

LA FIGURA DEL PUBBLICO MINISTERO

(*)

Piero Gualtieri

1. PREMESSA

Preliminarmente voglio ringraziare Roberto Kostoris per avermi indegnamente invitato a partecipare a questo ricordo di un grande personaggio, qual è stato Dino.

Il lungo rapporto di amicizia che ho intrattenuto con lui si è tradotto per me in un arricchimento culturale e personale.

Al termine del corso di lezioni ho sempre chiamato un illustre collega a tenere un seminario conclusivo.

In questo ruolo è stato innumerevoli volte presente Dino, che ha trattato i vari temi riuscendo a coniugare sapere scientifico e simpatia umana e a catturare come pochi l'interesse degli studenti.

Uno di essi ha riguardato la complessa figura del p.m.

Secondo Dino non vi è dubbio che nel nostro sistema questo organo appartenga all'ordine giudiziario al pari dei giudici, in ossequio al principio di separazione dei poteri, come testimoniato dalla sua sottrazione alla dipendenza del potere esecutivo, dalle norme contenute nel titolo IV della costituzione e della presenza del procuratore generale della corte di cassazione quale membro di diritto del c.s.m., in parallelo con quanto avviene per il primo presidente della corte suprema.

Sicché la diversità tra giudici e p.m. riguarda le funzioni senza che sia compromessa l'unità fondamentale della magistratura.

D'altronde, il p.m. non è mai parte allo stesso modo dell'imputato in quanto persegue interessi pubblici: tanto vero

che è obbligato ad astenersi, può essere sostituito in caso di incompatibilità, ha il potere di decidere, sia pure con effetti provvisori, sulla libertà delle persone e disporre direttamente il rinvio a giudizio.

La definizione di parte-imparziale appare un ossimoro, ma pur nella forma del paradosso, ha quindi una sua plausibilità nell'ambito di una normativa quanto mai composita.

Ed è basilare l'obbligatorietà dell'azione penale, sola via praticabile per assicurare, con l'indipendenza del p.m., l'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge.

Azione penale che va depurata da ogni contaminazione sostanzialistica ed ha per suo specifico oggetto un provvedimento del giudice sull'esistenza o meno e sulla punibilità del reato, per cui l'imputazione rappresenta nulla più di un'ipotesi.

Ma, aggiungeva Dino, se questo è il risultato della riflessione tecnico-giuridica, altro è chiedersi se la soluzione legislativa sia effettivamente la migliore, rammentando che la piena equiparazione tra giudici e p.m. è lo svuotare, di fatto assai facile e frequente, della carriera dall'una all'altra funzione, finisce col fare dell'inquirente un collega di chi ha il compito di valutarne le richieste e col vanificare il criterio fondamentale della parità tra accusa e difesa.

Ed è proprio da qui che voglio partire per sviluppare ulteriori riflessioni critiche.

2. GLI INDIRIZZI DELLA CORTE COSTITUZIONALE

L'elaborazione della corte costituzionale sulla natura del p.m. non appare scevra da contraddizioni e ambiguità.

In una prima risalente decisione, è stato escluso che nella nozione di giudice cui si richiama l'art. 25 cost. possa ritenersi compreso il procuratore della repubblica, in quanto la costituzione, nel capoverso dell'art. 108, distingue gli organi del pubblico ministero da quelli della giurisdizione dopo avere, nell'ultimo comma dell'art. 107, separato la figura dello stesso pubblico ministero da quella degli altri magistrati: e si è aggiunto che la titolarità dell'esercizio dell'azione penale è diversa dalla potestà di giudicare e che dallo stesso codice di procedura penale risulta che l'organo di accusa ha posizione e poteri che si distaccano dalla posizione e dai poteri del giudice⁽¹⁾.

Nella sentenza 16 dicembre 1970, n. 190⁽²⁾, il giudice delle leggi ha osservato che il pubblico ministero, indipendente da ogni altro potere, non fa valere interessi particolari, *“ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza delle leggi: persegue, come si usa dire, interessi di giustizia”*: richiamando la già citata precedente decisione n. 148 del 1963, ha tuttavia precisato che queste ragioni non sono idonee a far confondere la sua posizione con quella del giudice, poiché nel processo penale si controverte intorno alla

(*) Relazione svolta all'Incontro di studio in ricordo di Alfredo Molari che si è tenuto il 7 novembre 2017 presso l'Università degli Studi di Padova.

(¹) Corte cost. 19 novembre 1963, n. 148, in *Giust. pen.*, 1964, I, 6.

(²) La si legge in *Foro it.*, 1971, I, 8.

responsabilità dell'imputato e *“in questa controversia i due poli del contraddittorio si incentrano, appunto, nel pubblico ministero da un lato e nell'imputato e nel suo difensore dall'altro”*, per cui la diversità tra gli interessi perseguiti *“giustifica la conclusione che nella dialettica del processo e di fronte al giudice i predetti soggetti sono da considerare parti”*. Integrando le riportate considerazioni, ha successivamente osservato che l'art. 108, comma 2, cost. ha distinto gli organi del pubblico ministero da quelli della giurisdizione e l'art. 112 ha attribuito allo stesso pubblico ministero la titolarità dell'azione penale, che *“è ben diversa dalla potestà di giudicare”*: del resto *“le garanzie di indipendenza del pubblico ministero sancite, a livello costituzionale, dall'art. 107, vengono rimesse, per la determinazione del loro contenuto, alla legge ordinaria sull'ordinamento giudiziario”* e, *“a differenza delle garanzie di indipendenza previste dall'art. 101 a presidio del singolo giudice, quelle che riguardano il pubblico ministero si riferiscono all'ufficio unitariamente inteso e non ai singoli componenti di esso”* ⁽³⁾.

Nell'ordinanza 15 maggio 1990, n. 249 ⁽⁴⁾, la stessa Consulta ha ribadito che il p.m. non ha il potere di emettere provvedimenti decisori e non è conseguentemente legittimato a promuovere giudizi di legittimità costituzionale e che questa linea interpretativa andava *“tanto più riaffermata nel sistema del nuovo*

codice di procedura penale, il quale riconosce al titolare dell'azione penale «per intero e senza concessione ad ibridismi di sorta, la posizione di «parte»».

In senso parzialmente difforme e contraddittoriamente, ha poi però affermato nella sentenza 15 febbraio 1991, n. 88 ⁽⁵⁾, che l'eliminazione di ogni contaminazione funzionale tra giudice e organo dell'accusa non comporta che, sul piano strutturale ed organico, il p.m. sia separato dalla magistratura costituita in ordine autonomo e indipendente, in quanto egli è, al pari del giudice soggetto soltanto alla legge, e nell'architettura della delega, il suo ruolo non è quello di *“mero accusatore, ma pur sempre di organo di giustizia obbligato a ricercare tutti gli elementi di prova rilevanti per una giusta decisione, ivi compresi gli elementi favorevoli all'imputato”* e il sistema processuale tende quindi *“«nel rispetto assoluto dei principi del sistema accusatorio e del suo ruolo di «parte», ad evidenziare la natura ordinamentale, giudiziaria e pubblica della funzione”*: ma ha finito con l'individuare nell'obbligatorietà dell'azione penale la fonte essenziale delle garanzie di indipendenza di questo organo ⁽⁶⁾.

Dopo aver osservato che l'imparzialità *“non è che un aspetto di quel carattere di terzietà che connota nell'essenziale tanto la funzione giurisdizionale, quanto la posizione del giudice, distinguendola da quella di tutti gli altri soggetti pubblici, e condiziona*

⁽³⁾ Corte cost. 16 marzo 1976, n. 52, in *Giur. cost.*, 1976, 388.

⁽⁴⁾ Edita in *Arch. nuova proc. pen.*, 1990, 377.

⁽⁵⁾ In *Giust. pen.*, 1991, I, 165 ss.

⁽⁶⁾ Su quest'ultimo punto, si veda conformemente, Corte cost. 25 luglio 1995, n. 382, in *Arch. nuova proc. pen.* 1995, 793.

l'effettività del diritto di azione e di difesa in giudizio"⁽⁷⁾, ha successivamente precisato che *“nella logica dell'attuale processo penale l'obbligo del pubblico ministero di svolgere indagini anche in favore della persona sottoposta alle indagini non mira né a realizzare il principio di uguaglianza tra accusa e difesa, né a dare attuazione al diritto di difesa, ma si innesta sulla natura di parte pubblica dell'organo di accusa e sui compiti che il pubblico ministero è chiamato ad assolvere nell'ambito delle determinazioni che, a norma del combinato disposto degli artt. 358 e 326 c.p.p., deve assumere in ordine all'esercizio dell'azione penale”* ⁽⁸⁾.

Ed ancora, nel dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 529 e 649, comma 2, c.p.p. nella parte in cui non prevedono la condanna dello Stato al rimborso delle spese nei confronti dell'imputato assolto, il giudice delle leggi ha affermato che dai lavori preparatori risulta con nettezza *“che il principio della parità delle parti trova la sua concretizzazione nell'eguale diritto alla prova e nella regola che questa deve formarsi in contraddittorio, ma non comporta che i poteri e i mezzi di cui le parti sono dotate debbano essere gli stessi, essendovi invece, a questo riguardo, nel processo penale una naturale asimmetria che può essere bensì attenuata ma non eliminata, collegata, come è, allo jus puniendi che solo allo Stato può spettare”* e che, nel processo

penale, atteso l'ineliminabile squilibrio di posizioni, il problema non è quello della rifusione delle spese da parte dello Stato nel caso di infondatezza dell'azione penale esercitata, la quale non realizzerebbe alcuna parità di mezzi, ma del temperamento tra l'esigenza dello Stato di svolgere la propria potestà punitiva a tutela della sicurezza collettiva e l'aspettativa del soggetto ingiustamente sottoposto al procedimento penale di vedersi ristorato degli eventuali pregiudizi subiti dall'uso illegittimo di quella potestà, possibile sul piano della individuazione di ipotesi di responsabilità conseguenti all'esercizio dell'azione penale e più in generale dell'attività giudiziaria nei casi di dolo e colpa grave (legge 13 aprile 1988, n. 117) ⁽⁹⁾.

Assume ancora importanza la decisione nella quale la corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità del referendum abrogativo degli artt. 190, comma 2, 191, 192, comma 6, e 198, della legge sull'ordinamento giudiziario ha osservato che *“Non può dirsi che il quesito investa disposizioni il cui contenuto normativo essenziale sia costituzionalmente vincolato, così da violare sostanzialmente il divieto di sottoporre a referendum abrogativo norme della costituzione o di altre leggi costituzionali. La costituzione, infatti, pur considerando la magistratura come un unico ordine, soggetto ai poteri dell'unico consiglio superiore (art. 104), non contiene alcun principio che imponga o al*

⁽⁷⁾ Corte cost. 24 aprile 1996, n. 131, in *Foro it.*, 1996, I, 1491.

⁽⁸⁾ Ordinanza 11 aprile 1997, n. 96, in *Foro it.*, 1997, I, 2015.

⁽⁹⁾ Corte cost. 30 luglio 2003, n. 286, in *Giur. cost.* 2003, 2328.

contrario precluda la configurazione di una carriera unica o di carriere separate fra i magistrati addetti rispettivamente alle funzioni giudicanti e a quelle requirenti, o che impedisca di limitare o di condizionare più o meno severamente il passaggio dello stesso magistrato, nel corso della sua carriera, dalle une alle altre funzioni. Mentre ogni altra considerazione, pur attendibile, sull'esigenza che, a seguito dell'eventuale abrogazione referendaria, si pongano in essere gli interventi legislativi necessari per rivedere organicamente la normativa di risulta, eliminandone disarmonie o incongruità eventualmente discendenti dalla parzialità dell'intervento abrogativo o dall'assenza di discipline transitorie e consequenziali, non è tale da pregiudicare l'ammissibilità del referendum" (10).

Infine, attraverso una motivazione confusa e contorta, il giudice delle leggi, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 593 c.p.p., nella parte in cui esclude(va) il potere del p.m. di proporre appello avverso le sentenze di proscioglimento, ha ritenuto violato il principio di parità delle parti sancito nell'art. 111 cost., così riconoscendo tale qualità al p.m. addirittura attraverso l'introduzione del principio di soccombenza (*"totalmente soccombente in primo grado"*), ma ha anche aggiunto che *"nella cornice dei valori costituzionali la parità delle parti non corrisponde necessariamente ad una eguale distribuzione di poteri e*

facoltà fra i protagonisti del processo" (11).

Emergono, dunque, oscillazioni e contraddizioni nella giurisprudenza della corte costituzionale, la quale, pur riconoscendo le profonde diversità dei ruoli e delle funzioni di giudici e p.m., afferma tuttavia che l'eliminazione di ogni contaminazione funzionale tra di essi, non comporta che, sul piano strutturale ed organico, il p.m. sia separato dalla magistratura costituita in unico ordine autonomo e indipendente, in quanto egli è, al pari del giudice soggetto soltanto alla legge, e nell'architettura della delega, il suo ruolo non è quello di mero accusatore, ma pur sempre di organo di giustizia obbligato a ricercare tutti gli elementi di prova rilevanti per una giusta decisione, ivi compresi gli elementi favorevoli all'imputato.

Non viene, tuttavia, esclusa la legittimità di una separazione delle carriere tra giudici e p.m. e viene esaltata nelle ultime decisioni ricordate la natura di parte di quest'ultimo.

Assumono dunque rilievo le notazioni critiche di Dino sulla idoneità di questo quadro costituzionale a dare effettività ai principi del giusto processo, poste con il consueto garbo.

Io invece, molto più ruvidamente, ritengo l'attuale assetto normativo non conforme ai principi del giusto processo.

3. LA SEPARAZIONE DELLE CARRIERE

"L'unità istituzionale tra p.m. e giudice imprime al processo penale

(10) Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 37, in *Foro it.*, 2000, I, 733.

(11) Corte cost. 14 gennaio 2007, n. 26, in *Foro it.*, 2007, I, 641.

uno stigma culturale che si pone in antitesi con la riforma del c.p.p. ed ha contribuito ad impedirne il decollo”.....“Non sembra si possa ragionevolmente negare che la separazione delle carriere sia uno strumento essenziale per assicurare la terzietà del giudice e la parità delle parti: si tratta di un assunto che non si direbbe nemmeno bisognoso di particolare dimostrazione” ⁽¹²⁾.

“La comunanza di carriera favorisce l'impressione che il magistrato, il quale passa alle funzioni giudicanti dopo un pluriennale esercizio di quelle requirenti, porti con sé un orientamento colpevolistico, che turba l'imparzialità del giudizio” ⁽¹³⁾.

Ed ancora, si ammette che *“sussiste, senza dubbio, in dipendenza dei rapporti di colleganza, il rischio di sospetti che possono nuocere alla immagine della magistratura”* ⁽¹⁴⁾

Le citazioni non sono casuali, in quanto appartengono a studiosi che non possono certamente essere sospettati di prevenzione nei confronti della magistratura.

E, naturalmente, non può dimenticarsi come molti altri, in termini più o meno

netti, abbiano espresso i medesimi concetti ⁽¹⁵⁾

⁽¹⁵⁾ Sulle ragioni che impongono la separazione delle carriere fra pubblici ministeri e giudici, può ricordarsi il fondamentale studio di DI FEDERICO, *Il pubblico ministero: indipendenza, responsabilità, carriera separata*, in *Ind. pen.*, 1995, 399 ss.; cfr. anche le limpide argomentazioni di SPANGHER, *Riforma dell'ordinamento giudiziario e separazione delle carriere*, in *Giust. pen.*, 2003, 161 ss.; si vedano pure le come sempre graffianti osservazioni di CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2013, 210 e 212: “Impersonalità delle funzioni. Appare connaturata al pubblico ministero: è irrilevante l'identità dei requirenti, purché ve ne sia uno; può darsi che nel singolo affare ne ruotino molti. Gratuita sul piano normativo, l'aspirazione alla parità con i giudici (art. 25, 1°, cost) nasce da interessi corporativi che non conviene assecondare; quanto meno somigliano a giudici, tanto meglio; investigano, imputano, deducono, accusano, eccepiscono, escutono, concludono, impugnano, e il rendimento dipende da selezioni interne all'ufficio. In ogni impresa collettiva decentemente guidata i compiti vengono attribuiti secondo le attitudini: e le procure sono delle *law-firm*, talvolta gigantesche, alle prese con affari complicati; nega ogni economia del lavoro una divisione automatica, “secondo criteri obiettivi e predeterminati”, quali l'art. 7-ter ord. giud. impone rispetto a sezioni, collegi, giudici-persone fisiche (anche se in ipotesi estreme, può costituire un male minore davanti agli abusi di un capo satrapo)”...”Ripetiamolo: il pubblico ministero non è giudice; l'appartenenza dei due allo stesso “corpo” appariva congeniale al processo “misto” (con quelle metastasi inquisitorie particolarmente acute nella figura degli istruttori, uno dei quali, a rito sommario, era lui, pubblico ministero. Ma nell'Italia attuale sarebbe nefasta una riforma del pubblico ministero che lo subordini al potere esecutivo”. In argomento si vedano, per interessanti spunti, già FOSCHINI, *Un errore pendolare: l'accusatore giudice ed il giudice accusatore*, in *Foro it.* 1969, V, 16 ss., e DOMINIONI, *Per un collegamento tra ministro della giustizia e pubblico ministero*, in CONSO, *Pubblico ministero e accusa penale*, Bologna 1979, 46 ss.. Né vanno dimenticate le nette prese di posizione in favore della separazione delle carriere di Giovanni Falcone, richiamate in DI FEDERICO nell'opera sopra citata. Sullo stesso tema, in senso contrario, GROSSO, C. F., *Il*

⁽¹²⁾ ILLUMINATI, *La separazione delle carriere come presupposto per un riequilibrio dei poteri delle parti*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, Milano 1994, 219 e 220.

⁽¹³⁾ SCAPARONE, *La separazione delle carriere come presupposto per un riequilibrio dei poteri delle parti*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, Milano 1994, Conclusioni, 277.

⁽¹⁴⁾ GROSSO, C. F., *Il dibattito sulla separazione delle carriere di giudici e p.m. fra preconcetti ideologici ed esigenze reali*, in *Cass. pen.* 1996, 3160, il quale, tuttavia conclude che ciò non giustificerebbe un intervento così dirompente come la separazione delle carriere.

In effetti, non sembra possano sussistere dubbi in ordine alla circostanza che le professionalità richieste per le funzioni di pubblico ministero e giudice siano profondamente diverse. Il primo deve svolgere un ruolo attivo di investigazione e ricerca degli elementi di prova necessari per sostenere l'accusa in giudizio, dirigendo e controllando la polizia giudiziaria; il secondo, al contrario, riveste una posizione passiva di arbitro tra le tesi dialetticamente contrapposte delle parti.

Né assume rilevanza l'osservazione per cui, separando le carriere, il p.m. perderebbe la c.d. cultura della giurisdizione e diverrebbe un super poliziotto⁽¹⁶⁾.

Intanto, un magistrato requirente con una forte caratterizzazione di parte non è suscettibile di creare allarmi o timori se si ha la certezza che le decisioni saranno assunte da un giudice terzo ed imparziale, non condizionabile, nemmeno psicologicamente, da

dibattito sulla separazione delle carriere di giudice e di p.m. fra preconcetti ideologici ed esigenze reali; MADDALENA, *Il ruolo del pubblico ministero nel processo penale*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, Milano, 1994, p. 47 ss.. Cfr. anche SCAPARONE, *P.m.*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 1099 ss., nonché, sull'assetto istituzionale del pubblico ministero in Italia e nei principali paesi liberaldemocratici, GUARNIERI, *Pubblico ministero e sistema politico*, Padova, 1984, 17 ss.

⁽¹⁶⁾ E' stato in proposito osservato che la completa assimilazione della figura del pubblico ministero a quella del giudice, non farebbe altro che creare un doppione del giudice e, molto probabilmente, tenderebbe nella prassi a far svolgere le funzioni requirenti ad altre strutture, come la polizia: così PIZZORUSSO, *Per un collegamento fra organi costituzionali politici e pubblico ministero*, in CONSO, *Pubblico ministero e accusa penale*, Bologna 1979, 37.

rapporti di colleganza o di appartenenza a comuni formazioni sindacali.

Ma, soprattutto, nel vigente sistema processuale, ai magistrati requirenti non si richiede affatto tale cultura, che appartiene soltanto ai giudici.

Inoltre, quasi dappertutto, in Europa e nel mondo, i magistrati del p.m. operano alle dipendenze del ministro della giustizia o sono elettivi e non pare proprio che ciò (pur non auspicato da chi scrive, in Italia), abbia messo a repentaglio la democrazia: ed anzi, l'VIII Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine ha raccomandato che il ruolo del p.m. sia tenuto rigorosamente separato da quello del giudice⁽¹⁷⁾.

Ai pubblici ministeri si deve, quindi, richiedere la cultura della legalità⁽¹⁸⁾, che deve essere patrimonio anche della classe forense: e se la varietà e pluralità delle esperienze rappresenta un arricchimento irrinunciabile, non si comprende perché, allora, tale fungibilità non debba venire parimenti riconosciuta agli avvocati e non venga data una ampia attuazione all'art. 106, comma 3, Cost. sulla nomina a consiglieri di cassazione per meriti insigni di professori universitari e avvocati.

Il pericolo derivante da una stretta contiguità tra le due figure, semmai, è quello contrario di permeare il giudice della cultura dell'accusa, inducendolo ad assumere un ruolo attivo di

⁽¹⁷⁾ Havana, 27 agosto-7 settembre 1990, *United Nations Publications*, 192, Raccomandazione n. 10: "The office of prosecutors shall be strictly separated from judicial functions".

⁽¹⁸⁾ Così SPANGHER, *Riforma dell'ordinamento giudiziario e separazione delle carriere*, in *Giust. pen.*, 2003, 166.

integrazione della prova a carico dell'imputato, in una distorta visione del processo penale come strumento di lotta alla criminalità e ricerca della verità sostanziale (come purtroppo ha dimostrato l'esperienza pratica nell'applicazione degli artt. 441, comma 5, e 507 c.p.p.), abdicando, così, alla sua posizione di neutralità.

Una netta e definitiva separazione tra magistrati requirenti e giudicanti avrebbe, inoltre, il benefico effetto di fare chiarezza nelle percezioni e valutazioni dell'opinione pubblica, in quanto, si spera, provocherebbe la cessazione del malvezzo di denominare giudici gli appartenenti agli uffici requirenti, contribuendo, in questo modo, a rendere maggiormente credibili e fondate, già quasi un giudizio di colpevolezza, quelle che invece sono e devono restare acquisizioni di una parte.

In effetti, per difendere la, in verità insostenibile, tesi della appartenenza del pubblico ministero alla cultura della giurisdizione, ci si deve abbarbicare alla previsione dell'art. 73 ord. giud., sopravvissuto incomprensibilmente alla riforma Castelli, che è frutto di una visione inquisitoria ed autoritaria del processo, maturata in un particolare periodo storico, e riconduce ad unità due elementi così diversi e distanti come l'azione e la giurisdizione.

Argomenti favorevoli alla tesi qui criticata non sono deducibili nemmeno dall'art. 358 c.p.p., poiché, come ha precisato la corte costituzionale, gli accertamenti su fatti e circostanze favorevoli all'indagato rispondono all'esigenza di evitare, attraverso la completezza delle indagini, l'esercizio dell'azione penale, laddove gli

elementi raccolti non risultino idonei a sostenere l'accusa in giudizio ⁽¹⁹⁾: d'altro canto, l'esperienza dimostra che questa ipotesi si verifica ben raramente. Né può considerarsi sufficiente a preservare il bene primario della imparzialità e terzietà del giudice una eventuale separazione delle funzioni, con la creazione di sbarramenti più o meno irti per il passaggio dall'uno all'altro ruolo ⁽²⁰⁾.

Ho già scritto che a mio parere la separazione delle carriere è possibile anche senza introdurre riforme costituzionali ⁽²¹⁾.

Per il tema che qui interessa è utile mettere a raffronto il contenuto degli artt. 101, comma 2, ("i giudici sono soggetti soltanto alla legge"), 103, comma 1 (La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario), 107, comma 4, "il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario") e 111, comma 2 ("ogni

⁽¹⁹⁾ Corte cost. 11 aprile 1997, n. 96, in *Foro it.* 1997, I, 2015.

⁽²⁰⁾ Si vedano, in materia, le considerazioni di PIZZORUSSO, *La posizione ambigua del pubblico ministero nella costituzione: Necessità di una revisione*, in *Atti del III Convegno dei comitati di azione per la giustizia (1966)*, Roma, 1967, riprodotto come estratto in PIZZORUSSO (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna 1974, 465 ss., ove, nel propugnare un collegamento del pubblico ministero con il potere legislativo al fine di assicurare un effettivo raccordo con la volontà popolare, si sostiene essere da escludere che "il controllo attualmente esercitato sul p.m. da parte del Consiglio superiore della magistratura possa soddisfare l'esigenza in questione. Il Consiglio, infatti, è strutturato essenzialmente come un organo corporativo che lungi dall'esercitare un controllo sulla magistratura è controllato da essa".

⁽²¹⁾ GUALTIERI, *La separazione delle carriere. Brevi riflessioni*, in *Dir. pen. proc.* 2004, 1409 ss.

processo si svolge nel contraddittorio fra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale”), per convincersi che le posizioni del giudice e del p.m. sono state tenute ben distinte e che, in particolare, i beni essenziali dell'imparzialità, della terzietà e dell'indipendenza interna ed esterna sono peculiari del giudice, mentre l'art. 113 esalta la caratteristica di parte del p.m. e l'art. 107, comma 4, autorizza espressamente una regolamentazione differenziata delle garanzie dello stesso p.m., rinviandole alla legge sull'ordinamento giudiziario.

Gioverà a questo proposito ricordare come sia stato autorevolmente affermato che la specifica formulazione di quest'ultima norma, comporta, in deroga a quanto enunciato in via generale dall'art. 104, comma 1, la rimessione della disciplina concernente l'autonomia dell'ufficio del p.m. alla discrezionalità del legislatore ordinario e che, trattandosi di riserva di legge ordinaria e non costituzionale, il medesimo legislatore sarebbe libero di assicurare o di non assicurare alla magistratura requirente la stessa indipendenza prevista per la magistratura giudicante⁽²²⁾.

Come si è già rilevato, anche dal punto di vista normativo, interno (artt. 101, comma 2, e 111 cost., e 1 c.p.p.) ed internazionale (artt. 6, comma 1, Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e 14, comma 1, Patto internazionale sui diritti civili e politici, resi esecutivi in Italia

rispettivamente, con le leggi 4 agosto 1955, n. 848, e 25 ottobre 1977, n. 881) queste caratteristiche sono riservate ai giudici, mentre il ruolo riconosciuto ai rappresentanti dell'accusa è quello di parte, su un piano di parità con la difesa dell'imputato, ovviamente nel momento decisivo della formazione della prova al dibattimento.

E, come già rammentato, la stessa corte costituzionale ha ritenuto ammissibile il referendum sulla separazione delle carriere⁽²³⁾.

Lascia, dunque, sconcertati che, dinanzi ad una presa di posizione così chiara e precisa, si possa ancora dubitare della legittimità costituzionale di un intervento normativo, che, fermo restando il riconoscimento ai magistrati del pubblico ministero dell'indipendenza dal potere esecutivo, anche in riferimento all'art. 110 cost. (che attribuisce al Ministro soltanto l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia) introduca, in completa assonanza con il sistema processuale penale, ruoli e carriere separate tra giudici e p.m., prevedendo concorsi pubblici di accesso differenziati e negando la possibilità di tramutamenti.

Potrebbe residuare qualche dubbio in ordine alla afferenza di entrambe le categorie ad un unico C.S.M.: ma, in proposito, non sembrerebbe contrastare con l'art. 104 cost. una regolamentazione che prevedesse una composizione variabile dell'organo, con la presenza fissa dei membri di diritto e di quelli laici e la partecipazione alle deliberazioni, nella

⁽²²⁾ PIZZORUSSO, *Per un collegamento tra organi costituzionali politici e p.m.*, in CONSO, *Pubblico ministero e accusa penale*, Bologna 1979, 32.

⁽²³⁾ Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 37, in *Foro it.*, 2000, I, 733.

prevista percentuale di due terzi, di giudici o p.m., a seconda che le decisioni riguardino lo *status* degli uni o degli altri.

4. IL DILEMMA DELL'AZIONE PENALE

Ho rammentato all'inizio come Dino fosse un sostenitore dell'obbligatorietà dell'azione penale, ritenuta più rispettosa del principio di uguaglianza e importante strumento per assicurare l'indipendenza esterna dei magistrati requirenti.

Io ho in passato pienamente condiviso questi assunti, ma da qualche tempo ho iniziato una riflessione che mi sta portando a riconsiderare il problema, poiché in realtà in Italia non c'è nulla di più discrezionale dell'azione penale, come ampiamente dimostrato dalla circostanza che circa il 70% dei reati si prescrive nella fase delle indagini preliminari e che le scelte operate dalle procure della Repubblica (*rectius*: dai singoli sostituti) in ordine ai reati da perseguire, quasi mai nemmeno rese note, riguardano spesso la persona da sottoporre a indagini piuttosto che la natura dell'illecito.

Né sembra idoneo a porre rimedio a questa situazione la recente modifica degli artt. 407, comma 3 bis, e 412, comma 1, c.p.p., essendo illusorio, se non impossibile, che gli uffici dei procuratori generali siano effettivamente in grado di adottare determinazioni sulle indagini entro trenta giorni dall'avocazione⁽²⁴⁾.

⁽²⁴⁾ Il ritardo nelle richieste di rinvio a giudizio comporta la conseguenza che, avvicinandosi i termini di prescrizione, cade ogni interesse degli imputati ad accedere ai riti alternativi.

Autorevoli studiosi hanno sostenuto che l'obbligatorietà è una finzione ed è sempre più crescente il numero di coloro che sostengono la necessità di una riforma dell'art. 112 cost. ⁽²⁵⁾.

Va anche sottolineato che una ormai pur lontana Raccomandazione del Consiglio d'Europa (la n. 12 del 1987) auspica che il principio di opportunità venga introdotto, pur nel rispetto del contesto storico di ciascuno degli Stati membri.

Nel tentativo di mettere un minimo di ordine, lo stesso legislatore ha iniziato a percorrere la strada dei criteri di priorità.

Il primo provvedimento in materia è contenuto nell'art. 227 del d. lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, che ha però configurato a mio parere una amnistia surrettizia e mascherata in quanto ha consentito di "accantonare" e far prescrivere milioni di procedimenti penali, introducendo, seppure in via transitoria, una legittimazione dei

⁽²⁵⁾ Sulla incidenza che la separazione delle carriere potrebbe avere sul principio di obbligatorietà dell'azione penale, anche con riferimenti di diritto comparato, cfr., per una diversificata rassegna di opinioni: AA.VV., *Il pubblico ministero oggi*, Milano 1994; CHIAVARIO, *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, 1995; GAITO (a cura di), *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Napoli, 1991; V. GREVI, *Pubblico ministero e azione penale: riforme costituzionali o per legge ordinaria?*, in *Dir. pen. e proc.*, 1997, p. 493; GUARNIERI, *Pubblico ministero e sistema politico*, Padova, 1984; NOBILI, *Recenti orientamenti in tema di pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 173; RICCIO, *Azione penale e politica delle riforme*, in *Arch. pen.*, 1993, p. 373; TIRELLI (a cura di), *Recenti orientamenti in tema di pubblico ministero ed esercizio dell'azione penale*, Milano, 1998; UBERTIS, *Per un effettivo rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1891.

criteri di priorità, fondati sui generici e molto discrezionali parametri della gravità e concreta offensività del reato, del pregiudizio che può derivare dal ritardo per la formazione della prova e per l'accertamento dei fatti e dell'interesse della persona offesa, quasi sempre negletto.

L'art. 2 *bis* della legge 24 luglio 2008, n. 125, ha modificato l'art. 132 disp. att. c.p.p., indicando una serie di reati per la cui trattazione deve essere assicurata la priorità assoluta e il successivo art. 2 *ter* ha previsto la possibilità di congelare temporaneamente i processi relativi a reati commessi anteriormente al 2 maggio 2006.

Ma i criteri di priorità, pur utili a dare maggiore trasparenza a tali scelte ⁽²⁶⁾, appaiono incompatibili con un sistema che vorrebbe l'azione penale obbligatoria e comportano la insanabile contraddizione di far disattendere, seppure selettivamente, da un soggetto politicamente irresponsabile, quale è il pubblico ministero, gli indirizzi di politica criminale espressi attraverso l'attività legislativa dal Parlamento, massima espressione della sovranità popolare, il quale dal canto suo, procede in modo disordinato e cervellotico, introducendo da un lato ampie depenalizzazioni e addirittura istituti di monetizzazione del processo, e dall'altro nuove ipotesi di reato allorquando vara provvedimenti di riforma.

O aumenta i termini di prescrizione, come se un minimo di sette anni e

mezzo non fosse già abbastanza lungo per decidere sulla esistenza o meno della responsabilità di un cittadino, esposto così per lunghi anni a gogne mediatiche, a sofferenze morali e spesso ad ablazioni patrimoniali e privazioni della libertà personale.

Insomma a mio parere non c'è niente di più politico dell'esercizio dell'azione penale, che rappresenta l'attuazione della pretesa punitiva dello Stato, per cui l'attuale sistema può sopravvivere soltanto se viene assicurata la perseguibilità di tutti gli illeciti penali.

Una loro selezione deve invece trovare necessariamente un responsabile politico, che non può ovviamente essere un pubblico funzionario quale il p.m. e che negli altri Paesi dell'Europa continentale è, com'è noto, il Ministro della Giustizia, alle cui dipendenze sono posti i magistrati requirenti.

In proposito va rammentato che una ormai lontana Raccomandazione del Consiglio d'Europa (la n. 12 del 1987) auspica che il principio di opportunità venga introdotto, pur nel rispetto del contesto storico di ciascuno degli Stati membri.

Una siffatta soluzione sarebbe forse consentita dal già citato art. 107, comma 4, cost., che rinvia alla legge sull'ordinamento giudiziario la determinazione delle garanzie da riconoscere al pubblico ministero, ma resterebbe comunque monca senza una modifica dell'art. 112 Cost.

A mio parere, l'analisi comparativa in materia porta ad escludere come parametri di riferimento i sistemi europei continentali, anacronisticamente attestati su modelli inquisitori.

⁽²⁶⁾ Si vedano in particolare quelli elaborati da Vladimiro Zagrebelsky, all'epoca procuratore della repubblica presso la pretura di Torino e pubblicati in *Cass. pen.* 1991, 362 ss.

La trasposizione del sistema britannico appare a mio parere di difficile attuazione, poiché rimettere lo svolgimento delle indagini ai soli organi di polizia e sottoporre i risultati ad un organo governativo per la eventuale instaurazione del processo, esige corpi investigativi di comprovate ed elevate capacità ed esperienza e soprattutto un radicato rapporto di fiducia tra essi e i cittadini, che sembra difficilmente riproducibile nel nostro ordinamento.

Di maggiore interesse appare l'ordinamento statunitense, imperniato sull'elezione diretta dell'organo di accusa su base territoriale e con mandato limitato nel tempo e un corpo di polizia federale.

Un siffatto sistema reciderebbe alla radice ogni legame con la magistratura giudicante e collegherebbe alla sovranità popolare l'esercizio dell'azione penale, che dovrebbe essere discrezionale, con la fissazione di criteri di priorità ⁽²⁷⁾.

⁽²⁷⁾ Nell'ormai lontano 1999, in occasione dei lavori parlamentari per l'attribuzione di competenze penali al giudice di pace, avevo ipotizzato in un articolo pubblicato da Italia Oggi, la istituzione presso quell'organo in via sperimentale di un ufficio autonomo del p.m. diretto da un magistrato eletto direttamente dal popolo, anche al fine di alleviare i carichi di lavoro delle procure della Repubblica. Non mi sembrava, infatti, che a tale ipotesi si opponessero le norme costituzionali vigenti. L'art. 106, comma 2, cost., (che ammette "la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli") non può essere interpretato nel senso di un divieto alla nomina elettiva di magistrati del pubblico ministero, ed anzi dal suo contenuto sono desumibili spunti in senso opposto: d'altro canto, l'art. 102, comma 3, rimette alla legge ordinaria la regolamentazione dei casi e delle forme di partecipazione popolare dell'amministrazione della giustizia e, quanto alle garanzie di indipendenza, l'art. 107, ultimo

Sarebbe preferibile escludere l'abbinamento ad elezioni politiche o amministrative della nomina di questo organo al fine di evitare un trascinarsi, appunto, politico, che rischierebbe di qualificarlo in senso partitico e quindi di delegittimarlo.

I criteri di selezione dei candidati dovrebbero essere particolarmente rigorosi in termini di elevata competenza e moralità.

La scelta di un personaggio di alto profilo costituirebbe infatti il miglior antidoto contro il rischio di inquinamento politico, poiché ben difficilmente un soggetto con queste caratteristiche metterebbe a repentaglio il proprio patrimonio di stima e credibilità per mettersi al servizio di qualcuno.

D'altro canto, proprio il caso italiano dimostra che anche un reclutamento per concorso pubblico non evita contaminazioni politiche dei magistrati, spesso ostentate e trasfuse negli atti adottati.

La possibile alternativa sarebbe rimettere ai consigli regionali, con maggioranza qualificata, la scelta della persona responsabile della direzione dell'ufficio, sulla base, appunto, dei suddetti rigorosi criteri soggettivi e della temporaneità dell'incarico, con divieto assoluto di ricoprire in futuro ruoli giudicanti.

Si potrebbe eventualmente ipotizzare anche (come avviene per i giudici in alcuni Stati americani) una successiva ratifica popolare della nomina.

Gli altri appartenenti all'Ufficio dovrebbero essere avvocati con

comma, diversamente da quanto avviene per i giudici, rinvia per l'organo in discussione alle norme sull'ordinamento giudiziario.

esercizio della professione in materia penale da almeno dieci anni o magistrati che abbiano esercitato per lo stesso periodo di dieci anni funzioni investigative.

Ma mi rendo perfettamente conto della portata rivoluzionaria di questa proposta, che richiederebbe una incisiva modifica costituzionale⁽²⁸⁾.

La pongo, quindi, come materia di riflessione e studio, pur ribadendo che la mia prima ideale soluzione sarebbe il mantenimento dell'obbligatorietà dell'azione penale, purché effettivo.

Ma a questo punto dispero possa esserlo.

⁽²⁸⁾ TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2017, 115, ritiene che la soluzione del p.m. elettivo, accolta nella maggior parte degli ordinamenti degli Stati Uniti, non sia riproducibile nei Paesi dell'Europa continentale e particolarmente in Italia a causa del lacerante ed irrimediabile contrasto ideologico che divide la nostra società.