Ciò ha semplificato molto la procedura [...]. Tuttavia, la distinzione tra i due rami del diritto inglese riveste un'importanza non solo storica. È sufficiente pensare che il rimedio di equity – sia questo l'injunction o l'esecuzione in forma specifica – risente ancora della propria origine “eccezionale” e dunque la sua concessione rientra tra i poteri discrezionali della corte, ossia verrà accordato solo ove si dimostri l'inadeguatezza del rimedio di common law».

⁹ V. Patanè, *op. cit.*, p. 751.

ricoprire. L'esito della selezione deve essere comunque comunicato al *Lord Chancellor*, il quale può accettare la scelta della JAC e comunicarla alla Regina perché provveda alla nomina, oppure esercitare una sorta di diritto di veto eventualmente provocando una nuova deliberazione della *Commission*.

Per vero, fra gli effetti più rilevanti del *Constitutional Reform Act* del 2005 vi è proprio la ridefinizione del ruolo e delle funzioni del *Lord Chancellor* e del *Lord Chief Justice*¹⁰. In particolare, il CRA ha messo fine alla sovrapposizione di poteri che caratterizzava la figura del *Lord Chancellor* privandolo di ogni funzione giudiziaria e affidando lo svolgimento di determinati compiti alla responsabilità congiunta di lui e del *Chief of Justice*¹¹.

Il sistema giudiziario penale inglese è composto dalle *Magistrates' Court* e dalle *Crown Court*¹². La loro competenza varia in base all'offesa perpetrata¹³.

Le *Magistrates' Court* sono tribunali di primo grado competenti a giudicare dei reati minori (*petty o summary offences*) attraverso un procedimento sommario svolto in assenza di giuria. Sono composte da giudici di pace, che possono essere giudici professionali (*stipendiary magistrates/district judges*), cioè giudici togati stipendiati scelti fra i *solicitors* o i *barristers* con almeno sette anni di attività professionale e nominati dal *Lord Chancellor*; o giudici laici, (*lay magistrates*), magistrati onorari non stipendiati scelti tra la popolazione locale, non dotati di regola di alcuna preparazione giuridica e per questo nominati dopo aver seguito un corso di elementare formazione giuridica, da completare nell'anno successivo

¹⁰ Prima che intervenisse il CRA 2005, il *Lord Chancellor* rivestiva una posizione di particolare rilievo, appartenendo a tutti e tre i rami dei pubblici poteri: a capo dell'ordine giudiziario in Inghilterra e Galles, egli era altresì un ministro della Corona e un membro effettivo del gabinetto. Su tale commistione di ruoli si è pronunciata anche la Corte Europea dei diritti dell'Uomo che, nel caso *McGonnell v. United Kingdom* (2000), ha ritenuto contrario all'art. 6 CEDU l'attribuzione di funzioni giudicanti a chi ricopra anche incarichi politici.

¹¹ Sugli effetti e sulle successive modifiche del CRA 2005 v. A. De Luca, *Una rivoluzione all'inglese: la giustizia a dieci anni dal Constitutional Reform Act*, Giappichelli, Torino, 2016.

¹² La ricostruzione del sistema giudiziario inglese è tratta da M. Chiavario (a cura di), *Procedure penali d'Europa*, CEDAM, Milano, 2001, pp. 231 ss.

¹³ Con il *Criminal Law Act* del 1967, è stata introdotta nel sistema penale inglese la bipartizione fra *summary* e *indictable offences*. Successivamente, con il *Criminal Law Act* del 1977, è stata creata una terza categoria dei reati, le *offences triable either way*.

alla loro nomina. Quando il giudice è professionale, la *Magistrate's Court* opera come giudice monocratico; in caso di composizione laica, invece, la corte avrà una costituzione collegiale. Non appartenendo alle giurisdizioni superiori, le decisioni di tale corte non svolgono il ruolo di precedenti vincolanti.

Il giudizio sulle offese più gravi (*indictable offences*) compete, invece, alla *Crown Court*, dinanzi alla quale generalmente si celebra il *trial on indictment* con giuria. Fanno parte della *Crown Court* tre categorie di giudici, tutti professionali: i giudici della *High Court of Justice*, i *Circuit judges* e i *Recorders*. Gli *High Court Judges*, giudici della *High Court of Justice*, siedono alla *Crown Court* solo per specifici casi e solo se richiesti dal *Lord Chancellor*. Sono generalmente selezionati fra i *circuit judges* con almeno due anni di esperienza o fra i *barristers* o i *solicitors* con almeno dieci anni di pratica dinanzi alla *High Court*. I *Circuit judges*, sono nominati dalla Corona su proposta del *Lord Chancellor* e sono reclutati fra i *barristers* o i *solicitors* con almeno dieci anni di esercizio della professione dinanzi alla *Crown Court*. Essi svolgono la funzione di giudice a tempo pieno fino al compimento del sessantesimo anno di età. I *Recorders*, infine, sono nominati dalla Corona, su proposta del *Lord Chancellor*, fra i *barristers* o i *solicitors* con almeno dieci anni di esercizio della professione dinanzi alla *Crown Court*. Essi sono giudici part-time e generalmente si impegnano a tenere udienza 20 giorni l'anno.

Le decisioni delle *Crown Courts* sono idonee a divenire precedenti vincolanti (*binding precedent*). Questa Corte, inoltre, funziona da giudice di secondo grado con riferimento alle decisioni adottate dalla *Magistrates' Court*.

In generale, lo stretto legame fra l'avvocatura e la magistratura permette una certa compattezza del ceto dei giuristi che divengono, anche per questo, oltremodo influenti e autorevoli¹⁴.

Quanto, invece, alla componente laica, la giuria – nei procedimenti per i quali è prevista – è composta da 12 giurati aventi un'età compresa fra i 18 e i 70 anni, iscritti alle liste elettorali e residenti nel Regno Unito: questi sono chiamati a giudicare della responsabilità dell'accusato nel solo caso in cui lo stesso non si

¹⁴ V. Patanè, *op. cit.*, pp. 752-753, in specie nt. 46.

dichiarati colpevoli. Diversamente, ove l'accusato ammetta la propria colpevolezza, la *Crown Court* funziona come giudice monocratico.

Esiste, infine, un terzo genere di offese, fattispecie miste (*either way offences*), la cui cognizione può ricadere nella sfera di entrambe le corti: in prima battuta spetta alla *Magistrates' Court* stabilire, in base alla gravità del caso e alla congruità della pena irrogabile, se il reato sia giudicabile con procedura sommaria. Ove così fosse, spetta comunque all'imputato il diritto di optare per la procedura *on indictment* dinanzi alla *Crown Court*. Diversamente, ove la *Magistrates' Court* ritenga di declinare la propria competenza, l'offesa sarà trattata dalla *Crown Court*.

3.2. Il potere di accusa penale e la figura del *prosecutor*.

Il sistema dell'accusa penale inglese si connota tradizionalmente per la non ingerenza dello Stato nell'esercizio dell'azione repressiva, per l'assenza – fino a un certo periodo – di una struttura requirente specializzata e per un livello elevato di decentramento¹⁵. Storicamente, infatti, il Regno Unito ha mostrato una certa reticenza nel connotare in senso pubblicistico il potere di accusa¹⁶: «il principio basilare dell'accusa in Inghilterra è che è possibile per ogni cittadino iniziare un procedimento penale, dal momento che non è necessario per costui avere un qualsiasi interesse nel caso in questione»¹⁷. Tale resistenza, tradizionalmente ispirata ad argomentazioni fortemente liberali e giustificata dalla necessità di prevenire possibili abusi dello stato nei confronti dei privati, ha fatto sì che l'accusa inglese si connotasse sempre in senso privatistico: è tipica

¹⁵ C. Guarnieri, *Pubblico ministero e sistema politico*, CEDAM, Padova, 1984, p. 47.

¹⁶ Ricorda E. Dezza, *op. cit.*, pp. 8 ss., che l'*Assize of Clarendon* del 1166 segnò il formale consolidamento di procedure già in uso da decenni. Secondo questo sistema, l'onere di identificare e accusare gli autori dei gravi reati commessi nelle varie contee spetta alle singole comunità locali. A tal fine, ogni circoscrizione territoriale in cui era suddiviso il Regno era obbligata a costituire una giuria, intesa come consesso di abitanti del luogo il cui compito era quello di comparire dinanzi a dei giudici itineranti presentandovi la lista degli indiziati e dei sorpresi in flagranza. A questo punto, la prova della colpevolezza degli accusati sarebbe stata fornita mediante la tradizionale procedura ordalica.

¹⁷ C. Guarnieri, *op. cit.*, p. 47.

l'affermazione che l'azione penale ha un ruolo di così grande importanza per le libertà pubbliche da non poter essere affidata al potere esecutivo. La presenza di un'accusa pubblica si sarebbe posta, infatti, in piena contraddizione con la ideologia sottesa al processo penale inglese, da sempre inteso come un confronto fra parti private poste su un piano di parità.

Già nella prima metà dell'Ottocento, tuttavia, le mutate condizioni sociali e politiche che investirono anche l'Inghilterra favorirono la creazione di una moderna polizia professionale così apportando assestamenti strutturali anche al sistema della giustizia penale.

Accadde, infatti, che gli ufficiali di polizia giudiziaria, incaricati delle indagini *pre-trial*, cominciassero ad agire come se fossero essi stessi i privati accusatori: di conseguenza, si affermò piuttosto celermente, senza essere espressamente voluto o previsto, un nuovo modello di giustizia penale in cui la polizia professionale assunse la duplice funzione di indagine e di esercizio dell'azione giudiziaria¹⁸. D'altra parte, la polizia, nello svolgimento di tale compito, non venne percepita come una forza distinta dall'insieme dei cittadini: essa si limitava a partecipare, pur con poteri più ampi, allo svolgimento di un dovere più generale¹⁹.

Tale sistema non tardò a mostrare le sue crepe. Fra i principali inconvenienti vi furono quelli dettati dalla struttura decentralizzata della polizia inglese: «ben presto si evidenziano serie questioni di coordinamento tra le varie polizie, e problemi ancor più gravi causati dalle diverse interpretazioni che le singole organizzazioni locali di polizia offrono delle proprie rispettive competenze. Inoltre, gli agenti di polizia si rivelano talvolta impreparati dal punto di vista più strettamente tecnico-giuridico, mentre da più parti si sollevano dubbi e obiezioni

¹⁸ E. Grande, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Giappichelli, Torino, p. 87, riportando le osservazioni di D. Hay-F. Snyder, *Policing and prosecution in Britain 1750-1850*, Oxford, 1989, precisa come nel sistema inglese le conseguenze legate all'esercizio dell'azione penale fossero troppo rilevanti per le libertà politiche della Nazione per poterle affidare al potere esecutivo: per vero, secondo gli Autori, la stessa istituzione della nuova polizia inglese nella prima metà del XIX Secolo non coincide con l'introduzione di una *public prosecution*.

¹⁹ C. Guarnieri, *op. cit.*, p. 49

per gli eccessivi poteri assunti da organi sottratti in realtà a un rigido sistema di controlli»²⁰.

Cominciò dunque a circolare l'idea che fosse opportuno creare strutture di pubblica accusa, simili a quelle presenti negli altri sistemi continentali.

Così, nel 1879, con il *Prosecution of Offences Act*, venne istituito l'ufficio del *Director of Public Prosecution* (DPP), inizialmente nominato dall'*Home Secretary* (Ministro dell'interno) su parere dell'*Attorney General*. Tale novità, soluzione di compromesso fra la necessità di affidare l'esercizio dell'azione penale a un organo maggiormente strutturato e la volontà governativa di non stravolgere il sistema previgente, rispose alla volontà di conseguire una certa uniformità della politica penale almeno per i reati più gravi. Al DPP, infatti, veniva affidato il potere di esercizio dell'azione penale con riferimento ai soli reati puniti con la pena di morte, oltre che ai reati di incesto o spaccio di sostanze stupefacenti, e una più generale funzione di supporto tecnico-giuridico della polizia²¹.

Di fatto, però, nonostante la modifica legislativa, sia il DPP che l'*Attorney General* continuarono a fare un uso moderato dei loro poteri consegnando l'Inghilterra a un quadro frammentato in cui l'azione penale e la politica in materia repressiva erano per lo più affidati nelle mani delle unità di polizia disseminate sul territorio. La *police* era così legittimata a esercitare l'azione penale per la maggior parte dei reati, a eccezione di quelli rientranti nella competenza del DPP.

La frammentazione dell'accusa, la mancanza di coerenza della politica penale nel suo insieme e, quindi, il crescente malumore nei confronti dell'operato della polizia, alimentato pure dai *Report* redatti da apposite *Committee of Justice*, imposero, anche in Inghilterra, l'introduzione di un diverso organo cui affidare la *prosecution* di tutti i reati.

²⁰ E. Dezza, *op. cit.*, p. 121.

²¹ La ricostruzione è operata da V. Mezzolla, *Il ruolo della tenuità del fatto nelle politiche di esercizio dell'azione penale inglese*, in S. Quattrocchio (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 213, nt. 23.

Nel 1985, con il *Prosecution of Offences Act*, viene così istituito il *Crown Prosecution Service* (CPS) quale ufficio pubblico, autonomo e formalmente indipendente dalla polizia, incaricato di riesaminare le risoluzioni cui quest'ultima giunge in sede di indagini e quindi di valutare l'opportunità dell'esercizio dell'azione penale.

I componenti del CPS sono funzionari dello Stato reclutati fra i *solicitors* e, più raramente, fra i *barristers* ammessi all'esercizio della professione in Inghilterra e in Galles. La loro nomina è effettuata dalla Direzione del servizio e deve essere approvata dal *Civil Service Commissioners*, organismo comune a tutte le funzioni pubbliche. Le offerte di avanzamento di carriera all'interno di tale servizio risultano non rilevanti e poco attrattive. Le decisioni in materia disciplinare spettano alla Direzione del Servizio, in caso di colpa grave, e al *Line Manager* locale, in caso di fatti di lieve rilevanza.

Il CPS presenta un ufficio centrale, a Londra, e una serie di unità locali. Dopo la riforma del 1999, successiva al rapporto Glidewell, il CPS risulta articolato in 42 uffici locali, corrispondenti alle circoscrizioni della polizia. Ogni unità locale risulta organizzata gerarchicamente: è diretta da un *Chief Crown Prosecutor*, suddivisa in sezioni interne (*local branch offices*) dirette dai *Branch Crown Prosecutors*, a loro volta suddivisi in *Senior Crown prosecutors* e *Principal Crown prosecutors*. Tutti i componenti dell'ufficio esercitano la propria attività sotto la direzione del *Chief Crown prosecutor*, a sua volta facente capo al *Director of Public Prosecution*.

Fra le peculiarità più rilevanti del CPS, specie per il raffronto con il sistema italiano, vi è che i *Crown prosecutors* non dispongono di autonomi poteri investigativi e non si trovano in alcun rapporto di sovraordinazione con la polizia. Di conseguenza, ove ritengano opportune ulteriori indagini rispetto a quelle condotte dalla polizia, dovranno avanzare tale richiesta alla *police* che, dal suo canto, non è in alcun modo obbligata a eseguire l'attività investigativa ulteriore. Questo è il motivo per cui, nella prassi, i *Prosecutors* utilizzano spesso la "minaccia" di archiviare un caso quale strumento di pressione idoneo a costringere la polizia a proseguire le indagini.

Il CPS è posto sotto la responsabilità del *Director of Public Prosecution*, la cui nomina è oggi affidata all'*Attorney General* (AG) e non più al Ministro dell'interno.

Nonostante sia posto sotto la supervisione dell'AG, il DPP dispone di una certa autonomia nello svolgimento delle sue funzioni. Egli è legittimato a emanare le direttive (*guidelines*) idonee a orientare l'opportunità dei *prosecutors* nell'esercizio dell'azione penale e, quindi, a norma dell'art. 10 del *Prosecution Offences Act* 1985, a elaborare un *Code for Crown Prosecutors*²² allegato al rapporto annuale che egli presenta all'*Attorney General*. Le linee di indirizzo così fissate conferiscono trasparenza e coerenza alla politica penale adottata dall'ufficio, limitando pure il carattere eccessivamente discrezionale di possibili scelte dei *prosecutors* in relazione alla consistenza degli elementi probatori e all'interesse pubblico alla persecuzione di quel dato fatto alle reali probabilità di condanna. Il DPP, inoltre, presenta una relazione annuale all'AG inerente le attività svolte e le eventuali criticità riscontrate nell'attività del CPS.

L'*Attorney General*, a sua volta, è una figura peculiare dell'ordinamento inglese, che funge da elemento di raccordo fra le strutture requirenti e l'ambiente politico²³. Nominato dal Governo, egli ne è membro e consigliere giuridico e rappresenta la Corona nei processi penali per alto tradimento e per i delitti di natura politica e costituzionale. Non siede nel Consiglio di Gabinetto. L'AG rappresenta il più elevato organo cui è affidata l'accusa. Egli, infatti, sovrintende al meccanismo dell'accusa pubblica e detiene poteri strettamente correlati all'esercizio dell'azione penale pubblica. Dispone, in particolare, di poteri interruttivi dell'esercizio dell'azione penale potendo nello specifico: introdurre un *nolle prosequi* idoneo a mettere fine a ogni azione penale *on indictment*;

²² La prima versione del codice è stata pubblicata nel 1986. L'ultima edizione è datata gennaio 2013 ed è reperibile sul sito del *Crown Prosecution*.

²³ Nonostante l'*Attorney General* faccia parte del governo, all'indomani del caso *Campbell* – su cui v. Guarnieri C., *Pubblico ministero e sistema politico.*, pp. 56-58 – si è ritenuto incostituzionale qualsiasi tipo di pressione che il Governo o il Parlamento possano esercitare sulle sue decisioni in merito all'esercizio dell'azione penale. Si ritiene, cioè, che questo possa consultarsi con i colleghi di governo ma resti comunque libero di scegliere da solo il caso da decidere.

impedire, in cambio di informazioni, ogni azione penale mediante la decretazione di un'immunità dalla stessa (*immunity from prosecution*); dare o meno il consenso necessario e indispensabile ai fini della perseguibilità di dati reati particolarmente gravi inerenti la politica o la sicurezza pubblica della nazione. Egli è inoltre destinatario della relazione annuale con cui il DPP illustra l'attività svolta, su cui egli, a sua volta, relaziona al Parlamento. Quest'ultimo, in particolare, ha la facoltà di indirizzare all'AG interrogazioni, scritte o orali, su specifici provvedimenti inerenti l'azione penale. Il particolare rapporto fra AG e Parlamento si ripercuote pure sul rapporto fra AG e DPP²⁴.

Nell'esercizio delle funzioni appena elencate, l'AG è comunque obbligato ad agire in piena imparzialità rispetto al governo, cioè a prendere sempre le sue decisioni guardando al solo interesse pubblico e prescindendo da ogni interesse di parte. «Quest'obbligo costituisce, in Inghilterra, l'autolimitazione politica tradizionale in materia di azione penale pubblica, inerente all'originaria non-ingerenza statale nella ricerca e nel perseguimento dei reati, considerata come una condizione essenziale della fiducia dei cittadini nella giustizia»²⁵.

In ogni caso, l'intervento dei *Law Officers of the Crown* – cioè l'*Attorney General* e il *Director of Public Prosecutions* – è comunque riservato alle ipotesi in cui si tratti di casi molto difficili e rilevanti, dinanzi alla *Crown Court*. L'attività di accusa concretamente esplicata da tale organo risulta per vero esigua se la si confronta con la quantità di lavoro cui normalmente fa fronte la polizia²⁶.

²⁴ Scrive C. Guarnieri, *op. ult. cit.*, p. 59: «il fatto che di solito sia l'*Attorney General* ad essere chiamato a rispondere in Parlamento fa sì che al DPP venga richiesto di tenerlo informato su tutti i casi politicamente sensibili, cioè su quei casi che possono diventare oggetto di interrogazione parlamentare. Questa appunto sembra essere la prassi, mentre ovviamente viene esclusa la possibilità che l'*Attorney General* interferisca continuamente nell'attività del DPP».

²⁵ M. Chiavario (a cura di), *Procedure penali d'Europa*, cit., p. 370.

²⁶ L'analisi è di B. Huber, *La posizione degli organi d'accusa in Gran Bretagna*, in A. Gaito (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale*, Zanichelli, Bologna, 1979, pp. 238 ss.

3.3. Discrezionalità e criteri di esercizio dell'azione penale.

Come anticipato, il modello inglese ha istituzionalizzato un sistema di accusa pubblica abbastanza recentemente. Coerentemente con la risalente tradizione accusatoria, infatti, il potere di accusa è stato sempre avvertito come di natura *privata*, affidato ai cittadini nel contraddittorio con l'offensore. Oggi, nonostante il suo progressivo affidamento a soggetti pubblici, il sistema processuale penale inglese si caratterizza per l'adozione di un modello di esercizio dell'azione penale ispirato al principio di opportunità (c.d. *expediency principle*). Il riconoscimento di tale discrezionalità non è ritenuto in contrasto con i principi della *Rule of Law*, «che anzi si ritiene vengano in questo modo meglio salvaguardati attraverso un meccanismo che offre “ulteriore certezza a che le vere intenzioni del Parlamento nel passare le leggi prevarranno, anche se attraverso un'interpretazione da parte dell'esecutivo piuttosto che del giudiziario”»²⁷. La sua condivisione garantisce, mediante un esercizio flessibile del potere di azione, una giustizia aderente al caso concreto e una gestione efficiente delle risorse.

Sia la polizia che i *Prosecutors*, il DPP e l'AG sono dotati di una certa discrezionalità nell'esercizio del potere di accusa. L'architettura dei controlli e delle responsabilità gravanti su ciascuno di tali soggetti scansa spesso la possibilità che l'esercizio di questo potere si tramuti in abuso o in arbitrio.

La discrezionalità di cui dispongono i *Crown Prosecutors* è temperata. Il *Code for Crown Prosecutors*, istituito nel 1985, contiene infatti l'indicazione (non esaustiva) degli elementi che dovrebbero orientare il p.m. nell'esercizio dell'azione penale²⁸. Scopo precipuo del *Code* è – come si legge nel *Code for Crown Prosecutors* del 1987 – di impedire un *misuse of discretionary powers* assicurandone un esercizio che «*better serve both justice, the interests of the public and the interests of the offender, than the rigid application of the letter of*

²⁷ C. Guarnieri, *op. ult. cit.*, p. 60.

²⁸ V. Mezzolla, *op. cit.*, p. 211.

the law». L'ultima versione del *Code for Prosecution Service* è del 2013²⁹. Ivi, come nelle versioni precedenti, si prevede che la valutazione del *Prosecutor* circa l'opportunità di esercitare l'azione penale sia subordinata al c.d. *full code test*, comprendete l'*evidential stage* e il *Public interest stage*³⁰.

Così, il criterio della *sufficiency of evidence* richiede che l'accusa valuti se la prova è sufficiente, attendibile e utilizzabile in giudizio: il *prosecutor*, in base a un giudizio di tipo prognostico di natura oggettiva, deve verificare se, alla luce di un «*objective assessment of the evidence, including the impact of any defence and any other information that the suspect has put forward or on which he or she might rely*», sussista una probabilità superiore al 51% che il giudice o la giuria possano pronunciarsi sulla colpevolezza dell'indagato o se, diversamente, sia più probabile l'ipotesi che l'organo giurisdizionale assolva l'imputato. Tale giudizio implica una valutazione dell'ammissibilità e dell'affidabilità delle fonti di prova ma richiede altresì che si considerino le reali possibilità di difesa dell'accusato. Di fatto, la decisione viene presa sulla base del fascicolo trasmesso dalla polizia, con la sola facoltà di richiedere alla polizia stessa una implementazione delle indagini. Tuttavia, come sopra specificato, non essendo la polizia costretta a dare seguito alle richieste provenienti dai *prosecutors*, un loro eventuale rifiuto di prosecuzione delle indagini si traduce in un abbandono dell'azione penale per mancanza di elementi a carico.

Una volta superato l'*evidential test*, il CPS dovrà quindi verificare se la *prosecution* risponda effettivamente a un interesse pubblico. È con riferimento specifico a questa valutazione che la dottrina anglosassone usa parlare di *expediency principle/opportunity principle*, in relazione all'ampio grado di discrezionalità affidato al *prosecutor*. Mentre, infatti, la valutazione relativa alla completezza del quadro probatorio è oggetto di scrutinio – seppur secondo

²⁹ Il *Code for Prosecution* così come gli altri documenti inerenti l'attività del CPS sono consultabili al sito <http://www.cps.gov.uk/index.html>.

³⁰ V. Mezzolla, *op. cit.*, pp. 215-216, riporta l'opinione di quella dottrina inglese secondo cui il criterio del pubblico interesse, nonostante sia previsto come successivo alla valutazione del quadro probatorio, nella prassi assume spesso una valenza prioritaria rispetto all'altro. Tale conclusione, peraltro, è confermata da uno studio del 1995 in cui i *prosecutors* intervistati hanno dichiarato di utilizzare, specie nei casi più gravi, il *public interest test* quale criterio principale di valutazione.

modalità differenti – anche nei paesi che adottano un sistema obbligatorio di azione penale, la nozione di pubblico interesse rappresenta il vero strumento mediante cui il *prosecutor* ha l'occasione di «riconciliare interessi e valori contrapposti, in un'ottica di costo-beneficio dell'azione».³¹

Così l'accusa nelle sue scelte dovrà tenere presenti sia i fattori che lasciano propendere per una *prosecution*, sia quelli che suggeriscono una più efficace soddisfazione dell'interesse pubblico tramite il ricorso a strumenti alternativi all'azione penale. Nello specifico il *Code* 2013 indica quali elementi da ponderare durante il *public interest stage*:

1. *the level of seriousness of the offence*;
2. *the level of culpability of the suspect*;
3. *the circumstances of and the harm caused to the victim*;
4. *the best interests and welfare of the child or young people* (nel caso in cui il reato sia stato commesso da soggetto minore di anni 18);
5. *the impact on the community*, cioè l'impatto sulla comunità. I membri della società, infatti, vanno considerati sia come potenziali vittime della criminalità, di cui va quindi ponderata l'aspettativa sull'esito del procedimento in relazione al fatto in questione, che come cittadini che pagano le tasse per il funzionamento della giustizia di cui auspicano un funzionamento efficace e senza sprechi di risorse o di denaro pubblico³²;
6. *whether prosecution is proportionate to the likely outcome*. A tal fine i *prosecutors* dovranno effettuare un pronostico circa i costi e la durata di un eventuale processo;
7. *se le sources of information require protecting*.

³¹ V. Mezzolla, *op. cit.*, p. 211.

³² G. Monaco, *Pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 219 ss., il quale aggiunge che «nel codice manca qualsiasi tentativo di operare un bilanciamento tra i vari elementi di pubblico interesse, a prescindere da una generica indicazione in base alla quale nei casi di una certa serietà l'azione penale dovrà essere esercitata, a meno che i fattori contro la stessa non siano chiaramente più importanti rispetto a quelli a favore. Spetterà, dunque, all'accusa cercare di risolvere i conflitti che possono insorgere in ogni specifico caso, tenendo conto che un singolo elemento di pubblico interesse potrebbe avere un peso maggiore di un insieme di fattori che spingono nella direzione opposta».

Si nota dai criteri indicati nel *Code* che la nozione di pubblico interesse non viene definita positivamente ma finisce per assurgere a concetto malleabile e flessibile al cui interno confluiscono più interessi, da quelli particolari a quelli più generali. Si tenga conto che, nonostante tali indicazioni, residuano comunque nello stesso codice spazi di discrezionalità ulteriori in capo al *prosecutor*, in grado di dare rilievo a fattori diversi rispetto a quelli esplicitamente richiamati. L'art. 4.11 del *Code* precisa infatti che, seppur astrattamente possibile la presenza di «*one public interest factor alone may outweigh a number of other factors which tend in the opposite direction*», il p.m. dovrà comunque considerare se «*nonetheless a prosecution should go ahead and those factors put to the court for consideration when sentence is passed*»³³.

In ogni caso, è possibile affermare che la partita relativa alla valutazione dell'opportunità dell'azione penale si gioca essenzialmente sui rapporti fra *Crown Prosecution Service* e polizia, atteso che il primo dispone, in diritto e in fatto, di poteri residuali sullo stesso esercizio.

Pare utile, inoltre, accennare in questa sede all'istituto dell'*abuse of process*, quale strumento, sviluppatosi nella prassi delle corti inglesi, volto a orientare i tempi di svolgimento delle indagini. Con esso si prevede il principio secondo cui, se vi è ragione di ritenere che l'imputato abbia subito un pregiudizio nella preparazione o nell'esercizio della sua difesa in conseguenza del ritardo ingiustificato con cui l'accusa ha instaurato il giudizio, il giudice, nell'esercizio del suo potere discrezionale, può ordinare il c.d. *stay of proceedings*: «Si tratta di un provvedimento giurisdizionale che preclude all'accusa di proseguire oltre nell'esercizio dell'azione penale e registra una sorta di non luogo a decidere sul merito dell'imputazione»³⁴.

In Inghilterra l'esercizio dell'azione penale non è di esclusivo monopolio pubblico. Accanto alla polizia e ai *prosecutors* vi sono, infatti, altri soggetti a ciò titolati. In tal senso, l'art. 6.1 del *Prosecution offence Act* conferisce alla vittima

³³ La precisazione è riportata da V. Mazzolla, *op. cit.*, p. 222.

³⁴ E. Amodio, *Processo penale, diritto europeo e common law*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 159.

(che solitamente opera quando la polizia non si sia attivata, ma la cui iniziativa è comunque subordinata alla prosecuzione da parte del *Crown Prosecution Service*) e, più in generale, a tutti i cittadini il potere di esercitare l'azione penale. L'incidenza attuale di tale istituto risulta, oggi, piuttosto limitata dalle facoltà in merito riconosciute al DPP e all'AG³⁵.

3.4. Le fasi del processo penale.

Il processo penale inglese presenta un'antica tradizione accusatoria. In questo sistema, infatti, specie intorno al 1600, si sono affermati i più importanti principi garantistici di tale modello³⁶.

Il rito penale si sviluppa in tre fasi³⁷:

- Fase preparatoria, composta da due tempi: le investigazioni della polizia e l'iniziativa penale del *Crown Prosecution Service*. La peculiarità del sistema inglese rispetto al restante panorama europeo consiste nella devoluzione dell'intera fase investigativa alla polizia, che agisce autonomamente in virtù dei poteri – pure coercitivi – che le sono attribuiti o, in specifiche ipotesi, dietro

³⁵ V. Patanè, *op. cit.*, p. 754. V. anche M. Chiavario, *Procedure penali d'Europa*, cit., pp. 408-409: «Quanto al diritto di agire, è ogni cittadino in quanto tale ad avere la possibilità di esercitare l'azione penale; in pratica, però, l'accusa privata è promossa soltanto dalla vittima. [...] Si può aggiungere che, sebbene ormai d'importanza quantitativamente limitata, l'azione penale privata non è stata rimessa in causa neppure dalla riforma che ha istituito il *Crown Prosecution Service* (s. 6.1 POA 1985), giacché si suppone che essa costituisca, almeno potenzialmente, una garanzia contro l'inerzia da parte dei titolari pubblici dell'azione. [...] Circa le restrizioni volte a rimediare agli inconvenienti che potrebbero risultare dall'esercizio del diritto di accusa privata, sono previsti tre ordini di limiti. Innanzitutto, l'esercizio dell'azione penale privata, per un certo numero di reati, è sottoposto al previo consenso dell'*Attorney General* o il *Director of Public Prosecution*. [...] Il *Director of Public Prosecution* ha poi conservato la facoltà di avocare a sé il procedimento (s. 6.2 POA 1985) ed è quindi titolare del diritto di porvi fine, sino a quando la causa non sia portata davanti alla *Magistrates' Court* o sino al rinvio a giudizio davanti alla *Crown Court* (s. 23.3 POA 1985): la sua decisione al riguardo deve essere motivata, ma non può essere contestata, salvo che sia stata presa fraudolentemente o irragionevolmente. [...] Infine, l'*Attorney General* può, in ogni stato del procedimento, pronunciare un *nolle prosequi* che ha l'effetto di porre fine all'azione penale promossa dal privato, senza doverne indicare le ragioni e senza che sia possibile impugnare la pronuncia».

³⁶ P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, 2016, Giuffrè, Milano, pp. 18-19.

³⁷ Per una ricostruzione storica della evoluzione del processo penale inglese, dal Medioevo a oggi, v. E. Dezza, *op. cit.*, *passim*.

mandato del giudice³⁸. Nello svolgimento di tali attività, essa non soggiace alle direttive del ministro dell'interno (*Home Office*) o degli organi da esso dipendenti né è direttamente influenzabile da parte dei *prosecutors*. L'*Home Office* ha comunque la possibilità di emettere circolari nei loro confronti.

Al termine dell'attività di indagine, la polizia, ove ritenga sussistano gli elementi per perseguire il fatto, nei casi di reati di minore gravità o legati alla circolazione stradale, procede a formulare direttamente l'imputazione e il *Chief officer* sceglie se esercitare o meno l'azione penale. Nel caso in cui opti per il suo esercizio, la risoluzione del capo della polizia è riesaminata da parte di un *Crown Prosecutor* che, in base al fascicolo trasmesso dalla polizia e guardando ai criteri stabiliti dal *Code for Crown Prosecution*, decide discrezionalmente se proseguire o meno nell'azione iniziata dalla polizia. Si tratta di una sorta di doppia valutazione, assente, invece, nelle ipotesi più gravi in cui l'esercizio dell'azione penale è di esclusiva spettanza del *Crown Prosecutor*, incaricato di formulare l'imputazione sulla scorta delle informazioni trasmesse dalla polizia in esito alle indagini. In ogni caso, ove il *prosecutor* opti per l'esercizio dell'azione, trasmette il caso alla *Magistrates' Court* affinché questa provveda o al rinvio a giudizio presso la *Crown Court* (in caso di *indictable offences*) o al giudizio definitivo (in caso di *summary offences*);

- Fase intermedia, deputata al controllo giurisdizionale sull'esercizio dell'azione penale e finalizzata al rinvio a giudizio dinanzi alla *Crown Court*. Essa si svolge, indipendentemente dal tipo di offesa perpetrata, dinanzi alla *Magistrates' Court* in funzione di *examining justice*. Con il *Crime and Disorder Act* 1998 e con il *Criminal Justice Act* 2003 è stato abolito l'istituto dei *committal proceedings*, precedentemente congegnato per le *indictable offence* al fine di vagliare la sussistenza di una *probable cause* che giustificasse il rinvio

³⁸ V. Patanè, *op. cit.*, pp. 748-749 evidenzia come la polizia inglese non eserciti le proprie attribuzioni alle dipendenze o sotto la direzione della magistratura ma goda di ampi spazi di autonomia. In questo senso si registra una vera e propria antitesi di principio rispetto all'assetto italiano in cui è garantito un indiscusso primato del pubblico ministero nella gestione delle indagini. Si registra comunque, anche in Inghilterra, la tendenza alla limitazione o quanto meno alla regolamentazione dei poteri esercitabili dalla polizia: svolgono tale funzione il *Police and Criminal Evidence Act* del 1984, i *Police and Criminal Evidence Act Codes for Practice*, il *Criminal Procedure and Investigations Act* del 2016.

alla *Crown Court*. Tale meccanismo è oggi stato sostituito dal c.d. *transfer for trial*, con cui la *Magistrates' Court* investe direttamente del procedimento la *Crown Court*;

- Fase del *trial*. Il giudizio è preceduto dall'udienza di *arraignment*, in cui viene formalmente contestata l'imputazione mediante la lettura dell'*indictment*; l'*accused*, a tal punto, deciderà se effettuare o meno una dichiarazione di colpevolezza. Dalla sussistenza di tale dichiarazione oltre che dalla gravità dell'offesa posta in essere dipende lo svolgimento del dibattimento.

La giuria è presente nei soli casi trattati dinanzi alla *Crown Court* – che sono quelli più gravi (*indictable offences*) – in cui vi sia, peraltro, una dichiarazione di non colpevolezza da parte del soggetto sottoposto a giudizio. In tale ipotesi, chiuso il dibattimento, la giuria è chiamata a esprimersi sul solo fatto in base alle *instructions* ricevute dal giudice emettendo un verdetto pubblico non motivato³⁹. Al *verdict* segue, quindi, il *sentencing* con cui il giudice, sulla base delle conclusioni della giuria e tenuto conto dei *pre-sentence reports* e degli *antecedents* e *criminal records* forniti dal *prosecutor*, valuta le questioni di diritto relative al caso e determina la pena da irrogare⁴⁰.

Diversamente, ove l'accusato si sia dichiarato colpevole (*guilty plea*), la giuria non viene riunita, il *prosecutor* viene sollevato dall'onere di dimostrare i fatti contestati nell'*indictment* e, sentiti gli avvocati dell'accusa e della difesa ed esaminata l'eventuale documentazione sull'accusato, è il giudice a pronunciare direttamente la sentenza con cui irroga la pena. Solitamente, alla base di una dichiarazione di colpevolezza si colloca un *plea bargaining*, cioè una trattativa,

³⁹ Precisa V. Patanè, *op. cit.*, p. 772, con riferimento alla deliberazione della giuria, che in prima battuta è richiesta l'unanimità. Trascorso un periodo di tempo di durata variabile, generalmente valutato in misura proporzionale alla natura e alla complessità del caso, il giudice ha facoltà di informare la giuria che può decidere a maggioranza qualificata, con undici o dieci voti favorevoli. Al di sotto di questa soglia, l'impossibilità di raggiungere un verdetto importa lo scioglimento della giuria. Spetterà quindi al *Crown Prosecution Service* decidere discrezionalmente se procedere o meno alla celebrazione di un nuovo trial.

⁴⁰ Sussiste, nell'ordinamento inglese, una netta distinzione fra l'accertamento del fatto e il giudizio commisurativo della sanzione da applicare, affidati a soggetti diversi. Fra l'altro, la commisurazione della pena si basa su *guidelines* precise che riducono per certi versi la discrezionalità del giudice.

fra accusa e difesa o fra difesa e giudice, avente a oggetto gli addebiti da contestare e le sanzioni definitive da irrogare.

Nei casi di offese minori (*summary offences*), invece, la procedura, di *information*, si svolge dinanzi alle *Magistrate's Courts*, in modo sommario e in assenza della giuria.

In entrambe le ipotesi, la procedura è pubblica, orale e basata sul contraddittorio. Dopo una esposizione introduttiva dei fatti, vengono sentiti i testimoni dell'accusa e della difesa. In entrambi i casi, il giudice ha funzioni di arbitro e lascia il compito di condurre il dibattito alle due parti, ognuna delle quali deve far ricorso a un procuratore (*solicitors*) per preparare il giudizio da un punto di vista tecnico-giuridico e a un avvocato (*barrister*) per essere rappresentata in dibattimento. Si reputa particolarmente rilevante il fatto che l'accusa in dibattimento sia rappresentata da *barristers* e *solicitors*, considerati come ausiliari della giustizia e non come funzionari o magistrati specializzati: tale elemento è importante «dal punto di vista dell'equilibrio processuale, in quanto induce a ritenere che essi possano essere meno ansiosi, rispetto a un pubblico ministero continentale, di ottenere a ogni costo una condanna»⁴¹.

Pare questa la sede per rilevare che nel sistema processuale penale inglese la vittima del reato non ha il diritto di avanzare durante il *trial* alcuna pretesa di carattere civilistico, risarcitoria. Si può ottenere una compensazione (*compensation order*) ma la richiesta di risarcimento del danno subito per effetto dell'offesa dovrà essere avanzata separatamente in sede civile⁴².

Inoltre, a fronte di un principio di tendenziale parità delle parti che caratterizza il giudizio di primo grado, i successivi gradi di giudizio si connotano per una

⁴¹ E. Dezza, *op. cit.*, p. 144.

⁴² V. Patanè, *op. cit.*, pp. 753-754, la quale sottolinea come tale caratteristica, che distanzia il processo inglese da quello italiano, potrebbe ricondursi essenzialmente a un duplice ordine di fattori: al diverso criterio che guida l'accertamento della decisione civile rispetto a quello proprio del giudizio penale; alla natura privatistica della *prosecution* che, legata all'idea di non ingerenza dello Stato nell'esercizio dell'azione repressiva, consente di riconoscere a qualunque cittadino il potere di esercitare l'azione penale.

sostanziale asimmetria. In un sistema costantemente attento alla speditezza processuale, l'appello non è visto come tappa obbligata dell'iter procedimentale; in generale, sono previsti meccanismi con finalità disincentivante del ricorso alle impugnazioni.

3.5. Procedure alternative e giustizia negoziata.

Lo svolgimento ordinario del procedimento può subire diverse diramazioni non solo per effetto dell'archiviazione per ragioni di opportunità, ma anche nelle ipotesi di *abuse of process*, di conciliazione fra la vittima e l'accusato (allorquando l'accordo sia accettato dalla polizia e dal *Crown Prosecution Service*) o di patteggiamento sulle imputazioni (*plea bargain*).

L'appesantimento del processo penale inglese per effetto delle riforme sette-ottocentesche, infatti, ha fatto sì che, nel corso del tempo, il c.d. *trial on indictment* andasse incontro ad alcune difficoltà di utilizzo pratico dettate pure dalla sua inadeguatezza a gestire il crescente carico giudiziario in materia penale. Si sono così sviluppate una serie di procedure alternative sommarie e accelerate che, di fatto, finiscono per sostituire il tradizionale *trial by jury* rendendone lo svolgimento nelle corti quasi eccezionale.

Per vero, già in fase di indagini preliminari, è possibile attivare un meccanismo di *diversion* attraverso il c.d. *cautioning*⁴³, cioè l'ammonizione formale cui può essere sottoposto il soggetto che abbia commesso un fatto rispetto al quale sussista la *sufficiency of evidence* ma manchi in modo consistente l'interesse pubblico alla persecuzione. In tali ipotesi, su decisione del capo della polizia o del *crown prosecutor* in base alla gravità del reato, all'indagato o all'imputato vengono impartite prescrizioni di varia natura al cui adempimento è subordinato il non esercizio dell'azione penale per il reato contestato⁴⁴.

⁴³ Precisa E. Dezza, *op. cit.*, p. 140: «la *caution* non ha il valore di una condanna, ma viene comunque registrata e assume notevole rilevanza di precedente allorché l'interessato venga in seguito riconosciuto colpevole nel corso di una differente procedura».

⁴⁴ V. Patanè, *op. cit.*, pp. 769-770.

Con riferimento, invece, alle procedure alternative strettamente intese, è tale il *summary trial*, che si svolge senza *indictment* e in assenza della giuria. Nonostante la sua origine risalente, è soprattutto con il *Summary Jurisdiction Act* del 1848 che tale procedura assume crescente rilievo: la sua applicazione, affidata specialmente ai giudici di pace per i reati minori, viene estesa, durante il XX secolo, a una serie sempre più ampia di reati gravi prima giudicabili con il solo *trial on indictment*.

La seconda procedura accelerata, straordinariamente sviluppatasi solo a partire dal XIX secolo nel sistema inglese è il *guilty plea*⁴⁵. Esso consiste nell'ammissione immediata di responsabilità da parte dell'accusato con la conseguente dispensa degli organi giudicanti dall'assunzione delle prove e la contestazione di un addebito minore rispetto a quello originario: l'effetto può essere di una riduzione della pena fino a un terzo.

Generalmente, alla base del *guilty plea*, cioè della dichiarazione di colpevolezza con cui l'*accused* ammette la propria responsabilità provocando un'accelerazione del rito, vi è un accordo informale finalizzato a stabilire i vantaggi che derivano in termini di addebiti e di pena all'accusato da tale dichiarazione. Il *plea bargain* rappresenta, nello specifico, il momento di trattativa fra le parti, sia sui fatti di reato (*fact bargaining*), sia sui capi di imputazione (*charge bargaining*) che sulla misura e la specie della pena irrogabile (*sentence bargaining*).

In un'ottica strettamente manageriale, tale procedura conviene a tutti: all'accusato e al suo difensore, alla polizia, al *Prosecutor* e al giudice. La Corte, infatti, guadagna in termini di tempo; l'accusa, invece, evita le spese di una lunga udienza e il rischio di assoluzione di un soggetto che ritenga colpevole

⁴⁵ Nota, infatti, E. Dezza, *op. cit.*, pp. 131 ss., come sino alla fine del XVII secolo il *guilty plea* non fosse utilizzato e, anzi, venisse scoraggiato. E ciò per una serie di ragioni. Anzitutto perché non si ponevano esigenze legate alla necessità di guadagnare tempo: il *trial on indictment*, nella sua forma classica, era una procedura celere e lineare. In secondo luogo, la sottoposizione dell'accusato al giudizio della giuria, gli avrebbe conferito, anche quando questo fosse stato colpevole, la possibilità di esporre circostanze che ne avrebbero potuto suscitare la clemenza. In terzo luogo, era convinzione diffusa quella che tale procedura fosse *unfair*, moralmente scorretta, poiché avrebbe potuto portare alla condanna dell'accusato in assenza di qualsiasi esame sulle prove o del sostegno di un verdetto della giuria popolare.

Per quanto diffusa e utilizzata, la pratica del *bargaining plea*, comunque assai meno sviluppata in Inghilterra di quanto non lo sia nel costume giudiziario nordamericano, è aspramente criticata da una parte della dottrina inglese, in specie per le possibili implicazioni del giudice nelle trattative sulla pena. Il giudice britannico, infatti, non è autorizzato a impegnarsi apertamente nelle trattative sulla pena, che dovrebbero restare una negoziazione di esclusiva spettanza di accusa e difesa.

Esso costituisce, ciò nonostante, il più efficace strumento per incoraggiare gli accusati a dichiararsi colpevoli evitando, così, alle corti e alle giurie, inutili perdite di tempo.

4. Gli Stati Uniti d'America.

Da sempre oggetto di suggestioni e imitazioni⁴⁶, il sistema processuale penale degli Stati Uniti è tradizionalmente *adversary*, cioè un *processo di parti*, improntato alla centralità del *trial* (dibattimento), in cui l'attività del giudice, dei *prosecutors* e della giuria è connotata da una forte discrezionalità.

Storicamente, l'adozione di una Costituzione scritta e il riconoscimento precoce della legittimità del controllo giudiziario di costituzionalità hanno favorito, in America, l'affermazione di un potere giudiziario forte, non subordinato agli altri poteri ma anzi avente il ruolo fondamentale di limitarli nel quadro di un sistema costituzionale di "pesi e contrappesi". Ivi, dunque, il principio di separazione dei poteri è interpretato come separazione di istituzioni che, indipendenti l'una dall'altra, possono controllarsi a vicenda⁴⁷. D'altra parte, la stessa esigenza di equilibrio istituzionale giustifica la funzione pure *politica* riconosciuta al giudice, da sempre affidatario di un'attività di *law-making* e di *policy-making*,

⁴⁶ Paiono a tal fine interessanti le considerazioni di E. Amodio, *Il modello accusatorio statunitense e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della giustizia americana*, in E. Amodio- C. Bassiouni, *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè Editore, Milano, 1988, pp. VI ss.

⁴⁷ C. Guarnieri, *Giustizia e politica. I nodi della seconda Repubblica*, il Mulino, Bologna, 2003, p. 21.

tradizionalmente considerate nella cultura continentale di esclusivo appannaggio del potere legislativo ed esecutivo⁴⁸.

L'insegnamento forse più importante proveniente dall'esperienza statunitense, in specie per il giurista continentale abituato a vedere il rito ingabbiato entro un rigido schema in cui ogni fase è ritmata dalla figura paternalistica del giudice, riposa nella flessibilità del modello processuale, imperniato sulla volontà delle parti⁴⁹.

4.1. Organizzazione giudiziaria: giudici e *prosecutors* federali e statali.

Al di là del generico riferimento al modello *adversary* e alla matrice di *common law* che lo caratterizza, il sistema della giustizia penale statunitense mal si presta al disegno di un quadro di sintesi unico, essendo basato su una pluralità di ordinamenti, quello federale e quelli statali. Tale dicotomia, oltre che sul piano delle fonti⁵⁰, si rispecchia anche sull'organizzazione giudiziaria il cui funzionamento si presenta assai diversificato⁵¹.

I rapporti fra le giurisdizioni statali e quelle federali sono regolati dal X Emendamento, secondo cui i poteri non delegati dalla Costituzione agli Stati Uniti o da essa non espressamente vietati agli Stati, sono riservati agli Stati stessi

⁴⁸ V. Fanchiotti, *Riflessioni sulla giustizia penale in U.S.A.*, in *Cassazione penale*, 1998, pp. 323-324, il quale riconduce tale peculiarità a una delle bandiere su cui poggiò la diffusione del *legal realism* americano.

⁴⁹ E. Amodio, *op. ult. cit.*, p. XLIII.

⁵⁰ Si sofferma su tale peculiarità V. Fanchiotti, *op. ult. cit.*, p. 315, il quale precisa che la supremazia della Costituzione federale rende applicabile a livello statale i principi del *Bill of rights* in quanto ricollegabili al principio del *due process of law* «esteso agli Stati già nel 1868 del XIV Emendamento, ma concretamente utilizzato solo un secolo dopo come canale di “statalizzazione” delle garanzie costituzionali in materia processuale: si è così venuto formando una sorta di “codice costituzionale di procedura penale”, la messa a fuoco del cui ambito è affidato all’interpretazione giurisprudenziale, prefigurante una serie di “regole minime di trattamento” comuni a tutti gli ordinamenti e tali, in pratica, da consentire [...] una visione ed uno studio unitario, altrimenti impraticabile, del sistema processuale statunitense nel suo complesso». Sul fenomeno della *incorporation*, o della c.d. *due process revolution*, v. V. Fanchiotti, *Processo penale nei paesi di Common law*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. X, 1995, p. 160.

⁵¹ La descrizione dell’organizzazione giudiziaria statunitense che segue è tratta da E. Amodio-C. Bassiouni, *op. cit.*, e anche dal più recente testo di A. Mura-A. Patrono, *La giustizia penale in Italia: un processo da sbloccare*, CEDAM, Padova, 2011, pp. 11 ss.

o al popolo⁵². Vigge fra i diversi ordinamenti il principio della *cuncurrent jurisdiction*, in base al quale ogni Stato, in quanto sovrano autonomo (*dual sovereignty*), può applicare la propria legislazione penale a ogni comportamento integrante gli estremi di un reato indipendentemente da un’analoga e concorrente iniziativa da parte degli ordinamenti di altri Stati⁵³. Sono distinte pure la Corte Suprema degli Stati Uniti e le Corti Supreme dei singoli Stati.

I giudici federali sono nominati, con l’approvazione del Senato federale, dal Presidente degli Stati Uniti⁵⁴. Essi durano a vita e a loro favore vigge il divieto,

⁵² V. Fanchiotti, voce *Processo Penale Statunitense*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, vol. II, tomo I, 2008, p. 808.

⁵³ V. Fanchiotti, *Riflessioni sulla giustizia penale in U.S.A.*, cit., pp. 315-316, precisa come tale principio implichi pure la *dual prosecution*, regime di svantaggio per l’imputato che è potenzialmente subordinato a due diverse sovranità. Al di là degli assestamenti che il funzionamento di tale principio ha assunto nella prassi, l’Autore sottolinea come lo stesso rappresenti un fattore di condizionamento del sistema processuale che rende tanto più “obbligata” la scelta a favore di un sistema di esercizio *discrezionale* dell’azione penale: «Infatti, dato lo sviluppo smisurato ormai assunto dalla legislazione penale federale, tale da potersi tranquillamente affermare che ogni illecito statale integra contemporaneamente, nella sua interezza o con riferimento ad alcuni suoi elementi, anche un illecito federale, risulterebbe del tutto impraticabile l’applicazione rigida di un regime di obbligatorietà dell’azione penale, sia a livello federale che statale, dal quale non potrebbe non conseguire un’abnorme duplicazione di tutti i processi e il tracollo definitivo della giustizia penale».

⁵⁴ R. Gambini Musso (a cura di), *Il processo penale statunitense. Soggetti e atti*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 100-103, chiarisce che il sistema federale opta per la procedura di nomina ad opera di funzionari amministrativi “qualificati”: l’art. II § 2 cl.2 della legge fondamentale, infatti, riserva al presidente il potere di designare e nominare, dietro parere e consenso del Senato, i giudici della Corte suprema e ogni altro funzionario per il quale non sia stabilito altrimenti. Per vero, tale formula sembrerebbe affidare la scelta dei giudici federali ai rapporti di forza che si vengono a creare fra i protagonisti della scelta: «Non va dimenticato infatti che il rinnovo parziale delle cariche senatoriali di due anni in due anni può contribuire a formare una maggioranza ostile alle linee di politica presidenziale: acquista allora un peso risolutivo la capacità dell’amministrazione di negoziare “buoni rapporti di vicinato” con i Senatori interessati affinché non risultino irreparabilmente preclusi i favori. Da quanto precede deriva che l’elasticità del dettato costituzionale ha comunque favorito un sistema selettivo fondato su una sorta di *gentlemen’s agreement* fra i soggetti in causa. In linea di massima, e senza che sia dato riscontrare particolari differenze a seconda dell’orientamento politico del Presidente, la nomina si effettua privilegiando compagni di partito, al contempo premunendosi di non offendere i *desiderata* del collegio senatoriale. In concreto, l’attività di reperimento dei candidati potenzialmente accettabili viene rimessa all’*Attorney General*, nel rispetto delle linee guida tracciate dal Presidente, dopo di che la rosa dei nominativi viene sottoposta alla verifica dei parametri valutativi ad opera dell’apposito Comitato giudiziario del Senato (*Judiciary Committee*) all’uopo creato. [...]. Onde supplire al difetto di verifica delle capacità professionali dei candidati si è assistito all’incirca dal secondo dopoguerra, dapprima in via informale e in seguito con ufficialità crescente, al coinvolgimento di un ulteriore protagonista nelle procedure *de quibus*: l’*American Bar Association*».

costituzionalmente sancito, di riduzione dello stipendio. Non sono previsti meccanismi di avanzamento di carriera né promozioni: un giudice di primo grado che voglia passare alla *Circuit Court* d'appello dovrà essere nominato *ex novo*. La mancanza di una vera e propria possibilità di progressione di carriera giustifica, peraltro, l'assenza di un organo di autogoverno⁵⁵. In caso di cattiva condotta, i giudici federali sono sottoposti a una procedura di *impeachment* e possono essere destituiti solo su decisione del Senato⁵⁶. Nello specifico, il Congresso può mettere in stato d'accusa (*impeach*) un giudice e rimuoverlo, aumentare il numero dei giudici, riformare la procedura, abolire un tribunale, modificarne la giurisdizione, diminuire le risorse che vengono assegnate al sistema giudiziario, legiferare per modificare sentenze non gradite, proporre emendamenti alla Costituzione e, infine, far sì che ai posti vacanti vengano nominati giudici di proprio gradimento. In tal modo, contrappesi di natura *politica* divengono contrappesi di tipo *tecnico*, idonei cioè a fungere da deterrente nei confronti della capacità dei giudici di manipolare le norme incentivando altresì un atteggiamento di autolimitazione⁵⁷.

L'ordinamento giudiziario federale ha un suo sistema indipendente articolato in una Corte Suprema Federale con sede a Washington, 13 Corti d'appello federali e 94 Corti distrettuali. A questi tre livelli si aggiungono gli *U.S. Magistrates Judges*, organi a tempo, nominati dalla stessa *District Court* presso cui operano, non assimilabili ai giudici da un punto di vista di tutele costituzionali e competenti a conoscere dei *misdemeanors* (reati più lievi punibili con la detenzione fino a un anno) e, solo per la fase *pre-trial*, dei *felonies* (reati punibili

⁵⁵ Ricorda, tuttavia, V. Fanchiotti, *Riflessioni sulla giustizia penale in U.S.A.*, cit., p. 320, che con un provvedimento del 1980 sono state attribuite ai *Judicial Council*, istituiti presso ogni *Circuit court*, competenze disciplinari limitate.

⁵⁶ Secondo V. Fanchiotti, *op. ult. cit.*, p. 319 una simile strutturazione della carriera del giudice favorisce la sua autonomia anche alla luce della limitata impugnabilità delle sue decisioni: «a tale situazione finisce per corrispondere inevitabilmente un basso livello di identificazione del singolo giudice coi propri colleghi e un debole e rarefatto spirito di corpo, per nulla paragonabile a quello presente negli ordinamenti basati su una struttura compatta di giudici-funzionari e su un sistema di controlli più diffusi e penetranti quanto a gradi e ad oggetto delle impugnazioni».

⁵⁷ C. Guarnieri, *Magistratura e politica*, cit., p. 39-40.

con pena detentiva superiore a un anno); e alcune giurisdizioni specifiche, quale, a esempio, quella fallimentare.

La competenza dei diversi giudici, oltre che funzionale, dipende dalla materia.

Così, se si tratta di un *felony*, cioè di reato punibile con una pena detentiva superiore a un anno, la competenza spetta alle *courts of general jurisdiction*. Ivi il dibattimento si svolge secondo il *jury trial*.

In caso di *misdemeanor*, cioè di reato punibile con una pena detentiva inferiore a un anno, la competenza spetta alle *courts of limited jurisdiction*, in cui il dibattimento si svolge secondo le forme del *bench trial*. A tali corti è pure affidata la fase *pre-trial* di ogni procedimento.

Ogni Corte ha la figura del *Chief Judge*, giudice capo, il cui ruolo è di supervisione del funzionamento dell'ufficio giudiziario nel suo complesso, di promozione dell'efficienza e di cura dell'affidabilità nei confronti del pubblico.

Vi sono poi 93 *U.S. Attorneys*, procuratori federali, ciascuno competente per un distretto giudiziario, incaricati di promuovere e condurre l'azione penale negli affari appartenenti alla giurisdizione federale, di rappresentare gli Stati Uniti nei processi civili, di provvedere al recupero dei crediti federali allorquando questi non siano ottenibili in via amministrativa. A differenza che in Inghilterra, in U.S.A. la *prosecution* ha natura pubblica fin dall'epoca dell'Indipendenza.

I *prosecutors* federali statunitensi, al pari dei giudici federali, sono nominati dal Presidente degli Stati Uniti previo parere e consenso del Senato federale (*advice and consent*), su proposta dell'*U.S. Attorney General*, che solitamente sceglie fra gli iscritti all'ordine forense che appartengano pure al partito del Presidente. A differenza dei giudici federali, infatti, la carica dei *prosecutors* non ha carattere vitalizio ma è parametrata su quella del capo dell'Esecutivo (4 anni): allo scadere del mandato del Presidente – e anche in caso di interruzione anticipata – ognuno dei 93 *Attorneys* rassegna le proprie dimissioni. Ciò, evidentemente, ne aumenta la connotazione prettamente politica ma non ne implica, tuttavia, una totale dipendenza dal potere esecutivo⁵⁸. Numerosi fattori, infatti, contribuiscono ad

⁵⁸ In questo senso A. Gasparini, *Il prosecutor e le scansioni dell'azione penale*, in R. Gambini Musso (a cura di), *Il processo penale statunitense*, cit., pp. 40 ss., secondo il quale l'ampia

assicurare una certa autonomia ai vari *Attorneys*: «tra questi vanno ricordati non solo l'elevatissimo numero dei *districts* che [...] rende impraticabile un effettivo controllo centralizzato sulle attività di tutti gli uffici locali della *prosecution*, ma anche, sotto il profilo storico, la creazione relativamente tardiva del *Department of Justice*, risalente al 1870, intervenuta quando ormai da circa novant'anni funzionavano, in piena autonomia sostanziale, gli uffici distrettuali»⁵⁹.

L'organizzazione degli uffici dell'accusa federale è a struttura piramidale. Al vertice è collocato l'*Attorney General*, capo del dipartimento di giustizia e membro del gabinetto presidenziale, nominato dallo stesso Presidente degli Stati Uniti al quale è riservata anche la facoltà di rimuoverlo a sua discrezione: egli definisce ed armonizza le politiche criminali nazionali. A capo dell'ufficio periferico, corrispondente a ciascun distretto, vi è un *U.S. Attorney*, coadiuvato da un numero variabile di *assistents prosecutors*. Questi ultimi sono nominati dall'*AG* ma, di fatto, vengono scelti dal procuratore distrettuale fra giovani laureati in legge che colgono tale periodo come occasione di addestramento professionale e di inserimento nell'ambiente giudiziario.

Accanto al sistema federale, vi è quello statale. Ogni Stato ha il suo sistema giudiziario, delineato dalla Costituzione statale e dalla normativa penale sostanziale e processuale. Attualmente esistono 50 ordinamenti statali rispetto ai quali, tuttavia, non è possibile tracciare un modello unico di giudice o di pubblico ministero, dettando ogni Stato degli U.S.A. regole proprie in materia. In generale, è possibile affermare che la carica di giudice statale è prevalentemente elettiva e la sua durata tendenzialmente limitata⁶⁰. Anche i rappresentanti dell'accusa

autonomia di cui godono le procure distrettuali è resa possibile sia dal sistema di nomina degli *U.S. Attorneys* che dal carattere temporaneo dell'incarico «che, lasciando intatte le *chances* di ritorno alla libera professione, predispone il capo dell'ufficio distrettuale – ed i suoi collaboratori – ad un atteggiamento non certamente “accondiscendente” e “servile” nei riguardi dei vertici del Ministero».

⁵⁹ V. Fanchiotti, *Riflessioni sulla giustizia penale in U.S.A.*, cit., p. 322.

⁶⁰ R. Gambini Musso, *op. cit.*, p. 104 precisa che, pur nella loro eterogeneità, i meccanismi di reclutamento statali possono essenzialmente ricondursi a due modelli definiti: «ad un'impostazione che predilige devolvere le *nominations* ad un “burocrate” – *in primis*, il Governatore dello Stato nonché le assemblee legislative – si contrappone il paradigma

statali hanno per lo più carattere elettivo. Ciò è diretta conseguenza del principio dell'*accountability*, cioè di responsabilità dei giudici nei confronti dell'elettorato; caratteristica, questa, che, oltre ad aumentare la politicità del magistrato, ne indebolisce, ancor più che a livello federale, lo spirito di corpo proprio in virtù del forte collegamento che il giudice o il *prosecutor* statale presentano con il proprio elettorato in vista delle successive elezioni⁶¹. I giudici statali possono essere destituiti o tramite il procedimento del *removal* o mediante il *recall*, una sorta di referendum su iniziativa popolare in cui un certo numero di elettori, scontenti del comportamento posto in essere dal giudice sgradito, lo pongono a confronto con un altro candidato.

I sistemi di accusa statale conservano il carattere di decentramento e parcellizzazione che ha accompagnato la loro emersione. Il legame gerarchico rispetto ai vertici centrali dell'amministrazione è parecchio affievolito e i *district attorneys* sono più sensibili alle sollecitazioni provenienti dalla comunità da cui derivano i propri poteri.

Dunque, *prosecutors* e giudici, federali e statali, percorrono carriere distinte, vengono reclutati in modo differente e godono pure di *status* diversi.

4.2. L'esercizio dell'azione penale.

Le considerazioni sulla posizione istituzionale del *public prosecutor* risultano funzionali alla specificazione del sistema di esercizio del potere di accusa⁶².

Il modello processuale penale statunitense si connota, infatti, per il carattere discrezionale dell'azione penale, cioè per il conferimento al *prosecutor* del potere

“partecipativo” che rimette il compito di selezionare i giudici alla volontà popolare espressa mediante elezione».

⁶¹ V. Fanchiotti, *op. ult. cit.*, p. 321.

⁶² Secondo V. Fanchiotti, *Processo penale nei paesi di Common law*, cit., p. 157, la nomina elettiva o comunque l'estrazione fortemente politica di tali soggetti funge dal strumento di legittimazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale.

di compiere valutazioni e *scelte* – anche di natura *politica*⁶³ – cruciali per l'effettiva realizzazione del sistema nazionale di giustizia penale⁶⁴.

Ragioni di economicità, di efficienza e di pianificazione strategica motivano l'esigenza della *prosecutorial discretion* che, seppur non esplicitata a livello positivo in alcuna norma⁶⁵, è avvertita pure come strumento flessibile di individualizzazione della sanzione e di depenalizzazione: così «il *prosecutor*, grazie alla sua estrazione democratica e popolare, meglio è in grado di rispondere al mutato sentimento della collettività non perseguendo quegli illeciti che la coscienza sociale non avverte più come tali»⁶⁶.

Per vero, negli Stati Uniti, l'accettazione di un sistema di opportunità dell'azione penale sembra costituire un fattore anche, e soprattutto, culturale⁶⁷: la

⁶³ Precisa A. Gasparini, *op. cit.*, p. 43, che, nonostante la forte connotazione politica dell'organo d'accusa statunitense, tanto più rafforzata dalle tecniche di reclutamento già esposte, «occorre guardarsi dalla tentazione di inquadrare la discrezionalità della funzione d'accusa in una chiave di lettura eminentemente "politica". È fuor di dubbio, difatti, che porzione considerevole delle opzioni nel promovimento dell'azione penale s'adagia sul diverso *plafond* della discrezionalità c.d. "tecnica", cioè in quell'attività naturale di "sfortimento" delle notizie di reato resa necessaria dalla valutazione dell'esattività del materiale probatorio reperito ai fin dell'avanzamento del procedimento all'ulteriore fase dibattimentale».

⁶⁴ A. Mura-M. Patrono, *op. cit.*, pp. 70-71.

⁶⁵ V. Vigoriti, *P.M. e discrezionalità dell'azione penale negli U.S.A.*, in G. Conso (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale*, Zanichelli, Bologna, 1979, pp. 262-263: «È abbastanza singolare che, a livello positivo, non esistano norme che esplicitamente garantiscano all'accusa i vasti poteri che essa si è arrogata. In genere si dice che la discrezionalità del pubblico ministero, al pari di quella di tutti gli organi dell'esecutivo, è conseguenza naturale del principio di separazione dei poteri accolto in Costituzione. Tale principio andrebbe interpretato appunto nel senso dell'innammissibilità di un controllo da parte degli organi di un potere diverso sui rappresentanti dell'esecutivo, e nel senso quindi che il pubblico ministero può essere chiamato a rispondere della sua attività e delle sue scelte solo agli organi superiori del potere a cui appartiene. È questa una spiegazione coerente del fenomeno [...] Maggior peso sembrano avere altre giustificazioni, di ordine soprattutto pratico. Anzitutto il rilievo che sia gli uffici del pubblico ministero che le Corti non potrebbero sostenere il carico di un numero troppo elevato di casi da perseguire e, rispettivamente, decidere. [...]. In secondo luogo, si osserva che la discrezionalità consente al pubblico ministero di non agire per tutta una serie di reati che la coscienza sociale, per le più varie ragioni, non ritiene più tali. [...]. In terzo luogo, la possibilità riconosciuta al pubblico ministero di non esercitare l'azione penale, di esercitarla per certi crimini e non per altri, di rinunciare all'azione stessa, consente all'organo di accusa di "scegliere" gli imputati e di "premiare" quanti collaborano dando informazioni sui reati e sui loro autori».

⁶⁶ A. Gasparini, *op. cit.*, p. 44.

⁶⁷ A. Mura-A. Patrono, *op. cit.*, pp. 50-51: «[...] ciò che più colpisce un osservatore italiano in America è che ben difficilmente, sia nell'opinione pubblica sia tra gli operatori di giustizia, si mette in dubbio la bontà, ed anzi addirittura la necessità della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale. Se si chiede a un cittadino americano se non pensa che quel sistema possa

discrezionalità è definita dagli stessi giuristi americani *inevitable and desirable*⁶⁸. «Il giurista americano non concepisce neppure che esista un problema di alternativa fra obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale, dando per scontato, da un lato che la discrezionalità stessa sia *inerente* ai poteri e alla figura del pubblico ministero, così come lo è per tutti gli organi dell'Esecutivo e che sia comunque conseguenza naturale del principio costituzionale della separazione dei poteri; dall'altro ampiamente giustificando, sul piano pratico, la necessità dell'esistenza di un principio del genere»⁶⁹.

4.3. I limiti alla *prosecutorial discretion*.

L'affermazione di un sistema di azione penale discrezionale conferisce al *prosecutor* statunitense un potere che va ben oltre la semplice scelta in merito all'esercizio o meno del potere di accusa, e che può comprendere pure: la selezione delle imputazioni da elevare nei confronti di ogni singolo accusato; l'accettazione di accordi con l'imputato in rapporto alla sua disponibilità ad ammettere la propria responsabilità sulle accuse; alla conclusione dell'accordo di non perseguire un sospettato in cambio della sua collaborazione; all'atteggiamento nella procedura di determinazione della pena dopo il verdetto di colpevolezza⁷⁰. D'altra parte, proprio per la stretta connessione che presenta

produrre abusi, la risposta più frequente che si avrà è che chi abusa verrà punito, e che comunque non ci sono soldi e tempo per fare tutti i processi che altrimenti si dovrebbero fare. [...] in sostanza si ha fiducia nei criteri previsti per indirizzare l'opportunità del pubblico ministero, e, in più, si confida molto nel "controllo sociale" sul suo operato, esercitato anche grazie agli organi di stampa».

⁶⁸ L'espressione è utilizzata da A. Goldstein-M. Marcus, *The myth of judicial supervision in three "inquisitorial" systems: France, Italy and Germany*, in *The Yale Law Review*, 1977, p. 240.

⁶⁹ A. Corbi, *Obbligatorietà dell'azione penale ed esigenze di razionalizzazione del processo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1980, p. 1049.

⁷⁰ M.L. Zanier, *L'accusa penale in prospettiva socio-giuridica. Ruolo, processi decisionali e modalità d'azione del pubblico ministero*, FrancoAngeli, Milano, 2011, p. 42 precisa che, secondo Reiss, il *prosecutor* statunitense si trova a esercitare il proprio potere discrezionale in almeno cinque modi: nel decidere se esercitare o meno l'azione penale; nell'opzione relativa alla scelta del reato da contestare; nella decisione di archiviare anticipatamente un procedimento già avviato; nel concordare con l'accusato un trattamento più favorevole nell'eventualità di una sua ammissione di colpevolezza; nello stabilire le strategie processuali più adatte.

con l'elettorato e, in generale, con il potere politico, il *prosecutor* ha tutto l'interesse ad adottare strategie processuali che mettano in mostra un *good battle average*, cioè un alto volume di condanne, proiettando sul corpo elettorale l'immagine di un vero e proprio *crimefighter*: «ciò, per un verso asserve il *prosecutor* all'imperativo di “non essere sconfitto” che gli comanda di dissuadere dal giudizio gli imputati che hanno buone *chances* di assoluzione, per un altro, gli suggerisce, quali che siano i possibili esiti dibattimentali, di portare innanzi alla giuria i casi che attraggono l'attenzione dell'opinione pubblica, scaricando la responsabilità dell'eventuale assoluzione sulla giuria o sul giudice»⁷¹.

L'ampiezza degli spazi così concessi alla discrezionalità del *public prosecutor* non ha tardato a destare preoccupazioni in merito alla possibile compressione che da un suo uso distorto ne potrebbe derivare alla «più nobile ed elementare dimensione della giustizia: appunto l'“*equal justice under the law*”»⁷². Perplesità, queste, tanto più acute dall'assenza di strumenti istituzionali idonei a incidere, dall'esterno e coattivamente, sull'operato del *prosecutor*.

Nel sistema americano, infatti, non è previsto un controllo giurisdizionale sulle scelte iniziali dell'organo requirente. In particolare, nel caso di inazione del *prosecutor*, il giudice è sfornito di strumenti che gli consentano di surrogarsi alla pubblica accusa o di imporgli l'imputazione coatta. La scelta di non procedere all'azione penale, rientra, dunque, nella sfera delle insindacabili opzioni accusatorie operate inizialmente dall'accusa. Il *magistrate* potrebbe, invece, intervenire sul *dismissal*, cioè sulla decisione, comunque successiva all'esercizio dell'azione penale, di desistere dalla prosecuzione dell'accusa, sempre che tale scelta sia chiesta contro la volontà dell'imputato.

Nemmeno la persona offesa dal reato è dotata di strumenti efficaci per costringere il *prosecutor* all'esercizio dell'azione. Solo in fase predibattimentale, l'accusato che ritenga la *decision to prosecute* discriminatoria e lesiva del principio di uguaglianza di cui al XIV Emendamento, può sollevare un'apposita

⁷¹ A. Gasparini, *op. cit.*, p. 55.

⁷² *Ivi*, p. 44.

eccezione. Si rammenti in tal senso che il danneggiato dal reato, nel sistema statunitense, non assume il ruolo e la posizione di parte nel processo penale.

L'arma di controllo più incisiva del privato cittadino sull'operato dei *prosecutors* resta in tal senso lo strumento elettorale.

Così, in assenza di stringenti controlli giurisdizionali sull'operato del *prosecutor*, sono stati elaborati strumenti ulteriori idonei a orientare l'esercizio dell'azione penale arginandone un possibile uso *degenerativo*.

Sono tali, ad esempio, i divieti di *selective* e *vendicative prosecution*, dedotti dalla giurisprudenza dal principio di eguaglianza sancito nel XIV Emendamento.

Sono altresì funzionali a tale scopo le *guidelines* elaborate dai diversi *Attorneys* per la gestione delle procure⁷³. Con riferimento alla giustizia federale, tali criteri sono enunciati in un atto denominato *Principi dell'azione penale federale*, contenuto nell' *U.S. Attorneys' Manual*, stilato già a partire dagli anni '80 e poi integrato progressivamente, contenente tutta una serie di direttive, pure dettagliate, destinate ai procuratori federali.

Il titolo 9-27.000 elenca, in particolare, i fattori che dovrebbero guidare i *federal prosecutors* nella decisione sull'esercizio dell'azione penale⁷⁴. Così, una volta valutata la qualificazione del fatto e la sussistenza di prove probabilmente idonee a sostenere l'accusa in giudizio (*probable cause*), il Procuratore dovrà anzitutto tener conto delle *priorità di politica criminale* adottate, di volta in volta con atti formali, dal governo nel sistema federale e dai singoli Stati nel sistema statale. Da un punto di vista tecnico, egli dovrà invece considerare:

- la natura e la gravità del reato;
- i prevedibili effetti deterrenti del processo e dell'eventuale condanna;
- il livello di responsabilità della persona nel reato, anche paragonato a quello di eventuali complici;

⁷³ Si occupano della trattazione dei criteri che orientano il potere discrezionale del *prosecutor* statunitense, A. Mura-A. Patrono, *op. cit.*, pp. 51 e ss., i quali notano pure come molti dei criteri di orientamento dell'azione penale del *prosecutor* americano riflettano elementi rilevanti in ogni sistema penale, anche in quello italiano. La differenza, tuttavia, consisterebbe nel fatto che, in Italia, la considerazione di tali elementi non porta a evitare il procedimento penale ma, eventualmente, a ridimensionare e individualizzare la pena al termine del processo.

⁷⁴ È possibile consultare tali principi al sito <https://www.justice.gov/usam/usam-9-27000-principles-federal-prosecution>.

- i precedenti penali del soggetto;
- la disponibilità del soggetto a collaborare alle indagini che potrebbero incriminare gli autori dello stesso o di altri reati;
- le circostanze personali;
- ogni altra questione o conseguenza che potrebbe derivare dalla condanna.

Alla luce di tali criteri, dunque, il *prosecutor* americano deve decidere se agire o meno nei confronti di una persona verso cui vi siano prove di comportamenti criminali considerando pure l'utilità di quel procedimento che si vuole istruire.

Così, ad esempio, si prospetta l'inutilità in concreto di celebrare un processo penale verso un soggetto già condannato all'ergastolo o, peggio, alla pena di morte: si tratterebbe, infatti, solo di un'affermazione astratta della giustizia posto che, da un punto di vista pratico, anche quando si accertasse la responsabilità dell'accusato attraverso la celebrazione di un giusto processo, questo non potrebbe comunque scontare una pena maggiore rispetto a quella cui è già condannato per altri fatti.

Tralasciando questioni di principi (e di diritti), in America non si ritiene conveniente perdere tempo, denaro e, quindi, risorse economiche e personali nella discussione di una causa che non potrebbe avere effetti diversi da quelli attuali. Un po' come accade, in Italia, in materia di atti della P.A.: qualora un atto sia adottato in violazione di certe formalità richieste dalla legge ma il rinnovamento di quell'atto secondo le formalità prescritte non cambierebbe comunque l'esito dell'atto stesso, non è utile procedere al suo annullamento. Si chiama principio dell'effetto utile e in Italia si applica solo alla disciplina degli atti amministrativi.

Particolarmente rilevanti, inoltre, appaiono tutte le soluzioni intermedie, fra l'archiviazione e l'esercizio dell'azione penale, per cui il *prosecutor* può optare. È, infatti, criterio costante negli Stati Uniti che il p.m. possa non procedere ogni qualvolta alla persona accusata possa essere inflitta, al posto di una sanzione di carattere penale, una misura pecuniaria o amministrativa che renda quindi superfluo, inutile ed eccessivo l'intervento dello strumento penale.

4.4. Il *grand jury*.

Il *public prosecutor* non è il solo organo cui è affidato l'esercizio dell'azione penale e la formulazione dell'accusa. Talune giurisdizioni, infatti, prevedono il possibile ricorso al *grand jury*, «un organo di estrazione popolare che cumula in sé funzioni investigative e giudicanti»⁷⁵. Nato come presidio contro i poteri tirannici ed oppressivi della Corona, il *grand jury* è previsto nel V Emendamento della Costituzione federale, in cui è contemplato il diritto a ricorrervi per i reati puniti con la pena capitale e per i c.d. *infamous crime*, cioè per tutti i reati puniti con la pena detentiva.

Gli Stati non sono obbligati a recepire e prevedere tale istituto. Difatti, attualmente, sono 19 quelli che richiedono l'intervento del *grand jury* per tutti i *felonies*; sono 27, quelli in cui l'intervento del *grand jury* è previsto in via del tutto marginale; sono 4, infine, gli Stati nei quali si prevede il ricorso al *grand jury* per i soli reati puniti con la pena di morte o con l'ergastolo.

Guardando alla sua composizione e al suo funzionamento, il *grand jury* è un organo a composizione laica, formato da un numero variabile di cittadini scelti essenzialmente per sorteggio (da 16 a 23 componenti nell'organo federale). Esso svolge principalmente funzioni investigative ma è anche chiamato a valutare il materiale probatorio raccolto e ad assumere una decisione in merito al rinvio a giudizio dell'imputato.

Il procedimento dinanzi al *grand jury* può instaurarsi su richiesta del *prosecutor* o d'ufficio. Si tratta di un procedimento *non adversary*, a carattere inquisitorio in quanto segreto, da cui è esclusa la difesa e in cui il *prosecutor* riveste un ruolo centrale.

In particolare, l'accusa presenta segretamente al *grand jury* le prove di cui dispone. Rispetto al quadro presentato, il *grand jury*, che solitamente si allinea alle indicazioni e alle sollecitazioni dell'accusa⁷⁶, gode di poteri investigativi

⁷⁵ A. Gasparini, *op. cit.*, p. 76.

⁷⁶ Specifica V. Fanchiotti, voce *Processo penale statunitense*, cit., p. 819, che l'accusa non gode di strumenti coercitivi analoghi a quelli di cui è dotato il *grand jury*. Per questo motivo ne "dirige" l'attività investigativa rappresentando il vero "animatore" della sua attività. Egli sfrutta la sollecitazione di poteri di cui non gode per ottenere prove altrimenti non fruibili. Sempre V. Fanchiotti, *Lineamenti del processo penale statunitense. Corso di lezioni*, Giappichelli, Torino,

consistenti nella facoltà di ordinare la presentazione coattiva di testimoni e documenti (c.d. *subpoena powers: subpoena ad testificandum* e *subpoena duces tecum*) e di immunizzare i testimoni (c.d. *immunity grant*). Al termine di tale fase, il *grand jury* delibera a maggioranza assoluta dei suoi componenti in merito alla *probable cause* sul rinvio a giudizio. Se questa sussiste, viene formulata l'imputazione emettendo il c.d. *true bill*; diversamente, viene emesso un *no bill* e il *prosecutor* conserva la possibilità di rivolgersi a un altro *grand jury*.

4.5. Le fasi del processo penale.

Il processo penale americano si suddivide in più fasi, ognuna delle quali è caratterizzata da tempi precisi che ne scandiscono lo svolgimento: il superamento di detti limiti può dar luogo a un'ipotesi di *dismissal*, cioè di interruzione del procedimento.

Generalmente, la fase iniziale del procedimento (fase *pre-trial*) coincide con l'arresto da parte della polizia. Nel caso in cui si tratti di *felonies*, l'arresto può avvenire senza *warrant* (mandato) e in assenza di flagranza. Ove si tratti di *misdemeanors*, invece, l'arresto è consentito senza mandato solo in caso di flagranza di reato⁷⁷. Si procede quindi al *booking*, cioè alla registrazione dei dati relativi all'arrestato, e, al massimo entro 48 ore dall'arresto, all'*initial appearance* dinanzi al magistrato di una *court of limited jurisdiction*. L'*initial appearance* si conclude in modo diverso a seconda del reato di cui si tratti. In caso di *misdemeanor*, la cui competenza appartiene al magistrato procedente,

1987, p.102, già scriveva: «Concepito tradizionalmente come mezzo di controllo sul rinvio a giudizio e, quindi, come freno agli eccessi dello zelo persecutorio del *prosecutor*, il *grand jury* ha finito col trasformarsi in un docile strumento nelle mani dell'accusa, non solo per le opportunità che le offre di raccogliere materiale probatorio con i meccanismi "privilegiati" sopra descritti, ma anche per la sconcertante arrendevolezza alle richieste del *prosecutor*. I dati statistici esistenti in proposito [...] sono molto eloquenti: ad esempio, secondo una dichiarazione dell'allora U.S. Attorney General, nel 1976, a livello federale si registrarono 23000 *true bills* contro solo 123 *no bill*!».

⁷⁷ V. Fanchiotti, voce *Processo penale statunitense*, cit., pp. 809-811, nota come in concreto la distinzione fra *felonies* e *misdemeanor* al momento dell'arresto sia operazione non semplice. Ciò, di fatto, spinge la polizia ad abusare di tale confusione per poter procedere all'arresto in assenza di *warrant* anche quando si tratti di reati più gravi.

all'imputato viene chiesto di dichiararsi colpevole o non colpevole; se vi è il *guilty plea*, il magistrato pronuncia immediatamente la condanna e fissa la pena; diversamente, si stabilisce la data del dibattimento. Se, invece, l'imputazione riguarda un *felony*, per cui la *lower court* non è competente, il magistrato fissa la *preliminary hearing*.

La *preliminary hearing* consiste in un'udienza pubblica, celebrata nel contraddittorio fra le parti, in cui il *prosecutor* deve dimostrare l'esistenza della *probable cause*, cioè di una prova sufficiente a far sì che una persona di media diligenza ritenga l'imputato colpevole del reato ascrittogli. Essa può essere attivata per effetto del rinvio del *magistrate* oppure, come visto sopra, per effetto del rinvio a giudizio operato dal *grand jury*. In tale fase, l'onere probatorio è particolarmente agevole: ivi è consentito il confronto dialettico fra accusa e difesa nel rispetto delle garanzie del contraddittorio.

L'udienza può concludersi con il *bindover*, cioè con la prosecuzione del procedimento (in quanto sussista la *probable cause*) e il passaggio alla fase dibattimentale, o con la *dismissal*, una sorta di archiviazione. In tale ultima ipotesi il *prosecutor* può riproporre il caso in un'altra *preliminary hearing*, in alcuni ordinamenti statali dinanzi a un diverso giudice, in taluni casi anche in assenza di nuove prove che giustifichino una riconsiderazione della causa; in altri ordinamenti, dinanzi allo stesso giudice in presenza di nuove prove.

Al *prosecutor* spetta quindi lo *screening*, cioè la decisione iniziale, di carattere discrezionale, circa l'opportunità di esercitare l'azione penale, per tutti o solo per taluno dei reati contestati, ovvero di archiviare il caso o di adottare meccanismi alternativi al processo penale.

Al termine della fase *pre-trial*, qualora il *prosecutor* si sia convinto dell'opportunità di proseguire nell'esercizio dell'azione penale, formula il c.d. *final charging* (imputazione definitiva) attraverso l'*information*, qualora il *charging* segua al *bindover* emesso nel *preliminary hearing*, o mediante l'*indictment*, qualora sia successivo a un *true bill*. Si tratta dell'atto di rinvio a giudizio.

Segue un'udienza pubblica, l'*arraignment*, in cui il giudice del dibattimento contesta l'accusa all'imputato e gli chiede di pronunciarsi mediante una

dichiarazione di colpevolezza (*to plead guilty*) o di non colpevolezza (*to plead not guilty*). L'eventuale silenzio equivale a una dichiarazione di non colpevolezza.

Ove l'imputato si dichiara colpevole, si passa direttamente alla fase post dibattimentale e, quindi, al *sentencing*. Il *guilty plea* implica uno sconto di pena a favore dell'accusato come contropartita per aver fatto risparmiare risorse al sistema giudiziario⁷⁸. Esso è spesso il frutto di un precedente accordo con il *prosecutor*, il *plea bargaining* (su cui vd. avanti).

In caso di silenzio o di dichiarazione di non colpevolezza, invece, il giudice fissa la data del dibattimento. Inizia la fase delle *pre-trial motions* durante la quale si procede pure alla *discovery*, cioè alla scoperta delle prove di cui ciascuna parte dispone e che intende presentare in dibattimento. Tale meccanismo è di fondamentale importanza soprattutto per la difesa⁷⁹.

Fase del *jury trial*. Ove non si sia optato per il patteggiamento, non vi siano questioni preliminari non risolte e sussistano elementi sufficienti al dibattimento, si passa quindi al *trial*. Si procede, innanzitutto, alla nomina della giuria. Essa è espressione diretta della coscienza popolare, cui è attribuito il compito di adeguare la norma penale astratta all'esigenza di rendere giustizia nel caso concreto. La giuria rappresenta, quindi un tassello fondamentale nel garantire l'equilibrio fra i poteri, sorvegliando gli eventuali eccessi dell'accusa, e i rapporti fra individuo e autorità. È composta da sei individui in caso di reati meno gravi,

⁷⁸ Precisa V. Fanchiotti, voce *Processo penale statunitense*, cit., p. 821: «L'imputato non vanta un diritto assoluto a vedere accettato il proprio *guilty plea*: la Corte suprema ha chiarito che il giudice può respingerlo in forza dei "ben radicati poteri discrezionali propri del potere giudiziario": solo se è frutto di un *bargain* tra le parti, i poteri del giudice di non accettare il *plea* sarebbero limitati, secondo la giurisprudenza prevalente, alle ipotesi di *abuse of discretion* da parte del *prosecutor*, altrimenti si verificherebbe un analogo *abuse* da parte del giudice stesso, per essersi ingerito nell'esercizio dei poteri discrezionali spettanti all'organo dell'accusa, a meno che l'accordo non intacchi i poteri attribuiti al giudice in ordine al *sentencing*».

⁷⁹ Fa notare V. Fanchiotti, *Lineamenti del processo penale statunitense*, cit., pp. 119-120, come la conoscenza delle prove raccolte dall'avversario, pur essendo un obiettivo comune all'accusa e alla difesa, è soprattutto utile a quest'ultima, dal momento che il *prosecutor* giunge alla fine della fase predibattimentale con un'ampia massa di materiale probatorio ottenuto in buona parte attraverso canali istituzionali inaccessibili all'imputato, quali la polizia e il *grand jury*. D'altra parte, la capacità della difesa di raccogliere autonomamente prove deriva pure dalle sue risorse economiche: la possibilità di affidarsi a un investigatore privato richiede, infatti, una spesa non indifferente.

altrimenti da dodici. La scelta della giuria è un diritto della difesa che ha quindi la possibilità di accertare eventuali incompatibilità dei possibili membri richiedendone, pure immotivatamente per un numero limitato di giurati, l'esclusione. Il *grand jury* e il *petit jury* rappresentano degli *unchecked checks*, cioè meccanismi di controllo dell'operato e del giudice tendenzialmente sottratti a controlli, dei controllori incontrollati.

Una volta selezionata la giuria, ha inizio il dibattimento. Questo si apre con l'esposizione delle tesi dell'accusa e della difesa (*statements*) e quindi, con l'acquisizione delle prove nel contraddittorio fra le parti dinanzi al giudice, che ha il ruolo di arbitro neutrale.

Al termine del dibattimento, il giudice fornisce alla giuria le istruzioni, scritte o orali, con cui sintetizza in specifiche domande il *thema probandum* e fornisce spiegazione delle norme di diritto sostanziali violate. Quindi, la giuria si ritira in isolamento e, sulla base di quanto sentito e visto in aula – nessuno, infatti, può portare con sé i verbali del processo –, delibera all'unanimità o a maggioranza assoluta (nei pochissimi stati ove ciò è consentito) ed emette un verdetto di colpevolezza o di non colpevolezza dell'accusato. Ove il verdetto della giuria dovesse rivelarsi manifestamente incongruente rispetto alle istruzioni ricevute o alle risultanze probatorie, il giudice ha il potere di annullarlo rendendo un giudizio diverso (*judgement non obstante veredicto*). Ma si tratta di casi estremamente rari.

Nel caso di *not guilty verdict*, il procedimento termina definitivamente: l'imputato non ha alcun interesse a impugnare, mentre per il *prosecutor* vige il *double jeopardy* (istituto più o meno assimilabile al nostro divieto di *ne bis in idem*), che gli preclude ogni ulteriore iniziativa. La giuria potrebbe inoltre disporre il proscioglimento dell'imputato nonostante la presenza di prove sufficienti alla sua condanna: con il *jury nullification* la giuria esercita il proprio potere discrezionale (al pari del *prosecutor*) di stabilire se la legge, nel caso concreto, non corrisponda al comune sentimento locale e debba quindi essere disapplicata⁸⁰.

⁸⁰ Precisa V. Fanchiotti, *Lineamenti del processo penale statunitense*, cit., p. 828: «il fenomeno lungi dall'essere patologico, costituisce l'espressione di un *de facto power* della giuria:

Se il verdetto è di colpevolezza, si passa alla fase del *sentencing*, in cui il giudice procede alla commisurazione in concreto della pena da applicare all'accusato. Ivi il giudice perde la passività che ne aveva contraddistinto l'attività durante il dibattimento: la fase del *judicial sentencing* infatti si caratterizza per una discrezionalità tale da far acquisire al sistema un carattere inquisitorio. Il giudice, così, a prescindere dalle richieste che provengano dall'accusa o dalla difesa, in presenza di un verdetto di colpevolezza emesso dalla giuria, può irrogare una pena il cui *sentencing range* è smisuratamente ampio e pure differenziato a seconda degli Stati federali in cui lo stesso opera (a esempio, in Alabama, un imputato che compia una rapina a mano armata può essere condannato con una pena che va dai 10 ai 99 anni)⁸¹.

Tale distonia, che fu messa in luce già a partire dagli anni settanta del XX secolo⁸², ha agevolato la predisposizione di *sentencing guidelines* e di leggi volte a individuare fattori idonei a quantificare in modo omogeneo la pena. Nello specifico, il *Sentencing Reform Act* del 1984 istituì una commissione apposita, la *U.S. Sentencing Commission*, che elaborò per prima le *Federal Sentencing Guidelines*, entrate in vigore il 1° novembre 1987.

Ma non si trattò di criteri largamente condivisi e univocamente adottati da tutti gli Stati federali. Fra le critiche principali, quella secondo cui tali riforme

quest'ultima, in quanto espressione della comunità in cui è stato commesso il reato, ne interpreta i valori e il comune modo di sentire, stemperando le incongruenze della legge, la cui generalità e astrattezza possono confliggere con il merito nel caso specifico».

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² W.T. Pizzi, *Una tempesta perfetta: la discrezionalità del prosecutor negli Stati Uniti d'America*, in *Archivio Penale*, 2012, p. 557, ricorda come in quel periodo furono fondamentali le denunce del giudice Frenkel «in un libro pubblicato nel 1973 in cui si attaccò l'ampia discrezionalità nel sentencing assegnata ai giudici e che produceva profonde disparità quanto a condanne adottate nei riguardi di imputati che si trovavano in situazioni similari»; nonché taluni studi «che dimostravano – non sorprendentemente – come giudici cui erano stati dati i medesimi *sentencing files* arrivarono a *sentencing decisions* che a volte si differenziavano notevolmente tra di loro. In uno di questi studi, furono assegnati a 50 giudici federali 20 identici casi e chiesto loro quale pena essi avrebbero irrogato a ciascun imputato. Il risultato evidenziò una “madornale disparità” in cui, ad esempio, un giudice irrogò nei riguardi di un pubblico ufficiale condannato per *extortionate credit transactions* una pena a 20 anni di reclusione ed una multa di 65.000 dollari, mentre un altro giudice condannò lo stesso imputato a 3 anni di prigione e nessuna multa».

avrebbero spostato la discrezionalità sull'attività del *prosecutor* alla cui contestazione o meno di una data circostanza o di un fatto veniva agganciato l'aumento o la diminuzione di pena da parte del giudice. Ne fu prova il fatto che alla erosione del *judicial sentencing* corrispose una maggiore espansione del *plea bargaining*, ancora attuale: si stima che almeno il 95% delle condanne negli USA derivi da tale accordo⁸³. D'altra parte, la forte connotazione *adversarial* del sistema statunitense, inteso come processo delle parti, contribuisce a limitare il ruolo del giudice nel sindacare quello stesso accordo raggiunto dalle parti: la *sentencing authority* si trasferisce verso le parti. «Il risultato è un sistema in cui i dibattimenti stanno scomparendo al punto che il numero assoluto di processi penali è minore rispetto a 40 anni fa»⁸⁴.

4.6. Le alternative al processo: il *plea bargaining*.

La giustizia penale nordamericana riesce a portare a dibattimento solo il 5-10% dei processi⁸⁵. Tale particolare sollecitudine non sembra da ricondurre a specifiche previsioni costituzionali o legislative ma ai meccanismi della *prosecutorial discretion*, del *bench trial* e, in particolar modo, del *plea bargaining*⁸⁶.

In America, infatti, la vera alternativa al dibattimento consiste nel non celebrare affatto il processo: 9 imputati su 10 decidono di rinunciare al dibattimento spesso

⁸³ Il dato, che risale a uno studio del 2008, è riportato da W.T. Pizzi, *op. cit.*, p. 559.

⁸⁴ *Ivi*, p. 560.

⁸⁵ Il dato è riportato da A. Gasparini, *op. cit.*, pp. 53 ss., il quale spiega la repentina ascesa del *plea bargaining* alla luce delle profonde trasformazioni che hanno attraversato la struttura socioeconomica, le istituzioni giudiziarie e processuali del Paese: «Ipertrofia della produzione normativa in campo penale, trasformazione della polizia da organismo di “*amateurs*” a corpo stabile di personale *full-time*, incremento nel livello di preparazione professionale di giudici e avvocati, burocratizzazione degli stessi uffici dell'accusa e imporsi di logiche di “*maximization of production and minimization of work*”, irrobustimento delle garanzie difensive e progressiva formalizzazione del processo con sviluppo smisurato di articolate ed esasperanti regole probatorie e di selezione delle giurie: sono tutti fattori che concorrono ad intasare la macchina giudiziaria, predisponendola ad un massiccio ricorso a meccanismi di tipo transattivo che consentano di decongestionare la fase dibattimentale».

⁸⁶ C. Marinelli, *Ragionevole durata e prescrizione del processo penale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 376.

senza nemmeno sapere quanto tale condotta gli gioverà in termini di riduzione di pena⁸⁷. Così, nella stragrande maggioranza dei casi avviene che l'imputato si dichiari colpevole (*guilty plea*) già in fase *pre-trial*.

La disciplina del *guilty plea* è stata formalizzata solo nel 1974, con l'introduzione dell'undicesima Regola federale. Ivi si prescrive che nel corso dell'udienza predibattimentale sia domandato all'accusato di prendere posizione in merito alla sua colpevolezza: nel caso in cui questo si professi *not guilty*, il giudizio procede secondo le modalità ordinarie; diversamente, effettuati una serie di controlli preliminari, il giudice fissa la data del *sentencing*, ossia dell'udienza in cui si procede direttamente alla quantificazione e alla conseguente applicazione della pena. Alla base della eventuale dichiarazione di colpevolezza dell'accusato vi è spesso una *plea negotiation*, cioè un accordo fra questo e il *prosecutor* avente a oggetto la negoziazione dell'ammissione di colpevolezza con una concessione o una promessa di clemenza da parte del giudice o dell'accusa pubblica⁸⁸. È diffusa l'affermazione secondo cui il *plea bargaining* sarebbe una conseguenza pratica ed inevitabile del principio della discrezionalità dell'azione penale⁸⁹.

Si distinguono, in particolare, il *sentence bargaining*, che è l'accordo mediante cui l'imputato e la pubblica accusa scambiano la dichiarazione di colpevolezza con la promessa di "raccomandare" al giudice l'applicazione di una pena specificamente indicata e comunque sensibilmente contenuta; e il *charge bargaining*, con cui, invece, l'imputato "scambia" la propria dichiarazione di colpevolezza con la rinuncia da parte del *prosecutor* alla contestazione di taluni reati o con la promessa di una loro derubricazione.

L'accordo concluso fra accusa e difesa viene sottoposto al giudice il quale, in base alle *Federal Rules of Criminal Procedure*, può approvare l'*agreement* e infliggere la pena prestabilita oppure chiedere un *probation report* e l'eventuale acquisizione di dichiarazioni testimoniali per stabilire la fondatezza delle

⁸⁷ A. Mura-A. Patrono, *op. cit.*, p. 62.

⁸⁸ Approfondisce il tema del *plea bargaining* negli Stati Uniti d'America J. Brown, *Meriti e limiti del patteggiamento*, in E. Amodio-C. Bassiouni, *op. cit.*, pp. 131 ss.

⁸⁹ F. Giunta, *Qualche appunto sul plea bargaining, funzioni della pena e categorie penalistiche*, in *Cassazione penale*, 1987, p. 1047.

dichiarazioni di colpevolezza, oppure ancora rifiutare l'accordo stesso quando ritenga, per esempio, che la pena prospettata sia troppo mite per le esigenze di difesa sociale da attivare per quel fatto⁹⁰. Nella prassi, il controllo della Corte è più che altro volto a verificare che il *plea of guilty* sia frutto di una scelta *voluntarily and intelligently made*. Egli, di fatto, non entra nel vivo delle negoziazioni: così, in caso di *sentence bargaining* il potere della Corte si riduce all'accertamento che la pena prestabilita ricada nel margine edittale (*guideline range*) o che un'eventuale deroga sia motivata da *justifiable reasons*; in caso di *charge bargaining*, il giudice detiene il potere di verificare quale peso sia dato nella pena stabilita al reato non contestato⁹¹.

Nonostante la sua utilizzazione più che ampia, il *bargaining* non riceve comunque una totale approvazione nell'opinione pubblica. Non manca la preoccupazione, talvolta fondata, che la prospettiva di determinati vantaggi venga scelta come strada più conveniente anche da chi non sia colpevole⁹². In tal senso, tale forma di negoziazione rischierebbe di provocare una degradazione delle finalità cui dovrebbe tendere il sistema penale realizzando obiettivi di

⁹⁰ Nota W. T. Pizzi, *op. cit.*, p. 560: «In teoria, si ritiene che i giudici approvino i *plea bargainings* ove siano sicuri che essi servono l'interesse pubblico. In questo modo, se un *bargain* è troppo indulgente, un giudice dovrebbe, in astratto, rigettare quell'accordo. Ma qui emerge lo stesso difetto strutturale descritto sopra: in un sistema fortemente *adversarial*, se le parti sono soddisfatte e ritengono che un certo accordo sia appropriato, da dove "l'arbitro imparziale e neutrale" riceve l'autorità per rigettare l'intesa raggiunta dalle parti? È inopportuno per un componente del potere giudiziario rigettare un accordo proposto da un prosecutor, membro del potere esecutivo (e di solito un pubblico ufficiale eletto), poiché considerato non in linea con l'interesse pubblico. Inoltre, vi sono dei problemi pratici per i giudici nel rigettare un *plea bargain*. In mancanza di un fascicolo d'ufficio pari a quello che si trova nei sistemi continentali, un giudice negli U.S.A. non conosce i fatti del caso concreto così bene come li conoscono l'accusa e la difesa. Potrebbero esistere in ogni vicenda dei punti deboli che un giudice non è in grado di conoscere e ciò rende assai improbabile che in qualsiasi causa importante vi sia il rigetto del *plea bargain* da parte dell'organo giurisdizionale».

⁹¹ A. Gasparini, *op. cit.*, pp. 59 ss.

⁹² A. Gasparini, *op. cit.*, p. 56, riferisce il rischio di dichiarazioni auto-accusatorie infondate specie a pratiche come quella del *package* o *contingent plea bargaining*, utilizzate nei procedimenti con più imputati per offrire o negare la concessione di benefici alla totalità dei soggetti coinvolti. Secondo l'Autore, un'offerta *all or nothing* infatti, specie se diretta verso familiari o congiunti dell'imputato compartecipi del reato, può rivelarsi una potente arma nelle mani del *prosecutor* idonea a sopraffare la parte avversa inducendola alla scelta della procedura pattizia sulla base di elementi assolutamente estranei alla sua colpevolezza e alla solidità dell'ipotesi accusatoria.

efficienza più che di *giustizia* del sistema: ne uscirebbero stravolti, di conseguenza, i ruoli delle parti e le garanzie processuali fondamentali di cui ogni imputato dovrebbe godere. «Il patteggiamento espropria le parti dai loro specifici ruoli e le riduce, nel migliore dei casi, al livello di “mercanti”, nel peggiore, a quello di persone dedite agli intrighi e ai cavilli. Giudici e avvocati dimenticherebbero il loro dovere di contribuire all’accertamento della verità, mentre i rappresentanti dell’accusa e i difensori non si dedicherebbero alla preparazione del processo con il necessario impegno»⁹³.

A prescindere dalle perplessità che ne accompagnano la realizzazione, ad oggi, come anticipato, quasi il 90% dei casi pendenti sono risolti tramite il ricorso a tali procedure. Sembra ne sia complice anche la prospettiva degli scarsi vantaggi derivanti all’imputato dal regime prescrizionale, dai mezzi di impugnazione e dal ventaglio ristretto di misure alternative alla detenzione.

A differenza di quanto accade in Italia, l’operatività della prescrizione si limita alla fase anteriore all’inizio del processo: se il processo viene iniziato, la prescrizione non può più verificarsi, a prescindere dal tempo necessario per la conclusione del rito. In tale ottica, l’imputato americano non è minimamente influenzato, al momento di dichiarare o meno la propria colpevolezza, dai possibili vantaggi derivanti dal decorso del tempo prescrizionale. Diversamente, nella stessa ottica utilitaristica, egli, ove colpevole, godrà senz’altro di vantaggi superiori attraverso gli accordi con la polizia o il p.m.⁹⁴

Altrettanto ristrette paiono le prospettive americane in tema di benefici penitenziari. A differenza di quanto accade in Italia, infatti, in cui un imputato sa

⁹³ J. Brown, *Meriti e limiti del patteggiamento*, cit. p. 143.

⁹⁴ Si soffermano su tale distinzione A. Mura-A. Patrono, *op. cit.*, pp. 96-97, i quali in merito alla scelta del rito ordinario, e quindi del dibattimento, da parte dell’imputato italiano affermano che: «l’imputato che abbia fatto questa scelta normalmente persevera con coerenza sulla via intrapresa, quella del guadagnare tempo: e, quindi, in caso di condanna in primo grado, proporrà appello e, in caso gli andasse male anche l’appello, cercherà di proporre il ricorso per cassazione, il tutto sempre con l’obiettivo di far passare più tempo possibile. Come minimo, così facendo, egli avrà ottenuto un primo risultato, ovvero sia quello di sospendere l’esecuzione della pena a cui era stato condannato e ritardare il momento in cui dovrà iniziare a scontarla. Se poi sarà stato fortunato, potrà raggiungere il traguardo del superamento dei termini di prescrizione e ottenere così l’estinzione del reato: obiettivo che le statistiche mostrano essere assai realistico, e dunque attraente per gli interessati, a dispetto delle norme e della giurisprudenza che escludono la rilevabilità della prescrizione in cassazione quando il ricorso proposto risulti inammissibile».

già che per molte condanne a pene detentive potrà accedere a misure alternative alla reclusione in carcere, o comunque potrà ottenere sconti o riduzioni di pena, in America non è così poiché tendenzialmente la pena inflitta deve essere scontata: negli Stati Uniti, dunque, la prospettiva di una pena certa e più lunga potrebbe essere individuata tra i fattori che costituiscono un incentivo per l'imputato – consapevole della propria responsabilità nonché della sussistenza di prove adeguate a sostenerne la colpevolezza in giudizio – a cercare di ottenere già sin dall'inizio la condanna alla pena più bassa possibile, ricorrendo quindi a forme di trattative anteriori al *trial*⁹⁵.

Con riferimento, infine, alle impugnazioni, si nota come il sistema americano soffra l'assenza di un tribunale *del fatto* nei gradi successivi al primo: «Ciò sta a dimostrare l'impossibilità di rinnovare il dibattimento al fine di sindacare le risultanze del fatto storico: espresso in altri termini, il gravame potrà concernere soltanto punti di diritto oggetto di erronea o controversa interpretazione, quali l'assunzione illegale di mezzi probatori ovvero l'inadeguata assistenza difensiva, e non la fondatezza del giudizio emesso dai *peers*, i quali, non per nulla, decidono ma non motivano: di conseguenza, verrà effettuato un riesame eminentemente cartaceo, retto sui *briefs* (motivi) addotti dalle parti e, soprattutto, sul verbale delle udienze (*transcript*) del grado inferiore, a scapito di una ponderata e approfondita motivazione del convincimento raggiunto»⁹⁶. Altra caratteristica del sistema di impugnazioni americano è, poi, l'asimmetria dei ricorsi: così, a differenza dell'imputato, il *public prosecutor* non potrà contrastare l'esito assolutorio pronunciato dalla giuria né unire il proprio ricorso a quello proposto dall'imputato al fine di ottenere un aggravio della pena. D'altra parte, anche tali limitazioni sembrano avallare e giustificare il peso rilevante ricoperto dal potere discrezionale del *prosecutor*.

⁹⁵ Analizzano talune di tali differenze fra sistema italiano e americano in tema di benefici penitenziari A. Mura-A. Patrono, *op. cit.*, pp. 97-98: «l'imputato americano è consapevole che, se alla fine del dibattimento sarà condannato a tre anni di reclusione in più rispetto alla condanna che avrebbe avuto se si fosse dichiarato subito colpevole, è molto probabile che quei tre anni in più li debba scontare interamente. In Italia, invece, nella stessa situazione l'imputato sa che gli stessi tre anni in più di pena non dovrà scontarli interamente perché anche su di essi potrà godere di consistenti benefici penitenziari».

⁹⁶ M. Deganello, *Giudice e giuria*, in R. Gambini Musso, *op. cit.*, pp. 117-118.

5. I sistemi di *civil law*.

Sviluppatesi nei paesi dell'Europa continentale e direttamente derivante dai principi del diritto romano, la tradizione giuridica di *civil law* si connota per caratteristiche lontane da quelle sinora delineate.

Gli ordinamenti appartenenti a tale famiglia, infatti, riconoscono un ruolo primario alla legge scritta e adottano una rigida interpretazione del principio di separazione dei poteri. Così, nella tradizione continentale, il sistema giuridico appare dotato di una propria autonomia dal potere giudiziario, braccio inerte che applica una legge valida e preesistente, al quale è negato il riconoscimento di qualsiasi ruolo politico.

Con riferimento all'esercizio del potere di accusa, la tradizione continentale non offre un unico modello in grado di contrapporsi a quello anglosassone strutturandosi, piuttosto, in un quadro articolato. La tradizione inquisitoria pura poggiava sull'interventismo statale nella repressione dei reati, in origine tramite un pubblico ufficiale incaricato di stabilire la verità dei fatti e, quindi, chiamato a conglobare in sé le funzioni di indagine, di azione e di giudizio. Con la successiva separazione della funzione di indagine e di giudizio, il monopolio dell'azione pubblica è stato acquisito dal p.m. e quindi da un soggetto pubblico incaricato del perseguimento dei reati. Tale modello nasce in Francia ma si diffonde pure negli altri paesi europei dotati della procedura inquisitoria.

6. Il sistema penale in Francia.

Fra gli ordinamenti di *civil law*, quello francese ricopre senz'altro una importanza particolare⁹⁷. Dall'esperienza francese, infatti, deriva il modello burocratico della magistratura e la figura del pubblico ministero quale organo pubblico incaricato del potere di accusa. Ma dalla legislazione francese deriva, soprattutto, l'impianto codicistico che verrà successivamente esportato in molti ordinamenti dell'Europa continentale.

⁹⁷ La ricostruzione dell'organizzazione giudiziaria francese e della figura del *parquet* è tratta da M. Chiavario (a cura di), *Procedure penali d'Europa*, cit., pp. 103 ss.

Con riferimento alla legislazione processuale penale, il *Code d'instruction criminelle* del 1808 (entrato in vigore nel 1810) rappresenta il primo esempio di codice modellato sul sistema *misto*, che accosta, cioè, a una fase preliminare ispirata al sistema inquisitorio, una fase dibattimentale plasmata sul tipo accusatorio. Il riferimento a questo testo risulta tanto più rilevante se si considera che taluni codici di rito europei hanno essenzialmente recepito il suo contenuto nei loro ordinamenti. Lo stesso codice di procedura penale italiano del 1865, così come la legge sull'ordinamento giudiziario dello stesso anno, sono, infatti, trasposizioni nell'ordinamento italiano della legislazione francese.

6.1. L'organizzazione giudiziaria. I magistrati e l'ufficio del *parquet*.

Come anticipato, è proprio in Francia che si sviluppa il modello burocratico dell'organizzazione giudiziaria, poi importato in Italia dalla dominazione napoleonica. Ed è sempre in Francia che origina e si sviluppa l'istituto del pubblico ministero nel suo assetto più vicino a quello moderno⁹⁸.

⁹⁸ P. Auriemma, *Il pubblico ministero. Indipendenza esterna ed interna*, in *Giustizia Penale* 2014, p. 177, precisa che in Francia, già nel XIII Secolo, pur non esistendo l'istituto del p.m. compiutamente organizzato, si ha notizia di alcuni *procuratores*. E continua: «Nel secolo successivo, varie ordinanze regie organizzano e istituiscono in Francia l'istituto del pubblico ministero come magistratura pubblica che aveva il compito di raccogliere le prove, di richiedere le decisioni negli affari criminali, di curarne l'esecuzione e anche di sorvegliare sull'operato dei giudici. [...] La costituzione del Ministero Pubblico venne regolamentata compiutamente in Francia con un'ordinanza del 1684 dove quest'organo, organizzato gerarchicamente, venne istituito presso ogni Tribunale e doveva render conto al Re della sua opera». V. anche R. Orlandi, voce *Pubblico ministero (ufficio del)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. II, tomo II, 2008, pp. 943-944, il quale sottolinea come il pubblico ministero continentale tragga origine dall'esperienza dell'assolutismo regio francese (XIV Secolo): «La centralizzazione del potere politico spinse i Re francesi a avvalersi di propri avvocati o procuratori non solo per veder rappresentati i loro interessi in giudizio e per promuovere la repressione dei reati, ma anche per sorvegliare l'attività giudici loro funzionari [...]. Con il tramonto dell'antico regime, si verifica, tuttavia, un significativo cambiamento. L'ufficio di pubblico ministero si carica di un compito che, fino ad allora, apparteneva al giudice istruttore: quello di accusare. Infatti, nella Francia pre-rivoluzionaria, i *procureurs du Roi* si limitavano a promuovere la repressione dei reati, similmente alle persone offese titolate a presentare denuncia: non avevano il ruolo di parte processuale che sarà loro in seguito riconosciuto». La scissione della funzione inquisitoria in capo al pubblico ministero «s'impone, quando ci si rende conto che la funzione dell'accusare e quella del giudicare non possono coesistere in uno stesso soggetto, senza che l'una corrompa l'altra. Ma quel che preme qui sottolineare è la collocazione istituzionale dell'ufficio: il pubblico ministero nasce dall'alto, come emanazione del potere sovrano e tale rimane anche dopo la fine dell'*ancien régime* quando le leggi di ordinamento giudiziario lo qualificheranno come "rappresentante dell'esecutivo presso l'autorità giudiziaria"». Per una ricostruzione delle origini della figura del

Il modello burocratico francese prevede il reclutamento dei giudici attraverso il metodo del concorso pubblico e un'organizzazione burocratico-gerarchizzata che, se esclude un'influenza politica al momento del reclutamento, ne permette una politicizzazione della carriera: «Questa influenza si esercita attraverso la gerarchia e la debolezza politica della magistratura ed è tanto più evidente poiché è forte la coesione del corpo giudiziario e più rispettata la sua gerarchia»⁹⁹.

L'organizzazione giudiziaria francese comprende oggi un'unica Corte di Cassazione, 33 corti d'appello, 181 tribunali superiori (*tribunaux de grande instance* o *tribunaux correctionnels*) e 473 tribunali inferiori (*tribunaux d'instance* o *tribunaux de police*). La loro competenza, oltre che funzionale, è dettata dalla materia del contendere e dipende essenzialmente dalla *gravità* del reato commesso. Il sistema penale francese, infatti, è articolato in base alla distinzione fra *crimini*, *delitti* e *contravvenzioni*. Per vero, da tale distinzione dipende pure il rispetto delle fasi procedurali che, come si vedrà più avanti, caratterizzano l'*iter* processuale penale francese.

I giudici e i rappresentanti del pubblico ministero, selezionati e formati dall'*École nationale de la Magistrature* in seguito a un concorso pubblico, costituiscono un unico corpo di magistrati.

Il Presidente della Repubblica è garante dell'indipendenza del potere giudiziario ed è in questo assistito dal Consiglio Superiore della Magistratura, organo paritario e parzialmente elettivo cui spetta la nomina e la disciplina della carriera dei magistrati, sia giudicanti (art. 65 Cost.) che requirenti (legge costituzionale 27 luglio 1993).

A norma dell'art. 64 della Costituzione francese, i magistrati giudicanti sono inamovibili.

I magistrati del pubblico ministero, invece, non godono dell'intangibilità delle funzioni. Essi sono irrecusabili, in quanto parte principale e necessaria del processo penale; irresponsabili, in quanto non possano essere condannati a

pubblico ministero v. G. Bortolotto, voce *Ministero Pubblico (materia penale)*, in *Digesto Italiano*, XV, II, 1904-1911, pp. 526 ss.

⁹⁹ A. Garapon, *I custodi dei diritti: giudici e democrazia*, Feltrinelli, Milano, 2006, p. 46.

risarcire i danni all'imputato prosciolto quando l'azione sia stata esercitata *a tort*; indipendenti rispetto alla giurisdizione presso cui operano e rispetto alla vittima; dipendenti dall'esecutivo¹⁰⁰. A differenza di quanto accade in Italia, infatti, i *parquet* sono inseriti in una struttura gerarchica che fa capo al Ministero della Giustizia, sotto la cui direzione funzionale sono posti (art. 5 ord. 22 dicembre 1958). In particolare, si ritiene che l'ufficio del *ministère public* sia organizzato in base a una duplice struttura piramidale il cui fondamento costituzionale è da ultimo rintracciato dallo stesso *Conseil constitutionnel* nell'art. 20 della Costituzione, che attribuisce al governo la politica dell'azione pubblica. A capo di ogni *parquet* si trova, infatti, un *procureur de la République*, in primo grado, e un *procureur général*, in secondo grado, da cui pure dipende l'organizzazione dei relativi uffici. In ogni procura, poi, i capi *parquet* sono i superiori gerarchici dei loro sostituti. Ogni membro del pubblico ministero è tenuto a rispettare le direttive, generali, specifiche o individualizzate, del suo superiore gerarchico concernenti l'esercizio dell'azione penale e la conduzione delle indagini. Al vertice della struttura piramidale si trova il Ministro della giustizia, che ha autorità sul procuratore generale della corte di cassazione e sui procuratori generali presso le corti d'appello, e, quindi, indirettamente sui procuratori della repubblica. Egli conduce la politica d'azione penale determinata dal Governo e ne garantisce la coerenza su tutto il territorio nazionale (art. 30 *Code de procédure pénale*)¹⁰¹: «la formulazione stessa delle disposizioni del codice riflette una concezione pragmatica dell'uguaglianza dei cittadini davanti alla giustizia: all'uguale esercizio dell'azione penale nei casi stabiliti dalla legge, il codice preferisce la coerenza dell'azione penale guidata dal governo secondo

¹⁰⁰ Si sofferma sul contenuto di tali caratteristiche M.G. Aimonetto, voce *Processo penale francese*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. II, tomo I, 2008, p. 732.

¹⁰¹ Tale disposizione è stata da ultimo modificata con la legge n. 2013-669 del 25 luglio 2013, per effetto della quale il Ministro della giustizia non può più indirizzare istruzioni al p.m. in fascicoli individuali. Diversamente, tale possibilità resta inalterata con riferimento ai *procureurs généraux*.

valutazioni di opportunità politica»¹⁰². A tal fine, il Ministro indirizza agli uffici le istruzioni generali e può intervenire anche su casi specifici.

Per quanto parte di un modello ormai consolidato, la posizione istituzionale del pubblico ministero e i suoi rapporti con il potere esecutivo sono da tempo oggetto di discussioni e ipotesi di riforma in sede politica. In tal senso, nel gennaio del '97, l'allora Presidente della Repubblica Jacques Chirac incaricò una commissione di verificare la fattibilità di una modifica strutturale che sottraesse il p.m. alle direttive dell'esecutivo istituendo, al contempo, la obbligatorietà dell'azione penale. Nel luglio del '97 la *Commission de réflexion sur la justice* presentò un rapporto conclusivo in cui si affermava l'impossibilità oggettiva di perseguire tutti i reati: un p.m. pienamente indipendente, così, sarebbe stato chiamato inevitabilmente a fare delle scelte di politica criminale. La Commissione riteneva che in un paese democratico fosse inammissibile che delle politiche pubbliche venissero definite da organi non responsabili politicamente¹⁰³.

In mancanza di modifiche sostanziali, il legislatore francese ha introdotto nel tempo strumenti idonei a instaurare meccanismi di controllo sulla gestione dell'azione penale. Devono pure registrarsi i numerosi interventi ministeriali volti a limitare la discrezionalità del *parquet* mediante l'emanazione di direttive gerarchiche tanto vincolanti da far ritenere che il p.m. disponga ormai «di una vera e propria normativa di riferimento che traccia i limiti del suo potere discrezionale»¹⁰⁴.

6.2. L'esercizio dell'azione penale.

Al funzionamento del sistema processuale penale francese è solitamente ricollegato il principio di opportunità dell'azione penale. Tale associazione, ad

¹⁰² C. Mauro, *Dell'utilità del criterio della non punibilità*, in S. Quattrocchio (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 157.

¹⁰³ L. Luparia, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2002, p. 1753

¹⁰⁴ *Ibidem*; l'Autore, a sua volta, riporta la riflessione di Jeol, *Le parquet entre le glaive et la balance*, in *Justice*, 1996, n. 3, p. 69.

oggi realistica e di seguito meglio esplicitata, merita, tuttavia, una specificazione preliminare.

Il *Code d'instruction criminelle* del 1808, generalmente individuato quale caposaldo per lo sviluppo degli altri codici di *civil law* – in specie per quello italiano –, non prevedeva espressamente la *facoltatività* dell'azione penale: «[...] le code d'instruction criminelle napoléonien de 1808 [...] ne comporte aucune consécration textuelle du principe. Bien au contraire, comme on l'a fait remarquer, "certaine de ses dispositions paraissaient même consacrer la *règle inverse*"»¹⁰⁵. Così, in assenza di enunciazioni esplicite, secondo i giuristi del tempo, il modello del 1808 avrebbe previsto la regola inversa. In particolare, si riteneva di poter dedurre l'opposto principio di obbligatorietà dell'azione penale dal combinato disposto degli artt. 22, secondo cui «les procureurs du Roi sont chargés de la recherche et de la poursuite de *tous* les délits dont la connaissance appartient aux tribunaux correctionnel ou aux cours d'assises»; 47, in cui si prevedeva che «...le procureur du Roi... sera *tenu* de requérir le juge d'instruction...»; 64, in cui si legge che «les plaintes qui auraient été adressées au procureur du Roi *seront* par lui transmises au juge d'instruction»; e 132, in cui si prevedeva che «dans tous les cas de renvoi [...] le procureur du Roi est *tenu* d'envoyer [...] au greffe du tribunal qui doit prononcer, toutes les pièces, après les avoir cotées». D'altra parte, la consacrazione del principio di opportunità sarebbe stata contrario ai principi ispiratori il *Code d'Instruction criminelle*, in specie al principio di legalità.

Per vero, nonostante tali inconvenienti, pare che l'affermazione della discrezionalità dei *procureurs du Roi* sia da ricondurre, già nella vigenza del codice del 1808, al consolidamento di una prassi¹⁰⁶ che trovò la sua prima

¹⁰⁵ Per una ricostruzione di tale dibattito vd. M. van de Kerchove, *Fondement et limites du pouvoir discrétionnaire du ministère public: aux confins de la légalité*, in *Sociologie et sociétés*, 1986, 1, pp. 77-96, consultabile al sito <https://www.erudit.org/en/journals/socsoc/1986-v18-n1-socsoc101/001384ar.pdf>

¹⁰⁶ G. Stefani-G. Levasseur-B. Bouloc, *Procédure pénale*, Dalloz, Paris, 2000, p. 518: «*Quoique le code d'instruction criminelle ne se soit pas clairement exprimé sur ce point, la doctrine et la jurisprudence du XIX siècle ont admis que le ministère public n'était pas obligé de poursuivre l'auteur de toute infraction non douteuse. Il en est ainsi d'abord parce que le procureur de la République pourrait souvent faire valoir qu'une interprétation trop bienveillante des faits et des textes l'a amené à douter de la recevabilité et surtout du bien-fondé d'une poursuite dans le cas*

affermazione in una decisione del 1817 in cui il ministro della giustizia legittimava la pratica del *classment sans suite*. Di seguito, sembra che il ricorso a tali strumenti sia divenuto una consuetudine (una *règle coutumière*)¹⁰⁷.

Per vero, il principio di opportunità non è espressamente recepito nemmeno nel codice di procedura penale del 1958. È opinione unanime, tuttavia, che questo corrisponda a un principio di diritto consuetudinario e debba dedursi dalla formulazione dell'art. 40 comma 1 c.p.p., nella parte in cui si prevede che il procuratore della Repubblica, una volta ricevute le querele e le denunce, *valuti* quale seguito dare a esse¹⁰⁸.

La logica francese è, dunque, diametralmente opposta a quella che ispira il principio di obbligatorietà dell'azione penale nella Costituzione italiana: «il sistema francese ammette, anzi considera necessaria, una dicotomia fra le valutazioni astratte dell'interesse generale da parte del legislatore e quelle, più pragmatiche, dell'autorità giudiziaria, e questo a cominciare dalla decisione di avviare il procedimento penale»¹⁰⁹.

Per vero, le alternative che nell'esercizio del proprio potere discrezionale si prospettano al *parquet* che abbia condotto le indagini sono diverse. Egli, infatti, può scegliere di esercitare o non esercitare l'azione penale ma può anche adottare procedure alternative mediante il ricorso a forme di archiviazione condizionata, di *classer sans suite*.

Nell'esercizio di tale discrezionalità il p.m. non è legato a alcun criterio prestabilito da parte del legislatore: al di fuori delle ipotesi in cui operi la prescrizione, l'amnistia, l'abrogazione della legge penale, il decesso

d'espèce. D'autre part, si le préjudice social est particulièrement faible, si l'object de l'infraction apparait insignifiant, si la coupable a agi puor des mobiles particulièrement louables, la poursouite peut présenter plus d'inconvénients que d'avantages pour l'ordre public».

¹⁰⁷ Per una ricostruzione della questione, oltre allo scritto di van de Kerchove, vd. C. Bruschi, *Parquet et politique pénale depuis le XIX siècle*, reperibile al sito <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2014/07/98-28-NS.pdf>, e X. Moroz, *Les initiatives procedurales des parquets au XIXeme siècle*, in *Archives de politique criminelle*, 2003, pp. 85 ss., reperibile al sito <https://www.cairn.info/revue-archives-de-politique-criminelle-2003-1-page-85.htm>.

¹⁰⁸ F. Molinari, *P.M. e azione penale nell'ordinamento francese*, in Conso G. (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale*, cit., p. 209.

¹⁰⁹ C. Mauro, *op. cit.*, p. 155.

dell'accusato o il principio del *ne bis in idem*, il provvedimento con cui il *ministère public* francese decide se esercitare l'azione penale, se disporre il *classement sans suite* o archiviare, è un atto privo di vincoli legislativi. Tale atto viene pacificamente considerato dalla dottrina maggioritaria come atto discrezionale di natura amministrativa, svincolato da qualsiasi controllo giurisdizionale e sempre revocabile¹¹⁰. Non si tratta, infatti, di atto giurisdizionale che esplica autorità di cosa giudicata: il *parquet* può ritornare sulla sua decisione fino a quando non sia maturata la prescrizione. Il sistema della prescrizione per l'esercizio dell'azione pubblica prevede, a sua volta, un termine decennale che si interrompe con il compimento di qualsiasi atto di istruzione o di indagine e riprende a decorrere per un uguale periodo; le interruzioni possono essere illimitate¹¹¹. E d'altra parte, anche quando la persona offesa impugni dinanzi al Procuratore generale la scelta archiviativa operata dal p.m., non si tratta di una impugnazione giurisdizionale ma di un ricorso gerarchico.

L'unica arma di contrasto della scelta archiviativa è nelle mani del soggetto che abbia subito un pregiudizio diretto e personale per effetto del presunto illecito, il quale, quando non abbia egli stesso adito il giudice istruttore per avviare il procedimento, può costituirsi parte civile (*plainte avec constitution de partie civile*) e, come anticipato, impugnare la decisione del *parquet*. Ove, diversamente, il denunciante non abbia subito alcun pregiudizio rimborsabile civilmente, egli non disporrà di alcuna azione nei confronti della pubblica accusa¹¹².

In ogni caso, in assenza di un controllo giurisdizionale sull'operato del *parquet*, la principale forma di controllo cui è sottoposto il pubblico ministero è rappresentata dalla struttura gerarchica dell'ufficio¹¹³. Il tentativo di rinvenire

¹¹⁰ L. Luparia, *op. cit.*, p. 1752.

¹¹¹ <http://www.associazionemagistrati.it/print/2503/la-prescrizione-del-reato-principi-europei-e-anomalie-italiane.htm>

¹¹² L. Luparia, *op. cit.*, pp. 1752-1753.

¹¹³ C. Guarnieri, *Pubblico ministero e sistema politico*, cit., p. 56.

canoni e criteri omogenei per monitorare le determinazioni del *parquet* si realizza attraverso una intensa produzione di circolari ministeriali di indirizzo in tema di azione e di un notevole aumento delle direttive formulate dai procuratori generali in materia di politica criminale. Anche il legislatore è di recente intervenuto per proporre modifiche che introducano nuovi meccanismi di controllo atti a garantire una maggiore trasparenza nella gestione dell'azione penale. D'altra parte, si tenga conto che, solo di recente si è tentato di allentare simbolicamente il cordone che lega il *parquet* al potere esecutivo¹¹⁴.

6.3. Le fasi del processo penale.

L'*iter* procedimentale penale è cronologicamente diviso in tre fasi.

A) Fase d'inchiesta procedimentale (*enquête et poursuite*). Protagonisti di tale fase sono il *parquet* e la polizia giudiziaria. Essa è segreta ed è funzionale alla scoperta e alla raccolta di elementi utili per l'esercizio dell'azione penale. È aperta dalla denuncia di un reato, dalla querela della vittima o dalle constatazioni della polizia giudiziaria o del pubblico ministero. Si distingue fra *inchiesta preliminare* e *inchiesta di flagranza*.

L'*enquête préliminaire* prende avvio da una *dénonciation*, cioè da una notizia di reato presentata da un terzo, ovvero da una *plainte*, notizia di reato presentata dalla vittima. La sua durata è fissata dal pubblico ministero ove l'inchiesta sia stata dallo stesso avviata; diversamente, ove abbia preso spunto dall'attività degli inquirenti, questi devono riferire al p.m. delle inchieste svolte dopo sei mesi dal suo inizio. L'*enquête de flagrance*, invece, origina dalla flagranza di reato e trova applicazione per i crimini e i delitti per cui la legge prevede la pena detentiva; la sua durata non può superare gli otto giorni, oltrepassati i quali l'inchiesta si converte in *enquête préliminaire*. Durante entrambi i tipi di indagine può essere disposta da un ufficiale di polizia giudiziaria la *garde à vue*, una limitazione della

¹¹⁴ C. Mauro, *op. cit.*, pp. 157-158, ricorda in tal senso l'introduzione della legge n. 2013-669 del 25 luglio 2013, con cui, modificando l'art. 30 del *code de procédure pénale*, si esclude espressamente la possibilità per il Ministro di indirizzare istruzioni al pubblico ministero in fascicoli individuali, mentre altre disposizioni lasciano intatta questa possibilità per i *procureurs généraux*.

libertà personale del soggetto verso il quale vi siano motivi di sospettare che abbia commesso un reato¹¹⁵.

La polizia giudiziaria è il soggetto che conduce in prima persona l'inchiesta., Nello svolgimento di tali poteri, questa è posta sotto le direttive del Procuratore della Repubblica nell'ambito di ogni corte d'appello e sotto il controllo della sezione di accusa. È compito della polizia giudiziaria constatare le infrazioni alla legge penale, raccoglierne le prove e ricercarne gli autori fin quando non si apra l'istruttoria davanti al giudice. Dopo l'apertura di una formale istruttoria, la polizia opera sotto la direzione del giudice istruttore. Essa, invece, opera d'ufficio durante l'inchiesta preliminare.

Terminata l'inchiesta, la polizia trasmette il fascicolo al Procuratore della Repubblica ovvero alla persona che rappresenta l'ufficio del p.m. (in caso di contravvenzioni delle quattro classi inferiori). In caso di delitto, inoltre, la polizia giudiziaria può, nell'ambito delle direttive del Procuratore della Repubblica, adire essa stessa la giurisdizione notificando al pervenuto una *convocazione giudiziaria*, equivalente a una citazione, che investe direttamente il tribunale correzionale.

In ogni momento dell'inchiesta, il p.m. può risolversi ad archiviare il caso o perché esiste una causa legale di archiviazione o perché, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, egli lo reputa opportuno. Ove, invece, opti per l'esercizio dell'azione penale, a seconda che si tratti di *crimine*, di *delitto* ovvero di *contravvenzione*, egli adirà il giudice o il tribunale competente (giudice istruttore, tribunale correzionale o tribunale di polizia);

B) Fase istruttoria (*instruction préparatoire*). Si tratta di una fase utile alla raccolta dei materiali necessari al giudizio e, quindi, alla ricerca delle prove della commissione di un reato, del suo autore nonché alla verifica del fondamento dell'accusa mossa contro una persona determinata. Essa è obbligatoria in materia di *crimini*; facoltativa per i *delitti*; quasi eccezionale per le *contravvenzioni*.

¹¹⁵ M.G. Aimonetto, voce *Processo penale francese*, cit., pp. 735-736. Con riferimento, inoltre, alle critiche rivolte al ruolo del pubblico ministero nella procedura della *garde à vue*, v. S. Quattrocchio, *Uno sguardo oltralpe proili generali della recente riforma francese della garde à vue*, in M. Bargis (a cura di), *Studi in ricordo di M. G. Aimonetto*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 295 ss.

Soggetto principale di tale fase è il giudice istruttore, adito dalla vittima o dal pubblico ministero. Egli esercita sia funzioni d'indagine, implicanti pure poteri investigativi, che funzioni giudiziarie. L'oggetto dell'istruttoria è determinato da una requisitoria introduttiva del Procuratore della Repubblica (*réquisitoire introductif*): il giudice può occuparsi dei soli fatti della cui cognizione è investito dal p.m. Al termine dell'istruttoria, al fine di garantire il contraddittorio e la parità di armi fra le parti, il giudice trasmette il *dossier* al Procuratore della Repubblica e alla parte privata affinché questi gli presentino le requisitorie definitive. In tale occasione il *parquet* chiederà il rinvio al giudizio o l'archiviazione. L'istruttore provvede, infine, a emettere un'ordinanza con cui può disporre: 1) il non luogo a procedere, se il fatto non costituisce reato, se l'autore è rimasto ignoto o se non esistono elementi sufficienti contro la persona incriminata; 2) il rinvio a giudizio dinanzi al tribunale di polizia qualora sussistano addebiti costitutivi di una mera *contravvenzione*; 3) il rinvio a giudizio dinanzi al tribunale correzionale qualora sussistano addebiti costitutivi di un *delitto*; 4) la trasmissione del fascicolo al procuratore generale affinché ne investa la sezione di accusa qualora gli addebiti siano costitutivi di un *crime* (in tal caso l'intervento della sezione di accusa è obbligatorio);

C) Fase del giudizio (*jugement*), ispirata al modello accusatorio e volta alla emissione di una pronuncia sulla colpevolezza dell'accusato e, quindi, sulla pena. I soggetti legittimati a intervenire, il loro ruolo e i loro poteri sono diversi a seconda che si tratti di contravvenzione, di delitto o di crimine¹¹⁶. Tenzialmente, il giudice dibattimentale viene investito attraverso l'ordinanza conclusiva dell'istruttoria. Si procede dunque all'escussione probatoria mediante l'interrogatorio dell'imputato e quindi l'esame degli altri soggetti citati. Tali esami sono condotti in prima battuta dal Presidente; l'imputato e la parte civile possono porre domande ai testi solo per il tramite del giudice. In conclusione, il giudice emette il provvedimento con cui assolve o condanna l'imputato. In tale ultimo caso, si rammenta che, dopo la riforma del 1994, il codice penale francese

¹¹⁶ Si occupa della diversificazione e della descrizione dei diversi giudizi M. Chiavario (a cura di), *Procedure penali d'Europa*, cit., pp. 129 ss.

non prevede più minimi edittali della pena: nello stabilire discrezionalmente la pena da applicare, dunque, il giudice si trova solo lo sbarramento legislativo verso l'alto essendo invece libero di stabilire anche, per assurdo, un giorno di reclusione.

6.4. Misure alternative all'azione penale.

Fra l'esercizio dell'azione penale e l'archiviazione si collocano una serie di scelte intermedie cui il *parquet* può ricorrere in relazione alle esigenze del caso concreto. Per vero, la giustizia francese non conosce vere e proprie forme di *plea of guilty* così come strutturate nei sistemi anglosassoni¹¹⁷. Possono, tuttavia, classificarsi impropriamente come tali strumenti quali l'archiviazione condizionata, la *médiation* e la derubricazione, affermatasi spontaneamente nella prassi come soluzioni per frenare la microdelinquenza urbana e successivamente regolamentate dal legislatore nel codice di procedura penale¹¹⁸.

Così, l'art. 41-1 c.p.p., dopo la riforma introdotta con la legge 515-99, prevede che il Procuratore della Repubblica possa «preliminarmente alle sue determinazioni circa l'esercizio dell'azione penale, direttamente o per delega 1) procedere a ricordare all'autore gli obblighi risultanti dalla legge (*rappel à la loi*); 2) indirizzare l'autore a una struttura sanitaria, sociale o professionale; 3) chiedere all'autore di regolarizzare la sua situazione nei confronti della legge e dei regolamenti; 4) chiedere all'autore di riparare al danno provocato; 5) far

¹¹⁷ La critica è di M. Chiavario (a cura di), *Procedure penali d'Europa*, cit., pp. 650-651, che inserisce la *correzionalizzazione* e la procedura dei *giudizi in flagranza* fra le forme, seppur abbozzate, di giustizia consensuale francese.

¹¹⁸ Nota M.G. Aimonetto, *Le recenti riforme della procedura penale francese. Analisi, riflessioni e spunti di comparazione*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 12: «La dottrina che ha studiato il fenomeno della spontanea affermazione di diverse ipotesi di *médiation*, tra loro assai diversificate in relazione alle singole circoscrizioni giudiziarie, ha evidenziato le ragioni dell'insorgenza e dello sviluppo del fenomeno: la mediazione è apparsa uno strumento adeguato a far fronte alla delinquenza "quotidiana", quella che irrita il cittadino e per la quale le classiche risposte del *classement sans suite* ovvero della *poursuite* appaiono inadatte, in quanto la prima ingenera nell'autore del fatto l'impressione di restare impunito e nella vittima un sentimento di ingiustizia patita, la seconda rischia di approdare ad una giustizia "tardiva" e quindi inefficace per entrambi i soggetti ovvero, per i reati di scarsa gravità, all'inflizione di una pena eccessiva, tale da "marginalizzare" ancor più l'autore del fatto».

procedere, con il consenso delle parti, a un mandato di mediazione fra l'autore e la vittima». Nella scelta della soluzione da adottare, il *parquet* è dotato di ampia discrezionalità: l'applicabilità di tali misure, infatti, generalmente non dipende da presupposti legati alla gravità o alla tenuità del fatto commesso ma esclusivamente dalla valutazione in merito alla idoneità delle stesse: 1) a garantire la riparazione del danno causato alla vittima; 2) a far cessare l'allarme derivante dal reato; 3) a contribuire alla risocializzazione dell'autore. La loro disposizione da parte del p.m. prescinde, inoltre, da qualsiasi controllo giurisdizionale¹¹⁹.

I dati statistici pubblicati dal Ministero della giustizia francese danno conto del notevole successo di tali strumenti¹²⁰.

Mediazione. Attualmente ricompresa fra le soluzioni di cui all'art. 41-1 c.p.p., al numero 5), la prassi della mediazione penale fu istituzionalizzata prima delle altre forme di archiviazione condizionata. Già nella legge 93.2 del 4 gennaio del 1993, infatti, tale alternativa all'esercizio dell'azione penale riceveva veste normativa mediante l'introduzione di un ultimo comma nell'art. 41-1 c.p.p.¹²¹. Si

¹¹⁹ Precisa al riguardo C. Mauro, *op. cit.*, pp. 161-162: «Peraltro, il potere discrezionale del pubblico ministero è tanto più ampio poiché, trattandosi di archiviazione dell'azione, queste misure non sono sottoposte ad alcun controllo giurisdizionale e non dovrebbero avere in via di principio alcuna conseguenza sull'esercizio eventuale, futuro dell'azione penale per gli stessi fatti. Infatti, come ha ricordato la Corte di cassazione, malgrado il successo di un *rappel à la loi*, il pubblico ministero è libero di avviare l'azione penale. Invece, quando la misura non sia accettata o rispettata, il legislatore esige ormai espressamente che il pubblico ministero proponga una *composition pénale* o avvii il procedimento penale».

¹²⁰ Ivi, p. 159: «In pratica, queste diverse misure hanno riscontrato un vivo successo al punto che nel 2013 delle misure alternative all'azione penale sono state decise nel 43,5% dell'insieme dei casi "perseguibili" mentre una decisione di mera archiviazione è stata presa solo nel 10,4% dei casi. Come le stesse tabelle pubblicate annualmente dal Ministero, questi dati statistici rendono conto di un'evoluzione che ha privilegiato in pratica le misure alternative sull'archiviazione piuttosto che l'esercizio dell'azione penale. I più critici considerano quindi che le misure alternative all'azione penale non costituiscono più un'alternativa alla pena, come vorrebbero le teorie della *restorative justice*, ma un mezzo rapido e flessibile per arrivare a una sanzione nei casi meno gravi evitando però l'azione penale. Quindi in un'analisi poco ortodossa, le misure alternative vengono spesso paragonate ai riti alternativi e considerate come dei veri e propri procedimenti penali lasciati interamente, o quasi, nelle mani e alle scelte discrezionali del pubblico ministero, nuovo concorrente del giudice penale».

¹²¹ Ivi si prevedeva: «*le procureur de la République peut enfin, préalablement à sa décision sur l'action publique et avec l'accord des parties, décider de recourir à une médiation s'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction et de contribuer au reclassement de l'auteur de l'infraction*».

tratta di un'alternativa all'esercizio dell'azione penale consistente in un accordo tra soggetto attivo e soggetto passivo del reato ed avente a oggetto la riparazione, non necessariamente pecuniaria, del danno. La mediazione si svolge alla presenza di un mediatore e deve essere accettata per iscritto dalle parti, il cui impegno (presentazione di scuse, risarcimento del danno, prestazione di un servizio o impegno a rispettare un obbligo legale) è giuridicamente assimilato a una transazione. Una copia dell'accordo scritto è spedito dal mediatore al Procuratore della Repubblica. Quest'ultimo provvederà ad archiviare il caso qualora la mediazione abbia avuto successo. Diversamente, il *parquet* potrebbe decidere di mandare avanti l'azione penale. Sia che sia andata a buon fine che non, la mediazione non è in ogni caso causa estintiva dell'azione penale.

La *composition pénale*. Ispirato alle procedure di *plea bargaining* e ai *deferred prosecution agreements* nordamericani, l'istituto della *composition pénale* è stato introdotto dal legislatore francese nell'art. 41-2 c.p.p. con la legge 515-99. Dal 2004, la sua applicazione è legata alla gravità del reato per cui si intende procedere¹²²: vi si può ricorrere per le *contraventions* e per i *délits* puniti con un massimo di cinque anni di reclusione. Esso costituisce un'alternativa all'esercizio dell'azione penale e comporta un accordo, proposto dal pubblico ministero ed accettato dall'imputato, avente a oggetto prescrizioni specifiche espressamente individuate nel testo legislativo e selezionate in relazione al fatto contestato. Tale accordo deve essere convalidato dall'autorità giudiziaria, chiamata a vagliare la realtà dei fatti, la colpevolezza nonché l'adequatezza della misura sanzionatoria proposta. In mancanza di convalida o in caso di inadempimento da parte dell'autore del reato delle prescrizioni derivanti dalla procedura alternativa, il procuratore dovrà avviare l'azione penale. Diversamente, in caso di successo e di corretta esecuzione della misura, l'azione penale si estingue.

Casi di transaction pénale. Si tratta di un istituto di recente creazione dai presupposti applicativi eterogenei ed assimilabile, per certi versi, alla *composition pénale*. Vi rientrano taluni reati in materia lavoristica o talune

¹²² Prima di tale riforma, il codice di rito prevedeva una elencazione dei reati per cui tale istituto era applicabile.

contravvenzioni contro i beni del comune. Innovativa risulta, poi, la *transaction* introdotta dal legislatore francese nel 2014 all'art. 41-1-1 del c.p.p.: l'ufficiale di polizia giudiziaria può, su autorizzazione del p.m., proporre una transazione all'autore di una *contravention*, di un *délit* punito con la sola pena pecuniaria o con la reclusione fino a un anno o il cui valore dell'oggetto del reato sia inferiore a quello stabilito nel decreto applicativo. La discrezionalità si sposta sulla polizia giudiziaria e, per la prima volta, viene dato rilievo al requisito della tenuità del danno.

Derubricazione. L'istituto della *disqualification*, nelle forme della *correzionalizzazione* e della *contravvenzionalizzazione* giudiziaria, consiste nell'attribuire al fatto una qualificazione giuridica meno grave di quella che deriverebbe dall'applicazione della fattispecie astratta. Attraverso l'omissione di un'aggravante, la considerazione più lieve del fatto o dell'elemento psicologico che ne ha sorretto la commissione, si evita un giudizio dinanzi alla corte di assise (è il caso della *correzionalizzazione*) o dinanzi al tribunale correzionale (è il caso della *contravvenzionalizzazione*). Tale pratica, considerata tradizionalmente *contra legem*, è stata riconosciuta ufficialmente da una legge del 2004, la *loi Perben II*.

7. L'organizzazione giudiziaria in Germania.

Nei paesi di lingua e cultura tedesca, la ricezione del modello francese di giudice-funziario non fu totale. Con la proclamazione della Repubblica Federale, anche il sistema della giustizia tedesca ha assunto un nuovo assetto. Attualmente, la Germania è una Repubblica federale composta da sedici *Länder*, circoscrizioni territoriali dotate di un'ampia competenza e di propri organi decisionali. Tale struttura peculiare comporta sia una sovrapposizione delle fonti giuridiche che una pluralità di organi giurisdizionali.

Così, al vertice delle fonti si colloca la Legge fondamentale (*Grundgesetz*), quindi la legge e i regolamenti federali e, infine, le leggi e i regolamenti dei *Länder*.

Guardando all'organizzazione giudiziaria, ogni *Land* ha una giurisdizione di prima istanza, e, molte volte, anche quella di suprema istanza oltre che una propria giurisdizione costituzionale. Esiste, poi, a livello federale, un sistema di difesa giurisdizionale superiore. La Federazione amministra le corti e i tribunali federali mentre le altre giurisdizioni rientrano nella competenza dei *Länder*.

In seguito alla sua riunificazione, la Germania oggi conta 7117 tribunali cantonali, 116 tribunali regionali, 24 tribunali regionali superiori e una Corte federale di Giustizia¹²³.

La ripartizione delle competenze giurisdizionali per materia, territorio e funzione è predeterminata dalla legge (art. 101 *GG*)¹²⁴. Riguardo alla competenza per materia, il vigente codice penale tedesco (*Strafgesetzbuch, StGB*) adotta infatti un sistema bipartito in base al quale si distinguono i crimini (*Verbrechen*), reati sanzionati con la pena detentiva non inferiore nel minimo a un anno, e i delitti (*Vergehen*), reati sanzionati con la pena detentiva inferiore a un anno o con la pena pecuniaria.

Per i reati della piccola e media criminalità, è competente, in primo grado l'*Amtsgerichten*, cioè la Pretura. La competenza dell'ufficio è ripartita fra due organi giurisdizionali: il giudice monocratico, togato (*Strafrichter*), competente per i reati perseguibili mediante azione privata e altri reati minori puniti con la pena detentiva fino a due anni; e lo *Schöffengericht*, organo collegiale composto da un giudice togato e da due popolari. Le decisioni emesse in tale sede sono appellabili dinanzi alla *Landgerichten* e, in terzo grado, come organo di Cassazione, dinanzi all' *Oberlandesgericghen*.

¹²³ Offre una ricostruzione generica del sistema giudiziario tedesco B. Beutler, *Organizzazione e funzione della giustizia in Germania*, in S. Gambino (a cura di), *La magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 267 ss.

¹²⁴ T. Rafaraci, voce *Processo penale tedesco*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. II, tomo I, 2008, p. 833, il quale sottolinea come si pongano in tensione con tale principio costituzionale diversi casi in cui la stessa legge fa godere al pubblico ministero un certo margine di discrezionalità nella individuazione del giudice da adire: «Sono i casi di cosiddetta competenza mobile (*bewegliche Zuständigkeit*). La Corte costituzionale (*Bundesverfassungsgericht*) ha tuttavia ritenuto che il fenomeno non sia in contrasto con la legge fondamentale, per un verso rimarcando la situazione giuridica di dovere che comunque deve caratterizzare la scelta del pubblico ministero, per altro verso ricordando l'altrettanto doverosa verifica giurisdizionale sulla competenza che ha luogo in sede di decisione sull'apertura del dibattimento».

Per i reati più gravi il *Landgerichten* opera come Tribunale di primo grado. Il *Schwurgericht* (composto da tre giudici togati e due laici) conosce di gravi delitti, fra cui quelli dolosi con evento di morte; la *Grosse Strafkammer* (composta da due giudici togati e due laici), conosce degli altri. Non è previsto appello nel merito. La decisione sarà ricorribile solo dinanzi al *Bundesgerichtshof*, che tecnicamente è la Corte di Cassazione federale tedesca.

Per i reati contro l'ordine pubblico, contro la pace, contro la sicurezza dello Stato ecc., invece, l'*Oberlandesgericghen* funziona come corte di primo grado, le cui decisioni sono ricorribili, anche in questo caso, solo dinanzi al *Bundesgerichtshof*.

Vi sono poi le giurisdizioni speciali, quali, a esempio, quella in materia di lavoro, la giurisdizione sociale e quella amministrativa.

Una posizione particolare è ricoperta dalla giurisdizione costituzionale, che non è un tribunale di istanza suprema ma una giurisdizione autonoma con una speciale competenza per i conflitti costituzionali. Questa vi è sia a livello regionale che federale.

La formazione dei giuristi tedeschi, indipendentemente dalla professione che si voglia esercitare, è inizialmente identica. Vi è una fase universitaria (*der Studium*), dedicata agli studi e una fase pratica (*der Vorbereitungsdienst*), consistente in due periodi trascorsi presso un ufficio giudiziario, presso una branca dell'Amministrazione, nello studio di un avvocato o presso un'impresa. Solo al termine di tale ultimo periodo, i candidati sostengono un esame di Stato al superamento del quale è subordinata la loro "idoneità all'ufficio di giudice". Attraverso tale titolo, il candidato acquisisce la possibilità di esercitare ogni professione giuridica.

I funzionari del pubblico ministero federale vengono nominati dal Ministro della giustizia federale, che deve richiedere la ratifica delle proprie decisioni alla camera alta, il *Bundesrat*, e che è responsabile per le loro azioni. Nel caso in cui, invece, un soggetto voglia esercitare la professione di pubblico ministero in un *Land*, egli dovrà fare domanda e ivi verrà selezionato dal ministero della giustizia del *Land* in base, per lo più, alle votazioni riportate nell'esame di stato. In

particolare, l'aspirante sarà nominato "giudice in prova" e aggregato a un tribunale o a un ufficio del pubblico ministero. Trascorsi cinque anni, durante due dei quali tale soggetto può essere licenziato senza motivazione, questo diventa giudice o pubblico ministero inamovibile. La formazione professionale dei giudici e dei procuratori è uniforme in tutta la Repubblica federale, ma con talune possibilità di variazione nei singoli *Länder*. Anche la nomina può essere regolamentata da disposizioni differenti in base al *Land* di appartenenza.

L'art. 97 della Legge Fondamentale (*Grundgesetz*) riconosce l'indipendenza e l'inamovibilità dei magistrati giudicanti¹²⁵. Le stese garanzie non sono previste per il pubblico ministero. E questo perché gli *Staatsanwälte* non sono magistrati ma organi autonomi dell'amministrazione della giustizia, funzionari vincolati alle direttive chiamati pure, in certi casi, a svolgere il loro ufficio in continuo accordo con le idee e gli scopi fondamentali del governo¹²⁶.

7.1. L'ufficio del pubblico ministero.

Quella dello *Staatsanwalt*, inteso quale organo pubblico di accusa organizzato stabilmente presso tutti i tribunali e da questi indipendente (§ 150 *GVG*), è una figura di introduzione relativamente recente all'interno del processo penale tedesco¹²⁷.

Solo nel 1877, infatti, con l'introduzione della legislazione unificatrice del *Reich* e, quindi, dell'Ordinamento processuale del *Reich* (*Reichsstrafprozessordnung* = RStPO) e della legge sull'ordinamento giudiziario (*Gerichtsverfassungsgesetz* =

¹²⁵ In generale, la magistratura tedesca non gode delle stesse garanzie di quella italiana. Si pensi, fra l'altro, all'assenza di un organo di autogoverno assimilabile al nostro CSM.

¹²⁶ La particolare connotazione della figura dello *Staatsanwalt* si riflette pure sul suo inquadramento giuridico, sulla loro collocazione istituzionale. La dottrina tedesca è concorde nel ritenere che non si tratti di una *parte* del processo. Ricostruisce tale dibattito F. Lettieri, *Il pubblico ministero nel processo penale tedesco*, in *Cassazione Penale*, 1994, pp. 2289 ss. Così, accanto alla tesi che li equipara ai magistrati e a quella che li individua come dipendenti dell'esecutivo, se ne è sviluppata una terza che qualifica lo *Staatsanwalt* come organo di giustizia coordinato con il terzo potere. Cioè come una istituzione *sui generis* collocata a metà fra esecutivo e giudiziario.

¹²⁷ M. Menna, *Discrezionalità, opportunità e concretezza dell'azione penale nella Strafprozessordnung*, in *Archivio Penale*, 2, 1992, pp. 173-204.

GVG), è entrato in vigore il c.d. *Anklageformprozess* (processo a forma accusatoria), è stata uniformata l'applicazione del processo penale su tutto il territorio tedesco ed è stata regolamentata in modo unitario la figura dello *Staatsanwalt*¹²⁸. In particolare, già nella disciplina del 1877 si optò per la dipendenza del p.m. dall'esecutivo introducendo, tuttavia, come *contrappeso* all'uso strumentale che se ne sarebbe potuto fare, il principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Tale assetto verrà per lo più ripreso all'indomani dell'esperienza nazista, durante la quale il p.m. tedesco era divenuto un vero e proprio *Herr des Verahrens* (padrone del processo).

È solo a partire dal periodo postbellico e, in particolare, con l'emanazione del *Grundgesetz* (GG – 23 maggio 1949) e della legislazione unificatrice del settembre 1950, che si ristabilisce progressivamente l'unità del diritto nelle varie zone di occupazione e nei vari *Länder*, riportando sostanzialmente in vigore la legislazione vigente prima del 1933.

Oggi, l'organizzazione territoriale, la competenza e la struttura interna dello *Staatsanwalt* sono essenzialmente disciplinati dagli §§ 141 e ss. del titolo X del GVG. Il pubblico ministero tedesco, come anticipato, non gode delle stesse garanzie dei giudici (dai quali è indipendente), non è inamovibile ed è sottoposto alle direttive del Ministero della giustizia, che ne determina pure la carriera. Egli è incaricato di esercitare l'azione penale e dirige l'attività della polizia nello svolgimento delle indagini. Il suo ufficio è organizzato secondo una struttura fortemente gerarchizzata. Per vero, il p.m. tedesco è sottoposto a una duplice gerarchia, separata e indipendente l'una dall'altra: da un lato, quella del *Bund*, al cui vertice è posto il ministro della giustizia federale; dall'altro, quella del *Land*

¹²⁸ Per una ricostruzione storica dell'istituto dello *Staatsanwalt* vd. F. Lettieri, *op.cit.*, pp. 2289 ss. Si sofferma sulla storia del pubblico ministero in Germania anche M. Maiwald, *Il ruolo dei magistrati in Germania*, 2013, reperibile al sito <http://ojs.uniurb.it/index.php/studi-A/article/viewFile/119/111>, il quale precisa come, prima della metà del XIX secolo, la Germania avesse adottato il modello di processo inquisitorio.

di appartenenza, al cui vertice, invece, è posto il ministro o il senatore della giustizia regionale¹²⁹.

Nello specifico, in base alla connotazione gerarchica della struttura dell'istituto dello *Staatsanwalt*, il Ministro federale della giustizia esercita i propri poteri tipici sul Procuratore generale federale e sui procuratori federali (§147, n.1 GVG); il Procuratore generale federale, sui procuratori federali; lo *Justizminister* o i *Justizsenatoren* dei *Länder* su tutti i funzionari dell'ufficio del p.m. di ogni singolo *Land*; il primo funzionario dell'ufficio del p.m. presso la Corte d'appello e il primo funzionario dell'ufficio del p.m. presso il tribunale, su tutti i funzionari del relativo distretto¹³⁰.

I poteri concretamente esercitabili dai superiori gerarchici in virtù della struttura appena delineata sono il *Devolutionrecht*, il *Substitutionrecht* e l'*Anweisungsrecht*. Tali poteri spettano ai primi funzionari dei vari uffici dello *Staatsanwalt* e al Ministro della giustizia, del *Bund* o dei *Länder*, al quale non spetta solo il *Devolutionrecht*¹³¹. Particolarmente rilevante si rivela, in tal senso, il potere di direttiva. Lo *Staatsanwalt* è obbligato a rispettare le direttive del ministro della giustizia, salvo che le ritenga illegali o che violino, quando è vigente, il principio di obbligatorietà dell'azione penale¹³².

¹²⁹ D. Schefold, *Potere giurisdizionale e posizione del giudice in Germania*, in *La magistratura nello stato costituzionale*, cit., pp. 258 ss. riflette pure sul fatto che, in astratto, i due ministri, del *Bund* e del *Land*, potrebbero pure appartenere a schieramenti politici differenti.

¹³⁰ F. Lettieri, *op. cit.*, p. 2294.

¹³¹ Si soffermano sulla precisazione del potere di direttiva F. Lettieri, *op. cit.*, pp. 2296-2298 e F. Molinari, *P.M. e azione penale nell'ordinamento germanico*, in Conso G. (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale*, cit., pp. 231 ss.

¹³² A. D'Alterio, *Consiglio Superiore della Magistratura – Seminario di studio sul 10° Anniversario della Raccomandazione 19(2000) del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sul Ruolo del pubblico ministero nel sistema della giustizia penale*, Roma, 4-5 luglio 2011, reperibile al sito http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/CCPE/conferences/2011/Conf_Rome_2011_Alterio_it.pdf

7.2. L'esercizio dell'azione penale.

Con specifico riferimento all'esercizio dell'azione penale, l'ordinamento processuale penale tedesco si basa su un modello *quasi decentrato*, doppio, di *Strafverfolgung*: quello del *Bund*, in cui, per particolari delitti, la competenza (primaria e secondaria) all'esercizio dell'azione penale viene esercitata unitariamente, direttamente o per avocazione, su tutto il territorio federale dal *Generalbundesanwalt*; e quello dei singoli *Länder*, regionale, in cui l'azione penale viene fondamentalmente esercitata sul proprio *Land* di appartenenza dai singoli *Staatsanwälte*.

La Germania presenta un sistema per certi versi simile a quello italiano essendo anch'esso ispirato al principio di obbligatorietà dell'azione penale (§ 152 II StPO). In entrambi i paesi, il dovere di agire è espressione, insieme, del principio di legalità e del principio di uguaglianza (§ 152 StPO) ed è affidato al monopolio del pubblico ministero. A differenza di quello italiano, tuttavia, l'ordinamento tedesco non solo non sancisce espressamente il principio di obbligatorietà nella *Grundgesetz*, ma prevede e riconosce in capo al p.m. pure momenti di discrezionalità, motivati da diverse considerazioni, nell'esercizio dell'azione penale. Così, l'*Opportunitätsprinzip*, introdotto prima nel 1924 e poi nel 1974 per specifiche ipotesi, si sostanzia nella facoltà dello *Staatsanwalt* di scegliere fra l'esercizio dell'azione penale e l'archiviazione anche quando le indagini evidenzino sospetti sufficienti a carico dell'accusato o quando vengano in rilievo fatti riconducibili alla piccola o media delinquenza (*die Bagatelldelikte*). In tal senso, pare utile rilevare come il problema della tenuità e, quindi, la questione relativa alla possibilità di rinunciare o mitigare la pena in determinati casi, non sia affrontato dal diritto penale sostanziale ma si risolva essenzialmente sul piano processuale¹³³.

La facoltà di non procedere gli deriva o dal *pflichtgemäßes Ermessen* (c.d. discrezionalità vincolata), di cui il p.m. può far uso in determinati casi, o dal *Beurteilungsspielraum* (margine di valutazione) riconosciutogli in altri dati casi.

¹³³ K. Jarves, *Uno sguardo attraverso la lente dei §§ 153, 153a StPO*, in S. Quattrocchio (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, cit., pp. 171 ss.

In entrambe le ipotesi, i principi generali di diritto amministrativo (*allegemeine verwaltungsrechtliche Grundsätze*) rappresentano i limiti invalicabili cui lo *Staatsanwalt* deve attenersi. Diversamente, potrebbero configurarsi i c.d. *Ermessensfehler* (errori nell'uso della discrezionalità) consistenti o nel superamento dei limiti derivanti dallo stesso potere discrezionale o da un abuso della discrezionalità, in violazione, in entrambi i casi, sia del principio di legalità che del principio di uguaglianza.

Pare da condividere la schematizzazione di Lettieri che suddivide i casi specifici in cui lo *Staatsanwalt* può scegliere fra l'esercizio dell'azione penale e l'archiviazione del processo – anche quando le indagini evidenzino indizi sufficienti a carico dell'indagato – in quattro gruppi:

- a. I *Geringfügigkeitsfälle* o, altrimenti detti, i casi di lievità, all'interno dei quali si ricomprendono le ipotesi previste da:
 - §153 *StPO*¹³⁴, che contempla la lievità della colpevolezza dell'autore di un *Vergehen* e l'assenza dell'interesse pubblico a perseguirlo. In tali ipotesi si prevede l'archiviazione semplice del procedimento, senza condizioni o conseguenze ulteriori per l'indagato;
 - §153b *StPO*, inerente i casi in cui esistono i presupposti che portino a ritenere che il giudice possa astenersi dall'inflizione della pena (§§ 60 e 157 *StGB*).
- b. Le ipotesi di cui al §153a *StPO*¹³⁵, in cui l'interesse pubblico alla persecuzione penale di un *Vergehen*, seppur sussistente, possa essere

¹³⁴ M. Menna, *op. cit.*, p. 186, riporta il dibattito della dottrina in relazione alla individuazione dei presupposti di cui ai §§ 153 e 153a) *StPO* – cioè la colpa minima e l'insussistenza di un pubblico interesse alla persecuzione di determinati delitti – in termini di elementi della fattispecie delittuosa oppure di criteri di selezione delle *notitiae criminis*. Nel primo caso, tali elementi sarebbero oggetto di interpretazione alla stregua di ogni altro connotato tipico del reato e la scelta di archiviare si ricollegerebbe ad una ricostruzione logico-giuridica non dissimile da quella canonizzata nel §170. L'opinione prevalente, tuttavia, ritiene che solo il presupposto della colpa minima possa essere ancorato alla disciplina e alla interpretazione della fattispecie delittuosa dovendo, invece, l'elemento del pubblico interesse alla persecuzione essere interpretato come un vero e proprio fattore di dinamica discrezionale volto a individuare lo specifico comportamento da tenere.

¹³⁵ Nelle ipotesi di cui al §153a) *StPO* – scrive M. Menna, *op. cit.*, p. 187 – la correlazione fra *substance* e *procedure* diviene lampante poiché al potere di non agire si accosta quello di irrogare sanzioni idonee a surrogare la pena nelle ipotesi di colpa minima e di carenza di pubblico interesse a perseguire il reo. In tal senso, questa viene individuata come ipotesi di *diversion* e cioè

altrimenti soddisfatto mediante la sostituzione della pena con obblighi diversi quali, a esempio, il risarcimento del danno alla vittima o il pagamento di una somma di denaro a una istituzione di pubblica utilità o alla *Staatskasse*¹³⁶. In tali casi, dunque, la scelta archiviativa è subordinata all'assenza di una colpevolezza grave, alla prescrizione di controprestazioni *latu sensu* afflittive a carico dell'indagato¹³⁷ nonché al consenso del giudice e dell'imputato;

c. I casi di *Vorrang anderer staatlichen Interessen* o di prevalenza di altri interessi statali, fra i quali rientrano quelli previsti da:

- §153c *StPO*, con riferimento ai delitti commessi all'estero, rispetto ai quali la rilevanza dell'intervento repressivo viene stabilita in relazione alla pena irrogata o che si prevede sia inflitta all'estero, indipendentemente da questioni di estradizione;
- §153d *StPO*, in ipotesi di reati politici. In questo come nel precedente caso, il p.m. si erge a esclusivo arbitro dell'estensione dell'esercizio dell'azione, ovvero di ritrattazione della stessa, e fruisce di un margine di valutazione non riconducibile ai parametri legali¹³⁸;
- §153e *StPO*, di c.d. attivo ravvedimento dell'autore di taluni delitti, di competenza del Procuratore generale federale e rispetto ai quali l'autore del ravvedimento, dopo la commissione del fatto ma prima che venga a conoscenza della loro scoperta, abbia contribuito con il suo ravvedimento alla eliminazione di un pericolo per l'esistenza o la

di risposta differenziata dello Stato ai fenomeni di devianza sociale. Non manca, poi, chi rileva come il §153a) stabilisca, in realtà, una nuova categoria di fatti antigiuridici da sanzionare autonomamente di modo che quei parametri non siano più solamente connotazioni di valore di fattispecie definite o criteri per l'esercizio discrezionale dell'azione penale ma diventino elementi con cui trasferire al giudice e al p.m. il compito di definire nuovi illeciti penali.

¹³⁶ Nel codice di procedura penale tedesco sono contenute specifiche indicazioni in merito al contenuto delle condizioni e delle prescrizioni; non si tratta, tuttavia, di contenuti esaustivi potendo p.m. e giudice inventare prescrizioni ulteriori, atipiche, purché queste risultino comunque legate al reato commesso.

¹³⁷ Precisa K. Jarvens, *op. cit.*, pp. 185-186, che le condizioni e prescrizioni previste dalla decisione di cui al § 153a non rappresentano né un'ammissione di colpevolezza né assomigliano a una pena.

¹³⁸ M. Menna, *op. cit.*, p. 189.

- sicurezza della repubblica federale o per il suo ordine costituzionale (una sorta di “pentimento operoso”). In tale ipotesi, a differenza delle precedenti, l’eventuale scelta discrezionale di archiviare da parte del p.m. risulta controllabile dal giudice;
- §153f *StPO*, in caso di reati previsti in sede internazionale, quando la perseguibilità è altrimenti garantita;
- d. Le ipotesi di *Vorrang anderer Verfahren* o di prevalenza di altri procedimenti, previsti da §§154, 154a, 154b, 154c, 154d, 154e, 376 *StPO*. Così, i §§154 e 154a prevedono che, nel caso in cui dal fatto inteso in senso processuale derivino più reati o più reati costituiscano elementi inscindibili dello stesso fatto, il pubblico ministero, con il consenso del giudice, possa disporre l’archiviazione per una parte dei reati; ciò quando le esigenze repressive o di sicurezza possono dirsi soddisfatte o da precedenti condanne o dalla condanna che ci si aspetta venga pronunciata per i reati per cui si stia procedendo¹³⁹. Il §154c *StPO*, prevede l’archiviazione per fatti legati a minacce o a estorsioni, la cui trattazione è attratta in una dimensione totalmente amministrativa. Il §154d prevede l’archiviazione rispetto a ipotesi per si pongano questioni preliminari di diritto civile o il diritto amministrativo e nel termine concesso non venga iniziato il procedimento per la risoluzione di tali questioni pregiudiziali

Le ipotesi di archiviazione ora elencate (§§153 e ss. *StPO*) sembrano così offrire una rilettura del rapporto tra diritto e processo fondata su una concezione antiformalistica della legalità e dell’eguaglianza, «in virtù della quale si ritiene che una puntuale applicazione del *principio di ragionevolezza* all’intervento repressivo dello Stato sia compatibile con la legittimazione di istanze politiche intraducibili o non ben traducibili nelle classiche forme della fattispecie tipica e del suo tradizionale metodo di attuazione. Perciò, in generale, si riconducono gli accennati casi di archiviazione “politica” al principio di proporzionalità dell’intervento pubblico nella sfera privata, e cioè alla necessità di adeguare i

¹³⁹ T. Rafaraci, *op. cit.*, p. 841.

mezzi dell'azione autoritaria dello Stato allo scopo da perseguire prescindendo dalla natura dei poteri esercitati»¹⁴⁰.

Oltre che per motivi di opportunità, l'archiviazione potrebbe essere disposta anche in applicazione del principio di legalità. Nello specifico, in base al *Legalitätsprinzip*, il dovere di archiviazione imposto dal § 170 *StPO* (*Strafprozessordnung*) dipende dall'impossibilità di richiedere la condanna in giudizio sulla scorta degli accertamenti compiuti in vista della formulazione dell'accusa e, in particolare, dalla mancata individuazione dell'autore del reato (*Täter nicht ermittelt*) o dalla mancanza di sufficienti sospetti a carico del sospettato. Esiste quindi una stretta connessione fra principio di legalità e criteri in base ai quali decidere dell'esercizio dell'azione penale.

Pare opportuno rilevare che accanto all'esercizio dell'azione penale pubblica il sistema tedesco conosce altresì lo strumento dell'azione penale privata (*Privatklage*), quale mezzo attraverso cui la vittima (o i suoi familiari o il suo rappresentante legale in caso di decesso) può promuovere il procedimento contro l'autore di un reato e, quindi, sostituirsi al pubblico ministero nell'esercizio della funzione di accusa. Tale facoltà riguarda solo talune ipotesi minori di reato, tassativamente indicate dal legislatore (§374.1 *StPO*) e, comunque, non esclude l'intervento del pubblico ministero nel procedimento già avviato. Ove questo, tuttavia, dovesse optare per il non esercizio dell'azione penale, tale azione assume un autonomo spazio.

La persona offesa da reati lesivi dell'integrità e della libertà personale e sessuale può, inoltre, affiancare il proprio intervento all'azione penale del pubblico ministero. Tale facoltà (*Nebenklage*), che non è autonoma come la precedente, dà tuttavia diritto all'offeso di godere di una serie di poteri processuali ulteriori.

¹⁴⁰ M. Menna, *op. cit.*, p. 191.

7.3. Le fasi del processo penale tedesco.

Fra i principi processuali informatori del procedimento penale tedesco – molti dei quali sono noti anche al sistema penale italiano – vi sono i principi del giusto processo, di legalità, di obbligatorietà dell'azione penale (in talune ipotesi), del contraddittorio, di ricerca della verità materiale¹⁴¹.

Per vero, la procedura penale tedesca ha ereditato dal modello francese un sistema di natura inquisitoria innestandovi, poi, alcuni elementi di stampo accusatorio¹⁴². A differenza di quello italiano, il rito penale tedesco non si configura come processo di parti: queste ultime non dispongono del materiale processuale e non controllano il processo nelle sue fasi decisive. «Ricapitolando, il processo penale tedesco potrebbe essere descritto come un “procedimento di tipo accusatorio vincolato al principio della ricerca della verità materiale”»¹⁴³.

Il procedimento penale ordinario di primo grado, identico davanti a qualsiasi giurisdizione e per qualsiasi reato, si compone di tre fasi:

A) la fase preparatoria, funzionale allo svolgimento delle indagini preliminari (*das Vorverfahren*). Tale fase si apre con una denuncia privata, con una querela o con l'acquisizione della notizia di reato d'ufficio; prosegue con lo svolgimento dell'attività investigativa da parte del pubblico ministero e della polizia giudiziaria, che vi è subordinata (§ 152 *GVG*); si conclude con la decisione del p.m. in merito all'esercizio dell'azione penale (*Erhebung der Anklage*), all'archiviazione (*die Einstellung des Verfahrens*) per motivi di legalità o di

¹⁴¹ Si sofferma sulla enunciazione dei principi informatori del processo penale tedesco K. Jarvers, *Profili generali del diritto processuale penale tedesco*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, 2003, pp. 930-932.

¹⁴² K. Jarvers K., *op. ult. cit.*, pp. 932-933, secondo cui: «corrisponde al modello accusatorio la caratteristica secondo la quale in Germania l'attività inquisitoria e quella decisoria sono demandate a due diverse autorità tra loro indipendenti. Il Pubblico Ministero persegue il reato, il giudice pronuncia la condanna. [...] Il diritto processuale penale tedesco contiene però anche rilevanti tratti del processo di stampo inquisitorio. Dopo la formulazione dell'imputazione, il procedimento è rimesso nelle mani del giudice. Nell'udienza preliminare e nel dibattimento il giudice conduce gli interrogatori e assume tutte le prove che ritiene necessarie; il già citato principio della ricerca della verità materiale, detto anche principio inquisitorio, vincola tale attività. L'interrogatorio in contraddittorio, teoricamente ammesso dal codice di procedura, si spoglia perciò nella prassi di ogni significato. Il Pubblico Ministero e la difesa non possono disporre del materiale processuale».

¹⁴³ K. Jarvers, *op. ult. cit.*, p. 933, il quale si rifà alla definizione elaborata da Roxin C. in *Strafverfahrensrecht*.

opportunità, o all'accesso a una procedura accelerata. Durante tale fase, al pari di quanto previsto nell'ordinamento processuale penale italiano, è previsto l'intervento del giudice per garantire la legittimità di taluni atti del p.m. quali l'adozione di misure coercitive e l'acquisizione di prove non altrimenti esperibili durante la fase dibattimentale¹⁴⁴;

B) la fase intermedia (*das Zwischenverfahren*), rivolta, da un lato, al controllo della risoluzione del p.m. in merito all'esercizio dell'azione penale, dall'altro, all'apertura della fase del giudizio qualora esista il ragguardevole sospetto di commissione di un reato. Gli accertamenti necessari avvengono esclusivamente allo stato degli atti e non – come avviene in Italia – attraverso la trattazione orale. A tal fine si svolge un'udienza preliminare al termine della quale il giudice può: 1) disporre il giudizio, ove sia accertata la sussistenza di sufficienti indizi di reità o sia probabile che l'accusato abbia commesso il reato; 2) negare l'apertura del dibattimento ed emettere un'ordinanza di non luogo a procedere, qualora gli indizi non siano sufficienti o la condotta non sia punibile o sussista un impedimento processuale; 3) emettere un'ordinanza di archiviazione. Il giudice di tale fase è lo stesso che presiede al dibattimento;

C) la fase del giudizio (*das Hauptverfahren*), imperniata sull'udienza dibattimentale e divisa in due sottofasi: gli atti preliminari al dibattimento (*Verbereitung der Hauptverfahren*) e il dibattimento propriamente detto (*Hauptverhandlung*). Il dibattimento è pubblico, basato sul contraddittorio fra le parti e ispirato al principio di immediatezza e di oralità. Il principio di concentrazione temporale ne impone una celebrazione contenuta nei tempi: il processo non può essere interrotto per un tempo superiore ai dieci giorni e la pronuncia della decisione è obbligatoria al più tardi l'undicesimo giorno seguente la chiusura del dibattimento (§268 III StPO). Il presidente ha un ruolo fondamentale: spetta a lui la conduzione dell'udienza e l'assunzione delle prove. In base al principio della ricerca della verità (*Inquisitionsmaxime*), il giudice ha infatti il dovere di promuovere di propria iniziativa l'accertamento di ogni fatto e l'assunzione di ogni prova rilevante per la decisione. L'imputato e il pubblico

¹⁴⁴ T. Rafaraci, *op. cit.*, p. 839.

ministero hanno diritto ad avanzare richieste di prova, che possono essere respinte solo per motivi tassativamente indicati dalla legge. In ogni caso, nell'assunzione della prova orale, è il presidente a condurre l'esame dei testimoni e dei periti ed è a lui che vanno rivolte le richieste di formulare le altre domande. Tale fase si chiude, quindi, con la discussione finale e la decisione motivata del giudice.

7.4. Procedimenti speciali e giustizia negoziata.

Accanto al procedimento ordinario che si svolge secondo le fasi descritte, l'ordinamento tedesco prevede alcuni procedimenti speciali.

Così, per i reati di competenza dell'*Amtsgericht*, per i quali si possa applicare la pena pecuniaria, il ritiro della patente per non più di due anni o, anche congiuntamente, una pena detentiva non superiore a un anno, o quando si ritenga di non dover applicare alcuna pena, si può procedere mediante decreto penale di condanna. Il pubblico ministero, quando ritenga che, in base all'attività di indagine svolta, il dibattimento non sia necessario per l'accertamento del fatto e della sua responsabilità, può, senza alcun obbligo di sentire prima l'imputato, avanzare richiesta di decreto penale indicando specificatamente la pena richiesta. Tale richiesta equivale all'esercizio dell'azione penale. Sulla stessa decide il giudice monocratico o il presidente del collegio, il quale può: a) emettere decreto penale di condanna, irrogando la pena ivi indicata; b) respingere la richiesta del p.m. per insufficienza di elementi; c) disporre il dibattimento, quando non sia in grado di decidere allo stato degli atti o non reputi adeguato il trattamento sanzionatorio richiesto¹⁴⁵.

Inoltre, nei procedimenti di competenza dell'*Amtsgericht*, se la semplicità dei fatti e l'evidenza della prova giustificano la trattazione immediata e purché la pena detentiva da applicare non sia superiore a un anno né si debbano applicare misure di sicurezza, il pubblico ministero può esercitare l'azione penale direttamente in dibattimento. Si salta, cioè, la fase intermedia del processo. Il

¹⁴⁵ Per una trattazione più specifica di tale rito vd. T. Rafaraci, *op. cit.*, p. 853.

dibattimento, inoltre, si svolge in modo semplificato: è previsto un più ampio ricorso alla prova documentale e l'acquisizione delle testimonianze può essere sostituita dalla lettura delle dichiarazioni rilasciate in precedenza.

Non sono previste espressamente, invece, forme di negoziazione sulla pena. Non esiste, in Germania, una procedura negoziata esplicitamente regolamentata dalla legge. Il principio dell'*Instruktionsmaxime*, che impone al giudice il dovere di ricercare la verità, si oppone, in astratto, al *Verhandlungsmaxime*, cioè al principio della negoziazione. Si sono, tuttavia, affermate nella prassi procedure informali (*informelle Absprechen*) derivanti da accordi fra difensore, pubblico ministero e giudice: all'ammissione di determinati fatti da parte dell'accusato consegue una riduzione di pena da parte del giudice.

Trattandosi di uno strumento *praeter legem*, la sua accettazione non è pacifica. Non sono poche, infatti, le perplessità avanzate dalla dottrina in relazione a tali trattative aventi un carattere pressoché privato e, quindi, potenzialmente idonee a rivelarsi lesive sia del principio di legalità che delle garanzie giurisdizionali legate al carattere pubblico del processo. Per vero, la giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* ha nondimeno confermato la legittimità del ricorso agli accordi sulla pena fornendo solo alcune indicazioni limitative: «in quest'ottica, per la legittimità dell'accordo si richiede che vi sia stata una previa presa di contatto fra le parti e il giudice, anche fuori del dibattimento, che si osservi in qualche modo la pubblicità e l'oralità formalizzando l'accordo in dibattimento, che la confessione non sia intesa come preclusiva di ulteriori accertamenti del giudice, che tutti i soggetti del processo abbiano facoltà di essere sentiti [...] in ordine alla proposta di diminuzione della pena. Si precisa, inoltre, che, se il pubblico ministero si rifiuta di sottoscrivere l'accordo, la confessione diventa oggetto di un divieto di valutazione probatoria»¹⁴⁶.

¹⁴⁶ T. Rafaraci, *op. cit.*, p. 854, il quale precisa come altrettanto controversa sia la stessa pienezza del vincolo che legherebbe il giudice del dibattimento a non applicare una pena sensibilmente diversa rispetto a quella che in base all'accordo ci si aspettava. D'altra parte, si ritiene che non possa far parte dell'accordo la previa rinuncia dell'imputato all'impugnazione della decisione.

Capitolo IV

IL SISTEMA ITALIANO: PUBBLICO MINISTERO ED ESERCIZIO DELL'AZIONE PENALE.

1. Il “caso deviante”.

Taluna dottrina, guardando alle caratteristiche istituzionali del pubblico ministero italiano e ad alcune peculiarità del nostro sistema processuale penale, qualifica l'Italia come il “caso deviante” rispetto al restante panorama europeo¹. Ciò non solo per il principio di obbligatorietà dell'azione penale, sancito a livello costituzionale, ma anche, e soprattutto, per la posizione degli organi requirenti rispetto al sistema politico. Infatti, mentre in tutti i principali regimi a tradizione liberal democratica esistono dei legami istituzionali, anche blandi, fra pubblico ministero e sistema politico, il p.m. italiano è l'unico rispetto al quale l'ambiente politico risulta privo di strumenti idonei a orientare l'esercizio dell'azione penale. In particolare, egli non dipende dall'esecutivo e gli è anzi garantita, già a livello costituzionale, l'indipendenza esterna; il suo ufficio è organizzato in base a una gerarchia *attenuata*; egli, inoltre, non è esposto ad alcuna forma istituzionalizzata di responsabilità *politica* per le decisioni, di politica criminale, adottate nello svolgimento delle sue funzioni: «si tratta di una differenza di grande rilievo perché concerne *la stessa distribuzione dei compiti tra le varie branche* dello Stato, e quindi anche quei meccanismi di controllo reciproco e dinamico tra i vari poteri (*checks and balances*) che sono a presidio dei reggimenti democratici»².

¹ G. Di Federico, *Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, 2009, consultabile anche al sito <http://www.difederico-giustizia.it/2009/02/01/obbligatorieta-dell'azione-penale-e-indipendenza-del-pubblico-ministero/>.

² G. Di Federico, *Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità*, in Conso G. (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 171, il quale prosegue: «Si tratta di una differenza molto significativa perché questa diversa distribuzione riguarda (tra gli altri) compiti tanto delicati quali quello dell'iniziativa penale, dell'attività istruttoria, dell'attività requirente in udienza, della formulazione degli appelli. Si tratta, in altre parole, di una consistente parte della politica penale che – a differenza i quanto

Tale peculiarità, d'altra parte, assume connotati tanto più forti se si tiene conto del fatto che il p.m. italiano appartiene allo stesso corpo della magistratura giudicante e gode delle stesse garanzie riconosciute a quest'ultima.

Ulteriore unicità del nostro sistema penale consiste, come detto, nella fissazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale, per di più a livello costituzionale³. Scelta, secondo taluna dottrina, *disfunzionale* in quanto empiricamente irrealizzabile⁴. Se, infatti, nel 1948, l'introduzione dell'art. 112 Cost. costituì la soluzione ideale per arginare l'uso strumentale che del potere requirente venne fatto durante i regimi totalitari, il suo mantenimento rappresenta, oggi, insieme con il principio di indipendenza del p.m., una storia controcorrente "tutta italiana"⁵.

avviene da noi – negli altri paesi a tradizione democratica e costituzionale si è ritenuto di dover collocare e mantenere – seppur con varie modalità - nell'ambito della responsabilità politica dell'esecutivo o di un controllo diretto dell'elettorato, o sotto la supervisione degli organi appositamente creati».

³ Scrive M. Chiavario, *L'azione penale tra diritto e politica*, CEDAM, Padova, 1995, p. 98: «Nella sua letterale drasticità l'art. 112 è certo una *rara avis* nel panorama delle Costituzioni contemporanee. Per come suona testualmente, esso sembra infatti portare all'estremo quanto ad assolutezza espressiva – nel momento stesso in cui lo cristallizza al livello più alto nell'ordinamento – un principio che altrove è normativamente tradotto in termini assai più morbidi e con una valenza assai più "relativa"». Continua: «Ora, è un dato di fatto che in nessuna delle Costituzioni straniere con cui potrebbe essere utile un confronto si trova una clausola che suoni allo stesso modo del nostro art. 112. E mi riferisco non soltanto agli ordinamenti dei Paesi che più francamente si ispirano all'opposto principio "di opportunità" dell'azione penale [...], ma anche a quelli che fanno bensi, della "legalità" dell'azione penale, una regola generale per i comportamenti degli organi chiamati ad esercitarla e a controllarne l'esercizio, e che purtuttavia evitano di trasportarla in termini di "obbligatorietà" a livello costituzionale: penso specialmente alla Germania [...]; ma penso altresì a quei Paesi – Grecia, Spagna, Portogallo, Brasile, Stati dell'Est europeo... – le cui più recenti vicende costituzionali hanno voluto segnare [...] il rifiuto di esperienze totalitarie o autoritarie del passato» (ivi p. 99).

⁴ Ivi, p. 172. L'Autore precisa che il principio di obbligatorietà dell'azione penale, per quanto possa essere desiderabile a livello astratto, di fatto sembrerebbe non essere un obiettivo empiricamente possibile e praticabile: «Di conseguenza si ritiene disfunzionale, oltre che inutile, prescrivere per legge ciò che si sa essere di fatto impossibile. *Disfunzionale* perché pretendendo che sia obbligatorio ciò che di fatto non può esserlo impedisce anche di porre apertamente in discussione quali debbano essere le linee di politica penale da seguire, le priorità da osservare rispetto alle esigenze di repressione dei fenomeni criminali, a volte anche contingenti e locali. *Disfunzionali* perché non vengono ad essere evidenziate e valutate – con le responsabilità che ciò comporta in un sistema democratico – scelte di grande rilievo politico che, al di là dell'affermazione di principio, vengono comunque fatte».

⁵ C. Guarnieri, *Pubblico ministero e sistema politico*, CEDAM, Padova, 1984, p. 139, nota, infatti, che, intorno agli anni '70 del XX secolo, molti dei paesi che nel dopoguerra avevano accolto il sistema obbligatorio di azione penale (fra cui la Germania, in cui ancora forte era il ricordo dell'esperienza nazista), riacquisirono fiducia nell'attività degli organi requirenti

2. Pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale nell'Italia post-unitaria.

Nell'assetto delineato dalla prima legge dell'ordinamento giudiziario italiano (r.d. 2626 del 1865, c.d. ordinamento "Cortese"), la magistratura, plasmata sul modello burocratico francese, si presentava come un settore specializzato della pubblica amministrazione cui venivano assicurate garanzie di indipendenza piuttosto ridotte. Il reclutamento dei magistrati avveniva sia per concorso che per nomina diretta del Ministro della giustizia. In particolare, come ricorda Guarnieri, la funzione giudiziaria era considerata parte di quella esecutiva, in una visione tendenzialmente dicotomica delle principali funzioni di governo⁶.

I funzionari che esercitavano attività requirenti godevano ancora di uno *status* abbastanza diverso da quello dei giudici. L'art. 135 del citato r.d. stabiliva che le carriere della magistratura giudicante e del pubblico ministero fossero parallele e distinte. In particolare, si prevedeva che i funzionari del pubblico ministero potessero essere scelti fra varie categorie di soggetti (fra cui, a norma degli artt. 132 e 133 o.g., vi erano giudici, avvocati o professori nelle materie giuridiche) che solo eccezionalmente sarebbero potuti passare alla carriera di magistrati giudicanti (art. 137 o.g.). Essi non godevano della garanzia dell'inamovibilità ed erano sottoposti gerarchicamente al Ministro della giustizia. Nell'art. 129 o.g., si stabiliva che «Il pubblico ministero è il rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria, ed è posto sotto la direzione del ministro della giustizia». L'effettività della direzione ministeriale era peraltro garantita dal fatto che il Ministro della giustizia provvedeva alle nomine e alle promozioni degli organi requirenti, ai loro trasferimenti, alle dispense dal servizio, a eventuali ammonizioni o censure⁷. Il Ministro avrebbe potuto anche «chiamarli innanzi a

concedendogli pure spazi di discrezionalità nell'accusa. In Italia, invece, in quegli stessi anni si rafforzavano le garanzie a tutela dell'obbligatorietà dell'azione penale. A tal fine conclude: «La sommaria comparazione condotta sin qui suggerisce che l'ipotesi che tale differenza vada ricondotta alla dinamica complessiva del sistema politico ha senz'altro una certa plausibilità».

⁶ *Ivi*, pp. 18 ss.

⁷ P. Auriemma, *Il pubblico ministero. Indipendenza esterna ed interna*, in *Giustizia Penale*, 2014, III, p. 178.

sé, acciocché rispondano sui fatti a essi imputati, e sospenderli dalle loro funzioni» (art. 243)⁸.

Nell'art. 139 ord. giud. venivano enunciate le funzioni del p.m.⁹ In particolare, egli aveva il compito di vegliare all'osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti dello Stato e di promuovere la repressione dei reati¹⁰. Si aggiunga che il pubblico ministero esercitava pure una funzione di controllo di tipo disciplinare sulla magistratura giudicante¹¹.

Con r.d. 2568 del 1865 venne, inoltre, esteso al Regno d'Italia il codice di procedura penale promulgato nel 1859, essenzialmente ricalcato sul *Code d'instruction criminelle* francese. Con esso si adottava un sistema formalmente misto ma realmente orientato al modello inquisitorio. Sia l'istruzione, condotta segretamente e in assenza di qualsiasi contraddittorio, che i poteri affidati al

⁸ Scrive a riguardo M. Scaparone, voce *Pubblico ministero (dir. proc. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, 1988, p. 1095: «Tale subordinazione veniva giustificata con la considerazione che il Governo, poiché aveva il compito di assicurare la prevenzione e la repressione dei reati, doveva poter dirigere l'apparato incaricato di promuovere siffatta repressione. È presumibile che l'anzidetta subordinazione rispondesse anche all'aspirazione generale del nuovo Stato unitario che, edificato da un'élite borghese nell'ambito di una società arretrata e profondamente divisa sul piano ideale, era stato informato ai principi della preminenza del potere esecutivo e di un rigoroso centralismo».

⁹ Art. 139 o.g.: «Il Pubblico Ministero veglia all'osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti dello Stato, dei corpi morali e delle persone che non abbiano la piena capacità giuridica provocando a quest'uopo nei casi di urgenza quei provvedimenti conservatori che siano necessari; promuove la repressione dei reati; fa conseguire i giudicati in conformità dell'art. 144; ha pure azione diretta per far eseguire o osservare, sempre che tale azione non sia ad altri pubblici uffiziali attribuita [...]. Può inoltre chiedere facoltà di parlare e di conchiudere in tutti gli altri affari che non si trattano nelle pubbliche udienze, ogniqualvolta lo ravvisi conveniente nell'interesse della giustizia».

¹⁰ N. Miletto, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale oggi: confini e prospettive*, in *Criminalia*, 2010, p. 307, ricorda come secondo taluni Autori l'art. 139 o.g. venisse inteso quale temperamento dell'art. 129 o.g., nella parte in cui questo prevedeva la subordinazione del p.m. all'esecutivo. In particolare, egli riporta l'opinione di Borsani-Casorati, secondo i quali il p.m. non poteva essere considerato schiavo del governo proprio perché vincolato alla legge, «che non gli lascia arbitrio, ma definisce le sue attribuzioni, determina le condizioni sotto le quali deve esercitarle, e traccia così nettamente la cerchia della sua efficienza, che non gli è possibile uscirne per secondare altre suggestioni ed esigenze».

¹¹ P. Auriemma, *op. cit.*, p. 178: «si prevedeva, infatti, che il pubblico ministero assistesse e partecipasse a tutte le udienze delle corti e dei tribunali civili e penali a pena di illegittimità dell'udienza stessa e assistesse addirittura alle deliberazioni della Corte di Cassazione nelle cause civili, promuovesse l'azione disciplinare sui giudici ed inoltre fungesse da strumento di raccolta delle informazioni sui giudici per il ministro che su queste si sarebbe basato per decidere delle promozioni, dei trasferimenti, delle azioni disciplinari etc.».

giudice istruttore sembravano espressione di una visione autoritaria della giustizia penale.

Con riferimento all'esercizio dell'azione penale, secondo i commentatori del tempo, il c.p.p. del 1865 sembrò accogliere il principio di obbligatorietà. Nonostante la sua non espressa menzione, infatti, si ritenne di poter dedurre dal combinato disposto degli artt. 1, 2, 42 e 43 del codice di rito allora vigente un'affermazione del principio di legalità e un obbligo in capo al p.m. di esercitare l'azione penale¹². Si orientarono in tal senso studiosi come Costantino Castori, Francesco Saluto e, successivamente, Pietro Nocito, Enrico Pessina, Federico Benevolo: «Il principio che ogni reato dà luogo a un'azione penale è generale e assoluto; e poiché è proclamato da un'espressa disposizione di legge, deve indeclinabilmente essere osservata. Motivi di pubblico interesse, rimessi al giudizio dell'uffiziale che esercita l'azione penale, non possono autorizzarlo ad astenersi dall'esercitarla. In Francia, prevale, a dir vero, una contraria dottrina [...]. Ma presso di noi generalmente s'insegna doversi procedere ogni volta che in un fatto concorrano gli estremi di un reato, senza che motivi di opportunità possano valere a non dare movimento all'azione penale»¹³. D'altra parte, lo stesso Carrara riteneva che nell'ordine giuridico non potesse che trovare applicazione il principio di legalità, secondo cui il Pubblico ministero «è obbligato [...] per principi di stretta giustizia e di uguaglianza di fronte alla legge a elevare e sostenere l'accusa»¹⁴; solo in presenza di tale principio, secondo il

¹² In particolare, M.N. Miletto, *op. cit.*, pp. 308 ss., ricorda come nel codice di rito del 1865 si stabilisse che: «l'azione penale è essenzialmente pubblica» e «si esercita dagli ufficiali del pubblico ministero»; essa «viene esercitata d'ufficio in tutti i casi nei quali l'istanza della parte danneggiata od offesa non è necessari a promuoverla». Tali disposizioni andavano integrate con quanto previsto nell'art. 42, comma 1, che «Il procuratore del re è tenuto nel distretto del tribunale presso cui esercita le sue funzioni di promuovere e proseguire le azioni penali derivanti da crimini o delitti collo norme prescritte dal presente codice»; e nell'art. 43, secondo cui il procuratore del re, quando gli fossero pervenute denunce, querele, verbali, rapporti e notizie di reato, avrebbe dovuto fare «senza ritardo» al giudice istruttore le opportune istanze per l'accertamento del fatto e la scoperta degli autori, salva la possibilità di procedere direttamente mediante *citazione diretta*.

¹³ F. Benevolo, voce *Azione penale*, in *Digesto Italiano*, IV, 1897, p. 912.

¹⁴ F. Carrara, *Azione penale*, in *Rivista penale*, vol. III, 1875, p. 18. Secondo il giurista, il contrario principio di *utilità*, «secondo che è permesso al Pubblico Ministero di omettere l'esercizio dell'azione penale “per motivi di alta ragione di Stato”», aprirebbe l'adito ad abusi, specialmente in materia politica.

giurista, si sarebbe potuto altresì adottare il monopolio pubblico dell'accusa penale.

2.1. Evoluzioni di *status* e nuovo codice di rito.

Il quadro delineato dalle prime riforme post-unitarie non ebbe, tuttavia, un riscontro favorevole.

Fra i temi più dibattuti, quello della posizione istituzionale del p.m. e dei suoi rapporti con la magistratura giudicante e con il potere esecutivo: «[...] così, appena la nostra legislazione era stata dotata dell'ordinamento giudiziario, ben distinte e variate tendenze si manifestarono nei riguardi del Pubblico Ministero; da quella che lo voleva assolutamente bandito dalla compagine del potere, a quella che, ligia alla sua vera origine e al suo complesso sviluppo storico, lo voleva conservar come un rappresentante del Governo presso l'Autorità giudiziaria»¹⁵.

¹⁵ Si sofferma ampiamente sulle proposte di riforma che, dal 1865 al 1903, interessarono la figura del pubblico ministero G. Bortolotto, voce *Ministero Pubblico (materia penale)*, in *Digesto Italiano*, XV, II, 1904-1911, pp. 586 ss. Particolare interesse riveste, nello specifico, la proposta dei ministri Zanardelli-Coccu Ortu, rispetto alla quale l'Autore riporta le opinioni espresse durante la discussione parlamentare da illustri giuristi del tempo. La lettura risulta rilevante in specie per il dibattito sulla dipendenza-indipendenza del pubblico ministero dal potere esecutivo. Fra tutte, si ponga attenzione all'intervento di Luigi Lucchini: «Io penso che qui ci sia di mezzo un grosso equivoco sull'indole delle funzioni del Pubblico Ministero, di quelle cioè che sono le sue proprie caratteristiche, ossia di esercitare l'azione penale e di sostenere l'accusa. Si afferma che tali funzioni sono d'indole essenzialmente giudiziaria. Ma non pare che ciò sia esatto. [...] Per mettere in moto l'azione penale e per darle questo o quell'indirizzo nei mille incombenti, che sopravvivono in corso di procedimento, il Pubblico Ministero deve fare indagini e apprezzamenti che attengono a considerazioni d'opportunità, d'opinione pubblica, di condizioni del momento, assunte in materia, che più si riferiscono alla vita e alle vicende e ai rapporti sociali e politici. Tutto questo è di carattere più o meno empirico e che sfugge a ogni disciplina giuridica, e tanto più giudiziaria. [...]. Le sue sono dunque funzioni di parte, siccome abbiamo già notato, funzioni essenzialmente di parte, di quella parte che si chiama l'accusatore, che ha di contro l'altra parte in processo, ossia il difensore [...]. Dunque, dire giudiziaria la funzione del Pubblico Ministero sarebbe tornar indietro almeno di un secolo, quando si aveva il procedimento puramente inquisitorio. E non v'era riconoscimento e contraddittorio di parti in causa [...]. Ecco il bel risultato che si avrebbe proclamando il carattere giudiziario delle funzioni del Pubblico Ministero e la sua fusione e confusione col magistrato giudicante: distruggere tutto il progresso che si è fatto in questo secolo e mezzo, da Gaetano Filangieri a Cesare Beccaria in poi, rinnegare le più belle conquiste della scienza, della legislazione, della civiltà [...]. Voi dite che, attribuendo le funzioni di Pubblico Ministero alla stessa magistratura giudicante, sottraendo questa a ogni ingerenza del Governo, si renderà pure indipendente l'azione del Pubblico Ministero. E io rispondo che tale indipendenza non è necessaria, né utile, né anco possibile, e che, trattandosi d'una pura e semplice mistificazione, non farebbe che compromettere la vera, la sola indipendenza che può interessare la giustizia d'un paese libero e civile: quella della magistratura

Nel 1890, intanto, con la riforma Zanardelli (l. n. 6878) veniva introdotto il sistema del concorso pubblico per l'accesso alla carriera (adesso unificata) di magistrato, prevedendo il passaggio all'ufficio di pretore come obbligatorio per l'assunzione di funzioni più elevate¹⁶.

Nel 1907, con la riforma Orlando (l. n. 511) venivano istituiti i Consigli giudiziari e il Consiglio Superiore della Magistratura – le cui competenze, tuttavia, non scalfivano ancora il ruolo di vertice rivestito dal Ministro di giustizia – e veniva ridefinito in parte il sistema delle promozioni e della

giudicante. Libertà e indipendenza in uno stato civile e costituzionale non si comprendono e non si devono ammettere senza corrispondente responsabilità, diretta o indiretta, si tratti di privati cittadini, o di pubblici funzionari. Anche i magistrati giudicanti non isfuggono alla loro responsabilità, per quanto sovrane e incensurabili le loro decisioni. Queste sono, infatti, soggette all'obbligo della motivazione e della pubblicità; e trovan quindi nella pubblica opinione e discussione il loro controllo e la loro sanzione. Soltanto l'operato del Pubblico Ministero, ogniqualvolta o non dà corso all'azione penale, o erra nei modi o sull'indirizzo, o l'interrompe e arresta e in tutti gli svariati incidenti d'una procedura, che dipendono dal suo beneplacito, sfuggirebbe a ogni sindacato e controllo. D'altro canto a regolar l'operato e i responsi dei giudici e dar loro un indirizzo armonico e più conforme alla legge, sta la Suprema Corte. Nulla di tutto questo invece per il Pubblico Ministero, che procederebbe a proprio libito non solo, ma senza un concetto organico, senz'affiatamento e senz'altro criterio direttivo che quello dei capi distrettuali. [...] Al contrario, il Governo, che si deve ben guardare dall'ingerirsi nell'opera dei magistrati giudicanti, non attenta per niente alla loro indipendenza e non adempie che il suo dovere vigilando l'opera del Pubblico Ministero, segnalandogli quell'indirizzo, ch'esso reputi più conveniente, per tutto ciò ch'è rimesso al discrezionale arbitrio di esso Pubblico Ministero. [...] Niun pericolo, niuna insidia per la pubblica libertà, ma guarentigia soltanto e controllo, col tramite della responsabilità ministeriale, sulle funzioni del Pubblico Ministero. Il pericolo e le insidie sono nelle ingerenze e influenze, d'altronde inevitabili, esercitate clandestinamente; e più lo sarebbero domani se le parti di Pubblico Ministero fossero affidate a dei magistrati giudicanti. Governo, Parlamento e paese dovrebbero avere ben limpida ed esatta codesta ovvia distinzione fra ciò che nell'amministrazione della giustizia vi è di veramente giudiziario, che è opera del magistrato giudicante, e ciò che ha carattere meramente amministrativo, perché opera d'altri funzionari, che non sono da confondersi col giudice, a cominciare dal Pubblico Ministero, per passare alla polizia giudiziaria e terminare ai cancellieri e agli uscieri». Conclude quindi l'autore: «[...] non si commetta lo sproposito di sopprimere l'istituzione medesima per incorporare le funzioni con quelle del giudice. Ciò equivarrebbe ad asservire direttamente la magistratura al Governo, sotto la lustra d'una indipendenza, che sarebbe affatto apparente e che non servirebbe se non a perpetrare l'odierna mistificazione e togliere al Governo quella responsabilità onde può soltanto essere vigilata l'opera del Pubblico Ministero, e a conculcar sempre più il ministero della difesa nei procedimenti penali».

¹⁶ G. Scarselli, *Ordinamento giudiziario e forense*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 315: «[...] va ricordata la legge 8 agosto 1890 n. 6878, la quale all'art. 5 prescriveva che gli uditori giudiziari potessero essere destinati ai collegi giudicanti, al pubblico ministero, oppure alle preture; e all'art. 18 statuiva che: "le carriere della magistratura giudicante e del pubblico ministero, continuando a rimanere distinte quanto alle funzioni, sono uguali e promiscue quanto agli aumenti di stipendio e alle promozioni"».

responsabilità dei magistrati. Al p.m. veniva estesa la garanzia dell'inamovibilità pur restando inalterato il vincolo di subordinazione al potere esecutivo.

Con la l. 438 del 1908, sulle guarentigie e la disciplina della magistratura, vennero ampliate le garanzie di indipendenza dei giudici e si stabilì che essi potessero essere dispensati dal servizio solo «con decreto Reale, su proposta del ministro della giustizia, sentito il parere di una commissione, secondo le norme che saranno dettate nel regolamento» (art. 34).

Con la successiva legge n. 1311 del 1912, per vero, si ristabilirà un certo peso del potere politico sull'organizzazione giudiziaria.

Accanto all'assetto organizzativo, anche quello processuale destava insoddisfazione. I dubbi provocati dalle indebite ingerenze ministeriali nell'esercizio dell'azione penale e la prevalenza, di fatto, del principio di discrezionalità, spinsero quindi alla elaborazione di un nuovo codice di rito¹⁷.

Così, nel 1913 veniva adottato il codice Finocchiaro-Aprile. Ricorda Tonini come tale codice, pur conservando il sistema misto di origine francese, apportasse già delle innovazioni significative in senso accusatorio: furono rafforzate le prerogative della difesa e furono ampliati i poteri del p.m. in fase istruttoria¹⁸. Rimanevano comunque complicati i rapporti fra l'organo requirente

¹⁷ Si sofferma sui malumori provocati dal codice di procedura penale del 1865, M. L. Di Bitonto, *Il codice di procedura penale del 1865: modelli e ideologie*, in R. Favale-C. Latini (a cura di), *La codificazione nell'Italia post-unitaria. 1865-2015*, Atti del workshop, Camerino, 29 ottobre 2015, in *Quaderni degli Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 2016, 2, pp. 208 ss., consultabile al sito http://d7.unicam.it/afg/sites/d7.unicam.it.afg/files/QUADERNI_2_2016.pdf.

¹⁸ P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 25, il quale rammenta che il c.p.p. 1913 «riconosceva ampi diritti all'accusato già nel corso della fase istruttoria. Il difensore dell'imputato aveva il diritto di assistere con preavviso alle perizie, agli esperimenti giudiziali ed alle ricognizioni; poteva assistere senza preavviso alle perquisizioni domiciliari. Inoltre il difensore aveva il diritto di prendere visione dei verbali degli atti predetti, oltre che dei sequestri, delle perquisizioni personali, delle ispezioni e dell'interrogatorio dell'imputato (al quale, però, non poteva assistere). In definitiva, nel corso dell'istruzione, restavano segrete soltanto le testimonianze. Nel dibattimento (per i reati più gravi, e cioè per i crimini) fu introdotta la giuria popolare. Al termine del dibattimento, la giuria decideva sul fatto, e cioè sulla reità o meno dell'imputato. Alla discussione erano presenti il pubblico ministero ed il difensore; la giuria deliberava mediante schede segrete su quesiti formulati dal presidente. Ove fosse stata pronunciata condanna, i giudici togati determinavano la quantità della pena».

e il giudice istruttore e rimaneva pure invariata la subordinazione del p.m. al potere esecutivo¹⁹.

Con riferimento all'esercizio dell'azione penale, il legislatore non adottava formule univocamente interpretabili in relazione al modello prescelto. Nell'art. 1 c.p.p., commi primo e secondo, si prevedeva che «L'azione penale è pubblica ed è esercitata dal pubblico ministero». «Essa è esercitata d'ufficio quando non sia necessaria querela o richiesta». E nell'art. 179, al secondo comma, si rimetteva la scelta archiviativa del pubblico ministero al controllo del giudice istruttore²⁰.

Fu opinione prevalente che, pur in assenza di una disposizione esplicita in tal senso, anche in questo codice venisse accolto il principio di obbligatorietà. In tal senso, si ritenne che la predisposizione di un vaglio giurisdizionale sul potere di archiviazione del p.m. non alterasse, ma anzi confermasse, tale orientamento²¹.

Si legge nel Trattato di Manzini del 1914: «Il compito funzionale dello Stato, di provvedere alla realizzabilità della pretesa punitiva nascente da reato, in vista del quale è predisposto il processo penale, costituisce contemporaneamente un potere e un dovere dello Stato stesso. Ed invero, poiché gli interessi tutelati dalle norme penali sono [...] interessi eminentemente *pubblici*, sociali: la loro attuazione si impone allo Stato non come una mera facoltà, per il raggiungimento d'uno scopo non essenziale, ma come un obbligo funzionale, per il raggiungimento d'uno dei fini essenziali per cui lo Stato medesimo è costituito (assicurazione e reintegrazione dell'ordine giuridico). [...] Da questa premessa discende

¹⁹ Per una panoramica generale sull'assetto delineato dal c.p.p. 1913 v. M. Natale, *Una breve riflessione sul codice di rito del 1913. Azione penale, pubblico ministero e giudice istruttore tra modello misto e suggestioni accusatorie*, in *Historia et ius*, 2013, pp. 1 ss., consultabile al sito http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/natale_1913.pdf.

²⁰ Si leggeva nell'art. 179 c.p.p.: «Il procuratore del Re promuove ed esercita l'azione penale, secondo le norme stabilite dalla legge, o richiedendo l'istruzione formale, o procedendo per citazione diretta dopo la istruzione sommaria che reputi necessaria, ovvero per citazione direttissima. Se reputi che per il fatto non si debba promuovere azione penale, richiede il giudice istruttore di pronunciare decreto. Se creda che la competenza spetti al pretore, (omissis), gli restituisce o trasmette gli atti. Se creda che la cognizione del fatto non appartenga alla autorità giudiziaria, trasmette gli atti all'autorità competente».

²¹ Per vero, N. Miletto, *op. cit.*, p. 320, riporta le opinioni contrastanti suscitate da tale novità legislativa. Così, se taluna dottrina (Alimena) considerò quello dell'art. 179 uno strumento utile al p.m. per sottrarsi ad azioni contrastanti col proprio convincimento o alla decisione su *notitiae criminis* imposte dal ministero, altra dottrina (Stoppato) vide in tale novità uno strumento per esautorare il p.m. dal potere di decidere in merito all'esercizio dell'azione penale.

logicamente il principio della *indisponibilità* del detto potere-dovere: gli organi dello Stato, mediante i quali questo agisce, non ne possono disporre liberamente. Lo Stato si è imposto, con la legge delle autolimitazioni inderogabili. La rinuncia (condizionata o no) alla potestà di pretendere la punizione (perseguire) e di realizzarla eventualmente (punire), non è quindi ammissibile se non sia legislativamente e previamente disposta dalla suprema volontà dello Stato (es.: prescrizione dell'azione penale; amnistia; condanna condizionale)». E con riferimento alla riserva di esercizio dell'azione penale in capo al p.m., egli scriveva: «Nel nostro diritto, peraltro, il promovimento e l'esercizio dell'azione penale è di regola riservato al pubblico ministero. Né in ciò v'è motivo di lamento: giacchè il p.m., che per se stesso è un organo pubblico impersonale deputato all'attuazione obiettiva di un alto interesse sociale, può essere considerato come un arnese di tirannia o uno strumento politico soltanto da quella rimbambita democrazia, sospettosa e scriteriata, che, assorbendo senza critica le idee della rivoluzione francese (idee, allora spiegabili come reazione al regime di polizia), vede in ogni autorità un nemico naturale del popolo, senza pensare che nello stato odierno dal popolo proviene la forza che crea e disciplina la sovranità e l'autorità». Continuava, infine, affermando il principio di legalità del processo penale: «La pretesa punitiva dello Stato, nascente da reato, deve farsi valere dall'apposito organo pubblico ogniqualvolta ne ricorrano in concreto le condizioni di legge, in adempimento d'un dovere funzionale assoluto e inderogabile, escludente ogni considerazione d'opportunità. Questa regola fondamentale prende il nome di principio della *legalità* del processo penale», da cui discendono le ulteriori regole della necessità e quella della immanenza del procedimento medesimo²².

Le stesse conclusioni venivano pure sostenute da Stoppato: «La prosecuzione delle azioni punibili è diritto e dovere del potere dello Stato e la procedura di uno Stato libero si fonda sulla separazione del dovere ufficiale dello Stato medesimo ad elevare l'azione, a perseguire il reato, da quello di conoscerne. [...] Il sistema

²² V. Manzini, *Trattato di procedura penale italiana secondo il nuovo codice di procedura penale*, vol. I, 1914, Fratelli Bocca, Torino, pp. 114 ss.

adottato dal Codice per ciò che riflette l'attività del pubblico ministero è rigorosamente *legale*. Esso ha obbligo di procedere in tutti i casi nei quali si presentino gli estremi di un fatto punibile, salva in alcuni casi la facoltà del privato di querelarsene»²³.

2.2. Il codice di procedura penale del 1930.

I disordini sociali e il fermento rivoluzionario sviluppatosi al termine della prima guerra mondiale, insieme con l'insofferenza crescente verso l'inattività dei pubblici ministeri, dimostrata in specie durante il c.d. *biennio rosso*, determinarono una nuova e profonda aspirazione all'ordine di cui si fece interprete Mussolini. Distruggendo il lungo percorso di riforme intraprese ormai da più di vent'anni, il duce iniziò la soppressione del sistema liberale mediante una pluralità di interventi legislativi (fra questi, si rammenta la modifica dell'ordinamento giudiziario introdotta con r.d. n. 2768 del 1923, ad opera del Guardasigilli Aldo Oviglio) che modellarono il sistema processuale penale italiano nuovamente in senso inquisitorio. Così, con r. d. n. 1399 del 19 ottobre 1930 venne approvato il testo definitivo del nuovo codice di procedura penale, i cui principali effetti furono di rafforzamento del potere esecutivo e di ampliamento dei poteri del pubblico ministero²⁴.

Con riferimento specifico all'esercizio dell'azione penale, nell'art. 1 c.p.p. 1930 si prevedeva che «l'azione penale è pubblica e, quando non sia necessaria la querela, la richiesta o l'istanza, è iniziata d'ufficio in seguito a rapporto, a referto, a denuncia o ad altra notizia di reato». Veniva eliminato il controllo giurisdizionale sul potere di archiviazione, che diveniva di esclusiva spettanza del p.m.: così, nell'art. 74, al terzo comma, si disponeva che «quando il p.m. ritiene che non si debba procedere per la manifesta infondatezza del rapporto, del

²³ A. Stoppato, *Commento al codice di procedura penale*, Unione tipografica-Editrice torinese, Roma-Torino-Napoli, 1923, pp. 10-11.

²⁴ P. Tonini, *op. cit.*, pp. 25-26. L'Autore evidenzia, inoltre, come tale svolta in senso inquisitorio sarebbe da porre in relazione alle esigenze di un regime autoritario che aveva interesse ad assicurare al potere esecutivo la più ampia possibilità di influire direttamente sulla gestione dei singoli procedimenti penali.

referto, della denuncia, della querela o della istanza, e non ha già fatto richiesta per l'istruzione formale o per il decreto di citazione a giudizio, ordina la trasmissione degli atti in archivio. Il pretore provvede nello stesso modo. Il Procuratore del Re e il pretore che hanno ordinato la trasmissione degli atti all'archivio ne informano rispettivamente il procuratore generale e il procuratore del Re, i quali possono richiedere gli atti e disporre invece che si proceda». D'altra parte, nelle intenzioni dei redattori, il rischio di abusi derivanti dall'uso di tale potere incontrollato sarebbe stato prevenuto sia dal principio di legalità, che venne essenzialmente acquisito come strumento per la verifica "autoreferenziale" dei requisiti di legge necessari all'esercizio dell'azione penale, che dalla struttura gerarchica dell'ufficio requirente.

Si ritenne, inoltre, che anche nella vigenza del codice del 1930, il modello di esercizio del potere di accusa accolto fosse quello di obbligatorietà. Lo stesso Vincenzo Manzini, redattore di quel codice, assicurava che il nuovo rito era ispirato a tale principio²⁵.

Di fatto, gli ampi poteri del pubblico ministero e la sua dipendenza dal potere esecutivo furono ampiamente sfruttati dal regime fascista al quale si rimproverò, fra l'altro, l'uso *politico* e discriminatorio dell'attività requirente²⁶.

²⁵ V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*, vol. 1, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1931, pp. 202 ss. L'Autore essenzialmente ribadisce quanto già sostenuto nella edizione del Trattato del 1914: «Il pubblico ministero deve promuovere l'azione penale, sempre quando ne ricorrono in concreto le condizioni, in esecuzione di un assoluto precetto di legge escludente ogni discrezionalità. Questa regola, già accolta nel codice del 1913, è stata adottata anche dal codice vigente, il quale non ammette che il pubblico ministero possa astenersi dal promuovere l'azione penale per sola ragione di opportunità». Continua: «Il fatto che il nuovo codice più non esiga il decreto del giudice per legittimare l'inazione del pubblico ministero non modifica la predetta regola, perché il pubblico ministero rimane obbligato a procedere sempre quando vi sia un'apparenza di fondamento nella notizia del reato, esclusa ogni considerazione di mera opportunità. E ciò risulta tanto più evidente, quando si consideri che l'archiviazione non è lasciata senza controllo» (*ivi*, p. 211).

²⁶ G. Scarselli, *op. cit.*, pp. 316-317, rammenta come, in quel periodo il pubblico ministero, oltre a poter archiviare autonomamente le notizie di reati che ritenesse infondate, «poteva condurre l'istruzione sommaria in rapporto tanto ai reati di competenza del tribunale quanto di competenza della corte di assise; in relazione ad essi il pubblico ministero aveva il potere di disporre la cattura dell'imputato e di acquisire qualsiasi fonte di prova. In questo modo, pare evidente, il Governo, attraverso il pubblico ministero, aveva la possibilità di archiviare qualunque illecito e di gestire al meglio, e in pressoché totale libertà, qualunque notizia di reato attraverso l'istruzione sommaria».

3. L'avvento della Costituzione repubblicana.

In base a quanto appena detto, non stupisce il fatto che, all'indomani della caduta del regime, quello del pubblico ministero fu uno dei principali istituti da riformare, in specie nei suoi rapporti con il potere esecutivo.

Così, con il r.d. 12 del 1941 (decreto Grandi), che rappresenta ancora l'attuale testo di ordinamento giudiziario, il pubblico ministero non venne più espressamente qualificato come rappresentante del potere esecutivo: nell'art. 69 si disponeva che egli avrebbe esercitato le funzioni attribuitegli dalla legge sotto la *direzione* del ministro di grazia e giustizia, dal cui potere dipendeva pure l'eventuale trasferimento, collocazione in riposo o in aspettativa.

Con il d.lgs.lgt. 288/1944 venne ripristinato il controllo del giudice istruttore sulla scelta archiviativa del p.m.²⁷.

Con il r.d.l. 511 del 1946, adottato sotto il Ministero della giustizia Togliatti, venne poi sostituito al vincolo della *direzione* di cui al predetto art. 69, il semplice potere di *vigilanza* del Ministro della giustizia sul p.m. cui venne pure estesa nuovamente la garanzia della inamovibilità, con l'eccezione di cui all'art. 2, comma 2, in relazione alla presenza di qualsiasi causa che impedisse loro di amministrare giustizia in quella sede nelle condizioni richieste dal prestigio dell'ordine giudiziario²⁸.

Tale processo di riforme istituzionali culminò, nel 1948, nell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana italiana, con cui vennero espressamente sancite l'indipendenza esterna della magistratura requirente e il principio di obbligatorietà dell'azione penale.

²⁷ L'art. 74 c.p.p. 1930, nella versione successiva alle modifiche apportate con il decreto luogotenenziale 288 del 1944 disponeva che «il pubblico ministero o il pretore per i reati di sua competenza inizia ed esercita con le forme stabilite dalla legge l'azione penale, a norma dell'art. 1. [...]. Il pubblico ministero qualora reputi che per il fatto non si debba promuovere l'azione penale, richiede il giudice istruttore di pronunciare decreto. Il giudice istruttore, se non ritiene di accogliere la richiesta, dispone con ordinanza l'istruttoria formale».

²⁸ Tale eccezione alla regola della inamovibilità rappresenta, secondo G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Settima edizione, 2008, Giappichelli, Torino, p. 98, «una disposizione di indubbia ipocrisia posto che la genericità della situazione idonea a giustificare il trasferimento attribuiva al ministro una amplissima discrezionalità atta a menomare l'inamovibilità del pubblico ministero».

3.1. L'indipendenza esterna del p.m.

In sede di Assemblea costituente, il problema dei rapporti fra il pubblico ministero e gli altri poteri dello Stato fu oggetto di un dibattito animato. In particolare, il tema della posizione istituzionale del p.m., di dipendenza o indipendenza dal potere esecutivo, e quello della conciliabilità di tale scelta con il principio di obbligatorietà furono oggetto di parecchie indecisioni²⁹. Allo stesso modo, fu fonte di opinioni divergenti la questione, correlata alle precedenti, relativa alla estensione al p.m. delle garanzie previste per gli altri magistrati.

Chiamata a scegliere fra il testo della Commissione dei Settantacinque, che proponeva di stabilire che «il pubblico ministero gode di tutte le garanzie dei magistrati»³⁰ e l'emendamento proposto dall'on. Leone³¹, l'Assemblea finì per votare il testo dell'art. 107, quarto comma, che, a conclusione dei precedenti enunciati volti chiaramente a garantire l'indipendenza dei magistrati ordinari, si limita a disporre che «Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dall'ordinamento giudiziario».

²⁹ G. Neppi Modona, *Commento all'art. 112 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, 1987, p. 43.

³⁰ La posizione orientata a riconoscere l'indipendenza del p.m. fu sostenuta in particolare da Piero Calamandrei, secondo il quale l'indipendenza esterna del pubblico ministero sarebbe stata corollario ineludibile del principio di obbligatorietà dell'azione penale, a sua volta considerato, un precetto irrinunciabile. A tal fine si giustificava pure l'estensione all'organo requirente delle garanzie predisposte a favore della magistratura.

³¹ In particolare, nell'intervento di presentazione del proprio progetto, l'onorevole democristiano Giovanni Leone dichiarò che il pubblico ministero «rappresenta, per quanto attiene alla sua funzione di promuovere l'azione penale e di vigilanza nel processo, lo Stato nel suo diritto soggettivo di punire, con poteri che sono talvolta superiori a quelli dello stesso giudice. [...] Il Pubblico Ministero può servire proprio da tramite o organo di collegamento fra potere esecutivo e potere giudiziario: in quanto promotore dell'azione penale (e, nei limiti di tale funzione, partecipa allo sviluppo del processo) e in quanto promotore del procedimento disciplinare a carico di magistrati, il Pubblico Ministero – che, com'è chiarito nella relazione scritta, tornerebbe ad essere espressione del potere esecutivo – rappresenta presso il potere giudiziario l'organo di iniziativa e di controllo dello Stato». Si noti, peraltro, che pur essendo sostenitore dell'opzione favorevole alla dipendenza del p.m. dal potere esecutivo, lo stesso Leone notava come «lo strumento più idoneo per garantire la legalità dell'azione penale è l'aver sganciato il pubblico ministero, dal punto di vista gerarchico, dal potere esecutivo e l'avergli concesso la garanzia dell'inalterabilità, così come è stato fatto con il decreto Togliatti. Tanto è vero che, ove dovesse prevalere la tesi della dipendenza del pubblico ministero dall'esecutivo, si dovrebbe da un lato verificare se la Costituzione in altre parti offra al cittadino la possibilità concrete e precise per impedire l'arbitrio del funzionario, dall'altro rendere possibile in caso di negligenza del pubblico ministero, al giudice di iniziare *ex officio* il processo penale».

Si trattò, per vero, di una formula non troppo chiara, di una soluzione di compromesso equivoca³², cui inevitabilmente seguirono opposte interpretazioni³³.

Secondo certa dottrina, infatti, tale disposizione, tanto più se confrontata con l'art. 101, comma secondo, Cost., avrebbe rimesso la disciplina del pubblico ministero alla discrezionalità del legislatore ordinario, il quale sarebbe stato libero sia «di assicurare al pubblico ministero la stessa indipendenza che per imperativo costituzionale esso deve garantire ai magistrati giudicanti, sia di assoggettarlo a una qualche forma di ingerenza degli altri poteri dello Stato»³⁴. Secondo tale lettura, dunque, il legislatore, in astratto, avrebbe potuto sottoporre il p.m. alla vigilanza del Ministro di giustizia o di qualche commissione parlamentare, senza per questo violare alcun precetto costituzionale.

La condivisibilità di un simile percorso argomentativo perde, tuttavia, la forza delle sue potenzialità se – adottando la prospettiva oggi univocamente condivisa da dottrina e giurisprudenza – si sottopone l'equivocità del disposto di cui all'art. 107, quarto comma, Cost. a una lettura coordinata con le altre disposizioni

³² Si ritiene che la formulazione dell'attuale art. 107 Cost. risenta dei dibattiti e delle incertezze verificatisi in seno alla Costituente. Scrive G. Neppi Modona, *op. cit.*, p. 69: «La formulazione dell'art. 107 4° comma Cost. va piuttosto interpretata, alla luce del dibattito svoltosi alla Costituente, come formula di mediazione per uscire dalla situazione di stallo provocata dalla contrapposizione tra chi voleva sancire a livello costituzionale il ritorno del pubblico ministero alle dipendenze dell'esecutivo e chi voleva invece sanzionare espressamente l'equiparazione tra le garanzie dei giudici e quelle del pubblico ministero. Fu così trovata la via d'uscita del rinvio alle garanzie stabilite dalle norme sull'ordinamento giudiziario, ma in un contesto in cui da un lato il r.d.l. 31 maggio 1946, n. 511 aveva già equiparato il pubblico ministero ai giudici, recidendo il rapporto di dipendenza con l'esecutivo, dall'altro i principi costituzionali approvati in precedenza prevedevano un sistema di totale equiparazione tra le garanzie dei magistrati giudicanti e requiranti».

³³ O. Dominion, *Per un collegamento fra ministro della giustizia e P.M.*, in G. Conso (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, Zanichelli, Bologna, 1979, pp. 67 ss. ricorda come il tema del collegamento fra pubblico ministero ed esecutivo non fu per niente pacifico sin dai lavori della Costituente, in cui vennero espressi così profondi contrasti che nessuno degli schieramenti che vi si contrapposero ebbe modo di far prevalere la propria concezione: «anche il compromesso che alla fine venne raggiunto non si può dire che abbia fornito, sia pure in termini ibridi e “inconsapevolmente”, una soluzione globale ed esauriente del problema; in realtà ci si limitò a registrare [...] quei singoli aspetti che si era riusciti a portare a maturazione. È importante che l'interprete tenga presente questo dato: diversamente, finisce per sovrapporre agli effettivi contenuti delle norme costituzionali indicazioni che vi sono rimaste estranee».

³⁴ M. Scaparone, *op. cit.*, p. 1100.

costituzionali che l'Assemblea costituente ha ritenuto di estendere al p.m. Così, dal combinato disposto dell'art. 107, comma 4, con l'art. 101 Cost., secondo cui i giudici sono soggetti soltanto alla legge³⁵; con l'art. 104, comma 1, Cost., per cui «la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere», estensibile anche alla magistratura requirente; con l'art. 108, comma 2, Cost., che sancisce l'indipendenza dei p.m. presso le giurisdizioni speciali; con l'art. 109 Cost., che pone la polizia giudiziaria nella disponibilità dell'autorità giudiziaria e, soprattutto, con l'art. 112 Cost., che sancisce il principio di obbligatorietà dell'azione penale, sembra ragionevole dedurre che sia la stessa Costituzione a esigere e ad assicurare che il pubblico ministero goda, in specie nell'esercizio dell'azione penale, dell'indipendenza esterna dal potere esecutivo. D'altra parte, è questa l'interpretazione avvalorata dalla stessa Corte costituzionale secondo la quale il riconoscimento di tale garanzia sarebbe ineludibile corollario del principio di obbligatorietà dell'azione penale, di cui costituirebbe, per certi versi, il *contrappeso*.

3.2. Il principio di obbligatorietà dell'azione penale.

La questione relativa al sistema di esercizio di azione penale da adottare non fu, invece, foriera di animati dibattiti. La convinzione che aleggiò fra i padri costituenti fu che il principio di obbligatorietà dell'azione penale fosse l'unico adeguato a un ordinamento democratico e quindi l'unico adottabile in uno Stato di diritto. D'altra parte, all'indomani dell'esperienza fascista, in cui l'esercizio dell'azione penale venne strumentalizzato per perseguire gli interessi del regime, l'obiettivo principale era di riportare il potere di accusa all'interno del principio di legalità ponendo pure un definitivo divieto alla possibilità per il p.m. di archiviare il procedimento in assenza di un controllo giurisdizionale.

³⁵ Per vero, l'estensione di tale disposizione anche al magistrato requirente non è pacifica. Sul punto v. R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, sub art. 101, UTET, Torino, 2006, pp. 1960 e ss.

Le discussioni dell'Assemblea presero avvio dal testo dell'art. 8 del progetto Calamandrei riguardante, appunto, la *pubblicità e legalità dell'azione penale*³⁶ e si conclusero con l'adozione dell'art. 112 Cost: «Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale»³⁷.

La laconicità del suo contenuto è colmata dall'attività interpretativa della Corte costituzionale, secondo cui l'art. 112 Cost. rappresenta il «punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale»³⁸: questo, infatti, è attuazione nel procedere del principio di legalità (art. 25 Cost.) ed è anche garanzia di realizzazione del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.). Dalla sua introduzione deriva l'obbligo per il p.m. di esercitare l'azione penale ogniqualvolta gli estremi di un fatto integrino una fattispecie astratta di reato e, contemporaneamente, il divieto di operare qualsiasi valutazione di opportunità, anche politica, ulteriore rispetto alla sussistenza dei requisiti di legge.

Ma, come anticipato, l'art. 112 Cost. è soprattutto espressione del mutato rapporto fra il pubblico ministero e gli altri poteri statali³⁹. In tal senso è possibile affermare che indipendenza esterna e principio di obbligatorietà costituiscano due facce della stessa medaglia, e che, anzi, nel nostro ordinamento siano

³⁶ In particolare, il testo dell'art. 8 prevedeva che «L'azione penale è pubblica, e il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitarla in conformità della legge, senza poterne sospendere o ritardare l'esercizio per ragioni di convenienza».

³⁷ Un'ampia parte della dottrina ritiene che il principio di cui all'art. 112 Cost. non rientri fra i principi non modificabili: la stessa Consulta, con sentenze 1146 del 1988 e 366 del 1991, ha affermato essere principio modificabile tramite l'art. 138 Cost. qualora vi siano altri principi, sempre di rango costituzionale, in contrasto con esso e che richiedano un'eguale o maggiore considerazione.

³⁸ Corte Cost., sent. n. 88 del 1991, consultabile al sito <http://www.giurcost.org/decisioni/1991/0088s-91.html>.

³⁹ Si mostra critico rispetto alla soluzione italiana G. Di Federico, *Il pubblico ministero: indipendenza, responsabilità, carriera "separata"*, ne *L'Indice penale*, 1995, p. 406: «non vi è dubbio che la soluzione adottata dal nostro costituente appaia formalmente perfetta e, aggiungo, del tutto omogenea a una cultura giuridica – quale la nostra – che non solo considera estranei ai propri interessi scientifici i quesiti e le verifiche sulla concreta applicabilità delle norme che si scrivono o si concorre a scrivere, ma che solitamente dà addirittura per scontato ciò che scontato non è, e cioè che i dettati della legge debbano e *quindi* anche possano essere comunque rispettati, a prescindere da qualsiasi preventivo accertamento o successiva verifica della loro applicabilità». Così, secondo l'Autore, la scelta italiana sarebbe configurabile più come una reazione ai misfatti del precedente regime che come risultato di analisi relative alle complesse esigenze funzionali che il p.m. deve soddisfare in una moderna democrazia.

concepiti come elementi imprescindibili l'uno dall'altro: si ritiene cioè che la garanzia di indipendenza esterna assicurata al pubblico ministero rappresenti il contrappeso specifico al riconoscimento del principio di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost. Nell'ottica dei costituenti, il principio di legalità nel procedere, infatti, non si realizzerebbe se si esponessero i pubblici ministeri alle direttive del potere esecutivo.

D'altra parte, la legislazione successiva alla Costituzione rafforza le opzioni costituzionali: così, con la l. 195/58, sulla costituzione e sul funzionamento del CSM, viene definitivamente meno ogni potere del Ministro di grazia e giustizia in merito alla carriera del p.m. e ogni decisione inerente trasferimenti, assegnazione di sedi, promozioni, sanzioni disciplinari e, in generale, lo *status* del p.m. viene demandata al Consiglio Superiore della Magistratura.

L'insieme delle riforme enunciate ha portato all'attuale configurazione del pubblico ministero italiano, che presenta peculiarità che lo differenziano, e non poco, dai suoi colleghi europei e statunitensi⁴⁰. Si costruisce, in particolare, la figura di un pubblico ministero "giurisdizionalizzato", cioè organo di giustizia, e insieme parte del processo⁴¹. Egli è un «magistrato appartenente all'ordine

⁴⁰ L'analisi delle peculiarità del p.m. italiano è condotta da G. Di Federico, *Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2009, pp. 525 ss. L'Autore ritiene che la maggior parte delle caratteristiche di seguito esposte siano dovute e insieme giustificate dal principio di obbligatorietà dell'azione penale il cui principale effetto si traduce nella irresponsabilità dello stesso per le scelte effettuate: «i pubblici ministeri non portano nessuna responsabilità per ogni e qualsiasi iniziativa investigativa e azione penale cui danno inizio, anche se mesi o anni dopo le loro iniziative risultano del tutto infondate e ingiustificate. In ogni caso essi possono pretendere, con immancabile successo, che il loro sospetto che un crimine fosse stato commesso imponeva comunque loro di agire. In altre parole l'obbligatorietà dell'azione penale trasforma *ipso jure* qualsiasi loro decisione discrezionale in materia di indagini e di azione penale in un "atto dovuto", escludendoli da ogni forma di responsabilità (come valutazioni negative sulla loro professionalità, responsabilità per spese di indagini inutili e costose, danni di ordine sociale e/o economico, e/o familiare, e/o politico, e/o di salute causati a cittadini innocenti, e così via)».

⁴¹ G. Di Chiara, *Il pubblico ministero e l'esercizio dell'azione penale*, in G. Fiandaca-G. Di Chiara., *Una introduzione al sistema penale: per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2003, pp. 236 ss., il quale, nel distinguere la collocazione istituzionale e il ruolo processuale del pubblico ministero, precisa che nessun conflitto logico sussiste fra i due profili che vivono, piuttosto, di una complessa vita osmotica: «in quanto organo pubblico, l'attore penale gode di peculiari garanzie ed è assoggettato al dovere di agire secondo obiettività; ciò si riflette, in termini immediati, sulle (pur inevitabili) scelte di strategia e tattica processuale che il pubblico ministero-soggetto è chiamato a compiere nell'adempimento del proprio ufficio».

giudiziario collocato come tale in posizione di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere», che «non fa valere interessi particolari ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge» (Corte cost. 190/1970 e 96/1975). Ma egli è anche *parte* del processo, in senso accusatorio.

4. Il nuovo c.p.p.: un «accusatorio all'europea».

I difetti strutturali del codice del 1930⁴² e le numerose dichiarazioni di illegittimità costituzionale che, nel frattempo, ne cominciarono a invalidare numerosi articoli, resero necessario il ripensamento del rito penale.

Così, con la legge delega 16.2.1987, n. 81, il legislatore italiano conferì al Governo il compito di emanare il nuovo codice di procedura penale «secondo i principi e i criteri direttivi e con le procedure previste dalla presente legge». In particolare, nell'art. 2 si prescriveva che il nuovo codice attuasse i principi della Costituzione e si adeguasse alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale; inoltre, si indirizzava l'esecutivo verso l'attuazione nel processo penale dei «caratteri del sistema accusatorio»⁴³. Di particolare rilievo, in tal senso, l'indicazione affinché si mirasse alla «massima semplificazione nello svolgimento del processo con eliminazione di ogni atto o attività non essenziale» (art. 2, comma 1, n.1).

⁴² Si sofferma sulle difficoltà del codice di rito del 1930, E. Zappalà, *Processo penale ancora in bilico tra sistema accusatorio e sistema inquisitorio*, in *Diritto penale e processo*, 1998, 7, pp. 886 ss. In particolare, l'Autore si riferisce a: l'arresto in aula del testimone ritenuto falso; l'attribuzione all'organo istruttore del potere di ricerca della prova d'accusa e di quello di decidere sulla libertà della persona indagata; l'inutilità della fase del giudizio, di fatto di conferma degli accertamenti già svolti durante la fase istruttoria; le difficoltà cui, di conseguenza, andava incontro la difesa; la durata eccessiva del processo; la commistione fra potere inquisitorio e potere giurisdizionale; la pantomima di un rito solo in astratto ispirato alla oralità e al contraddittorio.

⁴³ Precisa E. Zappalà, *op. cit.*, p. 886: «Certo l'aver indicato come linea di riforma l'adozione del sistema accusatorio non significava affatto aver risolto tutti i problemi d'impianto del nuovo processo, perché, come è noto, non esiste storicamente un processo accusatorio mutuabile, pronto all'uso, ma significava indubbiamente aver voluto stabilire una determinata scala di valori, propria appunto del modello accusatorio, alla quale bisognava ispirarsi nel congegnare il concreto articolarsi degli istituti processuali».

Con il d.P.R. 447/88, è stato adottato il nuovo codice di procedura penale introducendo un sistema di stampo tendenzialmente accusatorio⁴⁴.

Fra le novità di maggior impatto rispetto al precedente impianto si rammentano: la scomparsa del giudice istruttore⁴⁵; la netta ripartizione dei ruoli e una precisa separazione tra le diverse fasi processuali; l'accoglimento del principio dispositivo della prova; la limitazione dell'acquisizione della prova da parte del giudice a specifiche ipotesi predeterminate dalla legge; la sottrazione al giudice del dibattimento della conoscenza del materiale probatorio precedentemente raccolto; il principio di oralità, il divieto di letture e il contraddittorio fra le parti nella formazione della prova⁴⁶.

Restano, tuttavia, pure istituti e strutture derivati dalla tradizione continentale, con qualche eco inquisitorio.

In questo senso, Ennio Amodio, già all'indomani dell'entrata in vigore del codice, qualifica il nuovo sistema processuale penale italiano come un

⁴⁴ Scrive a tal proposito E. Grande, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Giappichelli Editore, Torino, p. 49: «nessun modello figlio della tradizione inquisitoria aveva fino a quel momento osato un mutamento così radicale. Lo stesso legislatore tedesco, aveva fatto penetrare i caratteri liberali del modello accusatorio (raggiungendo così l'antitesi mista) attraverso modifiche di singoli ambiti della procedura (udienze preliminari, enfasi sul diritto alla difesa, eliminazione della figura del giudice istruttore). Nella tradizione di civil law il solo legislatore italiano ha finora tentato un salto tanto ambizioso da una realtà inquisitoria, sia pur profondamente modificata rispetto al 1930, ad un ideale accusatorio di progresso».

⁴⁵ E. Zappalà, *op. cit.*, p. 887: «Un passaggio fondamentale per la realizzazione di tale cambiamento è l'abolizione della figura emblematica del tradizionale modello inquisitorio: il giudice istruttore. Al di là del valore simbolico, la scomparsa del giudice istruttore rappresenta un segno chiaro, esplicito del mutamento di rotta della politica processuale penale italiana, perché consente la messa in opera di uno schema accusatorio fondato sulla distinzione non equivoca tra fase dell'investigazione e fase di elaborazione della prova».

⁴⁶ Con riferimento alla limitazione dei poteri del giudice, si rammentino le conclusioni (contrarie) cui la Corte costituzionale è giunta nella sentenza n. 255 del 1992. Ivi i giudici costituzionali hanno affermato che nel nuovo processo italiano, accanto alla regola dell'oralità, vi è da rispettare anche il principio di non dispersione dei mezzi di prova: un sistema probatorio che impedisce al giudice di valutare le precedenti dichiarazioni raccolte nel corso delle indagini preliminari non può essere considerato ragionevole, dato che il fine principale del processo penale è la ricerca della verità. Deve dunque essere data al giudice la possibilità di utilizzare tutte le risorse conoscitive, ivi comprese le dichiarazioni acquisite senza le garanzie del contraddittorio. La svolta "inquisitoria" impressa da tale sentenza è alla base delle modifiche al c.p.p. apportate, dapprima, con l. 356 del 1992 e, successivamente, con la l. 267 del 1997, con cui si ripristina il divieto di utilizzare prove acquisite fuori dal contraddittorio senza il consenso delle parti. Con la legge costituzionale 63 del 2001, sul giusto processo, la disciplina è stata ulteriormente modificata.

“accusatorio all’europea”⁴⁷, cioè come un processo che, pur aspirando alla tradizione accusatoria, mantiene pur sempre saldi alcuni istituti della tradizione continentale.

Si giustifica in tale ottica, anzitutto, il mancato recepimento del principio di disponibilità della pretesa punitiva, connaturale alla struttura del processo di *common law* e da noi rimpiazzato con il principio di disponibilità dei mezzi di prova: «la svolta impressa al nostro ordinamento investe la *tecnica* del processo e non la *tutela giurisdizionale* intesa come regime di utilizzazione dello strumento processuale legato all’interesse sostanziale pubblico alla repressione dei fatti criminosi. La legge delega e il progetto preliminare del nuovo codice non danno spazio alla disponibilità della tutela poiché consentire al pubblico ministero di restringere l’area di indefettibilità dell’azione in presenza di notizie di reato non manifestamente infondate significherebbe violare il principio di legalità sancito dall’art. 25 comma 2 Cost., prima ancora che il principio di obbligatorietà dell’azione penale dettato dall’art. 112 Cost.»⁴⁸. Così, istituti come il patteggiamento o il rito abbreviato, in cui più forte si sente l’eco del modello anglo-americano, nel modello italiano vanno ricondotti alla tecnica del processo, cioè ai poteri delle parti interni alla struttura procedimentale e non alla disponibilità della pretesa punitiva: il giudice resta pur sempre titolare di una, sia pur limitata e anomala, *iurisdictio*.

Possono essere individuati quali “strascichi” della tradizione di *civil law* anche il rifiuto della struttura bifasica del processo e la mancanza di una giuria popolare chiamata a decidere sul *fatto*. Così, se il processo di *common law* tendenzialmente si caratterizza per una biforcazione del momento in cui viene accertata la colpevolezza rispetto a quello in cui viene determinata la pena, il sistema italiano del 1988 affida a un unico corpo giudicante tanto la decisione

⁴⁷ E. Amodio, *Un “accusatorio all’europea” per la riforma della procedura penale continentale*, in AA.VV., *Il nuovo codice di procedura penale visto dall’estero. Atti del seminario di Torino (4-5 maggio 1990)*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 225 ss.

⁴⁸ E. Amodio-C. Bassiouni, *Il processo penale negli Stati Uniti d’America*, Giuffrè, Milano, 1988, p. XLVIII, in cui si specifica pure che «un processo di parti, informato al principio dispositivo sul terreno della prova, nega all’accusatore e all’imputato il potere di disporre dell’oggetto della controversia secondo i canoni della legalità sostanziale e processuale radicati nella cultura continentale».

sulla colpevolezza quanto quella relativa alla commisurazione della pena. Tale caratteristica pare avere un peso determinante nello scivolamento del sistema processuale penale italiano verso un modello dominato dal giudice e non dalle parti: «gravato dell'onere di stabilire se l'imputato sia colpevole o innocente, il giudice italiano, a differenza del suo collega d'oltre oceano, risulta infatti anche personalmente responsabile della correttezza della decisione sul merito e quindi dell'esatta ricostruzione dei fatti. Ciò lo induce inevitabilmente ad assumere il maggior controllo possibile sulla dinamica processuale ed a ricoprire un ruolo il più possibile attivo nell'accertamento del fatto»⁴⁹.

D'altra parte, fra le scelte del legislatore italiano maggiormente contraddittorie rispetto al modello di riferimento, vi è quella del mantenimento del principio di obbligatorietà dell'azione penale. Il funzionamento di un rito tanto farraginoso e sofisticato, innestatosi su una realtà sociale e culturale piuttosto complessa, avrebbe infatti richiesto l'adozione di forme flessibili anche dell'esercizio dell'azione penale. Lo stesso legislatore, nella Relazione al progetto preliminare, rammentava: «l'esperienza degli ordinamenti che da secoli prevedono un processo di tipo accusatorio, insegna che tale modello processuale è in grado di trovare pratica applicazione, stante il notevole dispendio di risorse richieste dalla formazione orale della prova in dibattimento e dalla *cross examination*, solo se a essa si accompagnano forme di definizione anticipata del dibattimento»⁵⁰. E, già all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, Giuliano Vassalli, ministro di grazia e giustizia in carica, parlava dell'opportunità di modificare il principio di obbligatorietà dell'azione penale che «urta manifestamente e sistematicamente contro una visione funzionale della giustizia»⁵¹.

In generale, si ritiene che con la riforma del 1988 il legislatore abbia perso l'occasione di riconsiderare in senso *adversary* e accusatorio il ruolo del pubblico

⁴⁹ E. Grandi, *op. cit.*, pp. 55-56.

⁵⁰ C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza penale del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 33, nota 96.

⁵¹ http://www.archiviola stampa.it/component/option,com_lastampa/task,search/mod,libera/action,viewer/Itemid,3/page,3/articleid,0927_01_1989_0022_0003_12514081/

ministero. Il mantenimento della sua natura di magistrato, appartenente allo stesso corpo dei colleghi giudicanti, fa sì che il p.m. italiano si percepisca e venga anche percepito come organo neutrale e non come parte, quindi soggetto *parziale*, del processo⁵². La struttura del rito penale e i poteri legati all'esercizio dell'azione penale, ne sono un'ulteriore conferma.

4.1. Le indagini preliminari, l'esercizio dell'azione penale e i controlli endoprocessuali nel nuovo c.p.p.

Il nuovo impianto codicistico prevede la suddivisione del processo penale in tre fasi.

La prima, la fase delle indagini preliminari, prende avvio dalla denuncia di una *notitia criminis* e si caratterizza per gli ampi poteri investigativi riconosciuti al pubblico ministero e alla polizia giudiziaria per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale (artt. 326 e ss. c.p.p.)⁵³. In particolare, certa dottrina ritiene che dal disposto dell'art. 330 c.p.p., secondo cui «Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria prendono notizia dei reati di propria iniziativa e ricevono le notizie di reato presentate o trasmesse a norma degli articoli seguenti», sia deducibile un potere *indiscriminato* del pubblico ministero di iniziare le indagini, in qualsiasi momento, su qualsiasi persona: «A differenza del

⁵² Scrive a tal proposito M. Nobili, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, CEDAM, Padova, 1998, pp. 158-159: «Ecco, l'atavica stortura, l'incrostazione di fondo, l'ipoteca che quasi fa passare in secondo piano la struttura e l'importanza altrimenti decisiva dei modelli procedurali via via adottati o riformati, consiste nel concepire che – in ambito penale – a fronte dell'accusato stia una entità unica: l'autorità giudiziaria, sia essa impersonata da uno o da due magistrati, da un pretore “bifronte”, da un “pubblico ministero – giudice” o da un “giudice – pubblico ministero”. Ricorrono nella matrice, e nelle concrete propensioni, e negli atteggiamenti operativi, strutture mentali, procedurali, istituzionali, organizzative, *bipolari*: insomma, l'idea di uno scontro a due, inquirenti-inquisito. Carrara fotografava assetti del genere, presentando la vicenda giudiziaria penale, per l'appunto come una battaglia fra “individuo e autorità”. [...] qui da noi, giudice e pubblico ministero stanno entrambi dentro quella stessa parola (autorità), che influisce profondamente non solo su assetti organizzativi, ma anche e soprattutto sulla maniera di concepire le funzioni interne al processo».

⁵³ M. Fabri, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, p. 544, che, con riferimento alla formula utilizzata nell'art. 326 c.p.p., ritiene che, nella fase delle acquisizioni conoscitive il pubblico ministero sia l'interprete delle necessità, «le quali verranno vagliate e misurate dal loro *dominus*, secondo la sua soggettiva valutazione». In tale fase, secondo l'autore, la discrezionalità psicologica e la discrezionalità-opportunità finiscono inevitabilmente per confondersi.

giudice che ha una ben circoscritta competenza territoriale, il PM può invece promuovere e svolgere di sua iniziativa e nella pienezza dei suoi poteri indagini su qualsiasi persona e su qualsiasi ipotesi di reato, ovunque commesso e che lui stesso ipotizza. Ha cioè una competenza territoriale illimitata»⁵⁴.

Tale fase è presidiata dal giudice per le indagini preliminari (g.i.p.), chiamato a garantire il controllo giurisdizionale sulle attività del pubblico ministero che implicino compromissioni alle situazioni giuridiche dell'indagato⁵⁵; egli tendenzialmente non dispone di poteri investigativi, non conosce gli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero e giudica solo sulle richieste eventualmente avanzate dalle parti su temi specifici fissati per legge; eccezionalmente, assicura già nella fase delle indagini preliminari un'attività di raccolta delle prove mediante la procedura dell'incidente probatorio (artt. 392 e ss. c.p.p.). La durata delle indagini preliminari, di norma, non può eccedere i sei mesi dalla data in cui il nome dell'indagato è iscritto nel registro delle notizie di reato; eccezionalmente, il termine può essere prorogato per giusta causa, e per un periodo predeterminato dal legislatore, nei casi di particolare complessità delle indagini ovvero di oggettiva impossibilità di concluderle entro il termine assegnato⁵⁶. Sulla richiesta dispone il g.i.p.⁵⁷.

⁵⁴ G. Di Federico, *Diritti umani e amministrazione della giustizia*, in *Archivio penale*, 2012, 1, p. 4.

⁵⁵ E. Amodio, Relazione al convegno “*L'azione per la repressione dell'illecito tra obbligatorietà e discrezionalità*”, Atti del XV Convegno di Senigallia, 2-3 febbraio 1990, in *Giustizia e Costituzione*, 1991, p. 37, ritiene che l'attribuzione al giudice per le indagini preliminari di un sindacato sulle scelte del p.m. rappresenti «l'anello di congiunzione fra la cultura angloamericana, che in qualche parte abbiamo orecchiato da lontano, e la nostra tradizione europea. Se non si vede questo non s'intende il nuovo codice. Quando si dice che il P.M. è il *dominus* dell'azione penale, si dimentica che c'è un giudice delle indagini preliminari il quale può addirittura sindacare le scelte del P.M., non condividendo, per esempio, la richiesta di archiviazione, imponendo le indagini suppletive oppure la formulazione coatta dell'accusa. Se andassimo a raccontare queste cose agli inglesi o agli americani li faremmo sorridere perché la discrezionalità dell'azione penale pura sta proprio in questo: il P.M. è un privato, un *prosecutor* e, nonostante sia un organo politico, secondo la tradizione della *common law*, è un privato che può decidere di non esercitare l'azione penale e non c'è nessuno, neanche il giudice, che possa intervenire».

⁵⁶ Si tenga conto che l'art. 407 c.p.p. è da ultimo stato modificato con la legge n. 103 del 2017.

⁵⁷ U. Nannucci, Relazione al convegno “*L'azione per la repressione dell'illecito tra obbligatorietà e discrezionalità*”, Atti del XV Convegno di Senigallia, 2-3 febbraio 1990, in *Giustizia e Costituzione*, 1991, p. 21, ritiene che il termine per le indagini preliminari entri in conflitto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale: «Questa novità ha due effetti

Come anticipato, tale fase è deputata alle determinazioni relative all'esercizio del potere di accusa. L'art. 50 c.p.p. prevede che l'obbligo di esercitare l'azione penale sorga soltanto se il p.m. abbia verificato la mancanza dei presupposti che rendono doverosa l'archiviazione⁵⁸. A norma dell'art. 408 c.p.p., il pubblico ministero, se reputa *infondata* la notizia di reato, presenta al giudice per le indagini preliminari richiesta di archiviazione, trasmettendogli il fascicolo contenente la notizia di reato, la documentazione relativa alle indagini espletate e i verbali degli atti compiuti dinanzi al g.i.p. stesso. La notizia di reato si considera *infondata* quando, ex art. 125 disp. att. c.p.p., gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari *non siano idonei a sostenere l'accusa in giudizio*⁵⁹.

perversi: discrimina i reati complessi da quelli semplici e ferisce direttamente il principio della obbligatorietà. Il quale implica, necessariamente, la potestà di ricercare gli elementi conoscitivi indispensabili per chiarire se l'accusa vada sostenuta o no: questa potestà e libertà di ricerca costituiscono lo spazio di autonomia e di indipendenza costituzionalmente riservato al pubblico ministero-uomo e al pubblico ministero-magistrato». Secondo l'Autore, inoltre, sarebbe confliggente con il canone dell'art. 112 Cost. anche la presenza di un giudice per le indagini preliminari: «Siamo in presenza di forme di dispotismo giurisdizionale irragionevoli ed opposte alla logica di un processo accusatorio, che è incompatibile per natura con qualsiasi forma di coinvolgimento del giudice nel programma investigativo dell'accusa. Qui è invece il giudice che decide, sostituendosi all'accusatore, se assumere prove, e impiegare certi mezzi di ricerca della prova, se autorizzare la riapertura delle indagini. Lui può ordinare all'accusa di accusare e può, altresì, decidere sull'accusa da lui stesso voluta». Alla luce di tali considerazioni «la funzione accusatoria non è più dunque onere e responsabilità esclusiva dell'accusa, ma frutto dell'azione combinata di pubblico ministero e giudice, in un connubio nel quale è quest'ultimo ad avere la posizione dominante». Altrettanto critico con la fissazione di un termine per le indagini preliminari si mostra M. Fabri, *Discrezionalità e modalità di azione del pubblico ministero nel procedimento penale*, in *POLIS* 1997, XI, pp. 179-182.

⁵⁸ Sull'istituto dell'*archiviazione* così come delineato nel nuovo codice di rito, v., fra i numerosi contributi: G. Fiorelli, *L'imputazione latente*, Giappichelli, Torino, 2016; M. Marafioti, *L'archiviazione tra crisi del dogma di obbligatorietà dell'azione penale e opportunità del fatto*, in *Cassazione penale*, 1992, pp. 207 ss.; N. Stabile, *L'archiviazione nel nuovo codice tra legge delega e norme di attuazione. Riflessi della riforma in tema di obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, in *Cassazione penale*, 1990, pp. 981 ss.; V. Grevi, *Archiviazione per "inidoneità probatoria" ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, pp. 1285 ss.; G. Giostra, voce *Archiviazione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, I, 1988, pp. 6 ss.

⁵⁹ Con riferimento alla possibile vaghezza delle espressioni utilizzate in tale articolo V. Grevi, *op. cit.*, pp. 1297-1298 scrive: «[...] la circostanza che il criterio espresso nell'art. 125 disp. att. lasci un certo margine di discrezionalità agli apprezzamenti del pubblico ministero (in particolare, circa il grado di attitudine degli elementi acquisiti a costituire una adeguata piattaforma dell'accusa *in iudicio*) appare scarsamente rilevante, una volta che si riconosca trattarsi di valutazioni riconducibili ad una discrezionalità di natura tecnica, come sono tipicamente quelle rappresentate da un giudizio prognostico circa il futuro sviluppo del processo. Una discrezionalità che [...] non sfugge alla possibilità di un sindacato esterno, da parte di un organo chiamato a controllare la corretta applicazione dei canoni fissati dalla legge, diversamente da quel che

Una volta verificata la documentazione allegata, il g.i.p. potrebbe accogliere la richiesta del p.m. e pronunciare decreto di archiviazione (fatta salva la possibilità che maturino i presupposti per una riapertura delle indagini *ex art. 414 c.p.p.*) o respingerla. In quest'ultimo caso, fissa un'udienza camerale in seguito alla quale può disporre che il p.m. svolga ulteriori indagini oppure ordinare la c.d. imputazione coatta, cioè la formulazione dell'imputazione (art. 409 c.p.p.)⁶⁰. Lo stesso meccanismo opera anche quando la persona offesa dal reato si opponga alla richiesta di archiviazione formulata dal p.m., sempre che l'opposizione sia ammissibile e la notizia di reato risulti fondata (art. 410 c.p.p.).

La Corte costituzionale ritiene che entrambi gli strumenti citati siano espressione e garanzia del *principio di completezza* che, in base a quanto previsto dall'art. 112 Cost., informa lo svolgimento delle indagini⁶¹. Si orienterebbero in tale direzione anche il potere di avocazione riconosciuto al procuratore generale presso la corte d'appello nell'art. 412 c.p.p. e, in fase di udienza preliminare (v. avanti), il potere del g.u.p. di disporre ulteriori indagini *ex art. 421bis c.p.p.* Nonostante, infatti, il nuovo codice di rito abbia collocato l'azione penale al termine della fase investigativa, così conferendogli una veste *concreta*⁶², secondo

accadrebbe ove al pubblico ministero fosse consentito di determinarsi circa l'*an* dell'azione penale in base a ragioni di opportunità o di convenienza *latu sensu* politica».

⁶⁰ Con riferimento alla imputazione coatta, scrive M. Fabri, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, cit., p. 561: «Poiché presupposto dell'imputazione coatta è la non necessità di nuove indagini, ne deriva che pur di fronte alla sufficienza ed esaustività dell'attività d'indagine, e mancando ogni omissione da parte del pubblico ministero, il processo si instaura sulla base di una valutazione contraria a quella del soggetto cui è istituzionalmente rimesso il suo innesto. [...] Ne deriva che l'art. 409, comma 5, dietro la maschera del controllo sull'effettivo dispiegamento dell'obbligo costituzionale di agire, nasconde un trasferimento della funzione d'accusa dal pubblico ministero al giudice».

⁶¹ La Corte costituzionale ha enunciato il principio di completezza delle indagini preliminari dapprima, incidentalmente, con la sentenza n. 445 del 1990, con la pronuncia n. 88 del 1991 e, con riferimento specifico al giudizio abbreviato, con la sentenza n. 115 del 2001.

⁶² V. Grevi, *op. cit.*, pp. 1284-1285. In particolare, nel tracciare la differenza rispetto al codice di rito abrogato, l'Autore scrive: «Da un canto, il codice abrogato richiedeva una valutazione di infondatezza *ex ante* (quindi, per quanto si è detto, necessariamente "manifesta"), sicché il giudice istruttore, a seguito della richiesta di archiviazione presentata dal pubblico ministero, era tenuto ad accertare, sulla base dei pochi elementi risultanti dagli atti preliminari all'istruzione, se esistesse, o meno, un sia pur minimo *fumus* di non infondatezza delle notizie di reato, tale da far ritenere "non superflua" la fase istruttoria. Per converso, il codice del 1988 richiede agli stessi fini una valutazione di infondatezza *ex post*, cioè da condursi sulla base dell'intero complesso degli elementi raccolti nel corso delle indagini preliminari [...]».

l'orientamento maggioritario, il principio di obbligatorietà dell'azione penale estenderebbe i suoi effetti anche alla fase antecedente il suo effettivo esercizio risolvendosi essenzialmente nella necessità di verificare la fondatezza dell'accusa attraverso lo svolgimento di indagini *complete*⁶³.

4.2. L'udienza preliminare e il dibattimento.

Ove le indagini preliminari abbiano fatto propendere il pubblico ministero per l'esercizio dell'azione penale, egli avanzerà apposita richiesta di *rinvio a giudizio*. Così come la richiesta di archiviazione, anche tale istanza *non deve essere motivata* ma viene rimessa alla valutazione di un apposito organo giurisdizionale: il giudice dell'udienza preliminare. Egli ha il compito di fissare la data dell'udienza, che si svolge in camera di consiglio (art. 418). Durante l'udienza, conclusi gli accertamenti relativi alla costituzione delle parti, il pubblico ministero espone sinteticamente i risultati delle indagini preliminari, seguito dalle difese della parte civile, del responsabile civile, della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria e dell'imputato. Quest'ultimo può rendere dichiarazioni spontanee o richiedere di essere sottoposto a interrogatorio. Le parti formulano quindi le rispettive conclusioni. A tal punto il g.u.p. potrebbe ritenere di decidere allo stato degli atti e dichiarare chiusa la discussione (art. 421, comma 4, c.p.p.). Diversamente, potrebbe: 1) indicare il compimento di ulteriori indagini, ove ritenga incomplete quelle già espletate (art. 421 *bis* c.p.p.); 2) disporre, anche d'ufficio, l'assunzione delle prove delle quali appare evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere.

In entrambi i casi, il g.u.p. fissa la data di una nuova udienza, al termine della quale, dichiarata chiusa la discussione egli potrà pronunciare sentenza di non luogo a procedere, per le ragioni di cui all'art. 425 c.p.p.⁶⁴; ovvero emettere il

⁶³ M. Fabri, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, cit., pp. 552 ss. In generale, sul tema della completezza delle indagini preliminari v. F. Siracusano, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2005, *passim*.

⁶⁴ Si tenga conto che il terzo comma dell'art. 425 c.p.p., così come modificato con la l. 479/99, consente al g.u.p. di pronunciare sentenza di non luogo a procedere «anche quando gli elementi

decreto che dispone il giudizio. In tale ultima ipotesi, si provvede nel contraddittorio fra le parti alla formazione del fascicolo per il dibattimento (art. 431 c.p.p.)⁶⁵ e si trasmettono gli atti alla cancelleria del giudice competente per il giudizio.

Si apre, quindi, la fase del dibattimento. Ove non vi siano ragioni per emettere sentenza di proscioglimento (art. 469 c.p.p.) e non vi siano questioni preliminari, il giudice del dibattimento, espletate le formalità di cui all'art. 484 c.p.p., dichiara aperto il dibattimento. Le parti avanzano, quindi, le richieste di prove sulla cui ammissione il giudice provvede a norma dell'art. 495 c.p.p. Si apre, dunque, l'istruzione dibattimentale, cioè l'assunzione delle prove, nel contraddittorio fra le parti, su cui il giudice del dibattimento formerà il proprio convincimento.

Si rammenti in tal senso che, nonostante il nuovo impianto processuale abbia demandato alla disponibilità delle parti la individuazione dell'impianto probatorio da produrre ed acquisire, il giudice resta titolare di taluni precipui poteri. Così, a norma dell'art. 495, comma 4, c.p.p., egli può, sentite le parti, «revocare con ordinanza l'ammissione di prove che risultano superflue o ammettere prove già escluse»; a norma dell'art. 506 c.p.p., può indicare alle parti temi di prova nuovi o più ampi e può rivolgere direttamente domande ai testimoni, periti, consulenti tecnici, alle persone di cui all'art. 210 c.p.p. e alle parti già esaminate, solo dopo l'esame e il controesame; a norma dell'art. 507

acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio». Tale facoltà, per vero, sembra indebolire l'attività di controllo e le determinazioni precedentemente assunte dal g.i.p. La sentenza è ricorribile in Cassazione (art. 428 c.p.p.)

⁶⁵ Nello specifico, nell'art. 431 c.p.p. si prevede che entrino nel fascicolo del dibattimento: a) gli atti relativi alla procedibilità dell'azione penale e all'esercizio dell'azione civile; b) i verbali degli atti non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria; c) i verbali degli atti non ripetibili compiuti dal pubblico ministero o dal difensore; d) i documenti acquisiti all'estero mediante rogatoria internazionale e i verbali degli atti non ripetibili assunti con le stesse modalità; e) i verbali degli atti assunti nell'incidente probatorio; f) i verbali degli atti, diversi da quelli previsti nella lettera d), assunti all'estero a seguito di rogatoria internazionale ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana; g) il certificato generale del casellario giudiziario e gli altri documenti indicati nell'art. 236; h) il corpo del reato e le cose pertinenti al reato, qualora non debbano essere custoditi altrove. Nel secondo comma si stabilisce che «Le parti possono concordare l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, nonché della documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva».

c.p.p., può disporre, «se risulta assolutamente necessario», l'assunzione di nuovi mezzi di prove.

Esaurita l'assunzione delle prove, si volge la discussione finale durante la quale le parti formulano le rispettive conclusioni. Quindi il presidente dichiara chiuso il dibattimento e delibera la sentenza. A norma dell'art. 526, comma 1, c.p.p., «Il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento». La sentenza può essere di non doversi procedere, di assoluzione (art. 530 c.p.p.) o di condanna, allorquando l'imputato «risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio» (art. 533 c.p.p.). Con la sentenza di condanna, il giudice decide pure sulle questioni civili (artt. 538-543 c.p.p.).

4.3. I procedimenti speciali.

L'adozione di un sistema processuale accusatorio – sofisticato, costoso e garantistico – necessiterebbe, per il suo efficace funzionamento, della previsione di forme di processo più rapide per la definizione del maggior numero dei casi⁶⁶: «è esperienza consolidata in tutti i paesi di più antica tradizione accusatoria, infatti, che il 90% dei processi si risolve con procedure semplificate»⁶⁷. Tale esigenza era ben nota ai redattori del nuovo codice di rito i quali condividevano l'idea che la maggior parte dei processi non avrebbe dovuto seguire il più complesso e dispendioso *iter* ordinario. D'altra parte, con riferimento alle

⁶⁶ Si oppone alla tesi secondo cui i riti alternativi sarebbero un portato necessario del modello accusatorio L. Ferrajoli, *Patteggiamenti e crisi della giurisdizione*, in *Questione giustizia*, 1989, p. 376: «una simile tesi, confortata dal richiamo all'esperienza del processo accusatorio americano e particolarmente del *plea bargaining*, è frutto di una confusione tra il modello teorico accusatorio – che consiste unicamente nella separazione tra giudice e accusa, nella parità tra accusa e difesa, nell'oralità e nella pubblicità del giudizio – e i concreti caratteri empirici del processo accusatorio statunitense alcuni dei quali, come la discrezionalità dell'azione penale e il patteggiamento, non hanno con il modello teorico nessun nesso logico. La confusione, ingiustificabile sul piano teorico, è spiegabile sul piano storico: discrezionalità dell'azione penale e patteggiamento sono infatti un relitto moderno del carattere originariamente privato e/o popolare dell'accusa [...]. Ma l'una e l'altro sono oggi del tutto ingiustificati in sistemi nei quali – come in Italia, ma anche negli Stati Uniti – l'organo dell'accusa è pubblico e pubbliche sono sia le potestà che l'attività accusatoria».

⁶⁷ E. Zappalà, *op. cit.*, p. 888.

peculiarità del sistema processuale penale italiano, la previsione di tali riti rappresenterebbe pure uno strumento concreto per dare attuazione alla obbligatorietà dell'azione penale: «il ricorso indiscriminato al procedimento ordinario si porrebbe, infatti, come un insormontabile ostacolo, frapposto dallo stesso pubblico ministero, al principio di legalità: come a dire che da un lato il pubblico ministero promuove l'azione penale, dall'altro assume atteggiamenti processuali in contrasto con l'obbligatorietà di tale esercizio. Sotto questo punto di vista, i riti alternativi non solo non si pongono in contrasto con l'art. 112 Cost., ma costituiscono un presupposto della sua pratica attuazione»⁶⁸.

A tal fine, nel libro VI del codice di procedura penale, intitolato «Procedimenti speciali», il legislatore del 1989 ha disciplinato una serie di procedimenti alternativi allo svolgimento del rito ordinario cui il p.m. o l'imputato possono ricorrere allorquando sussistano le condizioni specifiche indicate nei relativi articoli.

Di fatto, tuttavia, sembra che la struttura e il funzionamento concreto di tali riti tradiscano l'intento di partenza, inficiando, a valle, il funzionamento dello stesso meccanismo accusatorio. E ciò non solo per la *indisponibilità* della pretesa punitiva in capo alle parti (elemento essenziale delle trattative nel modello *adversary*) ma pure – e soprattutto – per l'avvenuta formalizzazione di procedure che, invece, nascono e si giustificano alla luce della libertà delle parti di muoversi entro schemi che non siano rigidamente predefiniti.

Si tenga conto che, secondo taluna dottrina, lo scarso successo dei riti alternativi in Italia si giustifica anche alla luce del sistema di reclutamento e della carriera *burocratica* della pubblica accusa, elementi che permettono al p.m. di ottenere avanzamenti di carriera e aumenti di stipendio indipendentemente dal numero di assoluzioni o condanne ottenute o dalla utilità o meno dell'esercizio dell'azione penale. In tal senso, la mancanza di qualsiasi incentivo per l'accusa a collaborare

⁶⁸ G. Neppi Modona, *Principio di legalità e nuovo processo penale*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 128.

all'efficienza del sistema sembrerebbe contribuire a menomare le grosse potenzialità di tali strumenti deflativi⁶⁹.

Negli artt. 438 – 443 è previsto il giudizio abbreviato, la cui disciplina è stata completamente rivisitata con la l. 479/99⁷⁰. La sua attivazione è subordinata a una richiesta dell'imputato, formulabile fino che non siano state espletate le formalità di cui agli artt. 421 e 422 c.p.p., e implica che il processo venga definito nell'udienza preliminare, allo stato degli atti. Si fa salva comunque la possibilità: dell'imputato, di subordinare la richiesta a una integrazione probatoria; del giudice, di assumere, anche d'ufficio, gli elementi necessari ai fini della decisione; del p.m., di procedere alle contestazioni di cui all'art. 423, comma 1, c.p.p. Il giudizio si svolge in camera di consiglio osservando le disposizioni previste per l'udienza preliminare. Al termine della discussione, il giudice provvede a norma degli artt. 529 e ss. c.p.p. In caso di condanna, la pena è diminuita di un terzo; alla pena dell'ergastolo è sostituita quella della reclusione di anni trenta; alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo. L'accesso al giudizio abbreviato, quindi, comporta la non celebrazione del dibattimento e dà diritto, in caso di condanna, a una diminuzione della pena.

Negli artt. 444 – 452 è disciplinato l'istituto dell'«Applicazione della pena su richiesta delle parti», impropriamente appellato “patteggiamento”. L'imputato o il pubblico ministero possono chiedere al giudice l'applicazione, nella specie e nella misura indicata, di una sanzione sostitutiva o di una pena pecuniaria, diminuita fino a un terzo, ovvero di una pena detentiva, quando questa, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non supera cinque anni soli o congiunti a pena pecuniaria. La richiesta prevista dall'art. 444 c.p.p. può essere

⁶⁹ E. Grande, *op. cit.*, p. 78.

⁷⁰ In particolare – si legge in C. Bressanelli, *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, in *Cassazione penale*, 2010, p. 1702 – la riforma citata avrebbe introdotto il c.d. rito abbreviato condizionato, come una sorta di anticipazione al dibattimento idonea a consentire al giudice, in alcuni casi, una cognizione più ampia di quella garantita dalla conoscenza dei soli atti d'indagine. Si rammenta in tal senso pure la sentenza della Corte Costituzionale n. 184 del 2009.

avanzata nel corso delle indagini preliminari, fino alla formulazione delle conclusioni di cui agli artt. 421 e 422 c.p.p. e, comunque, fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento nel giudizio direttissimo e nelle forme di cui all'art. 458, comma 1, c.p.p. in caso di giudizio immediato. L'accesso a tale procedura non può essere richiesto per i delitti indicati nell'art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p. In tutti gli altri casi, allorquando vi sia il consenso anche della parte che non ha formulato la richiesta, non debba essere pronunciata sentenza di proscioglimento e si ritenga corretta la qualificazione giuridica del fatto e congrua la pena indicata, il giudice ne dispone in sentenza l'applicazione. A norma dell'art. 448 c.p.p., la richiesta di patteggiamento respinta in fase di indagini preliminari può essere rinnovata dinanzi al giudice del dibattimento; quest'ultimo, *se la ritiene fondata*, può pronunciare immediatamente sentenza. «Nello stesso modo il giudice provvede dopo la chiusura del dibattimento di primo grado o nel giudizio di impugnazione quando ritiene ingiustificato il dissenso del pubblico ministero o il rigetto della richiesta». Tale istituto, che più degli altri pare rievocare le forme negoziali di derivazione anglosassone, per vero sembra contraddirne la stessa sostanza: si tratta, infatti, di un patteggiamento *sulla pena* (e non sull'imputazione), che può avvenire a processo già iniziato e che permette l'intervento del giudice.

Negli artt. 449 – 452 c.p.p. è previsto il «Giudizio direttissimo», quale rito alternativo con cui si consente una celebrazione immediata del dibattimento. In particolare, allorquando un soggetto sia stato arrestato in flagranza di reato o abbia reso confessione nel corso dell'interrogatorio, il pubblico ministero, se ritiene di dover procedere, può presentare l'imputato direttamente dinanzi al giudice del dibattimento affinché proceda al giudizio (e alla contestuale convalida dell'arresto; la convalida può essere sostituita dal consenso del p.m. e dell'imputato a procedere comunque a giudizio direttissimo). Si osservano le disposizioni di cui agli artt. 470 e ss. c.p.p.

Negli artt. 453 – 458 c.p.p. è disciplinato il «Giudizio immediato». La sua attivazione è subordinata alla richiesta del pubblico ministero e alla ricorrenza di specifiche circostanze. In particolare, è possibile accedere a tale rito allorquando la prova appaia *evidente* e la persona sottoposta alle indagini sia stata interrogata

sui fatti dai quali emerge l'evidenza della prova (ovvero, a seguito di invito a presentarsi, la stessa abbia omissis di comparire). La richiesta, trasmessa alla cancelleria del g.i.p., può essere avanzata entro novanta giorni dalla iscrizione della notizia di reato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. o nel diverso termine di cui all'art. 453, comma 1 *bis*, nel caso in cui l'indagato si trovi in stato di custodia cautelare. Entro cinque giorni dalla ricezione della richiesta, il g.i.p. emette decreto con cui dispone il giudizio immediato ovvero rigetta la richiesta ordinando la trasmissione degli atti al p.m. Nella prima ipotesi, il decreto è trasmesso, insieme al fascicolo formato ex art. 431 c.p.p., al giudice competente per il giudizio.

Il «procedimento per decreto», previsto negli artt. 459 – 464 c.p.p., permette al p.m. in specifici casi di presentare al g.i.p. richiesta motivata di emissione del decreto penale di condanna chiedendo l'applicazione di una pena diminuita sino alla metà rispetto al minimo edittale. È possibile ricorrere a tale procedura nei procedimenti per reati perseguibili d'ufficio e in quelli perseguibili a querela, quando questa sia stata validamente presentata, allorquando il p.m. ritenga che per gli stessi si debba applicare solo una pena pecuniaria, anche se inflitta in sostituzione di una pena detentiva. Tale richiesta può essere avanzata entro sei mesi dalla data in cui il nome della persona alla quale il reato è attribuito è iscritto nel registro delle notizie di reato. Ove il giudice ritenga di non dover pronunciare sentenza di proscioglimento o di non dover restituire gli atti al p.m., pronuncia decreto di condanna con cui applica la pena nella misura richiesta dal pubblico ministero. L'imputato e la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria hanno facoltà di opporsi al predetto decreto (artt. 461 – 464 c.p.p.).

Infine, con la legge n. 67 del 28 aprile 2014 è stato aggiunto al libro sui procedimenti speciali il titolo V *bis*, rubricato «Sospensione del procedimento con messa alla prova», e gli artt. dal 464 *bis* al 464 *octies*⁷¹. Ivi si prevede che nei

⁷¹ Per un approfondimento mirato sul tema v. E. Lanza, *La messa alla prova processuale. Da strumento di recupero per i minorenni a rimedio generale deflativo*, Giuffrè, Milano, 2017; P. Troncone, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: nuove esperienze di scenari sanzionatori senza pena*, Dike giuridica, Roma, 2017.

casi enunciati nell'art. 168 *bis* c.p.⁷² l'imputato possa formulare richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova. La richiesta può essere avanzata durante le indagini, fino a quando non siano formulate le conclusioni a norma degli artt. 421 e 422 c.p.p. e comunque fino all'apertura del dibattimento, qualora la richiesta sia stata precedentemente rigettata. Sulla richiesta decide il g.i.p. ma è previsto il parere obbligatorio del pubblico ministero. La concessione della misura è subordinata alla predisposizione di un programma di trattamento volto, tra l'altro, alla eliminazione delle conseguenze dannose derivanti dal reato, al risarcimento delle stesse, alla mediazione con la persona offesa e al reinserimento sociale dell'imputato, anche attraverso lavori di pubblica utilità ovvero attività di volontariato di rilievo sociale. Una volta concessa la misura, il giudice stabilisce il termine entro il quale le prescrizioni e gli obblighi relativi alle condotte riparatorie devono essere adempiuti. Decorso il periodo di sospensione, il giudice, tenuto conto del comportamento dell'imputato e del rispetto delle prescrizioni stabilite, ove ritenga che la prova abbia avuto esito positivo pronuncia sentenza con cui dichiara estinto il reato. Diversamente, egli dispone con ordinanza che il processo riprenda il suo corso.

⁷² Il comma 1 dell'art. 168 *bis* c.p. dispone che: «Nei procedimenti per reati puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, nonché per i delitti indicati dal comma 2 dell'articolo 550 del codice di procedura penale, l'imputato può chiedere la sospensione del processo con messa alla prova».

5. Indipendenza interna e organizzazione dell'ufficio del p.m.

Una volta delineato il quadro normativo (e i controlli endoprocessuali) entro cui il pubblico ministero esercita l'azione penale, pare utile considerare – così come fatto per gli altri paesi – pure l'influenza che sull'esercizio della potestà accusatoria, e quindi sul principio di obbligatorietà di cui all'art. 112 Cost., gioca l'organizzazione interna dell'ufficio del pubblico ministero.

In tal senso giova considerare che gli stessi presidi costituzionali che operano per garantire l'indipendenza *esterna* del p.m. non sembrano riguardare l'indipendenza *interna* degli uffici requirenti, la cui regolamentazione è prevalentemente affidata alla legge sull'ordinamento giudiziario. In tal caso, infatti, la delega costituzionale a favore della legislazione ordinaria pare molto più ampia e indeterminata di quanto non lo sia con riferimento alla indipendenza *esterna*⁷³.

Così, la disciplina dell'organizzazione degli uffici del pubblico ministero è oggi contenuta nel d. lgs. 106/2006, attuativo della legge delega n. 150 del 2005 e successivamente modificato con l. 269/2006⁷⁴.

A norma dell'art. 1, il Procuratore della Repubblica è titolare esclusivo dell'azione penale e la esercita nei modi e nei termini fissati dalla legge⁷⁵. Egli assicura il corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale e il rispetto delle norme sul giusto processo da parte del suo ufficio; determina i criteri di organizzazione dell'ufficio, fissa i criteri di assegnazione dei procedimenti

⁷³ E. Albamonte-P. Filippi, *Ordinamento giudiziario: leggi, regolamenti e procedimenti*, UTET, Torino, 2009, p. 234.

⁷⁴ Per vero, tale modifica interviene anche in seguito alla risoluzione urgente con cui, il 5 luglio 2006, il CSM aveva denunciato le storture potenzialmente derivanti dal nuovo d. lgs. 106/2006. Fra queste, si lamentava un possibile contrasto con l'art. 112 Cost. dell'assetto eccessivamente gerarchizzato degli uffici, oltre che lo svilimento di funzioni che ne sarebbe derivato in capo al CSM stesso.

⁷⁵ Con la l. 269/2006 sono state soppresse, nell'art. 1, le parole “sotto la propria responsabilità”. P. Auriemma, *op. cit.*, pp. 190-191 ritiene che l'eliminazione dell'inciso di cui si discute vada intesa «come una riconduzione del dettato normativo all'interno dei parametri di costituzionalità che impongono all'organo requirente l'obbligo di indagine e di eventuale successivo esercizio dell'azione penale in presenza di una *notitia criminis* con esclusione di qualsiasi potere discrezionale nell'esercizio di tale attività; un potere discrezionale che, invece, il richiamo alla “responsabilità” nell'esercizio di un potere di azione che, più propriamente, si configura come un vero e proprio dovere, avrebbe potuto richiamare».

nonché le linee a cui i sostituti devono attenersi nello svolgimento delle proprie funzioni⁷⁶. Può esercitare personalmente l'azione penale o può *assegnare* il suo esercizio ad uno o più magistrati afferenti al proprio ufficio⁷⁷.

Qualora la trattazione di uno o più procedimenti, o di singoli atti di questi, sia assegnata dal Procuratore della Repubblica a uno o più magistrati, con l'atto di assegnazione il procuratore della Repubblica può stabilire i criteri ai quali il magistrato deve attenersi nell'esercizio della relativa attività. Se il magistrato non si attiene ai principi e criteri definiti in via generale o con l'assegnazione, ovvero insorge tra il magistrato ed il procuratore della Repubblica un contrasto circa le modalità di esercizio, il procuratore della Repubblica può, con provvedimento motivato, *revocare* l'assegnazione; entro dieci giorni dalla comunicazione della revoca, il magistrato può presentare osservazioni scritte al procuratore della Repubblica.

I progetti di organizzazione, ivi compresi quelli che regolano l'assegnazione dei procedimenti, devono essere trasmessi al Consiglio Superiore della Magistratura. Si consideri, in tal senso, che con il d.lgs. 106 del 2006 è stato abrogato il comma 3 dell'art. 7 *ter* dell'Ordinamento giudiziario, in cui si conferiva al CSM il potere di regolamentare anche l'organizzazione interna degli uffici del pubblico ministero. Ciò nonostante, con successiva delibera del 12 luglio 2007, il CSM,

⁷⁶ Con riferimento a tale specifica funzione del procuratore capo, pare utile riportare quanto precisato dal CSM nella delibera di *Plenum* del 12 luglio 2007 (reperibile al sito <http://www.csm.it/documents/21768/131364/06+-+Disposizioni+in+materia+di+organizzazione+degli+uffici+del+PM+a+seguito+dell'entrata+in+vigore+del+D.L.vo+20.2.2006+n.+106+-+12.7.2007.pdf/29ffa62b-0a85-4158-af78-450b784400c7>), in cui, al punto 3.2 c), si legge: «I criteri adottati dai procuratori nella organizzazione, come già detto, assumono rilevanza ai fini delle valutazioni di professionalità e di idoneità del dirigente (anche attraverso l'inserimento nel fascicolo personale) e, nei casi più gravi, sul versante dell'incompatibilità funzionale. In prospettiva – approvata la temporaneità delle funzioni direttive – saranno anche utile elemento di valutazione per il “rinnovo” dell’incarico. Ogni valutazione dei provvedimenti adottati dal Procuratore della Repubblica, da parte del Consiglio Superiore, terrà conto delle linee guida consiliari, delle motivazioni adottate dal dirigente dell’ufficio e dei risultati gestionali concretamente ottenuti».

⁷⁷ Con la l. 269/2006 è stato eliminato il riferimento alla *delega* delle funzioni sostituendolo con l'*assegnazione*. Il testo dell'art. 2 d.lgs. 106/2006, infatti, prevedeva originariamente che «Il procuratore della Repubblica è il titolare esclusivo dell'azione penale che esercita, sotto la sua responsabilità, nei casi, nei modi e nei termini stabiliti dalla legge, personalmente ovvero delegando uno o più magistrati addetti all'ufficio. La delega può riguardare la trattazione di uno o più procedimenti ovvero il compimento di singoli atti di essi. Sono fatte salve le disposizioni di cui all'articolo 70-bis del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, e successive modificazioni».

facendo leva sull'obbligo di comunicazione dei criteri organizzativi comunque vigente in capo ai Procuratori, rammenta come il compito dello stesso di esaminare i diversi piani organizzativi si possa tradurre anche nell'espressione di valutazioni negative inseribili negli stessi fascicoli personali dei procuratori e poi utilizzabili in sede di valutazione di professionalità⁷⁸.

Ad esclusione della ipotesi di revoca sembra, tuttavia, che i sostituti godano di una certa autonomia nello svolgimento delle proprie funzioni⁷⁹. In particolare, in base a quanto previsto negli artt. 53 c.p.p. e 70, comma 4, ord. giud., sembra che sia assicurata piena autonomia ai sostituti quando intervengano a sostenere l'accusa nelle udienze penali: in tali ipotesi, infatti, la loro sostituzione sarebbe ammessa solo in casi di gravi impedimenti o in presenza di rilevanti esigenze di servizio o qualora dovessero ricorrere ragioni di convenienza tali da giustificare l'astensione del magistrato dall'adempimento delle sue funzioni in quel certo procedimento⁸⁰.

Nell'art. 6 del d. lgs. 106/2006 si prevede che il procuratore generale presso la corte di appello, al fine di verificare il corretto ed uniforme esercizio dell'azione penale ed il rispetto delle norme sul giusto processo, nonché il puntuale esercizio da parte dei procuratori della Repubblica dei poteri di direzione, controllo e organizzazione degli uffici ai quali sono preposti, acquisisca dati e notizie dalle procure della Repubblica del distretto ed invii al procuratore generale presso la Corte di cassazione una relazione almeno annuale.

⁷⁸ G. Di Federico, *Diritti umani e amministrazione della giustizia*, cit., p. 4.

⁷⁹ Si orientano in tal senso anche le successive delibere del CSM. Così, nella delibera 21 settembre 2011, il CSM ha precisato che «in quanto titolari dei procedimenti loro assegnati, i sostituti esercitano in piena autonomia le scelte investigative e hanno diretta competenza ad adottare qualsiasi atto del procedimento, quando tali determinazioni non risultino in contrasto con specifiche direttive impartite dal Procuratore della Repubblica». Nella delibera 21 luglio 2009, ha ricollegato la salvaguardia del principio di autonomia dei sostituti procuratori all'art. 11 Cost. Allo stesso modo, con delibera del 12 luglio 2007, il CSM aveva specificato che «la scelta dei procuratori di impartire direttive e criteri generali, cioè di linee di azione di carattere generale – ad esempio protocolli investigativi – costituisce una positiva modalità di esercizio dell'azione penale. [...] Comunque dovrà essere preservata la sfera di autonomia professionale e la dignità delle funzioni esercitate dal magistrato dell'ufficio di procura».

⁸⁰ Orlandi R., voce *Pubblico ministero (ufficio del)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. II, tomo II, 2008, p. 948.

Il procuratore generale presso la Corte di Cassazione svolge, infine, un'attività di sorveglianza generale e ha il potere di iniziare l'azione disciplinare, su cui decide il CSM.

La dottrina ritiene che il nuovo assetto delineato con il d.lgs. 106/2006 abbia configurato, in generale, un rapporto di *gerarchia attenuata* fra titolare dell'ufficio e appartenenti allo stesso⁸¹. Altra dottrina accentua, ciò nonostante, l'elevato grado di indipendenza *interna* di cui ciascun p.m. gode rispetto all'ufficio di appartenenza⁸².

In ultimo, pare questa la sede per accennare al potere di *avocazione*, cioè al potere dell'organo superiore di sostituirsi a quello inferiore nello svolgimento di un dato compito. Nel codice di procedura penale, tale potere è espressamente conferito al procuratore presso la corte d'appello nei confronti del procuratore della repubblica presso il tribunale in ipotesi specifiche.

In particolare, nell'art. 372 c.p.p. si prevede l'esercizio *obbligatorio* del potere di avocazione nei casi in cui: a) sia impossibile sostituire il magistrato astenutosi; b) il capo dell'ufficio ha ommesso di provvedere alla tempestiva sostituzione del

⁸¹ P. Tonini, *Manuale breve di diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 60. In particolare si nota come per effetto della recente riforma si sia passati da un sistema classificabile come "personalizzazione delle funzioni" a quello di "gerarchia attenuata": «In base al principio di "personalizzazione delle funzioni" il titolare dell'ufficio *designava* il magistrato in modo automatico in base al sistema tabellare che vige per i giudici e che il CSM con vare circolari aveva esteso all'ufficio della pubblica accusa. esisteva un rapporto di *sovraordinazione*; ma il magistrato *designato* conservava una vera e propria autonomia operativa. Il titolare poteva dare soltanto direttive di carattere *generale*, e non particolare, per l'organizzazione dell'ufficio». Nello stesso senso, E. Albamonte-P. Filippi, *op. cit.*, p. 238: «L'esame degli interventi operati con legislazione ordinaria e mediante la normazione secondaria del Consiglio superiore porta a concludere che il modello verticistico di organizzazione dell'ufficio del pubblico ministero, sotteso alla originaria disciplina contenuta nell'art. 70 o.g., si è progressivamente e gradualmente evoluto verso un assetto connotato da una gerarchia attenuata ovvero da un poteri di sovraordinazione del Procuratore verso i magistrati dell'ufficio connotati da forti limitazioni nell'assegnazione degli affari, nell'auto assegnazione e nel potere di revoca della designazione».

⁸² G. Di Federico, *Diritti umani e amministrazione della giustizia*, cit., p. 3: «A differenza degli altri paesi democratici i nostri PM non solo godono di una completa indipendenza esterna a ciascuno di essi gode di un'ampia indipendenza anche all'interno degli uffici cui appartiene, certo, a livello dei singoli uffici di procura vi è formalmente una struttura gerarchica. Di fatto però i poteri di direzione e supervisione dei capi degli uffici vengono severamente limitati da alcune leggi, e più ancora dagli orientamenti del sindacato della magistratura e dalle regole molto analitiche di ordine generale che da molti anni sono fissate dal CSM – ove i rappresentanti del sindacato dei magistrati sono in stragrande maggioranza – per disciplinare il funzionamento interno degli uffici del PM: regole per la distribuzione del lavoro, per le avocazioni, per le sostituzioni nei casi di impedimento e moltissimi altri aspetti ancora».

magistrato che si sarebbe dovuto astenere; c) sia mancato il coordinamento delle indagini collegate e le riunioni per il coordinamento non abbiano dato esito. A norma dell'art. 412 c.p.p., inoltre, il procuratore generale presso la corte d'appello deve obbligatoriamente avocare a sé le indagini qualora, entro il termine previsto dalla legge o prorogato dal giudice, il p.m. non abbia avanzato richiesta di archiviazione o di rinvio a giudizio.

L'avocazione è *facoltativa* nel caso di cui all'art. 412, comma 2, c.p.p., quando il giudice non accoglie la richiesta di archiviazione ovvero l'offeso si oppone alla richiesta stessa; e nella ipotesi prevista nell'art. 421 *bis*, comma 2, c.p.p., quando il g.u.p. indica al p.m. le ulteriori indagini da compiere.

6. La dimensione applicativa dell'art. 112 Cost.

Sin qui si è descritto il modello formale su cui il legislatore italiano ha ritenuto di poggiare il principio di obbligatorietà dell'azione penale e la correlata indipendenza esterna del pubblico ministero. In tale quadro, la possibilità che l'organo requirente compia scelte incontrollate o arbitrarie risulta ridotta – in astratto – dalle garanzie e farraginosità che contornano, anche da un punto di vista organizzativo, l'esercizio del potere di accusa.

Pare, tuttavia, che la stabilità dell'architettura costituzionale e codicistica che si è costruita debba fare i conti con due diversi elementi.

Il primo è la discrezionalità, potremmo dire, *valutativa* (e anche meta-giuridica)⁸³ inevitabilmente esercitata dal p.m. nelle determinazioni che accompagnano

⁸³ M. Fabri, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, cit., pp. 540-541 mette in guardia dall'errore che deriverebbe all'analisi se si guardasse alla ineliminabile discrezionalità di cui si discute solo da un punto di vista psicologico o metagiuridico: «Innumerevoli sono cioè le situazioni in cui il pubblico ministero [...] si trova a dover premettere giudizi ai comportamenti (alle conclusioni) da assumere. Ed anche in questo caso, il motore dell'azione non può che essere la sintesi delle inclinazioni personali e delle intenzioni o scopi del singolo magistrato. [...] Poiché alla base di ogni decisione v'è la scelta, anche l'azione penale sembrerebbe dunque avere, quale primo presupposto, la discrezionalità dell'agente, manifestantesi ad esempio nel momento in cui si opera la valutazione delle risultanze investigative». È chiaro, infatti, che a premessa di ogni atto giuridico vi è un comportamento umano che in esso finisce col confluire. Questo tipo di discrezionalità, psicologica, così descritta sarebbe quasi un «principio naturale» rispetto al quale l'art. 112 Cost. potrebbe fungere solo da baluardo contro l'arbitrio. Se, tuttavia, si riformula in senso giuridico il termine «discrezionalità», quale «sinonimo di valutazione libera ancorata al principio di convenienza», ci si avvede come

l'esercizio dell'azione penale nei vari passaggi procedurali sopra esposti. Sembrano rientrare in tale schema non solo le *valutazioni* operate dal p.m. in relazione alla qualificazione del fatto costitutivo di reato⁸⁴, alla consistenza delle prove⁸⁵ e alla *fondatezza* della notizia di reato⁸⁶, ma pure le scelte processuali, di

questa non trovi alcuno spazio nel nostro ordinamento, che fa divieto di eludere l'obbligo di agire. V. anche G. Di Federico, *Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità*, cit., pp. 177 ss., che riporta taluni esempi concreti in cui si è manifestata la discrezionalità degli organi requirenti-inquirenti.

⁸⁴ M. Fabri, *Discrezionalità e modalità di azione del pubblico ministero nel procedimento penale*, cit., pp. 174-175, che, con specifico riferimento alla competenza per i reati relativi alla criminalità organizzata, precisa: «Ad esempio, un procedimento relativo a sostanze stupefacenti può essere considerato un episodio singolo, nel qual caso la competenza è dell'ufficio di procura in cui il fatto si è verificato, oppure può essere visto collegato a un più ampio fenomeno di criminalità organizzata, e quindi di competenza della direzione distrettuale antimafia. "l'inquadramento nell'una o nell'altra categoria [...] dipende esclusivamente dalle scelte (insindacabili?) inevitabilmente superficiali, affrettate, provvisorie operate da uno o più pubblici ministeri al momento della iscrizione di una *notitia criminis* nel registro delle notizie di reato... Eppure – cosa assurda ma vera – da quella iscrizione... discendono conseguenze addirittura enormi sia sul piano investigativo sia su quello strettamente processuale"». E, con riferimento alle difficoltà di qualificazione giuridica derivanti dal linguaggio della norma v. G. Neppi Modona, *Commento all'art. 112*, cit., pp. 52 ss., il quale precisa: «Quanto più la norma incriminatrice contiene elementi elastici, che si riconnettono ad esempio a valutazioni di costume o comunque metagiuridiche (basti pensare ai concetti di osceno, di offesa all'onore o al decoro), ovvero è suscettibile di differenti interpretazioni tecnico-giuridiche, tanto più assumeranno rilievo le scelte discrezionali del pubblico ministero, nel senso che l'obbligo di esercitare l'azione penale scatterà solo quando abbia ritenuto di trovarsi in presenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice».

⁸⁵ V. Zagrebelsky, *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in Conso G. (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale*, cit., p. 9, nella vigenza del vecchio c.p.p. affermava: «Anche in altre situazioni emerge la presenza di un momento valutativo che mette in crisi, o attenua, l'obbligatorietà della azione penale (sotto specie di non discrezionalità). Si può pensare ad un quadro probatorio inizialmente molto incerto e suscettibile di modificarsi solo a seguito di una complessa attività di ricerca della prova, che potrebbe derivare da una lunga e costosa attività – per esempio peritale – la quale non possa essere valutata a priori quanto a risolutività dei risultati. Nella estrema incertezza delle prospettive istruttorie, il bilanciamento tra costo e durata delle indagini, e modestia dell'episodio di reato che si ipotizza, porta spesso a richieste di decreto ai sensi dell'art. 74 c.p.p. Senza poter escludere che una simile condotta possa talora coprire abusi, bisogna convenire che essa appare estremamente ragionevole, ma anche riconoscere che è largamente discrezionale la scelta se arrestarsi alla fase iniziale del procedimento ovvero proseguire nel tentativo di integrare la prova, e solo dopo complessa attività presentare il risultato della decisione». L'Autore nel prosieguo sottolinea, però, come le eccezioni e le attenuazioni del principio di obbligatorietà dell'azione penale derivino non soltanto dalle scelte del pubblico ministero, ma anche, in egual misura, dalle scelte dei giudici: «L'argomento di chi, prendendo atto della realtà dell'esercizio per certi versi discrezionale della azione penale, negasse che essa sia nei fatti soggetta soltanto al principio di legalità, fino a proclamare la necessità di un controllo politico sull'uso della facoltà discrezionale di cui il pubblico ministero dispone, urta contro la constatazione della esistenza, in capo ai giudici, di analoghe facoltà discrezionali e della ovvia impossibilità di assoggettare anche i giudici a controllo politico».

tipo *tecnico*, che questo compie⁸⁷. Così, la scelta del registro in cui iscrivere la notizia di reato⁸⁸, il tempo delle investigazioni⁸⁹, la disposizione più o meno tempestiva di determinate prove, l'opzione a favore dei riti accelerati⁹⁰.

⁸⁶ V. Grevi, *op. cit.*, pp. 1295-1298, il quale si domanda se la formula impiegata dall'art. 125 disp. att. c.p.p. presenti un grado di determinatezza tale da essere compatibile con l'art. 112 Cost. «L'interrogativo si pone dinanzi al dubbio che la ampia struttura di tale formula – imperniata su un innegabile apprezzamento discrezionale del pubblico ministero in ordine al *fumus* dell'accusa – potrebbe dare adito alla “surrettizia introduzione”, nel sistema, di una prassi ispirata alla logica della facoltatività nell'esercizio dell'azione penale. Non sembra, tuttavia, che un dubbio del genere possa venire condiviso [...]. Appare fuori discussione, anzitutto, come la regola di giudizio ivi enunciata affidi al pubblico ministero una valutazione discrezionale commisurata ad un parametro tipicamente processualistico, qual è quello del rapporto tra gli elementi probatori acquisiti e la concreta attitudine degli stessi ad accreditare l'iniziativa accusatoria nella fase del giudizio. Una discrezionalità, dunque, di natura tecnico-giuridica (in quanto tale suscettibile di controllo, anche da parte del giudice), quindi di per sé non incompatibile, ed anzi pienamente coerente, rispetto alla situazione soggettiva di dovere che definisce il ruolo del pubblico ministero dinanzi all'esercizio dell'azione penale».

⁸⁷ Ritiene che dietro le scelte di tipo *tecnico* si nasconda comunque una scelta di opportunità F. Corbi, *Obbligatorietà dell'azione penale ed esigenze di razionalizzazione del processo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1980, pp. 1066-1067. In particolare, scrive l'Autore: «A nostro modo di vedere e fondandosi soprattutto sulla pratica esperienza giudiziaria, riteniamo di poter affermare che la scelta dell'imputazione da elevare, laddove tale scelta si presenti come possibile, partecipa di caratteristiche di discrezionalità tecnica, ma è anche influenzata da motivi di opportunità i più svariati. Influiscono su tale decisione le ideologie personali del pubblico ministero, la politica giudiziaria di una determinata Procura, le considerazioni in merito alla necessità di colpire determinati settori della criminalità piuttosto che altri, il desiderio di ottenere determinate pronunce giurisprudenziali pilota che possano aprire la strada alla repressione di comportamenti fino ad allora sfuggiti alla sanzione penale [...]. Rifugiarsi, per spiegare questo fenomeno, nel concetto di discrezionalità tecnica dipendente dalle diverse interpretazioni che possono darsi di una norma penale, ai fini dell'applicazione della norma stessa al fatto, ci sembra eccessivamente riduttivo rispetto alla reale portata del problema. [...] Del resto, il manovrare l'accusa a fini meramente processuali, è tecnica conosciuta da ogni buon pubblico ministero. Calcare la mano nella formulazione dell'accusa può servire per utilizzare gli strumenti di limitazione della libertà personale dell'imputato altrimenti non utilizzabili, se non in via facoltativa [...]. La contestazione di un'aggravante può voler dire un cambiamento di competenza o la possibilità di emissione di un mandato di cattura obbligatorio [...]. Ora, ci sembra assai difficile sostenere che tutto ciò avviene in virtù della sola discrezionalità tecnica».

⁸⁸ In particolare, suscita dubbi di compatibilità con il principio di obbligatorietà l'uso del c.d. mod. 45, istituito con d. m. 1998. Con riferimento alla cestinazione delle pseudonotizie di reato, si ritiene che l'uso di tale registro potrebbe porre un problema di aggiramento dell'art. 112 Cost. Precisa G. Monaco, *P.M. e obbligatorietà dell'azione penale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 234: «Si tratta dei casi in cui il pubblico ministero, anziché avviare la normale procedura di archiviazione, dispone la trasmissione di quegli atti assolutamente privi di rilevanza penale nel registro, denominato “modello 45”, istituito con D.M. 30 settembre 1989. Da un lato si sostiene che la prassi di non chiedere in tali circostanze un provvedimento giurisdizionale sarebbe illegittima, proprio perché il controllo del giudice sull'esercizio dell'azione penale costituirebbe un principio fondamentale del processo penale; dall'altro si giustifica questa prassi in considerazione del fatto che la procedura ex artt. 408 ss. c.p.p. sarebbe prevista soltanto con riferimento alle notizie di reato e non anche rispetto a quei fatti che non ricoprono alcun significato penalistico». Una pronuncia recente delle Sezioni Unite (Cass. pen., Sez. Un., 22 novembre 2000, n. 34) conferma questa seconda impostazione e precisa, inoltre, che il g.i.p. non dispone del potere di sindacare la

Tale discrezionalità, che si annida anche nell'indeterminatezza delle formule legislative e rispetto alla quale sembrano pure valere le considerazioni svolte nel secondo capitolo in tema di "discrezionalità giudiziale", non solo è ritenuta connaturale allo svolgimento delle indagini ma è per di più resa compatibile con il principio di obbligatorietà in virtù dei controlli interni e giurisdizionali che il legislatore ha previsto, a valle, sulle sue determinazioni⁹¹. In base all'art. 112 Cost., infatti, al p.m. è fatto solo divieto di *selezionare*, tra fatti tutti configuranti reato, quelli per cui esercitare l'azione penale⁹². Solo quest'ultimo tipo di

scelta del p.m. di iscrivere la notizia in un registro piuttosto che in un altro e che pertanto una pronuncia di non luogo a provvedere e di restituzione degli atti al p.m. sarebbe un provvedimento abnorme. Si sofferma sul medesimo problema A. Marandola, *Le iniziative del pubblico ministero: tra strategie procedurali e insindacabili discrezionalità*, in *Diritto penale e processo*, 2011, pp. 1301-1304. Si era già mostrato critico verso l'istituzione del modello 45, U. Nannucci, *Analisi dei flussi delle notizie di reato in relazione all'obbligatorietà e facoltatività dell'azione penale*, in *Cassazione Penale*, 1991, pp. 1669-1670, secondo il quale «In tal modo si è restituito al p.m. il potere di archiviazione diretta voluto dal codice Rocco».

⁸⁹ È sempre M. Fabri, *Discrezionalità e modalità di azione del pubblico ministero*, cit., pp. 180-182, a enunciare gli escamotage elaborati dai pubblici ministeri per ottenere una dilatazione dei tempi di indagine: fra questi, ad esempio, la modifica della qualificazione giuridica del fatto contestato, la iscrizione a scaglioni dei diversi concorrenti o la riunione successiva di processi in cui siano coinvolti più imputati ecc.

⁹⁰ Si sofferma su tali spazi di discrezionalità inevitabile M. Fabri, *Discrezionalità e modalità di azione del pubblico ministero nel procedimento penale*, cit., pp. 171-192

⁹¹ G. Monaco, *op. cit.*, pp. 200 ss. L'Autore ritiene che il concetto di discrezionalità da contrapporre all'obbligatorietà costituzionalmente imposta al p.m. non possa accedere alla problematica, più ampia e non pertinente, dell'attività giurisdizionale come dichiarativa o creativa del diritto: «sarebbe stato inutile, infatti, sancire in Costituzione il divieto per il p.m. di effettuare una scelta di fronte a legittime interpretazioni di una fattispecie legale, dal momento che il suo compito non è solo di coordinare le attività investigative, ma anche quello di sostenere l'accusa in giudizio, valutando l'applicabilità di una norma al caso concreto e svolgendo, quindi, un'attività di interpretazione e sussunzione per molti aspetti analoga a quella effettuata dal giudice. Anche il p.m., cioè, incontrerà le stesse difficoltà di un giudice quando avrà a che fare con una fattispecie penale poco determinata, caratterizzata da espressioni vaghe, inidonea a garantire il raggiungimento di un risultato facilmente condivisibile da una pluralità di operatori giuridici. Rispetto a tali ipotesi opera comunque l'art. 25 Cost. ed in particolare il principio di determinatezza e tassatività della legge penale, che mira, tra l'altro, a ridurre i margini di "discrezionalità" del giudice ed evidentemente, anche del pubblico ministero».

⁹² M. Fabri, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, cit., p. 542: «L'obbligo di agire presuppone dunque, e logicamente, l'esclusione della possibilità di scegliere in modo libero, ma si concilia con la possibilità di scegliere tra due diverse opzioni, entrambe tecnicamente perseguibili e vincolate a un criterio processualistico. Non deve poi ingannare il fatto che è pur sempre il pubblico ministero a dover valutare discrezionalmente se gli elementi acquisiti siano o meno sufficienti per l'instaurazione del processo. Infatti l'obbligatorietà non esclude, ciò che veramente non può fare, una valutazione soggettiva del materiale probatorio esistente, bensì inibisce che il pubblico ministero possa introdurre

discrezionalità, *patologica*, si tradurrebbe in una rinuncia all'esercizio dell'azione penale contraria, in quanto tale, alla Costituzione.

Sarebbe poi un'osservazione ulteriore quella per cui negli angoli della discrezionalità *valutativa* lasciati aperti dalle formule vaghe delle norme potrebbe annidarsi pure una qualche forma di discrezionalità *politica*, cioè di scelta di opportunità in relazione all'azione penale.

Il secondo elemento con cui l'impostazione formalistica del nostro codice sembra dover fare i conti è la *discrezionalità di fatto*, termine con cui la dottrina italiana indica le scelte organizzative compiute dalle diverse procure al fine di elaborare un ordine di trattazione delle notizie di reato pendenti.

Fra gli effetti nascenti dalle trasformazioni del modello istituzionale ottocentesco vi è, infatti, per ragioni diverse, anche un aumento esponenziale del carico giudiziario. Alla crescita del flusso di notizie di reato gravanti su ogni procura non corrisponde, tuttavia, l'adozione di forme idonee a gestirne lo smaltimento: la rigidità del principio di obbligatorietà e la pesantezza del rito processuale ordinario, insieme con la scarsità delle risorse disponibili, non riescono, infatti, a dare una risposta efficiente alla pressante domanda di giustizia che caratterizza l'attuale fase storica. Così, il *gap* fra la massa degli affari penali di cui ciascun ufficio giudiziario risulta investito e gli affari che l'assetto organizzativo dell'ufficio stesso è in grado, in un certo tempo, di evadere, costringono ad aprire il tessuto applicativo dell'art. 112 Cost. a spazi di flessibilità gestionale che si traducono, di fatto, nell'esercizio di scelte discrezionali nella selezione dei processi da trattare⁹³.

valutazioni di convenienza che rompano il necessario automatismo tra le conoscenze acquisite e la richiesta di punizione».

⁹³ G. Di Chiara, *Il pubblico ministero e l'esercizio dell'azione penale*, cit., p. 255. Ritene, inoltre, che tali scelte siano inevitabili e connaturali alla stessa struttura dell'art. 112 Cost. V. Grevi, *Riflessioni e suggestioni in margine all'esperienza nordamericana del plea bargaining*, in E. Amodio-C. Bassiouni, *op. cit.*, p. 302: «si può ammettere [...] l'esistenza in capo al pubblico ministero di una discrezionalità di tipo funzionale, per quanto riguarda lo sviluppo delle indagini, una volta che l'azione penale sia stata esercitata. Corrisponde sicuramente ad una prassi corrente negli uffici giudiziari che il pubblico ministero, tenuto conto del carico di lavoro del proprio ufficio, e delle esigenze connesse alla migliore funzionalità dello stesso, possa operare determinate scelte di priorità nel dare maggiore impulso ad alcuni procedimenti piuttosto che ad altri, anche in relazione alla concreta natura e difficoltà degli atti da compiere. Nell'operare tali scelte non c'è dubbio che il pubblico ministero eserciti una sorta di potere discrezionale in

Salta subito all'occhio, dunque, la potenziale contraddittorietà di tali poteri organizzativi rispetto al principio di obbligatorietà e a quello di uguaglianza, non essendo assicurata ai medesimi fatti uniformità di trattamento sul territorio⁹⁴: così, «alla linea di frontiera dell'art. 112 Cost. corrispondono, *in action*, inevitabili selezioni – quanto meno in termini di precedenze cronologiche, informalmente compiute dal singolo ufficio ovvero, il più delle volte, dal singolo magistrato nella gestione del “proprio” carico giudiziario»⁹⁵.

Di tali problemi di compatibilità sembrano essersi fatti carico dottrina e CSM.

6.1. I criteri di priorità.

I c.d. criteri di priorità rappresentano, appunto, la risposta elaborata dalle Procure al fine di rendere gestibile il flusso delle notizie di reato. Trattasi di strumenti di gestione e programmazione del lavoro giudiziario mediante cui, tenuto conto

procedendo, cui non sono talora estranee precise (e dichiarate) istanze generali di politica criminale. Senonché non sembra che l'esercizio di una simile discrezionalità incidente, nella sostanza, sui criteri operativi e sulle strategie giudiziarie di svolgimento dell'azione penale – ovviamente in rapporto ai mezzi ed alle risorse disponibili – venga a porsi in contrasto con il principio sancito nell'art. 112 Cost., nemmeno quando possa obiettivamente derivarne un rallentamento di determinati procedimenti rispetto ad altri. Purché, beninteso, le relative scelte risultino sempre correlate a motivazioni di tipo funzionale, ovvero a necessità organizzative dell'ufficio, e non nascondano, invece, opzioni surrettizie sul piano di una inammissibile discrezionalità politica, magari tendente a “insabbiare” alcune richieste già avviate».

⁹⁴ Lamentava tale situazione, già nel 1990, Giovanni Falcone, Relazione al convegno “*L'azione per la repressione dell'illecito tra obbligatorietà e discrezionalità*”, Atti del XV Convegno di Senigallia, 2-3 febbraio 1990, in *Giustizia e Costituzione*, 1991, pp. 53-56: «La disorganicità degli interventi repressivi da parte del pubblico ministero continua a manifestarsi malgrado l'obbligatorietà dell'azione penale. Gli esempi al riguardo sono tanti e sono sotto gli occhi di tutti: basterebbe ricordare l'accentuazione della repressione dei reati contro la morale pubblica in alcune zone dell'Italia e in determinati periodi, o l'accentuarsi della tutela ambientale in alcuni uffici e non in altri. Ed allora, ci si domanda come in un regime liberal democratico, quale è indubbiamente quello del nostro paese, non vi sia ancora una politica giudiziaria, e tutto sia riservato alle decisioni, *assolutamente irresponsabili*, dei vari uffici di procura e spesso dei singoli sostituti... Mi sento di condividere l'analisi secondo cui, in mancanza di controlli istituzionali sull'attività del pubblico ministero, saranno sempre più gravi i pericoli che influenze informali e collegamenti occulti con centri occulti di potere possano influenzare l'esercizio di tale attività. Mi sembra giunto, quindi, il momento di razionalizzare e coordinare l'attività del pubblico ministero finora reso praticamente irresponsabile da una visione feticista dell'obbligatorietà dell'azione penale e dalla mancanza di efficaci controlli della sua attività».

⁹⁵ G. Di Chiara, *Esiguità penale e trattamento processuale della «particolare tenuità del fatto»: frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione*, in AA. VV., *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, CEDAM, Padova, 2001, p. 329.

degli affari penali pendenti, della gravità degli stessi e delle capacità strutturali degli uffici, il Procuratore capo può *organizzare* l'ordine di trattazione dei procedimenti⁹⁶.

Tale prassi, già sperimentata in forma embrionale nel periodo del terrorismo⁹⁷, ha trovato piena applicazione con riferimento alla criminalità non emergenziale a partire dalla fine degli anni '80. Fra i numerosi provvedimenti adottati dalle varie procure, si rammentano (in specie per il dibattito innescato):

- la circolare Pieri-Conti (8 marzo 1989), con cui il Presidente e il Procuratore generale della Corte di appello di Torino, constatato che la capacità di smaltimento di tale corte non superava il 50% delle sopravvenienze, sottolineavano la necessità di adottare strumenti organizzativi che consentissero di razionalizzare il carico giudiziario dando priorità ai processi *importanti*⁹⁸;
- la circolare Zagrebelsky (16 novembre 1990)⁹⁹, in cui l'allora Procuratore capo di Torino, prendendo atto dell'impossibilità di smaltire tutte le

⁹⁶ Pare opportuna la precisazione di M. Ceresa Gastaldo, *Dall'obbligatorietà dell'azione penale alla selezione dei processi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, pp. 1415 ss., che distingue i "criteri" per l'esercizio dell'azione penale dai presupposti dell'accusa (il cui riscontro è già sottinteso dall'art. 112 Cost.): gli uni, infatti, sono preordinati a operare a valle (o comunque a prescindere) della verifica di sussistenza degli altri. In mancanza dei presupposti (*notitia criminis* improcedibile o accusa insostenibile), il dovere di agire non sorge e si giustifica la richiesta archivistica; viceversa, i "criteri" sono finalizzati a regolare l'esercizio dell'azione quando questa è, astrattamente o in concreto, promovibile. Del resto, prosegue l'Autore, intento del legislatore è quello di consentire in via legislativa il condizionamento dell'accusa, non già quello di chiarire che la giurisdizione penale va attivata solo quando se ne ravvisino le premesse.

⁹⁷ V. Zagrebelsky, *Stabilire le priorità nell'esercizio obbligatorio dell'azione penale*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, cit., pp. 106 e ss. ricorda come in quegli anni il CSM avesse ritenuto opportuno sollecitare la formazione di gruppi specializzati di magistrati spingendo pure verso una programmazione dei lavori tale da consentire una trattazione prioritaria dei processi più gravi.

⁹⁸ Si legge nella circolare, in *Cassazione penale*, 1989, pp. 1373 e ss.: «occorre, a questo fine, evitare di sprecare tempo, fatica e denaro dello Stato in attività praticamente inutili – quale la minuziosa e scrupolosa celebrazione di processi destinati ineluttabilmente alla prescrizione. Ciò richiede un filtro scrupoloso delle priorità da assegnare ai singoli processi, in modo da far procedere rapidamente, e senza timori di prescrizioni, i processi importanti e non ingolfare, al tempo, uffici già strutturalmente troppo deboli con masse ingenti di lavoro inutile, perché destinato ineluttabilmente ad essere del tutto vanificato».

⁹⁹ Il testo della nota circolare è rinvenibile in *Giustizia e Costituzione*, 1991, pp. 103 ss. Ivi in particolare, venivano fissate per la procura di Torino le seguenti priorità di trattazione: 1) Procedimenti con un indagato soggetto a misure cautelari personali – coercitive o interdittive – o nel corso dei quali siano state adottate misure cautelari reali; 2) Procedimenti relativi a fatti di reato da considerare gravi in considerazione della personalità dell'indagato, della lesione subita,

notizie di reato, caldeggiava l'utilizzo dei criteri di priorità, strumento organizzativo indispensabile e compatibile con l'art. 112 Cost. Si legge nella circolare: «È chiaro che l'indicazione di criteri di priorità suscita problemi non facili, anche sul piano dei principi costituzionali e fondamentali della organizzazione giudiziaria e della funzione del pubblico ministero. [...] Tuttavia l'individuazione di criteri di priorità non contrasta con l'obbligo di cui all'art. 112 Cost., dal momento che il possibile mancato esercizio di un'azione penale tempestiva e adeguatamente preparata per tutte le notizie di reato non infondate, non deriva da considerazioni di opportunità relative alla singola notizia di reato, ma trova una ragione nel limite oggettivo alla capacità di smaltimento del lavoro dell'organismo giudiziario e di questo ufficio in particolare». Dunque, si avanzava già la tesi che il fondamento costituzionale di tali criteri risiedesse nell'art. 97 Cost., senz'altro riferibile anche all'amministrazione della giustizia;

- la circolare Maddalena, adottata il 10 gennaio 2007 dal Procuratore della Repubblica di Torino in seguito alla legge di indulto 241/06¹⁰⁰. Per vero, tale documento sembrò spingersi oltre i confini disegnati dai precedenti provvedimenti: sulla base di criteri legati all'oggettività del fatto, alla gravità della lesione degli interessi protetti, alla soggettività del reo, all'interesse all'azione ecc., il Procuratore capo suggeriva ai sostituti l'accantonamento dei fascicoli e l'archiviazione generosa di taluni reati

dell'interesse penale tutelato, della reiterazione, del danno patrimoniale e non patrimoniale cagionato e non risarcito o altrimenti rimosso; 3) i procedimenti residui.

¹⁰⁰ Si tratta dello stesso Marcello Maddalena, *Azione penale, funzioni e struttura del Pubblico Ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in Gaito A. (a cura di), *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Jovene, Napoli, 1991, pp. 160 e ss., che nel 1991 sosteneva che: «Il cittadino può accettare che un imputato possa venir condannato e un altro assolto (anche in situazioni eguali o simili); che vi possa essere una sentenza giusta ed una sbagliata (dipende dalla fallibilità del giudizio umano), così come, nel campo scolastico, si può accettare che, in sede di esame, un componimento sia valutato di più o di meno, che uno sia promosso o sia bocciato. Ma non è accettabile che qualcuno l'esame non lo possa sostenere. Così, nel campo penale, una volta che ci sia la *notitia criminis*, non è accettabile che qualcuno possa essere esonerato dal giudizio. È uno dei principi cardine del nostro ordinamento: l'eguaglianza del cittadino, almeno di fronte alla legge penale. Almeno come principio di fondo, come utopia, come norma scritta: non può essere che di fronte ad una notizia di reato si possa decidere di procedere contro Tizio e non contro Caio».

commessi in un dato arco temporale. In particolare, si legge nella circolare: «insistere allora nel trattare tutti e comunque i procedimenti pendenti è non solo poco realistico ma, soprattutto, contrario a ogni logica e a ogni seria previsione e considerazione in ordine ai fatti di reato che si sono consumati prima del 2 maggio 2006. Perché, a tutte le considerazioni che si sono sin qui sviluppate occorre aggiungere che, quand'anche si riuscisse, sul filo di lana, a giungere a una condanna definitiva, essa sarebbe resa vana dall'effetto dell'indulto e dal travolgimento di molti altri effetti penali o no della sentenza di condanna»¹⁰¹. In particolare il suddetto dirigente evidenziava che la rigida applicazione, senza correttivi, del principio cronologico nella trattazione dei fascicoli avrebbe comportato non solo la sicura prescrizione dei fatti consumati in epoca antecedente alla legge applicativa dell'indulto, ma altresì la prescrizione dei reati consumati in epoca successiva.

L'idea dei criteri di priorità ha trovato accoglimento anche in sede normativa. Dapprima con la disciplina transitoria dettata con il d.lgs. n. 51 del 1998, istitutivo del giudice unico di primo grado¹⁰²; successivamente, con il d.l. 341/2000 (conv. in l. 4/2001), introduttivo dell'art. 132 *bis* disp. att. c.p.p.¹⁰³; da

¹⁰¹ Il testo della circolare è pubblicato in *Questione Giustizia*, 2007, pp. 617 ss.

¹⁰² In particolare, nell'art. 227 del citato decreto si prevede che: «1. Al fine di assicurare la rapida definizione dei processi pendenti alla data di efficacia del presente decreto, nella trattazione dei procedimenti e nella formazione dei ruoli di udienza, anche indipendentemente dalla data del commesso reato o da quella delle iscrizioni del procedimento, si tiene conto della gravità e della concreta offensività del reato, del pregiudizio che può derivare dal ritardo per la formazione della prova e per l'accertamento dei fatti, nonché dell'interesse della persona offesa. 2. Gli uffici comunicano tempestivamente al Consiglio superiore della magistratura i criteri di priorità ai quali si atterranno per la trattazione dei procedimenti e per la fissazione delle udienze».

¹⁰³ Ivi si prevede che, nella formulazione dei ruoli di udienza, debba essere data priorità assoluta ai procedimenti che presentano ragioni di urgenza con riferimento allo scadere dei termini di custodia cautelare. Con riferimento a tale disposizione, S. Morisco-C. Papagno, *Dall'obbligatorietà alla discrezionalità dell'esercizio dell'azione penale. "Pacchetto sicurezza"*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 17, ricordano come l'introduzione di tale disposizione non creò particolari dubbi di costituzionalità «perché la riduzione della discrezionalità del giudice in ordine alla fissazione del ruolo di udienza e il trattamento differenziato per i processi penali ivi contemplati appare "ragionevole", in considerazione delle prerogative richieste per il trattamento prioritario. Fissare una corsia privilegiata per i processi in cui vi è il rischio di scadenza dei termini di custodia cautelare è apparsa, *ictu oculi*, in linea con le esigenze di contenimento dei

ultimo, con il decreto sicurezza 2009 (d.l. 92/2008, convertito in l. 125/2008, «Misure urgenti in materia di pubblica sicurezza»)¹⁰⁴.

In tal senso, taluna dottrina precisa come la trasposizione in sede normativa di tali criteri abbia accreditato in modo formale l'idea che la preselezione delle notizie di reato possa rappresentare la soluzione all'ingestibilità del carico giudiziario e, insieme, una forma di disciplina dei fenomeni di discrezionalità di fatto esercitata dai magistrati requirenti¹⁰⁵.

6.2. Criticità degli strumenti e avallo del CSM.

Al di là del contenuto specifico delle circolari e degli interventi legislativi citati, secondo certa dottrina l'utilizzo di tali strumenti susciterebbe forti dubbi di compatibilità con l'art. 112 Cost. e quindi con gli artt. 3 e 25 Cost., di cui il principio di obbligatorietà dell'azione penale è attuazione¹⁰⁶. La loro

tempi della custodia cautelare – notoriamente basata su un giudizio di carattere sommario – giungendo il prima possibile alla decisione finale caratterizzata da una cognizione piena».

¹⁰⁴ Nello specifico, mediante l'art. 2 *bis* l. 125/08, di modifica delle priorità stabilite nell'art. 132 *bis* disp. att. c.p.p., il legislatore si è posto l'ambizioso obiettivo di contrastare il diffuso senso di insicurezza generato dall'inefficienza del sistema giustizia stabilendo la trattazione prioritaria di alcune categorie di processi. In particolare, abbandonando l'unico precedente criterio legato al rischio di scadenza dei termini di custodia cautelare e adottando un parametro legato pure al *tipo* di reato per cui si procede, si è previsto che nella formazione dei ruoli di udienza e nella trattazione delle pratiche venga data priorità assoluta:

- a. Ai processi relativi ai delitti di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p. e ai delitti di criminalità organizzata, anche terroristica;
- b. Ai delitti previsti dagli artt. 572 e da 609 *bis* a 609 *octies* e 612 *bis* c.p.;
- c. Ai delitti commessi in violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni e sull'igiene sul lavoro; ai delitti previsti dal t.u. immigrazione; ai delitti puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a 4 anni;
- d. Ai processi a carico di imputati detenuti;
- e. Ai processi in cui l'imputato è stato sottoposto ad arresto, fermo ovvero a misura cautelare personale;
- f. Ai processi nei quali è contestata la recidiva;
- g. Ai processi da celebrare con giudizio direttissimo e con giudizio immediato.

¹⁰⁵ M. Fabri, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, cit., p. 557.

¹⁰⁶ G. Monaco, *op. cit.*, pp. 260-261: «Non pare, dunque, corretto effettuare delle scelte di carattere generale che conducano ad una preventiva rinuncia ad indagare in ordine a determinati reati o classi di reati. Laddove si ritenga di poter anche accettare il rischio – con elevatissime probabilità di realizzazione – che certi fatti non siano perseguiti, pare preferibile eliminare in modo chiaro e valido per tutti la corrispondente fattispecie penale. In altre parole, è meglio depenalizzare piuttosto che elaborare dei criteri di priorità i quali condurrebbero ad un risultato

applicazione, infatti, mentre assicurerebbe una trattazione prioritaria ai fatti più rilevanti, accetterebbe il rischio di prescrizione di quelli ai quali non è riservata alcuna corsia preferenziale. Si è parlato, in tal senso, di un sistema di giustizia a *due velocità* in cui, accanto ai fatti che ogni Procura ritiene più urgenti, vi sono quelli probabilmente destinati a non ricevere mai giustizia. Tale selezione, anche ufficiosa e variabile, si tradurrebbe, di fatto, in una *personalizzazione* delle funzioni del p.m. e, quindi, in un esercizio *discrezionale* dell'azione penale. Il tutto a discapito del principio di eguaglianza; per di più, in assenza di qualsiasi controllo esterno.

La forza di tali argomentazioni (piuttosto allarmanti) è, tuttavia, destinata a svilirsi se, adottando la prospettiva del CSM e delle Procure, si guardi ai criteri di priorità come a strumenti organizzativi del carico giudiziario. In tale ottica, infatti, questi congegni non rappresenterebbero l'esercizio di una scelta di opportunità ma una necessità di razionalizzazione del carico pendente dettata dal limite oggettivo che presentano le nostre strutture giudiziarie. D'altra parte, gli artt. 3 e 97 Cost., da un lato, escludono che la capacità di smaltimento del lavoro possa essere determinata in modo causale o differenziato in base ai diversi uffici, dall'altro, impongono il canone del buon andamento e dell'imparzialità anche nell'amministrazione della giustizia¹⁰⁷. I criteri di priorità, dunque, potrebbero trovare il loro fondamento costituzionale nell'art. 97 Cost.

analogo, attraverso, però, una lesione del principio di uguaglianza e, di fatto, anche del principio di obbligatorietà dell'azione penale». Si esprime in questo senso pure G. D'Elia, *I principi costituzionali di stretta legalità, obbligatorietà dell'azione penale ed eguaglianza a proposito dei «criteri di priorità» nell'esercizio dell'azione penale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, pp. 1884 ss. In particolare, afferma l'Autore: «Se, invece, tra la previsione legale di un fatto-reato e la punizione dello stesso si inserisce una valutazione di priorità o secondarietà della repressione del reato, così facendo, si viene ad interrompere quel nesso di necessaria consequenzialità tra legame sostanziale e legalità nel procedere, che conduce all'eguaglianza di tutti (i cittadini) di fronte alla legge penale. [...] Estremizzare ulteriormente le conseguenze tra due fatti-reato di diversa gravità significa operare, non più una ragionevole diversità di trattamento, ma una vera e propria discriminazione. Discriminazione, che diverrebbe palesemente "odiosa", qualora due reati identici [...] venissero l'uno represso, perché commesso nel territorio di competenza della Procura "x", e l'atro volutamente abbandonato nel limbo della prescrizione, perché commesso nel territorio di competenza della Procura "y"».

¹⁰⁷ V. Zagrebelsky, *Stabilire le priorità nell'esercizio obbligatorio dell'azione penale*, cit., pp. 104-105.

In tal senso, peraltro, pur traendone ispirazione, i nostri criteri di priorità sarebbero ben diversi dalle *guidelines* vigenti nei sistemi anglosassoni. In quel caso, infatti, la discrezionalità affidata al *prosecutor* si traduce in valutazioni di opportunità in ordine alla singola notizia di reato; diversamente, la discrezionalità che implichi solo scelte di priorità di carattere generale per la trattazione delle notizie di reato presenterebbe un carattere organizzativo che non le renderebbe contrastanti con il principio di obbligatorietà. Si tratterebbe semplicemente di adottare scelte organizzative idonee ad assicurare una trattazione razionale e coerente con la gerarchia dei beni e degli interessi costituzionalmente tutelati: l'obbligatorietà dell'azione penale verrebbe così resa *flessibile* pur restando l'obiettivo finale a cui tendere¹⁰⁸.

Sfruttando la prospettiva appena delineata, lo stesso Consiglio Superiore della Magistratura ha ampiamente avallato l'utilizzo di tali criteri organizzativi di cui, in un'ottica di buona amministrazione e uniformità di esercizio dell'azione penale, sembra aver tratteggiato addirittura una sostanziale doverosità¹⁰⁹.

Di seguito si riportano taluni dei provvedimenti in tal senso più significativi alle cui parole, nonostante l'appesantimento della lettura, pare più efficace affidarne la spiegazione. Si rammentano, in particolare:

- la decisione del 20.06.1997, con cui la sezione disciplinare del CSM ha legittimato il compimento di scelte di priorità da parte dei singoli procuratori pure in assenza di indicazioni da parte del dirigente dell'ufficio. Si legge nella citata decisione: «costituisce convincimento diffuso che, specie nelle Procure circondariali, la domanda di giustizia è notevolmente superiore alla capacità non solo delle Procure ma anche del complesso degli uffici giudiziari di esaminare i relativi procedimenti. In tale situazione, l'impossibilità di tempestivamente esaurire la trattazione di tutte le notizie di reato[...] implica che non ci si può sottrarre al compito

¹⁰⁸ L. Pepino, *Obbligatorietà dell'azione penale e organizzazione delle Procure*, in *Antigone*, 2011, p. 222.

¹⁰⁹ L. Russo, *I criteri di priorità nella trattazione degli affari penali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, il cui testo è reperibile al sito

http://www.penalecontemporaneo.it/upload/RUSSOLUCIA_2016a.pdf

di elaborare criteri di priorità: criteri che, una volta scontato come irragionevole il criterio che facesse mero riferimento al caso e alla successione cronologica della sopravvenienza, non possono non essere derivati, in ossequio alla soggezione anche dei pubblici ministeri alla legge, dalla gravità e/o offensività sociale delle singole specie di reati. In assenza di indicazioni di priorità provenienti dal Procuratore della Repubblica, è inevitabile che tali criteri di priorità siano individuati dai singoli sostituti. Ciò non suona offesa all'obbligatorietà dell'azione penale nei limiti in cui tale soluzione non deriva da considerazioni di opportunità ma trova causa nel limite oggettivo alla capacità di smaltimento del lavoro dell'organismo giudiziario nel suo complesso e della Procura della Repubblica in particolare»¹¹⁰;

- la risoluzione del 9 novembre 2006, con cui il CSM risponde a una nota del Ministro della giustizia che invitava il Consiglio, in seguito alla legge di indulto 241/06, ad assumere «le eventuali iniziative di competenza» per concorrere «a realizzare, nell'esercizio della giurisdizione, metodologie funzionali ed efficaci per l'effettività della resa»¹¹¹. Ivi si legge: «[...] i dirigenti degli uffici (inquirenti e giudicanti) possono e devono, nell'ambito delle loro competenze in tema di amministrazione della giurisdizione, adottare iniziative e provvedimenti idonei a razionalizzare la trattazione degli affari e l'impiego delle risorse disponibili. Addivenire a scelte organizzative razionali, nel rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.) e di soggezione di ogni magistrato esclusivamente alla legge (art. 101, 2° comma, Cost.), risponde ai principi consacrati dall'art. 97, 1° comma, Cost. – riferibile anche all'amministrazione della giustizia – che richiama i valori del buon andamento e della imparzialità dell'amministrazione con riferimento alle scelte che gli uffici adottano nelle loro unità. Tali scelte sono correttamente collocabili nell'ambito del sistema tabellare, assicurando in

¹¹⁰ Il testo della decisione è riportato in *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 1880 ss.

¹¹¹ Il testo della risoluzione è consultabile in *Foro italiano*, 2007, 130, 1, pp. 47 ss.

tal modo predeterminazione, uniformità e trasparenza, e dimostrano la capacità e volontà dei dirigenti degli uffici di non rassegnarsi a una giurisdizione che produce disservizio, assumendosi la responsabilità di formulare progetti di organizzazione che sulla base dell'elevato numero degli affari da trattare e preso atto delle risorse umane e materiali disponibili, esplicitino le scelte di intervento adottate per pervenire a risultati possibili e apprezzabili. In questo quadro spetta al consiglio superiore stimolare la crescita di una cultura e di una prassi in tal senso, anche attraverso un'opera di raccolta di diversi criteri organizzativi adottati: svolgere una capillare attività d'informazione e divulgazione sul territorio dei dati acquisiti; verificare tempestivamente la correttezza e congruità delle soluzioni adottate dagli uffici giudiziari»;

- la delibera del 12 luglio 2007, in cui si legge che «i Procuratori devono definire un progetto organizzativo dell'ufficio, sulla base dell'analisi dei flussi, indicando i criteri prescelti per pervenire a un efficace e uniforme esercizio dell'azione penale alla luce delle risorse tecnologiche disponibili e delle risorse finanziarie di cui l'ufficio può avvalersi». E continua: «nell'obiettivo di perseguire un esercizio realistico della azione penale obbligatoria ed improntare l'attività dell'ufficio a un'efficienza concreta e non astratta o presunta, va comunque evitato un irrigidimento dell'azione investigativa e della connessa attività organizzativa, trattandosi di elementi che richiedono una flessibilità del momento organizzativo per far sì che il principio costituzionale della obbligatorietà sia aderente alle diverse realtà criminali ed alle diversità territoriali»¹¹²;
- la risoluzione del 21 luglio 2009, in materia di organizzazione degli uffici del pubblico ministero¹¹³. Ivi si precisa che i procuratori della Repubblica,

¹¹² Il testo della delibera è reperibile al sito <http://www.csm.it/documents/21768/131364/06+-+Disposizioni+in+materia+di+organizzazione+degli+uffici+del+PM+a+seguito+dell'entrata+in+vigore+del+D.L.vo+20.2.2006+n.+106+-+12.7.2007.pdf/29ffa62b-0a85-4158-af78-450b784400c7>.

¹¹³ Il testo della delibera è consultabile al sito <http://www.csm.it/documents/21768/131364/07+-+Risoluzione+in+materia+di+organizzazione+degli+uffici+PM+21.7.2009.pdf/fb21d195-e67f-42d6-9ded-49000a987150>

nella loro veste di titolari esclusivi dell'azione penale, devono porsi il raggiungimento di tre fondamentali obiettivi, «destinati ad avere ricadute essenziali in punto di organizzazione ed il raggiungimento dei quali rientra nella loro piena responsabilità»: 1) la ragionevole durata del processo, per il cui raggiungimento i dirigenti degli uffici requirenti «compiono un'attenta, costante e particolareggiata analisi dei flussi e delle pendenze dei procedimenti, eventualmente avvalendosi anche delle Commissioni Flussi istituite presso i Consigli giudiziari» e «nel rispetto del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, sentiti i Presidenti dei Tribunali per i profili organizzativi attinenti alla fase processuale, elaborano possibili criteri di priorità nella trattazione dei procedimenti»; 2) il corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale nel rispetto delle norme sul giusto processo; 3) l'efficienza nell'impiego della polizia giudiziaria, nell'uso delle risorse tecnologiche e nella utilizzazione delle risorse finanziarie. A tal fine, il CSM precisa: «I dirigenti degli uffici requirenti possono organizzare le strutture da loro dirette secondo le modalità ritenute più opportune, conformemente alle prescrizioni di legge e motivando in maniera chiara e completa le loro scelte anche in relazione alla migliore utilizzazione del personale amministrativo, al fine del conseguimento degli indicati risultati ed in vista dello scrutinio finale che il Consiglio Superiore della Magistratura è chiamato ad effettuare sul loro operato in sede di valutazioni di professionalità, di conferma nell'incarico direttivo e ad ogni altro fine, così come già affermato dal CSM nella risoluzione del 12 luglio 2007». In conclusione, «il Consiglio Superiore della Magistratura verifica che il programma organizzativo sia rispondente alle norme dell'ordinamento giudiziario nonché alle indicazioni consiliari relative alla loro applicazione; in caso negativo, formula i suoi rilievi e li trasmette sia al Procuratore, per opportuna conoscenza anche ai fini dei possibili interventi di sua competenza, sia al Procuratore generale della Corte di cassazione e al Procuratore generale presso la Corte d'appello, cui competono i poteri di vigilanza *ex art. 6* del più volte citato d.lgs. n. 106»;

- la delibera dell'11 maggio 2016¹¹⁴, in cui il Consiglio sottolinea la scottante attualità del tema delle priorità, in specie di quelle ulteriori rispetto alle priorità fissate legislativamente. Ivi infatti si legge che «le scelte organizzative e di priorità che intervengono da parte dei dirigenti degli uffici costituiscono una corretta risposta di efficienza, razionalità, trasparenza ed efficacia della funzione giudiziaria, pienamente rispettosa dei relativi valori costituzionali ed attuativa del principio di obbligatorietà dell'azione penale alle condizioni date». In particolare, «L'analisi delle deliberazioni consiliari consente di affermare che nel tempo si è fatta strada una idea di condivisione organizzativa, in materia di priorità nel settore penale, che deve coinvolgere gli uffici giudiziari operanti sul medesimo territorio, requirenti e giudicanti, di primo e secondo grado. [...] Si tratta di un metodo che per un verso rappresenta il meccanismo operativo più adeguato per l'acquisizione delle informazioni e la condivisione delle conoscenze utili alle scelte organizzative, che inverte i canoni di buona amministrazione dell'art. 97 Cost. in un settore permeato dal principio di obbligatorietà dell'azione penale, declinato come obbligatorietà sostenibile in presenza di risorse inadeguate e domanda di giustizia ipertrofica; per l'altro si presenta come necessitato per il convergere di competenze e attribuzioni proprie dei singoli dirigenti che, se non coordinate, rischiano di creare sovrapposizioni o addirittura contrapposizioni che tradiscono l'obiettivo che regge, anche dogmaticamente, l'intero impianto delle priorità». E con specifico riferimento agli uffici requirenti, il CSM precisa: «Invero, a voler ridare senso alle parole, priorità nell'esercizio dell'azione penale sono quelle, come da tradizione ormai ultra trentennale iniziata negli uffici torinesi, frutto di circolari interne agli uffici di Procura, volte a razionalizzare le risorse, anche di polizia giudiziaria, ed a prevenire il disperdersi di energie

¹¹⁴ Il testo della delibera è consultabile al sito

<http://www.csm.it/documents/73037/158076/linee+guida+in+materia+di+criteri+di+priorità.pdf/d8e2c410-8cb6-4511-a010-73e894dc51a7?version=1.0>

per l'inevitabile esito di prescrizione nel corso dei giudizi, attraverso regole di accantonamento o "postergazione". Del resto, anche al fine di evitare incongrui richiami alla lesione del principio di obbligatorietà dell'azione penale, è noto che scelte di priorità sono immanenti nel precipuo esplicarsi del potere di organizzazione del Procuratore della Repubblica, attraverso la discrezionale distribuzione delle risorse umane e tecnologiche, il concreto impiego della polizia giudiziaria, la declinazione del principio di semispecializzazione attraverso la creazione di gruppi di lavoro, l'emanazione di direttive in materia di protocolli investigativi, la creazione di strutture di trattazione centralizzata degli affari, l'indirizzo per l'utilizzazione massiva di riti alternativi come il decreto penale di condanna, e dunque a prescindere dalla eventuale enunciazione di un catalogo di reati prioritari, intesi in astratto o attraverso concorrenti metodi selettivi (es. valore economico del bene protetto, offensività in concreto ecc.)». Per vero, l'importanza di tale circolare, oltre che nella conferma dello strumento dei criteri di priorità, consiste nella sollecitazione a un coordinamento fra uffici giudicanti e requirenti proprio nella fissazione dell'ordine di trattazione, pena la vanificazione da parte dell'autorità giudicante delle attività svolte da parte di pubblici ministeri. Il riferimento è, nello specifico, alla fissazione della data di udienza da parte del Tribunale su richiesta del p.m. ex art. 550 c.p.p. Scrive il Consiglio: «Si torna al metodo della concertazione e della collaborazione istituzionale fra gli uffici. Nel rispetto delle competenze di ciascuno e dei poteri autonomi nei rispettivi ambiti in materia di priorità e organizzazione e del lavoro. Il metodo della condivisione, del resto, non deve interessare solo la concertazione sul catalogo dei reati prioritari ma appare opportuno che riguardi, anche e soprattutto, i moduli organizzativi per farvi fronte, nel rapporto per esempio fra Procura ed ufficio Gip in relazione agli uffici centralizzati per la trattazione degli affari semplici, o fra procura e dibattimento in relazione alle semispecializzazioni nella trattazione degli affari, come sperimentato con successo in alcuni uffici giudiziari le cui scelte vanno assunte a buone prassi da diffondere ed emulare. In questo

ambito meritano di essere richiamate, quale condivisibile punto di equilibrio e razionale scelta organizzativa, le soluzioni che prevedono, previo concerto, una preventiva valutazione della effettiva capacità di trattazione degli affari monocratici in un anno da parte del Tribunale, con conseguente autolimitazione della Procura nella trattazione ed evasione dei reati a citazione diretta, previa valutazione delle priorità da assicurare in questo settore penale. In tal modo il Tribunale esercita una scelta di razionalità ed efficienza che comunica preventivamente alla Procura, la quale a sua volta potrà impiegare razionalmente le risorse e indirizzare le proprie scelte di organizzazione anche alla luce della concreta possibilità di trattazione dell'ufficio giudicante, con conseguente beneficio anche per la Corte d'appello. Soluzioni necessitate, si auspica temporanee, concertate e rispettose delle rispettive competenze, che evitino situazioni di conflitto e di stallo, e si rivelino idonee ad aumentare il grado di trasparenza dell'amministrazione della giustizia».

Da ultimo, la programmazione e selezione delle priorità è stata inserita dal CSM fra le *buone prassi* di organizzazione degli uffici giudiziari.

Non manca chi, in dottrina, continua a manifestare forti perplessità sulla legittimità di tali strumenti, qualificati come *escamotage* per mantenere un potere forte e tendenzialmente incontrollato in capo al «sindacato delle toghe» ¹¹⁵. D'altra parte, non sembra peregrina l'idea di istituire quanto meno delle forme di responsabilità democratica per le selezioni così operate dalle diverse procure.

¹¹⁵ G. Di Federico, *Obbligatorietà e indipendenza del pubblico ministero*, cit., p. 12 e ss.: «Le norme sulle priorità nello svolgimento dei processi possono essere utili a rendere più probabile che quelli per i reati più gravi non vadano in prescrizione ma, a differenza di quelle che riguardano le attività del pubblico ministero, non sono atte a promuovere una maggiore efficienza dell'apparato giudiziario perché i costi processuali, in termini di risorse umane, finanziarie e di tempo, precedenti alla fase del giudizio, spesso molto elevati, sono comunque già stati "pagati" per tutti i processi pendenti (attività investigative, lavoro del pubblico ministero, lavoro del giudice dell'udienza preliminare, ecc.). Che ciò avvenga può sembrare illogico e senza una spiegazione, anche perché la regolamentazione delle priorità con riferimento alla celebrazione dei processi vanifica essa stessa, seppure in maniera meno visibile, il principio di obbligatorietà. La spiegazione invece c'è e va ricercata nel fatto che la fissazione delle priorità nella celebrazione dei processi non pregiudica i poteri del pubblico ministero ed è quindi accettabile da parte del potente sindacato delle toghe e delle sue rappresentanze nel CSM. In tal modo, infatti, l'iniziativa penale obbligatoria mantiene comunque nelle mani della magistratura un potere discrezionale di grande rilievo. Cioè la possibilità di svolgere indagini e di esercitare l'azione penale su ognuno di noi quando lo ritiene opportuno e pretendere che si sia sempre trattato di "atti dovuti". Ciò pone di fatto nelle mani del pubblico ministero un tremendo e temutissimo potere sanzionatorio autonomo e sostanzialmente illimitato. Infatti, come abbiamo già detto, il cittadino innocente sottoposto ad indagini e ad un'azione penale ingiustificate subisce spesso danni irreversibili non sanabili da una sentenza assolutoria, che spesso sopraggiunge dopo molti anni, mentre il pubblico ministero di ciò non porta responsabilità alcuna». il quale nota come, a differenza di quanto avviene in altri paesi democratici, tali priorità, stabilite a diverso livello, riguardino comunque lo svolgimento dei processi e non l'attività del pubblico ministero.

Capitolo V

TENTATIVI DI RAZIONALIZZAZIONE DELL'ART. 112 COST.: LA STRADA ITALIANA ALLA MINIMA LESIVITÀ

1. Premessa

Nonostante l'inadeguatezza e l'ineffettività del principio di obbligatorietà dell'azione penale, la strada che passa attraverso la sua rivisitazione non rappresenta un'opzione largamente condivisa¹. Prova ne siano i numerosi progetti e disegni di legge costituzionale che, nel corso del tempo, hanno tentato infruttuosamente di proporre una modifica².

Eppure – a prescindere dagli assestamenti organizzativi sopra descritti – il sistema penale sembra evolversi secondo logiche che paiono contraddittorie

¹ R. Romboli, *Una riforma "epocale" della giustizia o un riassetto del rapporto tra poteri (osservazioni al ddl costituzionale n. 4275 presentato alla Camera dei Deputati il 7 aprile 2011)* in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2011, p. 13: «la soluzione non dovrebbe essere quella di adeguare il diritto al fatto – così come nessuno pensa di eliminare e ridurre il principio di uguaglianza sostanziale solo perché lo stesso non può, ad oggi, ritenersi del tutto attuato – vale a dire trasformare più o meno esplicitamente l'azione penale da obbligatoria in facoltativa, ma quella di impiegare tutti gli strumenti disponibili allo scopo di rendere reale quel principio, attraverso un'ampia depenalizzazione o altre misure tendenti alla riduzione del carico di lavoro presso gli uffici giudiziari penali, ricorrendo alla determinazione di una scala di priorità solo come extrema ratio e solo dopo che tutti i tentativi si sono mostrati inutili». Si mostrava riluttante ad una simile soluzione, già nel 1991, anche M. Chiavario, *Obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 83, il quale, con riferimento alla possibile introduzione del principio di opportunità scriveva: «Io continuo a ribellarmi a questa prospettiva [...]. Continua ad allarmarmi la suggestione di una consacrazione costituzionale (o di un avallo costituzionale ad una consacrazione legislativa) di un principio di pura e semplice "opportunità" dell'azione penale. Anzi, nella delicatissima fase di transizione istituzionale che il nostro Paese sta attraversando, quella suggestione mi allarma ancor di più che in passato, se non altro per l'accentuazione del senso di aleatorietà della giustizia che così si verrebbe a determinare nell'opinione pubblica».

² Sulle proposte di modifica dell'art. 112 Cost. v. A. Peri, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive de iure condendo: un quadro ricognitivo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2010, pp. 1 ss. Si ricordino, fra le altre, le proposte della Commissione Bicamerale, 1998; le proposte di legge costituzionale 205 e 1745 del 2008, presentate durante il Governo Berlusconi; nel 2009, la proposta dei Senatori Perduca e Poretti; nel 2010, la proposta di legge costituzionale (n. 3278) dell'On. Versace (PdL); il d.d.l. 4275 del 2011, presentato da Berlusconi e Alfano.

rispetto all'art. 112 Cost. e, in generale, in confronto alla concezione formale del diritto³.

In tal senso, si considerino, da un lato, le evoluzioni ermeneutiche in tema di *lesività* e le ipotesi normative di non punibilità per *esiguità* del fatto di reato, strumenti *atipici* rispetto al modello di stretta legalità formale ma comunque indicativi della tendenza del legislatore italiano ad affrontare in sede *sostanziale* questioni che potrebbero essere trattate in sede *processuale*⁴; dall'altro, la timida apertura del sistema penale verso forme di mediazione della litigiosità giudiziaria (la conciliazione, la riparazione, la mediazione, la premialità), espressione di un modello di giustizia «dialogato e dialogante», *alternativo* rispetto a quello retributivo e per lo più ispirato alla realizzazione di una giustizia mite⁵.

Tali elementi, che paiono indicativi del percorso di *deformalizzazione*⁶ e *deprocessualizzazione* intrapreso dal nostro sistema penale e che esprimono

³ S. Aleo, *Il diritto flessibile. Considerazioni su alcune caratteristiche e tendenze del sistema penale nella società attuale, con riferimento particolare alla criminalità organizzata*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2004, pp. 39-40: «Un importante corollario del sistema della stretta legalità formale è costituito dal principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale. Questo principio incontra oggi diverse contraddizioni anche nei sistemi come il nostro in cui è sancito e ritenuto fondamentale. Una contraddizione di fatto dipende dal carico di lavoro dei pubblici ministeri e delle procure. Nel modello della discrezionalità il pubblico ministero dovrebbe motivare il mancato esercizio dell'azione penale. Oggi il pubblico ministero si limita ad occuparsi di indagini diverse. Contraddizioni sostanziali sono quelle legate al patteggiamento, alle tecniche di premialità dei collaboratori di giustizia, alle forme di non punibilità per la minima entità del fatto e l'occasionalità del comportamento, costitutivo di reato [...]».

⁴ Si consideri, infatti, che di tali principi e istituti non vi è quasi traccia nei sistemi giuridici che adottano un meccanismo *facoltativo* di esercizio dell'azione penale: in tali realtà, la necessità di ponderare la meritevolezza dell'intervento penale è risolta affidando già in origine agli uffici requiranti il potere di bilanciare l'interesse pubblico al perseguimento del fatto di reato rispetto all'interesse leso. È propria, invece, dei Paesi socialisti la risoluzione di tali questioni in chiave *sostanziale*, facendo leva sulla c.d. *concezione materiale del reato* come filtro per le singole fattispecie penali.

⁵ Sul diffondersi di tale paradigma alternativo v. G. Zagrebelsky-C.M. Martini, *La domanda di giustizia*, Einaudi, Torino, 2003; G. Cusi-M. A. Foddai (a cura di), *Lo spazio della mediazione. Conflitto di diritti e confronto di interessi*, Giuffrè, Milano, 2003; G. Mannozi, *La giustizia senza spada: uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, Milano, 2003; A. Ceretti-F. Di Cio-G. Mannozi, *Giustizia riparativa e mediazione penale. Esperienze e pratiche a confronto*, in Scaparro F. (a cura di), *Il coraggio di mediare*, Guerini e Associati, Milano, 2001.

⁶ L'espressione è utilizzata da C. Sarzotti, *Processi di selezione del crimine. Procure della Repubblica e organizzazione giudiziaria*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 1 ss., il quale riconduce l'uso di tale termine all'avvento della cosiddetta *giustizia informale*, «nell'ambito della quale il cerimoniale giudiziario e la sua *teatralità* diventano un ostacolo alla comprensione profonda della persona imputata. “[L]a giustizia informale propone [...] di sostituire alla messinscena

l'esigenza di *diversificare* la risposta penale in base alla *gravità* del reato (e quindi alla *meritevolezza* della pena), sembrano essere pure espressione di una mutata sensibilità e cultura dei rapporti fra stato e diritto; effetti e cause, o cause ed effetti, di un linguaggio giuridico progressivamente differente⁷.

L'interprete di tale nuovo linguaggio è, ancora una volta, il potere giudiziario, la cui *discrezionalità* diviene lo strumento flessibile in grado di adattare il diritto alla complessità della realtà attuale.

2. Il principio di lesività.

Fra i concetti fondanti l'impostazione formalistica del diritto penale vi sono pure quelli della predefinizione della *soglia semantica* e del *limite* del delitto. Tale approccio, che può essere considerato tipico della cultura di stampo illuministico, sembra essere abbastanza in crisi in confronto alle condizioni attuali della società e della giustizia⁸. La complessità delle attività umane e l'estrema diversificazione delle stesse, infatti, importano pure l'insufficienza di criteri che affidino esclusivamente a una rigida fissazione legislativa la valutazione circa la *rilevanza penale*, la *gravità*, di una certa condotta. Di fatto, cioè, il sistema sembra

l'immediatezza del dialogo, del confronto, che meglio si presterebbero a sviscerare i meandri della personalità. [...]. Alle astuzie grossolane del rituale giudiziario, vengono dunque preferiti i resoconti psicologici, le analisi dei rapporti sociali, le perizie psichiatriche e le indagini sulla personalità". Tipico esempio dell'avvento della *giustizia informale* sarebbe l'estendersi dell'applicazione dei processi di mediazione penale».

⁷ A. Ciavola, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 46-47, con specifico riferimento al paradigma della giustizia consensuale-riparativa afferma: «Il ricorso al paradigma riparativo [...] si inserisce nel solco tracciato dall'evoluzione, in senso orizzontale, del rapporto fra Stato e cittadino e trova il suo fondamento nella progressiva ridefinizione delle relazioni tra la società civile e lo Stato e, in particolare, nel dibattito sulla rideterminazione della legittimità del potere di regolare i conflitti, ovvero, di quale debba essere il ruolo della giustizia penale nel ripristinare uno stato di diritto e di quiete sociale. Risulta sempre più chiaro che ci stiamo avviando verso una pluralità di modi di regolazione giuridica corrispondenti a una nuova economia delle relazioni entro le norme sociali e legali, segno che è in atto una mutazione strutturale del sistema democratico. La tendenza – come si diceva – è verso l'affermazione di un "diritto orizzontale", in cui la dinamica del conflitto non è impostata sulla separazione fra due "mondi" diversi, ma sulla ricerca di un accordo fra autore e vittima, alla stregua di un modello che non è contenzioso, ma consensuale-conciliativo».

⁸ S. Aleo-E. Lanza, *L'ampliamento degli spazi di discrezionalità del giudice nella determinazione della pena, dal codice Rocco ai giorni nostri, come sintomo della trasformazione della funzione penale*, in corso di pubblicazione.

reclamare l'effettuazione di ponderazioni circostanziali e contestuali ulteriori rispetto alla semplice rispondenza del fatto al tipo.

Tale problematica, evidente in specie nel tentativo di definizione del *contributo concorsuale*, mette così in luce, sul piano dell'effettività, l'«insufficienza epistemologica sia della definizione formale, del modello astratto e generale, sia del concetto di limite o di soglia»⁹.

Le evoluzioni ermeneutiche registratesi in seno alla dottrina italiana in relazione al *principio di necessaria offensività del reato* paiono potersi qualificare quale risposta alla distonia appena evidenziata¹⁰.

Nell'opinione della dottrina successiva alla emanazione del codice Rocco, un fatto era qualificabile come reato in quanto presentasse i requisiti della tipicità, dell'antigiuridicità e della colpevolezza. L'accezione di antigiuridicità condivisa dal legislatore fascista fu, in linea con la cultura giuridica del tempo, di tipo formale: il requisito della tipicità, infatti, assorbiva a monte la questione della offensività della condotta che, per il sol fatto di essere conforme a quella descritta nel *tipo* legale, avrebbe integrato un'ipotesi di reato lesiva del bene giuridico tutelato. In una prospettiva giuspositivistico-formalista, quindi, l'offesa non era un elemento costitutivo del reato da accertarsi caso per caso ma coincideva con il

⁹ S. Aleo, *Crisi del sistema penale e riforma dello Stato*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2003, p. 6.

¹⁰ È utile riportare sin da subito la precisazione di F. Mantovani, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, CEDAM, Padova, 1988, pp. 198-199: «Nell'ambito del diritto penale dell'offesa occorre, però, subito nettamente distinguere la concezione cosiddetta "realistica" o "necessariamente lesiva" del reato come fatto *offensivo tipico* dalla contrapposta concezione "sostanzialistica" del reato come *fatto socialmente pericoloso*. Espressione del liberalismo penale ed in funzione chiaramente garantista è la *prima concezione*. Compenetrando il principio di offensività nel superiore principio di legalità, considera reato soltanto il fatto che non solo è previsto dalla legge come tale, ma che è costruito dalla medesima in modo da essere necessariamente offensivo dell'interesse specifico tutelato dalla norma. Appartenendo alla tipicità, l'offesa è *elemento costitutivo* del reato accanto agli altri elementi strutturali della fattispecie legale. Ed il giudice deve accertarne l'esistenza in concreto assieme a quelli. [...] La *seconda concezione* è propria del socialismo penale ed è attualmente accolta nei codici dell'Europa orientale. Per aversi reato non è sufficiente che il fatto tipico offenda l' "interesse specifico" tutelato dalla norma. Ma occorre altresì che, nella circostanza concreta, esso sia ritenuto pericoloso in misura rilevante per la società socialista e cioè attenti anche a un più ampio "interesse sociale esterno" alla norma, senza di che diventano lecite anche le offese a specifici interessi del più grande rilievo [...]. Il giudizio di pericolosità del fatto si fonda su un raffronto, su una tensione dialettica tra l'"oggetto giuridico specifico", rappresentato dai singoli interessi, dai particolari rapporti sociali aggrediti dai singoli reati, e l' "oggetto giuridico generico" della tutela penale, identificantesi col generale interesse della comunità socialista».

reato stesso, la cui commissione avrebbe realizzato di per sé la frustrazione dell'interesse che lo Stato aveva inteso tutelare.

Tale impostazione, perfettamente rispettosa del principio di stretta legalità formale, d'altra parte, sembrava attagliarsi congruamente pure al principio di obbligatorietà dell'azione penale, già vigente: «Invero, se non vi è scarto tra tipicità e offensività (nel senso che – per ciò solo – ogni fatto tipico è anche offensivo), se non vi è spazio per l'antigiuridicità materiale (e quindi l'irruzione nel fatto di valori sociali normativamente non definiti), è chiaro che il diritto penale preclude ogni spazio alla discrezionalità dell'azione penale»¹¹.

Accadde tuttavia che, intorno agli anni '60, taluna dottrina, influenzata in particolar modo dagli studi di matrice tedesca, cominciò a considerare l'offesa all'interesse tutelato dalla norma quale requisito *autonomo* rispetto alla semplice *conformità* del fatto al tipo. È in questi anni, infatti, che certi studiosi rispolverano nozioni quali quelle di *evento giuridico*¹², di *antigiuridicità sostanziale* e di *adeguatezza sociale*¹³ della condotta criminosa, addivenendo a una scomposizione del reato (che mantiene comunque un carattere unitario) nei due momenti della *tipicità* e della *lesività*¹⁴. Si comincia a concepire l'idea che sia nei reati di pericolo che, soprattutto, nei reati di danno (in cui è presente un

¹¹ F.M. Iacoviello, *Il volto nascosto dell'inquisitorio nella cornice del diritto penale illuministico*, in *La Giustizia Penale*, 2013, III, p. 187.

¹² In particolare, si deve alle elaborazioni teoriche di M. Gallo (ne *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati di scienze giuridiche ed economiche*, Anno XX, 1951-1952, pp. 261 ss., e nella voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, 1964, pp. 782 ss.) il recepimento della concezione *giuridica* dell'evento quale oggetto del dolo.

¹³ Si ricordi in tal senso lo studio di Carlo Fiore, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Jovene, Napoli, 1966.

¹⁴ M. Gallo, voce *Dolo (dir. pen.)*, cit., p. 787: «Ciò vuol dire che nel nostro ordinamento il requisito dell'offesa non è considerato come necessariamente insito in un fatto che riproduca le note descrittive proprie di una figura criminosa, ma esprime l'esigenza che tale fatto, oltre a possedere i connotati formali tipici, si presenti, anche nel caso concreto, e non unicamente in astratto, carico del significato in forza del quale è assunto come fattispecie produttiva di conseguenze giuridiche. [...] Ove, pertanto, la qualificazione di una situazione di fatto concreta della quale sia già stata accertata la rispondenza al modello legale, non appaia conforme allo scopo che l'ordinamento attraverso una data norma persegue, viene meno ogni motivo per procedere alla qualificazione stessa, ossia per ciò che concerne il diritto penale e il campo dell'illecito in genere, per definire antigiuridico un dato comportamento. E di ciò il nostro diritto positivo si dà carico nell'art. 49, comma 2, che è una delle norme-chiave del sistema».

evento naturalistico), la semplice rispondenza del fatto al tipo legale non implichi, di per sé, l'offesa al bene giuridico tutelato dalla norma. All'offesa viene così riservata «una posizione ben definita, non in antitesi, ma complementare al requisito della conformità al tipo descrittivo»¹⁵.

Novità assoluta di questa impostazione fu che l'istituto di parte generale su cui si ritenne di fondare la costruzione di tale requisito *autonomo* fu quello del reato impossibile per *inidoneità dell'azione* (art. 49, comma 2, c.p.). Si deve, in particolare, alle ricostruzioni di Marcello Gallo¹⁶, di Carlo Fiore¹⁷ e di Guido Neppi Modona¹⁸ l'elaborazione della c.d. *concezione realistica* del reato.

Punto di partenza di tale teoria fu la presa d'atto circa il possibile scollamento tra fatto tipico e offesa: «Ci sono, cioè, degli illeciti penali la cui fattispecie è configurata in maniera tale che si può avere una condotta la quale, pur essendo conforme al modello normativo, non arrechi nel caso concreto alcun pregiudizio alla situazione oggetto di tutela»¹⁹. Riconoscendo l'autonomia funzionale dell'art. 49, comma 2, c.p. rispetto all'art. 56 c.p.²⁰, i giuristi sostennero che la

¹⁵ G. Neppi Modona, *Il reato impossibile*, Giuffrè, Milano, 1973, ristampa inalterata, p. 138. La prima edizione dell'opera è del 1965.

¹⁶ M. Gallo, *Il dolo – oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati di scienze giuridiche ed economiche*, 1951-1952, pp. 264 ss.

¹⁷ C. Fiore, *Il reato impossibile*, Jovene, Napoli, 1959, *passim*.

¹⁸ G. Neppi Modona, *Il reato impossibile*, Giuffrè, Milano, 1973, ristampa inalterata. La prima edizione dell'opera è del 1965.

¹⁹ M. Gallo, *Il dolo – oggetto e accertamento*, cit., p. 264. Per vero, l'Autore in tale scritto non fa ancora espresso riferimento all'art. 49 c.p., citando solo l'art. 43 c.p. quale norma da cui dedurre la necessità dell'offesa al bene giuridico. Nel successivo scritto del 1964, alla voce *Dolo*, cit., il giurista, invece, considererà espressamente la disciplina de reato impossibile quale riferimento normativo del requisito della necessaria *lesività*.

²⁰ M. Gallo, voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, 1964, p. 787; C. Fiore, *Il reato impossibile*, cit., pp. 22-24; G. Neppi Modona, *Il reato impossibile*, cit., pp. 19 ss. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, CEDAM, Padova, 1979, pp. 192-193, riassume i termini della questione: «Per la dottrina tradizionale il reato impossibile non è una figura autonoma, ma un doppione in negativo del delitto tentato: un tentativo inidoneo, non riuscito. Se gli atti sono idonei, si ha tentativo, se inidonei reato impossibile. E la idoneità e la non inidoneità andrebbero accertati con lo stesso criterio della prognosi postuma, cioè secondo un giudizio ipotetico *ex ante* per un fatto che non si è verificato. Per un successivo orientamento il reato impossibile svolge, invece, l'autonoma funzione di codificare il principio di offensività, anche se soltanto come *canone ermeneutico*. Sei gli argomenti a favore: a) che la interpretazione tradizionale costituisce, in contrasto col principio ermeneutico della conservazione dei contenuti normativi, *interpretatio abrogans* dell'art. 49/2 per la sua sostanziale inutilità, ridotta la sua

disciplina del reato impossibile fungerebbe da *principio generale dell'ordinamento*, applicabile a tutte le figure criminose, consumate o tentate²¹. In particolare, nell'opinione degli studiosi, l'art. 49, comma 2, c.p. individuerrebbe, insieme con l'art. 1 c.p., i requisiti essenziali dell'illecito penale²² determinandone pure un nuovo metodo di accertamento giudiziale:

funzione alla mera previsione della misura di sicurezza della libertà vigilata; *b*) che il reato impossibile, se doppiamente negativo del tentativo, avrebbe dovuto trovare la naturale collocazione nell'art. 56 c.p.; *c*) che è cosa strana la definizione in negativo di un fenomeno prima della definizione in positivo; *d*) che mentre l'art. 56 si riferisce ai soli "delitti", l'art. 49/2 si riferisce genericamente ai "reati": con l'aporia, accogliendo la suddetta tesi, che mentre gli atti idonei a commettere una contravvenzione facoltizzerebbero il giudice ad applicare detta misura, il fatto più grave degli atti idonei a commettere una contravvenzione non lo consentirebbe; *e*) che, in particolare, mentre l'art. 56 parla di "atti", l'art. 49/2 parla di "azione"; *f*) che, mentre nell'art. 56 il termine "evento" non verificatosi si riferisce all'evento naturalistico, nell'art. 49/2 l' "evento dannoso o pericoloso" impossibile si riferisce all'evento giuridico, all'impossibile offesa del bene giuridico».

²¹ C. Fiore, *Il reato impossibile*, cit., pp. 23-25: «Il valore di principio generale da assegnarsi all'art. 49 cpv. è, del reato, espressamente dichiarato nei Lavori Preparatori del vigente Codice [...]. Nelle varie Relazioni, infatti, la disposizione è chiaramente indicata come enunciazione di un principio di valore generale e fondamentale, anche per il reato consumato, perché attinente all'esecuzione del reato, ossia alla condotta punibile; come un requisito essenziale in ogni attività illecita perché possa qualificarsi reato. Si volle in sostanza con la disposizione dell'art. 49 esprimere il principio, generalissimo, della necessaria ricollegabilità di ogni azione punibile a un danno o a un pericolo: a quel danno o a quel pericolo, cioè, previsto come caratteristica conseguenza di ciascuna azione delittuosa. Non può, invero, riconoscersi l'illecito penale, là dove manchi la effettiva lesione di un bene tutelato, né vi era la possibilità che una tale lesione, sotto la forma del danno o sotto quella del pericolo, si determinasse. Un tale principio attiene alla struttura stessa dell'illecito penale e – come cercheremo di dimostrare più avanti – altro non rappresenta se non l'esigenza di una effettiva, sostanziale rispondenza del fatto punibile alla ipotesi normativa, della reale completezza e concretezza della fattispecie». *Contra* M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 434 e ss., secondo il quale «non può dubitarsi che la **conformità al tipo**, correttamente intesa coincide già con il **contenuto sostanziale di illiceità secondo la valutazione del legislatore** [...]. È dunque impensabile un fatto conforme al tipo, ma inoffensivo: l'art. 49, co. 2° non dice nulla sugli interessi tutelati dalla singola norma incriminatrice ed è esclusivamente da questa, dagli elementi del fatto e quindi dalla sua tipicità, che dovrà desumersi l'offesa. Altra questione è che un diverso *ordinamento positivo* espressamente ammetta una dissociazione fra tipo e offesa, consentendo l'individuazione dell'offesa stessa sulla base di interessi estranei alla norma incriminatrice (come avviene in taluni Paesi dell'Est europeo [...]). Ma in assenza di previsioni specifiche, non si può considerare presente nel nostro sistema un principio che oltretutto, "aprendo" a criteri extralegali di valutazione, mal si concilia con una concezione (anche) sostanziale del principio di legalità. Cade pertanto in equivoco la **giurisprudenza** quando ricorre all'art. 49, co. 2° e alla nozione di reato impossibile per affermare la non punibilità di casi come quelli del **falso grossolano** (o anche **innocuo o irrilevante**) [...], oppure della **calunnia paradossale (o incredibile)**. In tali casi è in realtà la stessa **interpretazione teleologica** delle singole norme incriminatrici a segnare l'assenza di tipicità. [...] La soluzione della non punibilità è dunque da condividere, ma non si hanno qui **fatti non conformi al tipo**, ai quali neppure in presenza di conclamata pericolosità dell'autore potrebbe pertanto essere applicata la **misura di sicurezza** di cui all'art. 49, ult. co.».

²² G. Neppi Modona, *op. cit.*, p. 200: «l'art. 49, insieme con l'art. 1 c.p., servirebbe, cioè, a determinare i requisiti essenziali dell'illecito penale. L'art. 1 c.p. risolve espressamente il

«[...] in primo luogo si dovrà accertare se il fatto in esame integra il tipo descrittivo della norma di parte speciale. In caso positivo bisognerà poi valutare, secondo un giudizio *ex post* che tiene conto della situazione effettivamente verificatasi, se realmente l'azione non ha provocato la violazione dell'interesse tutelato, se, cioè, era *inidonea*. Se il fatto risulta carente di contenuto lesivo, avremo un'ipotesi di reato impossibile per inidoneità dell'azione, ed eventualmente all'imputato proscioltto, ritenuto socialmente pericoloso, verrà comminata la misura di sicurezza della libertà vigilata. Se invece il fatto esprime il contenuto offensivo che normalmente si accompagna alla conformità al modello legale, si ricade nell'ambito del reato consumato, esulando ogni riferimento sia al reato impossibile che al delitto tentato»²³.

Secondo la *concezione realistica del reato*, dunque, il fatto *tipico* costitutivo di un reato si avrà soltanto quando «insieme con le esteriori caratteristiche di una fattispecie legale, si riscontri altresì una effettiva capacità lesiva dell'azione posta in essere, una concreta possibilità che si realizzi il danno o il pericolo propri del reato che si intendeva commettere. L'elemento della lesione è così intimamente connaturato all'illecito, da non potersi riconoscere questo, ove manchi quello»²⁴. La idoneità lesiva diventa, così, una delle essenziali dimensioni logico-giuridiche dell'azione punibile: il reato, dunque, andrebbe ridefinito come *fatto conforme al modello legale ed altresì offensivo dell'interesse tutelato*.

problema della conformità del fatto al tipo descrittivo, nel senso che, a prescindere da ogni altra indagine di carattere sociale, morale od economico, il giudice deve disinteressarsi di quei comportamenti che non rientrano nel modello legale di alcuna norma incriminatrice, anche se ledono interessi altrimenti tutelati dal diritto o ritenuti meritevoli di protezione secondo criteri extragiuridici. Dal 2° comma dell'art. 49 c.p. emergerebbe, poi, una maggiore complessità ed un arricchimento del principio di stretta legalità nel senso che i comportamenti conformi al tipo descrittivo, ma non lesivi, non sono perseguibili. [...] L'art. 49 c.p., globalmente considerato, sta pertanto ad indicare i due limiti entro cui si configura la struttura dell'illecito: conformità al tipo ed effettiva lesione dell'interesse tutelato. La riunione dei due caratteri nella medesima norma è una chiara conferma che tali requisiti debbono essere realizzati nel medesimo contesto di azione, o, in altri termini, che la semplice presenza di uno dei due elementi non è sufficiente a rendere un comportamento penalmente rilevante».

²³ G. Neppi Modona, *op. cit.*, pp. 205-206. Secondo l'Autore, peraltro, tale tipo di accertamento permetterebbe di distinguere il reato impossibile dal delitto tentato.

²⁴ C. Fiore, *op. cit.*, p. 43.

Si evolve, nel contempo, anche la teorica del bene giuridico²⁵. Fra le diverse ricostruzioni operate in tali anni, particolarmente significativa risulta quella elaborata, nel 1973, da Franco Bricola²⁶, la cui novità consiste nel ricollegare la

²⁵ Ricostruisce l'evoluzione della dottrina del bene giuridico E. Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 55 e ss. In particolare, l'Autore ritiene che la nascita della teorica del bene giuridico quale concezione materiale del reato – specie nella letteratura tedesca – si basi sulla crisi della teoria del reato come violazione dei diritti soggettivi. Nelle evoluzioni successive, il bene giuridico è stato poi identificato con la nozione di *scopo* della norma (c.d. *concezione metodologica*). L'attuale orientamento è, invece, nel senso di autonomizzare la nozione di *bene giuridico* pure da quella di *scopo* della norma: «[...] dalla concezione metodologica del bene giuridico e dalle concezioni che in un certo senso ad essa possono equipararsi, esce solo (e neppure sempre) evocata la “funzione interpretativa” del concetto, attraverso le nozioni di scopo e di scopo centrale. Queste concezioni, al tempo stesso, operano una trasformazione del significato della teoria del bene giuridico, annullandone la dimensione “liberale” e rinunciando di conseguenza a ogni tentativo inteso a cogliere il nucleo essenziale del reato» (pp. 92-93). Si sofferma sul superamento dell'identificazione del bene con lo scopo anche F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIV, 1973, p. 71: «E ancora: l'accurata ricostruzione del rapporto bene-scopo può impedire che sia assunta come *ratio* un interesse che, viceversa, concorre a sacrificare o si aggiunge (reato plurioffensivo) all'oggetto della tutela. [...] va rilevato che il rapporto bene (interesse)-scopo nel senso sopra descritto è costituzionalmente legittimo solo in quanto il primo, la cui lesione (o messa in pericolo) è necessaria per l'integrazione della fattispecie criminosa, sia di rilievo costituzionale e sia costituzionalmente tanto significativo da giustificare una restrizione della libertà personale. E ciò al fine di garantire il rispetto di quei limiti di ordine costituzionale alla configurazione legislativa di illeciti penali, a suo tempo delineati. Tali aspetti garantistici non sarebbero, viceversa, adeguatamente rispettati qualora il bene (o interesse) non possedesse i caratteri summenzionati, ma questi fossero soltanto propri dell'interesse assunto a *scopo* della tutela. E la ragione ne è evidente. Giacché il giudizio di necessaria lesività, costituzionalmente prescritto, si prospetta esclusivamente rispetto all'interesse *oggetto* di tutela e non a quello operante come *scopo* della medesima». Un'utile ricostruzione delle problematiche che gravitano attorno alla questione del bene giuridico si trova in G. Zuccalà, *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione “critica” del bene e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, in E. Dolcini-C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 791 ss.

²⁶ F. Bricola, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 7-93. Si mostrava parzialmente critico rispetto a tale ricostruzione E. Musco, *op. cit.*, pp. 122-123, secondo il quale il principale limite della teoria di Bricola risiederebbe nel non fornire alcuna indicazione «sulla natura, sul carattere, sul “volto” del bene giuridico da proteggere penalmente. [...] occorre individuare fra le scelte fondamentali relative ai problemi di organizzazione della struttura sociale contenute nella Costituzione, quelle che meritano di essere tutelate penalmente. Sembra, in effetti, che il Bricola accenni al problema laddove si sofferma sulla “significatività” del valore costituzionale. Ma tale locuzione, in primo luogo, manca di un preciso, autonomo contenuto; ed, in secondo luogo, viene adoperata in un modo non univoco: ora sembra quasi indicare un livello di sufficienza della violazione del valore costituzionale[...]; ora sembra essere soltanto l'indice primario per la determinazione della misura della pena». Più di recente, G. Marinucci – E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, 1, Milano, 2001, pp. 496 e ss.; M. Romano, *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011, pp. 37-38, il quale con riferimento alla teoria di Bricola afferma: «Prospettiva interessante, dicevo, poiché non può che essere la Costituzione a segnare i limiti invalicabili e *controllabili* al potere punitivo del legislatore. Ma, orientata in senso sostanziale, la tesi che identifica i beni giuridici *a priori* tutelabili nella Costituzione non è sostenibile. Se il riferimento alla Costituzione si intende come diretto e specifico, infatti, l'elenco dei beni è presto esaurito [...]. Detto in altro modo. Una Costituzione, sebbene ponga in primo piano regole e valori fondamentali per i cittadini e le istituzioni, non può mai essere concepito

tutela penale del bene giuridico alla *significativa rilevanza costituzionale* dello stesso²⁷. Per vero, anche il giurista condivideva l'orientamento volto a individuare nell'art. 49 c.p. il *distinguo* tra momento della conformità al tipo e momento dell'offesa ritenendo, fra l'altro, che tale interpretazione trovasse il proprio riferimento costituzionale negli artt. 25 e 27, comma 3, Cost²⁸.

La teoria della *concezione realistica del reato* è stata, tuttavia, esposta a forti obiezioni.

Fra queste, la «critica tanto lucida quanto distruttiva»²⁹ avanzata da Federico Stella, secondo il quale, in un sistema incentrato sul principio di legalità, l'idea stessa di un fatto *tipico* ma non punibile perché *inoffensivo* sarebbe, di per sé, una contraddizione in termini. Secondo l'Autore, in particolare, l'offensività non solo non costituirebbe un requisito *autonomo* di fattispecie ma, anche quando lo fosse, non sarebbe rinvenibile nel disposto dell'art. 49, comma 2, c.p.: «la tesi della

come un catalogo *finito* di beni, perché ciò equivarrebbe a renderla impenetrabile alle dinamiche della realtà sociale e ai mutamenti inevitabilmente portati dal trascorrere del tempo. Prima di essere giuridici, infatti, i beni sono valori della vita degli uomini, valori che in buona parte seguono l'evoluzione della realtà affermandosi quale composizione dei conflitti che insorgono nella società. Pretendere dunque che i beni possibili oggetti di protezione penale siano prima ancora *già* beni giuridici perché *già* costituzionali non pare accettabile: o si tratta di una mera finzione, oppure si postula riduttivamente la carta costituzionale come un sistema normativo chiuso».

²⁷ Per un commento più attuale dell'opera di Bricola, v. M. Donini, *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, p. 4: «la novità principale di quest'opera, ciò che la rende ancora oggi attuale e paradigmatica, è che essa vede nella Costituzione e comunque in fonti giuridiche sovraordinate alla legge ordinaria, non solo un *limite*, ma anche un *fondamento* al diritto penale».

²⁸ Pare utile riportare la conclusione del suo articolato ragionamento, F. Bricola, *op. cit.*, pp. 92-93: «Volendo sintetizzare quanto si è venuto sin qui esponendo, possiamo definire il *reato* come un fatto previsto in forma tassativa dalla legge, di realizzazione esclusiva dell'agente o in ogni caso al medesimo riconducibile tramite un atteggiamento colpevole (doloso o colposo), idoneo ad offendere un valore costituzionalmente significativo, minacciato con una pena proporzionata anche alla significatività del valore tutelato e strutturalmente caratterizzato dal teleologismo costituzionalmente attribuito alla sanzione penale e, infine, intollerante rispetto ad ogni articolazione probatoria che faccia in qualche modo ricadere sull'imputato l'onere della prova (o il rischio della mancata allegazione) di elementi d'ordine positivo che ne caratterizzano la struttura. Questa definizione caratterizza il “nuovo volto” dell'illecito penale delineato dalla Costituzione italiana, non del tutto rispondente al volto che, per contro, emerge dalla legislazione penale ordinaria; e ciò a causa della lentezza con la quale la legislazione penale ordinaria si viene adeguando al tessuto normativo costituzionale».

²⁹ C.E. Paliero, “Minima non curat paetor”: *ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, CEDAM, Padova, 1985, p. 415.

configurabilità dell'interesse tutelato come requisito autonomo di fattispecie si rivela, alla luce dei dati reperibili nella legislazione penale ordinaria, priva di fondamento. Posta la premessa secondo la quale ogni norma penale è preordinata alla tutela di uno o più interessi, e posto il rilievo che la determinazione degli interessi meritevoli di protezione compete esclusivamente al legislatore, i corollari seguono a fil di logica: poiché l'art. 49 co. 2 c.p. non contiene alcuna indicazione che consenta di individuare autonomamente gli interessi tutelati, si deve riconoscere che questi ultimi sono indistinguibili dagli elementi "descrittivi" della fattispecie, unitariamente considerati³⁰. In generale, certa dottrina ha ritenuto che l'elaborazione di tale requisito, autonomo e ulteriore rispetto alla tipicità, fosse contrario al principio di legalità³¹.

³⁰ F. Stella, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1973, p. 35. In particolare, l'Autore si interroga sul criterio che dovrebbe consentire di accertare l'offensività o l'inoffensività di un comportamento conforme al tipo descrittivo: «[...] si tratta di un criterio che deve essere desunto dalla norma incriminatrice di parte speciale o che deve essere reperito altrove? In altre parole, supposto che dall'art. 49 co. 2 c.p. risulti per davvero la possibilità di una distinzione fra tipicità ed offesa, come giustificare, ad esempio, l'affermazione che il danneggiamento di cose di scarso o nessun valore non è punibile ai sensi dell'art. 635 c.p.? Un punto è sicuramente fuori discussione: quel criterio e quella giustificazione non sono *direttamente* offerti dall'art. 49 co. 2 c.p., che si limita ad enunciare una prescrizione a carattere generale, dalla quale esorbita qualsiasi riferimento ad *interessi specifici e determinati*; che il danneggiamento di cose di nessun valore, o il falso grossolano, non siano lesivi dell'interesse tutelato è, insomma, proposizione non deducibile dalla sola norma sul reato impossibile, perché in quest'ultima non è racchiusa alcuna allusione al bene protetto dall'art. 635 c.p. e dagli artt. 476 ss. c.p. In altre parole: l'art. 49 co. 2 c.p. *non concorre in alcun modo ad erudirci sulla natura degli interessi tutelati*». E con riferimento alle opposizioni mosse alle teorie sopra citate, egli scrive, pp. 31-32: «L'*impasse* non consente, probabilmente, vere soluzioni, finché non si rinunci a configurare l'offesa dell'interesse tutelato come requisito autonomo del reato (o finché non si opti per un concetto diverso di interesse tutelato): l'inoffensività di un singolo elemento è l'inoffensività di un requisito del "tipo", cioè di un complesso di elementi tra loro concatenati; ma poiché l'interesse tutelato – nell'ordine di idee considerato – si ricava, appunto, dal modello legale unitariamente considerato, i due concetti non possono non coincidere: che è quanto basta per escludere ogni possibilità di una loro considerazione autonoma» (*ivi*, p. 28). E con particolare riferimento alle elaborazioni legate all'art. 49 c.p. l'Autore formula la seguente obiezione: «[...] se l'accertamento della mera conformità del fatto al "tipo descrittivo" precludesse per davvero la possibilità di chiedersi se gli atti sono idonei ai sensi dell'art. 56 C. Pen., si dovrebbe riscontrare, nel sistema, un'incongruenza assai più grave di quella che si vuole far discendere dall'interpretazione tradizionale dell'art. 49, 2° comma, C. Pen.: nell'ipotesi in cui gli atti siano idonei, ma la condotta o l'evento naturalistico si rivelino concretamente inoffensivi, non si potrebbe ricorrere né alla disciplina del reato consumato, né a quella del delitto tentato: o, in altre parole, in presenza di un comportamento che riveste la stessa (se non una maggiore) gravità di quella punibile a titolo di tentativo, ci si dovrebbe assegnare a ripiegare sullo schema del reato impossibile» (*ivi*, p. 65). Tale critica non verrà condivisa da F. Bricola, *op. cit.*, pp. 78-80.

³¹ G. Zuccalà, *Sul preteso principio di necessaria offensività*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, III, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 1689 ss. In particolare l'Autore, con precipuo riferimento

Un'altra obiezione rilevante è quella che ha accusato tale impostazione ermeneutica di "connivenza" con le dottrine socialiste, che condividono una nozione di antigiuridicità *materiale, sostanziale* del reato³². «A tale censura, però,

ai c.d. reati senza offesa, rispetto ai quali altra dottrina ha auspicato una rilettura in chiave di offensività se non una dichiarazione di incostituzionalità, ritiene che questi non possano essere ignorati: «Per quanto ci riguarda, le norme, valutate nel sistema, hanno, appunto orientato coerentemente anche noi ad ammettere, pur nell'auspicio di altra più adeguata soluzione, l'esistenza di taluni reati senza offesa concreta e immediata – nel senso ampio indicato –, né di danno né di pericolo, inteso quest'ultimo come probabilità del risultato dannoso» (*ivi*, p. 1693). Così, i reati ostativi, i reati di accordo o istigazione, i reati di pericolo presunto, taluni delitti a dolo specifico e i delitti di attentato sono tutte figure che possono mancare di una offesa immediata e concreta: «Circa il modo di valutare queste ipotesi di reato, abbiamo già ricordato che i sostenitori della c.d. concezione realistica dell'illecito penale escludono l'esistenza del reato senza offesa richiamandosi all'art. 49 c.p.: secondo questa interpretazione, tale norma starebbe a ribadire il carattere offensivo dell'azione, con la conseguente impossibilità di punire quando venga meno l'offensività stessa. È da rilevare tuttavia che, anche quando si volesse ritenere che nell'art. 49 sia stata davvero trasfusa la concezione oggettiva dell'illecito penale, pure in questo caso – a nostro parere – detta norma non potrebbe favorire un'interpretazione dei delitti indicati in termini di offesa tipicamente rilevante. È stato giustamente osservato che la norma in esame serve a interpretare in chiave di offesa i reati in cui questa è elemento implicito o che possono essere, comunque, reinterpretati in termini di offesa senza violare il principio di legalità. Si può quindi asserire che, pur accettando questa impostazione, la norma stessa non potrebbe comunque valere per le ipotesi criminose al nostro esame, in quanto essa – e ciò non sarebbe certo consentito – dovrebbe addirittura servire per munire di offesa reati che ne sono privi. Pur trattandosi di una norma di parte generale, il principio da essa introdotto, per ipotesi, nel sistema non potrebbe imporsi all'altra norma, anche se di parte speciale, se quest'ultima, nella sua autonomia, espressa nella descrizione tipica, esclude – come nella specie – il principio stesso» (*ivi*, pp. 1698-1699). D'altra parte, l'Autore ritiene pure che il principio di offensività non abbia uno specifico fondamento costituzionale.

³² Tale critica, principalmente riconducibile a P. Nuvolone, *I limiti taciti della norma penale*, CEDAM, Padova, 1972, non è condivisa da F. Bricola, *op. cit.*, p. 72, il quale ricorda come l'appunto principale che si muove a tale ricostruzione sia quello di «ricolleghersi con esplicita consapevolezza all'impostazione legislativa di alcuni codici (in particolare, quelli dell'Europa orientale), per i quali non è punibile l'azione corrispondente al *Tatbestand*, che non sia socialmente pericolosa: impostazione, si dice, in contrasto, se pure *in bonam partem*, col principio di legalità che postula un potere ricognitivo al di là della legge nel giudice penale» (*ivi*, p. 74). Per vero, l'Autore, seppur ravvisi indizi di apparente affinità fra l'art. 49 c.p. così interpretato e le formule di non punibilità delle legislazioni dei Paesi socialisti, ritiene, tuttavia, che tali accostamenti siano piuttosto fragili: «Il giudizio di lesività che si vuole imposto dall'art. 49, 2° comma, C. Pen., ha come termini di raffronto due elementi individuati con estremo rigore. Da un lato il fatto concreto conforme al tipo con esclusione di tutte le circostanze esterne alla realizzazione del tipo descrittivo, dall'altro l'interesse specifico tutelato dalla norma incriminatrice, anche se assunto nella sua più precisa dimensione sociale e costituzionale. Nel giudizio di "pericolosità sociale dell'azione", cui fanno riferimento le legislazioni dei Paesi socialisti, i due parametri sono assai più elastici e di questa differenza è chiaramente consapevole lo stesso NEPPI MODONA» (*ivi*, p. 75). Non condivide l'accostamento tra la formula dell'art. 49, cpv., c.p. e l'impostazione dei codici socialisti nemmeno C.E. Paliero, *op. cit.*, pp. 436-437: «Proprio sotto quest'ultimo profilo si può verificare con maggiore chiarezza la sostanziale diversità della teoria materiale socialista dalla concezione *realistica*, così com'è stata sviluppata dalla nostra dottrina con l'aggancio all'art. 49 c.p. Quest'ultima, infatti, ha un carattere *statico* ed è esclusivamente rivolta a superare i limiti tecnici della legislazione risolvendo problemi di sfasatura tra "corrispondenza al modello legale" e "reale lesività degli interessi tutelati". Le

è sempre stata – agevolmente – opposta la “dimensione esclusivamente normativa del giudizio di offensività”, il quale si radica saldamente all’interno della sfera positiva: ne sono elementi fondanti, infatti, il principio generale dell’art. 49 Cp, e la norma penale di parte speciale che si vorrebbe violata, imprescindibile nella verifica dell’effettiva lesione dell’interesse da essa stesso tutelato»³³.

Al di là del suo tortuoso percorso di affermazione e pur in mancanza di una espressa previsione che lo sancisca³⁴, al principio di offensività è oggi riconosciuto un fondamento pure costituzionale rinvenibile, a seconda delle differenti impostazioni dottrinali, negli artt. 13, 25, comma 2, e 27, comma 3, della Costituzione³⁵.

Esso, inoltre, trova costante attuazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale³⁶ e nella giurisprudenza ordinaria³⁷, nelle cui applicazioni viene

soluzioni adottate nelle legislazioni socialiste ambiscono invece a creare una sorta di *dinamica* del controllo sociale (di tipo penalistico) esigendo, nella fase applicativa, una costante verifica dei significati reali dei diversi fatti *hic et nunc*, in relazione cioè ai rapporti economico-sociali realmente esistenti nel momento storico attuale e non solo, quindi, ai valori ipostatizzati nelle norme».

³³ S. Quattrocchio, *Esiguità del fatto e regole per l’esercizio dell’azione penale*, Jovene, Napoli, 2004, pp. 123-124.

³⁴ Il canone dell’offensività manca, infatti, di una previsione espressa che lo sancisca. Nel corso del tempo sono stati avanzati progetti volti a una *codificazione* di tale principio. Fra questi, si rammenta, il Progetto Pagliaro del 1992 e l’art. 129, comma 2, del testo approvato il 4 novembre 1997 dalla Commissione Bicamerale per le riforme istituzionali, nel quale si prevedeva: «Non è punibile chi ha commesso un fatto previsto come reato nel caso in cui esso non abbia determinato una concreta offensività». Per un commento sui lavori della Commissione Bicamerale con riferimento all’art. 129 v. M. Donini, *L’art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione “legale” prima che “giurisprudenziale” dei principi di offensività e sussidiarietà*, in *Critica del diritto*, 1998, pp. 95 ss. In generale, esprimono perplessità in ordine alla codificazione del principio di offensività F. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, p. 357, secondo il quale una norma che introducesse il principio di offensività, avendo sostanzialmente natura interpretativa e applicativa, rischierebbe di diventare «un veicolo costituzionale per introdurre una sostanziale eccezione all’obbligatorietà dell’azione penale sotto le mentite spoglie però di un istituto sostanziale»; G. Fiandaca, *Offensività: principio codificabile?*, in *Foro italiano*, 2001, pp. 1 ss.

³⁵ Riassume i diversi orientamenti F. Mantovani, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 186-187; R. Garofoli, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Neldiritto, Roma, 2016, p. 609.

³⁶ Per una ricognizione giurisprudenziale delle sentenze con cui la Consulta ha fatto uso del principio di offensività v. D. Pulitanò, *Diritto penale*, quinta edizione, Giappichelli, Torino, 2013,

utilizzato sia come canone per vagliare la *ragionevolezza* delle scelte legislative che quale criterio interpretativo per la ricostruzione dell'illecito penale in chiave offensiva.

Così, in un'accezione astratta, il principio di offensività si intende rivolto al legislatore, al quale imporrebbe di incriminare solo condotte lesive di beni giuridici meritevoli di tutela: posta la discrezionalità del legislatore nell'individuare le condotte punibili e la configurazione del relativo trattamento sanzionatorio, il principio di offensività opererebbe come limite di *ragionevolezza* a tali scelte legislative³⁸. Si rammentino in tal senso i principi

pp. 184 e ss.; G. Lattanzi-E. Lupo, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 754 e ss.; V. Manes, *Il principio di offensività. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2005.

³⁷ G. Neppi Modona, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 94 ss. ritiene particolarmente significative le conclusioni raggiunte con due decisioni, rispettivamente di legittimità e di merito. Così, in Cassazione penale, I, 15 maggio 1989, in *Cassazione penale*, 1991, pp. 572 ss., la Cassazione ha affermato che «La norma dell'art. 49, 2° comma, c.p., lungi dal porsi in funzione di limite negativo della fattispecie del delitto tentato, afferma il principio dell'offensività del reato (che ne concretizza la concezione realistica), per cui non è punibile [...] il comportamento conforme alla fattispecie legale penale, che tuttavia non manifesta obiettivamente, nel caso concreto, l'attitudine causale a ledere o porre in pericolo il bene giuridico protetto. Tale principio [...] postula [...] l'accertamento dell'idoneità dell'azione (o, in altri termini, dell'offensività della condotta) alla stregua delle circostanze obiettive del caso concreto, secondo un giudizio che non può che essere *ex post*». Altrettanto rilevanti paiono le conclusioni raggiunte dal Tribunale di Roma, 2 maggio 2000, in *Cass. pen.*, 2001, pp. 2532 ss.: «Dal 2° comma dell'art. 49 emerge [...] una maggiore complessità ad un arricchimento del principio di stretta legalità, nel senso che i comportamenti conformi al tipo, ma non lesivi, non sono perseguibili: ogni reato, per essere considerato tale, e coerente con le ragioni per cui un determinato fatto è assunto dalla norma incriminatrice quale condizione del verificarsi delle conseguenze sanzionatorie, deve sostanziarsi nella lesione dell'interesse protetto dal legislatore. [...] L'effettiva lesione o esposizione a pericolo dell'interesse tutelato vanno accertate alla stregua di una valutazione rigorosamente normativa, cioè basata sull'individuazione dell'oggettività giuridica emergente dalla norma incriminatrice o da quelle altre fonti normative che concorrono a determinare l'interesse tutelato. [...] Mentre l'idoneità degli atti nell'art. 56 c.p. si risolve in un giudizio dinamico, avente necessariamente un contenuto ipotetico (prognosi postuma o giudizio *ex ante*), l'idoneità dell'azione dà luogo ad un giudizio statico, *ex post*, di fatto, sull'essersi o meno verificata l'offesa dell'interesse tutelato, da cui esula ogni considerazione di carattere potenziale o previsionale».

³⁸ Per una ricostruzione dell'evoluzione del controllo di ragionevolezza da parte della Consulta sulle scelte discrezionali del legislatore penale v. G. Insolera, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 264 ss.; F. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, p. 350 ss., che con riferimento al sindacato della Corte costituzionale sull'offensività quale *criterio legislativo*, scrive: «Ora, mentre il giudizio di costituzionalità concernente la legalità o la colpevolezza o la finalità rieducativa [...] si avvale però comunque di un parametro sufficientemente predeterminato e soprattutto immutabile nei suoi contenuti fondamentali, il parametro dell'offensività è privo di un reale contenuto predeterminato una volta per tutte e

espressi dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 333 del 1991, n. 263 del 2000, n. 249 del 2010³⁹.

In un'accezione concreta, invece, tale principio rappresenta un canone "giudiziario-interpretativo" che si rivolge ai giudici, imponendo loro di interpretare di volta in volta la norma in modo tale da assicurare che il fatto concreto presenti indici di lesività⁴⁰. Detto con le parole dei giudici di legittimità, spetta al giudice di merito, «dopo aver ricavato dal sistema tutto e dalla norma particolare interpretata, il bene od i beni tutelati attraverso l'incriminazione d'una determinata fattispecie tipica, determinare, in concreto, ciò [...] che, non

capace quindi di definire i giudizi in cui opera. Certamente, il principio di offensività nel suo contenuto essenziale dice che "sono penalmente tutelabili solo gli interessi *meritevoli*", ma questo schema o parametro di giudizio non può concretamente operare senza la previa individuazione, volta per volta, dell'interesse per l'appunto *meritevole*. In sostanza, il vero contenuto materiale del parametro di costituzionalità viene forgiato di volta in volta dalla Corte con riferimento non già ad una stessa norma costituzionale ma a norme diverse a seconda dell'interesse della cui "meritevolezza" si dibatte».

³⁹ V. Manes, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011, reperibile al sito <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Manes%20off%20rag.pdf>, nota come, a differenza della sentenza 250 (in cui la Consulta, nel salvare dalle censure di illegittimità il reato di clandestinità di cui all'art. 10-bis d.lgs. 286/1998, precisa che l'esercizio della discrezionalità legislativa può essere oggetto di sindacato, sul piano della legittimità costituzionale, solo ove si traduca in scelte manifestamente irragionevoli o arbitrarie), nella sentenza n. 249 del 2010, la Consulta valorizzi in pieno il confine critico imposto alla discrezionalità legislativa, «che peraltro sviluppa ed in qualche modo potenzia un orientamento già affiorato anche in precedenza, riconoscendo piena ed autonoma capacità dimostrativa al principio di offensività nei confronti delle presunzioni di pericolo irragionevolmente fondate semplicemente su condizioni o qualità soggettive: queste vengono censurate dalla Corte sia ove le stesse siano poste a base di fattispecie penali, sia ove esse fondino semplici aggravamenti del trattamento sanzionatorio». Con la pronuncia n. 249, i giudici costituzionali hanno così precisato che le scelte legislative devono superare, con riferimento al principio di offensività, non un semplice accertamento di non manifesta irragionevolezza, bensì un vaglio positivo di ragionevolezza.

⁴⁰ G. Neppi Modona, *Il lungo cammino del principio di offensività*, cit., pp. 104 ss., rammenta come nonostante si tratti di accezione generalmente condivisa in dottrina e utilizzata in giurisprudenza, non manca chi ravvisa, nell'operazione ermeneutica volta a rinvenire un pericolo *concreto* anche in quelle fattispecie che il legislatore abbia costruito come *reati senza offesa*, una *manipolazione* del dettato normativo e, quindi, una violazione del principio di legalità. In tal senso l'Autore ricorda le conclusioni sulla concezione realistica del reato rivisitate da Marcello Gallo in occasione della pubblicazione degli *Appunti di diritto penale*: «Ebbene in quelle lezioni [...] leggiamo che il giudizio sull'offensività va formulato assumendo come "misura di valutazione del fatto da qualificare i principi che vigono nell'ambito di un dato sistema normativo, in modo che la qualifica attribuita non risulti priva di congruenza con essi" e che quindi parlare di "contenuto del fatto illecito non equivale a riferirsi a criteri di valutazione *praeter legem*, necessariamente assai vaghi ed incerti (nonché politicamente pericolosi), bensì presuppone un'indagine, in profondità, dell'ordinamento, ricostruito non soltanto nelle sue forme espresse, ma anche negli scopi cui è preordinato».

raggiungendo la soglia dell'offensività dei beni in discussione, è fuori del penalmente rilevante». In particolare, una interpretazione costituzionalmente orientata dei precetti penali «impone di lasciare al giudice di merito un certo margine di apprezzamento che gli consenta di limitare l'applicazione della sanzione penale alle sole fattispecie che, per entità e natura siano effettivamente in grado di ledere il bene giuridico che la norma intende tutelare». E ciò, indipendentemente dalla previsione, in ogni singola fattispecie, di specifiche soglie di rilevanza delle classi comportamentali incriminate, ben potendo «tale limite essere individuato dal giudice di merito in base al principio di offensività», secondo un'indagine caso per caso che accerti «se il fatto di reato abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato» (Corte costituzionale, sentenza n. 62 del 1986)⁴¹. Si rammenti in tal senso, oltre alla sentenza citata, quanto affermato dalla Corte costituzionale nella ordinanza n. 437 del 1989, in tema di mancata annotazione nelle scritture contabili degli atti di

⁴¹ Corte costituzionale, sentenza n. 62 del 26 marzo 1986. Ivi si legge, al punto 5: «L'ordinanza di remissione impugna ancora la legge 14 ottobre 1974 n. 497 in quanto, assumendo un concetto astratto di esplosivo, senza l'indicazione di quantitativi minimi da non considerarsi rilevanti ai fini della sicurezza pubblica e degli scopi della legge stessa, renderebbe impossibile un concreto adeguamento della norma alla gravità delle fattispecie e dei comportamenti, violando, anche in tal modo, il principio d'uguaglianza. Il problema, peraltro puramente interpretativo, posto dall'ordinanza di remissione va risolto mediante il ricorso al principio d'offensività. Può certo discutersi sulla costituzionalizzazione o meno del principio d'offensività: ma che lo stesso principio debba reggere ogni interpretazione di norme penali è ormai canone unanimemente accettato. Spetta al giudice, dopo aver ricavato dal sistema tutto e dalla norma particolare interpretata, il bene od i beni tutelati attraverso l'incriminazione d'una determinata fattispecie tipica, determinare, in concreto, ciò (= il quantitativo minimo d'esplosivo) che, non raggiungendo la soglia dell'offensività dei beni in discussione, è fuori del penalmente rilevante. Non è certo consentito a questa Corte prendere posizione sul significato, nel sistema, del reato impossibile; se cioè esso, nella forma dell'inidoneità dell'azione, costituisca il rovescio degli atti idonei di cui all'art. 56 codice penale oppure sia espressione di un principio generale integratore del principio di tipicità formale di cui all'art. 1 del codice penale (oppure ancora esprima il cosiddetto tentativo impossibile); ma, anche a voler tacere sulle discussioni in tema di cosiddetta concezione realistica del reato, certo è che l'art. 49, secondo comma, codice penale non può non giovare all'interprete al fine di determinare in concreto, la soglia del penalmente rilevante. È appunto compito del giudice, e non del legislatore, stabilire se una minima quantità d'esplosivo sia, nella concreta fattispecie, idonea ad offendere i beni tutelati dalle normative in discussione: e per giungere alle conclusioni ora indicate il giudice non ha che da valersi di tutti gli strumenti ermeneutici che l'intero sistema offre». Il testo della sentenza è reperibile al sito: <http://www.giurcost.org/decisioni/1986/0062s-86.html>

acquisto e nella sentenza n. 957 del 1988, con riferimento alla valutazione dell'interesse del minore nella integrazione del reato di cui all'art. 573 c.p.⁴²

In particolare, del principio di offensività quale criterio interpretativo si è fatta concreta applicazione con riferimento: ai delitti in materia di sostanze stupefacenti, in specie in relazione alle condotte di coltivazione⁴³ e di cessione⁴⁴ di cui agli artt. 73 e 75 d.P.R. 309/1990, rispetto alle quali sono stati elaborati i concetti di *soglia* e di *efficacia drogante*; ai reati di falso, con riferimento al falso grossolano e al falso innocuo; ai delitti contro l'amministrazione della giustizia, in specie al delitto di calunnia; a taluni delitti contro l'ordine pubblico; ai delitti di terrorismo, ai delitti a dolo specifico e alle fattispecie di pericolo astratto⁴⁵. In generale, è possibile affermare che l'applicazione di tale principio si è rivelata da ultimo funzionale a evitare che la soglia di punibilità di un reato possa arretrare a un momento in cui manca ancora anche la sola esposizione a pericolo del bene giuridico tutelato⁴⁶.

⁴² Si sofferma sulle declinazioni del principio di offensività nella giurisprudenza costituzionale G. Pestelli, *Ancora sui tormentati rapporti tra tipicità e offensività: la problematica non punibilità delle condotte aventi a oggetto sostanze stupefacenti c.d. prive di efficacia drogante*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, pp. 637 ss.

⁴³ Si rammentano in tal senso le sentenze: Corte costituzionale n. 360 del 1995 (<http://www.giurcost.org/decisioni/1995/0360s-95.htm>); Cass. SS.UU. nn. 28605 e 28606 del 2008.

⁴⁴ Si riferiscono espressamente alla condotta di cessione: Cass. SS.UU. n. 9973 del 1998, Cass. SS. UU. n. 47472 del 2007, Cass. pen., V, n. 3354 del 2010, Cass. pen., VI, n. 6928 del 2011.

⁴⁵ Ripercorre la evoluzione della giurisprudenza, costituzionale e ordinaria, su tali materie A. Natalini, *De minimis non curat praetor: diritto penale giurisprudenziale e reati di pericolo astratto, tra tipicità apparente, esiguità del fatto e necessaria offensività*, in *Cassazione penale*, 2003, pp. 3533 ss.

⁴⁶ Esprimeva già preoccupazioni in relazione a tale applicazione del principio di offensività F. Bricola, *Intervento*, in *L'azione penale per la repressione dell'illecito tra obbligatorietà e discrezionalità*, in *Giustizia e Costituzione*, 1991, p. 35: «Ecco gli strumenti surrettizi attraverso i quali si vuol fare inserire, nella valutazione del giudice, e quindi, anche nel promovimento dell'azione o nella richiesta di archiviazione, elementi che sono valutazioni politiche. Quel sacrosanto appello al principio di lesività diventa allora uno strumento attraverso il quale entrano, nella applicazione, valutazioni politiche, per scaricare poi sulla magistratura la responsabilità delle scelte, in questo come in tanti altri casi. Qual è allora la soluzione? La soluzione che il sostanzialista vede è una soluzione di ritorno al diritto penale nella sua genuina funzione, che è quella di colpire quei fatti che non si possono colpire altrimenti e che sono lesivi di beni, di valori di di particolare gravità».

3. La graduabilità dell'illecito penale: la minima offensività.

Diversa dalla questione sulla necessaria offensività del reato è il tema della graduabilità dell'illecito penale e, quindi, della *minima offensività del fatto*⁴⁷. Nel nostro ordinamento, tale principio ha inizialmente trovato applicazione in ambito minorile e con riferimento agli illeciti di minore gravità, settori in cui è stato rispettivamente declinato in termini di *irrilevanza del fatto* (art. 27 d.P.R. 448/88) e di *particolare tenuità del fatto* (art. 34 d.lgs. 274/00). Da ultimo, esso è stato generalizzato mediante l'introduzione dell'art. 131 *bis* c.p., in cui si prevede la *non punibilità per particolare tenuità del fatto*.

Secondo un certo orientamento della dottrina, questi istituti, pur nelle innegabili divergenze che li contraddistinguono, troverebbero il proprio comune *humus* nel paradigma della graduabilità verso il basso dell'illecito⁴⁸. A partire dagli anni '50, infatti, specie negli studi della dottrina tedesca, si fa avanti un orientamento secondo cui la dimensione quantitativa dell'illecito penale sarebbe estensibile oltre i confini della semplice commisurazione della pena; il reato, cioè, avrebbe un *peso* apprezzabile non solo sul piano della sanzione ma pure sotto il profilo dell'*an* della responsabilità e della stessa tipicità del fatto.

⁴⁷ La distinzione fra offensività e minima offensività è chiarita da C. Pongiluppi, *Il concetto di "esiguità" del reato*, in L. Picotti (a cura di), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, CEDAM, 2010, pp. 91-92: «Innanzitutto, e preliminarmente, occorre precisare che un fatto esiguo non è un fatto del tutto *inoffensivo*; è invece un fatto *offensivo*, ma in modo tenue, scarso. In quanto tale, è un fatto che integra tutti gli estremi della tipicità del reato, integra la fattispecie incriminatrice tipica, in altre parole è un *reato*, perfetto in tutti i suoi elementi costitutivi. La sua concreta realizzazione viene tuttavia valutata come "minimamente grave", in una prospettiva funzionalistico-teleologica, che mette in relazione il fatto di reato con la pena, e predica la sua ingiustificatezza, perché nel caso di specie si ritiene che non sussistano le esigenze che richiedono l'intervento di una sanzione penale».

⁴⁸ Aderisce a questa ricostruzione G. Di Chiara, *Il pubblico ministero e l'esercizio dell'azione penale*, in G. Fiandaca-G. Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale: per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2003, pp. 258-261; Id., *Esiguità penale e trattamento processuale della «particolare tenuità del fatto»: frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione*, in A. Scalfati (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, CEDAM, Padova, 2001, pp. 335 ss. Per le opinioni contrarie v. la bibliografia ampiamente citata da Pongiluppi C., *op. cit.*, pp. 7-8, nota n. 8. Si veda anche G. De Francesco, *Punibilità*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 70 ss., secondo il quale l'esiguità di un fatto di reato dovrebbe essere verificata non in base a precisi indici prestabiliti dal legislatore bensì in relazione a una lettura teleologica della punibilità.

In Italia, tali studi sono stati ripresi principalmente da Aldo Moro⁴⁹ e Carlo Enrico Paliero, il quale ripercorre gli approfondimenti della dommatica tedesca al fine di verificare se l'esiguità possa addirittura costituire requisito tipico di una fattispecie precipua: il reato bagatellare improprio⁵⁰.

A prescindere dalla elaborazione dommatica di sottofondo – la cui trattazione esula dal presente lavoro – l'introduzione di tali strumenti pare essere sintomatica dell'insufficienza di un sistema penale «irrigidito su una sorta di interruttore a due posizioni, in cui a una monolitica “pienezza” dell'offesa all'interesse oggetto di tutela si contrapponga null'altro che la non-lesione (o la non-messa in pericolo) e, dunque, la radicale inoffensività»⁵¹ e, quindi, della necessità di addivenire a una lettura più realistica e sfaccettata delle fenomenologie criminali, tale da delineare sottofattispecie di diversificato valore cui, necessariamente, corrispondano trattamenti processuali e sostanziali altrettanto diversificati.

⁴⁹ A. Moro, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1951, p. 2 e ss.: «il reato non ha solo un modo di essere oggettivo che lo caratterizza, ma anche per così dire un peso: cioè, ferma restando la qualità della lesione giuridica, varia tuttavia per ogni realizzazione l'entità dell'offesa al diritto, senza però poter scendere al di sotto di quel limite minimo che è indispensabile per la configurazione del reato così qualitativamente definito: al di qua di questo limite qualitativo – quantitativo non c'è razionale consistenza del reato né giustificazione della pena». La citazione è ripresa espressamente sia da C. E. Paliero, *op. cit.*, p. 654, che da G. Di Chiara, *Esiguità penale e trattamento processuale della «particolare tenuità del fatto»*, p. 338. L'Autore (Moro), insieme a M. Gallo, viene generalmente citato quale parte minoritaria della dottrina italiana che ha espressamente «riconosciuto spazio a una soglia delimitativa del *Tatbestand* imperniata sull'esiguità dell'offesa» (così, C. E. Paliero, *op. cit.*, p. 657): per vero, la dottrina successiva si è concentrata maggiormente sulla totale innocuità del fatto nonostante la conformità al tipo.

⁵⁰ C. E. Paliero, *op.cit.*, pp. 645 ss., distingue i reati bagatellari propri da quelli impropri: riprendendo la distinzione effettuata nella dottrina tedesca da Hellmuth Mayer e Krümpelmann, Paliero ritiene utile trasporre – con le dovute differenze delle realtà normative in cui ci si muove – anche nel nostro ordinamento tale distinzione. Così, l'Autore sostiene che si possano classificare come fattispecie bagatellari proprie quelle che possiedono, già in astratto, a livello di pena edittale, natura di microviolazioni: sono tali le contravvenzioni e gli antichi illeciti di polizia. Diversamente, sarebbero identificabili come reati bagatellari *impropri* o *non autonomi* quei sottotipi di reato in astratto gravi ma suscettibili, in concreto, di assumere un disvalore così esiguo da poter esser sanzionati con le pene dei reati più lievi. Le tecniche normative adottate per la loro decriminalizzazione sono coincise con la soluzione *sostanziale* dell'abbattimento verso il basso e con quella *processuale* della rinuncia a perseguire fatti minori in applicazione del principio di opportunità.

⁵¹ G. Di Chiara, *Esiguità penale e trattamento processuale della «particolare tenuità del fatto»*, cit., p. 338.

3.1. Il rito minorile: l'irrilevanza del fatto.

Con il d.P.R. 448 del 22 settembre 1988 sono state approvate le disposizioni relative al processo penale a carico di imputati minorenni⁵². Le peculiarità che caratterizzano tale rito rispetto a quello ordinario hanno da sempre fatto guardare a tale microsistema come a un laboratorio sperimentale per soluzioni innovative, espressione di un linguaggio penale diverso.

Così, nell'art. 27 d.P.R. 448/88 – nella formulazione reintrodotta con l'art. 1 della l. n. 123 del 1992⁵³ – il legislatore ha previsto che, in fase di indagini preliminari, il pubblico ministero possa chiedere al giudice una sentenza di non luogo a procedere quando, per la *tenuità del fatto* e l'*occasionalità del comportamento*, l'ulteriore corso del procedimento *pregiudichi le esigenze educative del minorenne*. Nell'udienza preliminare, nel giudizio direttissimo e

⁵² Sul tema, fra i numerosi contributi, si rimanda a: F. Palomba, *Il sistema del nuovo processo penale minorile*, Giuffrè, Milano, 2002; S. Quattrocchio, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Jovene, Napoli, 2004; S. Di Nuovo e G. Grasso, *Diritto e procedura penale minorile. Profili giuridici, psicologici e sociali*, Giuffrè, Milano, 2005; A. Pennisi (a cura di), *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, Giuffrè, Milano, 2012.

⁵³ Tale articolo fu dichiarato costituzionalmente illegittimo con la sentenza n. 250 del 1991 e successivamente reintrodotta, nella formulazione attuale, con la legge 5 febbraio 1992, n. 123. In particolare, con la sentenza n. 250 del 6 giugno del 1991, la Corte Costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 27 d.P.R. 448/88 per eccesso di delega. Secondo la Corte, infatti, l'intento di estromettere rapidamente il minore dal circuito processuale sarebbe stato sostanzialmente vanificato dal fatto che la improcedibilità per irrilevanza avrebbe avuto natura sostanziale e avrebbe dovuto esser pronunciata con sentenza – soggetta ovviamente ad impugnazione – previa audizione del minore, dell'esercente la potestà dei genitori e della parte offesa. Così, mentre l'oggetto della delega – l. n. 81 del 1987 – era circoscritto alla riforma del *processo penale*, il d.P.R. aveva introdotto un istituto di natura sostanziale contrario, in quanto tale, all'art. 76 Cost. (il testo della sentenza è reperibile al sito <http://www.giurcost.org/decisioni/1991/0250s-91.html>). Nell'attuale formulazione si legge nell'art. 27: «1. Durante le indagini preliminari, se risulta la tenuità del fatto e l'occasionalità del comportamento, il pubblico ministero chiede al giudice sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minorenne. 2. Sulla richiesta il giudice provvede in camera di consiglio sentiti il minorenne e l'esercente la potestà dei genitori, nonché la persona offesa dal reato. Quando non accoglie la richiesta il giudice dispone con ordinanza la restituzione degli atti al pubblico ministero. 3. Contro la sentenza possono proporre appello il minorenne e il procuratore generale presso la corte di appello. La corte di appello decide con le forme previste dall'articolo 127 del codice di procedura penale e, se non conferma la sentenza, dispone la restituzione degli atti al pubblico ministero. 4. Nell'udienza preliminare, nel giudizio direttissimo e nel giudizio immediato, il giudice pronuncia di ufficio sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, se ricorrono le condizioni previste dal comma 1».

nel giudizio immediato, il giudice pronuncia d'ufficio sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, se ricorrono le condizioni prima citate⁵⁴.

Tale disposizione persegue una duplice finalità. Da un lato, costituisce uno strumento volto al decongestionamento del sistema processuale; dall'altro, dà piena attuazione al *principio di minima offensività del processo*⁵⁵ evitandone la celebrazione allorquando si pensi che questo possa trasformarsi in un evento traumatizzante per la personalità del minore⁵⁶. In tal senso, nella formulazione della norma è sottesa l'intenzione di favorire il recupero del minorenni attraverso meccanismi volti a consentirne la rapida fuoriuscita dal circuito penale realizzando, al contempo, una giustizia *orizzontale*, dialogata e senza contrapposizioni⁵⁷. Afferma espressamente la Corte Costituzionale: «si tratta in sostanza di una sorta di depenalizzazione che, sul presupposto della tenuità del fatto e dell'occasionalità del comportamento, è condizionata alla verifica, da valutarsi necessariamente in rapporto al singolo soggetto, del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento rechi alle esigenze educative del minore. Quest'ultimo aspetto è stato posto in particolare evidenza dalla dottrina, che ha identificato la *ratio* della norma nella estromissione immediata, o quanto meno la

⁵⁴ Con sentenza n. 149 del 2003, la Corte costituzionale ha poi dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 27 d.P.R. 448/88 per contrasto con gli artt. 3 e 31 Cost., nella parte in cui non prevede che tale proscioglimento possa essere adottato anche nel corso del dibattimento, qualora gli elementi necessari a soddisfare il *test* di irrilevanza sopraggiungano solo durante la fase del giudizio, oppure quando l'imputato non abbia potuto presenziare all'udienza preliminare.

⁵⁵ Si esprime in tal senso R. Bartoli, *L'irrilevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la ipertrofia c.d. "verticale" del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, p. 1491.

⁵⁶ Appare critico in merito alla considerazione delle *esigenze educative del minore* rispetto al principio di obbligatorietà dell'azione penale, F. Bricola, *Intervento*, cit., p. 33: «[...] a mio avviso, è profondamente sconcertante, anche se magari la prassi chiarirà questi aspetti, l'articolo del codice di procedura penale dei minori (il 27), che consente di non promuovere l'azione penale quando il fatto sia irrilevante, ma quello che è peggio, la norma aggiunge: "... qualora la prosecuzione del processo non avrebbe una funzione educativa". Sono due principi che si pongono in contraddizione fra di loro, perché non si vede quando, in presenza di un fatto irrilevante, il processo penale potrebbe avere invece una funzione educativa per il minore».

⁵⁷ Sono eliminate dal processo le parti che potrebbero porsi in conflitto con il minorenni ostacolandone il percorso di recupero. È il caso della parte civile che, all'interno del processo penale minorile, ex art. 10 d.p.r. 448/88, non può esercitare la relativa azione. Si pone sulla stessa linea la eliminazione di occasioni, anche potenziali, di scontro dialettico attraverso la conduzione dell'esame incrociato dell'imputato minorenne: le domande vengono rivolte al giudice che, ex art. 33 d.p.r. 448/88, interloquirà con il minore.

più possibile sollecita, dal circuito penale di condotte devianti, le quali siano prive di allarme sociale per la loro tenuità ed occasionalità ed appaiano destinate a rimanere nella vita del minore un fatto episodico e a essere autonomamente riassorbite. In simili casi le dottrine criminologiche e psicologiche ritengono il contatto del minore con la giustizia non soltanto privo di ogni utilità sociale, ma anzi foriero di possibili danni, di guisa che sarebbe preferibile, evitando ogni forma di intervento, che il sistema della giustizia penale rimanga assolutamente inerte»⁵⁸.

Fra le critiche più consistenti a tale istituto vi è quella relativa all'eccessiva *vaghezza e indeterminatezza* dei requisiti di fattispecie, la cui determinazione contenutistica finisce per essere rimessa alla discrezionalità valutativa del p.m. e del giudice⁵⁹. Non secondaria, inoltre, è l'obiezione legata al possibile contrasto dell'art. 27 d.P.R. 448/88 con l'art. 112 Cost. Per vero, tale critica, già sollevata – ma non trattata – con il giudizio di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'originaria formulazione dell'art. 27 d.P.R. 448/88 (Corte cost. 250/91), viene generalmente contenuta sottolineando che la declaratoria in oggetto può essere pronunciata soltanto dal giudice con sentenza, dopo che, quindi, il p.m. abbia esercitato l'azione penale⁶⁰.

⁵⁸ Corte Costituzionale, sentenza n. 250 del 6 giugno 1991, il cui testo è consultabile al sito <http://www.giurcost.org/decisioni/1991/0250s-91.html>

⁵⁹ V. Patanè, *L'individualizzazione del processo penale minorile. Confronto con il sistema inglese*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 159. L'Autrice, tuttavia, ritiene che eliminare o ridurre la discrezionalità «significherebbe compromettere la funzionalità di un sistema che proprio nella massima flessibilità e graduabilità della risposta ha il suo punto di forza. Se dunque il potere discrezionale riservato al giudice minorile è un'implicazione irrinunciabile dell'esigenza di massima individualizzazione del processo, l'unica soluzione prospettabile è garantirne, nei limiti del possibile, un uso corretto: poiché a tale soggetto è richiesta una particolare attitudine a comprendere la realtà sociale in cui opera, ad approfondire la situazione personale, familiare, sociale del minore, ad intuire le possibilità di sviluppo della sua personalità [...], un'adeguata specializzazione diventa requisito imprescindibile per un corretto uso dei poteri [...] che gli sono conferiti». Prosegue: «L'intento dichiarato di realizzare un sistema processuale flessibile, capace cioè di graduare gli interventi secondo il parametro della personalità e delle esigenze educative del soggetto minorenne, ha indotto il legislatore ad assegnare al giudice – conformemente alle direttive internazionali esistenti in materia – poteri caratterizzati da un elevato coefficiente di discrezionalità: discrezionalità che non appare quindi il frutto di una mera opzione ideologica o deontologica, ma una necessaria conseguenza dell'esigenza di garantire alla decisione giudiziale un elevato coefficiente di individualizzazione» (*ivi*, p. 169).

⁶⁰ *Ivi*, p. 154, nota 76: «Obiezione peraltro superabile dando rilievo alla considerazione che la richiesta del pubblico ministero non elude il principio di obbligatorietà dell'azione penale,

3.2. Il procedimento dinanzi al giudice di pace: la particolare tenuità del fatto.

Con il d. lgs. 274 del 2000, attuativo della delega contenuta nella l. 24 novembre 1999, n. 468, il legislatore italiano ha introdotto un modello di giustizia penale “leggero”, dal “volto mite”⁶¹, destinato ad affiancarsi a quello ordinario deflazionandone pure il carico. In particolare, mediante l’istituzione del procedimento dinanzi al giudice di pace – giudice non professionale selezionato con meccanismi autonomi, destinato a una permanenza temporanea nel settore e retribuito a cottimo⁶² – si deferisce alla competenza di quest’ultimo la trattazione di specifiche ipotesi di reato, meno gravi (art. 4 d.lgs. 274/2000), secondo le modalità peculiari previste dal decreto stesso.

Gli obiettivi della riforma, oltre che nella deflazione del carico giudiziario⁶³, consistono pure nel «riavvicinamento della collettività all’amministrazione della

essendo comunque rivolta a provocare un controllo del giudice mediante una pronuncia giurisdizionale sul fatto di reato – decisione, peraltro, assunta in seguito a contraddittorio, con sentenza – dopo che il pubblico ministero ha preso cognizione della notizia di reato ed ha avviato le indagini preliminari». Esprime perplessità sul rispetto sostanziale del principio di cui all’art. 112 Cost., A. Pulvirenti, *Il giudizio e le impugnazioni*, in A. Pennisi (a cura di), *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, cit., pp. 382-383: «Vi è, però, chi dubita della legittimità costituzionale dell’irrelevanza del fatto ravvisandone il contrasto con il principio di obbligatorietà dell’azione penale. In senso contrario, si afferma che tale principio è salvaguardato dal fatto che la declaratoria in oggetto può essere pronunciata soltanto dal giudice con sentenza, dopo, quindi, che il p.m. abbia esercitato l’azione penale. Il che, a dire il vero, sembra salvaguardare l’art. 112 Cost. sotto il profilo formale – giacché non si attribuisce al p.m. un potere dispositivo sull’azione – ma non anche sotto quello sostanziale. Se, invero, è ormai pacifico che all’obbligatorietà dell’azione penale non deve corrispondere un rapporto di “conseguenzialità automatica tra notizia di reato e processo” né il “dovere del p.m. di iniziare il processo per qualsiasi *notitia criminis*”, è altresì difficilmente sostenibile che il principio sotteso all’art. 112 Cost. – l’eguaglianza degli individui dinanzi alla legge penale – sia compatibile con una rinuncia all’esercizio della pretesa punitiva affidata, non a valutazioni astratte e generali del legislatore, ma a decisioni discrezionali e potenzialmente disomogenee del giudice. Il problema, quindi, non attiene tanto al provvedimento (decreto di archiviazione o sentenza) con il quale l’irrelevanza del fatto deve essere pronunciata, quanto al *contenuto* dei requisiti che devono essere accertati perché possa essere applicata».

⁶¹ Entrambe le espressioni sono rinvenibili nella Relazione governativa al decreto legislativo 274 del 2000, in *Guida al diritto*, 2000, pp. 40 ss.

⁶² Le norme sul reclutamento e la formazione dei giudici di pace sono contenute nella legge 21 novembre 1991, n. 374, da ultimo riformate con il d. lgs. n. 116 del 13 luglio 2017.

⁶³ C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza penale del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 129-130, nota come, rispetto al contesto processuale sviluppato in ambito minorile, le clausole di irrilevanza del fatto all’interno del procedimento dinanzi al

giustizia» e nella valorizzazione della *conciliazione* quale strumento privilegiato di risoluzione dei conflitti.

Ai fini della questione di cui si tratta, assume particolare rilievo il disposto di cui all'art. 34, rubricato «Esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto»⁶⁴. Ivi si prevede che il pubblico ministero possa avanzare richiesta di archiviazione per *particolare tenuità del fatto* quando, rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza, non giustifichino l'esercizio dell'azione penale, tenuto conto altresì del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento possa recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta a indagini o dell'imputato. Tale declaratoria è comunque subordinata alla mancanza di interesse o di opposizione da parte della persona offesa.

Attraverso l'art. 34, il legislatore introduce per la prima volta nel sistema degli adulti il *principio di esiguità* e, quindi, la non punibilità per il reato che presenti una gravità minima, tale da non giustificare l'intervento penale⁶⁵.

giudice di pace rilevino una «cifra più marcatamente efficientistica, legata al dichiarato intento di concepire un *iter* giudiziario agile, rapido in sé e altresì utile a assorbire una parte del carico di lavoro dei magistrati togati». In altri termini, secondo l'Autrice, mentre l'art. 27 d.P.R. 448/88 serve principalmente lo scopo di allontanare il minore dal circuito penale, l'istituto di cui si tratta avrebbe un'impronta più marcatamente deflazionistica.

⁶⁴ Si prevede nell'art. 34 d. lgs. 274/2000: «1. Il fatto è di particolare tenuità quando, rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale, tenuto conto altresì del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato. 2. Nel corso delle indagini preliminari, il giudice dichiara con decreto d'archiviazione non doversi procedere per la particolare tenuità del fatto, solo se non risulta un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento. 3. Se è stata esercitata l'azione penale, la particolare tenuità del fatto può essere dichiarata con sentenza solo se l'imputato e la persona offesa non si oppongono».

⁶⁵ S. Quattrocchio, voce *Irrilevanza del fatto (dir. proc. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. II, tomo I, 2008, pp. 530-532; E. Mattevi, *Esiguità e sistema penale del giudice di pace, analisi giurisprudenziale e prospettive applicative dell'istituto della particolare tenuità del fatto*, in Picotti L. (a cura di), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, CEDAM, Padova, 2010, pp. 55 ss.; C. Pongiluppi, *Il concetto di "esiguità" del reato: profili dogmatici e politico-criminali*, in E. Mattevi-C. Pongiluppi- A. Ventura, *Irrilevanza del fatto: profili sostanziali e processuali*, Il Giudice di pace, Quaderni n. 13, Milano, 2009, pp. 3 ss.

La norma, come si evince nella relazione governativa, muove dal presupposto che negli ordinamenti contemporanei l'obbligo astratto del perseguimento totale dei reati non possa trovare pratica applicazione: «L'istituto della particolare tenuità del fatto, analogamente a quanto è avvenuto in altri paesi europei, tende a fornire una risposta, in sinergia con i descritti meccanismi interni ed esterni di autoriduzione, all'istanza di deflazione del sistema penale che costituisce un obiettivo largamente condiviso e irrinunciabile»⁶⁶.

La disposizione, inoltre, sembra recepire le cospicue critiche di indeterminatezza mosse alla formulazione dell'art. 27 d.P.R. 448/88 e quindi scolpire in termini più dettagliati gli elementi suscettibili di essere sussunti sotto la "speciale tenuità"; tuttavia, non è mancato in dottrina chi, nonostante il «cospicuo scrupolo definitorio» mostrato dal legislatore nella formulazione della norma, ritiene che i parametri cui resta affidata la valutazione della suddetta esiguità si prestino comunque a cospicui ed ineliminabili margini di *discrezionalità valutativa*⁶⁷.

D'altra parte, il rischio di un possibile contrasto di tale normativa con l'art. 112 Cost. è scansato nella Relazione governativa, in cui si legge che «il sistema così prefigurato appare in perfetta sintonia con il principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale, proprio perché la declaratoria di improcedibilità risulta sufficientemente "conformata" nei suoi presupposti applicativi e destinata a formare oggetto di un provvedimento del giudice. La violazione del principio non si verifica, giacché l'art. 112 della Costituzione non esclude che l'ordinamento possa prevedere ipotesi in cui l'obbligo del pubblico

⁶⁶ E. Mattevi, cit., p. 64.

⁶⁷ G. Di Chiara, *op. cit.*, p. 341. Mette in luce il rischio di soggettivismo interpretativo insito nell'uso delle formule legislative anche C. Cesari, *Deflazione e garanzie nel rito penale davanti al giudice di pace: l'istituto della «tenuità del fatto»*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, pp. 752 e ss. Così, la formula dell'"occasionalità della condotta" si presenta come connotato vago, capace di spostare le valutazioni del p.m. e del giudice sul terreno insidioso delle valutazioni soggettive. Allo stesso modo, appare arduo sostenere la compatibilità con gli art. 25 e 112 Cost. dell'accertamento del requisito legato alla valutazione del pregiudizio che il procedimento potrebbe arrecare agli interessi dell'imputato: «Benchè si possa ritenere condivisibile la selezione dei beni rilevanti operata dal legislatore, non sembra, infatti, che salute, studio, famiglia e lavoro individuino aree in cui le valutazioni degli organi giudiziari chiamati a determinarsi in ordine agli sbocchi procedurali possano svolgersi con sufficiente obiettività». Ritiene che nell'ampiezza di tali formule possa comunque annidarsi un esercizio discrezionale dell'azione penale G. Monaco, *Pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 242 ss.

ministero di esercitare l'azione penale intervenga all'esito di applicazione di canoni fissati dal legislatore con carattere di generalità ed astrattezza». Tale conclusione è peraltro condivisa dalla dottrina successiva che, aprendosi necessariamente a una lettura più duttile del principio di obbligatorietà dell'azione penale, afferma che «Ciò che autenticamente rappresenta lo spartiacque tra compatibilità e contrasto con il precetto sovraordinato è il carattere ed il grado di precisione dei criteri sui quali il legislatore delegato ha fondato la deroga all'obbligo di esercizio dell'azione penale»⁶⁸.

3.3. L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131 bis c.p.).

Il tema della quantità minima del reato sembra essere pure alla base delle numerose proposte che hanno tentato di generalizzare l'istituto delle clausole di irrilevanza del fatto oltre i campi sperimentali del rito minorile e del procedimento dinanzi al giudice di pace. Da tempo, infatti, si faceva strada in dottrina l'idea di introdurre nel nostro ordinamento penale una disposizione di carattere generale funzionale a escludere la punibilità (o la sola procedibilità) per quei fatti di reato che, pur presentandosi completi nei loro elementi costitutivi, risultassero, in concreto, privi di un significativo disvalore⁶⁹ o meglio non fossero in grado di raggiungere *quella soglia minima di offensività necessaria a caratterizzare il reato come fatto cui debba necessariamente conseguire la punizione*⁷⁰.

⁶⁸ S. Quattrocchio, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, cit., pp. 252-253. Nello stesso senso v. G. Di Chiara, *Esiguità penale e trattamento processuale della "particolare tenuità del fatto"*, cit., p. 366: «ove il legislatore abbia cura di tipizzare in termini rigorosi gli indici di esiguità, sottraendo al pubblico ministero il dominio sulla non-azione o imponendogli, piuttosto, di formulare un'apposita domanda al giudice, perché sia questi, verificata la sussistenza dei presupposti, a pronunciare la declaratoria di improcedibilità, non residua alcun contrasto con la *ratio essendi* dell'art. 112 Cost., esulando da tale fattispecie ogni arbitraria scelta di opportunità».

⁶⁹ R. Bartoli, *op. cit.*, pp. 1473 e ss.

⁷⁰ G. Diotallevi, *L'irrilevanza penale del fatto nelle prospettive di riforma del sistema penale: un grande avvenire dietro le spalle?*, in *Cassazione Penale*, 1998, p. 2806.

Tuttavia, i vari progetti elaborati durante diverse legislature non sono mai andati a buon fine. Si rammentino, fra i più rilevanti, il Progetto Pagliaro (1992)⁷¹, il progetto Riz (1995)⁷², il Progetto preliminare di revisione della Costituzione-Commissione Bicamerale, il Progetto Grosso (2001)⁷³, il Progetto Nordio (2005)⁷⁴, la Commissione Riccio (2006)⁷⁵, il Progetto Pisapia (2007), la Commissione Palazzo (2013).

Fra le obiezioni mosse a tali progetti, oltre a quella con cui si lamentava la logica efficientista che l'inserimento di queste clausole avrebbe servito⁷⁶, la principale era senz'altro legata alla marcata discrezionalità che, per tale via, si sarebbe affidata al potere giudiziario, mettendo a rischio la stessa tenuta democratica del sistema⁷⁷. Si temeva, cioè, di affidare alla magistratura piuttosto che al legislatore

⁷¹ *Schema di legge delega per un nuovo codice penale; metodo di lavoro e principi ispiratori*, ne *Indice penale*, 1994, pp. 244 e ss.

⁷² R. Riz, *Per un nuovo codice penale: problemi e itinerari*, ne *L'Indice Penale*, 1995, pp. 207 e ss.

⁷³ L'art. 74 dell'ultima versione del progetto di riforma del codice penale prevedeva: «1. Il fatto non è punibile quando ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni: a) il fatto è di particolare tenuità, per la minima entità del danno o del pericolo nonché per la minima colpevolezza dell'agente; b) il comportamento è stato occasionale; c) non sussistono pretese risarcitorie; d) non sussistono esigenze di prevenzione generale o speciale tali da richiedere una qualsiasi misura nei confronti dell'autore del reato. 2. Il presente articolo si applica ai reati puniti con pena detentiva non superiore nel massimo a due anni».

⁷⁴ In tale progetto, la particolare tenuità del fatto veniva strutturata in termini di circostanza attenuante basata sulla mera esiguità del danno o del pericolo per l'interesse protetto (art. 88, lett. a).

⁷⁵ Per un commento alla proposta v. F. Caprioli-G. Melillo-F. Ruggieri-G. Santalucia, *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto*, in *Cassazione Penale*, 2006, pp. 3496 ss.

⁷⁶ Taluna dottrina, infatti, ritiene che l'efficienza non possa essere assunta ad autonomo valore da perseguire prescindendo dalla questione sostanziale che sta alla base della domanda di giustizia. Scrive I. Calamandrei, *L'irrilevanza penale del fatto nella prospettiva processuale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2000, p. 2208: «alla vittima di un reato, infatti (ma prima ancora alla collettività), interessa che il responsabile di un illecito venga individuato e condannato, perché assoggettandolo alla pena, si riaffermi implicitamente il valore dei beni tutelati dalla norma penale violata; e, comunque, lo si costringa a provvedere alle restituzioni e al risarcimento del danno».

⁷⁷ La riflessione appartiene a C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, cit., p. 146. Per vero, tale perplessità risultava già chiaramente esplicitata nella Relazione che accompagnava il Progetto Grosso (1998). Ivi si rilevava come l'istituto dell'irrilevanza del fatto, così come quello della necessaria offensività, fossero *indubbiamente* caratterizzati da forti componenti valutative capaci di conferire una *larga discrezionalità agli organi giudiziari*: «tuttavia, tali componenti valutative non appaiono più consistenti, quanto a indeterminatezza dei criteri di giudizio, di

il compito di selezionare, *di fatto*, i beni giuridici la cui lesione avrebbe comportato una reazione punitiva⁷⁸ ingenerando, fra l'altro, la percezione che, con riferimento agli illeciti meno gravi, vi fosse il *disinteresse* dell'ordinamento, ben rappresentato con l'equazione "*nessuna conseguenza = nessun presidio garantistico*"⁷⁹.

Le perplessità esposte sembrano da ultimo essere state superate con l'introduzione dell'art. 131 *bis* c.p.⁸⁰. Con il d. lgs. n. 28 del 16 marzo 2015,

quelle diffusamente presenti in numerosi altri istituti esistenti nel nostro sistema. Ma la circostanza che, nel nostro caso, l'esercizio della "discrezionalità" giudiziaria possa sfociare nell'esclusione della punibilità piuttosto che in una semplice attenuazione delle conseguenze, fa sì che i due istituti vengano avvertiti in potenziale contrasto col principio di legalità sostanziale e processuale. E sebbene non manchino nel nostro sistema numerose cause di non punibilità o di estinzione del reato o della pena costruite in modo palesemente "discrezionale", si tratta solitamente di istituti orientati alla finalità rieducativa della pena. Nel presupposto della ineluttabilità delle componenti discrezionali insite nei giudizi prognostici sulla personalità, il rango costituzionale della finalità rieducativa rende legittimi gli allentamenti della legalità ancorché incidenti sull'an della legalità». Il testo della relazione è rinvenibile all'indirizzo: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?facetNode_1=0_10&facetNode_2=4_31&previusPage=mg_1_12&contentId=SPS31478.

⁷⁸ La critica è di S. Fiore, *Osservazioni in tema di clausole di irrilevanza penale e trattamento della criminalità bagatellare. A proposito di una recente proposta legislativa*, in *Critica del diritto*, 1998, pp. 274 ss., secondo il quale, in un sistema penale che si voglia effettivamente orientato ai criteri di *extrema ratio* e di sussidiarietà, sarebbe auspicabile che la selezione di quei fatti dotati di un livello tanto ridotto di offensività da non riuscire a varcare la soglia della rilevanza penale venisse affidata, anzitutto, «ad una corretta individuazione dei beni giuridici da tutelare, che siano cioè compatibili con il tipo di strumento di tutela e siano dunque connotati da materialità, afferrabilità ecc.; nonché ad una tipizzazione delle modalità aggressive in grado di valorizzare, attraverso una descrizione che soddisfi le esigenze di determinatezza, anche il disvalore di azione del fatto». Questo compito non dovrebbe essere delegato a soggetti diversi dal legislatore, che è l'unico ad essere legittimato: le clausole di irrilevanza, quale deviazione dal rigido schema illecito/sanzione, dovrebbero occupare una posizione del tutto residuale rappresentando uno strumento funzionale ad offrire criteri che assicurino una «regolazione dei conflitti socialmente giusta e conforme agli scopi».

⁷⁹ Effettua tale critica C. Cesari, *op. ult. cit.*, pp. 141 e ss. L'Autrice mette in guardia dalle possibili derive di un'applicazione generalizzata di tali clausole precisando come un simile assetto dell'istituto si presti al diffondersi di un'accezione di basso profilo della "giustizia mite" che verrebbe, così, a coincidere con un'indifferenza istituzionale al reato: da un lato si diffonderebbe una sensazione di impunità e di implicita autorizzazione al disprezzo delle regole; dall'altro, si alimenterebbe il senso di sfiducia nutrito dalla persona offesa, che vede svalutate le proprie istanze. La eventuale generalizzazione dell'irrilevanza del fatto, dunque, richiederebbe un'articolazione più sofisticata e ponderata del suo funzionamento.

⁸⁰ M. Chiavario, *L'espansione dell'istituto della "tenuità del fatto": frammenti di riflessione su alcuni aspetti chiaroscurali*, in S. Quattrocchio (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 235 ss., collega espressamente l'introduzione di tale novità legislativa al problema del sovraffollamento carcerario, portato in primo piano in specie all'indomani della sentenza della Corte EDU nel caso Torregiani: «Per la prima volta – questo è il dato – la ridotta offensività della condotta illecita può

attuativo della legge n. 67 del 28 aprile 2014⁸¹, il legislatore ha infatti introdotto nella struttura del codice penale, nel capo adesso dedicato alla «Non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione e applicazione della pena», l'art. 131 *bis* c.p. rubricato «Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto»⁸².

Nella nuova disposizione si prevede che, per i reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni⁸³, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, «per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale». Per vero, il legislatore si premura di *formalizzare* tali due requisiti. Così, già a livello legislativo, si precisa che l'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona. Dall'altro lato, si chiarisce che il

infatti risparmiare l'applicazione della pena detentiva a persone maggiorenni al momento della commissione del fatto di cui sono accusate, eliminando *in nuce* il rischio di ingresso in carcere, a prescindere dalla possibilità di accesso al meccanismo sospensivo dell'ordine di esecuzione, finalizzato all'ottenimento di misure alternative al carcere» (*ivi*, p. 238).

⁸¹ Si sofferma sull'analisi dei principi e dei criteri direttivi della legge 67/2014, F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n. 67/2014)*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 2014, pp. 1693 ss. V. anche F. Caprioli, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, pp. 1 ss.

⁸² Si occupa di tale istituto S. Quattrocchio, *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Giappichelli, Torino, 2015, *passim*.

⁸³ Si mostra critico in merito all'adozione di tale soglia edittale quale sbarramento per l'applicazione dell'istituto P. Pomanti, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, in *Archivio Penale*, 2015, pp. 13 ss. L'Autore, nello specifico, ritiene che tale limite si riveli contraddittorio rispetto alla *ratio* dell'istituto nonché irragionevole non permettendo l'applicazione della clausola a «un'offesa assolutamente tenue, pur cagionata in fattispecie con pena edittale eccedente i limiti imposti dalla norma. D'altra parte, se l'offesa si pone "al centro" del reato, è difficile comprendere come una sua dimensione "eccezionalmente tenue" non possa comportare una non punibilità del fatto anche in reati sanzionati astrattamente con pene superiori».

comportamento è *abituale* nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano a oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.

L'introduzione di tale istituto, per quanto già foriera di numerosissimi dubbi e perplessità applicative, è stata accolta da certa dottrina addirittura come una «vera e propria necessità di giustizia» che, dinanzi ai limiti della tipizzazione legislativa, difettosa e incapace di operare una selezione della reazione penale, realizza un'istanza proporzionalistica dell'intervento punitivo dello Stato⁸⁴. L'innovazione legislativa recepisce, infatti, le spinte che già da tempo individuavano nell'irrelevanza del fatto uno strumento di depenalizzazione in concreto idoneo a deflazionare il carico giudiziario rispondendo alle distorsioni da tempo create dai fenomeni della ipertrofia orizzontale e verticale del diritto penale. Così, secondo taluna dottrina, l'istituto in esame permetterebbe di arginare le derive appena descritte e di recuperare la funzione di *ultima ratio* del diritto penale rispondendo, prima che a esigenze di economia processuale, a esigenze di economia della pena⁸⁵.

4. Verso un modello di giustizia *mite*.

Come anticipato in apertura, la rigidità del modello formale su cui è strutturato il nostro sistema penale è da ultimo contraddetta pure dalla timida apertura verso

⁸⁴ L'espressione è utilizzata da F. Palazzo, *op. cit.*, p. 1706 ss. Per vero, anni prima, si era già espresso nello stesso senso R. Bartoli, *op. cit.*, p. 1477, il quale, riconducendo entro l'"ipertrofia verticale" anche la tendenza alla eccessiva punizione di fatti conformi alle fattispecie incriminatrici, precisava come la conseguente frustrazione delle funzioni di prevenzione speciale della pena trovasse nell'istituto dell'irrelevanza del fatto una risposta idonea, oltre che a fronteggiare inconvenienti relativi alla funzionalità del sistema processuale, a soddisfare esigenze prevalentemente *equitative* «evitando l'inflizione della pena e il relativo giudizio di stigmatizzazione per fatti privi di un significativo disvalore». Precisa l'autore: «il ricorso alla pena è giustificato quando strumenti sanzionatori di diversa natura non sono in grado di offrire adeguata tutela e quando il disvalore del fatto (non solo astratto ma anche concreto) è di gravità tale da giustificare il sacrificio dei beni e gli effetti negativi collaterali che la pena comporta».

⁸⁵ R. Bartoli, *op. cit.*, pp. 1474 ss.

forme di giustizia *informali* e, perciò, più flessibili, meno “burocratizzate”⁸⁶, accomunate «da una visione politicamente e culturalmente nuova della risposta che la società deve dare alle violazioni della legge penale e che si ripercuote anche su forme e ritmi del rito»⁸⁷.

Sembrano inserirsi in tale quadro sia le forme di mediazione previste nel sistema penale minorile, in quello del giudice di pace e in quello ordinario, che le tecniche giuridiche di riparazione del danno da ultimo generalizzate con la riforma Orlando⁸⁸.

Rispetto all’indagine che si conduce, pare che tali strumenti rappresentino una conferma ulteriore della *destrutturazione* del modello classico della legalità e anche della pena, introducendo un’alterazione nel paradigma “reato-

⁸⁶ C. Cesari, *op. ult. cit.*, p. 84, nota come gli istituti di seguito considerati si caratterizzano per la vaghezza delle procedure. Tale peculiarità pare essere il portato della natura *flessibile* delle strategie riconciliative: «Poiché queste debbono adeguarsi man mano all’atteggiamento dei soggetti che vi si confrontano e consentire lo sfogo del conflitto che le oppone, dilatano i tempi del procedimento in maniera imprevedibile, si collocano in sedi nelle quali le logiche della difesa tecnica sembrano non trovare posto, esigono dialoghi improntati a totale libertà di forme e contenuti, la cui spendita processuale può risultare pericolosa. Inoltre, producono un sensibile ampliamento degli spazi di discrezionalità del giudice procedente, chiamato a vagliare il concreto atteggiarsi della vicenda sottopostagli, prima per valutare se è opportuno affrontarlo con un tentativo di mediazione, poi per stabilire come gestire i risultati di essa ponendoli a fondamento di una decisione».

⁸⁷ C. Cesari, *op. ult. cit.*, p. 55. Precisa l’Autrice, p. 56: «Non si tratta necessariamente di una visione indulgenziale, né di una prospettiva riduttivamente volta a imprimere al procedimento penale cadenze diverse, individuando nuovi moduli processuali o anticipando la chiusura di quelli canonici, ma di qualcosa di più ampio e complesso. Siamo di fronte a una cornice culturale in cui inscrivere pratiche innovative di risposta istituzionale al reato e specifiche figure preposte ad assicurarne il funzionamento, anche se appare eccessivo parlare di una nuova “ideologia” del processo, dal momento che simile impostazione non si candida ad assumere un ruolo totalizzante». E ancora: «Non si tratta, da questo punto di vista, di non punire o di punire meno, ma piuttosto di punire in maniera adeguata ed utile (se necessario, persino di più), ridefinendo la qualità delle sanzioni. In questo senso, parlare di giustizia dolce significa schiudere un panorama nel quale evitare la pena è soltanto un modo di reinventare il sistema, sulla base del reale perseguimento delle responsabilità, comunque imponendo che coloro che violano la legge penale affrontino e si assumano pienamente il peso delle conseguenze del loro agire» (*ivi*, p. 58).

⁸⁸ Pare utile precisare che, nonostante la loro mancata specificazione in tale sede, le formule “giustizia mite” e “giustizia ripartiva” nonché il riferimento alle “tecniche alternative di risoluzione dei conflitti” (ADR), espressive di paradigmi alternativi a quello della giustizia tradizionale, vengono spesso usate in modo promiscuo in virtù dei contorni piuttosto sfumati che le caratterizzano. V. C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza*, pp. 54-55; G. Zagrebelsky-C. M. Martini, *La domanda di giustizia*, cit., pp. 32 ss.; G. Mannozi, *La giustizia senza spada*, cit., p. 44 ss.

accertamento-sanzione” (v. avanti). Motivi in più per riflettere sull’inadeguatezza del principio di obbligatorietà dell’azione penale.

4.1. Lo spazio della mediazione penale nel sistema italiano.

Lo strumento principale per la realizzazione di una giustizia penale *mite* è senz’altro la mediazione⁸⁹. Essa può essere definita, in senso stretto, come quel «processo, il più delle volte formale, con il quale un terzo neutro tenta, mediante scambi tra le parti, di permettere loro di confrontare i propri punti di vista e di cercare con il suo aiuto una soluzione al conflitto che le oppone, “soluzione” che contiene forme di riparazione simbolica, prima ancora che materiale»⁹⁰.

Nonostante la spinta proveniente dalla dimensione internazionale⁹¹ e l’ampia diffusione di tale strumento in altre realtà giuridiche⁹², il sistema penale italiano fatica ancora ad accettare l’utilizzo generalizzato della mediazione penale⁹³.

⁸⁹ E. Lanza, *Mediazione e procedimento penale minorile*, in Pennisi A. (a cura di), *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, cit., p. 532: «La mediazione si connota per la dinamicità del percorso, rispetto al modello d’intervento fondato sulla riaffermazione formale del precetto violato, i cui limiti di efficacia riguardano non solo le debolezze strutturali dell’amministrazione giudiziaria, ma già l’incongruenza dei tipi normativi in confronto all’eterogeneità e complessità degli interessi da tutelare e non rappresentati. [...] La dinamicità dello strumento mediativo è evidente nel suo proiettarsi verso il futuro, verso il superamento della vicenda penale tramite prestazioni non ‘afflittive’ ma conciliatrici, non predeterminate ma elaborate nella dialettica fra le parti. È chiara la diversità rispetto al modo classico di intendere la funzione giudiziaria, rivolta al fatto accaduto – quindi al passato – per fissarne la rilevanza, nella definizione della responsabilità e della sanzione. In questo quadro le idee di responsabilità, verità, legalità lasciano “spazio a categorie come omogeneità o disparità di punti di vista, come gravità o meno del danno, adeguatezza o meno dei mezzi di riparazione, adeguatezza o meno dello sviluppo dei linguaggi, delle forme di contrattazione e via dicendo”. [...] Il reato non è più soltanto un’offesa contro lo Stato, bensì un atto lesivo per le persone e la collettività».

⁹⁰ A. Ceretti, *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in L. Picotti (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, CEDAM, Padova, 1998, p. 21.

⁹¹ Si rammentino in tal senso: la Convenzione europea sui diritti dei fanciulli, la Raccomandazione R(99)19 del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, sulla mediazione in materia penale, che impegna gli Stati membri ad adottare norme che facilitino la mediazione penale come servizio generalmente disponibile; i *Principi minimi delle Nazioni Unite sull’uso dei programmi di giustizia riparativa in ambito penale* del 2000; l’art. 10 della Decisione quadro del Consiglio dell’Unione europea, n. 2001/220/GAI, sulla posizione della vittima nel procedimento penale, che impone agli Stati membri di «promuovere la mediazione nell’ambito dei procedimenti penali che esso ritiene idonei per questo tipo di misura».

⁹² Interrogandosi sulle origini della mediazione G. Cusi-M.A. Foddai (a cura di), *Lo spazio della mediazione. Conflitto di diritti e confronto di interessi*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 2-3: «Tuttavia è proprio dall’interno della più proceduralista tra le culture giuridiche moderne, quella americana,

Mentre, infatti, nel settore civile, il ricorso alla mediazione è ormai obbligatorio con riferimento a talune materie (d.l. 69/2013), nel settore penale si può parlare solo di sperimentazioni in ambiti specifici.

Così, nel sistema penale minorile, certa dottrina ritiene che l'art. 9 d.P.R. 448/88 contempli una forma di mediazione pre-processuale⁹⁴. Ivi, infatti, si prevede che il pubblico ministero e il giudice acquisiscano elementi circa le condizioni e le risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minorenne, al fine di accertare l'imputabilità e il grado di responsabilità, di valutare la rilevanza sociale del fatto

che si sono sviluppate le reazioni alternative più significative alla razionalità procedurale-formale. Sono ormai più di trent'anni che i metodi informali di risoluzione delle controversie – in particolare quelli basati sul modello della *mediation* conflittuale – trovano ampia applicazione negli ordinamenti anglosassoni, e specialmente in quello statunitense. L'interesse, sia teorico che pratico, per questi strumenti sta crescendo in numerosi paesi europei, il nostro compreso. Diversi fattori hanno congiurato, sul finire degli anni '60, nel favorire il fenomeno; ma, almeno per quanto riguarda gli Stati Uniti, esso si inquadra nel più vasto movimento di critica de-legalizzante e de-istituzionalizzante al proceduralismo formalista, le cui origini si collocano agli inizi del '900».

⁹³ Fra le diverse critiche, C. E. Paliero, *La mediazione penale tra esigenze di giustizia ed esigenze conciliative*, relazione al Convegno su *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo* (Urbino, 23-24 settembre 2005), Giuffrè, Milano, 2007, p. 21: «la mediazione trova il suo stesso *rationale* nell'essere "parte" del diritto penale e [...], comunque, la sua funzionalità è ad effetto limitato» sia quanto ai reati senza vittima, sia quanto ai reati non mediabili, sia per la natura consensuale della mediazione, che implica l'esigenza di conservare l'intervento penale punitivo per tutti gli illeciti cui non si possa dare risposta su base negoziata»; v. anche C. Cesari, *op. ult. cit.*, pp. 62-63, secondo la quale la strategia mediativa non è concepibile per qualsiasi reato, perché non tutti gli illeciti penali hanno una vittima determinata e non tutte le offese sono riparabili: «basta pensare ai crimini che offendono interessi diffusi (come quelli ambientali) o ai più gravi delitti contro la persona, per rendersi conto che strategie mediative o conciliative o persino riparative, possono essere in concreto impraticabili per le caratteristiche del danno cagionato, per l'indisponibilità della persona offesa oppure per l'impossibilità stessa di individuarne una. Anche al di là di questo, poi, non si può escludere che la collettività mantenga un interesse alla sanzione penale, a fronte di illeciti che minacciano gravemente la sicurezza dei suoi membri ed i pilastri della pacifica convivenza [...]. Un metodo ispirato alla ritessitura delle relazioni sociali, del resto, certamente efficace in comunità piccole, culturalmente coese, con forti legami di interdipendenza fra i singoli componenti, rischia di avere minori appigli in società come quelle dell'Occidente moderno, complesse, multiculturali, eticamente sfilacciate, di amplissima dimensione e scarsa coesione [...]».

⁹⁴ Si esprime in tal senso M. Pavarini, *Decarcerizzazione e mediazione nel sistema penale minorile*, in L. Picotti (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., p.16, secondo il quale tale strumento sarebbe «l'unica vera diversione, una strada cioè che consente di allocare l'esperienza mediatrice ancora "al di fuori" perché immediatamente "prima" del processo. Certo ed ovvio che l'esperienza mediatrice è già attraversata dall'ombra minacciosa del processo, nel senso che il minore deviante sarà fin troppo consapevole che se a quella non partecipa ed in quella non si adopera proficuamente, finirà per entrare nel tunnel del processo penale e quindi per assumere il rischio della condanna e quello della pena». V. anche F. Ruggieri, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo minorile*, in L. Picotti (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, cit., pp. 194-197.

nonché disporre le adeguate misure penali e adottare gli eventuali provvedimenti civili. Il p.m. e il giudice possono, inoltre, assumere informazioni da persone che abbiano avuto rapporti con il minorenne e sentire il parere di esperti senza alcuna formalità di procedura. Le parti coinvolte potrebbero, pertanto, già in tale fase, condurre una *mediazione* extraprocessuale, priva di formalità e procedure predefinite. Si tratta, tuttavia, di una «prassi in cerca di consacrazione legislativa»⁹⁵.

Inoltre, la dottrina ritiene che anche l'istituto di cui all'art. 28 d.P.R. 448/88, della sospensione del processo con messa alla prova, rappresenti una forma di *mediazione processuale* inserita nella fase successiva all'esercizio dell'azione penale. Nel decidere sulla sospensione del processo a carico dell'imputato, il giudice, infatti, dispone del potere di impartire al minore prescrizioni conciliative e riparative⁹⁶. Si tratta, tuttavia, di una forma *incompiuta* di mediazione penale: sia il tentativo di ravvicinamento con la parte lesa che la riparazione delle conseguenze del reato costituiscono, infatti, componenti solo eventuali del *probation* minorile⁹⁷. Ove, poi, la conciliazione fra vittima e imputato vada a

⁹⁵ V. Patanè, *La mediazione penale in Italia*, in E. Zappalà (a cura di), *Dove va la giustizia penale minorile? Confronto tra l'esperienza francese e i progetti di riforma italiani*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 97.

⁹⁶ E. Lanza, *op. cit.*, pp. 539 ss., il quale nota, tuttavia, come il carattere coercitivo delle prescrizioni impartite dal giudice al minore contraddica ancora la reale natura volontaria dei percorsi mediativi. Esprime perplessità su tale istituto anche V. Patanè, voce *Mediazione penale*, in *Enciclopedia del diritto*, 2008, p. 585: «Ciò che lascia perplessi, nella dinamica applicativa della norma esaminata, al di fuori di possibili articolazioni e contenuti del progetto di intervento, è che la collocazione dell'attività di mediazione in una fase successiva all'esercizio dell'azione penale, all'interno di un istituto funzionalmente concepito come alternativo alla condanna, rischia di degradare la mediazione stessa ad una mera alternativa alla pena e non più al processo, intervenendo quando l'iter del procedimento ha già fissato i presupposti per sanzionare il comportamento attraverso forme più o meno rilevanti di composizione autoritativa del conflitto, con una conseguente, inevitabile stigmatizzazione del minore nel ruolo di imputato che la mediazione dovrebbe invece evitare».

⁹⁷ Commenta C. Cesari, *op. ult. cit.*, p. 85: «È comprensibile, dunque, che la componente mediativa del *probation* minorile non abbia in pratica un grande successo, posto che la giurisprudenza ne svaluta sistematicamente il rilievo, da un lato omettendo di inserire riparazione e conciliazione tra le prescrizioni del *probation*, dall'altro considerando irrilevanti in sede di valutazione sull'esito della prova, non solo le fallite riconciliazioni, per evitare che la mera indisponibilità dell'offeso possa precludere l'esito proscioglimento, ma persino la superficialità dell'imputato nell'affrontare l'impegno riconciliativo. Una mediazione fallita in seno alla sospensione con messa alla prova, comunque, non impedisce di per sé il successo di questa, e quindi, la declaratoria di estinzione del reato ex art. 29 d.P.R. 448/1988».

buon fine, è normale che il giudice concluda il processo pronunciando l'estinzione del reato.

Pur non essendo questa la sede deputata alla loro trattazione, entrambe le forme di mediazione scontano forti perplessità applicative. Fra queste, anche quelle derivanti dalla conciliabilità con l'art. 112 Cost., il cui mantenimento non ne permetterebbe una piena funzionalità⁹⁸.

I confini dell'istituto mediativo sembrano più netti nel rito dinanzi al giudice di pace. Nell'art. 29, comma 4, d. lgs. 274/2000, il legislatore ha infatti previsto, per i reati perseguibili a querela, l'obbligo del giudice di pace di promuovere la conciliazione fra le parti, se del caso avvalendosi anche dell'attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio⁹⁹.

⁹⁸ F. Ruggieri, *op. cit.*, pp. 201 ss.: «in un sistema informato al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, non sembra dunque esservi spazio per ipotesi mediative radicalmente alternative al processo: [...] allorché si privilegi una mediazione extraprocessuale si deve necessariamente forzare il dato normativo per salvaguardare la mediazione svolta e riuscita *ante iudicium*; qualora, invece, si rispetti la disciplina legislativa, si finisce per snaturare completamente le finalità della mediazione che, se inserita a processo già instaurato, scarsamente può incidere sui ruoli di vittima e di indagato, già consacrati e stigmatizzati dalle vicende istituzionali del processo». In tal senso, secondo l'Autrice, la realizzazione dell'obiettivo volto ad evitare in radice la soggezione del minore al processo penale consentendogli di ricostruire la propria personalità attraverso il confronto con la vittima, potrebbe essere realizzata mediante l'opzione a favore della *discrezionalità dell'azione penale*. V. anche E. Lanza, *La messa alla prova processuale. Da strumento di recupero per i minorenni a rimedio generale deflativo*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 341: «Per superare l'ostacolo rappresentato dall'art. 112 Cost., tuttavia, basterebbe prevedere la facoltà di archiviazione su istanza del pubblico ministero, in presenza di dati presupposti conciliativi normativamente definiti, e il controllo giurisdizionale sull'operato dell'accusa. Tale soluzione non violerebbe il principio di eguaglianza – che è presupposto dell'obbligatorietà dell'azione penale – perché sarebbe applicabile genericamente a tutti i soggetti versanti nelle medesime condizioni».

⁹⁹ C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, cit., pp. 90-91, sottolinea le perplessità comunque legate a tale istituto con riferimento tanto alla sua confusione con i meccanismi meramente conciliativi quanto in relazione al suo innesto nel processo. A rigore, infatti, certa dottrina distingue le procedure conciliative da quelle mediative. In tal senso, l'Autrice mette in luce come alla fluidità della disciplina «corrisponde una ambiguità di fondo [...], basata sull'equivoco di una presunta equipollenza tra conciliazione giudiziale e mediazione, che è discutibile, non solo dal punto di vista terminologico e concettuale, ma anche da quello processuale. Appare intuitivo, certamente, quanto le relative procedure si differenzino per il sol fatto che una implica un confronto tra le parti dinanzi al giudice, e l'altra un dialogo svolto in sede stragiudiziale, presumibilmente senza i difensori e senza indicazione alcuna della possibilità di documentazione. In un caso, il confronto fra le parti avviene in un contesto altamente formalizzato, in un altro, senza regole. Uno *standard* di omogeneità minimo si può recuperare solo nella fase finale, se la verbalizzazione del risultato della conciliazione, con l'attestazione della rimessione della querela o della rinuncia al riorso immediato e della relativa accettazione, devono essere svolti comunque nell'udienza successiva al rinvio, al cospetto edel giudice di pace e con l'assistenza difensiva».

Da ultimo, anche l'istituto introdotto con la legge n. 67 del 2014, la sospensione del processo con la messa alla prova degli adulti, può essere latamente considerato una forma di mediazione, espressione della destrutturazione del rapporto fra reato e sanzione ¹⁰⁰.

4.2. Tecniche di riparazione del danno.

Fra le tecniche di mediazione in senso lato, rientra pure la *riparazione* del danno provocato con il reato.

Per vero, il concetto di riparazione non è estraneo al diritto penale, in cui la condotta riparativa è spesso considerata a titolo di attenuante o per la concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale e della sospensione condizionale della pena.

Sembra, tuttavia, che, negli ultimi anni, la riparazione sia stata utilizzata ben oltre la configurazione di una semplice circostanza attenuante o la concessione di misure alternative alla detenzione.

In particolare, con l'approvazione della legge sulle competenze penali del giudice di pace, «si afferma un principio generale secondo cui il comportamento riparatorio del responsabile del fatto è idoneo a escludere la sua punibilità: più precisamente, a estinguere il reato, come se non fosse mai stato commesso»¹⁰¹.

¹⁰⁰ E. Lanza, *La messa alla prova processuale*, cit., p. 327: «L'analisi dell'istituto della messa alla prova si colloca, in effetti, nell'ambito della più generale problematica della c.d. destrutturazione sistemica: il potere, riconosciuto al giudice, di alterazione del paradigma reato-accertamento-sanzione, che raggiunge l'espressione allo stato massimo, proprio con questo rimedio, rappresenta il superamento della logica causale di consequenzialità tra fatto e reazione, per preferire un modello di tipo funzionale, in cui, focalizzato il problema e l'obiettivo da raggiungere, è compito degli individui il rinvenimento delle soluzioni concrete». Più specificamente, pp. 360-362. Sulla destrutturazione sistemica vd. S. Aleo, *Diritto penale e complessità. La problematica dell'organizzazione e il contributo dell'analisi funzionalistica*, Giappichelli, Torino, 1999.

¹⁰¹ M. Bouchard-G. Mierolo, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Mondadori, Milano, 2005, p. 164, i quali descrivono le novità introdotte con il d.lgs. 274/2000 come una *rivoluzione copernicana*: «L'efficacia estintiva del reato riconosciuta alla condotta riparatoria apre decisamente la strada per l'affermazione di un principio generale applicabile a qualsiasi tipologia di reati e con il limite esclusivo della competenza per materia del giudice di pace. Insomma: il principio riparatorio diventa un principio generale del nostro ordinamento penale in relazione a tutto il diritto penale "minore", che disciplina le contravvenzioni più lievi e più semplici nonché tutta l'area della cosiddetta microconflittualità».

Così, nell'art. 35 d. lgs. 274 del 2000¹⁰² si prevede la possibilità che il giudice emetta sentenza con cui dichiarare l'estinzione del reato allorquando l'imputato dimostri di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato mediante attività risarcitorie o riparatorie idonee a soddisfare le *esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione*¹⁰³.

L'effetto estintivo delle condotte riparatorie, fino ad adesso limitato al campo specifico della criminalità meno grave, è stato da ultimo generalizzato con l'art.

¹⁰² Ivi si legge: «1. Il giudice di pace, sentite le parti e l'eventuale persona offesa, dichiara con sentenza estinto il reato, enunciandone la causa nel dispositivo, quando l'imputato dimostra di aver proceduto, prima dell'udienza di comparizione, alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato. 2. Il giudice di pace pronuncia la sentenza di estinzione del reato di cui al comma 1, solo se ritiene le attività risarcitorie e riparatorie idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione. 3. Il giudice di pace può disporre la sospensione del processo, per un periodo non superiore a tre mesi, se l'imputato chiede nell'udienza di comparizione di poter provvedere agli adempimenti di cui al comma 1 e dimostri di non averlo potuto fare in precedenza; in tal caso, il giudice può imporre specifiche prescrizioni. 4. Con l'ordinanza di sospensione, il giudice incarica un ufficiale di polizia giudiziaria o un operatore di servizio sociale dell'ente locale di verificare l'effettivo svolgimento delle attività risarcitorie e riparatorie, fissando nuova udienza ad una data successiva al termine del periodo di sospensione. 5. Qualora accerti che le attività risarcitorie o riparatorie abbiano avuto esecuzione, il giudice, sentite le parti e l'eventuale persona offesa, dichiara con sentenza estinto il reato enunciandone la causa nel dispositivo. 6. Quando non provvede ai sensi dei commi 1 e 5, il giudice dispone la prosecuzione del procedimento».

¹⁰³ M. Bouchard-G. Mierolo, *op. cit.*, esprimono perplessità in ordine all'utilizzo di tale formula che si tradurrebbe, di fatto, nell'affidamento di un potere di controllo al giudice di pace sulla *congruità* ed *effettività* delle condotte riparatorie: «Tuttavia, questo potere di controllo è stato affidato al giudice di pace con una formula che testimonia paradossalmente una certa sfiducia verso il messaggio riparatorio e soprattutto verso le potenzialità insite nella riparazione del fatto. Il legislatore ha infatti preteso che il giudice vagliasse congruità ed efficacia delle condotte riparatorie alla luce delle *esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione*. Cosa siano queste esigenze ce lo illustra la relazione governativa al d. lgs. 274/00: esse rispondono all'obiettivo di prevenzione generale e speciale del sistema penale. Insomma il giudice – secondo la relazione – è tenuto a controllare gli effetti delle attività riparatorie attraverso il filtro della “retribuzione e della prevenzione”. La validità del sistema riparatorio viene, dunque, fatta dipendere dall'applicazione di criteri di verifica che si fondano sui principi opposti della retribuzione e della prevenzione. Un conto, infatti, è affermare che la riparazione debba svolgere, nel sistema penale, una funzione marginale e complementare a quelle tradizionali e principali della retribuzione e del trattamento; altro è concepire delle *misure-monstre* pronte ad assolvere funzioni fra loro inconciliabili. Nelle mani di giudici non professionali, pronti a seguire un modello di giustizia soggettivo piuttosto che quello formalistico-burocratico dei giudici ordinari, tali misure si presteranno a soddisfare le bizzarrie dei codici culturali di cui ogni magistrato è personalmente portatore, ivi comprese le aspirazioni retribuzioniste manifestate sotto forma di applicazione della pura legge del contrappeso» (*ivi*, pp. 169-170).

162 *ter* c.p., introdotto con la riforma Orlando (l. 103/2017) e rubricato «Estinzione del reato per condotte riparatorie»¹⁰⁴.

Ivi si prevede che, nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato. Inoltre, secondo la nuova disciplina, l'imputato, quando dimostri di non aver potuto adempiere per fatto a lui non addebitabile, entro il termine prima indicato, può chiedere al giudice la fissazione di un ulteriore termine, non superiore a sei mesi, per provvedere al pagamento, anche in forma rateale, di quanto dovuto a titolo di risarcimento; in tal caso il giudice, se accoglie la richiesta, ordina la sospensione del processo e fissa la successiva udienza alla scadenza del termine stabilito e comunque non oltre novanta giorni dalla predetta scadenza, imponendo specifiche prescrizioni.

5. Il processo “conveniente”.

A conclusione di tale percorso, volto a riflettere sulle evoluzioni *atipiche* intraprese dal sistema penale italiano *nonostante* il mantenimento di un assetto formalmente rigido, pare utile dedicare un rapido sguardo a quegli ulteriori istituti che – volendo usare un'espressione volutamente provocatoria – rendono “conveniente” o comunque non eccessivamente spaventosa la celebrazione del processo ed, eventualmente, anche l'esecuzione della condanna. Si potrebbe ipotizzare, in senso critico, che tali meccanismi rendano meno impellente la modifica del sistema di obbligatorietà dell'azione penale, che viene aggirato per altre vie, con l'effetto, fra gli altri, non solo di indebolire il messaggio

¹⁰⁴ Fra i primi commenti all'istituto v. D. N. Cascini, *Il nuovo art. 162 ter c.p.: esempio di “restorative justice” o istituto orientato ad una semplice funzione deflattiva?*, in *Archivio penale*, 2017, 2, pp. 1 ss; S. Zirulia, *Riforma Orlando: la nuova prescrizione e le altre modifiche al codice penale*, in www.penalecontemporaneo.it; R.G. Maruotti, *La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162-ter c.p. tra (presunta) restorative justice ed effettive finalità deflative: prime riflessioni de iure condito*, in www.questionegiustizia.it.

intimidativo e quindi la funzione di prevenzione propria dello strumento penale¹⁰⁵, ma pure di sottoporre comunque l'imputato ai costi, economici e personali, di un processo che potrebbe anche rivelarsi inutile.

Paiono rispondere a tale descrizione:

- la legislazione *premiale* relativa alla collaborazione processuale;
- l'articolato sistema di misure alternative alla detenzione¹⁰⁶;
- gli interventi di depenalizzazione¹⁰⁷;

¹⁰⁵ U. Nannucci, Relazione al convegno “*L'azione per la repressione dell'illecito tra obbligatorietà e discrezionalità*”, Atti del XV Convegno di Senigallia, 2-3 febbraio 1990, in *Giustizia e Costituzione*, 1991, pp. 20 e ss., ritiene che quello della modifica del canone dell'obbligatorietà dell'azione penale al fine di ottenere una deflazione del processo sarebbe un falso problema: «occorrerebbe non soltanto riconoscere benefici per chi rinuncia a contestare l'addebito, ma prevedere adeguati disincentivi per chi si oppone pretestuosamente. Discorso difficile in un paese dove lo Stato pare inchinarsi dinanzi all'imputato offrendo sconti di pena, estinzione di reati, sospensioni multiple sol che accetti una piccola sanzione a prezzo di favore».

¹⁰⁶ Oltre ai benefici previsti con la legge di riforma dell'ordinamento penitenziario, si pensi, da ultimo, agli effetti provocati con la l. 199/2010, così come modificata con la l. 9/2012, riportante “Disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi” (c.d. legge svuotacarceri). Ivi si prevede, a determinate condizioni, che «la pena detentiva non superiore a diciotto mesi, anche se costituente parte residua di maggior pena, è eseguita presso l'abitazione del condannato o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza o accoglienza». Per un commento alla legge 199/2010 v. S. Turchetti, *Legge svuotacarceri e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2010, consultabile al sito <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/SVUOTACARCERI%20-%20Sara%20Turchetti.pdf>

¹⁰⁷ Tra le riforme più incisive si ricordano: la legge n. 689 del 1981, con cui vengono trasformati in illeciti amministrativi tutte le violazioni per le quali è prevista la sola pena della multa o dell'ammenda; il d.lgs. 507 del 1999, attuativo della delega contenuta nella l. 205/1999, con cui vengono trasformati in illeciti amministrativi le violazioni enumerate nell'elenco allegato al decreto e, in generale, le violazioni contenute in ogni altra disposizione «in materia di produzione, commercio e igiene degli alimenti e delle bevande, nonché di tutela della denominazione di origine dei medesimi, fatta eccezione per i reati previsti dal codice penale e dagli articoli 5, 6 e 12 della legge 30 aprile 1962, n. 283, e successive modificazioni e integrazioni»; da ultimo, i decreti legislativi nn. 7 e 8 del 2016, attuativi della legge delega 67/2014. In particolare, con il d. lgs. n. 7, il legislatore *abroga* talune fattispecie codicistiche di reato (artt. 485-486 c.p., falsità in scrittura privata e falsità in fogli firmati in bianco; art. 594 c.p., ingiuria; art. 627 c.p., sottrazione di cose comuni; art. 647 c.p., appropriazione di cose smarrite, del tesoro e di altre cose avute per errore o per caso fortuito) e, novità assoluta del provvedimento in esame, riproduce il loro contenuto nell'art. 4, rubricato «Illeciti civili sottoposti a sanzioni pecuniarie»: ivi si prevede che i fatti elencati, se commessi con dolo, «obbligano, oltre che alle restituzioni e al risarcimento del danno secondo le leggi civili, anche al pagamento della sanzione pecuniaria civile ivi stabilita». Tale innovazione è stata accolta da talune dottrine come un segno di apertura verso il sistema dei *punitive damages* di origine anglosassone (In questo senso si esprime G. L. Gatta, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016, reperibile al sito <http://www.penalecontemporaneo.it/d/4427-depenalizzazione-e-nuovi-illeciti-sottoposti-a-sanzioni-pecuniarie-civili-una-riforma-storica>). Con il d. lgs. 8/2016, invece, il legislatore delegato insiste sulla strada della commutazione in illeciti amministrativi di «tutte le violazioni

- l'irragionevole durata dei processi penali, con conseguenze spesso prescrittive del reato;
- l'ampio regime delle impugnazioni;
- i provvedimenti di amnistia e indulto¹⁰⁸;
- La disciplina sulla responsabilità, civile, penale e disciplinare dei magistrati.

A tale ultimo riguardo, si rammenti come, anche nelle esperienze straniere esaminate, la responsabilità *politica* del pubblico ministero rappresenti uno dei principali fattori di legittimazione e di democraticità, oltre che di efficienza, del sistema penale. Nel nostro ordinamento, invece, si prevede la responsabilità del magistrato per *dolo* o *colpa grave* (l. 117/1988, da ultimo modificata con l. 18/2015) e una valutazione quadriennale di professionalità ad opera dal CSM. Dagli ultimi dati elaborati dall'ufficio statistico del Consiglio stesso si evince che, nel periodo ricompreso fra il 2008 e il 2016, sono stati sottoposti a valutazione professionale 16.097 magistrati; di questi, 15.810 hanno ricevuto *valutazione positiva*; 183, *valutazione non positiva*; 104, *valutazione negativa*¹⁰⁹. Dall'esito di tale valutazione dipendono, in primo luogo, il trattamento

per le quali è prevista la sola pena della multa o dell'ammenda»; la disposizione non si applica ai reati previsti dal codice penale (salvo quanto previsto nel successivo art. 3), a quelli previsti nell'elenco allegato al decreto e ai reati di cui al d.lgs. 286/1999. L'art. 3 prevede la depenalizzazione di specifiche ipotesi di reato contenute nel codice penale: artt. 527 (Atti osceni), 528, comma 1 e 2 (Pubblicazioni e spettacoli osceni), 652 (Rifiuto di prestare la propria opera in occasione di un tumulto), 661 (Abuso della crudeltà popolare), 668 (Rappresentazioni teatrali o cinematografiche abusive) e 726 (Atti contrari alla pubblica decenza. Turpiloquio).

¹⁰⁸ V. Maiello, *La politica delle amnistie*, in Violante L. (a cura di), *La criminalità*, Annali Storia d'Italia, vol. XII, Einaudi, Torino, 1997, p. 969, precisa trattarsi di strumenti di «depenalizzazione strisciante» volti ad alleggerire il carico di lavoro giudiziario e a provocare uno sfollamento della popolazione carceraria. L'ultimo provvedimento di indulto è quella adottato con l. 241/06. S. Aleo, *Istituzioni di diritto penale: parte generale*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 452, nota come gli effetti di tale legge, che portò nello stesso mese di agosto 2006 ad un decremento dei detenuti da circa 62.000 a circa 38.000, si sono rivelati ben presto illusori. Nel novembre 2007, i detenuti erano già circa 48.000; i soggetti che hanno beneficiato dell'indulto e che sono rientrati in carcere sono stati circa 6-7.000; alla data del 31 marzo 2010, il numero complessivo dei detenuti superava già i 67.000. Dai dati attualmente reperibili sul sito del ministero della giustizia, i detenuti presenti negli istituti penitenziari al 31 agosto 2017 sono 57.393.

¹⁰⁹ I dati sono stati elaborati dallo stesso Ufficio statistico del Consiglio Superiore della Magistratura e sono reperibili al sito <http://www.csm.it/documents/21768/137951/Valutazioni/06706f39-ce6a-432c-bea2-45726330b9a4>.

economico o l'aumento periodico dello stipendio e, eventualmente, la preclusione a ricoprire incarichi direttivi o semidirettivi o a svolgere funzioni specifiche o extragiudiziarie per un periodo di tempo determinato.

Probabilmente, l'introduzione di un sistema di azione penale discrezionale importerebbe – per tutte le ragioni già esposte – anche un diverso approccio al tema della responsabilità dei magistrati, in specie dei pubblici ministeri.

CONCLUSIONI

Fra le cause che hanno contribuito alla destrutturazione del modello di stato di diritto liberale e che hanno pure svelato l'insufficienza dello strumento codicistico si è osservato esservi anche un aumento *quantitativo* degli interessi e delle rivendicazioni sociali, della legislazione, degli illeciti e, quindi, del giudiziario. Sul versante penale, tale fenomeno si è tradotto nella *ipertrofia verticale e orizzontale* del diritto penale, consistente tanto nell'aumento della legislazione quanto nella crescita della piccola criminalità, delle *bagatelle*.

In generale, sembra potersi osservare la tendenza del nostro legislatore a fare ampio ricorso alla sanzione penale, a criminalizzare condotte nuove o a inasprire le pene già esistenti: «che è modo semplice ed immediato di dare alla collettività l'impressione di uno Stato che reagisce severamente alle disubbidienze»¹. Si pensi, in tal senso, alle problematiche sottese al c.d. *diritto penale simbolico* o al *diritto penale del nemico*; fenomeni rispetto ai quali si sottolinea, a fronte dell'impatto emotivo sulla collettività, la concreta *ineffettività* dello strumento repressivo.

Alle trasformazioni *quantitative* e *qualitative* del sistema normativo fa, tuttavia, da contraltare l'aspirazione di una cospicua parte della dottrina alla realizzazione di un *diritto penale minimo* o di un *diritto penale mite*.

Entrambe le espressioni, pur nelle differenze che le contraddistinguono, paiono essere indicative dell'esigenza di *ridimensionare* l'intervento penale, di *deflazionare* il carico giudiziario, di diminuire il numero dei detenuti, ponendo un limite all'attuale *ipercriminalizzazione* delle più disparate condotte e riservando la celebrazione del processo penale – strumento sofisticato, cruento e costoso – ai casi di maggiore consistenza e gravità.

Per vero, tali obiettivi, ben presenti anche al legislatore italiano e la cui realizzazione sarebbe potuta passare (come è avvenuto in Francia, Germania, Spagna e Portogallo) attraverso una revisione del codice penale, sono stati sino

¹ C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 51.

ad adesso perseguiti attraverso espedienti quali i riti alternativi, gli interventi legislativi di depenalizzazione e di *decarcerizzazione*, i provvedimenti di amnistia e indulto, l'ampio ricorso alle misure alternative alla detenzione, le elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali in tema di *lesività*, le disposizioni normative in materia di *minima offensività*.

Soluzioni, queste, che sembrano prestarsi a numerose obiezioni, non solo perché – ancora una volta – formalmente rigide, ma in quanto facenti leva sull'uso di formule vaghe e onnicomprensive con cui si affida al giudice una *discrezionalità valutativa e operativa* che si fatica a non leggere anche in chiave di *scelte* di opportunità politica. Taluni di questi espedienti, inoltre, rischiano di scaricare sul momento *esecutivo* il ridimensionamento dello strumento penale, così finendo per sminuire il messaggio intimidativo sotteso alla pena e per aumentare la divaricazione fra pena edittale, pena irrogata e pena scontata oltre che «la disuguaglianza, l'incertezza e la sostanziale extra-legalità del diritto penale»².

Le problematiche sinora prospettate sembrerebbero poter trovare una soluzione più ragionevole e certamente più efficace nella introduzione, anche in Italia, di un sistema di azione penale discrezionale, quale strumento *flessibile* idoneo a gestire non solo la *quantità* del carico giudiziario ma, soprattutto, la complessità delle dinamiche sociali che caratterizza in modo particolare la dimensione delle attività collettive, insofferenti alla fissazione di limiti di validità astratti e generali.

Tuttavia, immaginare l'introduzione di un sistema di esercizio dell'azione penale discrezionale è certo un'impresa di non facile argomentazione.

E ciò perché, come ha dimostrato l'osservazione delle altre realtà giuridiche, l'esercizio della potestà accusatoria è il tassello di un equilibrio istituzionale – e culturale – molto più ampio e complesso, che passa attraverso variabili ulteriori quali la posizione riconosciuta agli organi requirenti, l'organizzazione giudiziaria, il sistema processuale e, più in generale, l'assetto organizzativo dello Stato.

In tal senso, la dottrina maggioritaria – così come il corpo dei magistrati – si è sempre mostrata piuttosto reticente ad un cambio tanto radicale. Se, infatti, negli

² L. Ferrajoli, *Patteggiamenti e crisi della giurisdizione*, in *Questione giustizia*, 1989, p. 382.

studi più recenti si rinvencono letture più duttili del principio di obbligatorietà dell'azione penale, accettandosi forme di "discrezionalità controllata" e ritenendo pure compatibili con la sua sussistenza la fissazione di requisiti ben definiti cui di volta in volta subordinare l'esercizio dell'azione penale, un suo totale abbandono è ancora avvertito come una minaccia alle garanzie fondamentali che sorreggono il sistema penale.

In particolare, si ritiene che l'opzione a favore della discrezionalità accusatoria aprirebbe l'esercizio delle funzioni requirenti ad inevitabili *arbitri* esponendo il p.m. alle pressioni derivanti dall'ambiente politico circostante e comprimendo, di conseguenza, il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

Si è tornati al punto di partenza: l'irrinunciabilità del precetto di cui all'art. 112 Cost. giustifica i forti limiti applicativi sottesi a quello stesso principio.

Se, tuttavia, esula dagli intenti del presente lavoro fornire una risposta a questa *impasse*, è comunque possibile individuare alcuni profili su cui, alla luce della disamina condotta, potrebbe rivelarsi utile operare un ripensamento in vista dell'adozione di un sistema di esercizio dell'azione penale discrezionale.

Uno di questi è certamente il canone dell'indipendenza esterna del p.m.

L'osservazione delle esperienze straniere che si è scelto di analizzare sembra aver evidenziato come ognuna delle realtà giuridiche esaminate preveda momenti di raccordo democratico fra l'esercizio della potestà accusatoria e il sistema politico. Tralasciando l'esperienza inglese e statunitense, la cui tradizione giuridica profondamente differente dalla nostra potrebbe svilire le argomentazioni con cui si volesse tentare qualsiasi accostamento, anche i sistemi francese e tedesco, da cui il nostro ordinamento ha preso diversamente spunto, prevedono l'inserimento dell'esercizio dell'azione penale nel circuito democratico.

In Francia l'azione penale è discrezionale, per prassi. Il pubblico ministero, che come in Italia appartiene alla stessa carriera della magistratura giudicante, gode comunque di garanzie diverse rispetto a questi ultimi. Egli è gerarchicamente sottoposto al Ministro della giustizia, esercita un potere assimilabile a quello di un funzionario amministrativo e i suoi atti non sono soggetti a controllo giurisdizionale.

E anche la Germania, che come l'Italia afferma strenuamente il principio di legalità e, soprattutto che, come l'Italia, proviene dall'esperienza totalitaria più terrificante della storia, non ha comunque rinunciato, già a partire dal 1975, a prevedere spazi di discrezionalità in capo al pubblico ministero che, a sua volta, riceve direttive e indicazioni da parte del Ministro della giustizia.

Eppure, per quanto in ognuno di questi sistemi si pongano le questioni (contrarie) di arginare il potere degli organi requirenti, non sembra per ciò solo potersi parlare di giustizia piegata al volere della politica.

Si può dunque riflettere sul fatto che quella garanzia di indipendenza esterna che il nostro costituente ha inteso riservare anche agli organi requirenti, al fine di tutelare la potestà accusatoria da qualsiasi inflessione le provenisse dall'ambiente politico, è forse un precetto ripensabile. Perché in questi paesi, vicini al nostro, la *dipendenza* e la *discrezionalità* dell'azione penale non si traducono in un fattore di *disfunzionalità*; e perché sarebbe comunque possibile instaurare fra i diversi poteri controlli *dinamici* e *democratici* idonei a rendere *controllabili* le selezioni di natura comunque politica operate dal p.m.

In tal senso, dunque, nell'ipotizzare un sistema di azione penale discrezionale (ma tale considerazione potrebbe valere pure per le scelte organizzative legate ai c.d. *criteri di priorità*), pare che la questione della *responsabilità democratica*, diretta o indiretta, cui il p.m. dovrebbe essere esposto per l'esercizio della funzione accusatoria costituisca certamente un profilo su cui riflettere seriamente. Altrettanto seriamente dovrebbe considerarsi il rischio di fare della prospettiva *efficientista*, *manageriale* e *aziendalista*, attualmente sottesa a numerose analisi che si occupano del binomio obbligatorietà/discrezionalità, la principale chiave di lettura del sistema penale, che dovrebbe anzitutto tutelare i beni e diritti fondamentali: «di quelli dei soggetti lesi contro le offese recate dai reati; di quelli degli imputati e poi dei detenuti contro gli arbitri polizieschi e giudiziari e contro gli eccessi e gli abusi delle autorità carceraria»³. Il problema, cioè, è anche quello di verificare *quale giustizia* tali meccanismi riescano a soddisfare e quali interessi

³ L. Ferrajoli, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in U. Curi-G. Palombarini (a cura di), *Diritto penale minimo*, Donzelli, Roma, 2002, p. 10.

siano meglio tutelati mediante l'adozione dell'uno o dell'altro sistema. Si tratterebbe pure di mettere in discussione la *forma di legge* quale unica garanzia del sistema penale.

Inoltre, sembra che la riflessione sulla possibile introduzione di un sistema di azione penale discrezionale possa passare pure attraverso una riconsiderazione della nozione di *pena*. D'altra parte, il riferimento che si è voluto fare alle timide esperienze meditative e alla giustizia consensuale è stato funzionale pure a suggerire l'alterazione cui è già esposto, per altre vie, il nesso consequenziale fra reato e pena. Tali strumenti, infatti, paiono essere espressione di una mutata sensibilità dei rapporti fra stato e diritto come pure di un linguaggio giuridico differente. Si tratterà, dunque, di verificare se, in una nuova dimensione del diritto e del potere giudiziario, l'azione penale discrezionale, come pure il potere *politico* del p.m. di *negoziare* in talune situazioni il rinvio a giudizio o l'archiviazione, sia inquadrabile, al pari della legislazione premiale, nell'ambito delle c.d. *tecniche di incoraggiamento* proprie dello stato assistenziale contemporaneo. Secondo Bobbio, infatti, l'uso di tecniche di incoraggiamento rifletterebbe un mutamento nella funzione del sistema normativo, non più ancorato alla concezione repressiva del diritto e al carattere *negativo* della sanzione ma aperto all'assolvimento di una funzione *promozionale* del diritto, in grado di favorire mutamento e innovazione. Il riconoscimento dell'importanza dello stato promozionale implicherebbe, così, una rivisitazione della funzione del diritto, non più semplice strumento di controllo sociale attuabile attraverso le sanzioni negative (accezione consona ad una visione protettivo-repressiva del diritto), uniche in grado di arginare le tendenze antisociali dell'uomo malvagio, ma strumento di un ordinamento giuridico direttivo, in grado, cioè, di dirigere, attraverso premi e incentivi, i comportamenti dell'uomo *inerte* verso certi obiettivi prestabiliti: si tratterebbe, dunque, di estendere la nozione di sanzione sino a ricomprendervi anche quelle *positive*, che rappresentano quella tecnica precipua di stimolazione e di propulsione di atti socialmente utili propria dello stato assistenziale contemporaneo⁴.

⁴ Bobbio N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Editori Laterza, Bari, 2007, pp. 13 ss.

Non sembra un fattore scontato, infine, quello culturale. L'accettazione di una modifica del canone di cui all'art. 112 Cost. sembrerebbe richiedere, cioè, anche un cambio di prospettiva circa la *percezione* della potestà accusatoria e dei suoi rapporti con l'esecutivo.

Tornano a tal fine attuali le osservazioni di Marcello Maddalena che, nel 1991, sosteneva che il trapianto in Italia di un simile sistema richiederebbe, quanto meno, una forte omogeneità del tessuto sociale, un comune sentire nei confronti di certi valori, tale da poter escludere anche il mero sospetto circa un uso di parte della discrezionalità. «Ma ve lo immaginate che scandalo costituirebbe da noi la concessione dell'impunità ad un omicida in cambio delle sue dichiarazioni? Ve la immaginate la sollevazione contro il magistrato "patteggiante"? Sarebbe la rivoluzione»⁵. E vengono in mente anche le parole contenute in un'intervista a Giuliano Vassalli all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice di rito: «con la mentalità italiana, dominata dalla sfiducia verso il detentore del pubblico potere e spesso ossessionata dall'ingiustizia che si anniderebbe sotto molte procedure giudiziarie, io penso che non convenga un cambiamento radicale».

L'introduzione in Italia di un sistema di azione penale discrezionale costituirebbe allora una rivoluzione, oltre che istituzionale, culturale.

⁵ M. Maddalena, *Azione penale, funzioni e struttura del Pubblico Ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in Gaito A. (a cura di), *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Jovene, Napoli, 1991, p. 165.

BIBLIOGRAFIA

Aleo S., *Diritto penale e complessità. La problematica dell'organizzazione e il contributo dell'analisi funzionalistica*, Giappichelli, Torino, 1999.

Aleo S., *Crisi del sistema penale e riforma dello Stato*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2003, 3, pp. 1 ss.

Aleo S., *Il diritto flessibile. Considerazioni su alcune caratteristiche e tendenze del sistema penale nella società attuale, con riferimento particolare alla criminalità organizzata*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2004, n. 2, pp. 1 ss.

Aleo S., *Istituzioni di diritto penale: parte generale*, Giuffrè, Milano, 2016.

Aleo S.-Lanza E., *L'ampliamento degli spazi di discrezionalità del giudice nella determinazione della pena, dal codice Rocco ai giorni nostri, come sintomo della trasformazione della funzione penale*, in corso di pubblicazione.

Aleo S.-Pica G., *Sistemi giuridici Complessità @ Comunicazione*, Bonanno, Acireale-Roma, 2009.

Aimonetto M. G., *Le recenti riforme della procedura penale francese. Analisi, riflessioni e spunti di comparazione*, Giappichelli, Torino, 2002.

Aimonetto M. G., voce *Processo penale francese*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, vol. II, tomo I, 2008, pp. 723 ss.

Albamonte E.-Filippi P. (a cura di), *Ordinamento giudiziario: leggi, regolamenti e procedimenti*, UTET, Torino, 2009.

Amisano M., *Funzione dei giudici e separazione dei poteri*, in Gambino S. (a cura di), *La magistratura nello Stato costituzionale. Teorie ed esperienze a confronto*, Giuffrè, Milano, 2004.

Amodio E., *Un “accusatorio all’europea” per la riforma della procedura penale continentale*, in Chiavario M. (a cura di), *Il nuovo codice di procedura penale visto dall’estero. Atti del seminario di Torino (4-5 maggio 1990)*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 225 ss.

Amodio E., *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Giuffrè, Milano, 2003.

Amodio E.-Bassiouni C., *Il processo penale negli Stati Uniti d’America*, Giuffrè, Milano, 1988.

Auriemma P., *Il pubblico ministero. Indipendenza esterna ed interna*, in *Giustizia Penale* 2014, III, pp. 175 ss.

Barak A., *La discrezionalità del giudice*, trad. di Mattei I., Giuffrè, Milano, 1995.

Bartoli R., *L’irrilevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la ipertrofia c.d. “verticale” del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2000, pp. 1473 ss.

Beck U., *La società del rischio: verso una seconda modernità*, Carocci, Roma, 2000.

Benevolo F., voce *Azione penale*, in *Digesto Italiano*, IV, 1897, pp. 906 ss.

Betti E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. (Teoria generale e dogmatica)*, Giuffrè, Milano, 1949.

Beutler B., *Organizzazione e funzione della giustizia in Germania*, in Gambino S. (a cura di) *La magistratura nello stato costituzionale. Teorie ed esperienze a confronto*, Giuffrè, Milano, 2004.

Bifulco R.-Celotto A.-Olivetti M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, UTET, Torino, 2006.

Bin R., *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, FrancoAngeli, Milano, 2014.

- Bobbio N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960.
- Bobbio N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, 1965.
- Bobbio N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990.
- Bobbio N., *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007.
- Bortolotto G., voce *Ministero Pubblico (materia penale)*, in *Digesto Italiano*, XV, II, 1904-1911, pp. 526 ss.
- Bouchard M.-Mierolo G., *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Mondadori, Milano, 2005.
- Bressanelli C., *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti*, in *Cassazione penale*, 2010, pp. 1676 ss.
- Brian B., *Teoria del diritto: teorie e contesti*, Giappichelli, Torino, 2016.
- Bricola F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozioni e aspetti costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1965.
- Bricola F., *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIV, 1973, pp. 7 ss.
- Bricola F., *Intervento*, in *L'azione penale per la repressione dell'illecito tra obbligatorietà e discrezionalità*, in *Giustizia e Costituzione*, 1991, pp. 31 ss.
- Brown J., *Meriti e limiti del patteggiamento*, in Amodio E.-Bassiouni C., *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1988.
- Bruschi C., *Parquet et politique pénale depuis le XIX siècle*, reperibile al sito <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2014/07/98-28-NS.pdf>

Calamandrei I., *L'irrelevanza penale del fatto nella prospettiva processuale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2000, pp. 2207 ss.

Candi A., *Struttura, compiti, indipendenza e responsabilità del pubblico ministero europeo nella proposta della commissione europea del 17 luglio 2013*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, reperibile al sito http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1390993527CANDI_2014.pdf

Cappelletti M., *Giudici legislatori? Studio dedicato alla memoria di Tullio Ascarelli e Alessandro Pekelis*, Giuffrè, Milano, 1984.

Caprioli F.-Melillo G.-Ruggieri F.-Santalucia G., *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto*, in *Cassazione Penale*, 2006, pp. 3496 ss.

Caprioli F., *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, pp. 1 ss.

Carrara F., *Azione penale*, in *Rivista penale*, 1875, vol. III, pp. 5 ss.

Caruso G., *La discrezionalità penale. Tra "tipicità classificatoria" e "tipologia ordinale"*, CEDAM, Padova, 2009.

Cascini D. N., *Il nuovo art. 162 ter c.p.: esempio di "restorative justice" o istituto orientato ad una semplice funzione deflattiva?*, in *Archivio penale*, 2017, 2, pp. 1 ss.

Cassese S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009.

Castelli C., *Esigenze di deflazione e risposte possibili tra obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale*, in *Questione Giustizia*, 1990, pp. 101 ss.

Ceresa Gastaldo M., *Dall'obbligatorietà dell'azione penale alla selezione dei processi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, pp. 1415 ss.

Ceretti A., *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in Picotti L. (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, CEDAM, Padova, 1998.

Ceretti A.-Di Ciò F.-Mannozi G., *Giustizia riparativa e mediazione penale. Esperienze e pratiche a confronto*, in Scaparro F. (a cura di), *Il coraggio di mediare*, Guerini e Associati, Milano, 2001.

Cesari C., *Deflazione e garanzie nel rito penale davanti al giudice di pace: l'istituto della «tenuità del fatto»*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, pp. 752 ss.

Cesari C., *Le clausole di irrilevanza penale del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2006.

Chessa O., *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2014.

Chiassoni P., *Positivismo giuridico*, in G. Pino-A. Schiavelli-V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto: introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2013.

Chiavario M., *Obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, Giuffrè, Milano, 1994.

Chiavario M., *L'azione penale tra diritto e politica*, CEDAM, Padova, 1995.

Chiavario M. (a cura di), *Procedure penali d'Europa*, CEDAM, Milano, 2001.

Ciavola A., *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2010.

Conso G., voce *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, 1958, pp. 336 ss.

Corbi A., *Obbligatorietà dell'azione penale ed esigenze di razionalizzazione del processo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1980, pp. 1049 ss.

Cosi G.-Foddai M.A. (a cura di), *Lo spazio della mediazione. Conflitto di diritti e confronto di interessi*, Giuffrè, Milano, 2003.

Cristiani A., *La discrezionalità dell'atto nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1985.

D'Alterio A., *Consiglio Superiore della Magistratura – Seminario di studio sul 10° Anniversario della Raccomandazione 19 (2000) del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sul Ruolo del pubblico ministero nel sistema della giustizia penale*, Roma, 4 – 5 luglio 2011, reperibile al sito http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/CCPE/conferences/2011/Conf_Rome_2011_Alterio_it.pdf

D'Elia G., *I principi costituzionali di stretta legalità, obbligatorietà dell'azione penale ed eguaglianza a proposito dei «criteri di priorità» nell'esercizio dell'azione penale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, pp. 1877 ss.

Damaska M., *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, il Mulino, Bologna, 1995.

De Luca A., *Una rivoluzione all'inglese: la giustizia a dieci anni dal Constitutional Reform Act*, Giappichelli, Torino, 2016

Delmas-Marty M., *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 1992.

Deganello M., *Giudice e giuria*, in Gambini Musso R., *Il processo penale statunitense. Soggetti e atti*, Giappichelli, Torino, 2009.

Dezza E., *Breve storia del processo penale inglese*, Giappichelli Editore, Torino, 2009.

Diez-Picazo L. M., *Il problema della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1995, 4, pp. 924 ss..

Di Bitonto M. L., *Il codice di procedura penale del 1865: modelli e ideologie*, in Favale R. - Latini C. (a cura di), *La codificazione nell'Italia post-unitaria. 1865-2015*, Atti del workshop, Camerino, 29 ottobre 2015, in *Quaderni degli Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 2016, 2, pp. 208 ss.

Di Chiara G., *Esiguità penale e trattamento processuale della «particolare tenuità del fatto»: frontiere e limiti di un laboratorio di deprocessualizzazione*, in

AA.VV., *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, CEDAM, Padova, 2001.

Di Chiara G., *Il pubblico ministero e l'esercizio dell'azione penale*, in Fiandaca G.-Di Chiara G., *Una introduzione al sistema penale: per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2004.

Di Federico G., *Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità*, in Conso G. (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, Zanichelli, Bologna, 1979.

Di Federico G., *Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità*, in Gaito A. (a cura di), *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Jovene, Napoli, 1991.

Di Federico G., *Il pubblico ministero: indipendenza, responsabilità, carriera «separata»*, in *L'Indice penale*, 1995, pp. 397 ss.

Di Federico G., *Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, pp. 525 ss.

Di Federico G., *Diritti umani e amministrazione della giustizia*, in *Archivio penale*, 2012, 1, pp. 1 ss.

Di Nuovo S.-Grasso G., *Diritto e procedura penale minorile. Profili giuridici, psicologici e sociali*, Giuffrè, Milano, 2005.

Diotallevi G., *L'irrilevanza penale del fatto nelle prospettive di riforma del sistema penale: un grande avvenire dietro le spalle?*, in *Cassazione Penale*, 1998, pp. 2806 ss.

Dolcini E., voce *Potere discrezionale (dir. proc. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, 1985, pp. 747 ss.

Dominioni O., *Per un collegamento fra ministro della giustizia e P.M.*, in Conso G. (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, Zanichelli, Bologna, 1979.

Dominioni O., voce *Azione penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, I, 1987, pp. 398 ss.

Donini M., *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione "legale" prima che "giurisprudenziale" dei principi di offensività e sussidiarietà*, in *Critica del diritto*, 1998, pp. 95 ss.

Donini M., *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012.

Esposito A., *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Giappichelli Editore, Torino, 2008.

Fabiani E., voce *Clausola Generale*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, V, 2012, pp. 183 ss.

Fabri M., *Discrezionalità e modalità di azione del pubblico ministero nel procedimento penale*, in *POLISπoli*, 1997, XI, pp. 174 ss.

Fabri M., *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, pp. 552 ss.

Falcone G., *Relazione al convegno "L'azione per la repressione dell'illecito tra obbligatorietà e discrezionalità"*, Atti del XV Convegno di Senigallia, 2-3 febbraio 1990, in *Giustizia e Costituzione*, 1991, pp. 53 ss.

Fanchiotti V., *Lineamenti del processo penale statunitense. Corso di lezioni*, Giappichelli, Torino, 1987.

Fanchiotti V., *Processo penale nei paesi di Common law*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. X, Torino, Utet, 1995, pp. 16 ss.

Fanchiotti V., *Riflessioni sulla giustizia penale in U.S.A.*, in *Cassazione Penale*, 1998, pp. 317 ss.

Fanchiotti V., voce *Processo Penale Statunitense*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. II, tomo I, 2008, pp. 808 ss.

Ferrarese M. R., *Magistratura e stato nel modello napoleonico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1982, pp. 465 ss.

Ferrarese M. R., *L'istituzione difficile: la magistratura tra professione e sistema politico*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984.

Ferrarese M. R., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, il Mulino, Bologna, 2002.

Ferrajoli L., *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, in P. Barcellona (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, Editori Laterza, Bari, 1973.

Ferrajoli L., *Patteggiamenti e crisi della giurisdizione*, in *Questione giustizia*, 1989, p. 376.

Ferrajoli L., *Lo Stato di diritto fra passato e futuro*, in Costa P. – Zolo D., *Lo Stato di diritto: storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002.

Ferrajoli L., *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, 7° edizione, Laterza, Roma-Bari, 2002.

Ferrajoli L., *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, Bari, 2013.

Ferrua P., *Il 'giusto processo'*, Zanichelli, Bologna, 2005.

Fiandaca G., *Offensività: principio codificabile?*, in *Foro italiano*, 2001, pp. 1 ss.

Fiandaca G.-Musco E., *Diritto penale, Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2006.

Fiore C., *Il reato impossibile*, Jovene, Napoli, 1959.

Fiore C., *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Jovene, Napoli, 1966.

Fiore S., *Osservazioni in tema di clausole di irrilevanza penale e trattamento della criminalità bagatellare. A proposito di una recente proposta legislativa*, in *Critica del diritto*, 1998, pp. 274 ss.

Freddi G., *Vincoli storico-strutturali sulla prestazione delle burocrazie legalizzazionali*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 1982, pp. 183 ss.

Friedman L. M., *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali* (trad. it. di Tarello G.), Il Mulino, Bologna, 1975.

Gallo M., *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinati di scienze giuridiche ed economiche*, Anno XX, 1951-1952, pp. 261 ss.

Gallo M., voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, 1964, pp. 782 ss.

Gambini Musso R. (a cura di), *Il processo penale statunitense. Soggetti e atti*, Giappichelli, Torino, 2009.

Garapon A.-Salas D., *La Repubblica penale* (trad. it. di Sinibaldi S.), Liberilibri, Macerata, 1997.

Garapon A., *I custodi dei diritti: giudici e democrazia*, Feltrinelli, Milano, 2006.

Gargani A., *Verso una democrazia giudiziaria? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, pp. 99 ss.

Garofoli R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Neldiritto, Roma, 2016.

Gasparini A., *Il prosecutor e le scansioni dell'azione penale*, in Gambini Musso R. (a cura di), *Il processo penale statunitense. Soggetti e atti*, Giappichelli, Torino, 2009.

Gatta G. L., *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016.

Giannini M. S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939.

Giunta F., *Qualche appunto sul plea bargaining, funzioni della pena e categorie penalistiche*, in *Cassazione penale*, 1987, pp. 1047 ss.

Goldstein A. S.-Marcus M., *The myth of judicial supervision in three "inquisitorial" systems: France, Italy and Germany*, in *The Yale Law Review*, 1977, pp. 240 ss.

Grande E., *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Giappichelli, Torino, 2000.

Grasso G., *Diritto penale e integrazione europea*, in Grasso G.-Sicurella R., *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milano, 2007.

Grasso G., *Il trattato di Lisbona e le nuove competenze penali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011.

Grevi V., *Riflessioni e suggestioni in margine all'esperienza nordamericana del plea bargaining*, in Amodio E. - Bassiouni C., *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1988.

Grevi V., *Archiviazione per «inidoneità probatoria» ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, pp. 1297 ss.

Guarnieri C., *Pubblico ministero e sistema politico*, CEDAM, Padova, 1984.

Guarnieri C., *Giustizia e politica. I nodi della seconda repubblica*, Il Mulino, Bologna, 2003.

Guastini R., *Hart su indeterminatezza, incompletezza e discrezionalità giudiziale*, in *Ragion pratica*, 2003, pp. 395 ss.

Hart H. L. A., *Il concetto di diritto* (Introduzione e traduzione di Cattaneo M.), Einaudi, Torino, 1965.

Huber B., *La posizione degli organi d'accusa in Gran Bretagna*, in Gaito A. (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale*, Zanichelli, Bologna, 1979.

Iacoviello F. M., *Il volto nascosto dell'inquisitorio nella cornice del diritto penale illuministico*, in *La Giustizia Penale*, III, 2013, pp. 187 ss.

Illuminati G., voce *Accusatorio e inquisitorio (sistema)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, I, 1988, pp. 1 ss.

Insolera G., *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2006.

Irti N., *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979.

Jarvers K., *Profili generali del diritto processuale penale tedesco*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, 2003, pp. 930 ss.

Jarves K., *Uno sguardo attraverso la lente dei §§153, 153a StPO*, in Quattrocchio S. (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Giappichelli, Torino, 2015.

Kelsen H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1970.

van de Kerchove M., *Fondement et limites du pouvoir discrétionnaire du ministère public: aux confins de la légalité*, in *Sociologie et sociétés*, 1986, 1, pp. 77 ss.

Kostoris R., *Modello accusatorio, cultura inquisitoria, scenari europei, tra presente e futuro del processo penale*, in *Rivista di diritto processuale*, 2011, pp. 534 ss.

Lamarque E., *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in Biscotti B.-Borsellino P.-Pocar V.-Pulitanò D. (a cura di), *La fabbrica delle interpretazioni*, Atti del VIII Convegno della Facoltà di giurisprudenza, Giuffrè, Milano, 2012.

Lanza E., *Mediazione e procedimento penale minorile*, in Pennisi A. (a cura di), *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, Giuffrè, Milano, 2012.

Lanza E., *La messa alla prova processuale. Da strumento di recupero per i minorenni a rimedio generale deflativo*, Giuffrè, Milano, 2017.

Lattanzi G.-Lupo E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2010.

Lettieri F., *Il pubblico ministero nel processo penale tedesco*, in *Cassazione Penale*, 1994, pp. 2289 ss.

Lozzi G., *Lezioni di procedura penale*, Settima edizione, Giappichelli, Torino, 2008.

Luparia L., *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2002, pp. 1752 ss.

Maddalena M., *Azione penale, funzioni e struttura del Pubblico Ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in Gaito A. (a cura di), *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Jovene, Napoli, 1991.

Maiwald M., *Il ruolo dei magistrati in Germania*, 2013, reperibile al sito <http://ojs.uniurb.it/index.php/studi-A/article/viewFile/119/111>

Manes V., *Il principio di offensività. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2005.

Manes V., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2011.

Mannozi G., *La giustizia senza spada: uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, Milano, 2003.

Manzini V., *Trattato di procedura penale italiana secondo il nuovo c.p.p. e le nuove leggi di ordinamento giudiziario*, vol. I, Fratelli Bocca, Torino, 1914.

Manzini V., *Trattato di diritto processuale penale italiano secondo il nuovo codice*, vol. 1, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1931.

Marandola A., *Le iniziative del pubblico ministero: tra strategie procedurali e insindacabili discrezionalità*, in *Diritto penale e processo*, 2011, pp. 1301 ss.

Marinelli C., *Ragionevole durata e prescrizione del processo penale*, Giappichelli, Torino, 2016.

Maruotti R. G., *La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162-ter c.p. tra (presunta) restorative justice ed effettive finalità deflattive: prime riflessioni de iure condito*, in www.questionegiustizia.it

Mattevi E., *Esiguità e sistema penale del giudice di pace, analisi giurisprudenziale e prospettive applicative dell'istituto della particolare tenuità del fatto*, in Picotti L. (a cura di), *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, CEDAM, Padova, 2010.

Mauro C., *Dell'utilità del criterio della non punibilità*, in Quattrocchio S. (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Giappichelli, Torino, 2015.

Menna M., *Discrezionalità, opportunità e concretezza dell'azione penale nella Strafsprozessordnung*, in *Archivio Penale*, 2, 1992, pp. 173 ss.

Messina S., *La discrezionalità nel diritto penale*, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1947.

Mezzolla V., *Il ruolo della tenuità del fatto nelle politiche di esercizio dell'azione penale inglese*, in Quattrocchio S. (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Giappichelli, Torino, 2015.

Miletti M. N., *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale oggi: confini e prospettive – Premessa storica*, in *Criminalia*, 2010, pp. 304 ss.
Minda G., *Teorie postmoderne del diritto*, il Mulino, Bologna, 2001.

Molinari F., *P.M. e azione penale nell'ordinamento germanico*, in Conso G. (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, Zanichelli, Bologna, 1979.

Monaco G., *Pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, Giuffrè, Milano, 2003.

Monateri P. G.-Somma A., *Il modello di civil law*, Giappichelli, Torino, 2009.

Morisco S.-Papagno C., *Dall'obbligatorietà alla discrezionalità dell'esercizio dell'azione penale. "Pacchetto sicurezza"*, Giuffrè, Milano, 2008.

Moro A., *Unità e pluralità di reati. Principi*, CEDAM, Padova, 1951.

Moroz X., *Les initiatives procédurales des parquets au XIX^{ème} siècle*, in *Archives de politique criminelle*, 2003, pp. 85 ss.

Mortati C., voce *Discrezionalità*, in *Novissimo Digesto Italiano*, V, 1960, pp. 1098 ss.

Mura A.-Patrono A., *La giustizia penale in Italia: un processo da sbloccare*, CEDAM, Padova, 2011.

Musco E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Giuffrè, Milano, 1974.

Nannucci U., Relazione al convegno "L'azione per la repressione dell'illecito tra obbligatorietà e discrezionalità", Atti del XV Convegno di Senigallia, 2-3 febbraio 1990, in *Giustizia e Costituzione*, 1991, pp. 20.

Nannucci U., *Analisi dei flussi delle notizie di reato in relazione all'obbligatorietà e facoltatività dell'azione penale*, in *Cassazione Penale*, 1991, pp. 1669 ss.

Natale M., *Una breve riflessione sul codice di rito del 1913. Azione penale, pubblico ministero e giudice istruttore tra modello misto e suggestioni accusatorie*, in *Historia et ius*, 2013, pp. 1 ss.

Natalini A., *De minimis non curat praetor: diritto penale giurisprudenziale e reati di pericolo astratto, tra tipicità apparente, esiguità del fatto e necessaria offensività*, in *Cassazione Penale*, 2003, pp. 3533 ss.

Neppi Modona G., *Il reato impossibile*, Giuffrè, Milano, 1973.

Neppi Modona G., *Commento all'art. 112 Cost.*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, IV, 1987.

Neppi Modona G., *Processo accusatorio e tradizioni giuridiche continentali*, in Chiavario M. (a cura di), *Il nuovo c.p.p. visto dall'estero. Atti del seminario di Torino*, Giuffrè, Milano, 1991.

Neppi Modona G., *Principio di legalità e nuovo processo penale*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, Giuffrè, Milano, 1994.

Neppi Modona G., *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Giappichelli, Torino, 2004.

Nobili M., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, CEDAM, Padova, 1998.

Nuvolone P., *I limiti taciti della norma penale*, CEDAM, Padova, 1972.

Orlandi R., voce *Pubblico ministero (ufficio del)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. II, tomo II, 2008, pp. 943 ss.

Palazzo F., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, pp. 350 ss.

Palazzo F., *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n. 67/2014)*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 2014, pp. 1693 ss.

Paliero C. E., «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, CEDAM, Padova, 1985.

Paliero C. E., *La mediazione penale tra esigenze di giustizia ed esigenze conciliative*, relazione al Convegno su *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo (Urbino, 23-24 settembre 2005)*, Giuffrè, Milano, 2007.

Palomba F., *Il sistema del nuovo processo penale minorile*, Giuffrè, Milano, 2002.

Patanè V., *L'individualizzazione del processo penale minorile. Confronto con il sistema inglese*, Giuffrè, Milano, 1999.

Patanè V., *La mediazione penale in Italia*, in E. Zappalà (a cura di), *Dove va la giustizia penale minorile? Confronto tra l'esperienza francese e i progetti di riforma italiani*, Giuffrè, Milano, 2005.

Patanè V., voce *Processo penale inglese*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. II, tomo I, 2008, pp. 744 ss.

Pavarini M., *Decarcerizzazione e mediazione nel sistema penale minorile*, in Picotti L. (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, CEDAM, Padova, 1998.

Pederzoli P., *Magistratura e politica: quale coabitazione?*, in Gambino S. (a cura di), *La magistratura nello Stato costituzionale. Teorie ed esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2004.

Pennisi A. (a cura di), *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, Giuffrè, Milano, 2012.

Pepino L., *Obbligatorietà dell'azione penale e organizzazione delle Procure*, in *Antigone*, 2011, pp. 222 ss.

Peri A., *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive de iure condendo: un quadro ricognitivo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2010, pp. 1 ss.

Pestelli G., *Ancora sui tormentati rapporti tra tipicità e offensività: la problematica non punibilità delle condotte aventi ad oggetto sostanze stupefacenti c.d. prive di efficacia drogante*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, pp. 637 ss.

Pino G., *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, in Comanducci P.-Guastini R., *Analisi e diritto 1997: ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1998.

Pino G., *Diritti sociali. Analisi teorica di alcuni luoghi comuni*, consultabile al sito <http://www1.unipa.it/gpino/Pino,%20Diritti%20sociali.pdf>

Pino G.- Schiavello A.- Villa V., *Filosofia del diritto: introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2013.

Pizzi W. T., *Una tempesta perfetta: la discrezionalità del prosecutor negli Stati Uniti d'America*, in *Archivio Penale*, 2012, pp. 553 ss.

Pizzorno A., *Il potere dei giudici: Stato democratico e controllo delle virtù*, Lateza, Roma, 1998.

Pomanti P., *La clausola di particolare tenuità del fatto*, in *Archivio Penale*, 2, 2015, pp. 13 ss.

Pongiluppi C., *Il concetto di "esiguità" del reato: profili dogmatici e politico-criminali*, in Mattevi E.-Pongiluppi C.-Ventura A., *Irrilevanza del fatto: profili sostanziali e processuali*, Il Giudice di pace, Quaderni n. 13, Milano, 2009.

Pongiluppi C., *Il concetto di "esiguità" del reato*, in Picotti L., *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, CEDAM, 2010.

Pulitanò D., *Diritto penale*, quinta edizione, Giappichelli, Torino, 2013.

Pulvirenti A., *Il giudizio e le impugnazioni*, in A. Pennisi (a cura di), *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, Giuffrè, Milano, 2012.

Quattrocolo S., *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Jovene, Napoli, 2004.

Quattrocolo S., voce *Irrilevanza del fatto (dir. proc. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. II, tomo I, 2008, pp. 518 ss.

Quattrocolo S., *Uno sguardo oltralpe: profili generali della recente riforma francese della garde à vue*, in M. Bargis (a cura di), *Studi in ricordo di M. G. Aimonetto*, Giuffrè, Milano, 2013.

Quattrocolo S., *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Giappichelli, Torino, 2015.

Rafaraci T., voce *Processo penale tedesco*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. II, tomo I, 2008, p. 833.

Raselli A., *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Giuffrè, Milano, 1975.

Renteria Diaz A., *Il labirinto della giustizia. Giudice, discrezionalità, responsabilità*, Franco Angeli, Milano, 2000.

Rescigno G. U., *L'esercizio dell'azione pubblica ed il pubblico ministero*, in AA.VV., *Annuario 2004: separazione dei poteri e funzione giurisdizionale. Atti del XIX Convegno Annuale – Padova, 22-23 ottobre 2004*, CEDAM, Padova, 2008.

Riz R., *Per un nuovo codice penale: problemi e itinerari*, ne *Indice Penale*, 1994, pp. 207 ss.

Rodotà S., *Le «tentazioni» della politica*, in *Politica del diritto*, 1972 pp. 311 ss.

Rodotà S., *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma, 1992.

Romano M., *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, Milano, 1987.

Romano M., *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011, pp. 33 ss.

Romboli R., *Una riforma “epocale” della giustizia o un riassetto del rapporto tra poteri (osservazioni al ddl costituzionale n. 4275 presentato alla Camera dei Deputati il 7 aprile 2011)* in *Rivista telematica giuridica dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2011, pp. 13 ss.

Ruggieri F., *Obbligatorietà dell’azione penale e soluzioni alternative nel processo minorile*, in Picotti L., *La mediazione nel sistema penale minorile*, CEDAM, 1998.

Russo L., *I criteri di priorità nella trattazione degli affari penali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016.

Sarzotti C., *Processi di selezione del crimine. Procure della Repubblica e organizzazione giudiziaria*, Giuffrè, Milano, 2007.

Scaparone M., voce *Pubblico ministero (dir. proc. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, 1988, pp. 1095 ss.

Scarselli G., *Ordinamento giudiziario e forense*, Giuffrè, Milano, 2010.

Schefold D., *Potere giurisdizionale e posizione del giudice in Germania*, in *La magistratura nello stato costituzionale. Teorie ed esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2004.

Silvestri G., *Organizzazione giudiziaria e indipendenza della magistratura*, in AA.VV., *Annuario 2004: separazione dei poteri e funzione giurisdizionale. Atti del XIX Convegno Annuale – Padova, 22-23 ottobre 2004*, CEDAM, Padova, 2008.

Siracusano F., *La completezza delle indagini nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2005.

Stefani G.-Levasseur G.-Boulloc B., *Procédure pénale*, Dalloz, Paris, 2000.

Stella F., *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1973, pp. 3 ss.

Stoppato A., *Commento al codice di procedura penale*, Unione tipografica-Editrice torinese, Roma-Torino-Napoli, 1923.

Tarello G., voce *Formalismo*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, VII, 1961, pp. 571 ss.

Tarello G., *Diritti, enunciati, usi: studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974.

Tarello G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Il Mulino, Bologna, 1976.

Tarello G., voce *Codificazione*, in *Dizionario di politica*, Bobbio N.-Matteucci N. (a cura di), Torino, Utet, 1976, pp. 161 ss.

Tarello G., *Cultura giuridica e politica del diritto*, il Mulino, Bologna, 1988.
Tonini P., *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2016.

Troncone P., *La legislazione penale dell'emergenza in Italia: tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale allo Stato democratico di diritto*, Jovene, Napoli, 2001.

Troncone P., *La sospensione del procedimento con messa alla prova: nuove esperienze di scenari sanzionatori senza pena*, Dike giuridica, Roma, 2017.

Ubertis G., *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Raffaello Cortina, Milano, 2000.

Varano V.-Barsotti V., *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Giappichelli, Torino, 2014.

Vinciguerra S., *Diritto penale inglese comparato. I principi*, CEDAM, Padova, 2002.

Villa V., *Le tre concezioni dell'interpretazione giuridica*, in G. Pino-A. Schiavello-V. Villa, *Filosofia del diritto: introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2013.

Vigoriti V., *P.M. e discrezionalità dell'azione penale negli U.S.A.*, in Conso G. (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale*, Zanichelli, Bologna, 1979.

Zagrebelsky G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.

Zagrebelsky G.-Martini C. M., *La domanda di giustizia*, Einaudi, Torino, 2003.

Zagrebelsky V., *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in Conso G. (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale*, Zanichelli, Bologna, 1979.

Zagrebelsky V., *Stabilire le priorità nell'esercizio obbligatorio dell'azione penale*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, Giuffrè, Milano, 1994.

Zanier M. L., *L'accusa penale in prospettiva socio-giuridica. Ruolo, processi decisionali e modalità d'azione del pubblico ministero*, FrancoAngeli, Milano, 2011.

Zappalà E., *Processo penale ancora in bilico tra sistema accusatorio e sistema inquisitorio*, in *Diritto penale e processo*, 1998, 7, pp. 886 ss.

Zirulia S., *Riforma Orlando: la nuova prescrizione e le altre modifiche al codice penale*, in www.penalecontemporaneo.it

Zuccalà G., *Sul preteso principio di necessaria offensività*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, III, Giuffrè, Milano, 1984.

Zuccalà G., *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione "critica" del bene e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, in E. Dolcini-C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006.