

Maria Letizia Zanier

L'accusa penale in prospettiva socio-giuridica

Ruolo, processi decisionali
e modalità d'azione del pubblico ministero



Sociologia

FrancoAngeli

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: www.francoangeli.it e iscriversi nella home page al servizio “Informatemi” per ricevere via e.mail le segnalazioni delle novità.

Maria Letizia Zanier

L'accusa penale in prospettiva socio-giuridica

Ruolo, processi decisionali
e modalità d'azione del pubblico ministero



Sociologia

FrancoAngeli

Copyright © 2012 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it.

Indice

Introduzione	pag.	7
Parte I		
L'accusa penale tra obbligatorietà e discrezionalità		
1. Obbligatorietà, discrezionalità, arbitrio in prospettiva socio-giuridica. Aspetti introduttivi	»	15
1. Cosa è e cosa non è discrezionale. Verso un'analisi epistemologica del concetto di discrezionalità	»	16
2. Determinanti e tipologie	»	32
2. Meccanismi funzionali dell'azione penale	»	37
3. Processi decisionali e prassi di gestione del crimine da parte dell'accusa	»	47
Parte II		
Riflessioni sul ruolo dell'accusa: un bilancio e proposte di riforma		
4. Un bilancio sugli effetti della riforma del codice di procedura penale del 1989	»	67
5. Obbligatorietà dell'azione penale e tempistica processuale. Una chiave per pensare le riforme	»	76
1. Il problema del "ritardo" nel processo penale	»	80
2. Il tempo è galantuomo: la prescrizione come ostacolo o come risorsa nel processo	»	95

6. La discrezionalità limitata. Principio di opportunità, regolazione o esercizio realistico dell'azione penale?	pag.	103
1. Per un'ipotesi "forte"	»	111
2. Per un'ipotesi "debole"	»	116
Tra grandi riforme e problemi quotidiani della giustizia penale. Una nota conclusiva	»	123
Appendice. Interviste ai testimoni privilegiati	»	127
Riferimenti bibliografici	»	151

Introduzione

Alcuni fatti di cronaca con implicazioni di carattere penale occorsi negli ultimi anni che hanno coinvolto, tra l'altro, personalità di primo piano del sistema politico del nostro Paese, hanno contribuito a suscitare uno stimolante dibattito e a sollevare interessanti interrogativi all'interno del dibattito accademico, ma anche in ambienti ad esso estranei. Ad esempio, qual è il ruolo dei sistemi giuridici e degli attori del diritto nella gestione della giustizia? Nell'ambito di questi contesti, si possono eventualmente individuare elementi di attrito nei confronti dei sistemi sociale, economico e politico, che possono oggettivamente incidere sulle modalità decisionali degli attori giuridici? Che valore rivestono, in definitiva, rispetto all'intero sistema di amministrazione della giustizia, per i soggetti coinvolti e per la collettività nel suo complesso le decisioni che, talvolta, possono apparire come discrezionali prese dagli operatori del diritto?

Questi quesiti presentano sia un rilievo locale, come nel caso italiano che viene analizzato nei dettagli nel volume, sia anche un interesse globale e, in questa prospettiva, risulta difficile, oltre che poco vantaggioso, mantenere il dibattito accademico interno separato da questioni più generali che attengono ai contesti giuridici, sociali, economici e politici. Dunque, sembra possibile rivendicare che, al fine di contenere gli svantaggi legati ad un approccio etnocentrico e, allo stesso tempo, quelli ascrivibili ad un eccesso di relativismo, la ricerca, anche in ambito sociologico e giuridico, si debba focalizzare su domande idonee a trasporre una realtà locale all'interno di un contesto ormai globalizzato. Analizzare il significato del ruolo giocato dagli attori del diritto in un contesto locale e circoscritto diventa perciò sostanziale per comprendere come innovative forme di cooperazione giuridica indotte dalla globalizzazione possano essere praticate.

Resta aperta la questione delle modalità attraverso cui è possibile porre le basi ad un simile percorso di ricerca. Il lavoro presentato nel volume non è specificamente di tipo comparato, mentre si pone l'obiettivo di affrontare

tematiche di ordine generale come, per esempio, la complessa dialettica tra obbligatorietà e discrezionalità nei comportamenti dei pubblici ministeri italiani, senza confinarle necessariamente all'esclusivo contesto giuridico di riferimento e questa pista di ricerca è resa praticabile attraverso l'utilizzo degli strumenti della ricerca interdisciplinare. Detto in altri termini, il ruolo dei pubblici ministeri non viene solamente affrontato alla luce delle norme del diritto, ma è anche proposto in una chiave sociologica critica grazie all'impiego del costrutto interpretativo di cultura e, nello specifico, di cultura giuridica.

Le argomentazioni esposte possono essere considerate eterogenee e, per certi versi, non allineate a rispetto a quanto viene offerto da molta della letteratura giuridica tematica, dal momento che riguardano principalmente l'individuazione e la discussione dei fattori socio-giuridici che modellano l'operato dei pubblici ministeri e di altri attori coinvolti nel procedimento penale. Tali fattori possono essere significativamente influenzati dal contesto storico, sociale, culturale ed economico e, di conseguenza, ad essi non può essere assegnato un valore dato per assoluto. Per altri aspetti, l'attenzione deve essere diretta alla messa a fuoco dei meccanismi da cui traggono origine i processi decisionali dei pubblici ministeri, alla comprensione del significato dei poteri loro conferiti ed, infine, all'interpretazione del ruolo che essi svolgono complessivamente all'interno del sistema giuridico. Seguendo questa prospettiva, il caso italiano è certamente interessante e paradigmatico, dal momento che le tensioni tra politica e magistratura e le numerose riforme che si sono succedute a partire dal 1989, con la modifica in senso accusatorio del codice di procedura penale, hanno creato una sorta di laboratorio dove alcune caratteristiche peculiari della natura funzionale e del modo di operare dei pubblici ministeri – come, per esempio, l'autonomia e l'indipendenza – hanno mostrato di esercitare una discreta influenza nello sviluppo dell'intero sistema giuridico nazionale. Ricordando che tutto questo si verifica in un contesto giuridico in cui il principio di obbligatorietà dell'azione penale esprime e continua a mantenere un ruolo fondativo.

Chi ha seguito i recenti casi di cronaca di cui si diceva all'inizio avrà certamente notato come il dibattito accademico non sia stato di molto aiuto alla definizione dei meccanismi procedurali e sostanziali che operano in diverse giurisdizioni. Anche la letteratura scientifica tematica (e non solo quella riferita alla realtà italiana) non sembra sempre riuscire appieno nel suo compito quando si propone di trovare modalità espressive esaurienti per analizzare criticamente concetti quali quello di giustizia o di accusa, che non di rado vengono, in modo impreciso, valutati come sovrapponibili e immobili in diverse giurisdizioni. Purtroppo, questa inadeguatezza ha, per certi versi, limitato anche la qualità del lavoro giornalistico, sebbene con-

cetti interessanti e di difficile comprensione, come quello di cultura giuridica, siano stati più volte menzionati dalla stampa.

Il filo conduttore che guida il volume trae origine dalla considerazione critica della questione generale delle modalità assunte dall'attività decisoria in ambito pubblico, per passare successivamente ad affrontare il tema centrale del significato e delle conseguenze dell'esercizio della presa di decisioni nel campo della giustizia penale, in particolare per quanto riguarda il ruolo dell'accusa. Viene esaminato nel dettaglio come potenziali comportamenti soggettivi e/o di matrice discrezionale da parte del pubblico ministero assumano vita e dignità in un sistema fortemente vincolante sotto questo aspetto, come è appunto quello italiano che prevede l'obbligatorietà dell'azione penale. Il caso del nostro Paese si dimostra particolarmente stimolante da questo punto di vista proprio perché si tratta di un sistema penale in cui, a livello normativo, è prescritto che le scelte dell'accusa siano obbligate. Partendo da questo – apparente – paradosso si sviluppa l'analisi dell'argomento delle scelte potenzialmente individuali o localmente determinate da parte dell'accusa, che viene ad iscriversi nel quadro complessivo più ampio del rapporto tra norme e prassi nei sistemi giuridici.

Dopo un'approfondita rassegna critica della letteratura internazionale e nazionale dedicata a questi ambiti tematici, vengono discussi numerosi referenti empirici raccolti di prima mano nel corso di diversi anni di ricerca con gli attori del diritto e l'opzione analitica è quella per un approccio interpretativo del tipo *law in action*. Da questo punto di vista, il ruolo del pubblico ministero deve essere inquadrato in un contesto sociale e giuridico in cui il valore e il significato delle norme giuridiche e delle azioni che ne conseguono vanno fatti risalire, tra le altre cose, anche ai referenti di tipo socio-culturale condivisi. Come si suggerisce, non si può comprendere compiutamente il concetto di discrezionalità che permea, in alcune circostanze, i comportamenti dell'accusa senza conoscere nei dettagli il ruolo professionale svolto dal pubblico ministero, l'influenza potenzialmente esercitata sulle decisioni dalla sua cultura giuridica (ivi compresi gli atteggiamenti, i valori e le rappresentazioni sociali che questo attore giuridico condivide), oltre agli effetti riportati dall'ambiente contestuale in cui vengono compiute le relative azioni (cultura giuridica locale).

I temi dell'obbligatorietà dell'azione penale e della discrezionalità potenzialmente nelle mani dell'accusa, considerati anche alla luce della complessa realtà contingente della giustizia e della politica in Italia, indirizzano la discussione verso la delicata e controversa questione delle possibili riforme del nostro ordinamento penale. Traendo spunto da una rivisitazione critica della letteratura, dai punti di vista e dalle esperienze dirette degli operatori giuridici, che nell'approccio analitico seguito vestono i panni di

testimoni privilegiati, emergono molti interessanti interrogativi circa la valenza reale delle proposte in campo. A tale proposito, è opportuno tenere presente che il dibattito e le opinioni sul ruolo del pubblico ministero, da qualsiasi parte provengano, vanno sempre saldamente ancorati ad una preventiva delimitazione del contesto socio-giuridico di riferimento, con i relativi meccanismi ed equilibri.

Le questioni fondamentali che orientano l'interpretazione del delicato ruolo del pubblico ministero italiano nel perseguire un difficile, ma imprescindibile, equilibrio tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e flessibilità operativa (si legga discrezionalità) nell'adattamento delle prassi alle richieste del sistema si possono sintetizzare in alcuni punti di discussione. Qual è il significato della procedura penale e qual è il valore concreto dei principi costituzionali, inclusa l'obbligatorietà dell'azione penale? Come si formano i processi decisionali dell'accusa in relazione alle prassi di gestione del crimine? E ancora, quale ruolo gioca la componente della discrezionalità nel quadro della riforma in senso accusatorio del processo penale e delle trasformazioni della cultura giuridica del pubblico ministero? Infine, discutendo di possibili riforme, viene introdotta come ulteriore, sostanziale, chiave di lettura la tempistica processuale. L'eccessiva durata dei procedimenti, il problema del "ritardo" della giustizia, la piaga per alcuni o la risorsa per altri costituita dall'istituto della prescrizione, l'intendimento di regolamentare *ex ante* i tempi del processo (con le proposte di riforma chiamate, di volta in volta, "processo breve", "processo lungo", "prescrizione breve"), come vorrebbero alcuni recenti progetti di riforma, delimitano tematiche cruciali che contribuiscono a gettare luce sulla complicata dialettica tra obbligatorietà dell'azione penale e comportamenti di matrice soggettiva.

Nella prima parte del volume i capitoli si snodano attorno al tema introduttivo dei concetti di obbligatorietà e di discrezionalità nelle decisioni pubbliche, definendone i confini, le determinanti e le tipologie. I relativi meccanismi funzionali nel quadro del sistema penale vengono dapprima trattati secondo una prospettiva macro-teorica, con l'obiettivo di costruire una cornice interpretativa per circoscrivere la discussione seguente sui processi decisionali e sulle prassi attuate dalla figura del pubblico ministero nella gestione del crimine. Nella seconda parte, dopo aver tracciato un bilancio sugli effetti della riforma in senso accusatorio del codice di procedura penale, la riflessione si incentra sulle nuove potenziali riforme del ruolo dell'accusa in discussione, non trascurando di affrontare le ripercussioni dell'annoso problema dell'eccessiva durata dei processi, che molto spazio occupa anche nel dibattito sulle proposte attualmente in campo.

Devo un grande ringraziamento a David Nelken per aver collaborato in modo sostanziale nella progettazione e nel coordinamento delle ricerche che hanno prodotto le evidenze empiriche da cui trae spunto il volume, anche se non necessariamente i rispettivi punti di vista sui risultati sono unitari. La responsabilità per le analisi e le interpretazioni va, naturalmente, solo a chi scrive. Desidero, infine, ringraziare i magistrati e gli altri operatori giuridici, che ci hanno consegnato le loro fondamentali testimonianze acconsentendo di trascorrere parte del loro prezioso tempo nei colloqui di ricerca. Una delle finalità di base di questo lavoro è proprio quella di valorizzare il contributo delle esperienze operative degli attori del diritto nella comprensione dei meccanismi di funzionamento del sistema giuridico, oltre che in un loro possibile miglioramento.

Parte I
L'accusa penale tra obbligatorietà
e discrezionalità

1. Obbligatorietà, discrezionalità, arbitrio in prospettiva socio-giuridica. Aspetti introduttivi

Affrontare i rapporti tra obbligatorietà, discrezionalità e diritto seguendo una prospettiva sociologica richiede un impegno a distaccarsi dai vincoli classici della concretezza formale e del senso di ineluttabilità che si legano tipicamente ad un'interpretazione puramente giuridica, oppure anche talvolta politologica, del concetto di discrezionalità, per avvicinarsi ad un modo di pensare che ricomprende a pieno titolo l'azione giuridica nell'universo più vasto delle azioni sociali.

La nostra attenzione è rivolta, nello specifico, all'attività decisionale esercitata da un particolare attore pubblico inserito nel sistema giuridico penale, e cioè il pubblico ministero. In questa prospettiva, dopo aver affrontato alcune questioni teorico-epistemologiche preliminari, nel corso dei diversi capitoli del volume verrà discusso della cultura giuridica propria di questa figura, ricostruendone l'ambiente di lavoro, i valori professionali ed ogni altro elemento utile a comprenderne l'operato. Molti riferimenti a riscontri empirici ci aiuteranno ad individuare gli schemi e le modalità dei principali criteri decisionali e delle eventuali pratiche di selezione delle priorità attuati dal pubblico ministero. Seguirà una sintesi delle riflessioni sul ruolo dell'accusa sollevate nel corso della discussione, con l'obiettivo di tracciare un bilancio di massima sulle principali proposte di riforma dell'ordinamento penale.

Il ricorso ad opzioni discrezionali nelle scelte e, più in generale, l'atto medesimo di prendere delle decisioni possono essere rappresentati nei termini di un problema di costruzione sociale, se si considerano queste azioni dall'"interno" nell'ottica di chi vi è, a diverso titolo, coinvolto¹. L'approc-

¹ In estrema sintesi, nella tradizione sociologica classica l'impostazione costruzionista individua nelle categorie di senso comune utilizzate dagli attori per comprendere il vivere quotidiano gli elementi fondanti che contribuiscono a costruire le rappresentazioni della realtà sociale oggettiva. Le attribuzioni di significato che ne derivano vengono continuamente negoziate e

cio analitico complessivo che intendiamo seguire si distingue per un carattere essenzialmente interpretativo, dal momento che ravvisa nel diritto – e nel ricorso ad esso – non già una struttura formale ed a-problematica di norme, ma piuttosto un processo sociale in costante mutamento e adattamento, che riflette l’evoluzione dell’ambiente culturale e del contesto sociale nel quale trova radicamento. Considerato da questo angolo di osservazione, in ultima analisi, il sistema giuridico diventa parte integrante di un permanente processo di negoziazione e ri-negoziazione sociale.

1. Cosa è e cosa non è discrezionale. Verso un’analisi epistemologica del concetto di discrezionalità

Cosa è e cosa non è discrezionale? Prima di addentrarsi in un percorso di analisi epistemologica intorno al concetto in discussione, è opportuno cercare di chiarire che cosa si intenda per “discrezionalità” in senso comune e quale sia, invece, il significato tecnico del termine quando viene applicato all’attività di gestione della cosa pubblica e, ai nostri fini, all’amministrazione della giustizia. Come avremo modo di approfondire nel prosieguo del capitolo, un distinguo semantico che va operato preliminarmente riguarda le differenze tra la discrezionalità in senso stretto e il cosiddetto “comportamento discriminatorio” o l’“arbitrio”. Difatti, non ci troviamo di fronte ad espressioni equivalenti e dunque interscambiabili, benché nel linguaggio quotidiano esse vengano abitualmente messe in relazione tra di loro, oltre che utilizzate comunemente anche come sinonimi.

In termini molto generali, la discrezionalità riguarda una libertà o un potere di decidere secondo il proprio giudizio o in base ad un criterio valutativo condiviso. A partire da un’accezione un po’ più articolata rispetto a quella appena enunciata – e però anche più ambivalente – con la parola “discrezione” si può alternativamente identificare la facoltà o il potere di discernere, come norma del giudicare e del volere, oppure la moderazione, il senso della misura, la capacità di mantenere un segreto o, ancora, l’arbitrio, il potere, il libero volere, oltre e al di fuori di qualsiasi limite precostituito². I significati citati fanno parte del linguaggio comune. Mentre, seguendo un’impostazione di senso più

ri-negoziato attraverso i molteplici e ripetuti meccanismi di interazioni tra gli attori sociali. Tra i classici dell’approccio costruzionista si può fare riferimento, su tutti, a Berger e Luckmann (1966). Abbiamo delimitato alcune linee interpretative del problema della discrezionalità nei termini di un fenomeno di costruzione sociale in un precedente lavoro dedicato al funzionamento del sistema penale (Zanier, 2009).

² Si vedano le relative voci nel Dizionario Enciclopedico Italiano (1970).

propriamente tecnico, la discrezionalità si può riferire alla libertà da vincoli attribuita a particolari poteri o facoltà che spettano ad individui o a soggetti pubblici. Libertà che, in ogni caso, non è totalmente esente da limiti estremi imposti dalla legge, entro ai quali l'esercizio degli stessi poteri e facoltà deve obbligatoriamente rientrare³.

Il ricorso alla discrezionalità nel quadro delle funzioni di amministrazione dei beni collettivi – materiali e immateriali – delimita le modalità secondo le quali gli individui e/o i gruppi di operatori pubblici utilizzano il loro giudizio sulle cose e sulle circostanze nell'ambito di una data situazione per agire o, al contrario, per non agire (Gelsthorpe e Padfield, 2003). Nel significato che riguarda più da vicino questa discussione, la discrezionalità finisce per ricongiungersi, e a volte per sovrapporsi, ad altri concetti cruciali quali quelli di libertà, di potere, di autorità, di decisione⁴. Questi ultimi definiscono prerogative di persone pubbliche – che possono essere attori sociali individuali o collettivi, i termini della questione non cambiano – per decidere, dirimere o determinare un giudizio, una scelta o una decisione, in relazione ad una serie di azioni alternative oppure in merito al fatto di *non* procedere. Ognuna delle parole richiamate può evidenziare sfumature di significato molteplici e specificamente connotate, anche se tra gli studiosi si rileva un consenso sufficientemente condiviso sull'identità sostanziale assunta dal concetto di discrezionalità quando viene messo in relazione con ciascuno di essi.

Quando ci si situa in un ambito pubblico-istituzionale, l'attività di produrre dei responsi, dei pareri o dei giudizi, oppure di compiere delle scelte strategiche, reca come importante conseguenza la creazione di una serie di vincoli più stringenti rispetto al caso in cui la medesima attività venga promossa nel sistema delle interazioni sociali comuni della vita quotidiana di ciascun attore sociale. Ciò si verifica non solo per effetto delle norme formali (che possono, a certe condizioni, assumere la dignità di norme giuridiche), vincolanti per la vita e per il funzionamento delle istituzioni pubbliche, ma anche a causa dei complessi obblighi sociali, economici e politici che condizionano l'esercizio delle attività decisionali nei settori di rilievo pubblico. Come hanno ricordato Gelsthorpe e Padfield (2003), proprio per la presenza di tali vincoli, che non sono sempre pienamente realizzabili, si può arrivare a distinguere in alcune caratteristiche assunte dalla discrezionalità in campo giuridico, e pubblico in genere, i tratti del “mito”⁵.

³ Sui limiti giuridici imposti alla discrezionalità si veda, per esempio, Barak (1989).

⁴ A questo proposito, rimandiamo ad alcune categorie classiche del pensiero weberiano su potere e autorità (Weber, 1922).

⁵ Lo stesso punto di vista è stato sostenuto da Baumgartner (1992). In proposito, è abbastanza sorprendente notare che nel caso del sistema penale italiano, in cui vige il principio di

Il fatto che la concezione della discrezionalità di senso comune si presenti in termini piuttosto vaghi e sfumati, e talvolta anche controversi, contribuisce a rendere i tratti semantici del concetto variegati e cangianti al mutare dei comportamenti degli attori sociali e delle agenzie pubbliche di controllo, ivi incluso il sistema della giustizia penale. Questo si verifica anche perché, in ultima analisi, l'attività di prendere decisioni in ambito pubblico è demandata ai funzionari, che sono pur sempre uomini in carne ed ossa che condividono rappresentazioni sociali, sistemi valoriali, referenti normativi, linguaggi, competenze con i gruppi sociali (professionali e non) di cui sono membri. In parole semplici, questi attori, come del resto tutti gli attori sociali, hanno interiorizzato sistemi di cultura e di culture specifiche che concorrono ad influenzarne gli stati d'animo e i comportamenti⁶.

Partendo da un punto di osservazione più direttamente socio-giuridico, il tentativo di comprendere la discrezionalità comporta un processo di ricostruzione delle circostanze che inducono i soggetti investiti del compito di prendere decisioni giuridiche ad esercitare o a non esercitare il potere di scelta di cui dispongono. La discrezionalità emerge dal complesso intreccio tra norme giuridiche e comportamenti degli attori sociali che partecipano alle pratiche legali (magistrati, poliziotti, avvocati, ma anche burocrati ed esperti a vario titolo) (Quiroz Vitale, 2005). In sintesi, alla base dell'esercizio di discrezionalità si trova l'opportunità di compiere delle scelte nell'applicazione di norme generali a casi particolari. Questo può verificarsi, per esempio, quando compaiono in giudizio davanti ad un tribunale casi controversi o incerti e gli attori giuridici competenti si assumono l'onere di

legalità, quando si discute di obbligatorietà/discrezionalità dell'azione penale sia invece l'obbligatorietà ad assumere la connotazione di mito o anche di tabù. Sarebbe appunto l'obbligatorietà a far pensare a qualcosa di irraggiungibile e dunque realizzabile esclusivamente nel mondo delle teorie e delle idee. La discrezionalità è insita e connaturata in ogni attività umana che preveda la presa di decisioni, anche se le funzioni istituzionali sono per loro stessa natura vincolate da una serie di obbligazioni (come, per esempio, le norme giuridiche, le procedure amministrative, le direttive di politiche pubbliche, e così via) (Zanier, 2007; 2009).

⁶ Facendo riferimento al sistema della giustizia penale, si considerino le potenziali influenze esercitate dai referenti culturali generici e di cultura giuridica interna (professionale) sulla qualità delle decisioni degli attori coinvolti. Ad esempio, reputare penalmente rilevante o irrilevante una notizia di reato pervenuta alla procura, decidere in merito all'archiviazione o di procedere con un caso, proporre o meno i riti abbreviati. E ancora, per quanto riguarda il caso specifico dell'ambito del sistema penale minorile, decidere in merito all'adozione di procedure di *diversion*, con un'uscita precoce dal canale penale oppure optare per il ricorso ad alternative non giudiziali. Gli attori che partecipano a questi processi decisionali sono la polizia, i pubblici ministeri e i giudici; in secondo ordine gli avvocati e, in ultima istanza, gli indagati e gli imputati.

risolvere il problema attribuendo il peso che reputano più equo agli interessi in contrapposizione. Il diritto, come strumento di controllo sociale, fornisce naturalmente un quadro di massima di criteri e di principi, in una parola di norme generali, che devono essere applicati ai casi specifici (Hart, 1976). Questa considerazione comporta anche l'importante conseguenza di concepire gli attori giuridici come interpreti e creatori del diritto, e cioè come soggetti che concorrono attraverso la giurisprudenza a forgiare e a promuovere nuove iniziative normative.

La discrezionalità applicata al campo giuridico si propone come un concetto tipicamente relazionale, che ben si presta alla metafora del buco in una ciambella: può esistere solo in presenza di una serie di confini prestabiliti che ne delimitano i contorni, appunto come la ciambella racchiude il foro al suo interno (Dworkin, 1977). Regole, norme e principi fissano i limiti entro ai quali può inserirsi l'azione "discrezionale" degli operatori giuridici, chiarendo ulteriormente, se necessario, che la discrezionalità non si configura nei termini di un equivalente del concetto di libertà o di quello di arbitrio. Sul piano pratico, gli standard normativi possono coincidere con una tipologia di azione che si fonda sulla razionalità oppure che si orienta facendo riferimento ai principi di legittimità e di efficacia avvalendosi, quando occorre, del cosiddetto "buon senso"⁷. Può accadere che un giudice debba "scoprire", disvelare interpretandolo il diritto, per poter individuare la risposta più corretta a casi difficili che gli vengono sottoposti; in questa accezione, il concetto di discrezionalità andrebbe inteso nel senso debole. Un pubblico ufficiale in generale – e un magistrato nello specifico – ha il dovere di fare ricorso alla propria capacità di ponderazione delle alternative disponibili quando applica gli standard stabiliti dalle autorità sovraordinate. In aggiunta a ciò, bisogna ribadire che il pubblico amministratore è anche l'arbitro finale delle sue decisioni, qualora nessuna autorità sia chiamata a sindacare su di esse. Mentre,

⁷ Nel corso delle ricerche che abbiamo condotto sul funzionamento del processo penale è emersa sul piano empirico una serie di modelli di comportamento indicativi dell'uso del "buon senso" nella presa delle decisioni da parte degli attori giuridici (in particolare, i magistrati richiedono nello stabilire i casi da trattare prioritariamente, ma non solo). E, tuttavia, bisogna rilevare che «poco di ciò che si ricava dalle argomentazioni degli operatori induce a ritenere che il buon senso costituisca un dato di per sé oggettivo, assodato, non controverso; in altri termini, qualcosa su cui ognuno potrebbe e dovrebbe sentirsi e dichiararsi d'accordo». [...]. Mentre, altri testimoni privilegiati hanno fatto intendere «che essi implicitamente ritengono o, addirittura, danno per scontato, che un criterio come questo *non* rientri nella categoria delle decisioni "discrezionali". Ovviamente, sul piano concettuale non si può attribuire al buon senso il connotato dell'oggettività e/o della neutralità, e forse neppure assegnarlo al novero delle regole di comportamento condivise. Ma sarebbe interessante approfondire le premesse epistemologiche di questa apparente contraddizione semantica» (Zanier, 2009, p. 81).