

PERICOLO POPULISTA E RIFORME DELLA GIUSTIZIA. A PROPOSITO DI ALCUNE INSODDISFACENTI PROPOSTE DI RIFORMA DELL'OBBLIGATORIETÀ DELL'AZIONE PENALE**

Sommario: 1. Scandali giudiziari, proposte di riforma della giustizia penale e pericoli di deriva populista per la giustizia italiana. - 1.1. Gli scandali di corruzione giudiziaria e lo scandalo delle nomine del Consiglio superiore della magistratura. - 1.2. Proposte di riforma della giustizia penale e pericoli di deriva populista. - 2. La prospettiva del comparatista e il complesso intreccio tra giustizia e populismo. - 2.1. L'esplosione del populismo e la fenomenologia dell'attacco al potere giudiziario. - 2.2. La lettura più diffusa: il populismo come minaccia all'indipendenza del potere giudiziario. - 2.3. I limiti della lettura maggioritaria e la possibilità di una ricostruzione alternativa: il populismo come possibile reazione agli abusi del potere giudiziario. - 3. Il problema dell'obbligatorietà dell'azione penale nel contesto italiano: tra gli eccessi dell'espansionismo giudiziario e i rischi di politicizzazione. - 3.1. Le tensioni tra politica e giustizia nel contesto italiano. - 3.2. L'azione penale tra l'ineffettività della previsione costituzionale e l'inadeguatezza della prassi giudiziaria. - 4. Le proposte di riforma costituzionale in discussione. - 4.1. La proposta di riforma delle Camere penali. - 4.2. La proposta di riforma del 2020. - 5. Conclusioni. La stretta via per una riforma dell'azione penale. - 5.1. I pericoli di letture parziali della Costituzione e l'idea di separazione dei poteri: equilibrio o primazia del giudiziario? - 5.2. L'azione penale e la stretta via dell'equilibrio dei poteri.

1. Scandali giudiziari, proposte di riforma della giustizia penale e pericoli di deriva populista per la giustizia italiana***1.1. Gli scandali di corruzione giudiziaria e lo scandalo delle nomine del Consiglio superiore della magistratura***

La questione della giustizia ha radici antiche che si perdono nel tempo e che non sono certo circoscritte all'ordinamento italiano¹. Nel corso degli ultimi anni, però, la cronaca na-

* Associato di Diritto Pubblico Comparato nell'Università Kore di Enna.

** L'idea di scrivere questo contributo nasce in seguito ad una conversazione con il Dott. Vincenzo Telaro che ringrazio vivamente per lo spunto che ha offerto a questa riflessione. Desidero anche ringraziare la Dott.ssa Entela Cukani per i consigli che mi ha offerto al momento della revisione.

zionale ha portato alla ribalta vicende di diversa natura che hanno scosso profondamente l'opinione pubblica perché testimoniano in maniera abbastanza inequivoca il malfunzionamento di certi settori della giustizia italiana². Il tema della crisi del diritto e della crisi della giustizia è improvvisamente tornato di attualità³.

In primo luogo, vengono in considerazione alcuni episodi che hanno condotto all'espulsione dalla magistratura di un Consigliere di stato accusato di condotte quantomeno inopportune nei confronti di alcune studentesse che frequentavano corsi di preparazione per il concorso di magistratura.

In secondo luogo, le prime condanne seguite a gravissimi episodi di corruzione di magistrati in posizioni apicali, oltre ad incrinare la fiducia che l'opinione pubblica ha nei confronti del potere giudiziario, hanno generato dubbi sull'effettiva terzietà di alcuni giudici. È appena il caso di precisare che le vicende in questione hanno coinvolto magistrati di ogni ordine e grado appartenenti alla giurisdizione civile penale, amministrativa e contabile.

In terzo luogo, il corretto funzionamento del Consiglio superiore della magistratura è stato messo in discussione in seguito alla divulgazione di alcune intercettazioni riguardanti esponenti dell'istituzione di autogoverno del potere giudiziario. Dal contenuto delle intercettazioni è emerso un complicato intreccio tra mondo della politica e mondo giudiziario e un bieco corporativismo nella gestione delle nomine. Come se ciò non bastasse, sempre in sede di Consiglio, è stata aperta una pratica per verificare presunte irregolarità nel Concorso per l'ammissione tenutosi nell'anno 2018⁴.

Vista la gravità delle vicende, a rasserenare gli animi non è bastata la reazione del mondo giudiziario che, oltre ad una forte presa di distanza dalle condotte, almeno in alcuni casi è intervenuto per allontanare con tempestività i soggetti coinvolti negli scandali. Anzi, da questo punto di vista occorre segnalare che, oltre ai casi in cui l'intervento sanzionatorio è mancato o è stato intempestivo⁵, ad aggravare ulteriormente una situazione già di per se

¹ Per una ricchissima disamina storica del problema della giustizia a partire dal mondo antico, si rinvia ai tre volumi di G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, recentemente ripubblicati da Laterza. Interessanti e condivisibili pure le riflessioni di A. CORBINO, *Rigore è quando arbitro fischia. Il mito della legalità*, Jovene, 2018.

² Nonostante l'attenzione del sistema mediatico si sia recentemente concentrata sul cosiddetto scandalo delle nomine fatte dal CSM, gli episodi che nel corso degli ultimi anni hanno portato ad indagini sugli esponenti del potere giudiziario sono significativamente più numerose e riguardano esponenti di vertice della magistratura amministrativa, penale e civile. Per una rassegna dei procedimenti pendenti e di quelli conclusi si veda E. Fittipaldi, *Magistratura dipendente, al servizio dei politici*, in <https://espresso.repubblica.it/plus/articoli/2019/06/12/news/magistratura-dipendente-1.335767>.

³ Già negli anni cinquanta compaiono contributi di enorme rilievo sulla questione. Tra le letture più interessanti si veda, AA.VV., *La crisi del diritto*, CEDAM, 1953 ed in particolare i contributi di Carnelutti, di Calamandrei e di Capograssi.

⁴ Maggiori ragguagli sulla inquietante vicenda, in <https://www.ilriformista.it/il-concorso-per-magistrato-e-truccato-bonafede-chiarisca-opposizioni-allattacco-165091/>.

⁵ In questo senso, è indicativa la vicenda che ha coinvolto un ex Consigliere di Stato e un ex Pubblico ministero del pool per i reati sessuali, accusati da quattro studentesse di diversi reati sessuali e di stalking. Pur essendo stati espulsi dall'ordine giudiziario (anche se, al momento in cui si scrive, è pendente un ricorso al Tribunale amministrativo), i due ex magistrati hanno ottenuto provvedimenti giudiziari favorevoli: a Bari, il GIP ha accettato la richiesta di archiviazione del Pubblico ministero; a Piacenza, il giudice di primo grado (contro l'opinione della pubblica accusa) ha disposto l'assoluzione. Maggiori ragguagli sulla triste vicenda in https://bologna.repubblica.it/cronaca/2020/11/16/news/piacenza_bellomo-274620929/.

stessa allarmante, intervengono una serie di discutibili scelte operative nella gestione di questi scandali e una serie di inopportune prese di posizione⁶. In questo senso, tra i primi commentatori delle vicende, non sono mancati coloro che hanno denunciato una certa opacità corporativa del CSM e la volontà di scaricare sui soggetti più esposti tutte le responsabilità⁷.

La gravità della situazione è stata pure sottolineata da un intervento del Presidente della Repubblica che, davanti al *plenum* del Consiglio superiore della magistratura ha espresso “grande preoccupazione” per il “quadro sconcertante e inaccettabile” e ha parlato di “conseguenze gravemente negative per il prestigio e per l’autorevolezza non soltanto di questo Consiglio ma anche per il prestigio e l’autorevolezza dell’intero Ordine Giudiziario⁸”. Non pare pertanto esagerato affermare che, dopo anni contraddistinti da una grande fiducia dell’opinione pubblica e della dottrina nei confronti dei magistrati, l’attualità costituzionale italiana sia oggi segnata dall’emersione di una profonda crisi del sistema della giustizia che mostra come siano per il momento venute meno le precondizioni per l’espletamento di quel “buon servizio⁹” che è essenziale per gli equilibri dello stato costituzionale¹⁰.

1.2. Proposte di riforma della giustizia penale e pericoli di deriva populista

Se solo si tiene a mente il celebre monito con cui Calamandrei, ritenendo poco verosimile l’ipotesi della “corruzione per denaro o quella di inframmettenze politiche”, individuava nella “pigrizia morale e nel conformismo il principale rischio della giustizia italiana¹¹”, ci si rende agevolmente conto di come il quadro normativo sia stato superato dall’attuale situa-

⁶ Un esempio abbastanza eclatante è quello offerto dalla cosiddetta Circolare Salvi. Con il documento in questione, il Procuratore generale presso la Corte di Cassazione, con il probabile intento di evitare gli imbarazzi che sarebbero derivati a 133 testimoni (molti dei quali esponenti del potere giudiziario) intercettati nel quadro degli scandali al CSM (vedi nota successiva), ha affermato che “l’attività di autopromozione effettuata direttamente dall’aspirante, anche se petulante, ma senza la denigrazione dei concorrenti o la prospettazione di vantaggi elettorali, non può essere considerata in violazione di precetti disciplinari”. Per un primo commento alla vicenda <https://www.ilriformista.it/la-cassazione-salva-i-raccomandati-di-palamara-era-autopromozione-162355/> e <https://www.ilriformista.it/caso-palamara-la-versione-di-salvi-e-lirresponsabile-discrezionalità-dei-pm-180387/> dove si mette in evidenza che, di fatto, la Circolare diventa una sorta di depenalizzazione di condotte che altrimenti avrebbero rilevanza come traffico di influenze illecite o come illecito disciplinare. Un giudizio tutto sommato positivo sulla Circolare è stato invece espresso da N. Rossi, *Caso Palamara. Ritornano le parole e i metodi del diritto?*, in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/caso-palamara-ritornano-le-parole-e-i-metodi-del-diritto-15572>.

⁷ Fra i tantissimi commenti giornalistici che, con estrema durezza, hanno parlato di “magistratura corporativa” e hanno denunciato una strategia orientata a scaricare tutte le responsabilità degli scandali su un numero limitato di soggetti si veda <https://www.ilriformista.it/il-caso-palamara-scoperchia-un-sistema-marcio-le-cosche-giudiziarie-comandano-167622/> e <https://www.ilriformista.it/far-fuori-palamara-non-assolve-tutti-nessun-magistrato-e-innocente-172046/>.

⁸ In questo senso, l’*Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella all’Assemblea plenaria straordinaria del Consiglio Superiore della Magistratura*, pronunciato il 21 giugno 2019.

⁹ Così parlando del sistema della giustizia e ragionando in astratto sulle precondizioni per un suo buon espletamento, E. CHELI, *Introduzione*, in S. MERLINI, *Magistratura e politica*, 2016, p. 229.

¹⁰ Senza entrare nel merito degli ultimi scandali giudiziari, G. M. FLICK, *Giustizia in crisi (salvo intese)*, Baldini, 2020, afferma che ci sarebbe “un crescente venir meno della fiducia nei giudici, rispetto al passato”.

Con specifico riferimento alle ultime vicende giudiziarie, invece, N. ROSSI, *Oltre la crisi*, in https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/oltre-la-crisi_679.php, oltre a parlare del rischio di “autoreferenzialità” del potere giudiziario, ritiene che gli ultimi episodi di cronaca riflettano una stagione di crisi della giustizia.

¹¹ Così, in P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Ponte alle Grazie, 1959, p. 259.

zione. Quindi, non desta alcuno stupore il fatto che, pur trovando diverse resistenze in certi ambienti del mondo accademico e giudiziario, il tema di una riforma sia ritornato alla ribalta con prepotenza. Così, diversi profili del sistema di giustizia vengono scandagliati e, come conseguenza di un grande dibattito che coinvolge tanto l'opinione pubblica quanto la dottrina specialistica, iniziano a prendere forma i primi interventi di riforma e si preparano modifiche più strutturate.

In primo luogo, partendo dalla convinzione che l'origine dei mali della magistratura italiana debba essere individuata in una degenerazione para-partitocratica del sistema di associazionismo giudiziario e nel carrierismo esasperato che ne è derivato, una grande attenzione è stata dedicata al tema dell'organizzazione e del funzionamento del CSM: mentre la migliore dottrina ha suggerito le più disparate proposte di riforma delle norme per l'elezione dei consiglieri¹², il contenimento dell'attività para-normativa svolta dal CSM¹³, e una rivisitazione delle regole sull'attribuzione degli incarichi direttivi e sulle progressioni di carriera¹⁴, le Camere penali hanno presentato un disegno di legge costituzionale mirante alla separazione delle carriere e ad un correlativo spaccettamento dell'attuale istituzione di autogoverno in un Consiglio superiore della magistratura giudicante e in un Consiglio superiore della magistratura requirente¹⁵.

In secondo luogo, con la convinzione che la delicatezza della giurisdizione penale meriti una peculiare attenzione, sono state attivate diverse iniziative per modificare l'articolo 112 della Costituzione e per riformare il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale¹⁶.

In linea di principio, pochi dubbi possono sussistere sul fatto che, per la loro gravità, gli scandali giudiziari di questa stagione legittimino interventi correttivi¹⁷. Tuttavia, la delicatezza della materia e i possibili riflessi che essa può avere sugli equilibri della forma costituzionale dello Stato suggeriscono di trattare la materia con la dovuta cautela. Soprattutto in un contesto storico segnato dall'emersione e dall'affermazione di forze politiche di chiara matrice populista, qualsiasi intervento sul sistema dei contropoteri deve essere ben ponderato per evitare che un indebolimento delle istituzioni di garanzia possa inficiare i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione e possa arrivare a compromettere la qualità della vita democratica nazionale¹⁸.

¹² Ad esempio, G. SILVESTRI, *Nebbia e notte sulla magistratura italiana*, in https://www.questionegiustizia.it/articolo/notte-e-nebbia-sulla-magistratura-italiana_12-06-2020.php.

¹³ In questo senso, M. SERIO, *Sul progetto di riforma del CSM. Prime osservazioni critiche*, in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/sul-progetto-di-riforma-del-csm-prime-osservazioni-critiche>.

¹⁴ Così, G. SILVESTRI, *op. cit.*, quando propone di superare l'idea di "anzianità senza demerito" come criterio per l'avanzamento di carriera dei magistrati.

¹⁵ In questo senso, si veda il tentativo di riforma dell'articolo 104 della Costituzione, contenuto all'articolo 3 della Proposta di legge costituzionale d'iniziativa popolare, A.C. 14 ("Norme per l'attuazione della separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura"), presentata alla Camera dei deputati il 31 ottobre 2017.

¹⁶ In questo senso, oltre all'articolo 10 della Proposta di legge costituzionale riferita nella nota precedente, si veda il tentativo di riforma dell'articolo 112 della Costituzione, contenuto all'articolo 1 della Proposta di legge costituzionale, A.C. 2710 ("Modifica dell'articolo 112 della Costituzione, concernente l'esercizio dell'azione penale"), presentata alla Camera dei deputati l'8 ottobre 2020.

¹⁷ In questo senso, G. M. FLICK, *op. cit.*, segnala che "la situazione richiede di intervenire al più presto".

¹⁸ In questa direzione, M. GUGLIELMI, *Crisi dell'autogoverno, crisi della magistratura: la necessità di ricostruire una forte identità collettiva*, in <https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/crisi-dell-autogoverno-crisi>.

L'impressione è che ci si trovi in una situazione in cui, per quanto ciò possa sembrare paradossale, la tenuta del regime liberal-democratico garantito dalla Costituzione sia messa in pericolo tanto da un non intervento (o da un intervento palliativo), quanto da interventi aggressivi e scomposti. Un'osservazione comparatistica capace di allargare lo sguardo all'esperienza degli altri, può essere di grande aiuto per cercare di analizzare criticamente le proposte formulate negli ultimi mesi e per dare un contributo nella ricerca di un giusto punto di equilibrio¹⁹. Pertanto, con l'intento di mettere in discussione alcune letture fuorvianti del fenomeno populista e di offrire una più convincente ricostruzione sulle complesse relazioni che intercorrono tra populismo politico e potere giudiziario, il presente lavoro prenderà lo spunto da una rapida riflessione comparatistica sulle vicende che hanno portato al successo elettorale delle forze populiste e alle trasformazioni istituzionali che sono seguite a queste affermazioni. Sulla base di questa ricostruzione si procederà poi ad analizzare i recenti disegni di legge orientati a modificare l'articolo 112 della Costituzione italiana e a superare il principio di obbligatorietà dell'azione penale. L'obiettivo finale è quello di sostenere che, malgrado ci possano essere ottime motivazioni per riformare il sistema di giustizia e per rivedere il funzionamento dell'azione penale, i piani di riforma presi in considerazione non sono esenti da pericolosi profili di criticità: per il loro mettere le istituzioni politiche nelle condizioni di interferire con relativa semplicità con l'azione del potere giudiziario, un'eventuale approvazione dei disegni di legge in esame può produrre una forte politicizzazione del processo penale e quindi può finire con il mortificare quelle istanze di giustizia sostanziale che dovrebbero essere la bussola per ogni riforma del sistema giudiziario e che, più in generale, dovrebbero costituire il fulcro di uno stato costituzionale. In linea con queste considerazioni, una volta preso atto dell'urgenza di intervenire e dell'inadeguatezza dei progetti oggi in discussione, in conclusione si proverà a proporre un modello alternativo che, nel rispetto dei principi dell'ordinamento costituzionale, riesca a colmare l'inaccettabile deresponsabilizzazione che caratterizza l'attuale funzionamento del principio di obbligatorietà dell'azione penale.

2. La prospettiva del comparatista e il complesso intreccio tra giustizia e populismo

2.1. L'esplosione del populismo e la fenomenologia dell'attacco al potere giudiziario

Nel corso di questi ultimi dieci anni, i comparatisti hanno osservato come, in diversi Stati, l'affermazione di compagini politiche di ispirazione populista abbia alterato le consolidate modalità di funzionamento del rapporto tra istituzioni rappresentative e istituzioni giudi-

[della-magistratura-la-necessita-di-ricostruire-una-forte-identita-collettiva_685.php](#), quando denuncia il desiderio di colpire "il nemico (...) nel momento di massima debolezza" e la volontà di rilanciare "progetti, in realtà mai abbandonati, di ridimensionamento del Consiglio".

¹⁹ T. E. FROSINI, *Il metodo*, in T. E. FROSINI, *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, Il Mulino, 2019, p. 13, ricordando la funzione essenziale di guida che il diritto comparato svolge per l'attività del legislatore, molto opportunamente, ricorda che "oggi non si può legiferare senza prima comparare. Perché chi conosce un solo diritto non conosce alcun diritto".

ziarie. Si tratta di un fenomeno che si è manifestato in forme differenti e che, di fronte all'impotenza delle istituzioni sovranazionali, in alcuni casi ha assunto forme particolarmente preoccupanti.

Innanzitutto, vengono in considerazione quelle situazioni in cui l'ampio successo elettorale ha garantito alla compagine di governo la possibilità di codificare nuove regole in materia di controllo giurisdizionale e di colonizzare le istituzioni pensate per impedire possibili abusi da parte del potere politico. Un primo esempio di questo genere è certamente offerto dalla situazione che si è realizzata in Ungheria²⁰: attraverso l'introduzione di una nuova Costituzione appositamente pensata per mettere sotto controllo il potere giudiziario, le forze di maggioranza hanno modificato le regole sulla Corte costituzionale e quelle sull'organizzazione della giurisdizione ordinaria. Obiettivo evidente di riforme che hanno alterato il funzionamento della Corte costituzionale e delle corti ordinarie è stato quello di liberarsi da ogni tipo di controllo sull'operato dell'esecutivo, usando un rigore scientifico per affidare a fiduciari del partito di governo i posti di giudice costituzionale, di Presidente dell'organo di autogoverno della magistratura e i posti di vertice del potere giudiziario. Un secondo esempio dello stesso genere è offerto dagli sviluppi istituzionali della Polonia, dove un partito populista, pur non riuscendo ad ottenere una maggioranza sufficiente per modificare la Costituzione, ha adottato una strategia simile: per mezzo di una serie di leggi ordinarie (palesamente contrarie alle norme costituzionali tuttora vigenti), è stata in un primo momento bloccata l'operatività del tribunale costituzionale, poi si è provveduto a ripristinarne il funzionamento attraverso nomine mirate a prenderne il controllo e infine si è riusciti a riformare l'organo di autogoverno del potere giudiziario e ad alterare la composizione del Tribunale supremo²¹. L'analogia con il caso magiaro è dunque evidente: nonostante la mancata modifica costituzionale renda, almeno in teoria, più semplice un ripristino degli assetti tipici delle liberal-democrazie, l'occupazione sistemica degli spazi istituzionali deputati al controllo rende la possibilità di un ritorno agli equilibri originari altamente improbabile. Per i nemici della democrazia costituzionale, infatti, è ormai relativamente semplice utilizzare gli strumenti della giurisdizione in maniera distorta, per alterare le competizioni elettorali e per garantire gli interessi politici delle forze di maggioranza. Più difficile da inquadrare, ma non per questo meno emblematica della situazione di difficoltà vissuta in questa epoca dalle istituzioni giudiziarie, la situazione albanese in cui l'opposizione, in seguito ad una riforma costituzionale (approvata all'unanimità in Parlamento) che ha paralizzato i vertici del potere giudiziario (l'istituzione

²⁰ Per una disamina della gravissima crisi costituzionale magiara sia consentito il rinvio a F. VECCHIO, *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, CEDAM, 2013 e alla più ampia bibliografia ivi riportata.

²¹ Per quanto riguarda la grave crisi polacca si rinvia a F. VECCHIO, *La crisi costituzionale polacca, la bielorusizzazione dell'Europa orientale e il processo di disintegrazione europea*, in A. PÉREZ MIRAS, G. TERUEL LOZANO, E. RAFFIOTTA, *Constitución e integración europea: forma política, gobernanza económica, organización territorial*, Dykinson, 2017, p. 303 ss. e alla bibliografia ivi riportata.

di autogoverno della magistratura, la Corte costituzionale e la Corte suprema), denuncia la volontà della maggioranza di colonizzare il sistema di giustizia²².

Accanto a queste situazioni in cui le degenerazioni istituzionali sono oramai talmente profonde da non lasciare intravedere margini per recuperare, per lo meno in tempi brevi, un assetto dei poteri conforme agli schemi dello stato costituzionale, ne esistono anche altre in cui rotture più o meno gravi sono avvenute in maniera episodica. È questo certamente il caso delle gravissime situazioni che nel corso degli anni passati hanno portato il governo rumeno a sospendere l'operatività di una sentenza della Corte costituzionale relativa all'*impeachment* di un Presidente della Repubblica non gradito dal governo²³ e dalla mancata nomina dei giudici che ha rischiato di paralizzare la Corte costituzionale slovacca²⁴.

Può essere appena il caso di segnalare che, contrariamente a quanto si può essere portati ad immaginare, tendenze di questo tipo sono state registrate anche in democrazie costituzionali di più consolidata tradizione rispetto a quelle istituite in tempi relativamente recenti nei paesi segnati dall'esperienza della forma di stato socialista: in questo senso è possibile menzionare sia l'azione del governo catalano che ha ignorato le sentenze con cui la Corte costituzionale spagnola ha proibito il referendum sulla secessione²⁵, sia i provvedimenti con cui, in contrasto con le indicazioni provenienti dal tribunale amministrativo di Gelsenkirchen, le autorità del *Land* della Westfalia hanno provveduto all'extradizione di un fondamentalista islamico²⁶. Addirittura, anche a voler tacere delle tensioni e dei problemi registrati in occasione della nomina dei giudici della Corte suprema americana²⁷, alcuni tentativi di limitare il raggio di azione del controllo giurisdizionale sono stati registrati a livello sovranazionale: secondo alcuni commentatori, con le dichiarazioni di Brighton e di Copenaghen sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo, alcuni stati membri del Consiglio d'Europa

²² Per ciò che riguarda la situazione albanese si rinvia E. CUKANI, *A mali estremi, estremi rimedi: Maladministration e misure anti - Corruzione in Albania*, in <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/669/632>.

²³ Per quanto riguarda la situazione di crisi determinatasi in Romania nel 2012 si rinvia a F. VECCHIO, *The Romanian mess, Europe and the risks of authoritarian involutions*, in C. BENLLOCH DOMÈNECH, P. J. PÉREZ ZAFRILLA, J. SARRIÓN ESTEVE, *Current social and legal challenges for a changing Europe*, Comares, 2013, p. 108 ss. e alla bibliografia ivi riportata. Per quanto riguarda il populismo nell'ordinamento rumeno si veda anche S. TĂNĂSESCU, *Le Corti costituzionali possono diventare populiste?*, in <https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/le-corti-costituzionali-possono-diventare-populiste-631.php>.

²⁴ Per maggiori ragguagli sulla crisi slovacca si rinvia al resoconto T. L'ALÍK, *Constitutional Court Crisis in Slovakia: Still Far Away from Resolution*, in <http://www.icconnectblog.com/2016/08/constitutional-court-crisis-in-slovakia-still-far-away-from-resolution/>.

²⁵ Sulla complessa vicenda catalana e sugli strappi prodotti si veda G. POGGESCHI, *La Catalogna: dalla nazione storica alla repubblica immaginaria*, Editoriale scientifica, 2018.

²⁶ L'episodio è riportato da M. STEINBEIS, *Law and Sentiment*, in <https://verfassungsblog.de/law-and-sentiment/>.

²⁷ In questo senso si vedano le ingerenze sul potere giudiziario realizzate nel corso degli ultimi anni e quelle progettate per il futuro dai due principali partiti politici americani. Per maggiori ragguagli si segnala su <https://www.washingtonpost.com/politics/2020/10/12/no-gop-didnt-engage-court-packing-it-did-plenty-court-stacking/>. Per quanto riguarda l'influenza innanzitutto culturale che il fenomeno populista ha sul costituzionalismo americano si veda L. CORSO, *I due volti del diritto. Élite e uomo comune nel costituzionalismo americano*, Giappichelli, 2016.

avrebbero tentato di creare le basi per un futuro intervento a danno dell'indipendenza dei giudici di Strasburgo²⁸.

2.2. La lettura più diffusa: il populismo come minaccia all'indipendenza del potere giudiziario

Come giustamente rilevato dalla dottrina maggioritaria, seppure in forma differente, tutti i casi in questione (a cui con molta probabilità potrebbero aggiungersene diversi altri²⁹), mostrano una tendenza abbastanza consolidata delle istituzioni politiche ad aggredire gli spazi in cui dovrebbero operare le istituzioni giudiziarie: sia quando, in maniera diretta e sistematica, puntano a snaturare i giudici fino a trasformarli in veri e propri strumenti per espandere il loro controllo sulla società e realizzare i loro obiettivi politici, sia quando intervengono in maniera più episodica e marginalmente orientata al perseguimento di uno specifico obiettivo, la linea d'azione del populismo tende a manifestarsi come una chiara minaccia per l'indipendenza del giudiziario³⁰.

Come è stato opportunamente segnalato, lungi dall'essere meramente occasionale, questa tendenza è intimamente connessa all'essenza stessa del fenomeno populista: a causa della sua incontrovertibile pretesa di dare rappresentanza immediata e autentica ai sentimenti e agli interessi di un popolo naturalisticamente inteso come entità indivisibile, il populismo non può - proprio per suo statuto - accettare l'idea di soggetti istituzionali chiamati a svolgere una funzione contromaggioritaria orientata alla difesa di interessi differenti da quelli da esso rappresentati³¹.

²⁸ Secondo l'autorevole opinione di G. RAIMONDI, *La Dichiarazione di Brighton sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in <https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/Raimondi.pdf>, la Dichiarazione di Brighton del 2012 è stata interpretata in questo senso da alcuni autori. Più netto il giudizio espresso da A. DONALD, P. LEACH, *A Wolf in Sheep's Clothing: Why the Draft Copenhagen Declaration Must be Rewritten*, in <https://www.ejiltalk.org/a-wolf-in-sheeps-clothing-why-the-draft-copenhagen-declaration-must-be-rewritten/> sulla Dichiarazione di Copenhagen del 2018.

²⁹ Anche se l'opacità che le connota le rende più difficili da inquadrare, alla stessa maniera potrebbero essere interpretate le forti tensioni istituzionali che, nel corso degli ultimi anni, hanno caratterizzato i rapporti tra Presidenza della Repubblica, Corte suprema, Procura generale e il Consiglio supremo di giustizia in Bulgaria. Per maggiori dettagli sulle vicende in questione si rinvia a E. BAKSANOVA, *Lo Stato di diritto in Bulgaria: una "Fata Morgana"?*, in https://www.questionegiustizia.it/articolo/lo-stato-di-diritto-in-bulgaria-una-fata-morgana_13-03-2020.php.

Inoltre, pur non potendosi certamente inquadrare la Russia tra gli stati costituzionali, tra le riforme che recentemente intervenute per condizionare il funzionamento del potere giudiziario, si può pure fare riferimento alle ultime modifiche del sistema costituzionale russo. Per maggiori ragguagli sulla vicenda si rinvia ad A. DI GREGORIO, *La riforma costituzionale di Putin e il consolidarsi dell'autoritarismo: un dichiarato bisogno di stabilità in tempi di pesanti trasformazioni mondiali*, in <http://www.dpce.it/la-riforma-costituzionale-di-putin-e-il-consolidarsi-dell-autoritarismo-un-dichiarato-bisogno-di-stabilita-in-tempi-di-pesanti-trasformazioni-mondiali.html>.

³⁰ Sul tema del rapporto tra populismo e giustizia è stato dedicato un numero monografico di *Questione giustizia* (1/2019). Molti dei contributi hanno segnalato i pericoli che la giurisdizione corre quando si affermano regimi di populismo politico.

³¹ Secondo, A. MORELLI, *Il principio personalista nell'era dei populismi*, in <http://www.giurcost.org/studi/morelli7.pdf>. "I populistici muovono dal riconoscimento dell'esistenza di un popolo naturalmente privo di articolazioni interne (sono totalmente estranee alla mentalità populista l'idea della divisione in classi o altri schemi rappresentativi della complessità sociale) e, al tempo stesso, moralmente superiore, per definizione, alle corrotte oligarchie economiche, politiche e culturali. Queste ultime, nella narrazione populista,

Occorre inoltre segnalare che può bastare semplicemente un buon risultato elettorale delle forze populiste per determinare effetti sul potere giudiziario e non è invece indispensabile che queste arrivino effettivamente al governo: come si evince abbastanza bene dal caso tedesco, la semplice pressione politica esercitata dalla competizione elettorale con *Alternative für Deutschland* ha spinto l'esecutivo regionale guidato dal partito popolare a mettersi in contrapposizione con i giudici per evitare i costi conseguenti ad una prevedibile strumentalizzazione politica della vicenda.

Pertanto, se si accetta questa ricostruzione, l'esperienza comparata ci mostra una precisa tendenza storica: stanchi di dover rispondere del loro operato e desiderosi di affrancarsi dai vincoli giuridici che limitano il loro potere decisionale, nuovi soggetti politici hanno messo in discussione le regole fondamentali della democrazia costituzionale e, in nome della pretesa di rappresentare integralmente gli interessi e i sentimenti della collettività, elaborano complesse strategie per contenere il sistema dei contropoteri e per aggredire l'indipendenza del potere giudiziario. Sulla base di questa prospettiva qualsiasi riforma ispirata dall'intenzione di salvaguardare il pluralismo liberal-democratico deve strategicamente perseguire l'obiettivo di un rinforzo legale delle istituzioni di controllo in generale e delle istituzioni giudiziarie in particolare³².

2.3.1 I limiti della lettura maggioritaria e la possibilità di una ricostruzione alternativa: il populismo come possibile reazione agli abusi del potere giudiziario

Dal momento in cui individua la minaccia che è proiettata sui giudici dalla comparsa e dall'affermazione di forze populiste sullo scenario politico, questa lettura ha indubbiamente il merito di cogliere uno degli aspetti del complesso rapporto tra politica populista e potere giudiziario. Tuttavia, per quanto sostanzialmente corretta nell'individuare i pericoli più evidenti, in molti casi, essa risulta essere non completamente soddisfacente perché, fermandosi alle manifestazioni superficiali, non si spinge sino ad indagare le cause profonde degli strappi ai quali oggi assistiamo. Essa si limita essenzialmente a denunciare la contraddizione (evidente) tra gli sviluppi ordinamentali proposti e realizzati da certe forze politiche e il modello idealtipico dello stato costituzionale.

Se, però, nel tentativo di individuare soluzioni efficaci ai problemi denunciati, si cerca di indagare sulle cause che hanno portato alle degenerazioni a cui oggi assistiamo, la prospettiva da assumere cambia in maniera radicale. Infatti, per quanto sconcertante possa apparire, sembra inevitabile concludere che (in una situazione in cui l'organizzazione politica e

tengono diviso il popolo stesso attraverso i continui conflitti tra i partiti politici (strumenti delle stesse oligarchie) e lo vessano paralizzando gli organi e gli istituti della democrazia rappresentativa. Il populista si ritiene (ed è percepito dai suoi seguaci) come il solo rappresentante legittimo del popolo".

³² In questo senso si vedano i numerosi e autorevoli contributi presentati durante il dibattito sull'idea di "resilienza costituzionale" che si è sviluppato in Germania nel 2018 e che sono disponibili all'indirizzo <https://verfassungsblog.de/constitutional-resilience/>.

sociale di stati assai lontani tra loro per storia e per cultura è stravolta dall'avanzata di compagini partitiche che presentano comuni matrici di ispirazione populista e che perseguono strategie di azione in buona parte coincidenti) la ricerca delle cause debba spingersi sino a valutare l'esistenza di possibili contraddizioni all'interno di quella peculiare forma istituzionale che accomuna tutti i paesi coinvolti dal fenomeno del populismo: il modello dello stato costituzionale³³. Detto altrimenti, a meno di non voler cadere nell'errore di idolatrare schemi istituzionali consolidati dalla storia recente, ma sicuramente non destinati a rappresentarne l'epilogo, occorre andare a verificare se, al di là dei suoi indiscutibili meriti storici, il modello dello stato costituzionale (o per lo meno alcune sue ricostruzioni) non presenti alcune contraddizioni capaci di far vacillare gli edifici istituzionali che sono stati costruiti sulla sua base³⁴. Anzi, proprio perché la tendenza ad aggredire l'indipendenza del potere giudiziario (cioè di uno dei pilastri fondamentali su cui è stato costruito il modello dello stato costituzionale) è uno degli elementi che caratterizzano i regimi populistici, diventa urgente chiedersi se proprio nel principio in questione non ci sia qualche contraddizione capace di provocare la reazione populista.

Non è certo questa la sede per offrire una prova definitiva su una questione tanto complessa. Ciononostante, sulla scorta di un orientamento dottrinario minoritario ma più convincente, pare possibile sostenere che già sul piano del ragionamento astratto, esiste più di un indizio che spinge a spiegare l'emersione del populismo (anche) in termini di reazione a un non corretto funzionamento delle istituzioni dello stato costituzionale e, nello specifico, a un non corretto funzionamento di quella istituzione più caratteristica che è il giudiziario³⁵. Infatti, come è stato opportunamente osservato, esiste una declinazione giudiziaria del fenomeno populista: nel perseguire esponenti della pubblica amministrazione (ma anche imprenditori o professionisti³⁶), la magistratura populista mostra una certa spregiudicatezza nell'interpretazione creatrice delle fattispecie penali e delle norme attributive di responsabilità

³³ Anche se limitatamente al profilo (strettamente legato all'idea di stato costituzionale europeo) dell'apertura all'ordine giuridico sovranazionale nel sistema ungherese, un'analisi di questo tipo è stata condotta in F. VECCHIO, *Il populismo ungherese tra economia e costituzione*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 2015, 2, p. 133 ss..

³⁴ In questo senso anche le osservazioni di N. LUPO, *What Hungarian Constitutional Experience Can Teach European Constitutionalism*, in Z. SZENTE, F. MANDÁK, Z. FEJES, *Challenges and Pitfalls in the Recent Hungarian Constitutional Development*, L'Harmattan, 2015, p. 114 ss., quando afferma che l'involutione democratica realizzata con l'introduzione della nuova Costituzione ungherese "is caused partly by some specific features of the Hungarian transition to democracy: that is, over-simplifying, to the excessive trust in "legal constitutionalism" and to the underestimation of some elements that usually help to build a constitutional identity".

³⁵ In questo senso, A. MORELLI, *Il riduzionismo populista e i suoi effetti sulla rappresentanza politica e sulla giurisdizione*, in M. BLANCATO, G. DI ROSA, *La sovranità in Europa*, Quad. di Notabilis, 2019, p. 106 ss., parla di populismo politico, di populismo mediatico e di populismo giudiziario individuando una comune matrice ai tre fenomeni.

³⁶ A titolo di esempio si potrebbe in questo senso citare il problema della giurisprudenza in materia di responsabilità penale e civile degli esercenti delle professioni sanitarie. Per maggiori ragguagli sulla complessa questione si rinvia a F. VECCHIO, *Profili di costituzionalità della nuova regolazione della responsabilità medica: dal rischio di una medicina difensiva a quello di una medicina corporativa?*, in <https://www.osservatoriosullefonti.it/mobile-saggi/speciali/speciale-crisi-della-rappresentanza-e-nuove-dinamiche-della-regolazione-le-prospettive-della-democrazia-pluralista-in-europa-fasc-3-2017/1151-profili-di-costituzionalita-della-nuova-regolazione-della-responsabilita-medica-dal-rischio-di-una-medicina-difensiva-a-quello-di-una-medicina-corporativa/file>.

e, sentendosi legittimata dall'autoproclamata missione di colpire a qualsiasi costo i crimini di una categoria di colletti bianchi che è tanto sfumata da fare invidia alle grossolane categorie del qualunquismo populista, finisce con il violare disinvoltamente quel principio di legalità che dovrebbe gelosamente custodire e quell'idea di separazione dei poteri che è una delle basi su cui poggia la sua indipendenza³⁷. Anche a voler tacere delle reazioni antisistemiche che simili condotte possono provocare in chi le subisce, si può pure aggiungere che, con la collusione di certi segmenti del mondo delle comunicazioni, questo tipo di atteggiamenti finisce con l'alimentare quelle forze politiche meno rispettose dell'indipendenza del potere giudiziario³⁸: l'intransigenza di "magistrati senza qualità" che, in nome della loro pretesa di rappresentare un calpestato sentimento di giustizia, sollevano costantemente dubbi sull'operato dei partiti al potere finisce con l'orientare il consenso degli elettori verso quelle forze antisistemiche che, pur premiando i magistrati simbolo che hanno spianato loro la strada, frequentemente finiscono per colpire molto duramente l'indipendenza del potere giudiziario³⁹. Nella stessa direzione di rafforzamento dei partiti antisistema spinge pure il cattivo funzionamento di servizi essenziali che è prodotto da questo tipo di atteggiamenti: in assenza di un quadro normativo chiaro e sentendosi minacciata da un potere giudiziario che percepisce come ostile, la classe dirigente è indotta ad abdicare alle sue responsabilità e a creare condizioni ideali per la diffusione di quel malcontento popolare che è la base elettorale di ogni populismo.

Al di là di ogni considerazione ulteriore, simili congetture sembrano trovare ulteriori elementi di conferma da una analisi del dato comparatistico più attenta alla storia e alla politica. A questo proposito, non si può fare a meno di osservare che, con l'entusiastico supporto di una certa parte della dottrina internazionale, il regime anteriore al successo elettorale della coalizione tra i partiti populistici ungheresi è stato definito *courtocracy* per sottolineare la posizione di predominio che una Corte costituzionale poco rispettosa dei decisori politici ha esercitato per circa venti anni⁴⁰. Da non sottovalutare neanche il fatto che, in Polonia, un partito chiamato Diritto e Giustizia ha conquistato la maggioranza assoluta in Parlamento e ha vinto le elezioni presidenziali: il fatto che gli elettori polacchi abbiano voluto premiare una compagine con questo nome appare indicativo di una volontà di reazione contro un uso della giustizia, a torto o a ragione, percepito come scorretto. Si può pure sottolineare come la condotta non certo encomiabile di alcuni giudici costituzionali polacchi ha avuto un certo peso nell'attacco che ha portato i populistici a paralizzare la Corte costituzionale⁴¹. Importante è pu-

³⁷ In questo senso si può rinviare alla rassegna giudiziaria di D. MICHELETTI, *Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *Criminalia*, 2016, p. 161 ss..

³⁸ In questo senso si veda G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 95 ss. e D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, p. 123 ss..

³⁹ Per una panoramica dei più comuni vizi della magistratura italiana, V. CAFERRA, *Il magistrato senza qualità*, Laterza, 1997.

⁴⁰ Sulla *courtocracy* e sugli effetti perversi prodotti nel sistema ungherese si rinvia a F. VECCHIO, *Teorie*, cit., p. 22 – 32.

⁴¹ Può essere utile ricordare che tre giudici costituzionali sono stati segretamente coinvolti nel procedimento legislativo che ha portato all'adozione di una contestatissima e discutibile riforma della legge sulla Corte costituzionale. Pur essendo stata approvata su iniziativa dell'attuale opposizione la legge aveva tratti chiaramente contrari ai principi liberal democratici perché, anticipando di qualche mese le scorrettezze dell'attuale maggioranza

re sottolineare che, a dispetto delle polemiche, i ripetuti successi elettorali ottenuti in questi paesi rendono poco credibile l'ipotesi di un gigantesco abbaglio di massa dell'elettorato e accreditano l'idea che dietro l'ampio consenso di cui godono le azioni persecutorie nei confronti del potere giudiziario ci siano molti errori da parte di questo. Addirittura, in Albania il giudiziario è stato paralizzato dall'incapacità dei giudici di dare spiegazioni del loro patrimonio familiare o dalla scelta di dare le dimissioni prima di sottoporsi al controllo imposto dalla riforma costituzionale del 2016: tre dei nove giudici della corte costituzionale si sono dimessi prima di sottoporsi ai controlli e quattro non hanno superato il controllo; in ragione delle stesse procedure anticorruzione dei diciassette giudici che compongono la Corte suprema solo tre hanno superato il controllo; per le stesse ragioni, il Consiglio sulle nomine nella giustizia non è nelle condizioni di poter operare⁴².

Rinviando alle conclusioni considerazioni di ordine più generale, per il momento si deve sottolineare come il rapporto tra populismo e potere giudiziario sia estremamente complesso e, a seconda dei contesti in cui si manifesta il fenomeno, possa assumere dinamiche di tipo circolare: per un verso, è certamente vero che il populismo rappresenti una minaccia per l'indipendenza dei giudici; per un altro è altrettanto vero che certe cattive abitudini dei magistrati possano finire con l'innescare reazioni perverse⁴³. Pertanto, alla luce di questa seconda ricostruzione, non è sempre detto che una strategia mirata alla conservazione dell'esistente (o ad un preventivo rafforzamento del quadro di garanzie legali poste a tutela delle istituzioni giudiziarie) sia il modo migliore per salvaguardare l'essenza dello stato costituzionale. Infatti, in un contesto segnato da forte corruzione giudiziaria o da un interventismo giudiziario poco rispettoso delle istituzioni politiche, interventi conservativi possono finire per aggravare il problema. In situazioni del genere può essere invece più opportuno puntare su riforme finalizzate a riequilibrare i poteri e a rinforzare le istituzioni della società civile.

3. Il problema dell'obbligatorietà dell'azione penale nel contesto italiano: tra gli eccessi dell'espansionismo giudiziario e i rischi di politicizzazione

3.1. Le tensioni tra politica e giustizia nel contesto italiano

Alla luce dell'analisi comparatistica svolta nelle pagine precedenti si capiscono le ragioni per cui si ritiene che, prima di poter sviluppare un'analisi critica delle riforme della giustizia attualmente in discussione, sia necessaria una valutazione del contesto in cui esse, in

za, ha arbitrariamente anticipato i tempi delle nomine per impedire agli avversari politici la possibilità di nominare due giudici costituzionali. L'episodio è rilevante perché la necessità di escludere i tre giudici intervenuti nel procedimento, in abbinamento ad una situazione in cui alla Corte mancavano già altri cinque magistrati, ha creato problemi di numero legale, pretestuosamente utilizzati dall'attuale maggioranza per paralizzare l'istituzione di garanzia e acquisirne il controllo.

⁴² Questo è quanto riporta, E. CUKANI, *op. cit.*.

⁴³ In questo senso, con specifico riferimento all'ordinamento italiano, N. MAZZACUVA, *Dal 'populismo giudiziario' al 'populismo penale di governo'*, in <https://dirittodidifesa.eu/dal-populismo-giudiziario-al-populismo-penale-di-governo/>, sostiene che si sia già consumato il "passaggio dal 'populismo giudiziario' al 'populismo penale di governo'".

caso di approvazione, sarebbero chiamate ad operare: prima di valutare l'opportunità di un intervento è necessario avere un'idea sul ruolo che il potere giudiziario ha svolto nello specifico contesto italiano e sul funzionamento concreto del sistema disposto dall'articolo 112 della Costituzione.

Senza la pretesa di dare giudizi conclusivi su un fenomeno molto dibattuto, si ritiene che alcune indicazioni utili al nostro ragionamento possano comunque essere desunte da alcuni punti fermi a cui è approdato il dibattito dottrinario negli ultimi anni. Innanzitutto, a prescindere dal giudizio che si esprime sul fenomeno dell'interventismo giudiziario, nessuno dubita più del fatto che l'ordinamento italiano, con l'adozione di una costituzione rigida e con la conseguente adesione al modello dello stato costituzionale, si sia (al meno in via di fatto) discostato dagli schemi dello stato di diritto di tradizione ottocentesca e abbia conosciuto un'inedita espansione del potere giudiziario⁴⁴. Più precisamente, a causa della concomitanza di differenti fattori connessi all'idea di stato costituzionale, l'idea illuministica di un giudice "bocca della legge" e soggetto alla volontà del legislatore è entrata in crisi irreversibile e ad essa si sostituisce quella più realistica di un potere legislativo sottoposto ad un controllo giudiziario molto stringente e ampiamente discrezionale⁴⁵: tra i tanti corollari dello stato costituzionale che producono espansione del potere giudiziario si è soliti annoverare la scelta di sottoporre ad un controllo giuridico le azioni del potere politico per garantire che questo non prevarichi i diritti fondamentali dei singoli o delle minoranze; l'apertura all'ordinamento dell'Unione europea e al sistema CEDU; la necessità di dare attuazione ad un dettato costituzionale di ispirazione pluralista e inevitabilmente vago; le difficoltà incontrate dal legislatore per normativizzare l'idea di eguaglianza sostanziale e la conseguente crisi del sistema delle fonti del diritto⁴⁶. Secondo alcuni autori addirittura, in seguito all'adesione al modello costituzionale dello stato, è possibile sostenere che il rapporto tra i poteri si sia invertito e che i giudici siano diventati i veri "padroni del diritto"⁴⁷: al posto del tradizionale rapporto che subordina il giudiziario alla volontà di un legislatore superiore, si è scelto di sottoporre il legislatore al

⁴⁴ Sulle differenze tra stato liberale di diritto e stato costituzionale di diritto, ancora di straordinaria attualità le considerazioni di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, 1997. Sul punto si vedano anche le considerazioni di M. FIORAVANTI, *Lo stato costituzionale: il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in S. MERLINI, *op. cit.*, p. 55.

⁴⁵ In questo senso, R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una "prospettiva quantistica"*, Franco Angeli, 2014, pur negando la problematicità della questione, usa metafore provenienti dalla fisica quantistica per affermare l'ineliminabilità della discrezionalità del giudice.

⁴⁶ È quanto sottolineato da A. RUGGERI, *Disordine del sistema delle fonti, crisi della legge e ruolo del giudice (tornando a riconsiderare talune correnti categorie teoriche alla luce delle più salienti esperienze della normazione e dei più recenti sviluppi istituzionali)*, in <https://www.giurcost.org/studi/ruggeri115.pdf>.

⁴⁷ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 208, "il carattere dell'unità del diritto secondo le esigenze dello Stato costituzionale ci ha condotto a comprendere l'eccezionale importanza della funzione giurisdizionale. Potremmo così finire per riconoscere nei giudici gli attuali "padroni del diritto". Presso di loro, infatti, sta il diritto in tutte le sue dimensioni, come legge, come diritti e come giustizia. Avevamo iniziato il nostro percorso da un'epoca costituzionale molto diversa, quando il padrone del diritto era il legislatore. Quegli elementi compositivi del diritto si trovavano tutti riuniti presso di lui, nella legge. La trasformazione dello Stato di diritto legislativo dell'Ottocento nello Stato costituzionale del Novecento sembra aver comportato anche questo passaggio di mano, certamente al di fuori degli intenti e anche delle previsioni degli autori delle odierne Costituzioni".

controllo dei giudici che danno voce alla Costituzione⁴⁸. È appena il caso di ricordare che, da questo punto di vista, poco importa se la nuova allocazione sia imputabile alla volontà dell'uno o dell'altro potere⁴⁹: sia che il fenomeno venga interpretato come una autoattribuzione di competenze da parte dei giudici, sia che questo (come più frequentemente accade) venga letto come una delega del legislatore al giudiziario⁵⁰, resta il fatto che all'interno dello stato costituzionale la figura del magistrato diventa ogni giorno più centrale⁵¹.

In secondo luogo, la dottrina ha pochi dubbi pure sul fatto che questa espansione delle competenze del potere giudiziario abbia riguardato anche la sfera del penale⁵². Attraverso interpretazioni creatrici giustificate da una dichiarata necessità di adeguarsi al dettato costituzionale⁵³, le regole basilari del processo penale e le fattispecie criminali sono state riscritte a dispetto della volontà del legislatore e, in alcuni casi, in spregio alle più elementari garanzie

⁴⁸ Solo parzialmente coincidente (e più convincente), invece, la posizione di A. RUGGERI, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2014/12/ruggeri.pdf> quando, pur riconoscendo che “da tempo si discute dell’alternativa tra il c.d. “Stato legislativo” e il c.d. “Stato giurisdizionale”, dell’abdicazione del primo, detronizzato a forza dal secondo che – secondo questa veduta, da molti condivisa – va, in modo sempre più imperioso, affermandosi e diffondendosi, conquistando “territori” un tempo stabilmente assoggettati al dominio del primo. Si tratta, in realtà, di descrizioni largamente approssimative, meramente allusive di una realtà assai più composita e refrattaria a farsi ingabbiare entro etichette eccessivamente semplificanti e, per ciò stesso, forzose”, a proposito della dicotomia tra stato legislativo e stato giurisdizionale afferma che “con specifico riguardo al nostro ordinamento, a me sembra che l’alternativa stessa risulti priva di fondamento e che i due corni, usualmente considerati irriducibili, di cui essa si compone richiedano piuttosto di essere riportati ad unità”. Con lo stesso spirito, M. FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 65 – 66, richiamando l’efficace immagine di un triangolo con al vertice la Costituzione e alle estremità della base il potere legislativo e quello giudiziario, afferma che è essenziale che il “confronto” non avvenga “sui c.d. primati. Non solo su quello (...) del legislatore che nelle sue punte più estreme pretendeva di ridurre la funzione giurisdizionale ad una meccanica inerte, puramente applicativa, ma anche sul suo possibile opposto, che nelle sue punte più estreme vorrebbe quasi annullare la dimensione della discrezionalità politica, come se fosse possibile concepire l’intera esperienza costituzionale come l’estrinsecazione di una sorta di etica costituzionale, giurisdizionalmente amministrata”. La metafora del triangolo è ripresa anche da P. CARETTI, *I diritti tra giudice e legislatore*, in S. MERLINI, *op. cit.*, p. 81.

⁴⁹ S. RODOTÀ, *Magistratura e politica in Italia*, in E. BRUTI LIBERATI, A. CERETTI, A. GIASANTI, *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Feltrinelli, 1996, p. 21, parlando della magistratura italiana, scrive “si ritiene che questa abbia svolto la parte sostanziale di un lavoro sgradevole, appunto delegato dal legislatore in maniera esplicita (come nei casi di terrorismo o di criminalità organizzata) o da essa assunto in presenza di circostanze che il ceto politico non era in grado di controllare (è il caso delle inchieste sulla corruzione)”.

⁵⁰ Di una delega del legislatore al potere giudiziario si parla in A. RUGGERI, *Disordine*, cit..

⁵¹ Pur avendo cura di precisare che poco cambia dal punto di vista delle conseguenze prodotte sul piano degli equilibri istituzionali, la differenza tra le due situazioni riferite è opportunamente ricordata da F. GIUNTA, *Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa del giudice penale*, in *Criminalia*, 2016, p. 157 ss..

⁵² Secondo L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell’età dei populismi politici*, in https://www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/595/qg_2019-1_13.pdf, “la questione penale è sempre più centrale nei nostri sistemi politici”.

⁵³ Criticando il fenomeno, O. MAZZA, *Il potere dei più buoni e altre sconvenienze: la judicial legislation all’italiana*, parla di un “potere dei più buoni, alimentato da principi ed ermeneutiche finora sconosciuti alla dogmatica e lontani dal dato positivo, teleologicamente orientato a rendere una giustizia al di là e a prescindere dalla legge. Soprattutto la legge processuale è vittima del diritto floscio e delle teoriche della post-modernità che altro non sono se non il goffo tentativo di rendere socialmente accettabile un atteggiamento teso a rimuovere ogni limite e ogni ostacolo all’esercizio del potere punitivo. Il giudice diviene così il creatore delle regole del rito, attraverso un’azione che muove dalla decostruzione del codice nella sua componente precettiva per giungere alla ideazione di una nuova disciplina processuale giurisprudenziale che, snellendo le forme, si presenta nella sostanza più utile per il raggiungimento del risultato”.

previste dalla Costituzione⁵⁴. Alcune semplici osservazioni empiriche sembrano sufficienti per mettere a fuoco la rilevanza che queste modalità di intervento giudiziario hanno avuto sul sistema italiano. Nel corso dei due anni tra il 1992 e il 1994, alcune famose inchieste giudiziarie hanno portato a mettere sotto indagine circa cinquemila persone (con circa mille condanne), tra cui cinquecento dei quasi mille parlamentari (trecento condanne), tutti i segretari dei partiti di governo e sette ministri dell'esecutivo allora in carica⁵⁵. Nel corso degli anni successivi, nonostante ci sia stato un cambio di regime politico talmente evidente da portare tutti gli osservatori a parlare di "Seconda Repubblica", l'interventismo giudiziario non si è in alcun modo ridimensionato e non mancano certamente esempi di inchieste basate su interpretazioni estreme delle regole penali e dei meccanismi processuali⁵⁶. Non è certo questa la sede per passare in rassegna tutti i casi e meno che mai per denunciare quelli più problematici, ma non sembra potersi seriamente dubitare del fatto che le cronache degli ultimi trenta anni siano state contrassegnate da episodi di forti tensioni tra giustizia penale e sistema politico e amministrativo: dalle discutibili contestazioni di "tentata concussione" all'uso estensivo del "concorso esterno in associazione mafiosa", la recente storia istituzionale italiana testimonia in maniera inequivoca quanto sia stato importante l'impatto di un certo modo di procedere del potere giudiziario⁵⁷. Non è secondario sottolineare il fatto che gli scandali hanno coinvolto esponenti dei gruppi politici più disparati e che praticamente tutti i livelli dell'amministrazione, indipendentemente dall'affiliazione politica, si sono trovati in qualche modo coinvolti⁵⁸.

In terzo luogo, pare potersi affermare che non tutta la dottrina ha accolto con favore le trasformazioni appena descritte e alcuni autori hanno denunciato i limiti democratici di una teoria costituzionale che limita il raggio di azione degli organi di rappresentanza politica⁵⁹. Tuttavia, l'orientamento dottrinario maggioritario, nel tentativo di legittimare l'interventismo

⁵⁴ Citando situazioni differenti accomunate da un atteggiamento distorsivo, V. CAFERRA, *op. cit.*, p. 65 sostiene che "l'ondata giustizialista ha consentito (...) parecchie forzature sostanzialistiche: dalle disinvolute applicazioni di regole di competenza territoriale alla distorsione dell'informazione di garanzia; dalle dilatazioni abnormi di fattispecie incriminatrici alle gratuite offese nei confronti degli imputati". Per trovare critiche relative all'utilizzo distorto delle norme di diritto penale sostanziale, tra i tanti, si vedano i numerosi casi denunciati da D. MICHELETTI, *op. cit.*

⁵⁵ A proposito degli avvenimenti di quegli anni, tra i tanti che hanno parlato di "rivoluzione" anche S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 17. E. BRUTI LIBERATI, *Postfazione. Potere e giustizia*, in E. BRUTI LIBERATI, A. CERETTI, A. GIASANTI, *op. cit.*, p. 185 usa l'espressione "rivoluzione giudiziaria".

⁵⁶ Interessante ed efficace l'interpretazione proposta da D. PULITANÒ, *Tra jus facere e jus dicere*, in *Criminalia*, 2016 p. 211 quando, pur senza disconoscere la profondità delle ragioni che hanno portato il potere giudiziario a prendere posizioni molto forti, afferma: "Come chiave di lettura (non l'unica) d'una persistente situazione spirituale della giustizia penale in Italia, ho da tempo introdotto l'idea di autoritarismo ben intenzionato. È un'ipotesi da sottoporre ad articolata verifica, relativa, da un lato, alle concezioni (precomprensioni?) relative a diritto e giustizia, che reggono l'attività giudiziaria, dall'altro lato ai prodotti di tale attività. L'idea di un operare ben intenzionato – distaccandosi da letture che pongono in primo piano aspetti di impropria politicizzazione – legge nelle tendenze espansive e rigoriste presenti nella giurisprudenza la moralità di intenti di responsabilizzazione. La valutazione di autoritarismo intende essere, ad un tempo, descrittiva e critica, non sulle motivazioni ma sugli effetti".

⁵⁷ S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 21, pur denunciando le responsabilità della politica, non ha esitato a parlare di "iniziative giudiziarie sicuramente censurabili".

⁵⁸ In questo senso, si può rilevare come G. M. FLICK, *op. cit.*, parla di "demolizione del tessuto istituzionale" del Paese come di "una delle insidie più pericolose cui l'Italia va incontro nella difesa della democrazia".

⁵⁹ Per una critica in questo senso, S. STAIANO, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, in <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=37045>.

giudiziario degli ultimi anni, ha sostenuto che il superamento dell'impostazione ottocentesca e l'adesione alla configurazione dei poteri tipica del *common law* non debba essere interpretata come un ridimensionamento democratico⁶⁰. Al contrario, si è soliti sostenere che l'importazione del modello giudiziario tipico dei paesi di tradizione anglosassone porti a definitivo compimento l'idea di democrazia⁶¹: avendo coscienza del monito di Tocqueville sui pericoli di una "tirannide della maggioranza", i sistemi costituzionali contemporanei hanno abbracciato un concetto di democrazia secondo cui questa si concreta in un potere rispettoso delle minoranze e, a questo fine, hanno appositamente introdotto dei meccanismi istituzionali di controllo e di garanzia⁶².

Un quarto elemento da tenere nella dovuta considerazione è la reazione tenuta dalla classe politica a fronte dell'espansionismo giudiziario degli ultimi anni⁶³. Esaurita presto la fase in cui la classe politica ha reagito corporativamente con iniziative punitive come la riforma delle regole sulla responsabilità dei magistrati⁶⁴, si è inaugurata una stagione in cui ciascuna formazione politica, considerando i costi elettorali di uno scontro con un potere giudiziario rispettato dall'opinione pubblica, ha puntato su riforme unilaterali (in alcuni casi *ad personam*⁶⁵) della giustizia e piuttosto ha preferito speculare sull'indignazione popolare suscitata dagli scandali riguardanti gli avversari⁶⁶.

Infine, occorre riferire che, in una perversa dinamica a spirale, questi discutibili atteggiamenti del sistema politico hanno indotto una reazione molto forte perché i magistrati, stanchi di subire attacchi in ragione della loro attività e sentendosi abbandonati dalle istitu-

⁶⁰ Secondo L. VIOLANTE, *Verso un giudice di Common law?*, in *Criminalia*, 2016, p. 239, "Stiamo andando inesorabilmente verso un giudice di common law, il diritto giurisprudenziale è inevitabilmente sempre più presente per la difficoltà di costruire un ordinamento basato principalmente sulla legge. Prima si parlava della globalizzazione, del dialogo tra le Corti, dell'influenza che hanno gli interventi delle Corti europee sulle Corti nazionali; tutto questo produce necessariamente un peso anomalo o comunque nuovo della mediazione giurisdizionale. Le questioni che poniamo, quindi, – reclutamento, carriera, etc. – vanno riferite ad una figura di giudice che non è quella alla quale magari alcune generazioni dei presenti sono abituate; è un'altra realtà. Stiamo scivolando verso la common law, però con un disegno mentale che ancora fa riferimento alla vecchia figura. Scopriamo talvolta che questo giudice crea la norma per il caso concreto e quando viene fuori la pubblicazione della sentenza, ormai quel tipo di interpretazione è già superata da una successiva. Non è una patologia; è una nuova fisiologia. E a questa nuova fisiologia credo che dovremmo un po' adattare le nostre argomentazioni".

⁶¹ Questa è la tesi di fondo sostenuta in N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, 2014. Nella stessa direzione anche G. AMATO, *Democrazia maggioritaria e divisione dei poteri*, in L. PEPINO, N. ROSSI, *Un progetto per la giustizia. Idee e proposte di rinnovamento*, Franco Angeli, 2006, p. 269 ss..

⁶² È quanto sottolinea G. SILVESTRI, *Sovranità popolare e magistratura*, in <https://www.constituzionalismo.it/sovranita-popolare-e-magistratura/>.

⁶³ In questo senso, G. SILVESTRI, *Sovranità*, cit., parla di un "clima di rivincita della classe politica verso la magistratura".

⁶⁴ In questo senso, S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 19.

⁶⁵ È quanto ricorda V. ONIDA, *Politica e giustizia: problemi veri e risposte sbagliate*, in *il Mulino*, 2010, 1, p. 20 ss..

⁶⁶ A. CIANDRI, *Riforma della giustizia: la proposta di legge di iniziativa popolare promossa dalle Camere Penali sulla separazione delle carriere in seno alla magistratura ordinaria*, in *Archivio penale*, 2019, 2, p. 11 parla a questo proposito dei tentativi con cui il "ceto politico" ha provato a "varare norme volte a favorire gli esiti giudiziari di vicende processuali riguardanti esponenti politici di prim'ordine". Inoltre, proseguendo si parla di un potere "politico, che negli ultimi vent'anni, con la triste esperienza delle leggi *ad personam*, non ha dato prova di essere particolarmente incline al rispetto della separazione dei poteri".

zioni politiche, hanno modificato la propria strategia di azione⁶⁷: i giudici italiani, nel tentativo di non soccombere alle pressioni esterne, hanno sviluppato un comprensibile atteggiamento di autoprotezione e, a partire dal momento storico in cui il disinteresse della politica ha costretto la categoria professionale a pagare un caro prezzo nella lotta alla criminalità organizzata⁶⁸, hanno cercato di rompere il loro isolamento iniziando ad utilizzare gli strumenti della comunicazione⁶⁹. Per quanto siano comprensibili le ragioni che hanno ispirato questo atteggiamento esso ha iniziato a suscitare le preoccupazioni della dottrina per almeno due ordini di ragioni. Un primo problema è quello relativo allo stile sempre più aggressivo e autoreferenziale che i magistrati usano sui mezzi di comunicazione di massa e anche sui social media⁷⁰: emblematica la vicenda di un Procuratore capo, ex componente del CSM che, pur definendosi preoccupato da “talune posizioni di chiusura corporativa e di autoreferenzialità” tenute dagli esponenti della pubblica accusa, ha sostenuto che è una insindacabile prerogativa dei pubblici ministeri la scelta di effettuare una “perquisizione con ampio schieramento di auto con lampeggianti, uomini armati in divisa e televisioni al seguito⁷¹”. Un secondo problema è quello delle commistioni tra diversi sistemi di garanzia che dovrebbero controllarsi reciprocamente e che invece possono trarre occasioni di profitto dalla frequentazione impropria:

⁶⁷ In questo senso si veda quanto ricorda G. CASELLI, *La cultura della giurisdizione*, in E. BRUTI LIBERATI, A. CERETTI, A. GIASANTI, *op. cit.*, p. 123.

⁶⁸ Secondo G. M. FLICK, *op. cit.*, “c’è stata una responsabilità dell’intera magistratura nel limitarsi a richiamare il sacrificio dei magistrati uccisi dal terrorismo o dalla mafia: quasi a voler bilanciare certe degradazioni dell’autogoverno”.

⁶⁹ Dell’esistenza di un potere giudiziario sempre più frequentemente orientato ad “entrare in rapporto diretto col mondo dell’informazione e ad acquisirne il linguaggio e le tecniche di comunicazione” e dei danni che può produrre un “circo mediatico-giudiziario” parla V. CAFERRA, *op. cit.*, p. 101. Duro pure il giudizio di L. FERRAJOLI, *Deontologia giudiziaria*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2013, 497, quando lamenta che “abbiamo assistito in questi mesi a trasmissioni televisive desolanti, nelle quali dei pubblici ministeri parlavano dei processi da loro stessi istruiti, sostenevano le loro accuse, lamentavano gli ostacoli o il mancato sostegno politico alle loro indagini, addirittura discutevano e polemizzavano con un loro imputato e, peggio ancora, lanciavano terribili insinuazioni senza contraddittorio. Qui siamo di fronte non solo alla lesione di quel costume del dubbio e del rispetto per le parti in causa di cui ho prima parlato, ma anche a una strumentalizzazione del proprio ruolo istituzionale, talora con accenti di pura demagogia. Sappiamo bene, per averlo sperimentato in questi anni, quanto il populismo politico sia una minaccia per la democrazia rappresentativa. Ma ancor più minacciosa è la miscela di populismo politico e di populismo giudiziario”.

⁷⁰ Indicativa di un atteggiamento inaccettabile da parte di un componente del potere giudiziario, il passaggio (riportato da A. CARRINO, *Giustizia e politica: un commento a Guizot*, postfazione a F. GUIZOT, *I giudici e la politica. Cospirazioni e giustizia politica*, ESI, 2001, p. 73, nota 3) con cui un ex magistrato (passato alla politica) ha affermato che da un giudice “ci si può attendere (...) un livello medio di onestà e di rispetto della legalità superiore a quello dei loro concittadini”. Altrettanto gravi anche le numerose vicende riferite da G. FIANDACA, *op. cit.*.

Da questo punto di vista può essere opportuno segnalare come, mostrando un ben diverso atteggiamento, di rischio di “omertà corporativa” e di “autoreferenzialità” abbia di recente parlato uno dei fondatori della corrente giudiziaria di Magistratura Democratica. In questo senso, si veda N. ROSSI, *Oltre la crisi*, in https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/oltre-la-crisi_679.php e ID., *L’etica professionale dei magistrati: non un’immobile Arcadia, ma un permanente campo di battaglia*, in https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/l-etica-professionale-dei-magistrati-non-un-immobile-arcadia-ma-un-permanente-campo-di-battaglia_683.php.

La questione dell’utilizzo dei social media è stata di recente toccata dall’Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella alla cerimonia di dei corsi di formazione della Scuola Superiore della Magistratura per l’anno 2019.

⁷¹ Così, E. BRUTI LIBERATI, *Le scelte del pubblico ministero: obbligatorietà dell’azione penale, strategie di indagine e deontologia*, in https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/le-scelte-del-pubblico-ministero-obbligatorieta-dell-azione-penale-strategie-di-indagine-e-deontologia_507.php.

paradigmatica è la vicenda che, secondo quanto dichiarato da un ex Procuratore aggiunto (recentemente condannato per peculato), avrebbe visto la mediazione del direttore di un importante quotidiano nazionale nel caso di alcune indagini sulla trattativa stato-mafia arrivate a lambire la Presidenza della Repubblica⁷².

Sulla base di questi elementi sembra potersi sostenere che il quadro dei rapporti tra politica e giustizia in Italia appare particolarmente complesso e pericolosamente contrassegnato da solchi profondi⁷³: lungi dal caratterizzarsi per quelle tensioni che costituiscono “un dato fisiologico nelle democrazie”, da almeno trenta anni si registra “una conflittualità che ha superato il livello di guardia e ha assunto le connotazioni di una vera patologia⁷⁴”. Per un verso, il quadro è segnato da un potere giudiziario che, pur legittimando la sua azione in nome di una dichiarata volontà di rispettare i dettami della Costituzione, appare fortemente invasivo e, attraverso l’uso disinvolto di una retorica giustizialista e poco attenta alla “cultura delle garanzie⁷⁵”, spesso finisce con il contribuire alla creazione di un quadro politico ostile alla democrazia liberale: anche se non arriva a configurare l’incubo di un “governo dei giudici⁷⁶”, l’azione giudiziaria si presta ad alimentare sentimenti antisistemici attraverso una ingenerosa rappresentazione caricaturale di un’intera classe dirigente e attraverso un’azione di rallentamento (o, in alcuni casi, di vera e propria paralisi) dell’azione legislativa e (soprattutto) amministrativa⁷⁷. Per un altro verso, il panorama italiano è contraddistinto da ulteriori elementi di preoccupazione legati all’affermazione di indebite concezioni maggioritarie del potere⁷⁸ e a ricorrenti tentativi ad opera del sistema politico di assoggettare il sistema giudiziario o, per lo meno, di riuscire ad interferire o ad utilizzare strumentalmente le inchieste⁷⁹.

⁷² In questo senso si veda quanto riferisce G. VALENTINI, *Le insidie di una frequentazione impropria fra magistrati e giornalisti*, in <https://dirittodidifesa.eu/le-insidie-della-frequentazione-impropria-fra-magistrati-e-giornalisti-di-giovanni-valentini/>.

⁷³ V. CAFERRA, *op. cit.*, p. 40 – 41, riferendosi alla situazione italiana, ritiene necessario “distinguere ciò che vi è di fisiologico nella espansione globale del potere giudiziario, fenomeno comune alle democrazie occidentali, dagli aspetti patologici dell’attivismo giudiziario”. G. M. FLICK, *op. cit.*, parla di “scontro tra politica e magistratura” e di “incessanti, reciproche invasioni di campo”.

⁷⁴ Così, M. VOLPI, *La indipendenza della magistratura e l’equilibrio con gli altri poteri dello Stato*, in S. MERLINI, *op. cit.*, p. 90.

⁷⁵ In questo senso non sarà superfluo osservare che già quasi venticinque anni fa, assai autorevolmente, G. BORRÈ, *Pesi e contrappesi: gli istituti di garanzia*, in https://www.questionegiustizia.it/articolo/pesi-e-contrappesi-gli-istituti-di-garanzia_04-10-2016.php parlava di “cultura delle garanzie che si è talora fortemente attenuata nel mondo giudiziario”.

⁷⁶ Con l’espressione “governo dei giudici”, già negli anni venti dello scorso secolo, il comparatista francese Lambert intendeva denunciare le criticità del sistema costituzionale americano: con questa espressione, l’autore cercava di mettere in luce come l’idea americana di *common law*, prendendo le distanze dall’idea inglese della *supremacy* del diritto parlamentare, finiva per distaccarsi dai dettami dei regimi democratici e finiva per creare un sistema egemonizzato da una Corte suprema politicamente irresponsabile e di ispirazione reazionaria. Sul punto si veda la versione italiana dell’opera tradotta a cura di D’ORAZIO, E. LAMBERT, *Il governo dei giudici e la lotta contro la legislazione sociale negli Stati Uniti*, Giuffrè, 1996.

⁷⁷ V. CAFERRA, *op. cit.*, p. 60, opportunamente ricorda che un’eccessiva ingerenza del sistema giudiziario in ambiti di competenza di altre istituzioni rappresenta “un’azione negativa che, se concorre ad accelerare il processo di trasformazione politica, non ne garantisce l’esito positivo; ed anzi può comprometterne gli sviluppi”.

⁷⁸ In questo senso, G. AMATO, *op. cit.*, p. 273 che, pur ritenendolo addirittura più inquietante, ritiene il fenomeno sganciato dal populismo politico e legato al desiderio di restaurare concezioni rousseauiane di potere politico.

⁷⁹ A. CIANDRI, *op. cit.*, p. 2, parla del pericolo che le riforme della giustizia subiscano “strumentalizzazioni ideologiche da un lato, corporative dall’altro”.

Paiono quindi chiare le caratteristiche che devono connotare i progetti di riforma delle norme costituzionali in materia di giustizia: per evitare che gli scandali diventino un pretesto per creare un'istituzione giudiziaria partigiana e per cercare di prevenire le pericolose reazioni ad un potere che può diventare autoreferenziale, occorre il coraggio di andare oltre i radicati pregiudizi concettuali degli ultimi anni e bisogna avere la capacità di disegnare un sistema dei poteri ben bilanciato e compatibile con il progetto pluralista della Costituzione⁸⁰. Detto in maniera più semplice: a condizione di non tradire l'equilibrio di fondo tra i poteri e lo spirito pluralista che da sempre connota il costituzionalismo, un progetto di riforma della giustizia può legittimamente arrivare a mettere in discussione anche quei corollari dello stato costituzionale che l'esperienza storica attuale ha ridotto a mera forma e che, in una imprevedibile eterogenesi dei fini, possono finire per rivelarsi disfunzionali al mantenimento della liberaldemocrazia.

3.2. L'azione penale tra l'ineffettività della previsione costituzionale e l'inadeguatezza della prassi giudiziaria

I discorsi appena fatti valgono in generale per ogni tentativo di riforma della giustizia. Tuttavia, visto l'impatto che nel corso dell'ultimo trentennio le inchieste penali hanno avuto sul sistema politico italiano, essi valgono ancor di più quando si pianifichi di intervenire per modificare le norme costituzionali che regolano il funzionamento della magistratura inquirente. In particolare, fra i tanti problemi sollevati dalla disciplina costituzionale in materia di pubblici ministeri, la dottrina specialistica ha dedicato una grandissima attenzione allo scarto che, in materia di modalità di esercizio dell'azione penale, separa la prassi dalla disciplina normativa⁸¹.

È noto che la "laconica" e "lapidaria"⁸² formulazione con cui l'articolo 112 della Costituzione ha statuito che "il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale", si deve ad una proposta elaborata da Calamandrei⁸³ e, diversamente da altre norme in materia di

⁸⁰ La necessità di una riforma del sistema giustizia che eviti il pericolo di reazioni populiste è condivisa anche da C. GUARNIERI, *Ruolo della giurisdizione e modelli di reclutamento della magistratura*, in *Criminalia*, 2016, p. 235 ss., quando afferma: "credo che, anche se oggi gli spazi per questo tipo di innovazioni sembrano non esserci – per la debolezza del quadro della politica e delle istituzioni politiche-rappresentative – il problema – e cioè la necessità di una nuova giustificazione del potere giudiziario – sia, alla lunga, ineludibile. Anche perché il rischio di reazioni è sempre presente. Qualcuno prima ha citato l'Ungheria e la Polonia. L'Ungheria è un caso su cui riflettere: una Corte costituzionale che per anni è stata molto molto creativa – e molto ammirata – è andata poi incontro ad una reazione fortissima che ne ha ridotto drasticamente il ruolo".

⁸¹ Già all'inizio degli anni novanta V. CAFERRA, *op. cit.*, p. 44 segnala la dimensione cruciale del ruolo di pubblico ministero e delle regole in materia di modalità di esercizio dell'azione penale.

⁸² Così, M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cassazione penale*, 1993, p. 2658 ss. e M. DEVOTO, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale, ruolo del pubblico ministero*, in *Cassazione penale*, 1996, p. 2024 ss..

⁸³ È quanto ricorda E. CHELI, *Diritto, processo e giustizia nel pensiero di Piero Calamandrei*, in https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3_2015_Cheli.pdf.

giustizia⁸⁴, è stata approvata senza grandi discussioni e senza stravolgimenti sostanziali dall'Assemblea costituente⁸⁵. Come si evince dal dibattito tra i costituenti, sebbene la proposta di Calamandrei abbia un peso importante per determinare una di quelle "felici anomalie"⁸⁶ che contraddistinguono l'assetto costituzionale italiano in materia di giurisdizione, l'opzione in favore dell'obbligatorietà dell'azione penale è da leggere in diretta connessione con la scelta di aderire agli schemi dello stato liberal democratico e di includere l'Italia nel gruppo nascente degli stati costituzionali dell'Europa continentale⁸⁷: come mostra chiaramente l'intervento di Bettiol, essa nasce dalla volontà di dare sostanza al principio di eguaglianza, all'idea di legalità e, più in generale, "ad un ordine democratico" conforme ad "uno stato di diritto"⁸⁸. In tempi più recenti, poi, questa lettura della disposizione, oltre ad essere stata ripresa dalla dottrina⁸⁹, ha trovato autorevole conferma nelle pronunce della Corte costituzionale: con una prima decisione è stato statuito che "l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale ad opera del Pubblico Ministero (...) è stata costituzionalmente affermata come elemento che concorre a garantire, da un lato, l'indipendenza del Pubblico Ministero nell'esercizio della propria funzione e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale"⁹⁰; in un secondo momento, la disposizione è stata definita come "punto di convergenza di diversi principi basilari del sistema costituzionale"⁹¹. D'altronde, al di là dell'autorevolezza degli interventi citati, l'intenzione di fare del principio una pietra angolare del sistema è confermata anche da una lettura sistematica e teleologica che tenga nella dovuta considerazione sia le altre disposizioni costituzionali in materia di organizzazione della magistratura inquirente (non a caso predisposte dallo stesso Calamandrei⁹²), sia, più in generale, il modello di giustizia che ha ispirato l'Assemblea costituente⁹³: per un verso, se l'articolo 112 viene letto in connessione con le norme sull'indipendenza del pubblico ministero esso, imponendo di perseguire qualsiasi crimine, pare intenzionato a garantire la separazione dei poteri e ad escludere che una pubblica accusa svincolata dal potere esecutivo possa approfittare delle sue guarentigie per

⁸⁴ Per una essenziale e autorevole esposizione dei dibattiti in materia di giustizia in sede di Assemblea costituente, si veda A. BARBERA, *Calamandrei e l'ordinamento giudiziario: una battaglia su più fronti*, in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/1090.pdf.

⁸⁵ Per la precisione, l'articolo 8 contenuto nella Relazione sul potere giudiziario e sulla suprema Corte costituzionale di Calamandrei prevedeva che "l'azione penale è pubblica, e il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitarla in conformità della legge, senza poterne sospendere o ritardare l'esercizio per ragioni di convenienza".

⁸⁶ Così, A. BARBERA, *op. cit.*.

⁸⁷ È questa la conclusione a cui arriva N. GALATINI, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale tra interesse alla persecuzione penale e interesse all'efficienza giudiziaria*, in <https://archivioudpc.dirittopenaleuomo.org/upload/3900-galantini2019b.pdf>. Alla stessa conclusione giunge anche, P. AURIEMMA, *Appunti sul principio di obbligatorietà dell'azione penale*, in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0268_auriemma.pdf.

⁸⁸ Così, Bettiol nell'intervento in Assemblea costituente del 27 novembre 1947.

⁸⁹ In questo senso, M. VOLPI, *op. cit.*, p. 95.

⁹⁰ Così, la sentenza della Corte costituzionale, 26 luglio 1979, n. 84.

⁹¹ Così, la sentenza della Corte costituzionale, 28 gennaio 1991, n. 88.

⁹² A. BARBERA, *op. cit.*, segnala l'opportunità di leggere le norme sull'azione penale in connessione con quelle sul pubblico ministero e sottolinea il ruolo avuto da Calamandrei nell'affermazione del principio di obbligatorietà e di indipendenza della pubblica accusa.

⁹³ Interessanti le considerazioni di A. CIANDRI, *op. cit.*, sull'utilitarismo penale di matrice benthamiana e idea kantiana di giustizia.

trarre indebito vantaggio da un uso distorto e parziale dell'azione penale; per un altro, la disposizione in esame, proprio in ragione della sua pretesa di escludere valutazioni discrezionali ad opera della pubblica accusa, ne rafforza ulteriormente la posizione perché garantisce che questa non possa essere ritenuta responsabile per un eventuale esercizio dell'azione penale⁹⁴.

Come è noto, per quanto lineare sul piano ideale, il sistema tracciato, però non è mai stato effettivo a causa del sovraccarico giudiziario che si è determinato come conseguenza del cattivo funzionamento di tutte le branche del potere statale⁹⁵. Più precisamente, innanzitutto, in seguito alla deriva pan-penalistica che ha indotto il legislatore a introdurre numerose nuove figure di reati e ad approvare norme prive di ogni forma di tipizzazione, il quadro normativo ha prodotto un incremento esponenziale delle notizie di reato⁹⁶. A ciò si aggiunga anche che l'azione della magistratura inquirente è stata frenata da un prolungato periodo di sospensione del *turn over* del personale dell'amministrazione giudiziaria⁹⁷. Inoltre, lo stesso potere giudiziario, con l'iperattivismo che ne ha caratterizzato l'operato degli ultimi decenni, ha dato il suo contributo: la dilatazione per via interpretativa delle fattispecie criminali e l'utilizzo estensivo delle norme sul concorso sono soltanto due esempi di situazioni in cui, un uso poco ortodosso degli strumenti penali, ha prodotto numeri di indagini e di indagati assolutamente incompatibili con l'idea di un sistema che persegue ogni azione criminosa. Infine, occorre tener presente che questo quadro di complessivo sovraccarico della giustizia, consolidatosi fin dai primi anni della Repubblica⁹⁸, è diventato ingestibile nel momento in cui una modifica costituzionale ha reso politicamente impraticabile la via dell'amnistia e ha privato un sistema ingorgato di quella che negli anni precedenti era stata la sua principale valvola di sfogo⁹⁹. Tutti questi fattori hanno complessivamente portato ad una situazione in cui è obiettivamente molto difficile non prendere atto della distanza che separa il modello costituzionale dalla prassi giudiziaria e che riduce a pericolosa "mistificazione"¹⁰⁰ la rappresentazione di una disposizione finalizzata a tutelare i principi dell'ordine democratico: durante gli anni passati, fino al settanta per cento dei procedimenti avviati sono andati in prescrizione già durante la fase delle indagini preliminari, senza che per molti di essi il Pubblico ministero titolare ab-

⁹⁴ P. BORGNA, *Esercizio obbligatorio dell'azione penale nell'era della "pan-penalizzazione"*, in https://www.questionegiustizia.it/articolo/esercizio-obbligatorio-dell-azione-penale-nell-era-della-ldquoopan-penalizzazione-rdquo_31-10-2019.php, dopo aver sottolineato il nesso tra obbligatorietà dell'azione penale e de-responsabilizzazione del pubblico ministero, parla dell'articolo 112 come "usbergo per il pubblico ministero".

⁹⁵ A. CIANDRI, *op. cit.*, p. 22, pur sostenendone l'irrinunciabilità, parla di obbligatorietà come "principio tradito".

⁹⁶ È quanto sottolinea P. AURIEMMA, *op. cit.*.

⁹⁷ Ciò è quanto sottolineato da N. GALATINI, *op. cit.*.

⁹⁸ In questo senso vale la pena di osservare che già, G. CONSO, *Introduzione*, in AA.VV. *Pubblico Ministero e Accusa Penale. Problemi e prospettive di riforma*, Zanichelli, 1979, p. XVI scriveva: "di un'obbligatorietà nel senso pieno del termine non è possibile parlare in concreto [...]. Ad essere obbligato, anche a causa della carenza dei mezzi, non è tanto l'esercizio dell'azione penale, quanto il compimento di scelte prioritarie, il cui prezzo è non di rado l'accantonamento di casi ritenuti non prioritari sul binario scontato della prescrizione".

⁹⁹ È quanto correttamente segnalato da P. BORGNA, *op. cit.*.

¹⁰⁰ Parlando dello scarto che separa il disegno costituzionale dalla pratica effettiva in materia di potere giudiziario, si esprime così, G. TARELLO, *Chi ci salverà dal governo dei giudici*, in *Mondoperaio*, 1984, 3, p. 28.

bia mai compiuto atti di indagine¹⁰¹. Il complesso equilibrio di garanzie costituzionali che anima l'articolo 112 è stato reso dunque impraticabile da un'evoluzione della realtà giuridica che è andata oltre le previsioni dei padri costituenti e che ha creato uno scompenso istituzionale importante: la magistratura inquirente, immaginata come istituzione svincolata dal potere politico e coperta dalle garanzie riconosciute al potere giudiziario, si trova in una situazione per cui, pur essendo priva di legittimazione politica, può essere chiamata a dover prendere decisioni capaci di incidere sulle istituzioni rappresentative e sul sistema politico.

A fronte di quella che appare come una 'smagliatura' evidente del sistema dei poteri disegnato dalla Costituzione, poco convincenti paiono le soluzioni al problema elaborate in via di prassi dai titolari dell'azione penale. Infatti, se è pur vero che, con il dichiarato intento di dare conto delle modalità di esercizio dell'azione, le Procure hanno cercato differenti appigli normativi (l'art. 227 d.lgs. n. 51 del 1998, o l'art. 132 bis disp. att. c.p.p., con cui vengono enucleati dei parametri di trattazione differenziata dei reati¹⁰²) e hanno redatto apposite circolari per tentare di rendere più trasparente il loro operato¹⁰³, è altrettanto vero che l'enorme margine di discrezionalità che (in contrasto con l'articolo 112 della Costituzione) questa prassi lascia in capo alla pubblica accusa è testimoniato in maniera manifesta proprio dalla diversità delle basi legali invocate e dalla eterogeneità dei criteri che ciascun ufficio ha individuato per autoregolare la propria azione¹⁰⁴. La situazione non pare essere stata sanata nemmeno dal successivo intervento con cui l'istituzione di autogoverno della magistratura ha legittimato la prassi appena riferita¹⁰⁵: per quanto ispirata da un sano realismo e da un apprezzabile sforzo per tentare di rendere più trasparenti quelle che di fatto sono scelte discrezionali della pubblica accusa, la delibera del Consiglio superiore della magistratura non può coprire la denunciata smagliatura del sistema dei poteri perché, in contrasto con la *ratio*

¹⁰¹ È quanto segnala A. CIANDRI, *op. cit.*, p. 23 il quale sottolinea anche che "che una percentuale tra il settanta e l'ottanta per cento dei procedimenti si prescrive per cause non specificate, mentre per una percentuale residua di essi la prescrizione si giustifica per la tardiva ricezione della notizia di reato o per l'eccessivo carico di lavoro".

¹⁰² Sull'utilizzo del primo riferimento normativo, si veda F. GROSSO, G. NEPPI MODONA, L. VIOLANTE, *Giustizia penale e poteri dello Stato*, Milano 2002 p. 97 e ss. dove si afferma che "tuttavia obbligatorietà non può significare, in pratica, che a ogni notizia di reato non palesemente infondata corrisponda un processo; osta l'inadeguatezza dei mezzi e degli organici, mentre la frequenza delle amnistie e dell'estinzione dei reati per prescrizione dimostra la differenza tra capacità di promettere un processo per ogni notizia di reato fondata e la capacità di mantenere questa promessa. Ma la situazione non è priva di vie d'uscita. Scartata la modifica costituzionale dell'art. 112 per sostituire il principio di obbligatorietà con il principio di opportunità, che sarebbe fonte di gravi disparità di trattamento, vanno affrontate due esigenze, ormai indilazionabili: a) riduzione e riqualificazione dell'intervento penale; b) determinazione delle priorità per l'esercizio dell'azione penale...L'art. 227 del decreto legislativo istitutivo del giudice unico di primo grado prevede, per la prima volta nel nostro ordinamento giuridico, alcuni criteri di priorità per l'esercizio dell'azione penale e per la successiva conduzione del procedimento. La norma riguarda solo i procedimenti che pendono al momento della data di efficacia del provvedimento e tuttavia si tratta di una innovazione di portata strategica per la nostra politica criminale".

¹⁰³ Per maggiori ragguagli sulla Circolare Zagrebelsky e sulla Circolare Maddalena con cui si è avviata la prassi giudiziaria in esame si veda A. PERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive de iure condendo: un quadro ricognitivo*, in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0225_peri.pdf.

¹⁰⁴ A. PERI, *op. cit.*, segnala che può essere interessante osservare come, sulla base dei criteri disposti dall'articolo 132 bis i diversi uffici giudiziari abbiano adottato criteri in alcuni casi specularmente opposti.

¹⁰⁵ Ci si riferisce alla delibera adottata l'11 maggio 2016 dal Consiglio Superiore della Magistratura.

dell'articolo 112 della Costituzione e con uno dei pilastri fondamentali del costituzionalismo, nella sostanza finisce con l'attribuire alle singole procure (*rectius*: dei singoli Procuratori) la competenza a vigilare sui possibili abusi che queste ultime possono compiere¹⁰⁶.

4. Le proposte di riforma costituzionale in discussione

4.1. La proposta di riforma delle Camere penali

Si può certamente concordare con quanti segnalano che “dato che il principio di obbligatorietà dell'azione penale non è effettivo, tanto vale abrogarlo” equivale a sostenere che “dato che il principio di uguaglianza, notoriamente, non è effettivo, tanto vale abolirlo¹⁰⁷”. Tuttavia, visto il ruolo cruciale che la magistratura inquirente ha acquisito, lo scarto tra la previsione costituzionale e la realtà effettiva dell'azione penale non può nemmeno essere declinata a questione di secondo ordine e non sembra ragionevole sostenere che, a prescindere dai suoi contenuti, un'eventuale riforma dell'articolo 112 configuri di per se stessa un'aggressione all'indipendenza del potere giudiziario. Anche da questo punto di vista, il diritto comparato può fornire validi argomenti a supporto: nonostante le scelte dell'Assemblea costituente ricordate nel paragrafo precedente, l'inesistenza di una correlazione diretta tra democrazia e obbligatorietà è provata dal fatto che diversi ordinamenti liberal-democratici non prevedano principi analoghi a quelli che regolano l'azione penale nell'ordinamento costituzionale italiano¹⁰⁸. Inoltre, è il caso di segnalare che, in una finestra storica in cui l'emersione di partiti a tendenza populista mostra i danni prodotti dalla cultura giustizialista e in cui le recenti vicende di cronaca fanno emergere più di un dubbio sulla condotta di diversi esponenti di spicco del mondo giudiziario, un intervento correttivo, oltre ad apparire opportuno sembra anche quanto mai urgente.

In questo senso, quindi, occorre riconoscere che, nel 2017, l'Unione delle camere penali ha mostrato una grande tempestività, quando riprendendo alcune proposte presentate durante le passate legislature¹⁰⁹, ha proposto una legge costituzionale di iniziativa popolare orientata ad una riscrittura pressoché integrale del titolo IV della seconda parte della Costituzione¹¹⁰. Si tratta di un progetto di ampio respiro che ha da poco iniziato l'iter di discussione parlamentare e che, pur essendo espressamente dedicato ad introdurre la separazione delle

¹⁰⁶ In questo senso anche A. CIANDRI, *op. cit.*, p. 37.

¹⁰⁷ Così, P. AURIEMMA, *op. cit.*. Nello stesso senso anche P. BORGNA, *op. cit.*, quando sostiene che “l'obbligatorietà dell'azione penale deve rimanere perché è il baluardo dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge. Ci dicono: ma è solo un “mito”! Ebbene, sì: è un “mito”. Ma i “miti” non vanno gettati nei ferrivecchi solo perché non riusciamo a realizzarli pienamente”.

¹⁰⁸ A. BARBERA, *op. cit.*, ricorda che “in tutti gli ordinamenti liberali (...) l'azione penale non è obbligatoria ma ispirata al principio di opportunità (tranne che in Germania ove è obbligatoria sia pure solo per i reati di maggiore rilevanza)”.

¹⁰⁹ Per una rassegna delle passate proposte di modifica dell'articolo 112 si veda A. PERI, *op. cit.*.

¹¹⁰ Si fa riferimento alla Proposta di Legge costituzionale d'iniziativa popolare presentata alla Camera dei deputati il 31 ottobre 2017 e contenente “Norme per l'attuazione della separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura”.

carriere tra magistratura inquirente e magistratura giudicante, in caso di approvazione, dispone rilevanti novità in materia di autogoverno del potere giudiziario, di procedure per il reclutamento dei magistrati e di modalità di esercizio dell'azione penale.

Tralasciando il merito delle soluzioni tecniche individuate per le questioni diverse da quelle relative all'articolo 112¹¹¹, la riforma proposta pare avere alcuni pregi importanti. In primo luogo, se si ritiene di dover intervenire incisivamente, è metodologicamente più opportuno un progetto di ampio respiro come quello in esame, piuttosto che una pluralità di piccoli interventi: diversamente da quanto accadrebbe se si puntasse a fare una "manutenzione costituzionale"¹¹² della giustizia, le diverse proposte di modifica sono tra loro ben coordinate e da esse è facile ricostruire un modello (certamente controvertibile, ma) preciso e ben definito. In secondo luogo, per quanto specificamente riguarda l'obbligatorietà, la proposta non si spinge fino a cancellarla ma, facendo espressamente salvo il passaggio in cui si afferma che "il Pubblico Ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale"¹¹³, opera una apprezzabile scelta di compromesso: evitando di costituzionalizzare la discrezionalità¹¹⁴, la proposta di riforma sembra in linea con gli auspici di quella parte del potere giudiziario che, pur senza disconoscere la problematicità dello *status quo*, ha auspicato correzioni orientate a "difendere (...), con intelligenza, il nucleo forte del 112 Costituzione"¹¹⁵.

Malgrado questi meriti, però, la riforma proposta dal mondo dell'avvocatura presenta almeno un profilo controverso. Infatti, vero è che, in via di principio, non sembrano esserci ragioni plausibili per contestare la scelta con cui si introduce un secondo comma dell'articolo 112 e si affida alla legge del Parlamento il compito di specificare le modalità di esercizio dell'azione penale: al di là del fatto che già con il quadro costituzionale vigente si ammette che il legislatore possa intervenire per definire il bilanciamento tra principi costituzionali (il buon andamento della pubblica amministrazione o la tutela dell'interesse dei minori) potenzialmente confliggenti con l'obbligatorietà¹¹⁶, argomenti a favore della soluzione prospettata possono essere desunti sia dal loro essere in linea con le richieste del Consiglio europeo¹¹⁷, sia dalla consapevolezza che essa, in linea con l'originaria visione della giustizia proposta da Calamandrei, punta a ripristinarne la funzione di limite alla discrezionalità del potere inquirente¹¹⁸. Tuttavia, è altrettanto vero che occorre riconoscere come questa ulteriore specificazio-

¹¹¹ Per una disamina molto critica delle altre proposte contenute nel progetto di riforma, si veda A. CIANDRI, *op. cit.*.

¹¹² Sull'idea di una "manutenzione della Costituzione" si veda A. D'ATENA, *Sette tesi per il riavvio delle riforme costituzionali*, in *Rassegna parlamentare*, 2007, 1, p. 31 ss..

¹¹³ Fatte salve le aggiunte di cui si dirà, l'attuale formulazione dell'articolo 112 è fatta dall'articolo 10 del testo proposto.

¹¹⁴ Vedi però, S. ALEO, *Il modello dello Stato di diritto e l'epistemologia della complessità la discrezionalità*, in <https://www.giustiziainsieme.it/it/scienza-logica-diritto/1159-il-modello-dello-stato-di-diritto-e-l-epistemologia-della-complessita-di-salvatore-aleo> secondo cui la discrezionalità sarebbe "un criterio di efficienza del sistema penale".

¹¹⁵ Così, espressamente, P. BORGNA, *op. cit.*.

¹¹⁶ È quanto opportunamente osserva N. GALANTINI, *op. cit.*.

¹¹⁷ In questo senso si vedano le sollecitazioni contenute nella Raccomandazione del Comitato dei Ministri del 17 settembre 1987 R(87) 18.

¹¹⁸ Per P. BORGNA, *op. cit.*, l'obbligatorietà non deve essere intesa come un "principio secondo cui l'azione penale deve essere tempestivamente esercitata per tutti i reati (e che ogni procedimento debba andare

ne vada incontro ad un duplice rischio di essere, al contempo, pericolosa e inutile al fine di riequilibrare il rapporto tra politica e diritto. Sotto il primo profilo, calata in un contesto istituzionale in cui da diverso tempo si assiste a tentativi di strumentalizzazione politica della giustizia¹¹⁹, la scelta di specificare che il Pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale "nei casi e nei modi previsti dalla legge"¹²⁰, pur essendo utilizzata frequentemente e senza grossi problemi in altri ordinamenti democratici, appare abbastanza pericolosa perché può stimolare il Parlamento ad intervenire in un campo delicato¹²¹. Per un altro, essa pare abbastanza semplice da eludere per via interpretativa e non pare dunque efficace per superare la problematica prassi della autoregolazione a cura delle singole procure: per quanto possa essere discutibile l'attuale pratica, come si è visto, già oggi le circolari si preoccupano di individuare basi legali per giustificare la discrezionalità di fatto della pubblica accusa ed è pertanto legittimo ritenere che, con una modifica del quadro normativo che si limiti ad esigere soltanto un generico intervento della legge, anche in futuro sarà possibile continuare ad usare i riferimenti normativi oggi utilizzati per sostenere la conformità costituzionale dell'odierna attività di autoregolamentazione.

4.2. La proposta di riforma del 2020

Sulla base dei criteri di valutazione individuati nel paragrafo precedente, è possibile procedere anche ad una disamina critica della proposta di legge costituzionale con cui, lo scorso ottobre, la Deputata Bartolozzi ha sottoposto alle camere una differente riforma dell'articolo 112¹²².

In questo senso, una prima differenza è relativa all'oggetto della riforma. Diversamente dall'iniziativa delle Camere penali, il nuovo disegno di legge non punta ad una riforma organica, ma sceglie la via di un intervento più puntuale e probabilmente non sufficiente a risolvere da solo le problematiche tensioni istituzionali che connotano il sistema italiano¹²³.

avanti allo stesso modo), ma come affermazione secondo cui il pubblico ministero non può decidere di non esercitare o ritardare l'azione penale per ragioni di convenienza, in modo arbitrario. Soprattutto: la sua decisione non deve essere influenzata da altri poteri. È, questa, un'interpretazione del 112 che, a ben vedere, riprende lo spirito originario del testo redatto da Calamandrei".

¹¹⁹ Secondo A. CIANDRI, *op. cit.*, "la società italiana si caratterizza per essere una realtà ad illegalità diffusa in ogni strato sociale, compresa la classe dirigente politica, burocratica, imprenditoriale. Chiedersi se non sia rischioso applicare un modello come quello della discrezionalità penale in una società di questo tipo è del tutto normale, per non dire banale. Tanto più se si pensa all'insofferenza mostrata da larga parte del ceto politico nei confronti del controllo di legalità esercitato su di esso da alcune procure".

¹²⁰ È quanto dispone l'articolo 10 del testo di riforma proposto.

¹²¹ Nella stessa direzione pare andare anche A. BARBERA, *op. cit.*, quando ricorda che "Se non ci fossero state l'obbligatorietà dell'azione penale e l'indipendenza del p.m. sarebbe scoppiata Tangentopoli? ci sarebbe stato un caso Calvi (e forse un caso Sindona)? sarebbero state scoperte le liste della P2? si saprebbe quel poco che si sa sulla strage di Piazza Fontana e sullo stragismo? sarebbero state frenate talune spericolate (per usare un eufemismo) scalate bancarie? Non è infondato il dubbio che senza l'intervento della magistratura il Parlamento sarebbe ancora impantanato a discutere sul mandato a vita del Governatore della Banca d'Italia".

¹²² Proposta di Legge costituzionale presentata l'8 ottobre 2020 dall'On. Bartolozzi alla Camera dei deputati e relativa alla "Modifica dell'articolo 112 della Costituzione, concernente l'esercizio dell'azione penale".

¹²³ In questo senso cfr. G. M. FLICK, *op. cit.*, che invece sembra esprimere contrarietà all'idea di riforme organiche del sistema giudiziario

Ovviamente, come già detto, questa scelta può risultare metodologicamente inopportuna perché, vista la stretta connessione che lega il principio dell'obbligatorietà con le norme sull'organizzazione della magistratura inquirente, non ha molto senso modificare il primo senza aver prima definito anche le altre questioni di cui si sta dibattendo ed è facile intuire come interventi non coordinati amplifichino il rischio di realizzare non auspicabili squilibri tra le istituzioni.

Al di là di questo discutibile approccio metodologico, la riforma proposta dalla Deputata Bartolozzi presenta alcuni punti in comune con l'altra proposta nel 2017. Anche in questo caso, infatti, si opta per mantenere un condivisibile riferimento all'obbligatorietà dell'azione penale. Alla stessa maniera comune con l'altro progetto in discussione è pure l'importante scelta di principio con cui si opta per sottrarre la definizione dei criteri di priorità alle singole procure e si attribuisce la scelta dei reati da perseguire alle istituzioni rappresentative. In questo senso, qualora approvata, la nuova formulazione del primo comma dell'articolo 112, affermando che "il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale attenendosi ai criteri e alle priorità stabiliti dalla legge secondo le disposizioni del presente articolo", risulterebbe essere molto chiara¹²⁴.

Tuttavia, le analogie tra i due disegni di legge costituzionale si fermano qui perché, nel tentativo di risolvere lo scarto tra Costituzione e prassi giudiziaria, la strada battuta con questa seconda iniziativa è molto distante, e per certi versi quasi agli antipodi, dalle soluzioni proposte nel 2017. Stavolta la presa di posizione è molto netta: affermando che "il Governo, su proposta del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'interno, presenta alle Camere, per ogni triennio, un disegno di legge indicante i criteri e le priorità da osservarsi nell'esercizio dell'azione penale", il nuovo secondo comma dell'articolo 112 coinvolge l'esecutivo nella scelta dei reati da perseguire e questa scelta finirebbe con il produrre effetti molto differenti da quelli prodotti in caso di approvazione della formula predisposta dalle Camere penali¹²⁵. Per un canto, una prima conseguenza certamente non problematica è legata al fatto che il riferimento ad una legge di iniziativa governativa si rivela essere sufficientemente preciso per impedire la reitera delle attuali pratiche giudiziarie: diversamente da quanto rilevato a proposito della soluzione prospettata nel 2017, il rischio che, come base di legittimazione delle sue scelte, ogni singola procura possa invocare un qualsiasi provvedimento normativo è escluso in radice dalla scelta di individuare uno strumento legislativo elaborato sulla base di un procedimento *ad hoc*. Detto più semplicemente: la nuova formulazione in esame impedirebbe la possibilità che, al di fuori da ogni logica di responsabilizzazione di poteri discrezionali, ogni procura elabori, magari strumentalmente, propri indirizzi di politica criminale¹²⁶. Per un altro, una seconda e assai più problematica conseguenza è legata inve-

¹²⁴ In questo senso si veda l'articolo 1 della proposta di legge costituzionale in commento.

¹²⁵ Si veda ancora l'articolo 1 della proposta di legge costituzionale in commento.

¹²⁶ Anche volendo estendere al potere giudiziario nel suo complesso la ricostruzione che F. GIUFFRÉ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello stato di diritto: il caso dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in I. A. NICOTRA, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, Giappichelli, 2016, p. 24, propone a proposito della responsabilità diffusa delle istituzioni non rappresentative (nel caso di specie ad Autorità amministrative indipendenti che possono vantare un collegamento con le istituzioni rappresentative), non pare che lo specifico potere dell'azione

ce al fatto che, rispetto al progetto delle Camere penali, questa ipotesi di riforma dell'articolo 112 esaspera i pericoli connessi ad una politicizzazione eccessiva dell'azione penale: in una materia tanto delicata, l'esplicita previsione di un potere di iniziativa legislativa in capo all'esecutivo, vista la tendenza che questo ha a sostituirsi al legislatore, pare perfettamente idonea ad escludere qualsiasi possibilità di reale confronto tra gruppi parlamentari e molto probabilmente finirà con l'attribuire di fatto gli indirizzi di politica criminale ad un'istituzione politicamente responsabile, ma inevitabilmente partigiana. Se si tiene a mente che la recente storia italiana ha mostrato quanto frequenti siano state le tentazioni di fare un uso politico della giustizia, si capisce come questa non sembri la strada migliore per una riforma costituzionale che dovrebbe essere orientata a risolvere le tensioni istituzionali e a stabilizzare un sistema costituzionale che appare ogni giorno più fragile e vulnerabile.

5. Conclusioni. La stretta via per una riforma dell'azione penale

5.1. I pericoli di letture parziali della Costituzione e l'idea di separazione dei poteri: equilibrio o primazia del giudiziario?

Sulla base della riflessione sviluppata è possibile arrivare a formulare due conclusioni. Innanzitutto, su un piano più generale, sembra possibile sostenere che, visto il ruolo giocato dalla magistratura nelle vicende istituzionali italiane, i recenti scandali giudiziari impongono un deciso cambio di atteggiamento da parte delle istituzioni, della scienza giuridica e dell'opinione pubblica.

Naturalmente, quanto appena affermato non significa abbracciare un approccio favorevole ad una giustizia asservita alla politica e certamente gli scandali non possono essere pretestuosamente utilizzati per permettere indebite invasioni di campo o per reprimere l'essenziale azione delle istituzioni di garanzia. L'idea di un giudice bocca della legge e soggetto alla volontà del legislatore è frutto di una lettura parziale della Costituzione che riduce la democrazia alla rappresentanza e dimentica l'essenziale profilo della garanzia. In questo senso, l'esperienza comparata citata mostra chiaramente con quanta facilità situazioni di tensione istituzionale simili a quelle italiane possano portare a sostituire un eccesso con un altro e possano facilitare l'affermazione di regimi non costruiti attorno ai principi liberal-democratici dello stato costituzionale. Potrebbe apparire una raccomandazione superflua, ma, la contingente ed incerta situazione politica italiana, rende necessario affermare senza equivoci che, ancora oggi, "è evidente come un efficiente controllo sulla legalità dell'esercizio del potere politico rappresenti una condizione essenziale per il funzionamento democratico di un sistema¹²⁷": senza un ordinato sistema di contropoteri, non sarà certo la sottomissione pedissequa alla volontà di maggioranze contingenti a salvare il principio democratico e ad archiviare le tensioni tra politica e magistratura.

penale sia, per sua stessa natura, idonea a far maturare nell'opinione pubblica quei "giudizi di valore" che costituiscono la base per "la responsabilità diffusa" di cui parla l'autore.

¹²⁷ Così, S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 26.

Fatta questa doverosa premessa, però, si deve riconoscere che non sono di particolare aiuto le diffuse ricostruzioni dottrinali con cui di solito si enfatizza il ruolo che le giurisdizioni svolgono all'interno dello Stato costituzionale. Per quanto simili letture siano ispirate da una genuina e condivisibile intenzione di preservare la democrazia pluralista e un'efficace sistema di tutela dei diritti fondamentali, esse facilmente perdono di vista la complessità del disegno costituzionale e, sulla base di una lettura parziale della Costituzione che pare aver dimenticato la lezione di Montesquieu sulla separazione dei poteri¹²⁸, possono quindi finire per compromettere il raggiungimento dei nobili obiettivi che intendono perseguire¹²⁹. Infatti, esse finiscono quasi inevitabilmente con il proporre una apologetica difesa delle prassi in corso, perché, restando facilmente intrappolate in visioni idealizzate di un potere giudiziario che possono non trovare conferma effettiva nella realtà, hanno come unica preoccupazione la difesa dagli abusi delle istituzioni rappresentative e quindi si mostrano strutturalmente incapaci sia di individuare le perverse dinamiche del populismo giudiziario, sia di reagire con la giusta determinazione ad una situazione in cui sono i vertici delle istituzioni giudiziarie a tenere condotte difficilmente compatibili con l'idea di democrazia o, per lo meno, a rendersi protagonisti di pratiche obiettivamente esecrabili.

Piuttosto, una riflessione costituzionale non ideologica e attenta alle coordinate fornite dalla realtà dovrebbe prendere atto che, in uno stato costituzionale, i "due circuiti, quello della politica democratica e quello della giurisdizione si fondano su legittimazioni diverse"¹³⁰ e che, per il loro essere coesenziali alla moderna idea di democrazia, i due circuiti sono in qualche modo obbligati a convivere anche se, quando non sono delimitati in maniera ottimale, possono entrare in tensione¹³¹. In questo senso, molto opportune sono le indicazioni di chi, pur essendo certamente estraneo ad ogni tentazione di semplificazione populista e pur continuando a difendere con convinzione le ragioni del potere giudiziario, ha mostrato di non aver smarrito il significato autentico del principio della separazione dei poteri¹³² e ha utilizzato

¹²⁸ Come giustamente sottolinea P. RIDOLA, che pur ridimensiona la distanza tra i due autori in nome di una comune lotta al dispotismo, l'idea di divisione dei poteri di Montesquieu si differenzia da quella elaborata da Locke qualche anno prima di lui perché, mentre il secondo punta ad una rigida separazione dei poteri, il primo punta a realizzare un "coordinamento fra i poteri in funzione di controllo reciproco".

¹²⁹ Parlando della supplenza del potere giudiziario, A. RUGGERI, *Disordine*, cit., afferma che "non regge l'obiezione che tutto ciò pur sempre si ha – quanto meno, il più delle volte – per una nobile causa, al fine cioè di dare fin dove possibile appagamento a diritti e interessi in genere costituzionalmente protetti che ne resterebbero altrimenti privi". Può essere interessante osservare che anche, M. FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 71 parla in termini di nobiltà della motivazione di garantire la "supremazia della Costituzione" e quella dei "diritti fondamentali".

¹³⁰ Così, G. PITRUZZELLA, *Stato di diritto, indipendenza delle corti e sovranità popolare: armonia o conflitto?*, in https://www.diritticomparati.it/wp-content/uploads/2019/05/002_Pitruzzella.pdf.

¹³¹ Nello stesso senso, anche G. TARELLO, *op. cit.*, quando ricorda che "la nostra Costituzione codifica come principi fondamentali, congiuntamente, quello della separazione dei poteri e quello della garanzia costituzionale delle libertà: principi che in contesti contemporanei inducono sempre e necessariamente tensione tra Parlamento e giudici e - perciò - qualche grado di instabilità dell'assetto costituzionale". In G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, invece, si legge che "non possiamo nascondere come i confini possano essere travalicati e la tensione tra i due circuiti sia sempre presente e pronta a sfociare in aperto conflitto". Anche M. VOLPI, *op. cit.*, p. 89 riconosce che esiste sempre la possibilità di "un conflitto fra legittimazione popolare e principio di legalità".

¹³² In questo senso G. MORBIDELLI, *Magistratura e politica tra separazione ed equilibrio dei poteri*, in S. MERLINI, *op. cit.*, p. 49 parlando del rapporto tra magistratura e politica, giustamente osserva che "si tratta di un rapporto che da un lato deve tenere conto della separazione dei poteri e dall'altro del fatto che la separazione non è mai davvero totale, anzi e soprattutto equilibrio di poteri".

una efficace metafora 'ortopedica' per ricordare che una "Costituzione zoppa o, peggio, amputata di una delle gambe stesse non può correre e neppure a conti fatti reggersi alla lunga in piedi¹³³". E forse, con un'altra metafora medico-sanitaria, si potrebbe nella stessa ottica pure aggiungere che il funzionamento del potere giudiziario in uno stato costituzionale può essere equiparato al sistema immunitario degli organismi viventi: per un verso, come un soggetto che è privo delle difese soccombe facilmente alle aggressioni degli agenti patogeni, alla stessa maniera nessun regime liberal-democratico può riuscire a sopravvivere senza un adeguato sistema di contropoteri; per un altro, così come un'esagerata aggressività del sistema immunitario può determinare una reazione iper-infiammatoria foriera di gravi complicazioni e potenzialmente letale (la temutissima caduta delle citochine), gli eccessi del potere giudiziario, anche quando sono animati dalle migliori intenzioni e senza dover necessariamente sconfinare nell'aperto giustizialismo, possono finire con il creare gravi problemi allo stato di salute della democrazia costituzionale¹³⁴.

Se, come si ritiene, l'orizzonte dogmatico più corretto per inquadrare gli attuali problemi della giustizia è quello che punta a tenere in equilibrio i "due circuiti" e ad impedire l'azzoppamento della Costituzione, sarebbe opportuno avere il coraggio di rimettere in discussione alcuni corollari che, sulla base di interpretazioni radicali che individuano nei giudici i veri "padroni del diritto" (e che arrivano quasi a ricreare, a parti invertite, la temibile monolitica "concezione monista del potere¹³⁵"), si è soliti desumere dalla scelta fondamentale di dar vita ad una Costituzione rigida e di istituire uno stato costituzionale¹³⁶. Per quanto ciò possa apparire paradossale, non diversamente da quanto accade con l'idea di rappresentanza, principi come la separazione dei poteri, il principio di legalità o l'indipendenza del potere giudiziario se portati ai loro estremi possono finire con l'entrare in rotta di collisione tra loro e, più in generale, con l'idea di costituzionalismo. D'altronde, la necessità di smussare gli angoli di alcuni principi essenzialmente condivisibili non stupirà quanti ricordino che Franklin Delano Roosevelt, figura certamente non ostile alle idee di contropotere e di democrazia costituzionale¹³⁷, non esitò ad avviare un piano per arginare una Corte suprema troppo invadente e,

¹³³ Così, A. RUGGERI, *Disordine*, cit..

¹³⁴ Sembra ispirata da questa stessa filosofia di fondo l'elegante metafora con cui in M. CARTABIA, *Edipo Re*, in M. CARTABIA, L. VIOLANTE, *Giustizia e mito*, il Mulino, 2018, 29 ss., si sostiene che Edipo, giudice e legislatore, porta la peste sulla città a causa di un peccato di presunzione che gli impedisce di vedere i suoi limiti.

¹³⁵ In questo senso, la critica di G. AMATO, *op. cit.*, p. 269 a certe concezioni del potere lontane dalla cultura della separazione dei poteri.

¹³⁶ Anche, M. FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 69 segnala che "se si dovesse chiedere quale delle due funzioni abbia come sua prerogativa il diritto all'ultima parola, con l'obbligo dell'altra funzione a conformarsi, se la giurisdizione in nome della supremazia della Costituzione, o se la legislazione in nome del principio della sovranità popolare, non si potrebbe rispondere in modo chiaro e netto. In verità, lo stato costituzionale del presente vuole che a prevalere sia la Costituzione in funzione di tutela dei diritti fondamentali, ma è carattere necessario e peculiare di quel medesimo stato che ciò avvenga mantenendo nello stesso tempo fermo e garantito uno spazio di discrezionalità politica". La stessa prospettiva è adottata anche da P. CARETTI, *op. cit.*, p. 81.

¹³⁷ In questo senso può essere interessante notare che, in un celebre discorso radiofonico del 7 marzo 1937 (*Fireside Chat on Reorganization of the Judiciary*), il Presidente afferma: "I want - as all Americans want - an independent judiciary as proposed by the framers of the Constitution. That means a Supreme Court that will enforce the Constitution as written, that will refuse to amend the Constitution by the arbitrary exercise of judicial power - in other words by judicial say-so. It does not mean a judiciary so independent that it can deny the existence of facts which are universally recognized".

per giustificarlo, arrivò a dichiarare la necessità di “salvare la Costituzione dalla Corte” e la “Corte da se stessa¹³⁸”. Anche in questo caso l’esperienza comparata analizzata offre un valido insegnamento mostrando, con una certa chiarezza, i danni che, specie quando (come nel caso italiano) la magistratura non abbia tenuto condotte irreprensibili, sono alla lunga prodotti da un persistente atteggiamento di sudditanza nei confronti delle istituzioni giudiziarie.

5.2. L’azione penale e la stretta via dell’equilibrio dei poteri

Una seconda e più specifica conclusione riguarda invece la questione dell’azione penale. L’analisi appena sviluppata dovrebbe essere sufficiente a mostrare le ragioni per ritenersi insoddisfatti dell’attuale funzionamento dell’attuale sistema e i limiti tecnici e costituzionali che caratterizzano le proposte di modifica attualmente in discussione: l’inefficace proposta del 2017 e l’inopportuno, o forse addirittura pericoloso, progetto del 2020.

Ovviamente, dopo una simile constatazione, l’adesione all’orizzonte dogmatico più prudente dovrebbe indurre a domandarsi fino a che punto, in un contesto in cui i giudici (ed i pubblici ministeri in particolare) stanno ormai mostrando di non essere immuni alle tentazioni di abusare delle prerogative loro riconosciute nella cornice dello stato costituzionale, il mantenimento dello *status quo* sia compatibile con una lettura della Costituzione che, in linea con lo spirito del costituzionalismo, dia il giusto peso ai diritti fondamentali degli imputati (e degli indagati) e che, al contempo, si preoccupi di non ridurre la separazione dei poteri ad una difesa, non controbilanciata, delle prerogative del potere giudiziario. In questo senso, una volta appurato che, specie dopo gli ultimi scandali, non si può continuare ad affidarsi ad un uso prudente delle prerogative delle singole Procure, occorre interrogarsi su quali siano i migliori sistemi per allontanare lo spettro di un uso arbitrario della discrezionalità di fatto in materia di esercizio dell’azione penale.

Innanzitutto, in teoria, si potrebbero prendere in considerazione quei progetti di riforma con cui periodicamente la dottrina, in linea con l’idea di un avvicinamento ai sistemi di *common law*, ha proposto l’introduzione nella pubblica accusa di quegli elementi di rappresentanza che caratterizzano l’esperienza giuridica statunitense. In via di principio, un pubblico ministero elettivo, oltre a riavvicinare l’esperienza italiana a quella degli ordinamenti da cui si prende spunto per legittimare l’espansione del potere giudiziario, sarebbe dotato di quella legittimazione democratica che gli potrebbe consentire le scelte di politica criminale connesse all’uso discrezionale dei suoi poteri di azione. Tuttavia, le ragioni per ritenere che un simi-

¹³⁸ Nello stesso discorso citato nella nota precedente, il Presidente, per giustificare il cosiddetto Court Packing Plan, afferma che “*We have, therefore, reached the point as a nation where we must take action to save the Constitution from the Court and the Court from itself. We must find a way to take an appeal from the Supreme Court to the Constitution itself. We want a Supreme Court which will do justice under the Constitution and not over it. In our courts we want a government of laws and not of men*”. Maggiori ragguagli sulla vicenda, L. Spadacini, *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Bilbiofabbrica, 2012, p. 127 ss.

le “trapianto giuridico¹³⁹” possa produrre crisi di rigetto sono ancora una volta da ricercare nelle specificità di un contesto come quello italiano in cui la politica ha già dato diverse prove di aspirare ad un utilizzo della giustizia improprio e certamente problematico. Può essere il caso di ribadire ancora una volta che, per essere coerente con l’orizzonte dogmatico più convincente, qualunque intervento deve evitare impropri atteggiamenti punitivi e, in linea con quella che pare la più genuina essenza del costituzionalismo, deve puntare alla realizzazione di un equilibrio tra i poteri dello stato e non ad un brutale assoggettamento dell’uno sull’altro.

Più convincenti, pertanto, sembrano essere quei progetti che propongono un intervento coordinato su una pluralità di piani differenti. Certamente, come è stato affermato, può essere utile intervenire per apprestare soluzioni alla grave crisi di rappresentanza che, anche a causa dell’iperattivismo giudiziario degli ultimi decenni, oggi attanaglia le istituzioni politiche e le rende impotenti e incapaci di governare una realtà ogni giorno più complessa¹⁴⁰. Tuttavia, anche in questo caso occorre fare una precisazione, perché, per quanto auspicabili, non pare che le azioni sul piano della rappresentanza siano da sole sufficienti e si ritiene che sia giunto il tempo anche per un intervento ragionato sulle regole più problematiche della giurisdizione. Con l’obiettivo di costruire delle sedi per il confronto pacifico tra i poteri dello stato e di riuscire a razionalizzare le modalità di esercizio dell’azione penale, si potrebbe immaginare una riforma che, anche per via legislativa, affidi istituzionalmente al Consiglio superiore della magistratura il compito di definire i criteri di priorità nell’esercizio dell’azione penale. Una simile riforma non potrebbe certo essere tacciata di intenti punitivi e, oltre ad avere il merito di garantire ai cittadini un adeguato livello di certezza giuridica, eviterebbe la deresponsabilizzazione di un sistema basato esclusivamente sull’autocontrollo e nei fatti molto distante dal disegno costituzionale: evitando il coinvolgimento diretto delle istituzioni rappresentative, si darebbe vita ad un sistema in cui pubblici ministeri responsabilizzati risponderebbero in termini disciplinari delle azioni non conformi ai criteri predefiniti e le scelte di politica criminale sarebbero affidate ai componenti del Consiglio superiore che per il loro ruolo istituzionale hanno tutta la legittimazione politica e giuridica necessaria per poterle assumere. Inoltre, per il sol fatto di provenire da una istituzione centrale, la definizione di criteri ad opera dell’organo di autogoverno, oltre ad avere effetti positivi sotto il profilo dell’eguaglianza

¹³⁹ Sui problemi legati al fenomeno dei cosiddetti “*legal transplants*”, oltre ai classici O. KAHN-FREUND, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, in *Modern Law Review*, 37, 1974, p. 1 ss. e A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 1ed., Scottish Academic Press, 1974, si veda J. W. CAIRNS, *Watson, Walton, and the History of Legal Transplants*, in *Journal of International and Comparative Law*, 2012 - 2013, 41, p. 637 ss., P. LEGRAND, *The Impossibility of Legal Transplants*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, 4, p. 111 ss. e, volendo, anche F. VECCHIO, *Funzionalismo contestualizzato e circolazione dei modelli giuridici in Europa*, in https://federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?hpsez=Primo_Piano&content=Funzionalismo+contestualizzato+e+circolazione+dei+modelli+giuridici+in+Europa&content_auth=%253Cb%253Efausto+Vecchio%253C/b%253E&Artid=35226.

¹⁴⁰ In questo senso, ad esempio, A. RUGGERI, *Disordine*, cit., segnala l’opportunità di snellire il procedimento legislativo per permettere un intervento più tempestivo del legislatore. Al fine di rafforzare la rappresentatività di quest’ultimo, si suggerisce anche, “per quanto possibile, (...) la più larga partecipazione di esperti e formazioni sociali” ai suoi processi decisionali. Invece, G. MOSCHELLA, *Crisi della rappresentanza politica e deriva populista*, in <https://www.giurcost.org/studi/moschella3.pdf> propone una condivisibile riflessione sulla necessità di ripensare la forma partito come antidoto alle derive plebiscitarie e populiste.

dei cittadini, limiterebbe significativamente la possibilità che la discrezionalità del Consiglio si traduca in scelte arbitrarie dettate da calcoli di altra natura.

Evidentemente, una simile riforma potrebbe lasciare perplessi tutti coloro che, più o meno ideologicamente, considerano l'indipendenza interna della pubblica accusa come un corollario indispensabile per la sopravvivenza dello stato costituzionale¹⁴¹. Tuttavia, al di là del fatto che dal diritto comparato emerge l'opposta e più invasiva tendenza a limitare anche l'indipendenza esterna dei pubblici ministeri e al di là del fatto che questa tendenza è più forte proprio in quegli ordinamenti liberal-democratici (e in particolare da quelli di *common law*) che spesso vengono presi a modello in tema di espansione del potere giudiziario¹⁴², diversi ordini di ragioni di diritto interno inducono a non ritenere fondata una simile idea: per un verso, è più che legittimo dubitare sia dell'effettiva volontà dei costituenti di introdurre un simile principio, sia della loro volontà di estenderlo anche ai pubblici ministeri¹⁴³; per un altro, occorre riconoscere che già l'attuale sistema delle circolari prevede una gerarchia tra i dirigenti delle Procure e i sostituti e quindi è difficile escludere un possibile intervento del Consiglio superiore sulla base di un'asserita incostituzionalità dello stesso principio gerarchico su cui oggi si regge il sistema¹⁴⁴. È di tutta evidenza che l'eventuale intervento di una legge costituzionale con cui si dovesse modificare l'articolo 112 nel senso auspicato dovrebbe essere sufficiente a chiudere ogni discussione. Se però si accetta l'orizzonte dogmatico più radicale, anche a fronte di un'apposita modifica costituzionale, si potrebbe comunque ignorare l'intento riequilibratore che, in piena linea con il costituzionalismo, anima la proposta e si potrebbe sostenere l'incostituzionalità dell'intervento perché, in quanto principio strutturalmente legato alla forma di stato costituzionale e all'idea di costituzione rigida, il primato della magistratura (intendendo inclusa anche quella inquirente) non è oggetto di possibili revisioni costituzionali ai sensi dell'articolo 139 della Costituzione. Non si tratta di una mera ipotesi: qualche anno addietro, autorevole dottrina, dopo aver sostenuto che "resta assodato che l'indipendenza e l'autonomia della magistratura – *al proprio interno*, cioè tra i singoli magistrati e *verso l'esterno*, cioè nei confronti degli altri poteri – sono un necessario elemento costitutivo e qualificativo dello stato costituzionale di diritto", ha ripreso un intervento del Presidente Ciampi e ha sostenuto che "uno spazio anche minimo di discrezionalità politica, riferi-

¹⁴¹In questo senso, M. VOLPI, *op. cit.*, p. 95, sostiene che, nel pronunciarsi contro un progetto di riforma costituzionale della giustizia, ricorda come "un ruolo centrale" sia giocato dal "principio dell'obbligatorietà dell'azione penale ex art. 112 Cost., che tutela insieme l'indipendenza interna dei magistrati facenti parte degli uffici di procura e l'eguaglianza delle persone di fronte alla giustizia".

¹⁴²Secondo A. BARBERA, *op. cit.*, "in tutti gli ordinamenti occidentali il pubblico ministero (laddove la figura esista e non sia invece per larga parte assorbita dalle autorità di polizia, come nel Regno Unito) dipende dal Ministro della giustizia, che può dare istruzioni sia pure non riferite a inchieste in corso (Francia, Germania, Spagna, Usa)".

¹⁴³Si veda quanto riferito *supra* relativamente all'originaria proposta di Calamandrei. Per gli argomenti che inducono a ritenere non immediatamente sovrapponibile l'indipendenza del pubblico ministero da quella del giudice si rinvia a quanto opportunamente segnalato da I. NICOTRA, *Considerazioni problematiche sul Pubblico ministero in Costituzione*, in P. CIARLO, G. PITRUZZELLA, R. TARCHI, *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, 1997, p. 199 ss..

¹⁴⁴M. VOLPI, *op. cit.*, p. 102, pur avendo difeso la natura costituzionale del principio di indipendenza interna, riconosce che già l'assetto attuale determina un assetto gerarchico dell'organizzazione della magistratura inquirente.

to all'obbligatorietà dell'azione penale è del tutto inammissibile, pena l'incrinatura di quella benefica circolarità tra esercizio del potere e (...) soggezione ad esso che caratterizza la nostra forma di Stato democratico di diritto¹⁴⁵».

In conclusione, pare possibile affermare che, se si lasciano alle spalle progetti poco convincenti di riforma e se, in favore dell'equilibrio tra i poteri, si abbandona la prospettiva ideologica della salvaguardia a tutti i costi delle istituzioni giudiziarie, la modifica dell'articolo 112 può rappresentare un primo passo della lunga e tortuosa strada che il sistema italiano deve percorrere per lasciarsi alle spalle i numerosi errori accumulati dai diversi attori istituzionali nel corso degli anni precedenti. Se al contrario si prosegue sulla via di uno scontro senza regole in cui politica e magistratura tentano di sopraffarsi vicendevolmente, ci si troverà di fronte all'ennesima occasione persa. L'esperienza degli altri ci insegna che nel complesso e pericoloso mondo in cui viviamo l'indugiare troppo a lungo o il cadere nelle semplificazioni può essere un errore che si paga a caro prezzo.

¹⁴⁵ Così, E. BALBONI, *Ordinamento giudiziario e sistema costituzionale alla ricerca del fondamento*, in L. PEPINO, N. ROSSI, *op. cit.*, p. 315.