

**Domenico Pulitanò**

**La questione penale di fronte alla politica.**

### **1. Il penale nel sistema istituzionale.**

Questa riflessione su diritto e giustizia penale si colloca sul crinale fra il tecnico e il politico. Temi e problemi sono selezionati secondo criteri di rilevanza politica, avendo riguardo alla situazione attuale in Italia. Vengono proposte riflessioni di ordine generale, evitando dettagli. Ci interessano sia il diritto penale (l'ordinamento legislativo) sia il funzionamento delle istituzioni del *law enforcement* penalistico (la macchina giudiziaria penale e i suoi prodotti).

Il problema penale ha a che fare con il problema *hobbesiano* di assicurare protezione e sicurezza: il *primo* problema della politica (e del diritto) "*perché risolverlo è la condizione per poter risolvere, anzi per poter porre, qualsiasi altro problema*" <sup>(1)</sup>. La paura delle punizioni serve a legare gli uomini *to the performance of the covenants*, all'obbedienza e attuazione dei patti e delle leggi da cui dipende la possibilità di una convivenza sicura. *Covenants, without sword, are but words* <sup>(2)</sup>.

Nel testo fondativo dell'illuminismo penale italiano leggiamo che il "*diritto del sovrano di punire i delitti*" si vuole fondato sulla "*necessità di conservare il deposito della salute pubblica da usurpazioni particolari*" <sup>(3)</sup>. L'elemento nuovo in Beccaria sta nel collegamento con una filosofia politica liberale. "*Fu la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: è adunque certo che ciascuno non ve ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzione possibile, quella sola che basti ad indurre gli altri a difenderlo. L'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire; tutto il di più è abuso, e non giustizia, è fatto, ma non già diritto*". Oltre che strumento delle politiche di contrasto alla criminalità, nello stato liberale di diritto il diritto penale è *limite invalicabile della politica criminale*. L'inserzione, nelle Costituzioni liberaldemocratiche moderne, di principi relativi al diritto ed alla giustizia penale, ha radice in esigenze di garanzia delle libertà individuali.

In un orizzonte di democrazia liberale, il diritto e la giustizia penale sono istituzioni rette dal principio di legalità e dalla separazione di poteri: separazione fra il momento *politico* della legislazione e il momento *tecnico* dell'imparziale applicazione della legge. La spada della giustizia (penale) è affidata a un *giudice imparziale*, non soggetto ad altri poteri, munito di garanzie d'indipendenza dal potere politico, soggetto soltanto alla legge (art. 101 Cost.). Ciò risponde ad esigenze di garanzia d'una applicazione della legge uguale per tutti, non subalterna ad interessi di parte.

---

<sup>1</sup> B. Williams, *In principio era l'azione*, Milano, 2007, p. 6.

<sup>2</sup> Th. Hobbes, *Leviathan*, 1668; cap. XVII, § 1.

<sup>3</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, §. 2.

Il diritto penale, affidato al *law enforcement* giudiziario per esigenze di garanzia, è uno strumento forte (il più forte) del potere giudiziario, punto nodale (non l'unico) degli equilibri fra poteri.

Per i suoi contenuti (il suo oggetto e i suoi strumenti) la funzione giudiziaria penale può essere definita come politica: concerne la vita della *polis*, tocca interessi di vitale importanza per i singoli e la per la società. La *apoliticità* (neutralità politica) che si vuole assicurata dai principi costituzionali, è un carattere essenziale della funzione, tanto più necessario quanto maggiore la politicità intrinseca (nel senso nobile del termine) del compito di controllo imparziale di legalità e di attuazione della legge nel caso concreto (4).

Nelle discussioni sulla funzione giurisdizionale, il rapporto con la dimensione politica è in genere visto in collegamento con la funzione di interpretazione del diritto. Vi è un confronto, e un vivace conflitto, fra diversi modelli di interpretazione e applicazione del diritto. Si è finito così per sovrapporre, nell'ideologia e nella polemica, la questione della politicità/apoliticità della funzione giudiziaria con la questione del rapporto giudice–legge. Nella storia della magistratura italiana, l'emancipazione da tradizioni autoritarie e da conformismi burocratici è stata segnata anche dall'idea di politicità della giurisdizione. La critica del mito del giudice 'bocca della legge' ha talora assunto la veste di una rivendicazione di maggiori spazi in sede ermeneutica.

La politicità della giurisdizione è un dato di realtà, quale che sia il rapporto fra legge e giudice. I due profili possono peraltro ambigualmente confondersi nell'autocomprensione che i giudici hanno della loro funzione, e nelle polemiche culturali o politiche.

L'applicazione giudiziaria del diritto è ben più che astratta 'interpretazione di legge': è applicazione a fatti concreti, che nel processo sono oggetto di accertamento. E' sul versante dell'accertamento dei fatti, e della qualificazione di fatti concreti, che l'impatto della giurisdizione sulla *polis* si manifesta in pieno.

La funzione del giudice imparziale (così Hannah Arendt in un'acuta riflessione su verità e politica<sup>5</sup>) è uno fra gli "*importanti modi esistenziali di dire la verità*", accanto all'attività del filosofo, dello scienziato, dell'artista, dello storico, di chi indaga sui fatti, del testimone e del cronista. La giurisdizione ha a che fare non solo con problemi di interpretazione della legge, ma anche con il dispotismo e la *fastidiosa contingenza* di verità fattuali, il cui accertamento compete al giudice imparziale. Vincoli di legalità (all'ordinamento normativo politicamente costruito dal potere del *demos*) e vincoli di verità (a verità di fatto che 'fanno resistenza' a qualsiasi potere, anche al potere del *demos*) collocano il giudice imparziale *ai confini della politica*: come dicitore di verità fattuali che per la politica rappresentano un limite indisponibile, "*al di là dell'accordo e del consenso*", e come dicitore di valutazioni normative che sono, da un lato, il prodotto di decisioni della

---

<sup>4</sup> Sarebbe "*ben strano immaginare come non politico l'esercizio dell'indipendenza e dell'autonomia del magistrato*": così hanno scritto Cazzola e Morisi, *La mutua diffidenza. Il controllo reciproco tra magistrati e politici nella prima Repubblica*, Milano, 1996, p. 9.

<sup>5</sup> H. ARENDT, *Verità e politica*, Torino, 2004. Le citazioni che seguono sono da pp. 72, 47, 50.

politica, dall'altro lato vincoli (largamente ma non totalmente suscettibili di revisione) che la politica ha posto anche a se stessa nelle forme proprie dello Stato di diritto.

D'altro canto, anche la giurisdizione è esercizio di potere, ed in ciò sta una differenza fortissima rispetto agli altri modi di ricerca della verità. I problemi di fondo della giurisdizione hanno a che fare con il suo carattere, ad un tempo, di istituzione di garanzia ed istituzione di potere.

## 2. Problemi 'di giustizia' nel diritto e nella giustizia penale.

*Giustizia* penale, si definisce nel linguaggio comune l'applicazione della legge penale. Ma *il valore di giustizia del diritto positivo non può essere dato per scontato*. Per *tematizzare* il *problema penale* serve un linguaggio che mantenga leggibile la tensione fra diritto e giustizia, la distinzione e connessione fra essere e dover essere del diritto.

Nel complesso, gli ordinamenti penali del nostro mondo vigente poggiano su principi razionali per quanto concerne l'attribuzione di responsabilità. La teoria generale del reato, nella sua struttura di fondo, è una teoria relativa alle condizioni di una possibile responsabilità (morale e giuridica) di uomini per il proprio agire (o non agire) e per le conseguenze che ne siano derivate. I principi fondamentali rispecchiano l'evoluzione di concezioni morali relative alle condizioni che possono giustificare il rimprovero per l'illecito commesso. Ciò non esclude che problemi seri restino aperti, in sede di interpretazione e applicazione dei principi.

Le norme incriminatrici definiscono un'area d'intervento penale che, nel suo nucleo centrale, è ragionevole (delitti c.d. naturali, come l'omicidio e il furto, o di riconoscibile lesività). Negli ordinamenti moderni vi è stata un'enorme (discutibile e discussa) espansione dei campi d'intervento penale, dipendente da molteplici ragioni, in particolare dalla crescente complessità sociale e dalla utilizzazione del diritto penale come tecnica di chiusura di discipline speciali (per es. in materia di mercato, o in materia ambientale).

L'aspetto più problematico sta sul versante delle sanzioni, delle risposte al reato. Sta soprattutto nell'uso della pena detentiva e nelle condizioni di esecuzione.

Il *problema penale* ha a che fare con l'ambiguità della pena, fra bene e male. La pena, ha scritto un autorevole sostenitore della concezione retributiva <sup>(6)</sup>, è un male "se viene interpretata in termini di natura, sotto il profilo del dolore o della sofferenza"; ma "occorre distinguere tra un male che è tale solo sul piano naturalistico [...] e un male di natura morale". La pena retributiva è "una nozione il cui contenuto non può esaurirsi nel mondo naturalistico ma deve estollersi in quello dei valori"; "la pena è un valore, vale a dire un'esigenza giuridico-morale, e quindi un bene". Questo dover essere (*deve estollersi*) vale per qualsiasi concezione della pena che aspiri ad essere una concezione ragionevole.

---

<sup>6</sup> G. Bettiol, *Punti fermi in tema retributiva*: uno scritto del 1960, ripubblicato nella raccolta di *Scritti giuridici*, p. 937s.

Le concezioni della pena non sono autosufficienti: sia l'idea retributiva che quella preventiva rinviano a concezioni 'materiali' – etiche o politiche, di giustizia o di opportunità – relative a che cosa sia giusto e/o opportuno vietare e punire. Il *problema penale* concerne la costruzione di un ordinamento *dei delitti e delle pene*. Soltanto bisogni che hanno a che fare col delitto possono proporsi come giustificazione della pena, e segnatamente della pena carceraria.

La minaccia di pena è uno strumento di rafforzamento di ciò che conta di più: i precetti e l'osservanza dei precetti. Concentrare l'attenzione sulle risposte al reato lascia fuori l'aspetto precettivo e la funzione più importante del diritto penale: consolidare l'osservanza dei precetti, prevenire fatti offensivi e perciò vietati sotto minaccia di pena. Il problema sanzionatorio è *secondario*, nel senso che viene dopo: un problema di strumenti, che chiama in causa, ad un tempo, profili di idoneità rispetto allo scopo e valori di giustizia, in un delicato bilanciamento di costi e benefici.

La funzione di prevenzione generale è l'*unica* prospettiva che può giustificare - entro limiti di giustizia - l'esistenza di un sistema penale. Non la *rieducazione* (qualunque cosa ciò significhi) del condannato, l'uomo che soffre in espiazione della pena: la pena e il carcere non sono pensati come scuola nell'interesse dell'allievo, ma come pezzi di un sistema di tutela legale di interessi legati alla civile convivenza, vuoi nell'ottica retributiva (*quia peccatum est*), vuoi in quella preventiva (*ne peccetur*). La rieducazione è un moderno vincolo modale (e morale) nella costruzione di un sistema che trova altrove la sua possibile legittimazione, perché naturalisticamente è e resta un male. Nel sistema costituzionale, una finalità che *non può mai essere integralmente sacrificata*<sup>7</sup>, nell'ambito di una pluralità di funzioni.

### **3. La legislazione penale come risorsa politica.**

Alla radice di molti problemi del penale (dell'eccessiva espansione, dell'eccessiva severità) sta un dato di fatto politicamente rilevante: la legislazione penale è un potente strumento di autorappresentazione politica e di ricerca di consenso. Ben si presta ad essere utilizzata come risorsa politica, di *politique politicienne* oltre che (o invece che) di politica nel senso nobile, di cura della *polis*. Si presta ed esprimere scelte e valori sotto il segno di politiche penali 'di lotta', di qualsiasi colore (conservatrici e rivoluzionarie), volte ad aggregare consenso.

Con l'arma del diritto penale si lotta contro le forme tradizionali di criminalità, le mafie, la criminalità organizzata, la piccola criminalità di strada, la criminalità degli affari (Tangentopoli). Si può lottare, più modernamente e con sentimento progressista, contro nuovi pericoli della società del rischio (per es. l'inquinamento dell'ambiente), particolari forme di criminalità violenta venute alla ribalta (per es. violenza sessuale), e via via elencando i possibili nemici di turno. Nel recente periodo compaiono (sono solo alcuni

---

<sup>7</sup> È una linea ben riconoscibile nella giurisprudenza costituzionale: sentenze n. 313 del 1990, n. 306 del 1993.

esempi) l'omofobia, il razzismo, il negazionismo, l'immigrazione irregolare, persino gli omicidi bianchi sulle strade (vedi proposta di introdurre una apposita figura di omicidio stradale) o nei luoghi di lavoro.

L'esibizione di severità (tolleranza zero, dice uno slogan di ambiguo successo) è una risorsa politica tradizionalmente utilizzata da politiche della paura, 'di destra', ma vi sono anche richieste politiche di *più penale* in ottica per così dire *politically correct*, o che si autodefiniscono di sinistra.

La valenza simbolica del penale è forte. Politiche penali che proclamano severità si presentano come risposte a bisogni di protezione reali, o artificiosamente gonfiati. Coagulano consenso, e questa valenza politica ha condizionato gli interventi sul sistema penale.

La legislazione penale dei decenni della Repubblica presenta volti diversi, secondo che abbia ad oggetto istituti di parte generale o settori della parte speciale (cioè precetti specifici e relative sanzioni). In una prima fase il tema dominante è stato il superamento del modello autoritario del codice Rocco, tecnicamente coerente e rigido. A partire da una riforma stralcio del 1974, modifiche di alcuni istituti del sistema sanzionatorio hanno fatto venir meno talune rigidità dei meccanismi punitivi, allargando gli spazi di discrezionalità giudiziale nella commisurazione della pena e in genere nelle risposte al commesso reato. Vi sono state riforme apprezzabili (riforma penitenziaria, riforma del diritto penale minorile), ma non la ricostruzione di un modello sanzionatorio coerente. L'affidamento nella discrezionalità giudiziale, con una fortissima dilatazione degli spazi di discrezionalità, rappresenta la spia di problemi aperti, che il legislatore non ha saputo o voluto risolvere, e che ha di fatto scaricato sulla magistratura.

Gli interventi sulla parte speciale dell'ordinamento penale (non solo sul codice) sono quasi tutti nel senso di un maggior rigore. Lo stesso anno 1974, quello della novella che scuote il rigorismo del codice Rocco, è l'anno in cui si irrigidiscono notevolmente le risposte sanzionatorie ai delitti su cui all'epoca era più forte l'allarme sociale: rapina, estorsione, sequestro di persona a scopo di estorsione. Nella posizione di precetti e sanzioni, il *trend* prevalente da allora in poi è prevalentemente stato quello: esibizione di crescente rigore, di esemplarità punitiva. In controtendenza (ma è un'eccezione negativa) sono andate solo talune leggi del periodo berlusconiano, come la riforma dei reati societari.

Gli esiti del rigorismo legislativo sono spesso disfunzionali rispetto agli obiettivi dichiarati. La rincorsa verso la severità punitiva di per sé *non* rafforza l'efficacia preventiva del diritto penale, e accresce i problemi legati alla pena detentiva. L'espansione del penale è concausa non marginale dei problemi dinanzi a cui ci troviamo.

La ricerca dei punti critici e dei possibili rimedi può essere condotta su diversi piani: quello delle politiche legislative penali, delle politiche in genere, dell'*enforcement* giudiziario.

La cultura giuridica è tendenzialmente schierata a difesa dei principi del buon vecchio diritto penale liberale, i quali modellano un sistema secondo criteri che dovrebbero essere *di giustizia*, e delimitare l'intervento penale secondo criteri di stretta necessità. L'argine a derive illiberali, posto dai principi costituzionali, è stato difeso dalla giurisprudenza costituzionale, che ha dato un contributo essenziale allo smantellamento delle punte più autoritarie della legislazione penale fascista, e in epoca più recente ha invalidato norme simbolo ed irrigidimenti caratteristici della legislazione securitaria<sup>8</sup>.

D'altro canto, delle funzioni del penale fa parte anche la protezione (la messa in sicurezza, per quanto possibile) di interessi (beni giuridici, nel linguaggio dei giuristi) selezionati dal legislatore come meritevoli e bisognosi di particolare tutela. E il principio di tutela di beni giuridici ha una tendenza espansiva, con effetti d'inflazione penalistica e carceraria.

L'esperienza, ci dicono i più intransigenti avversari del diritto penale della sicurezza, mostra che questo risucchia i principi liberali: un compromesso sarebbe impossibile, l'unica strada per una scienza del diritto penale intellettualmente indipendente sarebbe la critica senza compromessi. Condivido lo spirito di questa posizione, ma l'idea di un diritto penale pensato puramente in negativo è teoricamente insufficiente, e politicamente rischiosa. Il senso dei principi di delimitazione ha come premessa che ciò che si tratta di delimitare – l'ordinamento penale – possa avere un senso positivo, legittimo e razionalmente esplicabile; altrimenti, la coercizione penale sarebbe puro arbitrio<sup>9</sup>.

I legislatori non possono non partire dal problema hobbesiano della sicurezza, per farsi carico di tutte le sue implicazioni: sia eventuali esigenze di tutela con strumenti penalistici, sia esigenze di contrappesi e di limiti invalicabili. La cultura penalistica liberale accentua giustamente il profilo dei limiti garantisti. È responsabilità politica la ricerca di un equilibrio sostenibile, da cui oggi in Italia siamo lontani; deficienze di garanzie e deficienze di funzionamento non si elidono, ma si sommano.

#### **4. Problemi di funzionamento della macchina penalistica.**

Molti problemi della giustizia penale riguardano i modi di funzionamento del *law enforcement*. La qualità degli esiti giudiziari dipende innanzi tutto dalla qualità delle leggi, e inoltre dalla correttezza dell'accertamento dei fatti e delle interpretazioni del diritto. Su

---

<sup>8</sup> Particolarmente significativa è la dichiarazione d'illegittimità (sentenza n. 249 del 2010) della circostanza aggravante introdotta dal primo decreto sicurezza della XVI legislatura (d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito in legge 24 luglio 2008, n. 125) come punto 11 *bis* dell'art. 61 c.p.: "*l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trovi illegalmente sul territorio nazionale*". Questa aggravante contrasta col principio d'uguaglianza: "*il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili implica l'illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti del tutto estranei al commesso reato*". Fra le sentenze più recenti, le n. 105 e 106 del 2004, in materia di bilanciamento fra aggravanti ed attenuanti in caso di recidiva.

<sup>9</sup> Una discussione di questi temi, da angolature diverse, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011.

entrambi questi aspetti vi sono problemi aperti, che interpellano la cultura e la sensibilità degli operatori, e solo mediatamente la politica.

Il compito specifico della giurisdizione penale può essere definito *controllo di legalità*. Questa formula è ambivalente: gli equilibri del sistema possono essere spostati da uno “*slittamento apparentemente solo semantico, ma in realtà di grande rilievo per gli equilibri costituzionali*”, dal controllo di legalità classicamente inteso come *ricostruzione della legalità violata*, ad una versione *preventiva* del controllo <sup>(10)</sup>. L'idea del ‘controllo di legalità’ si presta ad entrambe le interpretazioni: giudizio imparziale in ciascun processo, controllo generale sull'osservanza della legge. Il significato allargato chiama in causa l'insieme delle istituzioni che hanno compiti e responsabilità concernenti la politica del diritto penale, a livello normativo o nell'esercizio di attività dalle quali dipende la prevenzione e la scoperta di reati. Il significato ristretto chiama in causa la funzione giurisdizionale, il giusto processo dinanzi a un giudice imparziale. Al crocevia fra controllo preventivo e *law enforcement* giudiziario, l'organo (il PM) titolare dell'esercizio dell'azione, obbligatoria ai sensi dell'art. 112 Cost.

L'istituzione di *giustizia*, neutrale in ciascun singolo processo (è giustizia, allo stesso titolo, la condanna del colpevole e l'assoluzione dell'innocente), nell'insieme dovrebbe risultare funzionale al *law enforcement*, alla tutela degli interessi penalmente protetti, con l'applicazione *uguale per tutti* (come nella aule d'udienza sta scritto) della legge *penale* agli autori di reato. Nelle geometrie del giusto processo, che postulano equilibri fra funzioni e parti contrapposte, *il finalismo repressivo introduce elementi squilibranti e tensioni non compiutamente componibili a livello formale*. Rispetto agli interessi in gioco, nel penale il giudice appare *naturaliter* ‘meno imparziale’<sup>11</sup>: l'ideologia reale della magistratura penale – che comprende sia i giudici che i pubblici ministeri - è sempre a rischio di venire sbilanciata verso il polo del contrasto alla criminalità, o di un autoritarismo bene intenzionato <sup>(12)</sup> vuoi nell'approccio probatorio, vuoi in interpretazioni rigoriste discutibili (in senso letterale: oggetto di ragionevole discussione pro o contro) motivate da una maggiore sensibilità per effettive o supposte esigenze di tutela.

Limiti e difetti del *law enforcement* possono derivare da problemi di (in)efficienza, sia di istituzioni cui competono funzioni di regolazione e di controllo di legalità in dati campi (per es. Consob), sia degli apparati investigativi e giudiziari. Carenze interne della macchina investigativa, difficoltà di disporre di collaboratori all'altezza (consulenti tecnici, e perfino interpreti affidabili di altre lingue). L'attenzione pubblica tende a porre in primo piano gli aspetti di inefficienza e le carenze nell'accertamento dei reati, rispetto a problemi d'altra natura che pure possono portare ad esiti ingiusti.

La macchina giudiziaria comporta costi: non solo economici, ma in termini di coinvolgimento di tante persone, come indagati e imputati (colpevoli o innocenti), persone

---

<sup>10</sup> L. Violante, *Magistrati*, Torino 2009, p. 161s.

<sup>11</sup> F. Palazzo, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in AA. VV., *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Milano 2013, p. 119.

<sup>12</sup> Ho già usato questa formula in D. Pulitanò, *Supplemento giudiziario e poteri dello Stato*, in *Quaderni costituzionali*, 1982, p. 93s.

offese (o ritenute tali), testimoni, parti civili o responsabili civili. I risultati di giustizia sono (per definizione) incerti; i costi e i rischi una certezza.

Esigenze di funzionamento della macchina hanno come *pendant* problematico l'uso di strumenti invasivi: misure cautelari (personali e reali); mezzi invasivi di inquisizione, quali perquisizioni, sequestri, intercettazioni. L'uso di questi strumenti non è evitabile; un uso eccessivo o poco controllato ha costi pesanti, non solo economici, ma soprattutto per l'incidenza su sfere di libertà, di riservatezza, ed anche di diritti patrimoniali.

Vi è un serio problema di filtri nell'avvio di indagini e nell'esercizio dell'azione penale, la cui obbligatorietà è legata a presupposti che il PM è tenuto a valutare. La retorica dell'atto dovuto non è una risposta sufficiente, quando è in discussione proprio la sussistenza dei presupposti del dovere. Sono in gioco equilibri istituzionali relativi ai controlli di legalità, e l'impatto concreto dell'attività giudiziaria. Carenze di filtri nell'esercizio dell'azione penale comportano un evitabile sovraccarico di lavoro, con pregiudizio dell'efficienza della macchina, e coinvolgimenti evitabili, con pregiudizio delle persone coinvolte.

Sul funzionamento della macchina giudiziaria pesano molteplici interessi, di varia forza e di varia natura. Innanzi tutto gli interessi legittimamente presenti nel processo, sia dell'accusa che della difesa. Anche interessi di natura patrimoniale entrano nel processo penale, mediante costituzione di parte civile.

Un canale per l'introduzione di istanze *lato sensu* politiche nel processo penale è stato aperto dalla prevista partecipazione di enti esponenziali di interessi diffusi; la giurisprudenza ammette con larghezza la costituzione di enti esponenziali come parti civili. Questa strada è stata imboccata con sentimento 'progressista'; gli effetti meriterebbero un'attenta verifica, anche alla luce dei rischi di politicizzazione eccessiva del processo penale.

Effetti distortivi possono derivare anche da interessi esterni e dall'approccio mediatico. Vi è un vistoso giustizialismo mediatico, con venature populiste. Meno frequente e più marcatamente politico lo schieramento sul fronte innocentista.

Un effetto perverso della ricezione mediatica e dell'utilizzazione politica di indagini giudiziarie è la trasfigurazione dell'indagato in inquisito, cioè in persona sospetta per il mero fatto di essere coinvolta in indagini. Beninteso, la pendenza di indagini può porre problemi seri circa i riflessi esterni dell'indagine; pone esigenze di assunzioni di autonome responsabilità di valutazione (in particolare di opportunità politica) ma non giustifica automatismi, come invece pretende un cattivo giustizialismo supportato da ampio consenso.

Esiti negativi delle disfunzioni della macchina sono le difficoltà (e gli errori) nell'accertamento dei fatti, e l'eccessiva durata dei processi, che sta al primo posto nelle consuete lamentazioni, ma è solo uno (e non il principale) fra i tanti problemi della giustizia penale italiana.



In una riflessione sugli indirizzi della magistratura, e sui significati (di giustizia?) dell'attività giudiziaria, merita considerazione l'insieme delle attività svolte, a partire da quella del PM che prende e seleziona ed aziona le ritenute notizie di reato. Anche attività processuali che di per sé *non* sono propriamente di giustizia (ma strumentali, come i provvedimenti cautelari e le modalità intrusive di inquisizione) producono effetti che pongono problemi di giustizia.

## 5. I due poli del problema penale. Fra giustizialismo e garantismo.

Nel linguaggio mediatico i diversi approcci ai problemi di giustizia penale sono spesso ricondotti ad una contrapposizione dicotomica fra posizioni etichettate come giustizialismo e garantismo. E' un linguaggio che affiora anche in scritti per così dire al confine fra il discorso tecnico e la polemica politica (<sup>13</sup>).

Giustizialismo e garantismo sono formule che si prestano ad essere usate sia come bandiera positiva (le garanzie di legalità sono cosa buona; cosa buona è riuscire a fare giustizia condannando gli autori di reato) sia come bersaglio polemico (garantismo come copertura dell'illecito, giustizialismo come abuso degli strumenti del penale). Dietro la contrapposizione dicotomica del linguaggio mediatico sta la complessità del problema penale, fra i due poli della tutela di interessi importanti (o ritenuti tali dal legislatore) mediante la posizione di precetti e minacce legali di pena (il polo giustizialista, potremmo dire), e della legalità come limite invalicabile a presidio della libertà degli individui (il polo garantista). Equilibri ragionevoli debbono tenere conto dell'uno e dell'altro aspetto, Per contrastare l'illegalità, e la cultura dell'illegalità, c'è bisogno di un mix appropriato di strumenti efficaci di *law enforcement* e di garanzie liberali.

Le opposte retoriche del garantismo e del giustizialismo (che di per sé non sono né di destra né di sinistra) sono a rischio di coprire tesi squilibrate verso l'uno o l'altro polo. In teoria, possono anche servire ad esprimere esigenze di riequilibrio, in contesti squilibrati verso il polo opposto.

E' pure entrata da molto tempo nell'uso comune la formula '*supplenza giudiziaria*'. Nata in discorsi sulla politica del diritto, e non della teoria giuridica, è una formula che evoca una miscela non ben definita (o diversi tipi di miscela) di profili politici e giuridici. Da un lato, l'idea di supplenza sembra presupporre che "*vi sia un sistema di competenze 'fisiologiche', che si assume (quasi giusnaturalisticamente) come dato al quale si contrapporrebbero competenze usurpate*" (<sup>14</sup>). Dall'altro lato, l'intervento del giudice è visto in rapporto non ai (soli) parametri legali, ma ad attese politiche: il giudice *supplisce*, con suoi interventi, alla soddisfazione di esigenze di tutela rispetto alle quali non è stata data soddisfazione con strumenti politici o amministrativi.

---

<sup>13</sup> Per es G. Fasanella e G. Pellegrino, *Il morbo giustizialista*, Venezia 2010, p. 7.

<sup>14</sup> Martinelli-Roppo, *Magistratura e processo penale nella crisi del sistema politico*, in « Democrazia e diritto », 1982, n. 3, pp. 49 ss.

Anche l'ambigua formula 'supplenza giudiziaria' deve la sua fortuna mediatica alla carica polemica che in vario senso se ne può trarre, in chiave critica verso la magistratura (accusata di fare troppo) o verso altre istituzioni (accusate di fare troppo poco). L'idea di supplenza evoca problemi *politici*, diversi dai problemi di mera *legittimità* dell'operato della magistratura in casi concreti; è fuorviante se intesa come valutazione giuridica.

La giustizia penale si presta ad essere definita come istituzione tipicamente 'di supplenza', nel senso che la risposta penale al reato, di competenza delle istituzioni giudiziarie, supplisce all'insuccesso di altri strumenti di regolazione e controllo sociale, che non sono riusciti a impedire la commissione di reati.

Le versioni polemiche sulla politicizzazione, o addirittura sul complotto giudiziario, hanno deformato il quadro dei problemi e reso politicamente più difficile un confronto critico sui contenuti reali della giurisprudenza penale. Tendenze espansive e rigoriste della giurisprudenza esprimono la moralità di esigenze di responsabilizzazione, delle quali la giustizia penale tende a farsi portatrice, tanto più quando altri luoghi e modi di responsabilizzazione non funzionano o funzionano male. Il punto di vista morale prevalente (forse) nella giurisprudenza si lega alla riprovazione morale dei fatti portati a giudizio. Un moralismo che rischia di irrigidirsi in rigorismo retributivo, sostenuto anche dall'assuefazione al massiccio ricorso del legislatore a comminatorie di pene detentive.

Un diverso approccio pone in primo piano il problema della sostenibilità (anche morale) dei precetti e soprattutto delle sanzioni penali, anche con riguardo a fatti e comportamenti moralmente discutibili. Questioni specifiche di moralità (di limiti morali) del vietare, del comandare, del punire, del come e quanto punire; in una parola, è in discussione la moralità dell'uso della coercizione giuridica nella forma più intensa. In questi termini è necessario un continuo confronto critico non solo con la legislazione, ma anche con la giurisprudenza penale (col suo moralismo autoritario?) sia sul piano dell'interpretazione del diritto vigente, sia sul piano delle valutazioni di politica del diritto.

## **6. Profili concernenti la pena detentiva.**

**6.1.** In Italia l'emergenza carcere ha acquistato centralità politica a seguito della condanna da parte della Corte EDU (sentenza pilota 8 gennaio 2013) e l'obbligo di conformarsi entro il termine di un anno dalla sua pubblicazione. Trattamenti inumani e degradanti sono di per sé un elemento di grave ingiustizia, ed indice rivelatore di problemi strutturali della macchina penalistica, sia a livello legislativo (ricorso eccessivo alla previsione di pena carceraria, problemi di ordinamento penitenziario) sia a livello applicativo (carenze strutturali delle istituzioni penitenziarie). L'emergenza carceraria, segnata dalla violazione di diritti umani, mette in discussione (sotto aspetti importanti) la *qualità morale* degli esiti concreti di un'istituzione che dovrebbe essere 'di giustizia'. Questo problema interpella innanzi tutto il legislatore, per l'uso massiccio di comminatorie di pena detentiva, ed anche le prassi giudiziarie (in materia di commisurazione della pena e di applicazione di misure cautelari).

Il problema carcere è stato oggetto del messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica in data 8 ottobre 2013: la *stringente necessità di cambiare profondamente* la condizione delle carceri in Itali è un imperativo, ad un tempo, *giuridico e politico e morale*. Accanto all'urgenza di rimediare alla violazione in atto, - anche con *rimedi straordinari* - vi è l'esigenza di incidere sulle condizioni che hanno prodotto e potrebbero riprodurre l'attuale stato di sovraffollamento intollerabile. Un'esigenza dunque (così il testo presidenziale) di *innovazioni di carattere strutturale*.

L'idea di fondo, enunciata al termine del messaggio presidenziale, è di "*avviare una decisa inversione di tendenza sui modelli che caratterizzano la detenzione, modificando radicalmente le condizioni di vita dei ristretti, offrendo loro reali opportunità di recupero*". Sono necessarie "*vere e proprie riforme strutturali ... al fine di evitare che si rinnovi il fenomeno del sovraffollamento carcerario*".

Un'inversione di tendenza è sollecitata pressoché coralmemente dal mondo dei giuristi. Politicamente è difficile, perché efficacia operativa e valenza simbolica delle norme penali sono risorse di cui fanno uso politiche orientate a valori e interessi diversi (potremmo chiosare: rivolte a un pubblico di elettori). L'idea che previsioni di una maggior pena servano a *rafforzare la tutela* – del tutto indimostrata, e comunque non sostenibile in termini generici – fa pure parte della vulgata ideologica punitiva, dimentica di Beccaria.

Fare uso della risorsa penale può essere una scelta legislativa legittima, a certe condizioni ed entro certi limiti, e più o meno idonea sul piano tecnico, con costi più o meno elevati. Bilanciare i (possibili) benefici attesi e i (sicuri) costi rientra fra le scelte rimesse alla valutazione politica del legislatore, formata nel complicato contesto della sfera pubblica di una democrazia liberale.

Sono questi i nodi, o meglio gli snodi che hanno condotto all'ipertrofia carceraria, e all'ipertrofia di scelte di incriminazione e di comminatorie di pena detentiva che, pur traducendosi solo in parte in pene da espiare in carcere, concorrono a caratterizzare l'ambiente normativo e culturale entro cui si amministra il *law enforcement* penalistico (la cosiddetta 'giustizia penale', formula impropria perché confonde diritto e giustizia). Sono le dinamiche della democrazia realmente esistente a produrre norme e prassi penali che la cultura giuridica combatte con buone ragioni e con risultati mediocri<sup>15</sup>.

Sotto la pressione dell'emergenza carcere, il legislatore si è mosso. Dapprima col d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, retoricamente detto svuota-carceri, convertito in legge il 21 febbraio 2014, n. 10. L'obiettivo di deflazione è perseguito essenzialmente con strumenti di ordinamento penitenziario, affidati alla discrezionalità giudiziale; nessuna riduzione dell'area del penalmente rilevante.

Una grossa novità è venuta dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 32 del 2014: è stata dichiarata costituzionalmente illegittima la legge che ha equiparato il trattamento penale delle c.d. droghe leggere a quello delle droghe pesanti. L'effetto è la

---

<sup>15</sup> Di grandissimo interesse, sotto questo profilo, è lo studio di D. GARLAND su *La pena di morte in America*, disponibile in traduzione in italiano (Milano, 2013).

reviviscenza della disciplina differenziata ai sensi del T.U. del 1990. Questa importante sentenza è fondata su ragioni attinenti al procedimento legislativo: inserzione delle norme in materia di stupefacenti in una legge di conversione di decreto legge avente altro oggetto.) Rispetto ai problemi sostanziali di disciplina degli stupefacenti, la *ratio decidendi* è neutra; ma il *decisum* ha effetti immediati consistenti.

La popolazione carceraria, nel recente periodo, si è ridotta: dalle 66.028 persone presenti in carcere al 30 giugno 2013, alle 58.925 presenti il 6 giugno 2014.

Novità significative sono state introdotte e prefigurate dalla legge 28 aprile 2014, n. 67: delega per la riforma del sistema sanzionatorio (reclusione domiciliare e arresto domiciliare dovranno diventare pene principali, sostituendo la pena carceraria per ampie fasce di reati) e per alcune sostituzioni dell'intervento penale con altre forme di responsabilità, civile o amministrativa. Già in vigore la nuova disciplina della sospensione del processo con messa alla prova nell'ambito del diritto penale comune.

Ancora una volta, sotto la pressione dell'emergenza carcere, le novità legislative fanno leva su istituti di portata generale. Gli spazi di nuove depenalizzazioni sono modesti. Per quanto concerne la parte speciale, l'agenda politica contiene non poche proposte di più penale o di maggiore severità. Il ritocco in diminuzione della pena edittale per il voto di scambio (legge 17 aprile 2014, n.62) è stato criticato da molti come un cedimento. Il riesplodere della questione morale riporta in primo piano esigenze di adeguata responsabilizzazione con strumenti penali.

**6.2.** A partire dalle riforme degli anni '70, si è consolidato uno scenario nel quale pena minacciata, pena irrogata e pena effettivamente eseguita possono non coincidere; alla massiccia comminatoria di pene che in parte si traducono in effettiva esecuzione carceraria, e in parte sono destinate a non essere irrogate, o, se irrogate, destinate a non essere eseguite in tutto o in parte. Questo scenario ha una razionalità un po' paradossale: finalità positive (di giustizia) possono essere ragionevolmente perseguite tramite la non esecuzione (in tutto o in parte) della pena irrogata in sentenza come *giusta in via di principio* secondo le regole generali dell'ordinamento. Vale a dire: la risposta giusta non può essere identificata *tout court* con l'esecuzione certa e inflessibile della pena irrogata (che pure è presentata come la pena giusta a livello simbolico) ma può richiedere una ragionevole flessibilità, in ragione di una varietà di interessi: in particolare, incentivo a condotte riparatorie, e finalità di prevenzione speciale rieducativa.

La sequenza che va dalla pena edittale alla pena irrogata e infine alla pena da eseguire consente al legislatore (al mondo politico) di esibire un rigore di principio che è funzionale al mercato politico, ma la cui coerente applicazione risulterebbe difficilmente sostenibile. Siamo immersi ed adusi ad un sistema punitivo che tende ad espandere il campo d'applicazione e il rigore delle comminatorie di pena detentiva, confidando in meccanismi di mitigazione affidati all'autorità giudiziaria (salvo poi criticarla per l'uso che ne sia fatto).

Verso la meta della deflazione del carcere, un passo importante potrebbe essere la revisione delle comminatorie di pena detentiva: valutare la necessità o non necessità delle

comminatorie di pena detentiva, ed il loro significato 'di giustizia', escludendole in radice da tutti gli ambiti in cui un'effettiva esecuzione risulterebbe insostenibile. Anche là dove già oggi non sono eseguite (o eseguite raramente) la loro eliminazione renderebbe il sistema meno ipocrita, e porrebbe più chiaramente sul tappeto la questione delle possibili tipologie alterative di pena edittale.

Pene detentive possono (debbono) essere ragionevolmente tenute in considerazione con riguardo alla criminalità *hard*. Una prima perimetrazione ha dunque a che fare con valutazioni relative al mondo dei delitti: per quali delitti si ritenga sia ragionevole e necessario prevedere la pena carceraria, con tutti i suoi costi. Senz'altro da abbandonare l'arresto per contravvenzioni, se non la stessa categoria delle contravvenzioni.

Per delitti gravi, per i quali abbia senso mantenere la comminatoria di pena detentiva, c'è da chiedersi: quali livelli? Una complessiva revisione del sistema dovrebbe prendere sul serio l'idea della stretta necessità e riequilibrare il sistema delle pene edittali, tagliando i troppi eccessi di severità (talora solo cartacea, talora produttiva di sofferenze inutili) e in qualche caso recuperando un adeguato livello.

Alla deflazione delle comminatorie di pena detentiva dovrebbero corrispondere tipologie sanzionatorie diverse, meno produttive di sofferenza, ma idonee a porsi come risposta giusta. In questo contesto si porrebbe la questione di una razionale riforma della pena pecuniaria. La dottrina penalistica converge da tempo nel suggerire il modello delle quote giornaliere, da tempo adottato da altri ordinamenti, che dà rilievo alle condizioni economiche del condannato: più idoneo dunque ad assicurare equità ed eseguibilità delle condanne.

Nell'ambito in cui comminatorie di pena detentiva restino un'opzione non eliminabile, si pongono ulteriori problemi: di misura della pena, di eventuale sostituzione con pene non detentive, di deflazione dell'esecuzione, di eventuale non punibilità. In questo spazio si collocano istituti sia di diritto penale sostanziale, sia di ordinamento penitenziario; istituti *lato sensu* alternativi, già facenti parte della nostra tradizione, che potrebbero venire potenziati.

Esiti di non punibilità potrebbero essere collegati all'irrelevanza del fatto, ed anche (a certe condizioni) all'esiguità del fatto, o ad attività di integrale riparazione dell'offesa. Esiti di riduzione delle pene irrogate potrebbero derivare da un ripensamento dei minimi edittali e del sistema delle circostanze, attorno ad nucleo di attenuanti premiali e con drastico sfolgimento delle aggravanti.

## **7. Il problema della prescrizione.**

Fra i problemi sul tappeto vi è la prescrizione; un problema di forte impatto a causa di inefficienze (lentezze) della macchina giudiziaria, ed aggravato dalla riforma del 2005. Inserita fra le cause di estinzione del reato, la prescrizione del reato è un istituto

assiologicamente ambiguo: comporta la rinuncia ad applicare la conseguenza del reato (la sanzione penale) prevista dalla legge, ma che si ritiene ormai irragionevole *a causa del tempo intercorso fra il commesso reato e il momento della decisione*.

La questione della prescrizione ha a che fare con i *tempi della memoria sociale* e i *tempi di vita delle persone* (<sup>16</sup>). Vi sono da esigenze di proporzione degli interventi penali non semplicemente rispetto al commesso reato, ma rispetto a bisogni di risposta che il corso del tempo può ragionevolmente concorrere a modellare e ridurre. Come suggerisce la stessa etichetta (o metafora) di *causa estintiva*, la prescrizione è un estintore, che, non diversamente dagli estintori previsti da un sistema antincendio, è giusto e necessario collocare a presidio di determinate situazioni. In condizioni di normale funzionamento del sistema dovrebbe rimanere inattivo. Se risponde a razionalità e giustizia (a date condizioni) la previsione legale dell'istituto, ogni sua applicazione concreta è una sconfitta che un sistema efficiente dovrebbe saper evitare.

La determinazione dei tempi di prescrizione rinvia a valutazioni di giustizia o di politica del diritto, relative da un lato alla rilevanza del tempo trascorso, e dall'altro lato alla natura e gravità dei diversi reati (<sup>17</sup>). Reati bagatellari possono essere ragionevolmente 'dimenticati' in tempi abbastanza brevi; una repressione a distanza di tempo può essere troppo costosa e/o troppo intrusiva. A fronte, invece, di delitti particolarmente gravi, esigenze 'di giustizia' e/o di prevenzione generale giustificano (esigono?) una risposta che affermi la responsabilità penale e la pena anche a distanza di tempi lunghi.

Lascio aperti i problemi che, in ultima analisi, sono decisivi: quali tempi di prescrizione possano essere ritenuti congrui dal punto di vista delle ragioni del punire o non punire. Si tratta di ridefinire le condizioni di moralità e ragionevolezza di un istituto altamente problematico, ma che concorre ad arginare un' indefinita estensione del penale. Le soluzioni possono essere ragionevolmente diverse. Su molti aspetti c'è bisogno di nuove riflessioni. Segnalo un punto delicato, portato in evidenza da processi per eventi di morte conseguenti ad esposizioni professionali: ha senso infliggere pene per fatti commessi diversi decenni fa, i cui effetti lesivi si sono realizzati a tanta distanza temporale? O non sarebbero preferibili soluzioni diverse?

L'eredità più negativa della novella (*ad personas?*) del 2005 è la sostituzione del modello originario del codice Rocco, che differenziava i tempi di prescrizione per fasce ampie di reati, con il riferimento puntuale ai massimi edittali al di sopra dei sei anni di reclusione. Ciò ha per conseguenza che ogni modifica di massimi edittali – sia in aumento che in diminuzione, al di sopra dei sei anni – incide sui termini di prescrizione. I tempi di prescrizione dei delitti non sono più predeterminati da scelte 'di parte generale', ma sono fatti dipendere pedissequamente dalla contingente molteplicità e varietà dei massimi edittali, stabiliti da legislatori della parte speciale, in tempi diversi, secondo criteri di politica

---

<sup>16</sup> Cerco da tempo di contrastare l'idea corrente che la prescrizione per decorso del tempo - un istituto che ha come effetto la non punibilità - possa essere costruita come presidio della ragionevole durata del processo. Ho trattato questo argomento in *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, e in *Sulla tutela penale della giustizia penale*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, II, Torino, 2011, p. 1283s.

<sup>17</sup> Indicazioni interessanti nella recentissima sentenza della Corte costituzionale, n. 143 del 2014.

sanzionatoria. L'identificazione rigida fra massimo edittale e tempo di prescrizione, oltre a frammentare il sistema dei termini di prescrizione, è un fattore di instabilità, un vincolo distorcente sulle riforme di parte speciale, come hanno evidenziato le discussioni sulla riforma in materia di concussione e corruzione: un vincolo pesante su riforme che vorrebbero andare in direzione di un abbassamento di massimi edittali elevati. Sarebbe bene (ed urgente) spezzare questo vincolo, ritornando a un sistema che leghi i tempi di prescrizione a scelte di parte generale (per inciso: l'esigenza di spezzare il *linkage* con i massimi edittali meriterebbe di essere considerata anche con riguardo ad istituti processuali) <sup>(18)</sup>.

## **8. Giustizia penale e *accountability* (morale e politica).**

Uscire dai tradizionali modelli di politica penale non è una strada facile, in un mondo in cui prevalgono paure ed esigenze di sicurezza, e a livello politico si ritiene pagante l'esibizione di severità. Il penale, con tutti i suoi costi e aspetti disfunzionali, veicola bisogni di giustizia, e la giustizia è fatta anche di chiamata a rispondere. Vi sono anche aspetti simbolici.

Nella situazione attuale, segnata da pulsioni (ragionevoli e irragionevoli) di tipo giustizialista, riterrei politicamente opportuno marcare una chiara presa di distanza sia da politiche securitarie o giustizialiste di più penale, sia da politiche ideologicamente antiproibizioniste, soprattutto in contesti controversi. Siamo esposti al rischio di assumere, in entrambe le direzioni, posizioni che si presentano *politically correct*: aggravanti simboliche per il reato motivato da omofobia, incriminazione del negazionismo, legalizzazione delle droghe leggere. Senza entrare nel merito dei singoli punti, propongo una riflessione che li riguarda tutti. Su tutti i punti c'è una battaglia da combattere: contro l'omofobia, contro il negazionismo, ed anche contro la droga (o la cultura della droga). Quali sono i mezzi da usare? Là dove il fare leva sul penale (o sul più penale) non sia una buona strada, è la politica che deve assumersi le sue responsabilità: non abbassare la guardia, nessun cedimento culturale.

Entro un quadro di politiche capaci di esprimere e praticare altre e più efficaci modalità di contrasto alla criminalità e di difesa dei diritti - sia dalla criminalità che da autoritarismi di qualsiasi matrice - l'uso della legislazione penale come risorsa politica (di

---

<sup>18</sup> Un altro punto critico della novella del 2005 riguarda la disciplina degli atti interruttivi: il prolungamento massimo dei tempi di prescrizione differenziato secondo che l'imputato sia persona incensurata o senza precedenti penali che portino nella fascia dei recidivi, oppure un recidivo, o un recidivo qualificato. Differenze soggettive di questo tipo non hanno alcuna connessione con le ragioni giustificative del tempo necessario a prescrivere, men che meno con le ragioni giustificative del prolungamento dei termini di prescrizione connesso a vicende processuali. La rilevanza ai fini della prescrizione, attribuita a differenziazioni soggettive dalla novella del 2005, è del tutto ingiustificabile a fronte del principio di uguaglianza – ragionevolezza; ma non è arrivata ed è difficile che possa arrivare al vaglio di legittimità costituzionale. Un intervento del legislatore sarebbe auspicabile, anzi doveroso.

ricerca di consenso) potrebbe perdere d'efficacia, e si rafforzerebbero le condizioni per una effettiva riduzione del penale, sia quanto ad estensione che a severità.

Una acuta riflessione degli anni '90, sulle vicende giudiziarie che hanno accompagnato la crisi della prima Repubblica, ha messo in evidenza alcuni aspetti della vicenda italiana ritenuti sintomatici di tendenze storiche più generali<sup>19</sup>. In primo luogo un'esigenza delle società moderne: che “*trovino posto forme di controllo della virtù politica che l'opera delle opposizioni e la sanzione delle elezioni si sono dimostrate incapaci di esercitare*”. La magistratura italiana ha risposto “*tenendo conto di quanto avveniva nella sfera pubblica, e ha potuto svolgere il suo compito soprattutto grazie all'appoggio che vi ha trovato*”.

La sovraesposizione politica e l'ipertrofia del penale, nell'esperienza italiana, sono *anche* un riflesso della crisi di altre forme di *accountability* (morale e politica). Il modello teorico definisce il penale come *extrema ratio*, l'istituzione volta a far valere il principio di responsabilità nei casi più gravi, e nelle forme più severe di cui lo stato di diritto disponga; ma perché il penale possa funzionare davvero come *extrema ratio*, in modo passabilmente corretto, c'è bisogno di un contesto in cui operino altre forme di responsabilità, giuridiche e non, ed un'etica della responsabilità che assicuri sufficienti livelli di osservanza.

Se forme di *accountability* diverse dal penale sono deboli, o addirittura assenti, si apre spazio per un ruolo di supplenza e per una tendenza espansiva dell'istituzione – la giustizia penale - che ha a disposizione strumenti in grado di reagire di fronte a una questione morale che tende ad essere vista (e talora enfatizzata) come questione criminale (Tangentopoli). Sta qui la radice (forse) principale della centralità politica che le questioni di giustizia penale hanno assunto in Italia negli ultimi decenni.

Come l'esperienza ha mostrato, una giustizia penale politicamente indipendente può essere una forma di *accountability* idonea a produrre effetti consistenti, talora dirompenti, attraverso interventi che comunque sono *caso per caso* (anche quando i casi si moltiplicano). Le valutazioni possono essere legittimamente differenziate, sia sui risultati sia sulle carenze dell'azione giudiziaria. Le buone intenzioni che sorreggono gli interventi giudiziari non bastano a garantire la bontà degli esiti.

La riduzione dei problemi di *accountability* alla sola dimensione penalistica produce effetti distorti. Da un lato, rischi di un accentuato moralismo giudiziario: applicazioni espansive e severe di strumenti penali. Dall'altro lato, effetti paradossali di deresponsabilizzazione sul piano etico e politico: l'esito favorevole in sede penale finisce per risolversi (quali che ne siano le ragioni) in rilegittimazione etico-politica, per la debolezza o l'assenza di altri luoghi di *accountability*. In assenza di formale condanna si finisce anche per trascurare l'autonomo significato - *di giustizia e di tutela* – dell'accertamento di fatti e di responsabilità personali, indipendentemente dall'esito del processo (poniamo, declaratoria di prescrizione, o applicazione di un provvedimento di clemenza) e dalla qualificazione giuridica dei fatti accertati.

---

<sup>19</sup> A. Pizzorno, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma – Bari, 1998. Cfr. in particolare p. 96s.



In una sorta di circolo vizioso, il deficit di etica e di *accountability* produce un eccesso di penale, che ponendosi come unico criterio di responsabilizzazione tende ulteriormente a ridurre lo spazio proprio di un autonomo giudizio etico e/o politico. La riduzione della *accountability* al penale mescola dunque rigorismo e lassismo; è segno, causa ed effetto della crisi dell'etica pubblica. *“Esiste una responsabilità di chi esercita funzioni pubbliche che non può essere confusa con la responsabilità penale né può esaurirsi in essa ..... i valori civili di un paese vivono nella capacità dei cittadini comuni di esigere comportamenti irreprensibili da parte dei loro rappresentanti”* <sup>(20)</sup>. Solo un'etica pubblica che si dia cura del principio responsabilità, nel quotidiano modo di essere e di operare della società e delle istituzioni, può opporsi ad un tempo alle tentazioni del giustizialismo ed alla cultura dell'illegalità.

*“Fare prevalere il senso del limite della giurisdizione rispetto alle luci abbaglianti del moralismo giuridico”* <sup>(21)</sup>. Questa conclusione di Luciano Violante, sul compito proprio della magistratura, vale anche per una situazione difficile come (da troppo tempo) quella italiana. E' un obiettivo tanto ovvio quanto (ahimè) ambizioso, che abbisogna di presupposti non scontati, sul piano sia istituzionale che etico-politico.

---

<sup>20</sup> L. Violante, op. cit., p. 156, 158.

<sup>21</sup> L. Violante, *Magistrati*, cit., p. 189.