

GABRIELE MARRA *

*IL SISTEMA PENALE RESILIENTE E «L'ARGINE
ROTTO AL TORRENTE DELLE OPINIONI»
PROFILI ORDINAMENTALI*

SOMMARIO: 1. Stagnazione produttiva e sistema penale. Uno strano binomio? – 2. La sfiducia nella magistratura. Dati alla mano – 2.1 Una chiave interpretativa – 2.2 L'altra faccia della medaglia. – 3. Il circolo vizioso tra insufficiente professionalità, aumento dei processi, scadimento (ulteriore) della qualità della giurisdizione; 3.1. Oltre le occasioni. Una lettura sistematica. – 4. Produttività individuale del magistrato penale ed efficienza sociale del sistema penale – 4.1. Tra de-penalizzazione, discrezionalità e qualità della legislazione – 4.1.2 Tecniche interpretative e deframmentazione del sistema penale – 4.2.2 P(r)assi nella giusta direzione – 4.2. Una specifica semantica per l'efficienza: l'economia sociale di mercato. Una direttrice anche per riforma della formazione per le professioni giuridiche? – 5. Conclusioni.

1. Stagnazione produttiva e sistema penale. Uno strano binomio?

L'economia italiana fatica. La crescita è da tempo stagnante. Nei dieci anni precedenti il 2019, il Pil nazionale è infatti cresciuto solo del 7,9%. Altre economie europee hanno invece conosciuto una crescita che si colloca tra 30,2% e il 43,6 %. Come nel caso di Germania, Francia e Spagna. A differenza di questi paesi, l'Italia paga la propria incapacità riformistica, anche – o soprattutto? – in materia di giustizia (civile e penale), con un impatto negativo su investimenti e produttività: stentati non solo per l'inefficienza degli accertamenti giudiziari di pretese civilistiche, ma anche per gli eccessivi tempi di definizione dei processi penali. Tempistiche che sono «molto superiori alla media europea», come si legge nel Piano nazionale di ripresa e resilienza [abbr. PNRR].

Convinzione ricavabile, *a contrario*, anche da un sommario esame della prima attuazione, in sede penale, di questo ambizioso programma¹: affidata ad un articolato schema di riforma, che investe tanto il diritto sostanziale,

* Professore associato di Diritto penale – Università degli Studi di Urbino Carlo Bo.

quanto, e soprattutto, il sistema processuale. Proposta finalizzata al raggiungimento dell'obiettivo di ridurre del 25% i tempi dei (futuri) processi penali e a garantire un celere smaltimento del significativo arretrato che ad oggi rallenta il funzionamento del sistema-giustizia².

In breve: sotto la spinta di un cogente vincolo comunitario e vincendo l'iniziale ritrosia ad assumersi impegni al di fuori del perimetro della giustizia civile, il governo italiano si è fatto garante di un impegno

¹ Per tutti, G. CANZIO, *Le linee del modello Cartabia. Una prima lettura*, in www.sistemapenale.it, 25.08.2021; F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, *ivi*, 08.09.2021; G.L. GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi, linee di riforma*, *ivi*, 15.10.2021. Nelle pagine seguenti i dettagli della proposta forniranno solo la chiave per accedere ad alcuni nodi di fondo del programma riformistico e per saggiare la tenuta di considerazioni generali sulla legittimazione dell'intervento penalistico. Nelle more della pubblicazione di questo scritto la proposta è divenuta legge (n. 134 del 27.09.2021). Sono state altresì già nominate le Commissioni incaricate di attuare la delega. Contestualmente è anche entrata in vigore la nuova disciplina – sostanziale e processuale – dell'istituto della prescrizione. La pur programmata riforma della legge sull'ordinamento giudiziario è invece ancora lontana da approdi definitivi.

² G.L. GATTA, *Ridurre i tempi del processo civile e penale, sfida epocale diventata necessità*, in www.ilsole24ore.com, 03.06.2021. A latere di questo imponente lavoro di riforma si colloca, non per importanza, la sottoposizione al Parlamento di uno schema di decreto legislativo, oggi approvato in via definitiva, finalizzato all'attuazione della normativa, di fonte eurounitaria – direttiva (UE) 2016/343 – riguardante la tutela 'extraprocessuale' della presunzione di innocenza e, dunque, della dignità umana di tutti. E. BRUTI LIBERATI, *Basta PM giustizialisti*, in *Il Foglio*, 14.09.2021. Riflessione che sottolinea la necessità, allo scopo di dare sostanza a quel fondamentale principio costituzionale, del contributo della deontologia professionale: che dovrà in proposito evolversi anche in ossequio al vincolo che sottopone la magistratura alla legge (art. 101/2 Cost.). La proposta governativa rappresenta, in altri termini, un tassello riformistico essenziale al fine di recuperare l'equilibrio tra i poteri: altresì necessaria, più specificatamente, allo scopo di contrastare la creazione di un potere *extra ordinem* che assommando poteri di accusa e di giudizio, valendosi a tal fine dei mezzi di comunicazione di massa, finisce per rappresentare il controllore d'ultima istanza dell'ordine sociale. S. CASSESE, *Procure quarto potere: i pm si sentono giudici. Si usa troppo il carcere*, in *Il Giornale*, 15.09.2021. Un grumo d'arbitrio, che, fuori da ogni legittimazione, somma moti di funzionalismo tecnocratico a pulsioni moralistiche. Un potere dimostratosi anche capace di far 'cadere' governi, di paralizzare amministrazioni (centrali e locali) e di condizionare la vita economica, con accuse che ad anni di distanza sono state giudicate infondate. D. ALLEGRANTI, *I dannati della gogna*, Macerata 2021. Profili sistemici, descrivibili anche come decisivo contributo alla stagnazione sociale, che si aggiungono alla specifica lesività per fondamentali libertà

riformistico ampio ed incisivo del sistema penale, nonostante la divisività politica del tema, al fine curarne alcune malattie storiche.

Le riflessioni seguenti – che si pongono all'intersezione tra diritto penale sostanziale, diritto processuale ed ordinamento giudiziario – intendono sia illustrare alcuni dei guasti 'storici' ai quali questa promessa di una svolta radicale intende rimediare, quanto fornire alcuni argomenti utili ad inquadrare, in termini di principio, la sua attuazione.

2. La sfiducia nella magistratura. Dati alla mano

La dilatazione del tempo necessario ad arrivare ad una sentenza definitiva ha, d'altra parte, ricadute più generali: estese fino ad intaccare la tenuta di fattori costitutivi per l'integrità di fondamentali equilibri dell'ordine costituzionale. Agli occhi dei cittadini – *rebus sic stantibus* – è infatti la stessa capacità dello Stato di rendere giustizia, caposaldo d'ogni civile convivenza, a perdere valore³. E non si tratta, certo, di poca cosa.

individuali propria dell'operatività incontrastata di un simile 'complesso-burocratico-accusatorio'.

³ Aiuta l'analisi la formula generale, che, nel tempo delle fonti disperse, tra le quali spicca il diritto vivente, misura l'interventismo totale della politica-penale: $D(isposizioni) \times [F(attspezie) \times m(edicie) \times N(orme)] = P(enalità) \times t(totale)$. Calcolate, per difetto, in 5.400 le disposizioni vigenti (secondo l'ultima ed unica ricognizione compiuta). Considerata una media di 2 fattispecie per ciascuna di esse e moltiplicate queste per 2, pari alle ulteriori norme elaborate dal 'diritto vivente', la penalità totale assomma – in astratto - a circa 21.600 condotte penalmente illecite. Una massa di coercizione in potenza, saldamente presidiata dall'assolutezza dell'obbligo fissato dall'art. 112 Cost., che segna un ulteriore ampliamento di quel già ampio reticolato di illeciti, poiché la sola attivazione del procedimento è fonte – soprattutto di fatto - di significative limitazioni, a carico anche del solo indagato, nella sfera sociale e professionale. Il fattore $P(enalità) \times t(totale)$ va dunque aumentato per la costante \emptyset . Misura di stima arbitraria dell'effetto coercitivo proprio della sola attivazione delle agenzie del controllo penale. Un'analisi completa, qui nemmeno tratteggiabile, richiede infine di introdurre l'ulteriore variabile $E(ffettività)$, destinata a misurare l'afflittività dell'esecuzione penale delle condanne a pene detentive da eseguire. Variabile che il legislatore della riforma non ha trascurato di considerare. Significativo, in tal senso, è l'investimento operato sulla giustizia c.d. riparativa, in attuazione della necessità di «porre le basi per una reale lotta alla recidiva che ponga al centro la rieducazione e l'inserimento sociale dei soggetti inseriti nel circuito penitenziario». Così, PNRR, p. 56. In sintesi: il diritto penale massimo è misurato da $D \times [Fm \times N] = Pt + \emptyset + E$.

Osservazione che non è una semplice congettura. Come ben dimostrano i dati che misurano la fiducia della cittadinanza nell'ordine giudiziario. Affidamento scosso, in sintesi, da dilaganti dubbi sull'indipendenza della magistratura. Secondo i dati forniti da indagini europee, riferite al 2018, solo poco più del 30% degli intervistati dichiara infatti un grado di fiducia va da «abbastanza» a «molto alto». Oltre il 40% ha invece un parere «significativamente negativo». Dato a cui si aggiunge, al netto del 15% di chi dichiara di non avere un'opinione in merito, il 15% di coloro che invece esprimono un parere «molto negativo»⁴.

Il quadro è risalente nel tempo, con l'eccezione dei primi anni Novanta quando la fiducia nell'ordine giudiziario si attestava a circa il 70%⁵. Come dimostra anche il fatto che già trent'anni prima della riferita stima europea, dall'interno della stessa magistratura si levavano voci per denunciare il solco profondo venutosi a creare tra ordine giudiziario e società civile⁶.

L'analisi europea della situazione nazionale rivela livelli di discredito sostanzialmente stabili anche in tutti negli anni successivi al 2018. Secondo l'ultima rilevazione di *EU Justice Scorebord* (2021), l'Italia si colloca infatti al 23esimo posto, tra i 27 paesi membri, nella classifica della completa fiducia dei cittadini nell'indipendenza della magistratura. La Germania, per limitarsi ad un esempio di ben diverso segno, si classifica invece al terzo posto, caratterizzandosi anche per un diffuso giudizio di «*fairly good*». Dati

⁴ Per queste, e le successive cifre, che misurano l'andamento della 'sfiducia' verso la magistratura, cfr. N. PAGNONCELLI, *Magistrati: la sfiducia è ai massimi*, in *Corriere della Sera*, 21.06.2019; ID., *In Italia solo il 39% si fida dei magistrati*, *ivi*, 15.05.2021; M. CASSANO, *Il Palamaragate fa crollare la fiducia nei Magistrati*, in *Il Riformista*, 01.02.2021; G. GRIMOLIZZI, *Effetto Palamara, la fiducia degli Italiani nella Magistratura cola a picco*, in www.ildubbio.news.it, 14.05.2021. Per le statistiche europee si vedano le analisi annuali del *Council of Europe – European Commission for the efficiency of justice (CEPEJ)*, in www.coe.int.

⁵ È il tempo della svolta nella lotta alla criminalità organizzata. È altresì il momento in cui ha inizio il contrasto alla corruzione sistemica. In questo secondo caso quella schiacciante maggioranza esprime un consenso giustizialista. Non ha ritrosie, cioè, di fronte ad un «potere arbitrario e irrituale che privilegia l'immediatezza della risposta sanzionatoria piuttosto che la legalità delle forme processuali». E. AMODIO, *A furor di popolo*, Roma 2018, p. 8. Al contrario, gli fornisce motivo per trasformare l'esercizio dell'azione penale in una forza strumentale ad obbiettivi di *regime change*. G. FIANDACA, *Devastati da Mani Pulite*, in *Il Foglio*, 30.03.2017.

⁶ G. FALCONE, *La posta in gioco*, Milano, edizione Kindle, 2010, pos. 1685 s.

che attesta la complessiva fiducia nell'indipendenza dell'ordine giudiziario in prossimità dell'80% degli intervistati⁷.

D'altra parte, guardando più lontano, in particolare agli Stati Uniti, la comparazione suggerisce di marcare ancora di più la 'specificità' del caso italiano. Richiesti di giudicare l'effettività del principio che vuole «il sistema giudiziario della nazione [aderente] allo stato di diritto, in base al quale tutti gli individui sono trattati allo stesso modo agli occhi della legge», il 56% dei cittadini americani intervistati ha infatti dato risposta positiva⁸.

2.1 Una chiave interpretativa

Tornando ad analizzare il quadro nazionale, deve osservarsi che la fiducia nello stato-di-diritto è invece ben più circoscritta. Sono infatti ormai molteplici le indagini demoscopiche, rese pubbliche nel 2021, attestanti la sfiducia degli italiani nella capacità dell'ordine giudiziario di

⁷ Il differenziale tra i due paesi è significativo anche nei dati riguardanti la fiducia delle imprese. In Germania è poco meno del 70% del totale l'opinione di chi giudica in termini positivi l'indipendenza della magistratura. In Italia la stessa non supera la soglia del 30%. L'analisi delle istituzioni europee dà anche conto del fatto che «*the perceived independence of the judiciary is a growth-enhancing factor, as a perceived lack of independence can deter investments*». Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *The 2021 EU Justice Scoreboard*, in www.ec.europa.eu, 08.07.2021. Sul protagonismo giudiziale nell'esperienza dell'ordinamento tedesco la letteratura è copiosa. Qui è sufficiente rinviare a T. VORMBAUM, „*Politisches Strafrecht*“, in *ZStW*, 1995, pp. 734 ss.

⁸ L. BIARELLA, *Fiducia nel sistema giudiziario*, in www.altalex.it, 20.05.2021. In un paese come gli USA scosso da accuse mosse alle sue istituzioni di persistente razzismo 'sistemico' e diffuse discriminazione, è significativo che la fiducia nel sistema giudiziario sia stata manifestata anche dal 41% degli intervistati appartenenti a minoranze. Significativi sono anche alcuni dati ricavabili da indagini sull'opinione dei cittadini americani nei confronti della qualità e quantità della regolamentazione. Nel 2018, ultimo anno 'libero' dal rischio pandemico e decennale della 'crisi' dei mercati de-regolamentati, il 39% degli intervistati ha stigmatizzato come eccessivo il quadro regolatorio effettivo. Dato divaricato rispetto al grado di fiducia sociale nella magistratura quale custode della *rule-of-law* (56% v. 39%). Divario che non è del tutto arbitrario leggere come 'assoluzione' dell'ordine giudiziario dall'accusa d'essere parte attiva nella crescita abnorme della regolazione pubblica della società. Per i dati cfr. J. NORMAN, *Americans Worry Less About Government Regulation*, in www.news.gallup.com, 11.10.2018.

garantire eguaglianza di fronte alla legge. I dati registrano infatti solo un 7% di intervistati che si sono detti certamente sicuri dell'azione della magistratura. Il restante 49% dei partecipanti all'indagine, che stima al 12% gli indecisi, dichiara invece di sentirsi insicuro, con variabile intensità, di fronte all'azione dell'ordine giudiziario. Non poca cosa, considerando che il rimanente 30% riferisce, comunque, di avere una fiducia solo condizionata⁹.

Per quanto di gracile capacità dimostrativa – più strutturate analisi potrebbero infatti metterne in dubbio la complessiva valenza dimostrativa – quelli appena riferiti sono dati significativi, sufficienti ad illustrare la preoccupante corrosione in atto nei fondamenti del «ruolo istituzionale della magistratura»¹⁰: ancor più considerando che non risultano sostanzialmente influenzati dall'emergenza pubblica della diffusa patologia correntizia all'interno dell'istituzione¹¹. Pur se intensamente dibattute nei *media*, queste vicende, come si è di recente calcolato, non hanno infatti suscitato particolare interesse nell'opinione pubblica. Solo il 14% dichiara di avere seguito con attenzione il c.d. *Palamaragate*. Se ne deduce che i livelli di insicurezza soggettiva di fronte all'azione della magistratura hanno cause diverse, e più specifiche, rispetto allo sdegno che sempre suscita l'appropriazione privatistica dei pubblici poteri.

La sfiducia sembra anche rispondere a fattori più strutturali rispetto allo stigma dell'inimicizia ideologica e dell'iniziativa *ad personam*, pur

⁹ Nell'analisi delle istituzioni europee le cause di questa scarsa percezione dell'indipendenza dell'ordine giudiziario sono identificate per circa il 50 % degli intervistati nella permeabilità dell'ordine giudiziario a pressioni politiche ed economiche. Meno del 40% degli intervistati dichiara, invece, di ritenere quella carenza una conseguenza dell'insufficienza dei presidi che la disciplina dell'ordinamento giudiziario dedica alla tutela dell'indipendenza della magistratura. COMMISSIONE EUROPEA, *The 2021 EU Justice Scoreboard* cit.

¹⁰ E. AMODIO, *A furor di popolo* cit., pp. 127 ss. Qui anche la precisazione del diverso senso che il timore per l'arbitrio giudiziale assume nell'ideologia liberale e populistica.

¹¹ Nel 2021 l'Eurispes ha osservato che «*sarebbe troppo semplice imputare questo andamento solo agli ultimi recenti fatti. Sicuramente, qualcosa nell'immaginario dei cittadini sta cambiando, la giustizia non è sempre giusta, e accanto alla figura mitizzata del giudice-eroe sta probabilmente prendendo piede l'idea che, comunque, anche la magistratura è fatta di uomini*». G. GRIMOLIZZI, *op. cit.*

ampiamente diffusi nel dibattito pubblico e nell'iniziativa politica¹². Se è vero, infatti, che alla domanda «se ritiene che l'azione della magistratura sia guidata da fini politici», il 33% si è detto molto d'accordo, mentre il 37% 'solo' abbastanza, è altrettanto vero che, richiesti di esplicitare i motivi della dichiarata sfiducia, poco più del 18% ne ha individuato le cause nell'asservimento a specifici obiettivi di lotta politico-partitica, mentre il 17% ha invece motivato il proprio giudizio negativo stigmatizzando, più genericamente, la 'corruzione' dell'ordine giudiziario, quale permeabilità della giurisdizione ad una più ampia gamma di interessi particolari: non da ultimo quello proprio della categoria¹³.

Anche sul generale presupposto che la politicità del diritto penale moderno non si esaurisce nel riconoscimento della sua manipolabilità secondo criteri propri della faziosità partitica¹⁴ – riferendosi, più strutturalmente, alla subordinazione della giustizia penale ad istanze di prevenzione coercitiva e finalistica del disordine – può dirsi che il magistrato settario spaventa meno del magistrato che fa della tecnica del diritto un mezzo di movimentismo-sociale. Il primo, detto altrimenti,

¹² Due specifici riscontri dell'effettività di questa tendenza, oltre che della natura esornativa del richiamo politico alla rifondazione in senso liberale anche della giustizia penale, si leggono in M. FELTRI, *L'involutione liberale*, in www.huffingtonpost.it, 23.08.2021. Quest'ultimo punto è discusso anche in G. MARRA, *I fondamenti liberali del diritto di punire, oggi*, in *Ind. pen.*, 2019, pp. 631 ss.

¹³ Motivo che non sembra lecito interpretare solo come reazione suscitata da casi di osservato condizionamento utilitaristico, da parte di estranei all'ordine giudiziario, delle decisioni del singolo giudice. Più a fuoco sembra un'interpretazione ampia di quella ragione di sfiducia verso l'istituzione giudiziaria: corrispondente allo stigma che colpisce la degradazione del sistema della giustizia penale a strumento per il soddisfacimento dell'interesse personale del magistrato (di carriera, politico, narcisistico, ecc.) o corporativo dell'ordine di appartenenza (e in questo caso si può intendere la corruzione come sinonimo di autoreferenzialità).

¹⁴ In termini 'statistici', ciò vale a spiegare il riposizionamento delle riferite stime generali all'interno dell'elettorato politicamente 'fidelizzato'. Per intendersi, gli elettori del centro-destra dimostrano tassi di sfiducia superiori alla media, a differenza di quelli del centro-sinistra, si dichiarano più simpatetici verso politiche (penali) giudiziarie indirizzate da comuni riferimenti. Analoga la situazione statunitense: caratterizzata, però, dall'iniziativa, soprattutto da parte di chi condivide un'agenda politica conservatrice, finalizzata ad elaborare e diffondere una cultura di *self-restraint* giudiziale. Sull'incisività di tali iniziative, per effetto dei processi di nomina agli uffici giudiziari tipici d'oltreoceano, si veda, per tutti, C. SUNSTEIN, *Radicals in Robes*, New York 2006.

suscita minori reazioni, rispetto a chi, persuaso del fatto che il giurista moderno abbia abbandonato l'abito giusnaturalistico per indossare quello di «politico critico»¹⁵, promuove la prassi del diritto penale al rango di autonoma forza di *governance* dei mezzi e dei fini necessari alla 'migliore' organizzazione della società¹⁶. Sempre, senza il «coraggio» di quella «lacuna» che, in quanto autentica *bête noire* della sovranità politica moderna¹⁷, indizia, quando praticata, la robustezza della cultura anti-sostanzialistica degli interpreti, mentre dall'altro, di fronte al suo rifiuto, fissa il metro che misura due realtà: quella dell'effettiva mutazione in atto nell'«ordine» giudiziario, che da istituzione autonoma ed indipendente nell'interpretare le leggi alle quali è soggetto (art.li 101, comma 1 e 104, comma 1 Cost.) è divenuto un potere che sottomette la legge al vincolo di una qualche legittimità superiore (costituzionale, sociale, ecc.); quanto la prevaricazione, conseguente all'esercizio di tale potere, che un simile

¹⁵ W. NAUCKE, *I confini del diritto penale. Abbozzo in sette tesi*, in G. BORRÈ, G. PALOMBARINI (a cura di), *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, Milano 1998, pp. 95 ss.; spec. p. 103.

¹⁶ L'aggettivo non ha valore assoluto. Denota uno stato diverso/opposto a quello di partenza. Relativismo che mette la pro-attività penalistica tanto al servizio di progressi sociali che stentano a divenire di per sé maggioritari, quanto della reazione alla loro spontanea affermazione. W. NAUCKE, *I confini cit.*, p. 102.

¹⁷ F. GIUNTA, *Schiribizzi penalistici per colpevoli*, Pisa 2019. Accostamento, quello nel testo, che poco sorprende, se la sovranità è definita anche come «possibilità di anomia [...] per [ri]generare l'ordine e mantenerlo in vita». C. GALLI, *Sovranità*, Bologna 2019, p. 14 s. Costituendo la soggezione del giudice alla legge proprietà indefettibile dell'ordine costituzionale, l'interventismo e la frattura dell'ordine del sistematico del diritto penale, che costituisce strumento della pro-attività ermeneutica, sono 'tratti anomici sostenuti da intenzioni riordinative dell'ordine costituzionale (e sociale) e, dunque, di matrice sovrana. Un dinamismo poco compatibile con le prerogative di un'istituzione che i caratteri di «autonomia» ed «indipendenza» non trasformano in qualcosa di diverso da un «ordine» (art. 104 Cost.). N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna 2019. D'altra parte, la «crisi effettiva del vecchio paradigma [della] penalità liberale» è sottolineata da C. PALAZZO, F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna 2018, p. 101. Trattandosi 'del' paradigma costituzionale della penalità – Corte cost. n. 98/2021, come 'glossata' da N. ZANON, *Diritto penale liberale e dissenting opinion*, in www.brunoleoni.it, 15.06.2021 – la sinergica operatività, di diverso segno, del diritto positivo e di quello vivente travolge la 'rigidità' costituzionale, proiettandone i risultati nella sfera del potere sovrano.

grumo potestativo esercita nei confronti d'ogni altra autorità istituzionale pur costituzionalmente concorrente.

Di conseguenza, «ogni relazione, qualsiasi essa sia» finisce così per vivere «nella minaccia di essere decifrata secondo il codice binario dell'aggressore e della vittima»¹⁸. Esito di storiche parole d'ordine: «contropotere»; «interpretazione evolutiva», non esclusa quella necessaria per portare alle «estreme conseguenze i principi eversivi dell'apparato normativo borghese»¹⁹; fiancheggiamento «della battaglia politica»; ecc.²⁰. Formule caustiche, la cui sostanza 'antagonistica' lungi dal dissolversi quale riferimento 'culturale' e identitario è oggi inabissata, relativizzandosi, nella semantica di diverse formule, come la rivendicazione di doveri di generale controllo di legalità dell'organizzazione sociale e di attuazione del (non neutrale) dettato costituzionale. Riferimenti certamente meno appariscenti, nella prospettiva qui di interesse, ma non meno significativi di una vocazione dell'ordine giudiziario a perseguire istanze di «giustizia aggregata» che immettono nella «funzione giudiziaria uno spirito di perseguimento di 'grandi fini' sociali»²¹: misurabile in proporzione all'estraneità a tale impegno della garanzia individuale che la legalità penale mette a disposizione del cittadino (art. 25, comma 2 Cost.).

Da ultimo, nel tentativo di dare un più preciso significato ai dati in commento, non si dovrebbe trascurare il fatto che l'odierna tendenza 'critica' nei confronti dell'azione giudiziaria sopravvive all'evoluzione del consenso registrato, ad esempio, in occasione delle ultime elezioni politiche: i cui esiti hanno visto trionfante un movimento che fa

¹⁸ A. GARAPON, D. SALAS, *La Repubblica penale*, Macerata 1997, p. 10.

¹⁹ Se, come osserva la dottrina di lingua tedesca, la tutela dell'«ordine borghese» identifica il compito del diritto penale liberale, allora la critica nei confronti della giustizia del primo è anche critica verso il diritto penale dello stato-di-diritto. Se, d'altra parte, la teoria critica del bene giuridico è espressione funzionale a quest'ultimo, allora l'appassimento della sua odierna valenza selettiva, trasfigurata nel suo contrario, è da leggersi come sintomo della crisi in cui versa la legittimazione liberale del diritto penale. G. JAKOBS, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Madrid 2004, p. 101. Più in generale, vedi anche G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari, 2017, pp. 52 s.; p. 54; pp. 120 s.; pp. 185 ss.

²⁰ P. TONY, *Io non posso tacere*, Torino 2015.

²¹ M.R. FERRARESE, *Può la magistratura essere considerata una istituzione della libertà?*, in AA.VV. *Diritto, cultura e libertà*, Milano 1997, pp. 459 ss.; pp. 466 s.

dell'antagonismo totale ai 'poteri forti' la matrice della propria progettualità e che, conseguentemente, non fa mistero della sintonia con l'analogo atteggiamento rivendicato da parte della magistratura penale come matrice della propria azione. Proposta alla quale vanno sommati anche i risultati ottenuti da formazioni politiche che, su ben altre basi di partenza, fanno dell'interventismo repressivo un tratto essenziale della propria identità e che, dunque, giudicano con favore l'azione della magistratura impegnata nella repressione di quelle aree dell'organizzazione sociale che fino ad oggi hanno goduto, dicono, di un'impunità figlia di quelle culture 'antipopolari' che si intendono osteggiare. Si arriva così a registrare, nel 2018, un complessivo 53,82% di consensi espressi a favore di proposte politiche favorevoli ad un maggior attivismo della coercizione penale (formula comprensiva anche dell'iniziativa in tal senso dell'ordine giudiziario). Il tutto, come detto, mentre la sfiducia sociale nei confronti della magistratura non conosceva flessioni rispetto al coevo dato fissato dal 55% di giudizi «molto» o «significativamente» negativi sull'azione di questa fondamentale istituzione – se terza ed imparziale – della democrazia.

Una distonia che risalta ancor di più se letta in parallelo al giudizio ampiamente positivo formulato nei confronti delle forze di polizia²².

Disallineamento che al momento interessa sottolineare come argomento idoneo a fornire un ulteriore frammento dimostrativo della

²² L'Eurispes, nel suo rapporto 2021 (disponibile in www.eurispes.eu), ha rilevato una fiducia nei confronti delle forze dell'ordine che si attesta oltre il 60%. Dato che può essere letto anche come attestazione di una corrispondente preoccupazione securitaria. Interpretazione che proiettata sul giudizio di sfiducia verso la magistratura consente di coglierne una possibile radice nel giudizio sull'incapacità dell'ordine giudiziario di dare convincenti risposte all'aspettativa di maggior sicurezza formulata dal corpo sociale. Ma se la critica nei confronti della magistratura vale come stigmatizzazione del suo lassismo nel soddisfare bisogni di pena, allora è giustificato cogliere nell'atteggiamento popolare un moto di reazione all'arbitrio rappresentato da interpretazioni del diritto che ne divaricano la portata rispetto a quanto è ritenuto socialmente necessario. E. AMODIO, *A furor di popolo* cit., p. 10 coglie questo come il punto di insorgenza – preparata, si aggiunge, dalla retorica che invoca per il diritto penale compiti socialmente rigenerativi – di un «potere interdittivo» del popolo nei confronti della magistratura, alla quale si chiede di non intervenire nei criteri del giudizio popolare sulla necessità di pena e di rispettare, nel caso della legittima difesa 'riformata', finanche la volontà del «privato titolare di una vera sovranità punitiva».

radice latamente sociale del negativo giudizio che la collettività esprime sull'ordine giudiziario. Diversamente, escludendo cioè quella radice²³, non si spiegherebbe del tutto la mancata rarefazione della percentuale dei giudizi negativi che colpiscono l'attivismo della magistratura a fronte del significativo consenso elettorale riscosso da proposte che legittimando politicamente un pan-penalismo non di maniera sono altresì sostenitrici della cultura di equal segno che alimenta il protagonismo giudiziario²⁴.

Può concludersi, pertanto, dicendo che la crisi dell'ordine giudiziario nel giudizio del corpo sociale è un atteggiamento profondo: costante al variare delle proposte politiche e indipendente, nelle sue cause, dall'adesione o meno a bandiere ideologiche²⁵. Si tratta, detto altrimenti, di un fenomeno 'generale' che rinvia chi voglia ricercarne le cause alla crisi «della comprensibilità dell'azione giudiziaria»: allo smarrimento, cioè, della «interrelazione continua con il contesto socio-culturale» in cui la

²³ Si tratta, detto altrimenti, di una reazione alla colonizzazione penalistica d'ogni tessera del mosaico sociale. Cfr. P. BATTISTA, *Se il totalitarismo è giudiziario*, in *Il Corriere della Sera*, 15.01.2017. Da annotare è altresì il fatto che si tratta di una categoria comprensiva dell'eccesso punitivo e dell'opportunismo al quale si ricorre di fronte ad un impegno che il sistema penale non può mantenere. T. VORMBAUM, *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Napoli 2018, pp. 131 ss.

²⁴ L'analisi deve tener conto anche del fatto che è una formazione politica più delle altre a fare del supporto all'azione pro-attiva della magistratura un tratto identitario. Il suo 32,07% non corrisponde comunque al 7% di quanti si dicono privi di dubbi sull'azione della magistratura. Al consenso dell'area, pari al 53,82 % dunque sottratto il 21,75 % guadagnato da formazioni che pur posizionandosi a favore di vocazioni popolari ed antielitiste hanno nei confronti della magistratura un atteggiamento più ondivago: di sostanziale fiducia quanto la sua azione risulta allineata alle priorità politiche dichiarate dalle formazioni partitiche di riferimento e di critica, anche veemente, dei tecnocratici in toga di fronte a decisioni incompatibili con quella agenda. E. AMODIO, *A furor di popolo* cit., pp. 18 s.

²⁵ Nell'epoca del populismo politico analoghi toni assume anche l'esercizio dell'azione penale, esasperando alcuni tratti già tipici della seconda stagione del diritto penale emergenziale, dopo l'esperienza della legislazione antiterrorismo, che già aveva scosso gli equilibri dello stato-di-diritto. G. FIANDACA, *Populismo penale e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 95. Una deriva che, tuttavia, non trova freno nella sfiducia sociale che colpisce l'azione della magistratura. V. anche, per una chiave di lettura della discrasia segnalata nel testo, G. DE RITA, *La tracotanza moralistica sta stancando gli italiani*, in *Corriere della Sera*, 06.03.2019.

Magistratura opera²⁶; che è un modo diverso per stigmatizzare la deriva autoreferenziale del principio di indipendenza dell'ordine giudiziario e la conseguenziale perdita della sua fondamentale funzione di presidio di una società liberal-democratica.

2.2 L'altra faccia della medaglia

L'apertura di un inciso sull'autorappresentazione di chi è sospettato di agire per scopi politici è utile per mettere a fuoco il merito del rimprovero mosso all'ordine giudiziario.

Si inizi con una delimitazione di confini. L'allontanamento della giurisdizione da modelli reattivi, a beneficio dell'immagine di un potere pro-attivo, «assume un rilievo particolare nel settore penale»²⁷.

Si prosegua con la descrizione del *milieu* sotteso al «nuovo attivismo giudiziario» inauguratosi «a partire dagli anni settanta». Sfondo descritto da un protagonista anche di quella stagione riferendosi all'emergenza di un solco tra i bisogni di una società cambiata e la staticità del quadro normativo di riferimento. «Le riforme ed i cambiamenti profondi della società attribuiscono sempre nuovi compiti alla giurisdizione». Tra questi, emerge la necessità di «assicurare [una] tutela efficace a fasce [tradizionalmente] sottoprotette». In particolare, la risposta a nuovi bisogni di pena non si fa attendere in tema di «infortuni sul lavoro e malattie professionali».

La prima emergenza affrontata dall'attivismo giudiziario è, quindi, registrata in una materia già allora ben presidiata dal codice penale (art. li 437; 451; 589 e 590 c.p.), dalla legislazione complementare (DPR n. 547/1955 e DPR n.164/1956) e dal codice civile (art. 2087 c.c.). Tutele a lungo neglette, però, dalla stessa magistratura, nonostante il rigido dettato dell'art. 112 Cost., rimasta troppo a lungo persuasa che la piaga degli infortuni sul lavoro più che un problema penalistico fosse un prezzo da

²⁶ Le citazioni sono tratte dalla *Lettera del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella all'Anm* del 15.10.2021. Il documento si legge in www.quirinale.it.

²⁷ E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Torino 2018. A questa ampia e lucida ricostruzione si rinvia anche per le citazioni che seguono, salvo che non sia diversamente indicato.

pagare per il beneficio sociale della produzione. «L'impunità di fatto, che era la regola, viene superata con una più rigorosa applicazione della normativa» e grazie ad indagini più efficaci. Un risultato troppo a lungo atteso. Senza dubbio importante, come fondamentale è il diritto individuale così tutelato (art. 32 Cost.).

Viene però da chiedersi, se il miglioramento dell'efficacia dell'azione giudiziaria è stato ottenuto in forza di leggi esistenti, che cosa 'resta' dei compiti nuovi che la cultura cetuale della magistratura ritiene le siano stati affidati dal corpo sociale? Quando 'giustizia è fatta' applicando la legge, per quanto estesa sia la sua interpretazione, ciò che viene registrato nei repertori non è un fatto diverso dall'esecuzione del 'solito e vecchio' mandato istituzionale proprio della giurisdizione (art. 101, comma 1 Cost.).

Se di compito davvero nuovo si vuol parlare occorre, dunque, guardare oltre. In particolare, ai successivi interventi di innovazione/creazione del quadro normativo conseguenti ad interpretazioni ispirate da finalità di tutela di beni collettivi (ambiente, salute collettiva, tutela dei territori e dell'interesse urbanistico, ecc.). Prassi segnate da una «funzione promozionale del diritto penale», a favore di interessi non più solo sottoprotetti ma anche carenti di previo riconoscimento sociale, e dalla contestuale svalutazione delle «garanzie individuali» nel processo e nel diritto sostanziale²⁸. Approdo giustificato, anche in questo caso, in ragione del maggior bene collettivo assicurato da un'effettiva tutela di quei beni.

Osservato dall'esterno, questo «nuovo protagonismo» sociale della categoria realizza una reale mutazione genetica del compito giudiziario. Risulta infatti evidente la sua funzione di supplenza, in attuazione di «un sistema di legalità più alto e più ricco» dell'ordinaria legislazione democratica, rispetto alla stasi di *iter* riformistici prodotta dall'incapacità della politica e dell'amministrazione di tradurre quel sistema di principi «in concrete trasformazioni dello stato di cose esistenti»²⁹. Interesse che «chiama l'intervento del giudice penale, che non può non colpire

²⁸ Svalutazione, osservano altri, che non è mera contingenza. Sul piano culturale è da riportare ad una delle due idee di eguaglianza che solcano le convinzioni corporative. In particolare, a quella che può essere definita «livellatrice», perché «si fonda sulla prassi di assoggettare i primi nella scala sociale alle stesse prassi disinvolute "normalmente" utilizzate nei confronti degli ultimi». N. ROSSI, *Magistratura democratica tra eresia e riforma*, in *Questione giustizia*, n. 1/2012, pp. 171 ss.

comportamenti *contra legem*³⁰. Antigiuridicità inferibile da giudizi di incompatibilità o di negativa interferenza con il finalismo sociale derivabile dalla normatività aperta propria dei principi costituzionali³¹. Dai quali si deriva, concludono gli autori, la necessità di colpire i potenti che perseguono «pratiche antisociali» e di reprimere le «trame di dominio [che] avviluppano l'organizzazione sociale secondo logiche oligarchiche», non diversamente da ogni altro antagonismo verso l'interesse della collettività³². Così, chiosa però Filippo Sgubbi, «il cittadino [finisce] per essere sospettato a priori e trattato come un suddito»: come pedina nella scacchiera di un destino più alto del suo³³.

Il seme gettato dalla cultura della magistratura 'd'assalto' ha presto fruttificato, pur mondato di finalismi sociali tanto marcati quanto evanescenti, nell'esperienza di lotta al terrorismo, per effetto dell'ampia delegata rilasciata alla magistratura dal legislatore. Tempo nel quale, si osserva oggi, nessuno però parlava «di 'governo dei giudici' o di eccessivo protagonismo dei PM». Forse perché, vien da chiosare, i valori così tutelati erano previamente riconosciuti dal corpo sociale e bisognosi 'solo' d'essere immediatamente difesi. In primo luogo, attraverso lo strumento della

²⁹ P. MARTINELLI, V. ROPPO, *Crisi del sistema politico, processo penale e inadempienze della magistratura*, in G. COTURRI, M. RAMAT, *Quali garanzie*, Bari 1983, p. 163.

³⁰ *Ivi*, p. 163. Valutando quanto avvenuto dieci anni dopo si è detto che le «indagini di Mani pulite» sono «la storia del doveroso intervento repressivo penale di fronte ad un vero e proprio sistema di corruzione, ad una devastazione della legalità». E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura* cit., p. 332. Vero. Come è condivisibile il fine generale perseguito. Tuttavia, da un punto di vista più strettamente normativo, occorre chiedersi in forza di quale vincolo si è ritenuto obbligatorio, solo a partire da un dato momento, il perseguimento di quelle gravi condotte (da tempo sotto gli occhi di tutti). Perché la legge penale, in sinergia con l'obbligatorietà dell'azione penale, vietava, con disposizioni espresse, il mercimonio di specifici atti pubblici? Perché principi costituzionali espressi (art.li 3; 54 e 97 Cost., ad esempio) obbligavano alla loro attuazione? Perché l'*ethos* costituzionale rendeva in ogni caso doveroso un impegno resistenziale contro simile patologia? Nella vigenza dell'art. 25, comma 2 Cost. occorre riflettere, detto altrimenti, se si è trattato di un intervento il cui fine ha giustificato i mezzi impiegati o se, invece, la legge penale – il mezzo – ha condizionato il raggiungimento dello scopo di tutela. Solo in questo secondo caso, infatti, può dirsi che non si è trattato di una eresia costituzionale. Un atto di forza macchiavelliana che può evolvere in un vero e proprio stato-di-eccezione. Cass. pen., Sez. III, n. 21367/2020.

³¹ P. MARTINELLI, V. ROPPO, *Crisi del sistema* cit., p. 163.

³² *Ivi*, p. 171.

³³ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna 2019, p. 70.

coercizione penale, che fa del contrasto alla violenza quale mezzo di risoluzione dei conflitti d'ogni tipo il proprio tratto genetico: certamente non sfigurato dall'assegnazione alla legge penale di compiti di lotta alla violenza terroristica.

Come è noto, la missione pro-attiva che la legislazione antiterrorismo ha delegato alla magistratura, quale protettrice della Repubblica, è sopravvissuta all'esaurirsi di quella emergenza. Nell'impegno anti-mafia, prima, e poi nella lotta alla corruzione sistemica, la magistratura ha infatti continuato ad improntare la sua azione a logiche interventistiche che, specie nell'esperienza dell'assedio a Tangentopoli, hanno acquisito familiarità, con l'assenso e il supporto fornitogli dall'autogoverno del corpo, con la strumentalizzazione della coercizione penale per finalità di programmazione del futuro istituzionale e sociale del paese: con la rottura, in altri termini, del vincolo della legalità penale quale limite alla organizzabilità del mondo per via coercitiva, e con l'alterazione degli equilibri costituzionali destinati a presidiare l'effettività di quel limite difendendolo dalla concentrazione dei poteri³⁴.

Normalizzandosi, non da ultimo per l'ulteriore emergenza della crisi del sistema rappresentanza politica, l'interventismo promosso da istanze di legalità sostanziale è assurto al rango di criterio fondante la moderna legittimazione dell'ordine giudiziario, a discapito del principio di soggezione alla sola legge scolpito dagli artefici della Costituzione quale segno del perimetro della responsabilità – non espropriabile – del corpo giudiziario. Il tutto, nonostante le severe critiche che molti, anche dall'interno della magistratura, hanno pur mosso ad una simile alterazione degli equilibri costituzionali: stigmatizzando, in particolare, l'acquisita disponibilità della prassi, forte di questo suo nuovo spettro operativo, ad assecondare «l'eccesso di aspettativa sociale», presto consolidatasi in termini «di delega totale»³⁵, nei confronti della funzione salvifica della sua azione penale. Il cui approdo ultimo è rappresentato dalla rivendicazione della competenza ad esercitare una vigilanza coercitiva *omnibus* sulla

³⁴ L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino 2009, pp. 106 s. Qui anche una dettagliata analisi dell'azione di supporto da parte del CSM.

³⁵ E. BRUTI LIBERATI, *Tangenti e ruolo della magistratura*, in *Democrazia e diritto*, n. 3/1992, pp. 221 s.; Id., *Magistratura cit.*, p. 330.

dinamica dell'ordine sociale³⁶. Missione difesa dal richiamo alla legittimazione – asseritamente – a ciò fornita dall'*ethos* costituzionale; ma anche in forza della convinzione di certi suoi protagonisti, miopi di fronte al fatto di concorrere così a quella insicurezza dei diritti che alimenta la sfiducia dei cittadini, d'essere gli esclusivi interpreti, nella *corruptissima re publica*, tanto della «buona politica», quanto delle necessità «di guida morale della vita collettiva»³⁷.

Fino ad oggi, si è nel complesso conservato intatto, per dirla altrimenti, il fascino dell'antica formula *da mihi factum, dabo tibi ius*. Massima che – da apparentemente inerte brocardo, mentre in realtà si tratta della descrizione di un potere giudiziario che esercita la sovranità propria del potere politico³⁸ – è divenuto «programma informale», «routine» di settore, «sapere aziendale», «*habitus*» corporativo, «*settings*» dell'organizzazione del lavoro: fonte, in estrema sintesi, di «comportament[i] pragmatici di un [auto-ordinato] approccio professionale alle leggi»³⁹.

Se così è, non sorprende che continuino ad essere affidate alla coercizione penale e, soprattutto, all'apparato del monopolista della sua azione, mai dome pretese di giustizia sostanziale e di sempre nuovi avanzamenti nella qualità di questa; nonostante il *caveat* pronunciato da chi, anche dall'interno dell'ordine giudiziario, invita a non dimenticare che «il processo penale non può assumere altri compiti che non siano quelli dell'accertamento delle responsabilità dei soggetti imputati, anche quando insufficienze e ritardi della politica possono sollecitare a colmarne i vuoti di intervento»⁴⁰.

³⁶ Cfr. M.R. FERRARESE, *Può la magistratura* cit., p. 467, che in proposito evidenzia la degradazione della funzione giurisdizionale in attività di *intelligence*.

³⁷ G. FIANDACA, *Prima lezione* cit., p. 135.

³⁸ L. VIOLANTE, *Casellario dei veleni che hanno intossicato la giustizia*, in *Il Foglio*, 13.11.2021.

³⁹ W. HASSEMER, *Metodologia e pragmatica giudiziaria*, in *Criminalia*, 2007, pp. 73 ss. Si tratta di realtà espressive di un «ordine che richiede» e produce «osservanza professionale da parte di colui che agisce» nell'ambito della loro vigenza. Una fonte di vincoli *praeter legem* la cui osservanza è presidiata anche da «sensibili sanzioni nel caso di inosservanza». *Ivi*, p. 97.

⁴⁰ Trib. Venezia, 02.11.2001, in *Foro it.*, II, 2003, pp. 151 ss. «Lo stesso atto [autorizzativo], peraltro, non può essere contestato nel merito delle scelte compiute dalle

2.2 Sintesi

La narrazione dei radicali cambiamenti intervenuti negli equilibri del sistema penale, nella misura in cui rivendica la modernità della «ridislocazione della decisione in sedi politicamente irresponsabili quali sono [tutte] le Corti»⁴¹, non ha solo scopi descrittivi dell'esistente. Enfatizzando la necessità storica di una transizione anti-positivistica dei compiti della giurisdizione, di fronte alla complessità contemporanea, i fautori di questa sostanziale e assolutistica svolta intendono rifornire di una legittimazione tanto informale, quanto irresistibile, la marginalizzazione del diritto positivo mediato politicamente⁴². Non fanno mistero, cioè, di intendere il protagonismo del diritto penale vivente come espressione dell'effettiva doverosità di nuovi itinerari conformativi dello spazio sociale, che al di là della pur possibile variabilità di merito sono accomunati dal consenso prestatò alla dispersione della sicurezza del *nullum crimen sine*

amministrazioni competenti, che non possono essere sostituite da altre nella valutazione discrezionale delle misure idonee a tutelare l'ambiente ed a prevenire futuri inquinamenti, quando l'esercizio di tale discrezionalità non trasmodi in un vizio denunciabile nelle sedi giurisdizionali competenti». Ferme queste condizioni, il «punto di equilibrio» raggiunto da singolo provvedimento può non essere «il migliore in assoluto – essendo ben possibile nutrire altre opinioni sui mezzi più efficaci per conseguire i risultati voluti – ma deve presumersi ragionevole, avuto riguardo alle garanzie predisposte dall'ordinamento quanto all'intervento di organi tecnici e del personale competente; all'individuazione delle migliori tecnologie disponibili; alla partecipazione di enti e soggetti diversi nel procedimento preparatorio e alla pubblicità dell'iter formativo, che mette cittadini e comunità nelle condizioni di far valere, con mezzi comunicativi, politici ed anche giudiziari, nelle ipotesi di illegittimità, i loro punti di vista. È appena il caso di aggiungere che non rientra nelle attribuzioni del giudice una sorta di “riesame del riesame” circa il merito», del provvedimento amministrativo «sul presupposto [...] che le prescrizioni dettate dall'autorità competente siano insufficienti e sicuramente inefficaci nel futuro. In altre parole, le opinioni del giudice, anche se fondate su particolari interpretazioni dei dati tecnici a sua disposizione, non possono sostituirsi alle valutazioni dell'amministrazione sulla tutela dell'ambiente, rispetto alla futura attività di un'azienda, attribuendo in partenza una qualificazione negativa alle condizioni poste per l'esercizio dell'attività stessa, e neppure ancora verificate nella loro concreta efficacia».

⁴¹ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2016, pp. 1643 ss.; §6.

⁴² G. INSOLERA, *Gli ultimi trent'anni: spigolature dagli scritti di Massimo Nobile*, in AA.VV., *Legge e potere nel processo penale*, Milano 2017, p. 7.

lege nelle foschie di principi di giustizia tutelati da un più alto – e miglior – diritto.

Un grumo di politicITÀ, a ben vedere, che in ragione della sua fragile giustificazione, come può ben dirsi nella più benevola lettura, non si sottrarre alla critica d'essere fattore di generale insicurezza. A farne le spese non sono infatti solo i diritti individuali ma anche il beneficio sociale «dell'operosità ingegnosa»⁴³. Ben si comprende, pertanto, perché anche una riforma ispirata da obiettivi di maggior efficienza del sistema economico abbia dovuto fare i conti con l'insicuro, quanto pervasivo, funzionamento del sistema penale. Un fatto attestato, tra l'altro, dalla grave sfiducia che i cittadini manifestano nei confronti dell'operato dell'ordine giudiziario⁴⁴: sinonimo di un giudizio di assenza di quella razionale obbiettività del diritto, anche penale, necessaria al buon funzionamento dei mercati, ed essenziale al dinamismo del sistema economico.

Infine, va osservato che la pluralità delle esperienze riconducibili al tema del «nuovo attivismo della magistratura penale» è argomento di per sé sufficiente a mettere in dubbio l'unicità del disegno trasformativo. Al di là dell'ovvia considerazione personalistica 'che c'è magistrato e magistrato', è infatti nel monopolio dell'azione penale che più sembra radicarsi la preferenza per la «funzione promozionale del diritto»⁴⁵. I numeri degli esiti assolutori sono lì a dimostrarlo⁴⁶. È dunque plausibile che anche i dati in precedenza riferiti debbano essere interpretati alla luce di tale a-simmetria.

⁴³ T. HOBBS, *Leviatano*, Roma-Bari, 2008, p. 102.

⁴⁴ Parlando ai magistrati in tirocinio il Presidente della Repubblica ha ricordato «che i provvedimenti [...] della magistratura incidono, oltre che sulle persone, [anche] sulla realtà sociale». È compito del magistrato «scegliere, in base alla propria capacità professionale, fra le varie opzioni consentite, quella che, con ragionevolezza, nella corretta applicazione della norma, comporti minori sacrifici per i valori, i diritti e gli interessi coinvolti». Ne dà conto E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura cit.*, p. 332.

⁴⁵ Tuttavia, sussistono differenze. La Procura, pur non dovendo farsi carico di compatibilità tra l'azione penale ed interessi ulteriori, «può e deve operare con scelte organizzative e di strategia di indagine che assicurino la massima celerità, mettendo le altre articolazioni delle istituzioni in condizione di adottare tempestivamente i provvedimenti di loro competenza». E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura cit.*, p. 332.

⁴⁶ L. FERRARELLA, *Giustizia: in quattro processi su dieci assoluzione in primo grado*, in *Corriere della Sera*, 28.01.2021.

3. Il circolo vizioso tra insufficiente professionalità, aumento dei processi, scadimento (ulteriore) della qualità della giurisdizione

Altri numeri aiutano ad ampliare l'analisi delle cause del disagio sociale verso la magistratura e ad illustrare ulteriori direzioni per interventi rimediali, da programmare secondo parole d'ordine diverse dall'efficienza.

Proiettando su scala nazionale dati riferiti ad un importante distretto giudiziario, si è stimato che almeno 300.000 mila persone sono oggetto, ogni anno, di indagini giudiziarie. Di queste, circa 150.000 sono destinate ad essere assolte in primo grado; molte altre in Appello e, poi, in sede di legittimità⁴⁷. Poco meno, sia detto per intendersi, della popolazione del Comune di Urbino moltiplicata per undici (e si scusi il campanilismo del riferimento). A completare il quadro concorre il fatto che altri indagati sono dichiarati non punibili già prima dell'esercizio dell'azione penale, per effetto dell'inutile decorso del tempo.

Circa 2/3 di chi ha iniziato il proprio 'viaggio' nel sistema giudiziario è dunque destinato a finirlo da innocente. Cifra *monstre*, come lo è quella

⁴⁷ A. BARBANO, *La condanna degli innocenti*, in *Il Foglio*, 03.02.2019. Sempre che esista la categoria degli innocenti! L. CAPONE, *Anche gli innocenti sono colpevoli*, in *Il Foglio*, 02.02.2017. Formula affatto paradossale. Basta sommare, in proposito, la propensione a dimenticare che il valore della presunzione di non colpevolezza gode di una specifica protezione costituzionale (art. 27, comma 2 Cost.) e una certa tendenza a considerare la magistratura come «unica istituzione sana del paese». Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura* cit., p. 333. Qualità che non rende i suoi membri solo (immaginficamente) immuni (dall'umano) errore. Se, infatti, la sanità è dedotta dal diretto rapporto con la Costituzione che l'ordine giudiziario, attraverso le sue culture, tenacemente rivendica a proprio favore contro tutti gli altri poteri, allora ogni operatività coercitiva dei singoli appartenenti a quell'ordinamento risulta, in quanto esercizio d'*officium* costituzionale, di per sè giustificata in forza di quel solo nesso. Kelsen, *docet*: ma non troppo. G. AGAMBEN, *Opus dei*, Torino 2011, pp. 67 s.; pp. 141 s. A ben vedere, infatti, si compie un passo (molto) oltre 'la piramide', ritenendo che alla pienezza del compito di costituzionalizzare il sistema penale è però necessaria l'immediatezza della sua esecuzione. Carattere che indica la necessità di tenere immune la decisione togata da ogni vincolo derivante dall'esercizio di poteri pubblici o da istanze della società civile. Diversamente, si finirebbe infatti per subordinare l'attuazione dell'*ethos* costituzionale ad istituzioni che, secondo certe premesse del discorso, sono da considerarsi portatrici, per restare alla metafora iniziale, della genetica patologia che le deforma sotto il peso di valori contrari alla norma fondamentale. M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme alla Costituzione*, *Enc. dir. Annali*, vol. IX, Milano 2016, pp. 391 ss.

delle persone - almeno, otto – che ogni ora sono private della libertà personale senza aver fatto niente⁴⁸. Numero sul quale pesa il sospetto di una diffusa tendenza all'insufficienza istruttoria delle *notitiae criminis*, che si aggiunge alla lunghezza dei tempi comunque necessari ad una pronuncia liberatoria. Un profilo di lesività della 'malagiustizia' autonomo rispetto alla limitazione delle libertà e diverso anche dalla compressione della dignità sociale, addirittura polverizzabile in conseguenza dell'attivazione a 'gamba tesa' del circo mediatico. Un danno quantificabile in un 'onere' personale e sociale di quattro anni. A tanto ammonta, così si dice, il tempo per la conclusione del solo processo innanzi al giudice di primo grado.

Questa rappresentazione ha provocato una significativa risposta dialettica da parte della Procura Generale, che non ha tuttavia potuto smentire *in toto* il realismo della denuncia. L'eccesso dell'azione penale 'in concreto' può dunque essere tenuta per fatto non contestato (al di là degli specifici numeri e della bontà metodologica della loro raccolta ed elaborazione).

Un esito, si legge in quella nota, da ricondurre a due fattori, in particolare: i) al difetto dei modelli organizzativi – ultimo rimedio 'fai-date' all'incompatibilità tra la rigidità dell'obbligo dell'art. 112 Cost. e risorse strumentali necessariamente scarse⁴⁹ – la cui revisione in senso efficientistico consente prognosi meno cupe sullo scarto tra domande di condanna e il rigetto delle stesse; ii) alla fisiologica distinzione dei criteri che improntano le decisioni sull'esercizio dell'azione penale rispetto a quelli propri del vaglio pienamente giurisdizionale sulle azioni penali esercitate.

Diversità da ascrivere, come è scritto ancora, alle specificità funzionali delle diverse figure, del giudice e del pubblico ministero, e, più in generale, al fondamentale principio del libero convincimento in merito alla *quaestio facti*. Canone del quale si fornisce però una rappresentazione poco

⁴⁸ Il calcolo, per difetto, è fatto a partire dalle 27.000 richieste – accolte tra il 2012 e il 2018 – di riparazione per ingiusta detenzione. Diviso per l'unità di tempo trascorsa, il dato dice che più di mille persone all'anno sono finite da innocenti in carcere. «Uno ogni otto ore», appunto. M. FELTRI, *Ogni otto ore*, in *La Stampa*, 10.12.2019.

⁴⁹ Su questo nodo, in generale, cfr. G. DI CHIARA, *Il pubblico ministero e l'esercizio dell'azione penale*, G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli 2003, pp. 235 ss.; spec. §4.

distinguibile dalla ben diversa *intime conviction* quale fondamento della decisione⁵⁰. Non troppo dissimile, in ultima analisi, da quel pregiudizio che, liberato dalla svolta ermeneutica che infrange il vincolo della «legalità [anche] linguistica» del testo⁵¹, già sovrintende, quasi indiscusso, alla soluzione della *quaestio iuris*: che piegata così soggettivamente si apre alla possibilità di declinazioni opportunistiche, e non meramente discrezionali, della penalità. Con risultati poco controllabili in termini di legittimità ed indirizzati, soprattutto, in direzione di una sempre più effettiva tutela degli scopi ritenuti rilevanti dall'interprete, al cui servizio, sotto il presupposto legittimante della «idea dello scopo», stanno in egual modo, anche se in diversissima misura, l'iper-criminalizzazione e la non punibilità.

Limitando il discorso al primo corno del sopra descritto dilemma, va detto che alla sua effettività concorrono anche criteri identitari, come la piena - ed utile⁵² - appartenenza ad un ordine fedele più alle dinamiche necessità di tutela dei beni giuridici che alle rigidità del *nullum crimen sine lege*⁵³. Vincoli che si inscrivono a pieno titolo al mondo della *Vorverstadnis*, restando però estranei al dinamismo della «piena storicità» propria, a ben vedere, anche del sistema della legalità, poiché le parole della legge racchiudono un sapere sociale dinamico, che impronta evolutivamente la tipicità, senza però violare il principio dell'«auto-sufficienza del testo»⁵⁴. Pietra angolare della legalità penalistica e, perciò, oggetto della critica dei

⁵⁰ Considera come una questione di potere le resistenze verso limitazioni normative (art.li 177 e 191 c.p.p.) o razionali (art. 530, comma 2 c.p.p.) degli spazi per l'attività probatoria, E. AMODIO, *Verso una storia della giustizia penale in età moderna e contemporanea*, in D. NEGRI, M. PIFFERI (a cura di), *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, Milano 2011, p. 343.

⁵¹ N. IRTI, *Su un detto di Martin Lutero. Scriptura sui ipsus interpres*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, pp. 1147 ss.

⁵² È fatto noto che carriere dei singoli e, soprattutto, le nomine ad uffici direttivi rispondono a logiche di corrente. Scartate interpretazioni secondo pregiudizi 'politici', che trasformerebbero il pluralismo in una incostituzionale lotta di potere, se la partecipazione alla vita delle correnti può essere definita come condivisione di un'ideologia della 'soggezione' del giudice alla legge, allora la fedeltà all'ideologia di appartenenza è segno distintivo di chi dà prova di esercitarla e di coagulazione del consenso necessario a sostenere le richieste personali di avanzamento.

⁵³ A. M. STILE, *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli 1991, *Conclusioni*.

⁵⁴ N. IRTI, *Su un detto di Martin Lutero cit.*, p. 1146

fattori della «*common law-nization*» del sistema penale⁵⁵, i cui insegnamenti deformalizzanti trovano ampio spazio anche nel versante processuale, dove, in luogo della *littera legis*, proliferano strumenti di *soft law* volti a disciplinare i criteri di priorità dell'azione penale, oltre all'iscrizione delle notizie di reato, le intercettazioni telefoniche, ecc. Deformalizzazioni espressive, come si è criticamente detto, di una normatività elastica, quale quella dettata da criteri di «buonsenso» e di necessaria accortezza, per di più sempre 'provvisoria', data la necessità di bilanciare l'uno e l'altra con il superiore interesse, di taglio 'burocratico', della «sostenibilità organizzativa»⁵⁶.

Da qui l'invito a non considerare un errore l'esercizio dell'azione penale che non trovi soddisfazione giudiziale⁵⁷, e a non trascurare che

⁵⁵ V. MANES, «Common law-isation del diritto penale». *Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, pp. 955 ss. Il tema è da tempo centrale nelle pagine dei fautori dell'espansione del giudiziario, che nella convergenza del sistema nazionale verso la tradizione di *common law* ravvisano un ulteriore motivo di critica alla legolatria del tradizionale impianto della legalità penale e, al contempo, un argomento a favore dell'egemonia del giudiziario (che tuttavia si invoca al netto delle specificità democratiche che caratterizzano l'ordinamento del giudice anglosassone, la cui importazione viene anzi denunciata come foriera di perniciosi effetti sulla tutela dei diritti).

⁵⁶ D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale*, in AA.VV., *Legge e potere nel processo penale*, Padova 2017, pp. 43 ss.; spec. pp. 76 ss.

⁵⁷ Forse è per questo professato relativismo che al CSM «mai una parola» sulle «scelte interpretative e applicative dell'azione penale, sostanziale e processuale, di cui ha fatto uso un candidato ad un incarico di rilievo». A. LANZI, *Attuali criticità della magistratura e del CSM*, in www.dirittodidifesa.it, 25.02.2021. Nonostante, si aggiunge, si tratti di questione che, come riferisce la cronaca, resta capace di 'spaccare' gli Uffici, con intuibili riflessi sulla loro funzionalità e che, come è altresì doveroso osservare, sono sintomatici di atteggiamenti di indubbio rilievo per la tenuta di fondamentali principi costituzionali (art. 101 Cost.). Scenario che C. BONINI, *Il Termidoro ambrosiano*, in *La Repubblica*, 29.07.2021 riconduce al contrasto tra tre opzioni. Alla «alternativa del diavolo tra un ritorno nei ranghi di un controllo di legalità a bassa intensità che, per dirla con Luciano Violante, la vede accucciata sotto il trono e il "Resistere, resistere, resistere" come manifesto di un "contro-potere" che si candida ad avanguardia di un capovolgimento o comunque di una modifica degli equilibri di sistema», si aggiunge, infatti, chi «immagina e costruisce una Procura che vigila sui poteri, ne indaga le devianze, ma non li indirizza. Facendosi carico, se necessario, delle compatibilità. Che squarcia il velo dell'ipocrisia dell'effettiva obbligatorietà dell'azione penale (che nessun ufficio giudiziario è in grado di assicurare con i criteri dell'automaticità) dichiarandone al contrario l'agenda e le priorità. E che ne misura l'efficacia dal risultato che è in grado di portare a casa».

l'emergenza di una patologica differenza tra azioni penali promosse e condanne ottenute trova causa anche nelle eccessive concessioni che Collegi e giudici unici rilasciano a favore di principi di garanzia sostanziale – la nota in commento fa l'esempio dell'offensività – e a canoni rigoristici nell'accertamento processuale⁵⁸.

3.1 Oltre le occasioni. Una lettura sistematica

Del retroterra di queste conclusioni, che solo riduttivamente sono da intendersi come giudizi personali, è ora necessario occuparsi. Il non detto è infatti l'assenso, trasversale, prestato all'idea che l'art. 25, comma 2 Cost. fissa il «principio che rende doverosa la punizione delle condotte» che si ritiene chiamino in causa la potestà punitiva, mentre il dettato dell'art. 101, comma 2 Cost. assicura la funzionalità dell'azione penale quale cinghia di trasmissione di quel valore nella realtà⁵⁹. Una rivoluzione, vien da osservare, realizzata a legislazione invariata, senza che ciò possa però troppo sorprendere: «lo sviluppo del c.d. diritto penale giurisprudenziale *contra legem* ha» infatti «cause culturali esterne» al sistema penale⁶⁰.

Osservazione di duplice pregio.

⁵⁸ L'empirico dissidio, che così è lasciato emergere, all'interno di un ordine normativamente unitario (art. 102, comma 2 Cost.), è però un frammento di un quadro sistematico dove abbondano le preferenze accordate dal diritto vivente «a meccanismi di cooperazione virtuosa, eticamente approvabile – si direbbe – tra pubblico ministero e giudice allo scopo di stabilizzare», ad esempio, «l'accusa in udienza preliminare» o di supplire, anche in sede di giudizio ex art. 438 c.p.p., ad indagini lacunose o mal indirizzate da imputazioni stentate. D. NEGRI, *Splendori* cit., p. 82.

⁵⁹ M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova 1998, pp. 99 s. La lontananza di questa cultura dal quadro costituzionale è chiaramente espressa, *ex multis*, da Corte. cost. n. 98/2021. La difficoltà di contrastare il radicamento della prima è bene evidente considerando che la neutralizzazione principio 'ermeneutico' di non dispersione della prova (Corte cost. n. 24/1992; Corte cost. n. 254/1992 e Corte Cost. n. 255/1992), che di quella cultura è cristallina espressione, ha richiesto addirittura una modifica costituzionale (art. 111 Cost.), pur essendo agevolmente dimostrabile la sua infondatezza già alla luce del quadro normativo previgente.

⁶⁰ F. GIUNTA, *Legalità penale e poteri nel processo*, in AA.VV., *Legge e potere* cit., pp. 21 ss.; spec. p. 29. Per un opportuno invito ad allargare la difesa del garantismo in una riflessione più complessivamente sociale, si veda G. LOSAPPIO, *La riforma della prescrizione nel tempo della passione (triste) per la punizione*, in www.sistemapenale.it, 23.12.2019.

In primo luogo, perché illustra la dimensione istituzionale in cui è necessario collocare la difesa della legalità penale contro gli eccessi di valori *lato sensu* solidaristici che portano ad appiattare «l'antagonismo di interessi tra individuo e autorità»⁶¹. Accelerazioni che, di conseguenza, disarticolano le necessità di tutela del primo nei confronti della seconda, disarmando anche l'invito alla vigilanza sul pericolo di una simile deriva illiberale. Non da ultimo, invocando a sostegno di questo cuneo piantato nel cuore del nucleo garantistico dell'esperienza penalistica argomenti *lato sensu* paternalistici, ai quali si fornisce copertura invocando quella direttrice di attiva partecipazione dei pubblici poteri ai destini della cittadinanza cristallizzata dal dettato dell'art. 3, comma 2 Cost.⁶². Motivi compendati nell'osservazione dello «spirito partigiano» – incarnato nell'impegno a «cambiare la giurisprudenza» e ad «ergersi a paladini di una libertà o di un diritto» nella più totale irresponsabilità politica e sociale – qualificante oggi l'auto-rappresentazione 'media' della magistratura. Si tratta infatti di un motivo identitario che da patrimonio di avanguardie è divenuto segno di comune appartenenza ad un potere che, investendosi della sovrastante missione di redimere la democrazia e la società, «ignora la realtà sociale», come «disprezza i condizionamenti economici», sottomettendo a quel fine anche la «sicurezza giuridica», che pur è la «virtù cardinale di ogni sistema di diritto»⁶³. Mattoni di un fortilizio difeso dalla realtà dell'autogoverno corporativo, la cui azione in tale senso non è adeguatamente contrastata da un'inerte ordinamento legale del potere giudiziario, tale perché insufficientemente strutturato a garanzia delle ragioni dello stato-di-diritto.

Un dato che la segmentazione disciplinare ha contribuito ad offuscare, per due specifiche ragioni, tra le altre.

Perché, in prima istanza, ha spinto l'ordinamento giudiziario in una 'terra-quasi-di-nessuno': estranea tanto all'interesse pubblico⁶⁴, quanto all'impegno accademico non settoriale; a sua volta caratterizzato dal rischio

⁶¹ D. NEGRI, *Splendori* cit., p. 47.

⁶² All'interno di questo disegno si ritiene «affidato alla magistratura il ruolo strategico di vigilare sulla lealtà costituzionale delle contingenti maggioranze politiche di governo» e di ogni altro potere. R. SCARPINATO, *Compito delle toghe è vigilare sui politici, noi fedeli alla Carta più che alla legge*, in *La Repubblica*, 16.05.2016. W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna 2012, p. 149.

⁶³ A. GARAPON, *I custodi dei diritti*, Milano 1997, pp. 57 s.

di ridurre l'oggetto della propria indagine all'analisi formale di una «somma di regole tecniche»⁶⁵, che esauriscono l'impegno in approfondimenti incapaci di cogliere la specificità rappresentata da una normatività che vive dell'interazione tra plurime norme statuali, discipline sub-legali ma ancora formalizzate, e la sostanza propria dell'universo delle norme sociali e corporative⁶⁶. Con il risultato di fornire un'immagine del tutto sfuocata del problema del massimalismo penalistico, al quale l'ordinamento giudiziario partecipa in quanto 'collante' delle regole sulla legalità proprie del diritto sostanziale e processuale⁶⁷, e perciò destinata a sviare il discorso riformistico ispirato dalla necessità di una riappropriazione, ad ogni livello, della cultura del limite dell'intervento penale, per il cui successo occorre, in primo luogo, realismo⁶⁸.

In secondo luogo, ma non per importanza, l'invito a considerare lo sfondo di empiria sociale sul quale poggia la legalità penale, rileva perché ben esplicita il fatto che il sospetto della pubblica opinione verso la

⁶⁴ «L'ordinamento giudiziario non è una legge qualunque». Disciplina, infatti, uno dei poteri dello Stato. Pertanto, più che «questione dei magistrati» è «questione dei cittadini». E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura* cit., pp. 320 s.

⁶⁵ W. NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, Neuwied 2002, p. 126.

⁶⁶ D. PIANA, *Idee semplici per un ordinamento che guarda avanti*, in www.open-luiss.it, 12.06.2021. Le norme sociali sono individualmente contestabili. La devianza delle prime – ad esempio, rispetto al canone della soggezione giudiziale alla legge – può essere contrastata già solo 'incentivando' la spontanea defezione individuale. Decisive, in tale senso, molto di più del richiamo all'urgenza di rivoluzioni nel foro interno, sono le scelte del sistema legale e della regolazione – per quanto non esaustiva, anch'essa – da parte di un autogoverno 'riformato', in tema, ad esempio, di valutazioni di professionalità e di nomina ad incarichi direttivi. In generale, C. SUNSTEIN, *Come avviene il cambiamento*, Torino 2021. V. anche W. HASSEMER, *Perché punire è necessario* cit., pp. 37 ss.; spec. pp. 43 s.

⁶⁷ W. NAUCKE, *Strafrecht* cit., p. 126.

⁶⁸ E. MAIELLO, *Il 'potere' e i 'diritti' nei chiaroscuri della Magna Charta dei giudici*, in *Criminalia*, 2010, pp. 559 ss.; spec. pp. 562 s. Qui, a p. 566, anche l'osservazione che ritiene familiare a tutti « quanti hanno dimestichezza con i vissuti giudiziari » il fatto che « l'unicità dell'ordine giudiziario favorisca prassi che traghettano il processo penale verso approdi autoritari ». Fenomeno, osserva ancora l'autore, che trova le proprie radici in una cultura 'isolazionista' della magistratura che, a sua volta, oltre a specchiarsi nello spicciolo sostanzialismo penale di una certa *vox populi*, trova campo fertile nelle istituzioni del suo autogoverno. Spinte che quando non sperimentano l'esplicito assenso della legge sull'ordinamento giudiziario, destrutturano dall'interno la tenuta di previsioni dettate in senso contrario.

magistratura non è solo dovuto alla percezione di una scarsa professionalità, intendendo questa come la condizione necessaria per un puntuale adempimento dei doveri d'ufficio. La causa di quell'atteggiamento va fatta soprattutto risalire alla convinzione che l'ordine giudiziario amministra «in nome del popolo» una giustizia penale che quel popolo non comprende. Come può dirsi se non ci si lascia confondere dal «martirio auricolare» degli osanna ad un diritto penale massimo e totale innalzati, con fuoco mediatico, dai gruppuscoli della società dell'odio⁶⁹.

4. Produttività individuale del magistrato penale ed efficienza sociale del sistema penale

La ripresa di buoni livelli di fiducia nella giustizia penale, necessari anche alla formazione del capitale umano indispensabile per superare la stagnazione della produttività e, quindi, per innescare e sostenere lo sviluppo nazionale, deve fare i conti con l'incertezza delle cause o, per meglio dire, con la complessità, sopra schematizzata, dei fattori che presiedono all'attuale sospetto gravante sulle istituzioni giudiziarie. Non solo. Altrettanto necessaria, e non meno complessa, è l'identificazione dello specifico fine al quale ambisce la riforma. Diversamente, il recupero di efficienza del sistema penale, verso il quale muove il Piano nazionale di ripresa e resilienza e, al suo seguito, i già avviati lavori di 'traduzione' operativa dei programmi riformistici tratteggiati dal Piano, è una parola vuota: idonea, in ragione di questa sua lacunosità semantica, a legittimare le più diverse soluzioni⁷⁰.

⁶⁹ Per la citazione, S. SATTA, *De profundis*, Milano 1980, p. 46.

⁷⁰ L'efficienza può infatti essere l'algido criterio di legittimazione di un «mostruoso Leviatano» – T. PADOVANI, *Introduzione*, F. SGUBBI, *Il diritto penale totale* cit., p. 21 – oppure un criterio al quale richiamarsi per mitigare il diritto penale illimitato al quale ambisce il populismo penale. V. MANES, *Il diritto penale no-limits*, in *Questione giustizia*, n. 1/2019, pp. 86 ss. Più in generale, cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli 1995. Autore che condanna, con dovizia di particolari, la falsità della dicotomia tra efficienza (sociale) e garanzie (individuali). Alessandro Bondi fornisce invece un resoconto analitico della complessità di quel rapporto in *La ricchezza delle sanzioni*, A. BONDI, G. MARRA, P. POLIDORI (a cura di), *Il prezzo del reato*, Torino 2010, pp. 103 ss. Da leggere e meditare sono gli spunti che si ricavano da P. POLIDORI, *Sensibilità economica e sensibilità giuridica, ivi*, pp. 75 ss. Per una discussione 'situata' – sviluppata nella sfera 'caldissima' della

Non tutte però adeguate, come può dirsi fin da ora, a candidarsi al ruolo di mezzi utili per scopi di ripresa e resilienza.

Alla pluralità di nodi che la riforma è chiamata a sciogliere, se ne deve aggiungere almeno un altro: suggerito dall'osservazione del paradosso emergente dalla lettura complessiva delle risultanze che collocano l'Italia tra i fanalini di coda per rispetto della ragionevole durata dei tempi processuali e dei dati, certificati a livello europeo, che attestano invece la buona laboriosità complessiva della magistratura. Un dato sorprendente, a fronte della denuncia di sistematica violazione del principio della tutela effettiva dei diritti, ed ancora più apprezzabile considerando la precaria situazione in cui versano le strutture del sistema-giustizia e l'ormai storico sotto-investimento che si registra in questo nevralgico settore.

Un *trend* che il Piano intende opportunamente invertire, con interventi mirati ed abbondanti, che di per sé, quando messi a norma, sapranno garantire un sicuro incremento dell'efficienza quantitativa del sistema. Senza però meccanicamente migliorare la qualità del suo funzionamento, in assenza della quale può essere messo seriamente in dubbio il contributo allo «sviluppo economico» e al «corretto funzionamento del mercato» che anche il sistema penale è chiamato a dare⁷¹. Altro sembra infatti a tal fine necessario, oltre a quanto in precedenza già osservato, come suggerisce anche una riflessione sul paradosso segnalato: che è ben possibile interpretare come segno dell'irriducibilità del problema ad uno dei suoi fattori. Nel senso, che non è solo responsabilità dell'ordine giudiziario se i tempi si allungano e la qualità degli esiti è insoddisfacente. Nell'uno e nell'altro caso il 'peso' è almeno condiviso con il legislatore⁷². Protagonista primo del naufragio punitivo del diritto penale e della sua delegittimazione, mentre le cose sembrano stare in modo un po' diverso nella sfera processuale.

L'immagine di scelte di criminalizzazione formalizzate, se così può dirsi, come prodotti normativi 'semilavorati', in attesa di completamenti semantici e di arricchimenti teleologici da parte della prassi, rende molto bene l'idea, sotto il presupposto dettato dall'art. 101 Cost., del perché la

prevenzione e della repressione della circolazione del denaro di provenienza illecita – si legga A. CASTALDO, M. NADDEO, *Denaro sporco*, Padova 2010.

⁷¹ PNRR, p. 52.

⁷² E. MAIELLO, *Il "potere" e i "diritti"* cit., p. 567.

produttività individuale non può essere ritenuta sinonimo di efficienza sociale del sistema penale. Il magistrato che massimizza la funzione di tutela prefigurata in quei brandelli di legalità personifica infatti al meglio la produttività individuale attesa dal legislatore. Al contempo, però, massimizza anche la presenza della coercizione nell'organizzazione sociale; che è quanto suscita, assieme alla difficile compatibilità di questi interventi con fondamentali diritti della persona accusata, la reazione della cittadinanza e, di conseguenza, la mancata ricostituzione, dell'oggi più che mai necessario, capitale sociale⁷³.

Ma questa presa grandangolare da parte di un'azione penale innescata da simili fattispecie prive di tipicità, non si sottrae ai più seri dubbi solo perché il suo agire è almeno 'coperto' dal generico mandato conferitogli dalla *lex parlamentaria*, in perfetto ossequio anche alla volontà di 'questo o quel' legislatore storico⁷⁴. Né può dirsi criticabile solo quella parte di eccesso punitivo che, pur possibile conseguenza di fattispecie così deframmentate, non è 'contenuta' in sede interpretativa, per effetto del doveroso vaglio imposto, ad esempio, dal principio costituzionale di offensività: con incoerenza somma da parte di chi, pur vantandosi d'essere «pura espressione della società»⁷⁵, finisce per farsi strumento di negazione di quella sua parte che «vive di una indipendente qualificazione sociale di comportamenti, fatta di società civile, di diritto privato, di autonome fonti normative»⁷⁶.

Due, in particolare, i motivi di critica da evidenziare. Entrambi emergenti già ad un primo sguardo.

Il dato della legittimazione formale non copre infatti la realtà, che prende forma per scelta dell'ordinamento giudiziario e consenso della pur 'esecrata' politica, descrivibile come assenza di una effettiva alterità tra il

⁷³ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale* cit., pp. 25 ss.

⁷⁴ L. TROYER, *I nuovi reati ambientali "abusivi": quando la rinuncia alla legalità penale diviene un illusorio instrumentum regni*, in *Criminalia*, 2015, p. 329. G. FLORA, *Il "Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo": contro il sovvertimento dei principi fondativi del sistema costituzionale democratico parlamentare*, in www.discrimen.it, 20.05.2019, spec. p. 3.

⁷⁵ S. ARDITA, P. DAVIGO, *Giustizialisti*, Roma 2017, p. 199. Si annoti che, per gli autori, si tratta della ragione fondamentale che deve indurre ad «aver fiducia nei magistrati».

⁷⁶ M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena 2014, pp. 58 s.

controllo, nelle stanze ministeriali, sul farsi della legislazione e la sua applicazione nelle aule di giustizia. Un *continuum* 'governativo' che fa pensare!

D'altra parte, va anche detto che si tratta di scelte politico-criminali solo in parte imputabili all'insipienza del moderno legislatore, ispirato dall'idea che solo «le leggi risolvono la violazione di leggi»⁷⁷. «Sillogismo classico del normativismo integrale», in forza del quale si cementa la convinzione che ogni problema sarà risolto applicando all'estremo la legislazione esistente e introducendone di sempre nuove⁷⁸. Un pensiero che, per quanto qui interessa, è fonte inesausta di iniziative penali destinate a gravare la funzione giudiziaria con *input* procedurali sempre maggiori della sua complessiva capacità di smaltimento degli affari già correnti, al netto degli investimenti in personale e strutture, e che sono altresì motivo di perenne tentazione a de-formalizzare, quando non a rimuovere di fatto, le regole dell'accertamento processuale.

4.1 Tra de-penalizzazione, discrezionalità e qualità della legislazione

Da qui la necessità, preliminare, di seri interventi di depenalizzazione, da quasi tutti invocati ma da tempo da nessuno seriamente programmati. Non da ultimo perché, se non si vuol essere retorici, nessuna seria opera in tal senso è neppure pensabile se non si lavora a una ri-legittimazione della potestà punitiva nel quadro di un pensiero – anche sociale – molto diverso

⁷⁷ *Ivi*, p. 47. Convinzione che fonda il proliferare di macchine burocratiche e lo svilimento in tale senso anche della giurisdizione. Atteggiamenti indipendenti sotto il presupposto del compito di sovrintendere la legalità dell'agire pubblico e privato assegnato a quest'ultima: sconfitte le prassi autoreferenziali delle prime, contro cui ammoniscono i preposti all'attuazione del *Piano*, resta infatti intatto il proliferare di analoghe tendenze da parte della seconda. Non sorprende, pertanto, che il PNRR abbia proposto alle istituzioni comunitarie interventi sull'organizzazione giudiziaria, dove risiedono parte degli incentivi a consolidare il presupposto 'culturale' del piegamento burocratico dei compiti del diritto penale.

⁷⁸ *Ibidem*.

dall'attuale⁷⁹. Se, detto altrimenti, non si giustifica, diversamente da oggi⁸⁰, la coincidenza tra garantismo e limiti alla potestà punitiva coerenti con una organizzazione sociale liberale⁸¹.

Svolta alla quale dà un contributo decisivo la consapevolezza – empirica ed assiologica – del fatto che la ‘scoperta’ della socialità della divisione del lavoro, «lascito delle correnti profane della filosofia del Seicento [David Hume] e del Settecento [Adam Smith]», rappresenta «la completa demolizione di tutte le dottrine metafisiche [autoritarie e dirigistiche] sull’origine e sullo svolgimento della cooperazione sociale»⁸². Si tratta infatti di masso che rotola, per effetto del suo essere anche una «teoria dell’imputazione»⁸³, fino a colpire l’ideologia del «governamentalismo penale» e la sua «mania nomotetica»⁸⁴. Formule di cui

⁷⁹ Sulla crisi del moderno diritto penale come crisi dei fondamenti filosofici che ne hanno fondato la caratura anti-assolutistica, si veda l’ottimo studio di A. BONDI, *Philosophieverbot. L’agonia del diritto penale moderno*, *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano 2006, pp. 99 ss. Cfr. anche V. MAIELLO, *Appunti sparsi di lotta per il diritto*, in www.dirittodidifesa.it, 21.02.2020.

⁸⁰ M. DONINI, *Garantismo penale oggi*, in *Criminalia*, 2019, pp. 483 ss.

⁸¹ F. SGUBBI, *op. cit.*, p. 77.

⁸² J. HABERMAS, *I fondamenti morali prepolitici dello Stato liberale*, in J. RATZINGER, J. HABERMAS, *Etica, religione e Stato liberale*, Brescia 2004, p. 23; L. VON MISES, *L’azione umana*, Soveria Mannelli, 1994, p. 191. Si leggano anche le belle pagine di P. PRODI, *Una storia della giustizia*, Bologna 2000, *Premessa*, nonché pp. 455 ss. Per riflessioni di intatta suggestione si veda anche G. RADBRUCH, *Autoritäres oder soziales Strafrecht?*, ART. KAUFMANN (hrsg), *Gesamtausgabe. Strafrecht*, vol. II, Heidelberg 1990, pp. 226 ss., spec. pp. 228 s.

⁸³ G. JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Opladen, 1996, p. 1.

⁸⁴ Le citazioni rinviano al cristallino liberalismo penale di Francesco Carrara. Ad esempio, *Le tre concubine*, *Opuscoli di diritto criminale*, vol. IV, Prato 1889, pp. 494 ss. La continuità con istanze ancora vive, ad esempio, in tema di reato colposo è dimostrata da G. FORTI, voce *Colpa* (*dir. pen.*), in *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da S. CASSESE), Milano 2006, pp. 945 ss.; spec. pp. 946 s. Pagine che lasciano emergere la linea di continuità tra principio (normativo) dell’*extrema ratio*, il «dettame» (razionale) della convergenza tra norma ed empiria e la necessità (funzionale ed assiologica) che «le decisioni giudiziali non prescindano da una realistica ricostruzione delle modalità concrete alla base delle decisioni umane», pietre angolari dell’ordine di una società ispirata dalla libertà. Fondamentale, quanto ignorata, anche dalla dottrina, è Corte cost. n. 312/1996. Silenzio segno del fatto che l’attivismo giudiziale non è, per così dire, ‘un fulmine a ciel sereno’ o un isolato atto ‘ribellione’ ad ogni soggezione, compresa quella alla legge.

si fa vanto, anche contro il fondamentale «principio di autoresponsabilità»⁸⁵, ogni organizzazione statale non controllata in tal senso. Il tutto a discapito del riconoscimento di quella funzione ordinante a-finalistica dei diritti di libertà, che costituisce il «prodotto più visibile e clamoroso della [nostra] civiltà»⁸⁶; come lo è la critica all'insicurezza propria della «sete insaziabile» di «vedere moltiplicati i delitti e le carcerazioni e tutto aspettare da una nuova legge»⁸⁷.

Nonostante la solidità degli argomenti che possono essere spesi contro quello che oggi è definito come «diritto penale del rischio»⁸⁸, la politica-criminale interventistica, che attribuisce alla giurisdizione penale compiti regolativi, per loro natura interessati solo a risultati futuri, resta però ben asserragliata dietro il bastione *extra legem nulla salus*. Presidio dello «statualismo dell'obbedienza», le cui fondamenta, prima che da uno specifico dettato normativo, sono ben difese da euristiche cognitive, da filosofie sociali, da ideologie politiche, e da tradizioni positivistiche radicate nel pensiero giuridico: tanto profondamente da resistere anche alle contrarie indicazioni chiaramente formulate dai costituenti⁸⁹. Alla politica-criminale, impregiudicate le limitazioni indotte dall'esistenza di specifici vincoli alla sua azione, resta così consentito di rivendicare, a propria giustificazione, il bene generale rappresentato dall'«interventismo dello Stato» che, non diversamente dall'attivismo giudiziario, assorbe «ogni spontaneità sociale»⁹⁰.

⁸⁵ F. SGUBBI, *op. cit.*, p. 30. «Immaginiamo che nella vita pubblica di un paese qualsiasi nasca una difficoltà, un conflitto o un problema». L'uomo senza responsabilità «pretenderà immediatamente che se lo assuma lo Stato, che si incarichi direttamente di risolverlo con i suoi giganteschi ed invincibili mezzi». J. ORTEGA Y GASSETT, *La ribellione delle masse*, Milano 2001, p. 143.

⁸⁶ J. ORTEGA Y GASSETT, *La ribellione cit.*, p. 143.

⁸⁷ F. CARRARA, *op. cit.*, p. 499. Con ciò è negata la natura propria del diritto penale, che è quella d'essere solo «complemento dell'ordine sociale».

⁸⁸ V. MILITELLO, *Diritto penale del rischio e rischi del diritto penale fra scienza e società*, in R. BORSARI (a cura di), *Processo alla scienza*, Padova 2016, pp. 135 ss.

⁸⁹ Corte cost. n. 519/1995. Ampiamente, si veda il quadro teorico, legato a doppio filo al dettato costituzionale, meticolosamente disegnato da L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e responsabilità per fatto proprio*, Torino 2012.

⁹⁰ J. ORTEGA Y GASSETT, *La ribellione cit.*, p. 143.

Una ambientazione davvero poco compatibile con programmi di controllata fuoriuscita dall'esperienza del diritto penale quale *prima ratio* della politica sociale. Come, d'altra parte, lo è la certezza della dicotomia tra reo, anche solo presunto, e vittime (individuali e collettive). Si tratta infatti di una distinzione che va ben oltre la fisiologica dialettica, mediata dallo Stato, tra *favor libertatis* e cura della società. Un'opposizione che qui interessa considerando che l'immedesimazione con le necessità e i sentimenti delle vittime costituisce, se non altro, diritto vivente: cifra identificativa anche di amplissimi settori dell'associazionismo giudiziario. Condivisione che fa del *favor societatis*, sinonimo di primazia della vittima, un 'pregiudizio', in senso ermeneutico, altrettanto effettivo: contrario a «chi agisce» perché «minorità, passività e impotenza sono un bene [ed] un valore sociale»⁹¹. Non stupisce pertanto, se queste sono le premesse, che ogni riforma volta a circoscrivere o a meglio precisare i contorni di istituti penalistici ritenuti sensibili nella prospettiva qui in esame – e la «Delega per l'efficienza del processo penale» non fa eccezione⁹² – sia accolta con lo stigma d'essere contraria agli interessi delle vittime (individuali) o da bordate di critiche, ma il significato dell'operazione non cambia, per voler fare dell'Italia un paese dove conviene delinquere: una vittima collettiva di maree di illecito montante.

Se queste sono le forze in campo, non è forse casuale la pragmatica decisione del legislatore 'resiliente', pur preoccupato dagli eccessi di simili criteri di legittimazione dell'intervento punitivo, di lasciare intatto lo *stock* della penalità vigente: di concentrare, cioè, il proprio impegno riformistico su interventi di razionale contenimento *ex post* della coercizione penale, senza proporsi di controllare le condizioni preliminari di quella espansione, identificate anche nella convergenza tra «giudici e parti in causa» non imputate. Negazione della terzietà costituzionale, a sua volta indotta dalla

⁹¹ Così si legge in F. SGUBBI, *Il diritto penale totale* cit., p. 31, all'interno di un paragrafo – si annoti – dedicato all'esame delle «fonti sociali di costruzione e definizione di precetti penali», tra cui la vittima.

⁹² Il presidente dell'ANM, ad esempio, ha formulato un'ampia critica all'impianto della riforma, curandosi di precisare che i motivi del dissenso non sono quelli della difesa di un interesse corporativo ma di 'partecipazione' alle ragioni delle vittime. G. SANTALUCIA, *Processi: così non va*, in *Il Foglio*, 29.07.2019. In generale, D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 29 ss.

«assimilazione fra ragione di giustizia», quale «risoluzione imparziale di un conflitto», e «ragione di potere, quale soddisfazione unilaterale del proprio interesse personale»⁹³.

Occorre però essere consapevoli che la scelta configura solo un *second best*, se lo scopo perseguito è quello di qualificare maggiormente l'esercizio dell'azione penale⁹⁴. Senza *input* sostanziali meglio selezionati, l'iniziativa degli apparati resta infatti sempre attivabile in proporzione alla generalità degli 'stimoli' che riceve (art. 112 Cost.) e, in ultima analisi, sorda all'avvertimento di chi osserva che «se moltiplichiamo senza freno le iniziative penali, facciamo un danno al buon funzionamento della macchina» processuale e, prima ancora, alla qualità del capitale sociale⁹⁵. Un guasto che l'investimento su istituti di depenalizzazione 'in concreto' – suggerito da pragmatismo politico e realismo, per così dire, normativo, considerata l'afasia del principio di *extrema ratio* – non rimedia: perché l'azione penale produce i suoi effetti destrutturanti, anche sul capitale sociale, indipendentemente da verifiche definitive in merito alla sua fondatezza dell'imputazione. Non solo. La pietra angolare degli istituti ai quali sarà affidato il compito di realizzare quel *second best* è di schietta natura discrezionale. Al conseguimento dello scopo è dunque necessaria – se non si vuol proprio nulla concedere alle ragioni di un sistema penale – quale *Magna Charta* del reo – una cultura della discrezionalità consistente, almeno, con gli obiettivi generali di resilienza perseguiti dal Piano⁹⁶. In difetto – se, cioè, l'azione penale e le sue priorità restano governate dall'assioma del «normativismo integrale», che considera l'efficienza della

⁹³ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale* cit., p. 31. Il chiaro investimento della riforma nell'idea rieducativa – PNRR, p. 62 – è un ulteriore argomento a favore della diversa prospettiva alla quale si è scelto di improntare il sistema penale 'resiliente'. L'enfatizzazione della vittima, specie quando la si identifica in soggetti collettivi, determina infatti anche una torsione dello scopo della pena verso finalità di vendetta sociale nei confronti di classi d'autori.

⁹⁴ Allo stato, si tratta di un «salvacondotto per scelte arbitrarie». T. PADOVANI, *Alla ricerca di una razionalità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1087 ss.; spec. p. 1092.

⁹⁵ Per la citazione, G. DI FEDERICO, *Un leone nel deserto*, in G. VITIELLO (a cura di), *Non giudicare*, Macerata 2012, p. 85.

⁹⁶ N. ROSSI, *Per una cultura della discrezionalità del pubblico ministero*, in *Questione giustizia*, n. 2/2021.

coercizione legale il rimedio di tutti i mali⁹⁷ – ben può dirsi che sull'investimento a scopi di 'ripresa e resilienza operato nella depenalizzazione in concreto incombe un serio rischio di fallimento. Peraltro, non sorprendente. L'attivismo giudiziario ha infatti già ben dimostrato di poter trasformare l'esercizio dei poteri discrezionali conferitigli dal legislatore in esercizi di opportunità con vena 'anti-riformistica'⁹⁸.

4.1.2 Tecniche interpretative e deframmentazione del sistema penale

Quello appena descritto è un rischio ancor più concreto oggi: tempo di generale insorgenza, pur non priva di meriti, dello spirito della necessaria punizione contro la legittimità dei limiti alla responsabilità secondo la *littera legis*⁹⁹.

Contestazione che trascina con sé anche il valore dell'«unità del diritto»¹⁰⁰, quale valenza normativa superiore alla contingenza d'ogni legislazione. L'impeto della modernità, che abbatte ogni tradizione e così sommerge anche ogni «residuo di giusnaturalismo»¹⁰¹, si rivolge infatti presto anche contro la normatività custodita dal riferimento al sistema. Garanzia d'unitarietà, il cui significato va oltre l'affinamento della certezza del diritto vigente. Le connessioni scoperte e custodite dalla teoria del

⁹⁷ M. DONINI, *Il nuovo volto dell'illecito penale*, Milano 2004.

⁹⁸ Se esiste una «legislazione [...] politicamente rancorosa» nei confronti dell'ordine giudiziario – E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura* cit., p. 320 – sono altrettanto reali, e di analoga motivazione, le invadenze del diritto vivente nel campo di una politica criticata, perché impoverita e degradata, e di una società civile che non piace. Con realismo, il tema dell'ordine giudiziario come contropotere è associato alla riforma della Costituzione da E. SCODITTI, *Il contropotere giudiziario. Saggio di riforma costituzionale*, Bari 1999.

⁹⁹ «Le teorie dell'interpretazione non sono teorie sui poteri dei giudici». D. PULITANÒ, *Il giudice e la legge penale*, in *Questione giustizia*, n. 2/2017, §1. Tuttavia, è realistico dire, né è scorretta l'osservazione, che l'interpretazione è il mezzo attraverso il quale il giudice esercita i propri poteri. Il controllo sull'interpretazione è, da questo punto di vista, un controllo sul potere. Come dimostrano, tra l'altro, le previsioni delle c.d. pre-leggi sull'interpretazione.

¹⁰⁰ G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in A. CARLEO (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato*, Bologna 2018, p. 31.

¹⁰¹ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, *Riv. dir. proc.*, 2014, pp. 36 ss. nonché p. 40.

reato, senza che nessuna intenzione sovrana le abbia mai istituite, veicolano infatti all'interno del discorso giuridico, anche la lezione anti-volontaristica propria di quella antica tradizione che si intende abbattere: almeno se è vero che «il punire secolarizzato non può accettare» (auto) limitazioni non volontaristiche «al diritto penale»¹⁰².

Non sorprendono pertanto le critiche che colpiscono la *Verbrechenlehre*, in ragione di quella sua antica radice impolitica, provenienti anche dall'interno dell'ordinamento giuridico¹⁰³: in particolare da parte di «penalisti [che] in linea di principio non vogliono più essere [oppositori] giusnaturalisti» della riduzione del diritto penale a tecnica di funzionamento della società, ma solo critici di 'questa o quella' politicITÀ incastonata nel diritto positivo e delle direttrici – politiche – della sua riforma¹⁰⁴.

Va annotata, però, la sintonia generale che è dato cogliere tra la svalutazione del pensiero dogmatico *in auge* nell'opinione di chi persegue l'obbiettivo di ampliare il pluralismo assiologico delle decisioni, quale garanzia di lotta contro l'arbitrio, e il decretato bando del pensiero categoriale che scorre invece tra le pagine di quanti, respinto «qualsiasi assoluto sapere intorno a fini», o riducono la legittimità del diritto alla sua legalità, imposta da chi è in grado di far valere i proprio scopi come norma, o la sciolgono nella risposta alla «necessità del caso»¹⁰⁵. Pagine dure, impregnate di un realismo urticante la sensibilità penalistica, tuttavia sincere nell'ammettere la radice arbitraria di un diritto che non risponde più a vincoli di «razionalità sistematica»¹⁰⁶.

¹⁰² W. NAUCKE, *I confini del diritto penale* cit., p. 101.

¹⁰³ Esempio, in senso contrario, la fondamentale riflessione di Giacomo Delitala sulla categoria del «fatto» nella «teoria generale del reato». Opera ricordata da un valentissimo allievo del maestro milanese, come impegno finalizzato a difendere attraverso il «concetto» la «libertà della persona umana da ogni prevaricazione del potere sia esecutivo come giudiziario». Così G. BETTIOL, *Ricordo di Giacomo Delitala*, in G. DELITALA, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Milano 1976, p. XI.

¹⁰⁴ W. NAUCKE, *I confini del diritto penale* cit., p. 103. Nel quadro di un'ampia rivalutazione del ruolo fondativo dello *ius* (limitativo) rispetto alla *lex* (espansiva) si osserva che «il diritto penale in particolare, è una disciplina intrinsecamente tradizionalista». M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica*, Modena 2019, p. 10; p. 27.

¹⁰⁵ N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari 2007, p. 37.

Né in senso contrario vale, di per sé, il richiamo ad un'interpretazione secondo i principi costituzionali: cogenti, si annoti, non per solo vincolo gerarchico-positivo ma in quanto vettori di inespressi valori social-democratici¹⁰⁷. Svanita l'iniziale fiducia nel rinvio ai principi quali capisaldi di una nuova sistematica del reato¹⁰⁸, occorre infatti fare i conti con l'asistematicità propria dell'interpretazione «costituzionalmente conforme»¹⁰⁹: che da iniziale misura di ispirazione pragmatica, finalizzata al decongestionamento del ruolo dei giudici delle leggi, si è preso consolidata, riscuotendo successo presso funzionalisti fino ad allora delusi e progressisti in attesa d'ufficiale riconoscimento, come tecnica d'interpretazione servente le necessità di tutela delle più diverse finalità sostanziali (se non altro, perché consente un'interpretazione pulviscolare del tessuto costituzionale). Con l'unico limite dato dalla necessità di rinvenire una copertura costituzionale al valore che si dichiara tutelato.

Limitazione, per vero, più ideale che reale: ma che, soprattutto, non ha molto a che vedere con l'anti-volontarismo proprio dei vincoli sistematici. I sistemi-di-valore, ai quali rinvia un certo modo di intendere la Costituzione, vivono infatti del contrario: della volontà di porli ed imporli. Sono «vettori [di una] ideologia» che nelle sue più radicali realizzazioni conduce al «fondamentalismo [...] della virtù»¹¹⁰. Legittimano che il Male sia ripagato con il Male – la «pena come raddoppio del male»!¹¹¹ – «trasformando la nostra terra in un inferno»; che però, chiosa Carl Schmitt, è il «paradiso dei valori»¹¹².

¹⁰⁶ *Ivi*, p. 40. Ovvero, per dirla altrimenti, si tratta di un diritto che vanta l'autonomia della decisione rispetto ad ogni evidenza di 'ingiustificazione' ricavabile dal progresso e spontaneo dato dell'esperienza giuridica. Anche di quella che registra il *consensus omnium* su certe condizioni di legittimità della coercizione penale.

¹⁰⁷ M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica* cit., p. 50.

¹⁰⁸ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova 2020¹¹. Diversamente dalla «dogmatica penalistica», l'argomentazione costituzionale «non è legata al concetto di sistema». L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano 1996, p. 122.

¹⁰⁹ Per tutti, M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme* cit., pp. 391 ss.

¹¹⁰ F. VOLPI, *Anatomia dei valori*, in C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano 2008, p. 95.

¹¹¹ M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1162 ss.

¹¹² C. SCHMITT, *La tirannia dei valori* cit., p. 64.

Un esito non scontato, che tuttavia resta un rischio incombente, al quale la positivizzazione dei valori in principi costituzionali non pone di per sé rimedio. Se il problema – genetico – dell'«aggressività dei valori è connaturata alla [loro] struttura [logica] tetico-ponente (*thetisch-setzerisch*)», occorre considerare che la scelta costituente risolve il problema della posizione dei valori, riconoscendone alcuni a discapito di altri. Lascia invece intatto il persistente rischio rappresentato dalla «validità» alla quale aspirano i valori sul piano della loro attuazione¹¹³, se è vero che l'imperativo della realizzazione dei valori costituzionali è il meta-criterio di legittimità d'ogni fatto normativo.

Tutto ciò senza considerare che dei principi costituzionali si parla usualmente, e l'ambito penalistico non sembra fare eccezione¹¹⁴, come di

¹¹³ Anche per la precedente citazione, il rinvio è a C. SCHMITT, *La tirannia dei valori* cit., p. 56. Sull'avvento dei valori come segno della crisi di fondamenti per la potestà punitiva fino ad oggi sostanzialmente creduti validi, v. G. FIANDACA, *Prima lezione* cit., p. 190.

¹¹⁴ F. PALAZZO, F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 35. Escludere che la Costituzione sia una «super-legge», dotata quindi di un'operatività circoscritta a ciò che è riconducibile ad una specifica disposizione, non può significare, però, che tutto è costituzionalmente regolato in forza di norme in quale modo ricavabili dal testo costituzionale. Diversamente sarebbe difficile spiegare la fiducia dei costituenti nella legge, anche penale, democraticamente deliberata (art. 25, comma 2 Cost). Se ne ricava, in estrema sintesi, che leggi assiologicamente discutibili, funzionalmente irrazionali e politicamente contestabili, con argomenti che pur trovano sponda nell'*ethos* costituzionale, non sono necessariamente censurabili dalla giurisdizione costituzionale. Nella vigenza di una costituzione democraticamente aperta la loro sanzione costituzionale è rinviata all'istituzione del consenso alla rappresentanza. Nella sua forma più nitida – estrema? – il punto è fissato da A. SCALIA, *Originalism: The Lesser Evil*, in *University of Cincinnati Law Review*, 1989, pp. 849 ss.; p. 862. Il rinvio alla specificità della Costituzione rispetto alla legge, volendo far salva la specificità della normatività della prima, non è dunque un sinonimo di controllo 'orizzontale', per così dire, d'ogni aspetto e di ogni materia candidata ad essere oggetto di legislazione. Non è in questi termini – orizzontali – che deve intendersi l'aspirazione alla generalità sottesa a quella negazione. Chiarito che in uno stato democratico esistono sfere di normatività la cui legittimità vive nelle lacune dei principi (art.1 Cost.), deve essere anche chiaro che, ove quelle lacune non esistono, come ad esempio può dirsi in relazione a coercizioni che incidono sul bene della libertà personale (art. 13 Cost.), il controllo di costituzionalità secondo quello specifico parametro esibisce la propria specificità sovra-legale massimizzando il divieto di rango costituzionale a discapito dalla valutazione politica/rappresentativa che fonda, invece, la legittimità della legge in assenza di specifici principi costituzionali applicabili. In breve: se di generalità si vuol parlare, occorre declinare l'aggettivo come riferimento 'verticale'. La struttura 'puntiforme' della tutela costituzionale,

una normatività priva di fattispecie, dinamica, porosa, aperta, reattiva, ecc.¹¹⁵. Caratteri sufficienti, data la volubilità ermeneutica alla quale rinviano, per denotare l'interpretabilità propria anche delle scelte originarie dei costituenti. La legalità, quale limite e condizione della coercizione statale, può dunque cedere spazi alle necessità di tutela dell'ordine pubblico, se le circostanze lo richiedono, come l'inviolabilità della libertà personale può essere relativizzata a fronte di crescenti istanze di migliore organizzazione sociale. In entrambi i casi con una destrutturazione dell'*ethos* costituzionale della legalità penale: che da epitome dei criteri 'negativi' di controllo sulla legislazione penalistica diviene sinonimo di giacimento dell'indirizzo 'positivo' del sistema penale. Fonte, perciò, di obblighi di attuazione dei valori costituzionali per mezzo della coercizione penale.

Il tutto, che è già sufficientemente preoccupante, senza poi considerare l'opinione di quanti, pur ritenendo i principi come norme non prive di fattispecie, avvertono i 'testualisti' nella necessità di interpretare la tipicità del dettato costituzionale alla luce dei valori sottostanti la specifica disposizione di volta in volta considerata: in forza di una radice che nonostante questa positivizzazione non perde il proprio statuto 'ontologico', né, quindi, l'intima tendenza a votare la propria normatività all'asservimento del mezzo (la legge penale) al fine di tutela del quale la normatività sovraleale si fa garante. Connessione qui sufficiente per attestare la permanenza del potenziale di «aggressività immanente», è ancora Carl Schmitt a diagnosticare tale aspetto, proprio di una legislazione penale ispirata da simili premesse.

Un concetto declinabile, quest'ultimo, volendo sfuggire ai rischi dell'enfatizzazione semantica, osservando che il significato garantistico della legalità (art. 25, comma 2 Cost.) si converte nel suo opposto se,

oltre a garantire il mantenimento della sua normatività in un alveo retroverso, conosce, però, legittimi ampliamenti, rispetto al tenore letterale della disposizione, in ragione dell'estraibilità dall'insieme dei principi costituzionali di canoni inespressi, ma non sopravvenuti, alla scelta dei costituenti. Corte cost. n. 364/1988. Ma si resta ancora ben lontani da un'idea performativa ed orizzontalmente estesa della legalità costituzionale.

¹¹⁵ E. SCODITTI, *Dire il diritto che non viene dal sovrano*, in *Questione giustizia*, n. 4/2016, pp. 129 ss. Qui anche l'indicazione, nel caso di applicazione diretta da parte del giudice di un diritto non sovrano, della vincolatività del precedente.

attingendo all'inespresso piano assiologico, si identifica il valore sottostante quel principio nella «coscienza legalitaria del popolo» italiano¹¹⁶. Come parimenti può dirsi dei principi di autonomia ed indipendenza della magistratura (art. 104 Cost.) se gli stessi vengono interpretati ed attuati secondo il valore sostanziale della necessaria difesa «del presidio della democrazia» che della Costituzione rappresenta nucleo assiologico essenziale¹¹⁷. A farne le spese, in primo luogo, è il principio di soggezione del giudice alla legge (art. 101 Cost.), trasfigurato da questa funzionalizzazione, di stoffa sovrana, dell'autonomia e dell'indipendenza come valori. A guadagnarne sono invece gli argomenti critici nei confronti della legalità-limite-alla-indipendenza dell'ordine giudiziario. Formula che rinviando ad un formalismo arginativo di «propulsioni» coercitive d'ogni specie, è anche per ciò stigmatizzata, da quelle voci, come un cascame anti-moderno, da lasciare in vita «soltanto nella testa dei professori di casa nostra»¹¹⁸. A farne le spese, nella sostanza, è l'idea che la legalità «è un sistema basato [...] sull'esistenza e sul funzionamento di regole» piuttosto che «su [di] un sistema di controlli» di merito costitutivi della liceità dei fatti sociali¹¹⁹. Segno di un arbitrio che, per riportare il discorso al piano dell'efficienza del sistema economico, letto alla luce del rilievo che il tema ha anche nell'attualità penalistica¹²⁰, non minaccia solo la dinamica di una

¹¹⁶ Cfr. M. FELTRI, *Novantatrè*, Venezia 2016, p. 185. «Ma in fin dei conti è proprio così scandaloso chiedersi se lo *choc* della carcerazione preventiva non abbia prodotto dei risultati positivi nella ricerca della verità», come si interrogava (retoricamente?) una voce rappresentativa di quella coscienza. *Ivi*, p. 74. V. anche P.L. ZANCHETTA, *La legittimazione e il suo doppio (magistrati e consonanza con la Repubblica)*, in *Questione giustizia*, n. 4/2016, pp. 82 ss. Qui l'indicazione della necessità della «consonanza del giudice con la Repubblica», con la precisazione che si tratta di convergenza da ricerca non con «il popolo attuale e contingente» ma «con il popolo eterno considerato nella Costituzione».

¹¹⁷ Cfr. M. FELTRI, *Novantatrè* cit., p. 46. La lettura di questo vivido racconto degli eventi accaduti tra il 1992 e 1993 fornisce una robusta prova dell'aggressività di un sistema penale mosso da intenti valoriali.

¹¹⁸ P. BORGNA, M. CASSANO, *Il giudice e il principe. Magistratura e potere politico in Italia e in Europa*, Roma 1997, p. 13; p. 47; p. 56. La citazione precedente è tratta dall'efficace difesa della funzione anti-arbitraria della legalità penale che si legge in D. MICHELETTI, *Jus contra lex*, in *Criminalia*, 2006, pp. 161 ss.

¹¹⁹ M. R. FERRARESE, *Può la magistratura* cit., p. 472.

¹²⁰ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Diritto penale «minimo» e nuove forme di criminalità*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 802 ss.

economia di mercato, il cui funzionamento non presuppone l'assenza di limiti legali ma la prevedibilità delle libere scelte di azione consentite da un ordinamento giuridico dato, negata da una coercizione improntata alla verifica di conformità finalistica del fatto e non alla sussumibilità di questo in una fattispecie prestabilita. Ad essere destabilizzata è, infatti, anche la complessiva capacità ordinamentale di avversare quella invasività nella sfera della società civile delle «strutture dirigistiche», politiche e tecnocratiche, avversata dall'*ethos* costituente, non da ultimo ravvisando continuità, a scopi anti-autoritari, «tra l'ideale democratico e la logica di mercato»¹²¹.

4.2.2 P(r)assi nella giusta direzione

L'analisi non può essere sviluppata oltre. Quanto detto è però già sufficiente per illustrare la connessione tra tecniche interpretative ed espansione penalistica. Se poi a questo quadro si aggiunge, oltre alla crescente attenzione riservata alle conseguenze della decisione, anche l'ampia risorgenza del momento teleologico come fattore centrale d'ogni esercizio interpretativo¹²² – argomenti ben connessi all'imperativo dell'interpretazione costituzionalmente conforme¹²³ – si avrà chiaro l'arduo impegno che attende ogni riforma che voglia almeno frammentare «la funzione di controllo [magistratuale] della virtù»¹²⁴.

Restando nel monopolio dell'azione penale, va detto, ad onore del vero, che si tratta di uno scenario potenzialmente mitigato dalla disciplina, ad oggi concentrata nei modelli organizzativi che ogni ufficio di Procura deve redigere, delle priorità dell'azione penale. Collocazione che, tuttavia, alimenta la dicotomia tra le politiche-penali-giudiziarie e le restanti politiche pubbliche, che sono espressione del processo democratico, caratterizzato, a differenza di quanto può dirsi in relazione ai modelli organizzativi, dal principio della responsabilità pubblica delle scelte e per le conseguenze di esse. Distinzione sulla quale è intervenuto, meno di

¹²¹ L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 1 ss.; spec. p. 9.

¹²² Cass. pen., Sez. un., n. 22474/2016.

¹²³ L. MENGONI, *Ermeneutica* cit., p. 99; pp. 118 s.

¹²⁴ A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici*, Roma-Bari, 1998, p. 99.

quanto sarebbe auspicabile, il legislatore della resilienza. È stato infatti costruito, per così dire, un ponte tra politiche penali e politiche pubbliche, rappresentato dalla istituzione di un ruolo per il Parlamento nella determinazione dei criteri di priorità dell'azione penale, sollevando però, una volta ancora, reazioni critiche. Anche in sede istituzionale. Un insieme di opinioni che pur richiamandosi al quadro costituzionale sono, a ben vedere, impregnate di un – velato – discredito nei confronti della classe politica (*refugio et protectio peccatorum*) e della qualità della rappresentanza parlamentare¹²⁵.

Il timido intervento così programmato sulla discrasia tra obbligo dell'azione penale ed effettiva discrezionalità del suo esercizio, non ha impedito però di indicare, quale parte integrante del programma riformistico necessario per un sistema penale resiliente, la generale esigenza di un significativo recupero – a monte – della qualità della regolazione. Intervento, giova sottolineare, che è ben lungi dal potersi ridurre alla previsione di tecniche di miglior redazione dei testi normativi (e sarebbe già una grande cosa!). L'impegno più significativo riguarda infatti miglioramenti qualitativi: tra i quali spicca – ad esempio: in materia di contrasto alla corruzione – la dichiarata necessità di semplificare le regole di prevenzione e di mettere un freno alla pervasività disciplinare di quelle destinate a restare sulla scena¹²⁶.

Si tratta di indirizzi riformistici significativi, dei quali occorre dare minimo conto anche se non direttamente incidenti sul sistema penale, perché allineati a chiavi di lettura non estranee al dibattito penalistico¹²⁷. Opinioni compendiabili nell'idea, chiara fin dalle origini della moderna legittimazione della potestà punitiva, che per una migliore società sono

¹²⁵ «Mentre, quindi, i **Procuratori** hanno nel tempo individuato i criteri di prioritaria trattazione degli affari tenendo conto solo della **condizione oggettiva** dell'ufficio e della realtà criminale insistente nel territorio ove esso si colloca, con la norma in commento appare evidente come la **selezione**», in sede **parlamentare**, «delle priorità sar» operata sulla base di criteri **'valoriali'**, frutto di elaborazione **politica**. Ne consegue che i criteri di priorità, da mero strumento di organizzazione dell'attività interna degli uffici requirenti, diventeranno una modalità per orientare la funzione giurisdizionale verso il conseguimento di specifici obiettivi di politica criminale». Così si legge nel parere rilasciato dal CSM e distinto al numero 19/PP/2020 del 29.07.2021, disponibile in www.csm.it.

¹²⁶ Così PNRR, p. 69.

¹²⁷ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale* cit., *passim*.

indispensabili minor coercizione e maggior prevedibilità di quella comunque necessaria, non il contrario. «Ogni restrizione di libertà, sia in commercio, sia in qualunque altro rapporto di società, dev'essere [infatti] un risultato della necessità di evitare un disordine, non un effetto dello scopo di far meglio»¹²⁸.

4.2 Una specifica semantica per l'efficienza: l'economia sociale di mercato. Una direttrice anche per riforma della formazione per le professioni giuridiche?

Se l'efficienza è il *leitmotiv* della riforma, occorre interrogarsi, come anticipato, sul merito di quello scopo, a partire dalla chiara indicazione che si legge nel Piano: «l'efficienza del sistema giustizia è condizione indispensabile per lo sviluppo economico e per il corretto funzionamento del mercato», che di quello sviluppo è motore essenziale, come la crescita economica lo è per una società ben ordinata¹²⁹. Alle tradizionali priorità del sistema penale, di garantire un sostenibile equilibrio tra garanzie individuali ed attuazione della pretesa punitiva dello Stato, si aggiunge così un terzo obiettivo: che, detto in estrema sintesi, consiste nel salvaguardare il funzionamento di una «economia sociale di mercato». Formula che va ben oltre il campo delle politiche economiche¹³⁰. Identifica, infatti, una matrice per vagliare anche i limiti dell'interventismo statale nella società

¹²⁸ Così, citando il 'gran Lombardo', P. AUDEGEAN, *Cesare Beccaria, filosofo europeo*, Roma 2014, p. 188.

¹²⁹ PNRR, p. 54.

¹³⁰ L. DI NELLA, *La scuola di Friburgo o dell'ordoliberalismo*, in N. IRTI (a cura di), *Diritto ed economia. Problemi e orientamenti teorici*, Padova 1999, pp. 171 ss.; spec. pp. 177 ss.

civile¹³¹, fornendo così di ulteriori basi la legittimazione garantistica dell'ordinamento giuridico¹³².

Un fondamento per di più dotato dello specifico statuto normativo conferitogli dalla sua espressa inclusione tra i motivi ispiratori dell'azione delle istituzioni comunitarie (art. 3, comma 3 del Trattato U.E.)¹³³. Statuto che gli attribuisce autorevolezza, oltre che specifica forza vincolante, anche nei confronti della magistratura di scopo¹³⁴: non autorizzata, in forza di quella precisa scelta dell'ordinamento euro-unitario, a ritenere che il mercato – pur bisognoso di regolamentazione giuridica, comprensiva della

¹³¹ «Il mercato spera di ottenere dagli uomini una razionalità, e di conseguenza un superamento delle passioni, e si propone di raggiungere attraverso l'interesse [la stabilità della convivenza] che lo Stato» moderno ha invece sempre inteso «imporre con la forza». Ciò che caratterizza il diritto, protagonista anche dell'«eco-sistema» della sozial Marktwirtschaft, è «il fatto d'essere reattivo» – e, dunque, anche interventistico, quando ciò è necessario per rimuovere grumi sociali di forza – e «non proattivo», proteso, cioè, all'ordinamento finalistico delle condotte individuali. Idealtipo del diritto arbitrario. A. GARAPON, *Lo Stato minimo*, Milano 2012, p. 23.

¹³² W. NAUCKE, *Der Begriff der politischen Wirtschaftsstrafrecht. Eine Annäherung*, Berlin 2012.

¹³³ La normatività comunitaria è dunque segnata dal riconoscimento che «il mercato nasce sempre dal basso» e che al diritto spetta il compito di fissare le regole per una sua emergenza ordinata «dalle finalità della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze». Art. 2 Trattato U.E.

¹³⁴ L. VIOLANTE, *Magistrati cit., passim*. La Corte costituzionale ha, come noto, stigmatizzato il giudice attivo: fonte di interpretazioni del diritto positivo che, non limitate a rischiararne «gli angoli bui», vanno al di là del testo legale, ponendo la funzione giurisdizionale in un campo che il principio della separazione dei poteri le interdice. Corte cost. n. 115/2018. Resta aperto il problema dei limiti costituzionali del pubblico ministero. È possibile accontentarsi del (sconsolato) realismo con cui lo stesso giudice delle leggi, qualche tempo prima, invitava a considerare che ben si può essere oggetto dell'azione penale per caso? Corte cost. n. 48/1994. L'ordinamento giudiziario ha inteso rimediare organizzando in senso gerarchico gli uffici del pubblico ministero. Ciò allo scopo di ridurre i termini di quella casualità. Con sacrificio del pluralismo, secondo un'opinione corrente negli *interna corporis*. Come, si aggiunge, se fosse un valore di portata generale un'azione penale «in preda» alle pregiudiziali degli azionanti. Successivamente, mosso da interessi efficientistici, il legislatore ha introdotto l'obbligo di dotarsi di modelli organizzativi, da approvare secondo una articolata trafila (interna ed esterna all'ufficio). Soluzione che mitiga alcuni sospetti verso il modello verticistico. Limita infatti la discrezionalità di chi sta al suo apice, costringendolo, in sintesi, ad agire in base a determinazioni preve della cui qualità sono garanti, oltre la democrazia interna all'ufficio, Consigli Giudiziari e CSM. Permangono

difesa dalla criminalità organizzata e non¹³⁵ – «consista e si esaurisca con il suo ordinamento» legalitario¹³⁶.

Tuttavia, poiché il mercato è un ordine evolutivo che nega gli estremi dell'organizzazione statale della sfera economica e del caotico *laissez-faire* delle pretese individuali, è necessario che anche l'interprete della norma penale sappia intendere le molteplici necessità del suo funzionamento quale ordine spontaneo delle libere scelte d'azione tutelate dal diritto¹³⁷.

Quanto basta, soprattutto perdurando la crisi della tipicità penale e dello stato-di-diritto, per segnalare la necessità di un serio impegno ordinamentale, a partire dalle aule accademiche, a favore di percorsi formativi non positivistici. Innovazione essenziale al diritto di un ordinamento sociale pluralistico ed altresì in linea con la consapevolezza che «la prevedibilità [della legge] va garantita [anche] con processi di formazione, con la diffusione di una cultura nuova e sensibile alla multidisciplinarietà all'integrazione con gli altri saperi»¹³⁸. Si eviterebbe

zone d'ombra, se il punto di vista è quello della comunità. Tuttavia, non sfugge che l'investimento in organizzazione è un segno di una modernizzazione che avvicina la 'cultura' dell'ordinamento giudiziario all'analoga valorizzazione, da parte della scienza penalistica, di quel tratto come segno dell'ingresso del diritto penale moderno in una età più matura. S. ALEO, *Causalità, complessità e funzione penale*, Milano 2009, spec. pp. 65 ss.

¹³⁵ PNRR, p. 38; p. 52.

¹³⁶ G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, Adelphi, Milano, 2003, 34.

¹³⁷ F. VON HAYEK, *Individualismo: quello vero e quello falso*, Soveria Mannelli, 1997. In un mondo di risorse scarse, compresa l'informazione necessaria per far fronte alla complessità della moderna organizzazione sociale, la libertà individuale di mettere a frutto la propria conoscenza va di pari passo con la difesa dell'analoga libertà degli altri. Dagli esiti di questa dipende infatti l'arricchimento del quadro informativo individuale, a livelli inattuabili anche per una vita di erudizione. Tuttavia, la sola crescita spontanea della conoscenza disponibile non è efficiente socialmente. Nessun ordinamento sociale può sopravvivere alla sua completa de-centralizzazione. G. JAKOBS, *Dogmatica de derecho penal cit.*, pp. 28 ss. Per un tentativo di 'micro-fondazione', lavorando nell'intersezione tra aspettative individuali, *bias* cognitivi e interesse collettivo, si rinvia, chi voglia, a quanto osservato in G. MARRA, *Diritto penale delle decisioni e diritto penale del rischio*, *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk*, München 2009, pp. 445 ss.

¹³⁸ G. LEGNINI, *Introduzione*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna 2017, p. 15. Analoga necessità si coglie osservando l'organizzazione giudiziaria d'oltre oceano. Ne da notizia, ad esempio, K. FREIFELD, *U.S. Justice Department hiring compliance expert*, in *Reuters*, 30.07.2015. «The U.S. Department of Justice is in the process of hiring a compliance expert to help evaluate whether to charge corporations that fail to detect and

così il rischio, ad esempio, di «trasformare gli organi giudicanti in [eccentriche] accademie di scienze manageriali»¹³⁹. Pericolo incombente alzando il vessillo del *favor societatis* senza bene intendere la specificità e il rilievo sociale dell'iniziativa imprenditoriale: del successo societario non artefatto, come dei fallimenti aziendali non strumentali¹⁴⁰.

5. Conclusioni

Se la ripresa indica la necessità di tornare, *hinc et nunc*, alla situazione anteriore all'impatto sociale dell'emergenza pandemica, la resilienza, invocata dalle istituzioni comunitarie, è un invito alla responsabilità per il

prevent wrongdoing by employees, a top department official said». Dei limiti di questo approccio, se troppo generalizzato, si è detto in G. MARRA, *Diritto penale arbitrario*, 2021 (in corso di pubblicazione).

¹³⁹ Così C. PEDRAZZI, *Art. 217*, in F. GALGANO (a cura di), *Legge fallimentare. Reati commessi dal fallito, reati commessi da persone diverse dal fallito*, Bologna 1995, p. 138.

¹⁴⁰ Gli aggettivi valgono qui a segnalare la centralità dell'azione dei pubblici poteri nella prevenzione del *caos* di attribuzioni solo personalistiche «del significato di un determinato comportamento». G. JAKOBS, *Dogmatica del derecho penal* cit., p. 29. Situazione incompatibile, per una pluralità di motivi, con il funzionamento di una società aperta. La difesa di questa attribuisce, dunque, ai decisori – Parlamento e, oggi sempre più, Governo – il compito di definire le 'norme-di-generale-condotta' necessarie alla selezione e stabilizzazione delle aspettative individuali, figlie dei quadri informativi per ciascuno disponibili. Si riduce, da un lato, l'onere conoscitivo, mentre dall'altro si consente il legittimo impiego della conoscenza individuale, che lo stato-di-diritto tutela contro l'arbitrio, in quegli esperimenti di coordinazione sociale, altrimenti indeterminati, che proprio in ragione di questo carattere sono stati giudicati come «il merito della libertà». A. GARAPON, *Lo Stato minimo* cit., p. 188. Ci si deve però ben intendere sul merito delle 'norme-di-generale-condotta'. Questione intricatissima, qui non ulteriormente tematizzabile, oltre l'osservazione che costituisce tradimento di quel compito la previsione di comandi che centralizzano l'autonomia sociale: vietando ogni dissenso – manifestazione di diversa conoscenza sul mondo – ed ogni a-tipicità comportamentale, repressa dalla coercizione che fa capo a monopoli epistemici sulle necessità dell'ordine sociale. Volendo, G. MARRA, *Diritto penale arbitrario* cit., *passim*. Il fatto è, cogliendo le implicazioni di ciò su un piano più generale, che la dialettica tra centralizzazione dell'ordine sociale, garantita da un *nomos* penalistico di ispirazione gerarchica, e la decentralizzazione assicurata da un diritto penale consapevole che «*non est ordo aliquorum nisi distinctorum*» è tema prego anche di implicazioni dogmatiche e di valenze politico-criminali. G. JAKOBS, *Dogmatica del derecho penal* cit., pp. 28 ss. V. anche M. DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, Milano 1992, p. 50; p. 54; pp. 278 s.

futuro; ad essere protagonisti di rotture storiche di equilibri stratificati. L'obiettivo della 'transizione ecologica' rende bene l'idea dell'impegno pro-attivo implicato dall'invito alla resilienza.

A questo clima di impegno verso il contemporaneo e di responsabilità per il futuro partecipa anche il legislatore penale italiano. Sorprendentemente, a dire di alcuni, poiché la sua riforma, per una volta, 'non ce la chiedeva l'Europa'.

Motivo che concorre assieme ad altri più specifici a mettere in fibrillazione il nocciolo del fondamentalismo critico del diritto penale dello stato-di-diritto. Un fronte non eccentrico dal quale è subito salita la denuncia della volontà politica di arrivare ad una resa dei conti verso la magistratura, quale reale motivo dell'inclusione del sistema penale nel perimetro della riforma. Critiche che non hanno mancato di agitare, di fronte alla pubblica opinione, fosche premonizioni di crisi quale conseguenza della prefigurata selettività del futuro operare del sistema penale italiano. Ad essere così messa in gioco sarebbe, addirittura, la tenuta dell'ordine democratico: i cui destini, par di capire, dipendono dalla difesa della più incondizionata vigilanza penalistica sull'organizzazione sociale, di estensione almeno proporzionale all'ubiquità della devianza che ne segnerebbe la quotidianità.

Una nota di sedicente oggettività che non salva però, sul piano normativo, le conseguenze che si pretendendo di trarre da questa narrazione. La frammentarietà della tutela dei beni giuridici e la selettività dell'azione penale sono infatti valori costituzionali fondamentali e non relativizzabili della Repubblica che per reazione al passato totalitario si è istituita in forza di garanzie contro «la vocazione totalizzante della politica nei confronti della società»¹⁴¹. Decisione che è anche un invito al realismo nel definire il contributo che la legislazione e, soprattutto, la potestà punitiva, possono validamente dare alle ragioni della convivenza civile e al suo miglioramento¹⁴². Consapevolezza necessaria per evitare eccessi riformistici dagli esiti paradossali. Perché in nome della società si finisce per sottoporre a coercizioni arbitrarie la libertà e i suoi esercizi, scambiandola per insociale individualismo, mentre in realtà si tratta delle

¹⁴¹ N. URBINATI, *Art. 1*, Roma 2017, spec. p. 60.

¹⁴² C. VISCONTI, *La "mafia è dappertutto": falso*, Roma-Bari 2016.

forze motrici della società civile e dei suoi progressi: entrambi debitori della «creatività individuale» esercitata nell'esperienza della coordinazione tra pur diverse aspettative personali¹⁴³.

Poiché il metro che misura i rapporti tra potere punitivo e libertà individuali, corrispondente al modello di una potestà punitiva legittimata secondo in canoni dello stato costituzionale di diritto, da tempo registra i disordinati regressi della politica-criminale verso modelli di diritto penale socialmente egemonico e, dunque, illiberale, l'invito alla resilienza è da intendersi anche come sinonimo della necessità di 'rientrare nei ranghi'. Conformemente al più antico etimo della parola (*re + saliere*), l'impegno alla resilienza, rinvia, *rebus sic stantibus*, all'esigenza di una riforma 'negativa' della potestà punitiva (cioè critica della funzionalizzazione della libertà individuale a scopi di governo dei processi sociali, come ben spiegato da fondamentali riflessioni francofortesi)¹⁴⁴. Ad un impegno volto

¹⁴³ A. PANEbianco, *La politica e la libertà*, in *Corriere della Sera*, 02.12.2016. Circostanza che si riflette anche sul criterio di legittimazione dell'azione amministrativa, identificato nella capacità di «trovare sul campo soluzioni inesplorate ed adeguate ai fatti e interessi in gioco». G.D. COMPORti, E. MORLINO, *La difficile convivenza tra azione penale e funzione amministrativa*, in *Riv. dir. pubblico*, 2020, pp. 129 ss.; spec. p. 184.

¹⁴⁴ W. NAUCKE, *Der Begriff* cit., spec. p. 5. La formula ha per presupposto la kantiana «*unverlierbar*» della libertà, che fonda la funzione del diritto penale come 'critica' dell'uso della coercizione e, per conseguenza, anche la definizione di un ruolo non astensionistico della potestà punitiva nell'ambito economico, di fronte ai sacrifici imposti alla libertà individuale da poteri privati. Complessivamente intesa la riflessione in esame, oltre a non avere parentele con proposte 'abolizionistiche, va letta come teoria dei rapporti tra complessità economica e diritto penale. Tema che le pagine in commento, che rivendicano il legame con i teorici della *sozial Marktwirtschaft* (Franz Böhm), avviano a soluzione differenziandosi da chi, nella stessa scuola, invece, argomenta l'esistenza di un rapporto di proporzionalità diretta tra complessità sociale ed astensionismo penalistico. Cfr., K. LÜDERSEN, *Regulierung, Selbstregulierung und Wirtschaftsstrafrecht*, in AA.VV., *Die Handlungsfreiheit des Unternehmers*, Berlin 2009, pp. 241 ss.; spec. p. 316. Distinzione che, a ben vedere, non sembra però così marcata. Se, come detto, il *Negatives strafrecht* è una critica al diritto penale 'governativo' e se, d'altra parte, la selettività penalistica è altrimenti intesa come socialmente non rinunciataria perché il mondo economico ha una propria capacità ordinante, allora, la 'comune' critica al diritto penale funzionale a scopi di governo collettivo colpisce le sole interferenze coercitive arbitrarie, che nel pensiero di tutti i 'contendenti' si definiscono come imposizioni di un ordine gerarchico a ciò che ha già un proprio ordinamento. Si veda anche W. HASSEMER, *Die Basis des Wirtschaftsstrafrecht*, in *Wistra*, 2009, pp. 169 ss. Poiché non soddisfano questa condizione scelte di criminalizzazione cieche di fronte alle condotte generalmente impeditive del piano

ad arrestare, più nello specifico, la marcia trionfale di un sistema penale che, lasciato in sostanziale balia della giustificazione di chi controlla – di fatto o di diritto – la decisione politica sulla sua necessità, registra i propri successi proprio in corrispondenza dei colpi inferti allo stato-di-diritto.

Si tratta, in ultima analisi, di tornare ad un costituzionalismo penale «polemico»¹⁴⁵, fermo nel misurarsi con il necessario controllo d'ogni potere, e non deformato¹⁴⁶: in primo luogo, da convergenze tra poteri, già largamente sperimentate, dalla perdita dei punti di equilibrio della reciproca autonomia, tutt'altro che futuribile¹⁴⁷, o dall'istituzione, in atto, di gerarchie in luogo della loro distinzione¹⁴⁸. Perché, anche in una

dispiegarsi della coordinazione sociale (violenza e frodi), il diritto penale ha competenza ad intervenire anche nella complessità della vita economica, per colpire le une e le altre. Intervento legittimato, come può ben dirsi, dal contributo così fornito all'evoluzione 'sociale' – che resta in definitiva spontanea – del sub-sistema di riferimento. Utilità, si osservi ancora, misurabile nell'effettivo svolgimento dei compiti nucleari propri del diritto penale (*ne cives ad arma ruant*). Volendo, G. MARRA, *Il paradosso della legalità*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, pp. 725 ss. Ciò consente di dire, allargando il campo dell'osservazione, che la 'negatività' in commento partecipa all'idea, con forte radicamento empirico/razionale, che considera la punizione un'istituzione fondamentale del mondo evolutivo, se il suo contributo non eccede, per mezzi e scopi, quanto necessario all'effettività della coordinazione presieduta da altre istituzioni spontanee. Se, detto altrimenti è conservata la proporzione tra il mezzo (la punizione) e il fine (l'utilità sociale). Condizione violata, si ripete, tanto se il mezzo nega il fine, come avviene quando la pena 'serve' pulsioni di vendetta sociale, quanto se il fine giustifica di per sé il mezzo, come nel caso di 'iper-criminalizzazioni' autoritarie o sostenute da intenzioni di governo sociale. Sulla punizione proporzionale come istituzione evolutiva, nel quadro di un'analisi altrimenti molto lontana da sensibilità che non sono solo francofortesi, si veda V. CHIAO, *Criminal Law in the Age of Administrative State*, Oxford 2018.

¹⁴⁵ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico* cit., pp. 1643 ss.

¹⁴⁶ M. DONINI, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in www.sistemapenale.it, 07.09.2020. Il punto può leggersi, ma qui non oltre le poche osservazioni seguenti, dicendo che in una società democratica, che vive nel quadro dei punti fermi definiti dalla Costituzione, l'evoluzione della legislazione nell'aderenza alla volontà sociale non dovrebbe essere affidata alla supervisione della giurisdizione, per lo stesso motivo in forza del quale la Costituzione di un ordine sociale delle libertà ha fissato limiti invalicabili alla legislazione mossa dall'interesse a soddisfare l'evoluzione del consenso sociale. Cfr. A. SCALIA, *Originalism* cit., p. 862.

¹⁴⁷ G. INSOLERA, *op. cit.*, p. 4.

¹⁴⁸ «Noi magistrati dicemmo la nostra e il progetto venne ritirato in pochi giorni, in poche ore». Anche nel pieno esercizio delle (diverse, sulla carta) prerogative costituzionali

Repubblica democratica¹⁴⁹, quando ciò avviene, la partita per consegnare alla libertà il centro dell'organizzazione sociale, può dirsi geneticamente persa, qualunque sia la strategia messa in campo per la giustificazione astratta dei diritti individuali. Il destino di questi resta infatti affidato all'eccezionalità di un potere sociale, anche se nelle mani di uomini bene intenzionati, che s'autolimita nei propri mezzi e finalità¹⁵⁰.

Come sembrano suggerire anche alcuni frammenti del programma riformistico dal quale hanno preso avvio queste riflessioni, la presa d'atto e la «vigile ricerca di soluzioni» dello «iato tra reale natura del potere esercitato» dal pubblico ministero e i caratteri della sua organizzazione *in the books* è, dunque, un compito urgente¹⁵¹. Si tratta di un primo passo nell'impegno verso più ampi obiettivi di riforma di prassi criminalizzanti che, senza troppi ostacoli frapposti dalla teoria, hanno convertito il criterio selettivo della necessità di pena nel suo opposto (il diritto penale come *prima ratio*): forti dell'ormai continuativa spinta ricevuta, tra l'altro, dalle frange più avanzate del diritto vivente. Un manipolo che, anche quando ben intenzionato, coltiva l'impegno a sciogliere ogni connessione del sistema penale – non da ultima, quella rappresentata dall'associazione tra diritti e positività della Costituzione – con il reale funzionamento di una società civile. Il tutto in nome di un rigoroso e meccanicistico dover-essere

«non firmerò mai una legge contro il parere dei magistrati». «Credo che le forze politiche terranno bene presenti le indicazioni della magistratura». M. FELTRI, *Novantatré* cit., p. 178; p. 131; p. 247.

¹⁴⁹ È sufficiente leggere Alexis De Tocqueville per comprendere che «l'accentramento politico» acquista forza immensa «quando si unisce a quello amministrativo» e si vede diretto dall'impegno pro-attivo della giurisdizione «di lotta». Per quest'ultimo concetto si veda M. DONINI, *Mafia e terrorismo come "parte generale" del diritto penale. Il problema della normalizzazione dello Stato di eccezione, tra identità costituzionale e riserva di codice*, in www.discrimen.it, 30.05.2019. In questo modo, infatti, gli uomini «si abituanano», per minaccia o abitudine, «a fare completa astrazione della loro volontà, ad obbedire, non una sola volta, e in un sol punto», per il resto esercitando le libere scelte d'azione che la Costituzione bilanciata intende garantire, «ma sempre e in tutto». A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America, Scritti politici*, vol. I, Torino 1968, p. 109 (anche per la citazione introduttiva).

¹⁵⁰ A. PANEBIANCO, *Il potere, lo Stato, la libertà*, Bologna 2004, spec. pp. 171 ss.

¹⁵¹ M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, Bologna 1989, p. 352.

celebrante «i trionfi dei diritti fondamentali grazie alla [sola] giurisdizione», ma, al contempo, incapace di «catturare [...] il potere»¹⁵².

¹⁵² M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico* cit., p. 1668. In una prospettiva comparata si segnala l'indagine dei rapporti tra il principio della necessità e il canone del funzionamento della società civile svolta da R.A. DUFF, *The Real of Criminal Law*, Oxford 2018, spec. pp. 275 ss. Significativa è anche l'indicazione che qui si coglie della funzione di 'mediazione' normativa garantita dalla teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento. A proposito dell'*objektive Zurechnung* come «categoria dogmatica dell'*extrema ratio*», che vale qui come diverso modo di inquadrare il medesimo problema di 'armonizzazione' di quei due estremi, sia consentito rinviare a G. MARRA, *Extrema ratio* cit., pp. 116 ss. All'opera di Duff si rinvia anche per l'illustrazione del ruolo giustificativo che il principio del funzionamento della società civile esercita per allargare la platea delle 'alternative', fino a comprendervi le risorse dell'ordinamento spontaneo, in forza delle quali è possibile dare effettività al *last resort principle*.