

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2008

●
primo piano

*La giustizia è importante per il diritto di guerra?
Abuso penale ed eccedenza di significato. I linciaggi come tortura pubblica
nell'America del Ventesimo Secolo
La grande guerra, i crimini di guerra e i processi di Lipsia (1921)*

●
il punto su

*Laicità e diritto penale
Colpa e tipicità*

●
opinioni a confronto

*La separazione delle carriere
Preclusioni processuali e ragionevole durata del processo
Il concorso esterno in associazione mafiosa*

●
antologia

riflessioni forensi
prossimamente in libreria

Edizioni ETS

OPINIONI A CONFRONTO

LA SEPARAZIONE DELLE CARRIERE

Nota introduttiva di RENZO ORLANDI

I temi dell'organizzazione giudiziaria ritornano al centro dell'attenzione politica. L'ampia riforma ordinamentale attuata fra il 2005 e il 2007 appare insufficiente all'attuale maggioranza parlamentare, la quale, traendo spunto dalle polemiche sorte intorno a una sconcertante vicenda di indagini incrociate fra due uffici requirenti, sembra seriamente intenzionata a modificare di nuovo l'assetto organizzativo del pubblico ministero. La separazione delle funzioni – così come regolata dal d.lgs. n. 106 del 2006 – non sarebbe sufficiente ad assicurare il necessario equilibrio fra accusa e difesa. Solo una separazione delle carriere parrebbe capace di effetti apprezzabili su questo terreno.

Non è solo la politica, però, a discutere di questo. Da tempo, magistratura e avvocatura si trovano su posizioni antitetiche quando si affronta il delicato tema del pubblico ministero e della sua organizzazione. Ha lasciato un segno profondo e ancora percepibile nei rapporti, forse anche personali, quel settennio – dal 1992 al 1999 – in cui l'accusa ha goduto di un indubbio predominio sulla funzione di difensiva. Da allora, la comunicazione fra queste due componenti della vita giudiziaria s'è fatta difficile e complicata. Proprio sull'organizzazione dell'ufficio d'accusa essa è divenuta terreno fertile di fraintendimenti e diffidenze reciproche. Alla ferma determinazione degli avvocati nell'esigere la separazione delle carriere, si oppone la pervicacia della magistratura associata nel conservare lo *status quo*, come dimostra la circostanza che anche l'accennata riforma del 2006 (più rigorosa separazione delle funzioni) fu inizialmente avversata.

Abbiamo chiesto al prof. Oreste Dominioni e al dott. Luca Palamara di confrontarsi su questo tema. Interessa in particolare conoscere le loro opinioni sulle verosimili conseguenze che l'ipotizzata separazione delle carriere potrebbe sortire. Conseguenze, innanzitutto, nei rapporti di forza interni al processo penale: ne uscirebbe davvero rafforzata la terzietà del giudice? Conseguenze, inoltre, sulla conduzione dei processi: davvero la separazione sarebbe funzionale all'attuazione di un processo equo, da chiudere in tempi ragionevoli? Conseguenze, infine, sull'assetto politico costituzionale del nostro ordinamento: sarebbe fatale, una volta separata la carriera requirente dalla giudi-

cante, un assoggettamento del pubblico ministero all'esecutivo? E, se così non fosse, quale sarebbe il nuovo statuto costituzionale del pubblico ministero? E, ancora, ne uscirebbe intaccato l'obbligo di esercitare l'azione penale?

prof. Oreste Dominioni
Università Statale di Milano
Presidente dell'Unione delle Camere Penali Italiane

1. Per uscire da prospettazioni non adeguate dei problemi è utile una premessa.

Le posizioni di quanti tendono a mantenere distinte le questioni di ordinamento giudiziario e di normativa processuale penale (emblematica la formula programmatica dell'ANM: «riformare il processo, non il giudice», *rectius* il magistrato) scontano un marcato errore di portata non solo teorica, ma soprattutto pratica. Secondo un grande insegnamento (da Francesco Carnelutti a Gaetano Faschini a Gian Domenico Pisapia), oggi purtroppo assai poco tenuto presente, il processo penale deve trovare la propria disciplina nell'integrazione delle norme ordinamentali e processuali. Anche da questa integrazione dipende spesso l'efficienza pratica dell'amministrazione della giustizia.

2. La cosiddetta separazione delle carriere (meglio, delle organizzazioni ordinamentali o, come oggi si dice, degli ordini) ha l'obiettivo di superare la categoria dell'«autorità giudiziaria» quale portatrice di un'unitaria funzione statale di persecuzione penale che si scomponga nelle due sotto-funzioni di accusa e di decisione.

Tale costruzione, in effetti, è ancora quella risalente allo Stato autoritario. Basti richiamare la giustificazione che il Ministro di Grazia e Giustizia Dino Grandi, nella «Relazione alla Maestà del Re Imperatore per l'approvazione del testo del nuovo ordinamento giudiziario», diede della scelta dell'unità dell'organizzazione di giudici e pubblici ministeri: «sono ragioni d'ordine politico in quanto [con la separazione] ... si determinerebbe la formazione di veri e propri compartimenti stagni nell'organismo della Magistratura, in contrasto con la sostanziale unicità della funzione. Sono ragioni d'ordine pratico, sia perché la separazione importerebbe una inammissibile differenziazione nella progressione dei due ruoli, sia perché non potrebbe giovare ai fini di una specializzazione di funzioni e, quindi, ad una più perfetta formazione dell'abito e delle attitudini dei singoli magistrati» [in *G.U.* 4 febbraio 1941, n. 28-*bis*, ed. str., p. VI].

È da osservare che si tratta, non già di notazioni politico-ideologiche innocue, ma di un'opzione che informa l'operatività giudiziaria a una concreta, precisa caratterizzazione.

Se l'accusatore e il giudice, quali organi della medesima «autorità giudiziaria», sono concepiti per adempiere a un'altrettanto medesima funzione statale di persecuzione penale, entrambi hanno il compito di assicurare, pur nei rispettivi uffici processuali, che nell'arco di sviluppo del procedimento alla notizia di reato prima e, poi, all'imputazione sia procurato quanto necessita per asserire la loro fondatezza. Insomma il giudice, non meno del pubblico ministero, deve essere sollecito nel realizzare l'interesse punitivo dello Stato (o collettività, che si voglia dire, in una trasfigurazione pseudo-sociologica del fenomeno).

In una simile strutturazione dell'amministrazione della giustizia ciò che viene depotenziato è il controllo giurisdizionale sull'accusa: medesima essendo la finalità, il giudice concorre alla sua realizzazione assieme al pubblico ministero, anziché esercitare, rispetto a questi, un rigoroso ruolo di controllore *super partes*, cioè terzo.

3. Il *deficit* di controllo giurisdizionale sull'accusa che deriva da questa struttura di ordinamento giudiziario produce conseguenze gravi intanto in termini di qualità delle decisioni. Deprimere la dialetticità del processo, che esige un giudice non istituzionalmente ingaggiato a farsi carico delle sorti dell'accusa, vuol dire compromettere la stessa attendibilità della decisione, che è invece propiziata solo da un metodo di conoscenza giudiziaria improntato per l'appunto dai canoni della dialetticità: accusatore e difensore si contraddicono sulle rispettive tesi e sulle risorser probatorie che mettono in campo; il giudice terzo formula giudizi non compromessi perché estranei a un ruolo istituzionale a favore di una delle tesi di parte.

4. Ma quel *deficit* di controllo giurisdizionale sull'accusa produce conseguenze altrettanto gravi, e ancor più visibili (specie per chi non abbia particolare sensibilità per la qualità della giurisdizione), sull'efficienza concreta del processo penale.

Interi comparti normativi del codice di procedura penale legano la loro precettività pratica all'effettivo controllo giurisdizionale sulla fondatezza di richieste del pubblico ministero. Il venir meno o il forte indebolimento di tale controllo ha nel corso degli anni prodotto l'inoperatività di quelle disposizioni, con conseguenze assai negative anche per la funzionalità e i tempi del processo penale.

Si possono fare alcuni esempi.

a) Gli artt. 405 ss. c.p.p. stabiliscono i termini di durata delle indagini preliminari. Il termine originario di sei mesi è suscettibile di una prima proroga, da disporsi con provvedimento del giudice per le indagini preliminari «per giusta causa» su richiesta del pubblico ministero, nonché di ulteriori proroghe «nei casi di particolare complessità delle indagini ovvero di oggettiva impossibilità di concluderle entro il termine prorogato». Nella prassi è peraltro invalso che le richieste di proroga del pubblico ministero sono pressoché sempre accolte dal giudice con motivazioni di stile e cioè senza un reale controllo sulla loro fondatezza. Tanto che i difensori, ammaestrati da ciò, non propongono più opposizione. È del tutto evidente come un simile andamento della prassi nuoccia al ragionevole contenimento della durata delle indagini preliminari, troppo spesso contrassegnate da tempi morti ingiustificati. Il che non si verificherebbe se il controllo del giudice sulla richiesta di proroga fosse effettivo. Il fatto è che il giudice non adempie a questo suo compito, determinante per l'operatività delle disposizioni in questione, in quanto si fa egli stesso carico di esigenze non riconducibili ai parametri di legge per la prosecuzione delle indagini: si fa carico cioè di una generica esigenza che l'accusa abbia ad essere coltivata anche fuori dai limiti temporali prefissati, vale a dire irragionevolmente dilatati. Non è fuori luogo postulare che questa patologia sta alla base della recente escogitazione *de iure condendo* della «prescrizione dell'azione». Insomma un giudice che istituzionalmente partecipa con il pubblico ministero alla finalità di persecuzione penale compromette la ragionevole durata del procedimento.

b) L'art. 267, comma 1, c.p.p. stabilisce che l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche può essere autorizzata, fra l'altro, se «è assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini». L'«assoluta indispensabilità» e il suo riferimento alla «prosecuzione delle indagini» sono formule intese a contenere drasticamente il ricorso a un atto investigativo di elevatissima invasività nella sfera dei diritti delle persone e, peraltro, sono dotate di una cogenza normativa che in tanto può vedersi attuata in quanto il controllo giurisdizionale sia particolarmente prestante e esigente. La loro svalutazione, in un controllo del giudice ridimensionatosi su parametri di «utilità» o di «necessità», ha dato la stura a un dilagare quasi indiscriminato delle attività di intercettazione che sta oggi alla base della crisi di questo atto d'indagine e a progetti di riforma che, per ricondurlo a dimensioni equilibrate, ricorrono a disposizioni di una certa problematicità non potendo far conto sulla funzione di controllo del giudice in ordine alle richieste dell'accusa. Pure

qui la compartecipazione del giudice alle finalità della persecuzione penale si palesa come fattore destabilizzante della pratica giudiziaria.

c) Al fine di rilevare un'analogia situazione nel settore delle misure cautelari è illuminante il «caso Pescara». Il giudice per le indagini preliminari accoglie la richiesta di misura cautelare e poi la revoca. Una simile vicenda sembra presentarsi in linea con le norme. Senonché le analisi dei commentatori, per nulla improbabili, hanno evidenziato questi dati: nel disporre la misura cautelare il giudice si era «appiattito» sulla richiesta del pubblico ministero; poi si è ricreduto subendo il bombardamento delle pesanti e pressanti recriminazioni provenienti dal settore politico di appartenenza dell'indagato. Quali che siano state le reali dinamiche del caso, ciò che emerge è la mancanza di autorevolezza dell'effettività del controllo giurisdizionale, non percepito come affidabile nella prima fase come nella seconda. Non c'è dubbio: un caso singolo, sovraespuesto, esplicitato anche in modo inesorabile, ma emblematico di una realtà diffusa, nella quale gli inquisiti comuni subiscono troppo spesso il cosiddetto «appiattimento» del giudice sul pubblico ministero a causa della carenza di controllo giurisdizionale, non compensata da forze di bilanciamento esterne al processo. Ma tutto ciò è patologia.

5. Conviene rimarcare la ragione delle disfunzioni processuali del tipo di quelle che si sono ora esemplificate.

Si tratta di situazioni di inefficienza che colpiscono l'equità del processo e la sua durata ragionevole (le disfunzioni sono troppo spesso causa di un processo non giusto e di complicazioni che compromettono la dovuta speditezza), le quali sono determinate nel *trend* ordinario del procedimento non tanto da comportamenti anomali di singoli magistrati. Hanno invece la loro radice autentica nell'ordinamento giudiziario così come è congegnato e nelle sue ricadute sul processo. Sono cioè, come si dice, «strutturali». In un contesto democratico-liberale, non sono forse rintracciabili nell'ordinamento statale funzioni tanto inconciliabili quali quelle di accusare e di decidere. Eppure il sistema dell'unicità dell'ordinamento giudiziario, fondato su un'«autorità giudiziaria» comprensiva del pubblico ministero e del giudice, accomuna i due organi nella formazione, nel reclutamento, nella disciplina della carriera, nel governo complessivo dei magistrati, sino al punto di generare un comune associazionismo e di produrre unitari poteri che, formati attraverso il fenomeno delle «correnti» e nella dialettica politico-culturale e sindacale delle stesse, si riproducono all'interno del Consiglio superiore della magistratura. Sulla scorta di complesse e complicate dinamiche di apparentamenti politici e persino di col-

lateralismi partitici a doppio senso, in una certa fase storico-politica si manifesta preminente la forza dei partiti, capaci di condizionare, con diversa intensità, le «correnti» associative; in un'altra fase queste hanno maggior forza e sono esse a condizionare i partiti nelle scelte di politica penale. Il fenomeno del «fuori ruolo» dei magistrati che escono dall'attività giudiziaria per insediarsi nei gangli sensibili della politica non solo giudiziaria (la sua geografia politica, economica e di popolazione è impressionante e di portata tale da compromettere reciprocamente l'autonomia della politica e della magistratura, oltre a depauperare in modo rilevante le risorse giudiziarie) è anch'esso un potente fattore di unitarietà di potere della magistratura d'accusa e di decisione.

Né va sottaciuto come un tale sistema, del tutto improprio perché anticonstituzionale, sia così pervicace da coinvolgere nelle sue regole anche i componenti laici del CSM, i quali, portatori di una matrice partitica, convergono di norma (non mancano, per buona sorte, isolati esempi di indipendenza) con l'una o l'altra «corrente».

Il governo della magistratura, che registra nella fase attuale il predominio delle dinamiche di potere dell'associazionismo giudiziario, si è ormai trasformato nei fatti in «autogoverno», del tutto contrario al disegno costituzionale. I costituenti avevano progettato il CSM non come organo mediante il quale la magistratura si autogovernasse, ma come organo che, al tempo stesso esterno alla magistratura, la governasse in modo autonomo dai poteri partitici e, in particolare, dalla loro proiezione nel potere esecutivo.

La questione in gioco, allora come oggi di massima attualità, era che la magistratura non si costituisse nel sistema politico e nella realtà sociale come «corpo separato».

Un assetto di ordinamento giudiziario costruito sull'unicità delle carriere di giudici e pubblici ministeri e conseguentemente insediato nella vita delle istituzioni con un'«autorità giudiziaria» che accomuna entrambi gli ordini di magistrati comporta una forte menomazione dei caratteri essenziali della giurisdizione: l'imparzialità e la terzietà, oggetto di prescrizione costituzionale (art. 111, comma 2, Cost.). È appena da notare che i due termini non compongono un'endiadi. Mentre la terzietà connota la posizione del giudice nel processo, l'imparzialità è connotazione ordinamentale. Il giudice, che non è parte, non deve avere un'organizzazione comune a una parte, il pubblico ministero.

L'unicità delle carriere non produce conseguenze positive sul pubblico ministero, contrariamente a quanto si pretende ricorrendo all'ambiguo concetto della «cultura della giurisdizione». L'imparzialità, meglio l'obiettività, della funzione d'accusa deriva dall'art. 97, comma 1, Cost., pacificamente da appli-

carsi anche agli organi del pubblico ministero.

A subirne conseguenze negative è invece il giudice, reso compartecipe con il pubblico ministero di una unitaria finalità statale di persecuzione penale. E a causa di ciò il giudice, dovendosi fare carico di tale finalità anche con riguardo all'esercizio da parte del pubblico ministero delle proprie funzioni, calibra in base a questo indice il controllo giurisdizionale sull'accusa, con effetti che compromettono sia la qualità che l'efficienza del processo.

Ciò si determina in quanto il processo penale, nella sua struttura vigente (e pur con le manomissioni intervenute sull'impianto originario), ha come regola fondamentale per il suo corretto e efficace funzionamento la netta sovraordinazione del giudice rispetto alle parti, per l'appunto la terzietà, e l'esercizio del controllo giurisdizionale da esercitarsi secondo le norme e le prove, prescindendo da ogni ragione di opportunità non legittimata dalla legalità.

Un'ultima notazione circa lo scompensamento che oggi si registra fra ordinamento giudiziario e processo. Il primo è incentrato ancora su un impianto di «autorità giudiziaria». Il codice di procedura penale del 1988 ha abolito normativamente tale categoria.

6. Anche in regime di separazione delle carriere il pubblico ministero deve mantenere la qualità di magistrato, cioè avere autonomia di statuto e indipendenza funzionale. Ciò, naturalmente, con le precisazioni che già oggi è necessario fare.

L'autonomia statutaria (che afferisce alle materie contemplate dall'art. 105 Cost.) vale, e dovrà continuare a valere, per il pubblico ministero alla stessa stregua che per il giudice, nella sua proiezione sia interna che esterna. Per quelle materie, cioè, ogni magistrato, e quindi anche il pubblico ministero, è sottratto a poteri d'intervento di altri magistrati (in particolare, i capi degli uffici) e di soggetti estranei all'ambito giudiziario, siano organi dell'esecutivo o parlamentari o altri. Ogni provvedimento al riguardo rimane riservato al Consiglio superiore della magistratura.

L'indipendenza funzionale si declina già oggi in termini differenti per il giudice e per il pubblico ministero e questa linea deve trovare conferma nella riforma. Per il giudice essa è assoluta sia all'interno che all'esterno dell'ordine giudiziario: nell'esercizio delle funzioni ogni singolo giudice è sottratto al potere di qualsiasi organo (art. 102, comma 2, Cost.). Per il pubblico ministero è assoluta verso l'esterno dell'ordine giudiziario, il che vuol dire, in particolare, sottrazione al potere esecutivo e a quello parlamentare; verso l'interno, invece, è relativa in quanto il singolo magistrato del pubblico ministero è inserito

nella struttura organizzativa (più che gerarchica nel significato amministrativo del termine) dell'ufficio, su cui insistono i poteri per l'appuntamento organizzativi del Procuratore capo. La modulazione di tali poteri è stata oggetto di approfondite riflessioni, di cui la riforma dovrà farsi carico nell'enucleare la più efficiente operatività degli apparati del pubblico ministero. Una recente proposta, formulata dall'interno dell'ambito giudiziario (si veda l'intervento del cons. Antonio Patrono, attualmente componente togato del CSM, su *Il Messaggero* del 22 dicembre 2008, p. 5) ne accentua la struttura organizzativa e i conseguenti poteri dei capi degli uffici: il limite che va rispettato è dato dall'obiettività professionale da riconoscere a ogni singolo magistrato del pubblico ministero. Che è però cosa diversa da una impraticabile pretesa di personalizzazione della funzione d'accusa.

Sono molteplici i motivi, tutti insuperabili quanto sono radicati nella realtà e nelle esigenze dell'attività giudiziaria, che articolano in modo differente l'indipendenza funzionale interna del pubblico ministero rispetto a quella del giudice.

L'attività del pubblico ministero ha componenti di ampia discrezionalità libera estranee a quella del giudice. Essa, infatti, si snoda per scelte che in larghissima parte non sono né prefigurate né prefigurabili in sede normativa. Il modo di condurre e di orientare le indagini, i ritmi che si tratta di imprimervi, la stessa valutazione delle notizie di reato specie se non qualificate sono altrettanti momenti ineliminabili della funzione investigativa, rimessi a giudizi dipendenti dalla contingenza delle situazioni concrete e non rapportabili a canoni cristallizzabili in formule di legge dotate di una reale pregnanza normativa.

Inoltre è ineludibile l'esigenza che l'attività di investigazione si svolga secondo un'organizzazione che spesso ha bisogno di mutare per adattarsi alle esigenze dei singoli casi concreti. Lo svolgimento del lavoro di investigazione da parte di un solo magistrato piuttosto che da più magistrati riuniti in un *pool* e l'indizione di vertici tra magistrati impegnati in indagini collegate sono dati che fanno ormai parte dell'esperienza quotidiana, moduli organizzativi imposti dalle esigenze ineludibili della pratica giudiziaria, che non si conciliano di certo con l'ipotesi della personalizzazione: riportano infatti in capo all'ufficio o a un complesso di uffici tra loro coordinati il perno dell'attività di indagine privando il singolo magistrato della sua esclusiva titolarità e, conseguentemente, di autonomi poteri di scelta in ordine al suo svolgimento. Un qualcosa, dunque, che sta agli antipodi di quella che è la personalizzazione dell'ufficio del giudice, intesa propriamente come portato dei connotati dell'indipendenza che ne devono distinguere in modo inequivoco la posizione

funzionale. Preordinare e curare tale organizzazione sono compiti che appartengono al capo dell'ufficio e che condizionano le scelte e le attività dei singoli magistrati addetti.

7. Vi è, piuttosto, da affrontare la questione dell'obbligatorietà dell'azione penale. Risorse inevitabilmente limitate (negli ordinamenti di tutti i Paesi, anche fuori da situazioni incongrue come quelle oggi denunciate) rispetto alla domanda di giustizia richiedono criteri di selezione fra le notizie di reato da perseguire e quelle da pretermettere. La situazione attuale, nell'assenza di criteri di legge, è contrassegnata dalla discrezionalità libera, cioè dall'arbitrio, delle singole Procure, che seguono criteri propri, talvolta dichiarati (come è il caso della Circolare Maddalena) ma generalmente taciuti. Questa situazione viola l'art. 112 Cost., anzi lo mette nel nulla.

Il principio di obbligatorietà dell'azione penale, nel significato con cui è asserito dalla Costituzione, non richiede che per ogni notizia di reato corrisponda un procedimento; bensì che, in base al principio di legalità, quella selezione avvenga in base a criteri stabiliti dalla legge. Di ciò si deve far carico la riforma, a cominciare dalla generalizzazione della regola della irrilevanza sociale del fatto già prevista per il procedimento minorile e per quello del giudice di pace.

La determinazione per legge di questi criteri non significa una limitazione dell'indipendenza funzionale esterna del pubblico ministero. Essa infatti riconduce la disciplina dell'esercizio dell'azione penale entro la sfera della legalità, secondo la categoria della discrezionalità vincolata: una situazione di dovere determinato, in parte, da valutazioni che in concreto il pubblico ministero deve svolgere sulla base di criteri di legge.

8. Posta l'autonomia e indipendenza del pubblico ministero dal potere esecutivo anche in un regime di separazione delle carriere, un'ipotesi di riforma (secondo un progetto articolato dall'Unione delle Camere Penali Italiane con l'ausilio del proprio Centro Studi Aldo Marongiu nel maggio 2008) è così formulabile nelle linee essenziali:

- 1) previsione che i magistrati si distinguano in magistrati giudicanti e magistrati del pubblico ministero;
- 2) istituzione di due Consigli superiori della magistratura, rispettivamente della magistratura giudicante e di quella del pubblico ministero;
- 3) il Consiglio superiore della magistratura giudicante è presieduto dal primo presidente della Corte di cassazione. Il ministro della Giustizia ne è com-

ponente di diritto. Fanno altresì parte del Consiglio un rappresentante dell'avvocatura, designato dagli ordini professionali, un rappresentante dell'università, designato dai professori ordinari in materie giuridiche, e un magistrato del pubblico ministero, designato dal Consiglio superiore del pubblico ministero. Gli altri componenti sono, per un terzo, eletti da tutti i magistrati giudicanti tra gli appartenenti alle varie categorie, per un terzo, eletti dal Parlamento tra professori ordinari di università in materie giuridiche, avvocati dopo 15 anni di esercizio e magistrati a riposo che abbiano svolto funzioni giudiziarie presso la Corte di cassazione, il Consiglio di Stato e la Corte dei conti;

4) il Consiglio superiore del pubblico ministero è presieduto dal procuratore generale della Corte di cassazione. Il ministro della giustizia ne è componente di diritto. Fanno altresì parte del Consiglio un rappresentante dell'avvocatura, designato dagli ordini professionali, un rappresentante dell'università, designato dai professori ordinari in materie giuridiche, e un magistrato giudicante, designato dal Consiglio superiore della magistratura giudicante. Gli altri componenti sono, per un terzo, eletti da tutti i magistrati del pubblico ministero tra gli appartenenti alle varie categorie, per un terzo, eletti dal Parlamento tra professori ordinari di università in materie giuridiche ed avvocati dopo 15 anni di esercizio e, per un terzo, nominati dal presidente della Repubblica tra professori ordinari di università in materie giuridiche, avvocati dopo 15 anni di esercizio e magistrati a riposo che abbiano svolto funzioni giudiziarie presso la Corte di cassazione, il Consiglio di Stato e la Corte dei conti;

5) il Procuratore generale della Corte di cassazione è nominato dal Presidente della Repubblica tra i magistrati del pubblico ministero con funzioni direttive superiori, in una terna proposta dal Consiglio superiore del pubblico ministero. Esso è a capo degli uffici del pubblico ministero, dei quali vigila e coordina l'azione, vegliando a che essa sia conforme ai principi costituzionali ed in particolare a quanto disposto dagli artt. 3, primo comma, 97, primo comma e 112. Riferisce alle Camere del buon andamento della magistratura;

6) il passaggio dalla magistratura giudicante a quella del pubblico ministero, e viceversa, può avvenire solo a seguito di concorso; è poi da prevedere la possibilità di indire concorsi riservati a giudici, pubblici ministeri, avvocati e soggetti forniti di specifici titoli scientifici e professionali (cosiddetto reclutamento laterale).

dott. Luca Palamara

Sostituto Procuratore presso la Procura della Repubblica di Roma
Presidente dell'Associazione Nazionale Magistrati

1. Nell'affrontare il tema della separazione delle carriere, vorrei muovere da una prospettiva che non mira a difendere l'unicità delle carriere come una esigenza corporativa, o addirittura un privilegio di casta, ma che intende esaminare se avere giudici e pubblici ministeri separati sia effettivamente il sistema che maggiormente garantisce i cittadini rispetto a quello attuale.

Io penso che in relazione al problema in questione non si può muovere da contrapposizioni ideologiche poiché è inutile negare che il tema in questione è controverso vedendo storicamente contrapposte, nel nostro Paese, la magistratura e l'avvocatura.

È vero, infatti, che in molti altri paesi il regime è di diversificazione netta delle carriere; tuttavia è altrettanto vero che l'unicità è patrimonio storico di una parte non piccola dell'Europa, a cominciare dalla Francia laddove non vi è la separazione delle carriere, tanto che giudici e PM vengono formati nella *École Nationale de la Magistrature*, e non vi sono limiti al passaggio dalla carriera giudicante a quella requirente e viceversa. Oggi in Francia i pubblici ministeri dipendono dall'esecutivo ma il giudice istruttore è indipendente e garantisce l'autonomia delle indagini; vi è un unico Consiglio superiore della magistratura al cui interno vi sono due distinte sezioni, una per i requirenti e l'altra per i giudicanti. Bisogna, però, registrare che in occasione della recente apertura dell'anno giudiziario, tenutasi a Parigi il 7 gennaio del 2009, il capo dello Stato Sarkozy ha annunciato di voler cambiare l'attuale sistema prevedendo che le funzioni del giudice istruttore verranno svolte dalla procura della Repubblica, che rimarrebbe comunque sottoposta al ministro della Giustizia, e sotto il controllo di un giudice dell'istruttoria, con le funzioni di arbitro tra l'accusa (la Procura) e la difesa. Tale proposta ha suscitato commenti critici da parte dell'opposizione e da parte della magistratura d'oltralpe perché farebbe scomparire il giudice istruttore, figura centrale del processo penale introdotta da Napoleone e copiata dalla maggior parte dei paesi europei tra il XIX ed il XX secolo, oltre che attribuire i poteri di indagini ad un PM dipendente dall'esecutivo.

Anche in Belgio i Pubblici ministeri dipendono dall'esecutivo ma il giudice istruttore è indipendente e garantisce l'autonomia delle indagini.

In Spagna, invece, le carriere sono separate in quanto vi è un unico concorso ma poi la scelta delle funzioni è irreversibile. I "fiscales", solo formalmente

equivalenti ai nostri pubblici ministeri, sono dipendenti dall'esecutivo in quanto la loro carriera è regolata dalla Procura generale dello Stato, al cui vertice vi è un Procuratore nominato dal Presidente del Governo. L'indipendenza delle indagini dell'organo inquirente è garantita dalla figura del giudice istruttore, autonomo ed indipendente e la cui carriera è invece regolata dal Consiglio superiore del potere giudiziario.

In Gran Bretagna l'investigazione penale è affidata alla Polizia; la figura formalmente equivalente a quella del nostro pubblico ministero è rappresentata dal *Crown prosecution service* (CPS) che deve limitarsi a valutare l'attività compiuta dalla polizia ed è responsabile per il perseguimento penale dei casi oggetto di indagine da parte della stessa polizia; il CPS può scegliere se sostenere l'accusa in giudizio oppure affidarla ad avvocati del libero foro. Nel sistema britannico quindi è improprio parlare di passaggio di carriera, perché la carriera del giudice ha dei meccanismi di designazione del tutto autonomi e distinti da quelli del CPS.

In Europa l'unico caso di separazione netta delle funzioni è costituito dal Portogallo che ha introdotto la separazione delle carriere come reazione alla dittatura Salazar. Quest'ultimo aveva unificato le carriere assoggettando tutta la magistratura sotto il suo controllo dopo aver fatto passare da inquirenti a giudicanti i magistrati a lui più fedeli. Caduta la dittatura il P.M è rimasto separato, ma autonomo ed indipendente dal potere politico in quanto non si è voluto l'assoggettamento dei pubblici ministeri all'esecutivo come avvenuto durante la dittatura. Tuttavia, oggi, in Portogallo si discute della possibilità di tornare alla carriera unica a causa dell'asserito strapotere che gli stessi Pubblici Ministeri avrebbero acquisito.

Nel Sud America, Brasile ed Argentina ricalcano lo schema del Portogallo.

Negli Stati Uniti, il "prosecutor", cioè l'equivalente del nostro PM può essere di nomina elettiva o di nomina governativa. Come in Gran Bretagna non si può, però, parlare di passaggio dalla funzione giudicante a quella requirente perché, anche, in questo caso la carriera giudicante ha dei meccanismi di designazione del tutto autonomi e distinti che divergono fra i vari stati federali e a livello centrale. Tuttavia non è precluso a chi è stato rappresentante della pubblica accusa l'accesso alla funzione giurisdizionale.

Questo breve *excursus* di carattere comparativo circa la figura ed il ruolo del pubblico ministero in alcuni dei principali paesi dell'Europa e dell'America porta a poter ipotizzare in astratto tre distinti sistemi: in alcuni Stati (tra cui gli USA) il titolare della carica è elettivo; in altri dipende dal Governo (come ad esempio in Francia ed in Italia prima della Costituzione repubblicana);

in altri ancora viene parificato ai giudici (come ad esempio in Italia oggi).

In dottrina (cfr. Ugo Rescigno) vi è anche chi ritiene ipotizzabile un quarto sistema in cui il pubblico ministero sia configurato come una autorità indipendente rigorosamente separata anche dall'ordine giudiziario.

Quello che, però, è importante osservare è che nei sistemi in cui il pubblico ministero dipende dall'esecutivo, la reale funzione inquirente, che in Italia è svolta dal Pubblico Ministero, è attribuita al giudice istruttore a cui è garantita piena autonomia ed indipendenza dagli altri poteri dello Stato. In definitiva in questi sistemi la figura del pubblico ministero è svuota di reali poteri in fase di indagini in quanto attribuiti al giudice istruttore.

Svolta questa doverosa premessa, deve, ora, rilevarsi come in Italia, il dibattito sulla separazione delle carriere sembrava essersi sopito grazie alla riforma dell'ordinamento giudiziario introdotta dal d.lgs.n.106 del 2006, in virtù della quale è stata introdotta nel nostro ordinamento una netta distinzione delle funzioni tra P.M. e giudice pur nella unicità delle carriere.

Benché sia ancora possibile l'osmosi tra le diverse funzioni di giudice e PM (anche se in misura limitata perché ad esempio se un pubblico ministero di Roma volesse fare il giudice penale, oggi dovrebbe andare a farlo fuori dal distretto della Corte d'appello di Roma e quindi come posto più vicino dovrebbe trasferirsi da Roma a L'Aquila) nella sostanza si è già realizzata una netta separazione delle funzioni.

Basta, infatti, riflettere sul fatto che sia per quanto riguarda i trasferimenti che per quanto riguarda le nomine agli incarichi direttivi sempre più raramente si verifica il passaggio dalla carriera giudicante a quella requirente e viceversa.

Tuttavia nonostante questi dati e nonostante la modifica dell'ordinamento giudiziario risalga solamente a due anni orsono, già si ritiene insufficiente questo sistema e si ripropone il tema della separazione delle carriere.

Pertanto, occorre dare una risposta al quesito iniziale e quindi ragionare su quale sia il sistema che offre maggiori garanzie ai cittadini.

Sul punto, io ritengo che l'attuale sistema, che delinea la figura di un pubblico ministero autonomo ed indipendente e lo mantiene nella cultura della giurisdizione, sia quello che maggiormente garantisce i cittadini perché consente di avere un pubblico ministero libero di investigare e di esercitare il controllo di legalità senza condizionamenti esterni.

Vorrei, però, dare validità a questa asserzione specificando meglio alcuni passaggi ed analizzando le conseguenze che si verificherebbero, in caso di separazione delle carriere, sul triplice versante dei rapporti di forza interni al

processo penale, della conduzione dei processi ed infine dello statuto costituzionale del pubblico ministero.

Più in particolare vorrei esaminare se effettivamente la separazione rafforzerebbe la terzietà del giudice, la celerità dei processi e l'indipendenza del pubblico ministero stesso.

Procederò ad analizzare separatamente questi diversi aspetti.

2. Come noto il codice di procedura penale, entrato in vigore il 24 ottobre 1989, prevede un modello tendenzialmente accusatorio in quanto a decidere della controversia non è più un giudice accusatore, come nel sistema inquisitorio, ma un giudice nettamente distinto dall'accusa.

Al pubblico ministero spetta il compito di raccogliere le prove per fondare, se sussistente, l'accusa. Al giudice spetta il ruolo di valutare, in posizione di assoluta terzietà, quelle prove (l'accusa) e la confutazione di esse (la difesa).

Ma esiste una effettiva parità tra accusa e difesa nel nostro processo penale?

I fautori della separazione delle carriere rispondono negativamente sul presupposto che i rapporti di forza interni al processo penale sarebbero squilibrati sia nella fase delle indagini preliminari che nel dibattimento.

Con riferimento alla fase delle indagini preliminari, questo orientamento muove dall'assunto secondo il quale, a fronte degli enormi poteri attribuiti al pubblico ministero, i diritti della difesa sarebbero compressi e sacrificati. Da qui la necessità di realizzare compiutamente il sistema accusatorio mediante la separazione delle carriere.

Le affermazioni in questione, riprese da qualificati esponenti della attuale maggioranza di governo, che hanno addirittura evocato l'immagine di «una bilancia della giustizia pendente più dalla parte dell'accusa che da quella della difesa», non possono essere accolte in quanto contraddette dalla realtà.

Infatti, se è inevitabile che il pubblico ministero unitamente alla polizia giudiziaria dispone di maggiori poteri finalizzati all'accertamento ed alla repressione dei reati, è pur vero che vi sono stati recenti e numerosi interventi legislativi che hanno nettamente rivalutato il ruolo della difesa anche nella fase delle indagini preliminari; tra gli altri si richiamano quelli introdotti dalla legge 332/95, dalla legge 479/99 meglio nota come legge Carotti, dalla legge costituzionale 2/99 che ha modificato l'art.111 della Costituzione sul c.d. giusto processo e da ultimo quello introdotto dalla legge 397/00 sulle investigazioni difensive.

Questa diversa realtà dei fatti induce pertanto a ritenere come il tema in questione, quello cioè del presunto "strapotere" dei pubblici ministeri, sia so-

lo apparentemente collegato con il tema della parità tra accusa e difesa in quanto torna sulla scena in occasione di quelle indagini che vedono coinvolti politici e pubblici amministratori in materia di reati contro la pubblica amministrazione.

Ed in realtà, sono proprio queste le vicende che negli ultimi anni hanno reso particolarmente difficili i rapporti istituzionali tra politica e magistratura in quanto si è voluta attribuire una etichetta politica a questa o quella iniziativa giudiziaria con la conseguenza di trascinare la giurisdizione su un terreno non suo, quello della contrapposizione politica, che ne delegittima l'azione sull'unico terreno su cui, invece, la legittimazione dell'azione giudiziaria si certifica e si misura, quello dell'imparziale applicazione delle regole. In particolare, abbiamo assistito ad una strumentalizzazione del ruolo dell'accusa, spesso utilizzata per la soluzione di conflitti politici e sociali, senza attendere la successiva verifica dibattimentale e quindi senza attendere la prova dei fatti in dibattimento. Logico che poi si passasse da una difesa "nel processo" ad una difesa "dal processo".

Ciò detto, occorre esaminare quale sia l'effettivo ruolo del pubblico ministero nel sistema attuale e perché deve essere interesse dei cittadini che il pubblico ministero venga mantenuto nella cultura della giurisdizione.

Al momento, il pubblico ministero all'esito delle indagini preliminari si trova di fronte ad una alternativa: chiedere la chiusura del procedimento, cioè l'archiviazione del procedimento, o chiedere che si proceda e che quindi l'imputato venga giudicato sulle base degli elementi acquisiti nella fase investigativa.

Da quanto sopra discende che il pubblico ministero – lungi dall'essere proiettato verso la sola possibilità di accusa che, comunque, deve essere verificata in dibattimento dove si forma la prova nel contraddittorio tra le parti davanti ad un giudice terzo – già nella fase investigativa è strutturato come soggetto che non agisce per fini di parte in quanto ha come scopo la ricostruzione dei fatti e l'applicazione ad essi della regola di diritto. Sotto questo profilo l'atteggiamento mentale del pubblico ministero non è diverso da quello del giudice nel processo, ed è questa la principale ragione per cui giudici e pubblici ministeri hanno sempre fatto parte di una stessa categoria dalla Unità di Italia ed ancora dalla nascita della Repubblica.

Si può ragionevolmente sostenere che già la fase delle indagini preliminari appare strutturarsi come una prima fase del giudizio rispetto a quelle eventuali e successive rappresentate dalla udienza preliminare e dal dibattimento.

Tanto è vero che il pubblico ministero (e la polizia giudiziaria nell'ambito delle sue attribuzioni) svolge le indagini necessarie per le determinazioni ine-

renti l'esercizio dell'azione penale ma deve altresì svolgere accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini.

Pertanto l'operato del pubblico ministero in questa fase deve essere caratterizzato da imparzialità avuto riguardo alle ripercussioni che tale attività può avere sull'ulteriore svolgimento del procedimento. Sarebbe contraria ai doveri di professionalità, un'inerzia nella raccolta delle prove a favore dell'imputato con i mezzi, primo tra tutti la polizia giudiziaria, di cui dispone questo ufficio dello Stato.

Adesso queste due figure si vorrebbe tener distinte prevedendo ciò che chiamiamo separazione delle carriere, con concorsi distinti e formazione differenziata.

Quindi un'eventuale riforma in questo senso finirebbe per lasciare solo al giudice il compito di ricostruire imparzialmente i fatti determinando, al contempo, un abbassamento delle garanzie dei cittadini nella fase investigativa in quanto il pubblico ministero – ancorato sempre più nel ruolo di accusa e non di difensore di una collettività che al suo interno ha anche l'indagato – finirebbe inevitabilmente di far prevalere le proprie tesi avendo come unico obiettivo la condanna dell'imputato, come il difensore fa di tutto per cercare di farlo assolvere.

E gli atteggiamenti mentali sono determinati dalle impostazioni culturali e dalle posizioni ordinamentali tanto quanto dalle norme processuali che nel sistema attuale impongono al PM la ricerca delle prove a favore dell'indagato.

E questa impostazione culturale è dimostrata dalle innumerevoli richieste di archiviazione, ancor più dalle richieste di assoluzione formulate quotidianamente in udienza, quando ovviamente nessun difensore serio penserebbe mai di chiedere la condanna del proprio assistito.

Quindi il rischio oggettivo è quello di creare un organo di accusa che ha lo scopo di "vincere il processo", e non quello di applicare in modo imparziale la legge e di fungere da garanzia soprattutto nel momento in cui si ricercano le prove.

In definitiva potremmo avere un nuovo modello di pubblico ministero non più giudice ma superpoliziotto inevitabilmente portato ad appiattirsi sull'attività di indagine svolta dalla polizia giudiziaria.

Su queste considerazioni e sul tema della cultura della giurisdizione sarebbe auspicabile che anche l'avvocatura recuperasse una posizione più equilibrata magari rileggendo quanto sosteneva il prof. avv. Gaetano Pecorella nella relazione dal titolo *Crisi del processo penale e separazione delle funzioni*, tenuta al V congresso dell'Unione (Abano, 22-25 settembre 1994), all'esito del

quale egli venne nominato presidente e nel corso della quale ebbe a sostenere quanto segue: «Il titolo vuole chiarire qual'è il nostro convincimento: non di separazione delle carriere deve parlarsi, bensì, più correttamente di separazione delle funzioni (...). Un tale concetto è assai più articolato di quello tradizionale secondo cui dovrebbe parlarsi di separazione di carriere. Poco interessa che vi siano distinzioni burocratiche, quasi che si volesse differenziare tra impiegati dello Stato che appartengono a ruoli diversi. Con la separazione delle funzioni si vuole rimarcare che giudici e pubblici ministeri conservano eguale dignità ed appartengono ad eguale titolo all'ordine giudiziario: senonché, a chi eserciti le funzioni ell'accusa - a cui sono connesse quelle dell'indagine - non deve essere attribuita alcuna funzione propria di chi deve giudicare, e viceversa. (...) Resta però l'esigenza che giudice e pubblico ministero abbiano una cultura comune appartenendo tutti allo stesso ordine giudiziario: perciò, la divisione delle carriere dovrebbe costituire un bivio, prima del quale sarà opportuno che tutti i magistrati, per un periodo sufficientemente lungo, si formino assieme, con le stesse esperienze e con l'applicazione alle diverse funzioni. Può prefigurarsi così che tutti i magistrati siano sì distinti solo per le funzioni, ma che, proprio in relazione alle funzioni, abbiano specifiche cognizioni tecniche. Unitario sarà il concorso di ammissione e unitario sarà il tirocinio: esaurito questo si avrà la scelta di una carriera piuttosto che di un'altra, senza che, successivamente, sia consentito de plano il passaggio dall'una all'altra. Si è detto de plano, perché uno sbarramento assoluto si porrebbe in contrasto tanto con le legittime aspirazioni di chi intenda mutare il proprio ruolo, che con la più razionale utilizzazione delle risorse umane. La soluzione potrebbe essere un concorso riservato per chi voglia passare dall'una all'altra carriera, dopo una permanenza nelle funzioni per un congruo periodo di tempo e sempre che il nuovo incarico sia conferito per altra sede giudiziaria».

Svolte queste considerazioni sul ruolo del pubblico ministero nella fase investigativa, occorre esaminare il suo ruolo nella fase dibattimentale.

Sul punto, esponenti politici dell'attuale maggioranza di governo, per sostenere la necessità della separazione delle carriere, hanno riesumato il tema dell'appiattimento del giudice sulle richieste del P.M. ulteriormente evidenziando che il giudice sarà realmente terzo solo quando i pubblici ministeri gli daranno "del lei" e da lui si recheranno "con il cappello in mano".

Sinceramente colpisce la maniera in cui, nel trattare un tema così controverso e delicato, si faccia ricorso ad argomenti obsoleti e strumentali, che rischiano di minare la credibilità della intera istituzione giudiziaria mettendo addirittura in discussione non solo il principio della terzietà ma addirittura

quello più generale della imparzialità del giudice nello svolgimento delle sue funzioni.

Ma stupisce, ancora di più, che i sostenitori di tale tesi omettano, poi, di comprovare statisticamente quanto affermato per riscontrare quando e quanto i giudici si siano appiattiti sulle richieste del PM e quanto e quando, invece, le richieste della pubblica accusa non hanno trovato accoglimento.

La realtà quotidiana dei nostri tribunali è, infatti, ben diversa da questa suggestiva rappresentazione. Basterebbe, infatti, esaminare i dati statistici per poter constatare come numerose sono le richieste di condanna che non vengono accolte dai giudici, naturale conseguenza della posizione di terzietà del giudice rispetto alle richieste dell'accusa e della difesa.

Da quanto sin qui esposto ne discende che la eventuale separazione delle carriere non rafforzerebbe minimamente la terzietà del giudice.

Infatti se anche da domani dovessimo avere giudici e PM separati non è ragionevole ritenere che, solo per questo motivo, il giudice sarà più terzo di quanto lo è stato fino ad oggi, poiché comunque si troverà davanti lo stesso pubblico ministero.

È chiaro infatti che la terzietà, per quante regole e controlli si possano inventare, sta anzitutto nella testa e nella coscienza di ciascun giudice e si concretizza nello svolgimento imparziale della funzione.

3. Purtroppo in questi ultimi mesi si è tentato di indurre nel Paese la suggestione in virtù della quale qualche grado di indipendenza in meno dei magistrati è il prezzo da pagare per un migliore funzionamento della giustizia.

Su questo punto bisogna essere molto chiari: il tema della separazione delle carriere non nulla ha a che vedere con la durata dei processi.

Oggi, quando si parla di riforma della giustizia è necessario tenere nettamente separati due aspetti: l'aspetto del buon funzionamento del processo e l'aspetto della riforma dei giudici.

La magistratura associata ha chiesto alla politica di dare priorità assoluta al primo aspetto ed ha contestualmente formulato delle proposte per risolvere la gravissima crisi di efficienza e di funzionalità in cui versa il sistema giudiziario italiano, che sempre di più si sta trasformando in crisi di credibilità della giustizia.

Abbiamo bisogno di processi che permettano di accertare i fatti in tempi ragionevoli secondo quella che è la promessa contenuta nell'articolo 111 della Costituzione.

È per questo che abbiamo avanzato proposte serie, precise e concrete tanto

per il miglioramento del processo penale che del processo civile ed infine della organizzazione giudiziaria. Il processo penale deve funzionare alla stessa maniera per tutti i cittadini accusati di aver commesso un reato nel rispetto delle garanzie di difesa bandendo però gli inutili formalismi. Per snellire il processo penale, non occorre la separazione delle carriere, ma occorre informatizzare il processo, prevedere le notificazioni ai difensore tramite internet con indirizzi di posta certificati, introdurre il principio della irrilevanza penale del fatto per fronteggiare l'enorme numero di reati e rivedere la disciplina dei procedimenti contro i contumaci e gli irreperibili. Sono queste solo alcune delle priorità.

Il processo civile deve essere informatizzato e deve essere ridotto l'enorme numero di riti.

Sul versante organizzativo abbiamo bisogno che si prenda atto che dall'unità di Italia è cambiato il paese e dunque è necessario rivedere le circoscrizioni accorpendo i piccoli Tribunali in sede limitrofe che sono solo fonti di inutili costi.

Invece occorre constatare come l'azione del governo torni a concentrarsi sul tema della riforma dei giudici e vengano così annunciate le riforme della separazione delle carriere, della obbligatorietà dell'azione penale ed infine del CSM.

Sono queste le riforme che renderanno il processo più funzionale ed efficiente? Sono queste le riforme che faranno durare di meno i processi?

Si tratta di scelte che legittimamente spettano alla politica, ma che riguardano altro tema rispetto a quello funzionamento dei processi, in quanto riguardano il diverso aspetto dei rapporti tra poteri dello Stato con l'obiettivo di rivedere l'assetto costituzionale della magistratura così come delineata dal Costituente nel 1948.

Quindi è chiaro che se anche da domani avessimo pubblici ministeri e giudici separati i processi non durerebbero un solo giorno di meno.

Perché, sia chiaro, che la separazione non sveltisce i processi, non costituisce una tutela maggiore dall'errore giudiziario, non garantisce più di ora da eventuali rischi di abusi di potere.

4. In premessa abbiamo delineato i sistemi possibili con riferimento al ruolo del Pubblico Ministero, il cui assetto ordinamentale può prevedere l'indipendenza, la dipendenza dall'esecutivo oppure l'elezione da parte del popolo.

La nostra costituzione stabilisce che il PM esercita le sue funzioni in maniera autonoma e non più sotto la direzione del ministro della giustizia, così co-

me, invece, originariamente stabiliva l'art. 69 della legge n.12 del 1941 sull'ordinamento giudiziario.

In particolare l'autonomia del pubblico ministero discende dagli articoli 104 della Costituzione che stabilisce che: «*la magistratura costituisce un ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere*» e dall'articolo 107 che a sua volta stabilisce che: «*il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario*».

Ciò in quanto la parola «magistrati» del citato articolo 104 deve essere intesa come se dicesse «giudici e pubblici ministeri» con la conseguenza che le disposizioni costituzionali sui magistrati non devono essere intese come se prescrivessero alcune cose solo rispetto ai giudici, e lasciassero libero il legislatore ordinario di decidere diversamente rispetto ai pubblici ministeri, ma come disposizioni che obbligatoriamente si riferiscono agli uni e agli altri.

Il principio di separazione dei poteri impone, quindi, l'indipendenza esterna dell'ordine giudiziario e conseguentemente, alla luce delle disposizioni sopraindicate, l'indipendenza esterna anche del pubblico ministero.

In dottrina, U. Rescigno ricorre ad un classico sillogismo che spiega schematicamente quanto esposto: «*se il principio di divisione dei poteri comporta la indipendenza esterna della magistratura (prima premessa), e se il pubblico ministero fa parte della magistratura (seconda premessa), allora anche il pubblico ministero gode della indipendenza esterna (conclusione)*».

Se si accettano le due premesse, la conclusione è che una eventuale separazione delle carriere inevitabilmente comporterebbe un diverso assetto ordinamentale del PM e quindi una modifica della carta costituzionale.

Sul punto il vero timore è che la separazione delle carriere possa avere come riflesso la sottoposizione del PM, e quindi del soggetto che ha la direzione dell'attività investigativa, sotto il controllo del potere esecutivo.

Convergono in questa direzione, ed appaiono strettamente collegate al tema in questione, le annunciate modifiche del governo, da attuarsi con legge ordinaria, in tema di rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria che anziché tendere a migliorare un sistema malfunzionante sembrano costituire una compressione dell'attività di accertamento dei fatti da parte degli organi inquirenti.

Duplici è il meccanismo sul quale si vuole intervenire: da un lato limitando l'iniziativa autonoma del pubblico ministero nella fase di acquisizione della notizia reato e dall'altro dilatando il ruolo e l'attività della polizia giudiziaria nella conduzione delle indagini.

Con riferimento alla prima questione, le annunciate modifiche partono da

un assunto secondo il quale alcuni PM commetterebbero abusi perché anziché acquisire una notizia di reato andrebbero alla ricerca di generiche informazioni che forse vi sarebbe stato un qualche reato (c.d. "pesca a strascico").

Da qui la necessità di limitare il raggio di azione e di "perimetrare" l'operato dei PM solamente su quanto trasmessogli dalla polizia giudiziaria.

Questa prospettazione non può essere accolta perché sovrappone due piani distinti: quello dell'eventuale profilo disciplinare e quello del controllo di legalità.

Infatti, un pubblico ministero che rispetta le regole non va in cerca di reati, ma esercita l'azione penale quando gli è giunta (quale che sia il modo, se così prescrive la legge) una notizia di reato che significa notizia intorno a specifici comportamenti sufficientemente delimitati nel tempo e nello spazio, e non generica informazione che forse vi è stato un qualche reato.

I rimedi alle presunte anomalie di singoli episodi non debbono e non possono trovarsi limitando l'azione investigativa di tutti i pubblici ministeri, che quotidianamente operano con impegno ed abnegazione, perché in tal modo si finirebbe inevitabilmente per abbassare il controllo di legalità. Piercamillo Davigo in un recente libro sulla corruzione in Italia ha lucidamente evidenziato come senza l'iniziativa autonoma del pubblico ministero molti reati di corruzione e concussione all'epoca di tangentopoli non sarebbero stati mai scoperti.

I rimedi agli eventuali errori di singoli debbono trovarsi nella competente sede disciplinare del Consiglio superiore della magistratura ed ancor prima nel sistema dei controlli da parte degli organi istituzionalmente competenti.

E la recente riforma sull'ordinamento giudiziario, oltre a prevedere una nuova organizzazione degli uffici di Procura, introduce un formidabile strumento in tal senso: quello del controllo sulla professionalità dei magistrati.

Oggi la carriera non è più automatica perché ogni quattro anni bisogna superare dei controlli che devono tener conto di come ha lavorato un magistrato: chi ha sbagliato dovrà rispondere del suo operato.

Noi possiamo difendere l'indipendenza dei pubblici ministeri solo nella parte in cui rispondiamo con pubblici ministeri che siano in grado di affrontare la sfida della professionalità e che nello svolgimento della loro attività agiscano nel rispetto delle regole e non come giustizieri solitari.

Altrimenti è tutto inutile, altrimenti chiunque potrebbe svolgere il nostro lavoro. Servono invece magistrati che sappiano distinguere il sospetto, l'illazione, il complotto da quello che costituisce reato.

Con riferimento alla seconda questione, quella che mira a dare maggiore

autonomia alla polizia giudiziaria nella conduzione delle indagini, le annunciate modifiche partono da un assunto in virtù della quale la polizia giudiziaria altro non costituirebbe che il braccio operativo del pubblico ministero, frustrata dal suo ruolo invadente ed invasivo, incapace di iniziative autonome e totalmente controllata dai magistrati della Procura. Da qui la necessità di rivalutare il ruolo e l'attività della polizia giudiziaria limitando quella dei PM, che dovrebbero limitarsi a svolgere il compito di "avvocato della accusa" lasciando agli organi tecnici il territorio della indagine.

Anche in questo caso occorre evidenziare come questa prospettazione sia del tutto contraddetta dalla struttura del codice di procedura penale che prevede che, di regola, sia la polizia giudiziaria a cercare ed a fornire la notizia di reato e che il PM, visto come organo di garanzia dei diritti dal legislatore del codice del 1989, sia avvisato «senza ritardo», non solo perché dia indicazioni sulla attività da svolgersi ma anche per verificare il corretto operato della polizia stessa.

È infatti la polizia giudiziaria che deve «continuare a svolgere» attività finalizzate a «impedire che i reati individuati vengano portati a conseguenze ulteriori, ricercarne gli autori, compiere gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale». Tale compito incombe sugli organi di polizia anche dopo l'intervento del pubblico ministero eseguendo da un canto «gli atti ad essa specificamente delegati dalle direttive del pubblico ministero», dall'altro svolgendo di propria iniziativa tutte le altre attività di indagine necessarie per accertare i reati ovvero richieste da elementi successivamente emersi con assicurazione delle nuove fonti di prova.

Ne consegue che, nella nostra struttura processuale, l'organo di polizia già gode di una rilevante autonomia tanto che le norme che ne disciplinano l'operato sono ricomprese sotto il titolo «attività di iniziativa».

Ovviamente, in questo quadro, anomalo sarebbe il sistema che prevedesse che l'organo che deve valutare la attività della polizia, al fine di decidere se gli elementi raccolti non siano sufficienti a sostenere utilmente l'accusa e conseguentemente prospettarli alla fine delle indagini al giudice, non avesse potere di iniziativa, direzione e controllo.

Così come un avvocato per strutturare una difesa dovrà approfondire taluni fatti, a maggior ragione un organo teso alla imparziale applicazione della legge ed alla difesa della intera collettività quale il Pubblico Ministero, dovrà individuare i momenti di valorizzazione delle indagini e completare la strutturazione di una prospettazione accusatoria.

Alla luce di quanto sopra occorre chiedersi perché sia necessaria una riforma che sottragga poteri al Pubblico Ministero senza al contempo fornirne di nuovi alla polizia.

Operare in questa direzione induce a ritenere che la polizia, sottoposta, come giusto e logico, ad un potere gerarchico, sia maggiormente condizionata dall'esecutivo e, per la conseguenza, tesa ad orientare di più la propria attenzione su taluni fatti, sottovalutandone altri ugualmente delittuosi, così portando ad una lesione del principio di obbligatorietà della azione penale che tutti ci fa uguali. Quindi certamente va rafforzato il ruolo della polizia giudiziaria, ma ciò soprattutto attraverso una migliore gestione delle risorse che permetta di impegnarla non su un numero praticamente infinito di reati, causa della critica per cui nelle procure i PM "scelgono" i reati da trattare, ma su episodi che realmente turbano la pace della collettività, con una decisa riduzione dei reati obiettivo tanto proclamato quanto disatteso.

Concludo con una semplice considerazione.

Forse è vero il nostro sistema è un'anomalia. Ma è un'anomalia positiva rispetto ad altri paesi europei in quanto stabilisce l'autonomia dei pubblici ministeri dal potere politico.

Senza quest'autonomia, occorre ribadirlo, non avremmo avuto tangentopoli, non avremmo avuto tanti e rilevanti processi sulla sanità, su singoli episodi di corruzione commessi da imprenditori locali e da pubblici amministratori, non avremmo avuto processi sulle stragi in Italia.

Questo va salvaguardato, non per tutelare un privilegio di casta ma nell'interesse dei cittadini.