

ORDINAMENTO GIUDIZIARIO
Uffici giudiziari, Csm e governo della magistratura

a cura di
Giuseppe Di Federico

LETTURA DI **A**PPROFONDIMENTO N. 1
ottobre 2019

Bononia University Press
Via Foscolo 7
40123 Bologna
tel. (+39) 051 232882
fax (+39) 051 221019

© 2019 Bononia University Press

ISBN 978-88-6923-408-8
www.buonline.com
e-mail: info@buonline.com

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Impaginazione: Sara Celia

Prima edizione: marzo 2019

Letture di ordinamento italiano e comparato

IL PUBBLICO MINISTERO ITALIANO IN PROSPETTIVA COMPARATA

Giuseppe Di Federico

SOMMARIO: 1. Indipendenza del pubblico ministero in Italia e nelle altre democrazie. – 2. Effetti disfunzionali generati dal principio di obbligatorietà dell'azione penale sul piano operativo. – 2.1. L'obbligatorietà dell'azione penale vanifica il principio costituzionale dell'eguaglianza del cittadino di fronte alla legge. – 2.2. L'obbligatorietà dell'azione penale sottrae al controllo democratico le scelte di politica criminale a livello nazionale ed internazionale. – 2.3. L'obbligatorietà dell'azione penale è di pregiudizio ai diritti del cittadino nell'ambito processuale. – 2.4. L'obbligatorietà dell'azione penale è causa di lentezza ed inefficienza della giustizia penale. – 3. Indipendenza e responsabilità del pubblico ministero nei paesi democratici.

1. Indipendenza del pubblico ministero in Italia e nelle altre democrazie

Ruolo e funzioni del pubblico ministero sono stati spesso oggetto di dibattito e di ricorrenti riforme in molti Paesi democratici. Numerose sono anche le raccomandazioni a riguardo emesse da organismi internazionali quali i Congressi delle Nazioni Unite sulla Prevenzione del Crimine, il Consiglio d'Europa, l'Unione Europea.

Un tale interesse è certamente giustificato per almeno due ragioni:

- il ruolo cruciale che la magistratura requirente svolge nella repressione della criminalità. I pubblici ministeri sono i "guardiani dei cancelli" della giustizia penale. Senza la loro iniziativa non può esservi un efficace intervento repressivo del giudice che è per sua natura un organo passivo. Il ruolo del pubblico ministero ha, inoltre, acquisito un'importanza via via maggiore per effetto della crescente complessità, pericolosità e diffusione che i fenomeni criminali hanno assunto in tutti i paesi negli ultimi decenni e della dimensione che essi sono venuti assumendo anche sul piano internazionale;

- le devastanti conseguenze che un uso indebito, improprio o partigiano, dell'iniziativa penale può avere sulla protezione dei diritti civili, sulla salvaguardia dello *status* sociale, economico, familiare e politico dei cittadini e sulla loro eguaglianza davanti alla legge penale (come ciascuno di noi sa bene, di per sé l'iniziativa penale spesso genera, di fatto, effetti sanzionatori cui non si rimedia con una sentenza di proscioglimento che giunge a distanza di mesi o di anni).

Molti sono gli aspetti del complesso ruolo del pubblico ministero che sono stati oggetto di dibattito e di interventi riformatori. Tra essi quello relativo al rapporto tra indipendenza e responsabilità è stato oggetto di particolare attenzione per il grande rilievo che le soluzioni istituzionali adottate a riguardo e le prassi operative ad esse connesse assumono sia rispetto all'efficacia repressiva della sua azione sia per quanto concerne la protezione dei diritti dei cittadini nell'ambito del processo penale. Indipendenza e responsabilità sono tuttavia valori difficili da conciliare a livello operativo.

I poteri del pubblico ministero italiano e l'assetto istituzionale nel quale opera hanno nel loro insieme caratteristiche uniche, senza eguali nel panorama dei Paesi democratici. Caratteristiche tutte rivolte a potenziare le condizioni di indipendenza del pubblico ministero, trascurando quelle che in altri Paesi democratici sono previste per regolarne le responsabilità.

Si tratta nel suo complesso di un assetto operativo che genera non poche disfunzioni sia sul piano del rendimento del “servizio giustizia”, sia sul piano della protezione di valori che sono di grande rilievo in democrazia, quali: l’eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, la protezione dei diritti civili nell’ambito del processo penale, il controllo democratico delle politiche criminali.

Ricordo brevemente ed in termini molto generali le principali caratteristiche strutturali e funzionali del nostro pubblico ministero che nell’insieme lo differenziano sostanzialmente da quelli degli altri Paesi a consolidata democrazia¹.

Tra i Paesi a consolidata democrazia, sia quelli di *civil law* dell’Europa Continentale che quelli di tradizione giuridica anglosassone (Regno Unito, Irlanda, USA, Canada, Australia, Nuova Zelanda, Sudafrica) l’Italia è l’unica ad avere un pubblico ministero che gode delle stesse garanzie di piena indipendenza esterna che sono previste per il giudice. A differenza di quanto avviene, con varie modalità, negli altri Paesi, nessuna istituzione esterna può dare istruzioni al nostro pubblico ministero su come svolgere le sue attività e quali priorità seguire nell’uso dei mezzi di indagine e nell’esercizio dell’azione penale. Nessuna istituzione esterna può supervisionare lo svolgimento delle sue attività. A differenza degli altri Paesi democratici non è prevista nessuna istituzione che possa essere chiamata a rispondere delle sue attività nell’ambito del processo democratico. A differenza degli altri Paesi democratici non esiste una struttura gerarchica unitaria che abbia il potere di coordinare le indagini su tutto il territorio nazionale. Negli altri Paesi, infatti, le funzioni di indirizzo, coordinamento e supervisione gerarchica delle attività del pubblico ministero vengono svolte, con maggiore o minore trasparenza, da soggetti che ne portano la responsabilità politica nell’ambito del processo democratico. Nella maggior parte degli altri Paesi queste funzioni vengono svolte dal ministro della giustizia (o istituzioni simili²). In altri Paesi invece vengono svolte da altri soggetti che ne portano la responsabilità politica in altre forme, come ad esempio avviene in Spagna e Portogallo ove a capo della struttura gerarchica del PM si trova un procuratore generale nominato a termine dal Parlamento su proposta del governo. Va notato che i pubblici ministeri operano nell’ambito di una struttura gerarchica unitaria che fa capo al ministro della giustizia anche nei paesi democratici in cui giudici e

¹ Viene qui sinteticamente utilizzato un materiale molto ampio di ricerche e seminari condotti dall’autore in Italia ed in altri Paesi con finanziamenti sia del CNR che di organismi internazionali (come UNDP, World Bank, UNODOC, USAID, COLPI, Open Society, ed altri ancora). Per una recente ricerca sugli assetti del pubblico ministero attenta al momento applicativo e relativa sia a sei paesi dell’Unione Europea (Bulgaria, Francia, Germania, Inghilterra-Galles, Italia, Ungheria), sia a tre paesi extraeuropei (Stati Uniti, Cile e Sud Africa), si veda Open Society Institute, *Promoting Prosecutorial Accountability, Independence and Effectiveness*, Sofia 2008. Numerosi sono i lavori dello scrivente dedicati all’analisi e descrizione del ruolo del pubblico ministero italiano in chiave comparata. Tra essi: “Prosecutorial Accountability, Independence and Effectiveness in Italy” pubblicato nel libro dell’Open Society Institute appena citato, pp. 301-338; “Obbligatorietà dell’azione penale e indipendenza del pubblico ministero”, in *Rassegna di giurisprudenza*, febbraio 2009; “Indipendenza e responsabilità del PM alla ricerca di un difficile equilibrio: i casi di Inghilterra, Francia e Italia”, in *Il giusto processo*, n. 1, maggio 2002, pp. 216-246 (con versioni pubblicate anche in inglese, russo e spagnolo); “L’indipendenza del pubblico ministero e il principio democratico della responsabilità in Italia: l’analisi di un caso deviante in prospettiva comparata”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Anno XXI, Fasc. 1, 1998, pp. 230-252 (con versioni pubblicate anche in inglese, francese, spagnolo); “Il pubblico ministero: indipendenza, responsabilità, carriera separata”, in *L’Indice penale*, XXIX, n. 2, 1995, pp. 399-437; “Obbligatorietà dell’azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità”, in A. GAITO (a cura di), *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Jovene, Napoli 1991, pp. 170-208. Per una presentazione degli assetti del pubblico ministero nei 25 paesi dell’Unione Europea vedi P. TAK (ed.), *Tasks and Powers of the Prosecution Services in the EU Member States*, opera in due volumi, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, Olanda, 2004 e 2005.

² Come l’Attorney general negli USA e nel Regno Unito.

pubblici ministeri fanno parte dello stesso corpo, come ad esempio in Francia e Belgio.

A differenza dagli altri Paesi democratici i pubblici ministeri italiani godono anche di un regime di ampia indipendenza interna non solo perché non esiste, come abbiamo appena detto, un vertice organizzativo a livello nazionale dotato di poteri gerarchici e di coordinamento su tutti gli uffici di procura del Paese, ma anche perché è molto ampia l'indipendenza di cui i singoli pubblici ministeri godono all'interno degli uffici cui appartengono. Certo, a livello dei singoli uffici di procura vi è formalmente una struttura gerarchica. Di fatto però i poteri di direzione e supervisione dei capi degli uffici vengono severamente limitati da alcune leggi, dai consolidati orientamenti degli organi di autogoverno della magistratura (consigli giudiziari e Csm), e dalle regole molto analitiche di ordine generale che da molti anni sono fissate dal Csm per disciplinare il funzionamento interno degli uffici del pubblico ministero: regole per la distribuzione del lavoro, per le avocazioni, per le sostituzioni nei casi di impedimento e moltissimi altri aspetti ancora. Non a caso si è sviluppato un marcato processo di personalizzazione delle funzioni del pubblico ministero quasi che anche per lui valesse il principio del giudice naturale precostituito per legge. Di fatto, cosa che ricorrentemente avviene, ciascun sostituto procuratore può richiedere in vario modo, e spesso con successo, l'intervento del Csm, per ogni decisione del suo capo ufficio che sia in contrasto con i piani organizzativi prefissati o con la sua indipendenza nel gestire i casi che gli sono assegnati. Né l'abolizione del comma 3 dell'art. 7-ter dell'Ordinamento giudiziario ha fatto cessare l'orientamento del Csm a regolare la materia³.

A rendere il ruolo dei dirigenti di procura meno rilevate che in altri paesi europei vi è poi il fatto che nel processo di valutazione della professionalità e rendimento dei sostituti da noi i pareri dei capi ufficio possono avere un peso molto limitato in quanto quelle valutazioni sono sostanzialmente nelle mani di organi rappresentativi composti in maggioranza da magistrati eletti dai colleghi sia a livello distrettuale (i consigli giudiziari) che nazionale (il Csm).

Nel condurre le indagini, la polizia deve operare chiedendo istruzioni al pubblico ministero e seguendo in via esclusiva e vincolante le sue direttive⁴. Nella fase investigativa, cioè, il ruolo del pubblico ministero non si differenzia da quello di un funzionario di polizia se non per il fatto che, a differenza del funzionario di polizia, non risponde ad alcuno delle decisioni investigative che egli assume in piena indipendenza.

Il pubblico ministero può di sua propria sponte iniziare e condurre attività investigative di qualsiasi tipo

³ Il d.lgs n. 106/2006 ha abolito l'articolo l'art. 7-ter che dal 1988 conferiva al Csm il potere di regolamentare anche l'organizzazione interna degli uffici del pubblico ministero. Con delibere del 12 luglio 2007 e del 21 luglio 2009 il Csm ha, tuttavia, riaffermato la sua competenza a fornire indicazioni anche in materia di organizzazione delle procure della Repubblica richiamando esplicitamente a riguardo il suo ruolo di "vertice organizzativo della magistratura". In quelle delibere ha anche ricordato che la nuova legge impone comunque ai capi delle procure di comunicare i piani organizzativi dei propri uffici al Csm e che il Csm stesso nell'esaminarli potrà effettuare le sue valutazioni e, se negative, includerle nei fascicoli personali dei procuratori per essere poi tenute presenti in sede di valutazione della loro professionalità. Si tratta di giudizi negativi che avranno molto più rilievo che in passato quando l'attribuzione di un incarico direttivo era effettuata dal Csm a tempo indeterminato e le valutazioni negative, o non pienamente positive, potevano solo frustrare le aspirazioni future dei dirigenti a sedi più gradite o ad altri e più importanti incarichi direttivi. Non potevano però, in sede di valutazione della professionalità privarli dell'incarico direttivo che già ricoprivano. La legge del 2006 che introduce la temporaneità degli incarichi direttivi e semidirettivi -quattro anni con un solo rinnovo dello stesso incarico nello stesso ufficio- aumenta di molto il rilievo delle valutazioni del Csm in materia agli occhi dei magistrati che esercitano quegli incarichi e che aspirano a ottenerne il rinnovo per un secondo quadriennio.

⁴ Art. 347 cpp.

su qualsiasi cittadino quando ritiene che sia stato commesso un crimine⁵. A differenza del giudice che ha una ben circoscritta competenza territoriale, il pubblico ministero può invece promuovere e svolgere di sua iniziativa e nella pienezza dei suoi poteri indagini su qualsiasi persona e su qualsiasi ipotesi di reato, ovunque commesso e che lui stesso ipotizza. Ha cioè una competenza territoriale illimitata.

A differenza di altri paesi democratici ove l'inamovibilità è prevista solo per i giudici (Olanda, Inghilterra-Galles, Francia, e così via) in Italia i pubblici ministeri, al pari dei giudici, non possono essere trasferiti da un ufficio all'altro nel corso della loro lunga carriera, salvo che non siano loro stessi a farne richiesta⁶.

Tutte le decisioni relative allo *status* del pubblico ministero, dal reclutamento fino alla cessazione dal servizio, sono assunte in via esclusiva da un Csm composto in stragrande maggioranza da rappresentanti eletti congiuntamente da giudici e pubblici ministeri. Nessuno dei Consigli superiori in cui sono rappresentati giudici e pubblici ministeri (Francia, Belgio, Romania) esercita poteri paragonabili a quello italiano nel decidere sullo status del pubblico ministero. Anche in quei Paesi il ministro della giustizia svolge un rilevante ruolo nelle decisioni in materia di status dei pubblici ministeri, cioè valutazioni di professionalità, disciplina, trasferimenti, nomine a uffici direttivi⁷.

A differenza di quanto avviene negli altri Paesi democratici che reclutano in magistratura, esclusivamente o prevalentemente, laureati senza precedenti esperienze professionali (Germania, Francia, Austria, Olanda e tanti altri ancora) in Italia da oltre 40 anni i pubblici ministeri (ed i giudici) non sono più soggetti a reali, sostantive valutazioni di professionalità ai fini della carriera, che si svolge sulla base del mero decorrere della loro anzianità di servizio. Certo la legge formalmente prevede che debbano essere effettuati seri vagli di professionalità e ricorrenti valutazioni nel corso dei 40/45 anni di permanenza in servizio. Tuttavia, l'interpretazione data a quelle leggi dal Csm è stata tanto compiacente nei confronti delle aspettative dei propri elettori che di fatto tutti i pubblici ministeri, raggiungono il più alto livello della carriera, salvo i casi di gravi violazioni disciplinari o di sanzioni penali.

Particolari strumenti sono stati predisposti anche per tutelare l'indipendenza del pubblico ministero sotto il profilo del trattamento economico. Onde evitare che i pubblici ministeri debbano ricorrentemente instaurare trattative col potere esecutivo per la determinazione e adeguamento del loro trattamento economico, la legge prevede un vantaggioso meccanismo automatico di adeguamento triennale. È uno strumento che non ha eguali in altri Paesi. Va aggiunto che i pubblici ministeri italiani hanno il trattamento economico più elevato del pubblico impiego ed anche il più elevato tra i magistrati dell'Europa continentale. Soprattutto perché, a differenza dei loro colleghi europei, che subiscono severi e selettivi vagli di professionalità e solo in pochi raggiungono i vertici della carriera, i nostri magistrati invece raggiungono tutti – come abbiamo già detto – il massimo livello della carriera, della retribuzione, della pensione e del trattamento di quiescenza.

⁵ Art. 330 cpp.

⁶ La legge prevede alcune limitate eccezioni sia per i giudici che per i pubblici ministeri, come nel caso di soppressione dell'ufficio di appartenenza. Le altre eccezioni sono definite dallo stesso Csm "inefficaci" e anche "controproducenti".

⁷ Si veda a riguardo G. DI FEDERICO (ed.), *Recruitment, professional evaluation and career of judges and prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, The Netherlands and Spain*, Ed. Lo Scarabeo, Bologna 2005. Il testo può essere consultato e stampato accedendo al sito web www.irsig.cnr.it.

Buona parte delle caratteristiche del pubblico ministero sin qui considerate si collegano direttamente o comunque vengono giustificate con riferimento, più o meno diretto, alla norma costituzionale (art. 112) la quale impone ai pubblici ministeri di perseguire tutti i crimini che vengono commessi. Un obbligo che non può essere fattualmente realizzato in nessun Paese e che anche da noi, come vedremo più innanzi, è di fatto caratterizzato da ampi margini di discrezionalità. Tuttavia poiché si tratta di un obbligo che formalmente è vincolante, esso porta con sé due implicazioni di grande rilievo che differenziano assetto e poteri del nostro pubblico ministero rispetto a quello degli altri Paesi democratici:

- lo Stato ha l'obbligo di finanziare tutte le spese che i pubblici ministeri considerano necessarie per condurre le attività investigative. Ciò in quanto qualsiasi limite relativo ai mezzi di indagine da utilizzare e sui criteri di spesa costituirebbe un limite all'osservanza del principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale;

- i pubblici ministeri non portano nessuna responsabilità per ogni e qualsiasi iniziativa investigativa e azione penale cui danno inizio, anche se mesi o anni dopo le loro iniziative risultano del tutto infondate e ingiustificate. In ogni caso essi possono pretendere, con immancabile successo, che il loro sospetto che un crimine fosse stato commesso imponeva comunque loro di agire. In altre parole l'obbligatorietà dell'azione penale trasforma *ipso jure* qualsiasi loro decisione discrezionale in materia di indagini e di azione penale in un "atto dovuto", escludendoli da ogni forma di responsabilità (come valutazioni negative sulla loro professionalità, responsabilità per spese di indagini inutili e costose, danni di ordine sociale e/o economico, e/o familiare, e/o politico, e/o di salute causati a cittadini innocenti, e così via).

In nessun altro Paese democratico, quindi, l'indipendenza del pubblico ministero è tanto ampia e la sua responsabilità tanto limitata quanto in Italia. I parziali tentativi sinora fatti di modificare alcune delle caratteristiche del pubblico ministero italiano fin qui sommariamente descritte hanno sempre incontrato la ferma opposizione dell'Associazione nazionale magistrati italiani (ANMI) e delle sue rappresentanze che nel Csm costituiscono la maggioranza. Una opposizione che sinora ha avuto successo per il rilevante potere contrattuale che da vari decenni la magistratura organizzata ha nei confronti della classe politica, un fenomeno sulle cui cause non posso qui intrattenermi⁸. Qualsiasi innovazione volta ad introdurre forme di responsabilizzazione del pubblico ministero viene considerata una minaccia per l'efficiente difesa della legalità e per il corretto funzionamento dell'assetto democratico. Se quegli stessi criteri di assetto e funzionamento del pubblico ministero italiano dovessero essere utilizzati per valutare i livelli di protezione della legalità degli altri paesi a consolidata democrazia, nessuno di loro supererebbe l'esame di legalità (non la Francia, non l'Inghilterra, non l'Olanda, non la Germania, non l'Austria, non il Belgio, non gli Stati Uniti, e così via).

L'indicazione fornita delle condizioni di elevata indipendenza e limitata responsabilità in cui opera il nostro pubblico ministero non sembri eccessiva. Che anzi non rappresenta appieno quanto avviene in realtà. A scopo illustrativo faccio riferimento solo a tre casi emblematici descrivendoli sommariamente per la parte che qui interessa.

Primo esempio. Il procuratore capo di una piccola pretura del Sud (Palmi) di sua iniziativa decise di

⁸ Vedi G. DI FEDERICO, M. SAPIGNOLI, *Processo penale e diritti della difesa*, Carocci, Roma 2002, pp. 24-47.

svolgere indagini sul rapporto tra criminalità organizzata e massoneria. Due anni dopo decise di estendere le indagini anche ad un partito politico ed ai suoi dirigenti. Le indagini da lui decise e dirette si svolsero su tutto il territorio nazionale, con appendici persino all'estero. Il materiale raccolto assunse proporzioni enormi. Dietro pressioni dello stesso Csm il Ministro della giustizia – per non essere accusato di intralciare le indagini – fu costretto ad affittare un grande capannone che contenesse tutto quel materiale e ad assumere tecnici informatici che ne rendessero agevoli e veloci le consultazioni di volta in volta necessarie. Il procuratore in questione venne celebrato per l'indipendenza con cui perseguiva i poteri forti, ed il Csm anche e soprattutto per questo lo chiamò poi a dirigere una delle più grandi ed ambite procure della Repubblica (quella di Napoli). Le risultanze delle indagini da lui promosse pervennero finalmente, dopo ben 9 anni dal loro inizio, al vaglio del giudice di primo grado che su parere conforme del pubblico ministero non solo archiviò l'inchiesta, non solo affermò che da quella monumentale documentazione non risultava alcun reato, ma affermò anche che non era stato neppure possibile individuare le ragioni che potessero giustificare le indagini compiute. Nonostante gli ingentissimi, quanto ingiustificati, costi in termini di risorse umane e finanziarie effettuate nel corso dei 9 anni, nonostante risultasse da un giudicato che le iniziative investigative compiute erano prive di giustificazione, nonostante 60 persone fossero state per molti anni soggette ad indagini ed esposte alla gogna giudiziaria, nessuna conseguenza negativa ne derivò al procuratore in questione, né sul piano della valutazione della sua professionalità, né per l'ingente ed accertato spreco di pubblico danaro. Né avrebbe potuto essere altrimenti in regime di obbligatorietà dell'azione penale e di autonoma iniziativa del pubblico ministero nel promuovere e condurre le indagini di sua sponte e senza limitazioni di spesa⁹.

Secondo esempio. Un pubblico ministero decise di non rivelare al giudice del riesame (il c.d. tribunale della libertà) che un indagato in carcerazione preventiva era stato scagionato dall'aver partecipato ad un sequestro dalla testimonianza di uno degli autori confessi del sequestro stesso. Il tribunale del riesame all'oscuro di quella testimonianza aveva quindi confermato il provvedimento di custodia cautelare ed il cittadino innocente rimase in carcerazione preventiva per altri 8 mesi prima di essere scarcerato sulla base di quella stessa testimonianza. Il caso fu portato all'attenzione del giudice disciplinare. I fatti come dianzi sommariamente riferiti sono confermati dalla sentenza disciplinare che tuttavia assolse comunque il procuratore in questione¹⁰. Dopo questi eventi le valutazioni espresse sulla professionalità di quel pubblico ministero sono comunque state tutte altamente positive.

Terzo esempio. Due procuratori della procura della Repubblica di Roma erano convinti che una testimone avesse visto chi aveva sparato e ucciso una studentessa dell'Università. In sede di interrogatorio la signora in questione era accompagnata da un suo cognato poliziotto. Rispondendo al pubblico ministero, negò in preda a forte emozione di aver visto alcunché. Il pubblico ministero uscì dal suo ufficio lasciando la teste in compagnia del parente-poliziotto e ordinò che i loro colloqui fossero registrati. Anche di fronte alle insistenze del cognato poliziotto la signora negò tra le lacrime di aver visto chi aveva sparato. Il pubblico ministero tornò

⁹ Per una presentazione di questo caso e degli sviluppi successivi, vedi il mio intervento nel Plenum del Csm del 18 settembre 2003. Vedi anche DELFO DEL BINO, *Il caso massoneria, un decennio di politica, giustizia e democrazia*, Angelo Pontecorboli Editore, Firenze 2001, in particolare i capitoli 2 e 3.

¹⁰ Si veda la sentenza delle Sezioni unite civili della Corte di cassazione del 4 maggio 1999, n. 282.

quindi nell'ufficio dimenticando di far disattivare la telecamera. Il filmato quindi ritrasse un pesante sequela di intimidazioni rivolte dal pubblico ministero alla teste che sempre più disperata e piangente seguiva a negare di sapere alcunché. Il pubblico ministero le disse che sarebbe finita in prigione come complice del delitto se non avesse detto quanto aveva visto e la invitò a riflettere su quali sarebbero state le conseguenze per i suoi figli se fosse finita in prigione. Alcuni giorni dopo la teste "confessò". Il filmato venne accidentalmente alla luce e fu anche trasmesso dalla televisione pubblica. Valutazioni negative sull'episodio furono espresse nell'immediato dallo stesso Presidente del Consiglio dell'epoca (Romano Prodi) ed anche in sede Csm¹¹. I pubblici ministeri in questione tuttavia non subirono conseguenze né sul piano disciplinare, né sul piano della valutazione della loro professionalità.

Si potrebbero fornire altri esempi sui comportamenti, per così dire, legittimati non dalle norme ma dalle prassi giudiziarie¹². Il numero degli episodi che si possono ricordare è però poco rilevante per ciò che qui più importa, e cioè che tali episodi siano potuti avvenire senza conseguenze per i pubblici ministeri che ne sono stati gli autori. Il fatto che quei comportamenti non siano stati sanzionati e che le successive valutazioni di professionalità dei loro autori siano rimaste altamente laudative vuol infatti dire che di fatto quei comportamenti rientrano tra le opzioni comportamentali consentite al pubblico ministero dal nostro ordinamento, sono cioè pienamente legittime.

2. Effetti disfunzionali generati dal principio di obbligatorietà dell'azione penale sul piano operativo

Passo ora a segnalare alcune delle principali conseguenze disfunzionali di ordine sistemico che sono generate dalle caratteristiche di assetto del pubblico ministero che ho dianzi descritto.

2.1. L'obbligatorietà dell'azione penale vanifica il principio costituzionale dell'eguaglianza del cittadino di fronte alla legge

Dagli anni 1960 e fino a 15 anni fa, quando parlavo o scrivevo del pubblico ministero e dell'obbligatorietà dell'azione penale ero sempre costretto a fornire documenti ed esempi per mostrare l'inapplicabilità di quel principio costituzionale. Ora finalmente ne posso farne a meno. Sull'inapplicabilità di quel principio si è pronunciata una commissione di riforma composta in prevalenza di magistrati appartenenti alle varie correnti dell'ANMI¹³. Il Csm ha dovuto in alcune specifiche occasioni riconoscere l'inapplicabilità del principio di obbligatorietà anche se ha assunto a riguardo posizioni ambivalenti. Ad esempio, da un canto ha approvato – seppur solo a maggioranza – i criteri con cui il procuratore capo di Torino, Marcello Maddalena, ha fissato analitici criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale (suggerendo ai suoi sostituti di «privilegiare la strada

¹¹ La trascrizione degli interrogatori e le valutazioni negative espresse per l'accaduto da parte del presidente del Consiglio, di parlamentari e dello stesso Csm possono essere lette in A. BERETTA ANGIUSSOLA e A. FIGÀ TALAMANCA, *La prenderemo per omicida. Caso Marta Russo: il dramma di Gabriella Alletto*, Koiné, Roma 2001.

¹² Per un altro caso, che riguarda gli indebiti condizionamenti esercitati dalla magistratura requirente su quella giudicante, vedi "Ricordo dell'Avvocato Agostino Viviani" in www.difederico-justizia.it.

¹³ Vedi "Commissione ministeriale per la riforma dell'ordinamento giudiziario", in *Documenti Giustizia*, 1994, n. 5, pp. 1094-1102.

della richiesta di archiviazione – anche generosa – ogni qual volta essa appaia praticabile o anche possibile» e indicando anche quali casi “accantonare” temporaneamente), ciò al fine di regolare la discrezionalità dei singoli procuratori ed economizzare le risorse del suo ufficio¹⁴. Dall’altro canto il Csm si è limitato ad approvare i programmi di priorità che venivano sottoposti alla sua valutazione non ponendosi il problema delle difformità nell’esercizio dell’azione penale tra le varie procure della Repubblica, nè il problema di quali dovrebbero essere le responsabilità del pubblico ministero nel caso disapplicasse le priorità prefissate (che altrimenti la loro applicazione diviene solamente volontaria). Illuminante a riguardo è, poi, una sentenza disciplinare del Csm con cui è stato assolto un sostituto procuratore che, trasferendosi ad altro ufficio, aveva lasciato un elevato numero di casi inevaso. La Sezione disciplinare del Csm lo ha assolto perché, come ci dice la sentenza: «in assenza di indicazioni di priorità provenienti dal Procuratore della Repubblica è inevitabile che tali criteri di priorità siano individuati dai singoli sostituti»¹⁵. In altre parole, poiché solo in pochissimi casi i capi delle procure fissano quei criteri in modo articolato¹⁶ (non sono tenuti a farlo), il Csm riconosce che di regola sia legittimo che ogni sostituto fissi le sue priorità. Peraltro, che i singoli sostituti procuratori in casi del tutto simili tra loro seguano spesso criteri e priorità diversi l’uno dall’altro nell’uso dei mezzi di indagine e nell’esercizio dell’azione penale è ampiamente confermato dalla stragrande maggioranza delle interviste che abbiamo fatto a 3000 avvocati penalisti tra il 1992 ed il 2000¹⁷.

Ciò non può che generare per il cittadino gravi disuguaglianze di fronte alla legge penale. Disuguaglianze che possono essere sanate solo con una regolamentazione dei mezzi di indagine e delle priorità nell’azione penale nell’ambito di una struttura unitaria del pubblico ministero simile a quella degli altri paesi democratici, responsabilizzando i pubblici ministeri perché le rispettino ed effettuando verifiche sulla loro osservanza sia a livello locale che nazionale. Paradossalmente, quindi, il principio di obbligatorietà dell’azione penale voluto dal

¹⁴ Vedi il documento della Procura della Repubblica di Torino, prot. N. 58/07, del 10 gennaio 2007 dal titolo “Direttive in tema di trattazione dei procedimenti in conseguenza dell’applicazione della legge che ha concesso l’indulto”, che fissa in modo analitico le priorità da seguire. Questa iniziativa del Procuratore Marcello Maddalena fu discussa, e approvata, a maggioranza, dal Csm nella seduta pomeridiana del 15 maggio 2007. Va ricordato che nei primi anni 1990 anche un altro procuratore (circondariale) di Torino, Vladimiro Zagrebelsky, aveva adottato priorità per l’esercizio dell’azione penale, anche se meno analitiche di quelle del procuratore Maddalena.

¹⁵ Sentenza del 20 giugno 1997. Un pubblico ministero era stato incolpato di aver trascurato un notevole numero di procedimenti che, dopo il suo trasferimento ad altro ufficio, erano stati ridistribuiti aggravando pesantemente il carico di lavoro dei suoi ex-colleghi. Nella sentenza, dopo aver ricordato che negli uffici di procura «...la domanda di giustizia è notevolmente superiore alla capacità [...] di esaminare i relativi procedimenti...» e che quindi «...non ci si può sottrarre al compito di elaborare criteri di priorità...», il pubblico ministero viene assolto perché «In assenza di indicazioni di priorità provenienti dal Procuratore della Repubblica, è inevitabile che tali criteri di priorità siano individuati dai singoli sostituti». Avendo salvato l’incolpato la sentenza salva anche il principio di obbligatorietà. Aggiunge infatti subito dopo «Ciò non suona offesa [sic!] alla obbligatorietà dell’azione penale» perché «...non deriva da considerazioni di opportunità [...] ma trova causa nel limite oggettivo alla capacità di smaltimento del lavoro dell’organizzazione giudiziaria nel suo complesso e della procura della Repubblica in particolare». Come si sa *res iudicata facit de albo nigrum*.

¹⁶ Nel 2007 furono tre su 166: oltre al procuratore Maddalena solo quelli di Busto Arsizio e Palermo. Va aggiunto che fissare le priorità è per un procuratore molto oneroso perché di fatto il Csm non approverebbe priorità su cui non converga l’assenso di tutti i sostituti dell’ufficio (e, se del caso, dei procuratori aggiunti). Per rendersene conto basti leggere il già citato verbale del Csm del 15 maggio 2007, seduta pomeridiana.

¹⁷ Il 67,7% degli avvocati afferma che vi sono differenze “rilevanti” nella definizione delle priorità da parte dei singoli pubblici ministeri. Il 56,8% degli avvocati sostiene che tra pubblico ministero e pubblico ministero vi sono differenze “rilevanti” nella utilizzazione dei vari mezzi di indagine “per reati molto simili tra di loro”. Cfr. G. DI FEDERICO, M. SAPIGNOLI, *Processo penale cit.*: vedi la sintesi delle risposte a p. 17, ove sono indicate anche le tabelle che danno conto delle risposte in modo analitico.

Costituente per tutelare l'eguaglianza del cittadino di fronte alla legge costituisce il principale impedimento alla sua regolamentazione, mentre è solo con la sua regolamentazione a livello *anche* nazionale che quella eguaglianza si può di fatto promuovere, per quanto umanamente possibile. Ricordo che l'unico tentativo sinora fatto per stabilire forme cogenti di coordinamento a livello nazionale, seppur limitatamente ai reati di criminalità organizzata, è stato sconfitto perché considerato dalla magistratura associata e dal Csm contrario alla indipendenza operativa dei singoli pubblici ministeri. Mi riferisco alla prima versione del decreto per la creazione della Direzione nazionale antimafia, predisposto da Giovanni Falcone, che prevedeva anche forme di collegamento con Parlamento e Governo di cui ci occuperemo qui di seguito¹⁸.

2.2. L'obbligatorietà dell'azione penale sottrae al controllo democratico le scelte di politica criminale a livello nazionale ed internazionale

L'impossibilità materiale di perseguire tutti i reati lascia di fatto alla discrezionalità di un corpo reclutato per concorso, e quindi senza legittimazione democratica, la definizione di quali reati perseguire prioritariamente e con efficacia. In altre parole definire di fatto gran parte delle politiche pubbliche nel settore criminale. Ciò non avviene in nessun paese a consolidata tradizione democratica. Vale a riguardo ricordare quanto lapidariamente affermato dalla Commissione presidenziale francese a cui, nel 1997, il Presidente Chirac aveva, tra l'altro, demandato il compito di esplorare la possibilità di sottrarre il pubblico ministero al controllo gerarchico del Ministro della giustizia e quella di adottare il principio di obbligatorietà. La Commissione liquidò la questione in poche parole ricordando che nessun paese era mai riuscito né sarebbe mai potuto riuscire a perseguire tutti i reati. Che quindi un pubblico ministero pienamente indipendente chiamato ad applicare quell'inapplicabile principio avrebbe comunque dovuto compiere scelte di priorità. Cioè scelte di politica criminale. Concludeva ricordando che in un paese democratico le politiche pubbliche in tutti i settori, e quindi anche nel settore criminale, devono essere definite da organi che ne rispondano politicamente¹⁹.

Solo una volta il Governo italiano ha tentato di intervenire su questa materia, quando il Consiglio dei ministri, nella sua riunione del 25 ottobre 1991, approvò un decreto legislativo in cui si stabiliva che, limitatamente ai reati di criminalità organizzata, il Governo ed il Parlamento potessero dare istruzioni al Procuratore nazionale antimafia. Prevedeva anche che delle attività della Direzione nazionale antimafia si desse un rendiconto al Governo ed al Parlamento²⁰. Il testo di quel provvedimento era stato proposto dal Ministro

¹⁸ Si veda il testo originale del D.L. 20/11/1991, n. 367 proposto dal Ministro Martelli, e successivamente modificato, con cui si creava la Direzione nazionale antimafia. In quel testo, tra l'altro, si assegnavano al Procuratore nazionale antimafia poteri di tipo gerarchico su tutto il territorio nazionale in materia di indagini sulla criminalità organizzata. Era un testo normativo predisposto da Giovanni Falcone ed al quale io stesso avevo collaborato. L'opposizione della magistratura organizzata e del Csm fu durissima ed il testo del decreto fu cambiato escludendo poteri gerarchici del Procuratore nazionale antimafia e la sua stessa possibilità di condurre direttamente indagini in materia di criminalità organizzata. Per i contenuti della prima versione del D.L. sulla Direzione nazionale antimafia, che prevedeva anche forme di collegamento con Parlamento e Governo si veda anche quanto detto *infra* alle note 22 e 23.

¹⁹ Il Presidente francese istituì la *Commission de réflexion sur la justice* il 21 gennaio 1997 e la commissione presieduta dal Presidente della Corte di cassazione consegnò il suo rapporto conclusivo nel luglio 1997. Solo 6 dei 20 componenti della commissione erano magistrati ordinari e 4 non erano neppure giuristi (giornalisti specializzati e professori di materie non giuridiche). All'inizio della relazione si afferma che la commissione si impegna a svolgere i lavori prendendo le distanze dal «corporativismo giudiziario anche se ammantato dall'ideale dell'indipendenza della magistratura».

²⁰ Vedi gli articoli 8 e 9 del testo del decreto citato *supra* alla nota 18.

della giustizia Claudio Martelli, ma di fatto predisposto – anche con la mia collaborazione – da Giovanni Falcone, il quale riteneva che tali aspetti potessero essere regolati da legge ordinaria²¹. L'Associazione nazionale magistrati reagì duramente accusando il Governo di violare il principio costituzionale dell'indipendenza del pubblico ministero²². Come è capitato in numerose occasioni, precedenti e successive, anche in questo caso l'opposizione del sindacato della magistratura indusse il Governo a modificare subito il testo già approvato eliminando, tra l'altro, le parti riguardanti i rapporti tra pubblico ministero e altri organi dello Stato. Falcone divenne a dir poco impopolare tra i suoi colleghi, ed il Csm gli fece pagare a caro prezzo la sua iniziativa²³, una iniziativa che – come ho scritto altrove – era stata la principale ragione che lo aveva spinto ad accettare la nomina a Direttore generale degli affari penali del Ministero della giustizia²⁴.

Aggiungo subito che l'obbligatorietà dell'azione penale sottrae al controllo democratico le scelte di politica criminale anche a livello europeo. Nelle periodiche riunioni con i suoi colleghi degli altri Paesi europei il nostro Ministro non può assumersi alcun impegno in materia di priorità nel perseguire i crimini di interesse europeo e transnazionale: può solo dire che per il nostro Paese gli unici soggetti legittimati ad assumere decisioni in materia di iniziativa penale e di conduzione delle indagini sono i singoli uffici del pubblico ministero o anche i singoli sostituti procuratori che delle loro scelte non possono essere chiamati a rispondere ad alcuno, e tanto meno al Ministro della giustizia.

2.3. L'obbligatorietà dell'azione penale è di pregiudizio ai diritti del cittadino nell'ambito processuale

²¹ Secondo la previsione dall'art. 107 della Costituzione nella parte in cui recita: «Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario».

²² Le dichiarazioni dei principali esponenti dell'Associazione nazionale magistrati – come Giacomo Caliendo, Mario Cicala, Giovanni Palombarini, Raffaele Bertone e altri ancora – sono riportate dai giornali con titoli catastrofici. Ne ricordiamo solo alcuni: “Giudici di Governo: oramai è cosa fatta” (*l'Unità* del 27 ottobre 1991); “Magistrati schiavi dell'esecutivo: celebreremo solo i processi che vorranno i politici” (*Il Tempo*, 28 ottobre 1991); “Le toghe insorgono: è fuori legge” (*Gazzetta del Mezzogiorno*, 26 ottobre 1991).

²³ Proprio per aver predisposto il testo che prevedeva da un canto connessioni tra le attività della Direzione distrettuale antimafia il Governo ed il Parlamento e dall'altro assegnava al Procuratore nazionale antimafia poteri di natura gerarchica in ambito nazionale per le indagini sulla criminalità organizzata, la Commissione per gli incarichi direttivi del Csm bocciò la sua domanda per il posto di Procuratore nazionale antimafia (ottenne due soli voti favorevoli su sei). In quell'occasione vennero addirittura avanzati sospetti sulla sua indipendenza *qua* magistrato. Di questo orientamento, presente nel Csm e non solo nella Commissione per gli incarichi direttivi, si fece puntuale cronista un componente del Csm, il Prof. Alessandro Pizzorusso, in un articolo apparso sull'*Unità* del 12 marzo 1992 con il significativo titolo “Falcone superprocuratore? Non può farlo, vi dico perché”, e non meno significativo sottotitolo “Il principale collaboratore del Ministro non dà più garanzie di indipendenza”. In tale articolo, l'autorevole esponente del Csm nominato dal Parlamento su indicazione del Partito Comunista Italiano, ricorda la stretta collaborazione di Falcone con il Ministro in carica, nonché i contrasti tra Ministro e Csm. Riferisce che «fra i magistrati è diffusa l'opinione secondo cui Falcone è troppo legato al Ministro per poter svolgere con la dovuta indipendenza un ruolo come quello di procuratore nazionale antimafia...»; ricorda che «Se si analizza il risultato di voto espresso dai componenti della Commissione del Csm cui spetta formulare la proposta per la nomina dei direttivi [...] si nota come in quella circostanza Giovanni Falcone abbia riportato soltanto i voti di un laico appartenente al partito in cui milita il Ministro e di un togato appartenente a UNICOST» una delle correnti dell'Associazione nazionale magistrati. E al fine di sottolineare l'impopolarità tra i magistrati dell'unico voto di un magistrato a favore di Giovanni Falcone aggiunge che «se i magistrati di UNICOST votassero anche in plenum a favore di Falcone [...] essi perderebbero consensi tra i loro colleghi che il 22 marzo debbono eleggere il comitato direttivo centrale dell'Associazione Nazionale Magistrati». Il deliberato della commissione incarichi direttivi che preferiva un altro magistrato a Falcone per l'incarico di Procuratore nazionale antimafia non giunse mai al vaglio del Plenum del Csm perché nel frattempo, il 23 maggio 2002, Giovanni Falcone era stato assassinato dalla mafia.

²⁴ Per le vicende che portarono Giovanni Falcone ad assumere l'incarico di Direttore generale degli affari penali del Ministero della giustizia il 13 marzo 1991, e per le motivazioni della sua scelta di accettare quell'incarico, cfr. G. DI FEDERICO, “Io, Falcone e la sua esperienza romana” (*Il Messaggero*, 29 maggio 2002).

Un uso avventato o indebito dell'iniziativa penale può produrre, e spesso produce, devastanti conseguenze sullo *status* sociale, economico, familiare, politico e sulla stessa salute dell'indagato o imputato. Conseguenze cui non si rimedia certo con una sentenza di proscioglimento che giunge spesso a distanza di anni. In vari paesi democratici le regole relative all'esercizio dell'azione penale sono specificamente mirate anche ad evitare che pervengano in giudizio processi che non siano basati su solide basi probatorie e che i cittadini possano da ciò risultare gravemente danneggiati (ad esempio in Inghilterra e Galles o in Olanda). In un discorso tenuto ai Procuratori federali degli Stati Uniti nel 1941 l'allora U.S. Attorney General Robert Jackson, poi divenuto notissimo giudice della Corte Suprema, ricordava che se si lascia al pubblico ministero la possibilità di scegliere i casi da perseguire si lascia a lui anche la possibilità di scegliere le persone da perseguire e di dirigere quindi le indagini alla ricerca di prove per i possibili reati da lui/lei commessi. Affermava che – per il cittadino e la democrazia – questo è il maggiore pericolo insito nel ruolo del pubblico ministero²⁵. I poteri concessi al nostro pubblico ministero – tutti in vario modo collegati al principio di obbligatorietà – sono tali da rendere quel pericolo molto più grave ed incombente che in qualsiasi altro paese a consolidata democrazia. È, infatti, pienamente legittimo che, se lo vogliono, i nostri pubblici ministeri conducano, di loro iniziativa ed in assoluta indipendenza, indagini di qualsiasi tipo su ciascuno di noi, dirigendo le varie forze di polizia ed utilizzando tutti i mezzi di indagine disponibili, senza limitazioni di spesa, per accertare reati che loro stessi (più o meno fondatamente) ritengono essere stati commessi. Per queste decisioni non possono in alcun modo essere ritenuti responsabili, neanche quando producono devastanti effetti su cittadini ingiustamente indagati o imputati e sulle loro famiglie. Come già detto, il principio di obbligatorietà dell'azione penale trasforma tutte le loro iniziative, per discrezionali che siano, in “atti dovuti”.

2.4. L'obbligatorietà dell'azione penale è causa di lentezza ed inefficienza della giustizia penale

In altri paesi democratici le regole che impegnano e responsabilizzano il pubblico ministero a non portare a giudizio cause per cui non esistono solidi elementi di prova servono anche ad evitare di sovraccaricare il lavoro dei giudici. Inoltre consentono loro di celebrare i processi in tempi più rapidi e di evitare che vadano in prescrizione processi per cui quelle prove sono inconfutabili. Secondo le lapidarie parole usate nei lavori preparatori della riforma del pubblico ministero inglese del 1985, un diverso orientamento è «al contempo ingiusto per chi viene accusato e un inutile spreco delle limitate risorse del sistema di giustizia penale». Ed a riguardo è opportuno ricordare che in Italia abbiamo i processi penali più lunghi d'Europa, e che il numero delle prescrizioni è ormai di poco inferiore alle 200.000 l'anno.

²⁵ Vedi ROBERT H. JACKSON, “The Federal Prosecutor”, in *Journal of the American Judicature Society*, vol. 24, giugno 1940, p. 19. È il testo della “Prolusione alla seconda conferenza annuale dei pubblici ministeri federali degli Stati Uniti” del 1° aprile 1940. Il brano cui si fa riferimento nel testo è il seguente: «L'applicazione del diritto non è automatica. Non è cieca. Una delle maggiori difficoltà della posizione del pubblico ministero è che egli deve scegliere i casi, perché nessun pubblico ministero potrà mai indagare tutti i casi di cui riceve notizia ... Se il pubblico ministero è obbligato a scegliere i casi, ne consegue che può anche scegliersi l'imputato. Qui sta il potere più pericoloso del pubblico ministero: che egli scelga le persone da colpire, piuttosto che i reati da perseguire. Con i codici gremiti di reati, il pubblico ministero ha buone possibilità di individuare almeno una violazione di qualche legge a carico praticamente di chiunque. Non si tratta tanto di scoprire che un reato è stato commesso e di cercare poi colui che l'ha commesso, si tratta piuttosto di individuare una persona e poi di cercare nei codici, o di mettere gli investigatori al lavoro, per scoprire qualcosa a suo carico...».

In una sua raccomandazione agli stati membri, il Comitato dei ministri della giustizia del Consiglio d'Europa ha affrontato il problema dell'efficienza della giustizia penale e dei ritardi che la caratterizzano. Senza mezzi termini ha raccomandato a riguardo l'adozione di un sistema di discrezionalità dell'azione penale che sia regolata nell'ambito del processo democratico. Dopo aver aggiunto una serie di indicazioni su come regolamentare la discrezionalità del pubblico ministero, raccomanda agli stati membri che hanno costituzionalizzato il principio di obbligatorietà di adottare misure che consentano di raggiungere gli stessi obiettivi deflativi che si raggiungono col principio di opportunità²⁶. Questa raccomandazione è rimasta priva di effetto nel nostro Paese nonostante sia stata firmata dal nostro Ministro della giustizia.

È veramente sorprendente che in Italia le priorità siano state ripetutamente regolate dal Parlamento su iniziativa governativa non già con riferimento alle attività del pubblico ministero, come negli altri paesi democratici, ma bensì con riferimento allo svolgimento dei processi²⁷.

Le norme sulle priorità nello svolgimento dei processi possono essere utili a rendere più probabile che quelli per i reati più gravi non vadano in prescrizione ma, a differenza di quelle che riguardano le attività del pubblico ministero, non sono atte a promuovere una maggiore efficienza dell'apparato giudiziario perché i costi processuali, in termini di risorse umane, finanziarie e di tempo, precedenti alla fase del giudizio, spesso molto elevati, sono comunque già stati "pagati" per tutti i processi pendenti (attività investigative, lavoro del pubblico ministero, lavoro del giudice dell'udienza preliminare, ecc.). Che ciò avvenga può sembrare illogico e senza una spiegazione, anche perché la regolamentazione delle priorità con riferimento alla celebrazione dei processi vanifica essa stessa, seppure in maniera meno visibile, il principio di obbligatorietà. La spiegazione invece c'è e va ricercata nel fatto che la fissazione delle priorità nella celebrazione dei processi non pregiudica i poteri del pubblico ministero ed è quindi accettabile da parte dell'ANMI e dai suoi rappresentanti nel Csm. In tal modo, infatti, l'iniziativa penale obbligatoria mantiene comunque nelle mani della magistratura un potere discrezionale di grande rilievo. Cioè la possibilità di svolgere indagini e di esercitare l'azione penale su ognuno di noi quando lo ritiene opportuno e pretendere che si sia sempre trattato di "atti dovuti". Ciò pone di fatto nelle mani del pubblico ministero un tremendo e temutissimo potere sanzionatorio autonomo e sostanzialmente illimitato. Infatti, come abbiamo già detto, il cittadino innocente sottoposto ad indagini e ad un'azione penale ingiustificate subisce spesso danni irreversibili non sanabili da una sentenza assolutoria, che spesso sopraggiunge dopo molti anni, mentre il pubblico ministero di ciò non porta responsabilità alcuna²⁸.

3. Indipendenza e responsabilità del pubblico ministero nei paesi democratici

²⁶ Raccomandazione del 17 settembre 1987, N° R 87, 18.

²⁷ Ad esempio: l'art. 227 del D. lgs. n. 51 del febbraio 1998 (per iniziativa del Governo Prodi), e l'art. 132 *bis* del codice di procedura penale del marzo 2001 (per iniziativa del Governo D'Alema).

²⁸ Che questo potere discrezionale venga esercitato in maniera ingiustificata da molti o pochi, con continuità o si manifesti con più evidenza solo in certi periodi, non altera il rilievo ed il peso di questo potere nella percezione e nei comportamenti dei cittadini, della classe politica nazionale e locale, dei membri del Governo e del Parlamento. Ogni tanto viene comunque a tutti ricordato, come è avvenuto nel 2006 con l'incriminazione del Ministro della giustizia Clemente Mastella e con la conseguente caduta del Governo Prodi, o come è accaduto negli ultimissimi anni con l'assoluzione dopo ben oltre un decennio degli ex ministri Antonio Gava, Calogero Mannino e Salvatore Formica.

Quanto sin qui detto non deve essere inteso come se la fissazione di regole e delle priorità per l'uso dei mezzi di indagine e per l'esercizio dell'azione penale fosse cosa semplice e di facile gestione. L'esperienza di altri paesi ci mostra che non è così. Soprattutto negli ultimi decenni il ruolo del pubblico ministero è stato spesso oggetto di accesi dibattiti e/o di riforme anche e soprattutto nei paesi democratici a più consolidata tradizione democratica, come Inghilterra, Francia, Stati Uniti, Olanda e così via. In realtà, nell'affrontare o nel rivedere la posizione istituzionale del pubblico ministero, i paesi democratici devono cercare di bilanciare a livello operativo due valori confliggenti ma entrambi di grande rilievo. Da un lato la consapevolezza che il pubblico ministero partecipa alla formulazione e attuazione delle politiche criminali, impone l'adozione di meccanismi atti ad assicurare che il ruolo svolto in questo cruciale settore sia in qualche modo disciplinato e controllato nell'ambito del processo democratico. Dall'altro, l'esigenza di garantire che l'azione penale sia esercitata con rigore, uniformità e correttezza impone di evitare un collegamento troppo stretto col potere politico, che potrebbe essere usato dalle maggioranze del momento allo scopo di influenzare la condotta (attiva od omissiva) del pubblico ministero per obiettivi di parte; più in generale tale esigenza risponde anche all'obiettivo di assicurare l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale²⁹.

Se si considerano le modifiche introdotte nell'assetto istituzionale del pubblico ministero in vari paesi ed il perdurante dibattito sul suo ruolo si può certamente dire che i tentativi sinora fatti per bilanciare i due valori dell'indipendenza e della responsabilità assumono le caratteristiche di un "equilibrio instabile" piuttosto che quelle di soluzioni definitive e pienamente soddisfacenti. In particolare, in vari paesi democratici si può notare la ricorrente tendenza a modificare tale equilibrio con misure volte a rendere il pubblico ministero meno dipendente dalle maggioranze governative. Una tendenza che, tuttavia, mai viene spinta fino al punto di ignorare il "valore democratico della responsabilità" per le scelte di politica criminale e la necessità di regolamentare e responsabilizzare le attività del pubblico ministero nell'ambito di una struttura gerarchica di ambito nazionale. All'interno di questo quadro l'Italia si profila come un caso deviante. Priorità assoluta è qui data al valore dell'indipendenza. Nessun rilievo viene dato al valore democratico della responsabilità per le scelte che i pubblici ministeri sono comunque chiamati ad assumere nel cruciale settore delle politiche penali. In buona sostanza il valore dell'indipendenza ha perso la connotazione strumentale che gli aveva voluto dare il nostro costituente, cioè strumento che in regime di effettiva obbligatorietà dell'azione penale avrebbe garantito l'eguaglianza del cittadino di fronte alla legge penale, ed è di fatto diventato un valore di natura assoluta, non soggetto ad alcuna verifica.

Credo, quindi che sia necessaria una riflessione sull'uso del concetto stesso di indipendenza, perché se lo si usa indifferentemente sia con riferimento al giudice che al pubblico ministero si generano non poche

²⁹ Diverse sono le soluzioni che vari paesi hanno adottato – soprattutto negli ultimi decenni – per bilanciare queste contrapposte esigenze. Ad esempio: a) disposizioni intese ad ovviare all'inazione del pubblico ministero, come ad esempio l'iniziativa popolare in Inghilterra e Spagna o il ricorso al giudice per imporre l'esercizio dell'azione penale in Germania; b) disposizioni che impongono al Ministro della giustizia di impartire direttive ai pubblici ministeri in forma scritta, come in Francia; c) elaborazione di norme scritte volte a fissare le priorità cui i pubblici ministeri devono attenersi per quanto concerne sia la tipologia dei reati da perseguire sia le modalità di indagine, come in Inghilterra e in Olanda; d) istituzione di "procuratori indipendenti" nominati *ad hoc* per perseguire i più alti gradi del potere esecutivo e gli alti funzionari dell'amministrazione pubblica, come negli Stati Uniti.

confusioni e fraintendimenti, che seppur particolarmente evidenti nel caso italiano non sono assenti neppure nel dibattito sugli assetti giudiziari di altri paesi di *civil law*. Sotto il profilo funzionale il termine “indipendenza” ha, e non può non avere, un significato diverso quando viene riferito allo *status* del giudice o a quello del pubblico ministero. Gli obiettivi, e quindi anche le garanzie, dell’indipendenza nei paesi democratici di regola sono cioè diversi a seconda che si tratti del giudice o del pubblico ministero. Discutere approfonditamente sul piano comparato di tali differenze, e delle disfunzioni che si verificano quando di quelle differenze non si tiene conto, travalica gli obiettivi di questa presentazione. Mi limito qui a ricordare che l’indipendenza del giudice è una condizione necessaria, anche se non sufficiente, per garantire alcune delle caratteristiche fondamentali del suo specifico ruolo, vale a dire quello di organo passivo che giudica in modo imparziale controversie da altri a lui sottoposte dopo aver ascoltato, su un piano di piena parità, le parti in conflitto. È quindi necessario creare le migliori condizioni perché egli venga sottratto ad influenze sia esterne che interne al giudiziario. In democrazia, la stessa legittimazione del suo ruolo dipende non solo dal suo essere ma anche dal suo apparire come indipendente ed imparziale.

Molto diverse le caratteristiche funzionali del ruolo del pubblico ministero. Lungi dall’essere passivo e *super partes* il suo ruolo è per sua natura essenzialmente attivo (spetta a lui l’iniziativa penale, ed in molti paesi, Italia inclusa, anche la direzione delle indagini di polizia). Non è quindi un organo imparziale, né la sua legittimazione dipende dall’apparire tale. Visibile la differenza tra i ruoli del giudice e del pubblico ministero sotto il profilo dell’indipendenza interna: per essere efficace l’attività del pubblico ministero richiede spesso un coordinamento delle sue iniziative con altri componenti del suo ufficio o con quello di altri uffici di procura, mentre per il giudice un tale coordinamento nel merito del suo agire e decidere rappresenterebbe una violazione della sua indipendenza. Rilevanti anche le differenze per quanto riguarda l’indipendenza esterna. La natura intrinsecamente discrezionale dell’azione penale rende la definizione delle priorità da seguire nel suo esercizio parte integrante e rilevante delle scelte da effettuare per un’efficace repressione dei fenomeni criminali. Proprio per il loro grande rilievo politico, tali scelte vengono di regola in vario modo fissate in via generale nell’ambito del processo democratico, e sono vincolanti per i pubblici ministeri. Sotto questo profilo l’indipendenza esterna del pubblico ministero consiste non tanto, come è invece per il giudice, nel non ricevere direttive di ordine generale dall’esterno, ma piuttosto nel non ricevere, con modalità prive di trasparenza, disposizioni di natura particolare rispetto a casi specifici.