CAMERA DEI DEPUTATI Doc. XVI N. 6

RELAZIONE DELLA II COMMISSIONE PERMANENTE

(GIUSTIZIA)

(Relatore: **GARGANI**)

SUI

PROBLEMI DELLA GIUSTIZIA IN ITALIA

Presentata alla Presidenza il 2 aprile 1993

Approvata dalla Commissione nella seduta del 30 marzo 1993, a conclusione di una procedura di esame svolta ai sensi dell'articolo 143, comma 1, del regolamento.

I problemi della giustizia in Italia.

Nel nostro secolo gli Stati hanno progressivamente espanso i propri compiti. Dalle originarie funzioni d'ordine degli Stati liberali – difesa, ordine pubblico, giustizia, fisco – si è passati ad interventi dello Stato in moltissimi altri settori, compresa l'erogazione di servizi. Sono cresciute di conseguenza le funzioni pubbliche di regolazione delle attività umane e questa tendenza, lungi dall'esaurirsi, mostra anzi una vocazione all'ulteriore espansione.

Le società democratiche cercano tuttavia di controllare questo processo su due versanti. Il primo è quello del rapporto tra autorità e libertà e dunque tra Stato e cittadini. Il secondo è quello del rapporto tra i poteri pubblici, alla ricerca di un equilibrio nel quale nessun potere assuma un predominio sugli altri. Friedman ha mostrato come lo strumento più adatto per assicurare l'equilibrio tra i poteri sia la predisposizione di un sistema di *checks and balances,* ossia di un sistema di controlli e contrappesi in virtù del quale ciascun potere pubblico limita gli altri ed è dagli altri limitato.

L'originaria concezione della separazione dei poteri elaborata da Montesquieu non è più oggi – ammesso che lo sia stata un tempo – pienamente operativa. Essa è integrata, nei sistemi costituzionali moderni più avanzati, dalla concezione di una parallela connessione fra i poteri, in funzione di coordinamento e controllo reciproco. Ciò è avvenuto in Francia, in Inghilterra, negli Stati Uniti e anche nel nostro Paese.

In questo contesto il riconoscimento di un ruolo adeguato all'ordine giudiziario è strumento essenziale per realizzare l'equilibrio tra i poteri.

È chiaro però che la crescita del « potere » giudiziario comporta anche una accentuazione del momento creativo della funzione giudiziaria nella nostra epoca. Sarebbe infatti illusorio continuare a immaginare la funzione del giudice come funzione di natura « meramente dichiarativa » o « puramente logica » di interpretazione. Anche nel Paese di Montesquieu la accentuata creatività della funzione giudiziaria è ampiamente riconosciuta. Questo è vero nel campo del diritto amministrativo, la cui formazione è largamente giurisprudenziale, ma vale anche per altri settori del diritto. Lo stesso può dirsi per Germania e Italia, a partire da campi rilevantissimi come la giustizia costituzionale e amministrativa.

A queste considerazioni se ne deve tuttavia affiancare anche un'altra, e cioè che un sistema democratico è tanto più efficiente quanto più l'equilibrio dei poteri è assicurato non solo dal sistema di *checks and balances* prima ricordato, ma anche dall'esercizio responsabile delle proprie funzioni e prerogative da parte di ciascun potere. In altri termini, ciascun potere deve ispirare la propria azione anche ad una logica di *self restraint,* ovvero ad un modo di essere istituzionale conforme al criterio, non scritto ma implicito nel sistema, di trasparenza e riserbo.

Questo criterio ha presieduto l'evoluzione democratica del nostro Paese in tutto il secondo dopoguerra ed è condizione perché la crescita dello Stato democratico prosegua. Occorre evitare ogni confusione di ruoli e consolidare quell'atteggiamento di reciproca collaborazione democratica e tolleranza che tutti hanno

mostrato nei momenti più difficili nella vita del Paese. Occorre, ancora, che le questioni delicate e complesse che caratterizzano la fase attuale della vita istituzionale e politica italiana vengano affrontate nelle sedi proprie, giacché solo così esse potranno vedere valorizzata la loro importanza e valenza istituzionale. Il ruolo delle istituzioni si costruisce con questo metodo e con questa misura!

Un'analisi di questo tipo era sviluppata alcuni anni fa dal costituzionalista Cappelletti e può rappresentare la premessa per una riflessione sul ruolo della giustizia nel sistema istituzionale del nostro Paese.

In effetti, in presenza di una crisi senza precedenti degli equilibri istituzionali e per conservare, al contempo, i valori della indipendenza dei poteri e dell'unità istituzionale e dell'ordinamento voluta dalla Costituzione, è necessario porsi alcuni interrogativi di fondo che riguardano il nuovo rapporto tra i poteri dello Stato.

Da lungo tempo e, certo, dagli anni Settanta, è dato registrare in Italia una « crisi della legge », che è a sua volta espressione di una crisi nel rapporto tra istituzioni e società. Queste crisi hanno a loro volta spinto ad una evoluzione dei ruoli degli organi istituzionali connotata dalla contrapposizione di ciascuno con gli altri e, in qualche modo, anche con la società.

È dunque mancata, in questi ultimi anni, quella unità istituzionale voluta dai Costituenti come contrappeso al principio della divisione tra i poteri. Ogni istituzione si è collocata in contrasto con le altre, in una incomunicabilità che ha accentuato chiusure e tendenze corporative. Ognuno, e anche il giudice, nella progressiva crisi del sistema, è sembrato preoccupato di fare della propria sfera istituzionale e delle proprie prerogative un potere, piuttosto che di garantire le regole del gioco e di elaborare contenuti capaci di modificare valori e costumi. Le tensioni della società hanno dunque scosso l'impianto costituzionale e la sua credibilità, accentuando la « crisi della legge ».

Anche da queste considerazioni deve prendere le mosse la riflessione sulla grande questione morale che emerge nel Paese, allo scopo di correggere deviazioni per le quali tutti sono in qualche modo responsabili.

Anche la magistratura ha risentito delle tensioni sociali e istituzionali che hanno caratterizzato la recente vita del Paese. Essa ha, in una certa fase, attraversato una crisi di identità e di rapporto con la società. Oggi la magistratura sembra aver superato questa condizione di sfiducia ed essersi posta di fronte agli altri poteri per giudicare l'amministrazione pubblica nel suo insieme, l'esercizio che l'amministrazione fa della discrezionalità amministrativa e, ancora, il sistema dei rapporti tra decisioni politiche e implementazione amministrativa.

Fra i cittadini e nel Paese esiste, fortissima, l'esigenza di garanzie e di certezze sulla correttezza dell'azione dei pubblici poteri e sulla sua conformità a regole capaci di evitare soprusi. L'amministrazione non è riuscita a darsi queste regole ed esse vengono ora imposte dalla magistratura, che utilizza il potere giurisdizionale per raggiungere finalità più generali di quelle specifiche individuate dall'ordinamento.

In effetti, da un po' di tempo la magistratura non è più un « ordine » – come la qualifica l'articolo 104 della Costituzione – ma un vero e proprio « potere ». Ciò corrisponde ad una evoluzione prepotente del ruolo della magistratura non solo in Italia, ma anche in altri Paesi. Il concetto di « ordine » utilizzato dalla Costituzione è in effetti anacronistico nella misura in cui indica un « settore » limitato e conchiuso in sé. Il contrasto tra la concezione della magistratura come « ordine » e la nuova realtà della magistratura come « potere » che presiede a funzioni ben più importanti, che vanno individuate e disciplinate, è la storia del potere giudiziario in questi anni e dei suoi rapporti con gli altri poteri.

La Carta costituzionale del 1948, pur cercando di contemperare il principio di divisione dei poteri con quello dell'equilibrio tra i medesimi attraverso un adeguato sistema di controlli e contrappesi,

denuncia forse una prevalenza del principio di separazione nel caso della magistratura. Altrimenti detto, la Costituzione, in linea generale, ha cercato di assicurare l'equilibrio del sistema istituzionale compensando la separazione fra i poteri con un complesso di controlli e collegamenti reciproci, ma ha accentuato l'elemento della separazione nel caso della magistratura, configurandola come potere indipendente nell'esercizio delle proprie attribuzioni e autonomo nelle sue prerogative di indirizzo.

Il principio della separazione dei poteri ha di fatto caratterizzato in modo particolare il potere giudiziario: le norme costituzionali sulla indipendenza della funzione del rendere giustizia hanno assunto una forte valenza anche sul piano organizzativo e hanno allontanato la magistratura dagli altri poteri dello Stato.

L'autogoverno della magistratura ha accentuato il pericolo di corporativizzazione dell'istituto, giacché si è affermato solennemente, in tutte le sedi, che la « autonomia » dovesse servire a garantire l'indipendenza del giudice, laddove è chiaro che l'indipendenza è garantita, nella sua funzione, soltanto dalla norma costituzionale.

L'espansione del ruolo del potere giudiziario ha dunque una caratteristica: la tendenza del giudice ad assumere una posizione di netta autonomia anche – si potrebbe dire – in contrapposizione con gli organi dei poteri esecutivo e legislativo.

Oggi, tuttavia, emrege la consapevolezza che sia necessario tornare, nello svolgimento delle funzioni istituzionali, a privilegiare le regole del gioco sui contenuti: senza tali regole una democrazia non ha largo respiro e la stessa giustizia diviene asfittica ed è, alla fine, penalizzata. In molti campi questa necessità di tornare alle regole del gioco è già condivisa e ciò testimonia che il sistema ha la capacità di autorigenerarsi, recuperando i nuovi valori e i nuovi contenuti culturali che si sono, per intanto, prodotti.

Il rapporto tra giudice e società nella quale esso opera è fondamentale e importante. Individuare il ruolo della magistratura nel quadro di questo rapporto è di assoluta rilevanza per poter affrontare una riflessione sul complesso mondo della giustizia.

La società è un universo in costante movimento. Essa tanto più è forte quanto più si evolve costantemente, giacché per questa via si realizza un processo complessivo di crescita civile. Cambiano costantemente le espressioni politiche della società, il costume, gli atteggiamenti, la cultura e, più in generale il rapporto tra società e istituzioni, tra interessi pubblici e interessi privati, tra esigenza di giustizia attraverso l'applicazione delle norme e concreta possibilità di realizzazione di questa giustizia nell'ambito dei rapporti civili.

I giudici, per la loro stessa funzione, si sono sempre trovati in una posizione di tensione rispetto alla evoluzione della società: nell'applicare le norme e nell'interpretare il diritto essi hanno dovuto costantemente confrontarsi con i mutamenti sociali retrostanti alle norme. La funzione di giustizia non ha potuto restare immobile, su di un piano di stretta tecnicità, ma ha dovuto costantemente adeguarsi al mutamento della società. I giudici hanno dovuto farsi carico di una sorta di divario costante tra norma scritta, evoluzione della società e modificazioni dei suoi istituti giuridici.

Di qui anche la spinta ad interpretazioni via via diverse del ruolo della magistratura. In una società statica, legata a valori comunemente accettati dai detentori del potere, l'ordine è la conservazione di un assetto ben definito e la legge è lo strumento per questa conservazione. La società liberal-borghese esprime uno Stato che ha lo scopo, ben limitato e circoscritto, di produrre un diritto che garantisca i rapporti esistenti, li preservi da ogni mutamento, lasci alla dialettica meta-giuridica il realizzarsi delle condizioni ottimali per la crescita della società, assicuri soltanto che questa crescita si svolga lungo binari che la legge pone come limiti invalicabili. La direzione dello sviluppo è però spontanea e la legge proclama, rispetto ad essa, la propria neutralità ed estraneità.

Oggi, tuttavia, la società e lo Stato hanno altre caratteristiche.

Data ormai alcuni decenni l'analisi di Massimo Severo Giannini sul passaggio dallo Stato monoclasse allo Stato pluriclasse e sulle modificazioni che ciò ha comportato anche nell'ordine giuridico e nel sistema dei pubblici poteri. Sotto la spinta della radicale trasformazione del quadro sociale, di una più diffusa sensibilità per il valore della persona umana e della necessità di far fronte ad uno sviluppo scientifico e tecnologico vorticoso, lo Stato ha assunto una dimensione diversa: l'originario potere accentrato si è frantumato in senso sia verticale che orizzontale. Fra Stato di diritto e Stato sociale non c'è più una semplice differenza di ruoli e compiti ma, ancora prima, un profonda diversità di modo d'essere.

La funzione del giudice diventa evidentemente più complessa e delicata in una società ed in uno Stato come quelli dell'epoca attuale, tanto più in un periodo di crisi come quello che il nostro Paese sta attraversando. Sussistono situazioni estremamente contraddittorie e di difficile gestione.

Da un lato è infatti davanti agli occhi di tutti la impossibilità di produrre un complesso organico di norme che, come un codice nuovo e unitario, presieda a tutti i rapporti sociali. Viviamo quella che Natalino Irti ha chiamato « l'età della decodificazione ». Manca la possibilità di una elaborazione delle norme in un sistema unico giacché ciò è possibile solo in momenti – e non è tale quello attuale – di relativa stabilità sociale, nei quali i valori e costumi determinanti sono consolidati nella società. Mancano, in sostanza, le condizioni di equilibrio e stabilità essenziali per porre mano ad una generale riforma degli istituti fondamentali dell'ordinamento e delle norme sui rapporti tra i cittadini, giacché non solo l'assetto sociale ed economico del Paese è in piena evoluzione, ma la stessa coscienza sociale è profondamente divisa e travagliata.

Dall'altro lato, il giudice si trova a dover tenere costantemente conto di questo quadro sociale complesso, articolato e sovente contraddittorio. Il suo ruolo è dunque molto più difficile che in passato e a volte drammatico nel suo svolgimento, giacché il giudice è chiamato a mantenere in vita, in un contesto sociale in costante movimento, il valore cui tutti i giuristi costantemente si richiamano: la certezza del diritto.

La crescente partecipazione del potere giudiziario a quella che gli studiosi di scienze politiche chiamano « la distribuzione autoritativa dei valori » è una necessaria e non eliminabile conseguenza della « esplosione del diritto », che accompagna « l'esplosione dello Stato contemporaneo ». Nessuno può negare che gli ambiti di discrezionalità interpretativi che il giudice è chiamato a gestire dipendono anche dalla asistematica e spesso generica formulazione delle norme da applicare. Tuttavia, come l'esperienza di altri Paesi dimostra, anche se il legislatore riuscisse a produrre norme tecnicamente più puntuali e organicamente collocate nel sistema giuridico, ciò non comporterebbe ugualmente una inversione di tendenza nel peso e nella visibilità politica del ruolo della magistratura, né a ricondurre l'immagine del giudice a quella mitica di mero interprete di un assetto normatico inequivoco.

Di qui la necessità di riflettere sul ruolo inevitabilmente nuovo e diverso, rispetto al passato, che deve oggi essere riconosciuto al potere giudiziario. Occorre cercare di comprendere in quale modo il nuovo ruolo istituzionale della magistratura, per restare un ruolo giudiziario, possa e debba differenziarsi, nelle sue modalità di esplicazione, da altri ruoli di natura politica.

Questa riflessione non può essere trascurata, anche se non deve nemmeno assumere toni di asprezza che pure l'hanno, di recente, caratterizzata. Infatti, quando tra i poteri dello Stato si manifesta un contrasto è il sistema istituzionale nel suo insieme che perde credibilità, così come perde credibilità la « questione morale », che consiste nel trionfo della libertà, dell'onestà e della convivenza civile.

Per anni tutti hanno un po' teorizzato una sorta di ruolo di supplenza del potere

giudiziario, che è parso talvolta prevalere sugli altri poteri. Questa diagnosi è tuttavia parziale. Quella che è apparsa come supplenza è stata, almeno in diversi casi, l'espressione del nuovo ruolo che il potere giudiziario, come gli altri poteri, esercita nella società pluriclasse e pluralista, nella quale tutte le istituzioni concorrono in misura uguale a determinare un equilibrio valido per la convivenza sociale. Non si tratta dunque di riportare il ruolo della magistratura verso modelli anacronistici, ma soltanto di stabilire le regole per il nuovo ruolo. Bisogna cioè prendere atto che il potere giudiziario ha, nella società contemporanea, un ruolo diverso da quello che aveva nello Stato liberal-borghese, e far evolvere questo nuovo ruolo nel quadro costituzionale, in modo non separato da quello degli altri poteri, bensì con essi coordinato.

Cappelletti sostiene che la tensione tra potere giudiziario e princìpi democratici è insopprimibile, ma può essere controllata tramite opportuni accorgimenti istituzionali.

Innanzi tutto, occorre che anche il potere giudiziario si svolga in un quadro di responsabilità. Esistono forme di responsabilità dei giudici che non sono in contrasto con l'indipendenza costituzionale della magistratura.

In secondo luogo, il potere giudiziario opera – e non potrebbe essere altrimenti – nei limiti di procedure normativamente stabilite.

La legittimità di una magistratura indipendente si basa, quindi, non sulla sua rappresentatività democratica, ma, oltre che sulla presenza di forme di responsabilità, soprattutto sul fatto di doversi conformare ai caratteri tipici del procedimento giurisdizionale: primi fra tutti la parità delle parti e la terzietà e imparzialità del giudice.

* * *

Quando, nel 1987, il legislatore approvò le legge di delega sul nuovo processo penale, effettuò una precisa scelta di campo in favore dell'opzione accusatoria. Il processo penale italiano usciva dall'esperienza del codice Rocco, caratterizzato dalla commistione fra i ruoli del pubblico ministero e del giudice. Il nuovo codice avrebbe dovuto, invece, superare questa commistione, pervenendo ad una netta distinzione di ruolo fra i due organi.

A distanza di oltre un triennio dall'entrata in vigore del nuovo codice nel 1988, è però fondata la sensazione che il distinguo tra magistratura inquirente-requirente e magistratura giudicante sia tutt'altro che perfettamente riuscito, per una molteplicità di ragioni.

È certo, comunque, che in tanto può garantirsi successo alla riforma, in quanto entrino a regime meccanismi che realmente consentano al pubblico ministero di svolgere indagini in funzione delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale e al giudice di esercitare le proprie attribuzioni nel più pieno e profondo rispetto delle garanzie di indipendenza e imparzialità. E, laddove si fa riferimento a tale ultino canone, occorre ricordare che l'imparzialità, oltre che organica, deve essere funzionale, avuto riguardo alla reale « terzietà » del giudice e, dunque, alla sua effettiva equidistanza dalle parti.

Anche su questo punto, la prima esperienza applicativa si è data carico di mostrare carenze non indifferenti di meccanismi e strutture.

In una memoria della Camera degli avvocati penali di Napoli si legge, per esempio, che: « Il difensore dell'imputato, lungi dal costituire « parte » nella dialettica col PM innanzi al giudice « terzo », avverte sempre di più la identificazione con il PM del giudice, che ogni questione del difensore respinge, ogni nullità dell'accusa sana od altrimenti « recupera », ogni diritto dell'imputato comprime, soverchia, aggira e cancella nel concreto ».

Alcuni inconvenienti sono legati alla configurazione di taluni meccanismi processuali. Per esempio, il giudice per le indagini preliminari assume molte delle proprie determinazioni sulla base della richiesta del pubblico ministero e degli atti da questo selezionati nel più ampio coacervo delle risultanze dell'attività di

indagine: così accade per la decisione sulla proroga del termine per la conclusione delle indagini preliminari, per l'emissione delle misure cautelari, per l'autorizzazione all'espletamento di taluni mezzi di ricerca della prova (ad esempio intercettazione di conversazioni e comunicazioni). Proprio in ordine a tali interventi sono stati avanzati dubbi intorno alla reale « distanza » del giudice dal PM.

Altre volte i problemi nascono da interpretazioni giurisprudenziali non sempre coerenti con il principio di separazione tra funzioni giudicante e requirente, nonché con il carattere di terzietà del giudice.

Emblematica è, ad esempio, la « trasformazione » dell'interrogatorio di garanzia previsto dall'articolo 294 cpp. Esso dovrebbe essere condotto dal giudice per le indagini preliminari (il GIP) allo scopo di tutelare e garantire il diritto di difesa della persona sottoposta alla custodia in carcere ovvero agli arresti domiciliari: accade, invece, che tale atto si trasforma spesso da interrogatorio di garanzia in vero e proprio strumento di indagine, innaturalmente acquisito dal giudice delle indagini preliminari.

Ancora più emblematica è l'utilizzazione della custodia cautelare come sostaziale anticipazione della pena (solo in astratto) irrogabile: il GIP che sa o, più semplicemente, intuisce che sarà presentata richiesta di patteggiamento, in ordine ad episodi di un certo allarme sociale (es. spaccio di stupefacenti, violenze sessuali) ricorre alla custodia in carcere del soggetto, attraverso un consapevole allargamento delle esigenze cautelari, nella convinzione che « solo quei giorni di restrizione della libertà potranno essere eseguiti », stante l'astratta sussistenza degli estremi per ottenere la sospensione condizionale della pena. In tal modo, attraverso un uso improprio dei meccanismi di custodia cautelare, il GIP « supplisce » ad una presunta inadeguatezza dell'ordinamento, manifestando in forma obliqua e opaca il proprio « dissenso » rispetto alle tramature di fondo del nuovo rito.

Non è, comunque, difficile rinvenire una sorta di denominatore comune che segna, in negativo, l'impossibilità di pervenire ad una effettiva distinzione dei ruoli. L'ostacolo è costituito, a monte, dalla comunione delle carriere requirente e giudicante dei magistrati: una unità che poteva essere accettata – sia pure di stretta misura – in costanza del codice Rocco e che appare, oggi, non in linea con l'impianto del nuovo codice.

Ogni qualvolta si affronta l'argomento, le repliche si sostanziano nel richiamo ad un'unica « cultura della giurisdizione », che accumunerebbe tutta la magistratura togata, nonché nel paventato rischio che un diverso assetto ordinamentale possa costituire il grimaldello per un futuribile assoggettamento del PM all'esecutivo.

Queste obiezioni non sono, però, fondate. È doveroso, piuttosto, ricordare che il tema della separazione delle carriere tra magistratura requirente e magistratura giudicante è stato oggetto dei lavori della Commissione parlamentare per le riforme istituzionali la quale ha approvato, il 3 dicembre 1992, un documento nel quale sono stati dettati gli indirizzi per il prosieguo dei lavori e nel quale testualmente si legge che « Si debbano mantenere intatte la garanzia di autonomia e di indipendenza del Pubblico Ministero, nonché l'obbligatorietà dell'azione penale » e che « in tale quadro dovrà essere approfondito il tema di una modifica dell'ufficio del Pubblico Ministero, differenziando tale organo dalla Magistratura giudicante ».

Si tratta, adesso, di compiere una scelta che recuperi chiarezza al sistema e restituisca agli organi inquirenti e ai giudicanti la specificità dei rispettivi ruoli.

Altri importanti temi di riflessione sono il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale e, con esso, le più generali caratteristiche di struttura e funzionamento degli organi cui è demandato, in via esclusiva, l'esercizio dell'azione penale. Ciò al fine di individuare alcune delle implicazioni che dall'adozione di quel principio discendono per quel che concerne il modo di essere ed operare delle nostre strutture « requirenti-inquirenti ».

Sul piano del concreto esercizio delle funzioni di indagine del pubblico mini-

stero, si è registrato, nell'esperienza più recente, una sorta di *revirement* di una figura già emersa e duramente stigmatizzata in costanza del codice Rocco: quella del PM « ricercatore » delle notizie di reato e, pertanto, esercente di un potere di inchiesta non sulla *notitia criminis*, ma svincolato da essa ed esercitato a tutto campo, senza limiti di sorta.

Il principio di obbligatorietà dell'azione penale costituisce uno degli indiscussi cardini del nostro sistema, volto a garantire l'eguaglianza di trattamento sicché – in via teorica – ad ogni fatto costituente reato dovrebbe sempre seguire, in tempi ragionevoli, una risposta repressiva dello Stato. Quanto ciò si realizzi nella concretezza dell'esperienza giudiziaria è aspetto diverso.

Si puo citare, in proposito, un brano da una relazione ad un convegno svolta da Giovanni Falcone: « ...trattasi del dovere di esercitare l'azione penale secondo il principio di legalità; dovere che nasce solo dopo che il PM si è convinto che nel caso in questione è possibile provare la colpa dell'accusato, mentre il principio di opportunità regna là dove il PM, dopo essersi persuaso della possibilità di provare la colpevolezza, può ancora rifiutarsi di agire sulla base di ciò che in giudizio convivente chiamano considerazione di opportunità. Se dunque il principio di obbligatorietà, costituzionalmente garantito dal nostro paese come necessario corollario dei princìpi di eguaglianza e di legalità, mira a far sì che l'operato del PM non si trasformi in arbitrio, con violazione dei suddetti princìpi di eguaglianza e di legalità, mi sembra evidente che occorre guardare non, come purtroppo spesso avviene nel nostro Paese, al rispetto formalistico del principio dell'obbligatorietà, ma al corretto ed effettivo esercizio dell'azione penale. E proprio guardando a un concreto svolgersi dell'attività del PM non può non riconoscersi realisticamente che i confini fra obbligatorietà e discrezionalità sono assolutamente labili e che appunto la discrezionalità, in una certa misura, è un dato fisiologico ineliminabile nell'attività del PM » ... « Se dunque si vuole tentare di affrontare i problemi con razionalità, mi sembrerebbe auspicabile innanzitutto che ci si renda finalmente conto che qualsiasi visione meccanicistica e formale dell'obbligatorietà dell'azione penale è irreale ». Queste considerazioni erano svolte da Giovanni Falcone.

Non è tuttavia di ciò che si intende trattare. Importa, qui, soffermarsi sull'indiscutibile asserto per il quale, quando nel corso delle indagini su una *notitia criminis* emergono elementi che conducono ad individuare ulteriori possibili ipotesi di reato, l'obbligatorietà dell'azione impone – ed è pacifico – che tali ulteriori itinerari di indagine vengano seguiti concretamente attraverso l'iscrizione della nuova *notitia criminis* nell'apposito registro, procedendo nello svolgimento delle indagini allo scopo – nitidamente posto dall'articolo 326 cpp. – di acquisire elementi per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale.

Rispetto a questo modello ideale la pratica registra, invece, distorsioni nette, con una vera e propria deviazione rispetto alle finalità tipiche delle indagini: la « ricostruzione del fatto », che è compito del pubblico ministero e cui è preordinata la cosiddetta inchiesta di parte, voluta dal nuovo codice di rito, è cosa diversa dalla ricerca delle ulteriori notizie di reato; l'una attività non può sovrapporsi all'altra, a meno di non svilire le stesse attribuzioni ordinamentali del pubblico ministero.

Non v'è dubbio, infatti, che il legislatore, nell'articolo 330 cpp, intendeva ribadire il principio di obbligatorietà dell'azione penale, e non conferire al pubblico ministero ruoli che – anche per specifica formazione professionale – non gli competono.

La delicatezza del punto e la rilevanza della materia pongono l'interrogativo se non sia opportuno procedere ad un intervento modificativo sulla norma, onde ricondurre il sistema ad organicità.

In tale prospettiva, si potrebbe pensare ad un intervento mirante ad esplicitare, come sostenuto da autorevole dottrina, che il cosiddetto principio di pertinenza,

posto dall'articolo 187 cpp in materia di prove, sia estensibile anche alla fase del « procedimento » e, dunque, anche alle indagini del pubblico ministero. L'attività investigativa non può essere slegata dall'ipotesi da cui essa stessa muove, ma deve, al contrario, essere funzionalizzata alla « ricostruzione » di quell'ipotesi. Risulta, dunque, *contra tenorem rationis* una attività che non si ponga in rapporto con l'ipotesi da cui ha preso le mosse, a meno di non reintrodurre pericolose forme di « onnipotenza » giudiziaria che non pochi guasti – si pensi alla figura del giudice istruttore e agli ibridismi che la contraddistinguevano – ha causato in un passato ancora recente.

L'importanza del tema testè affrontato emerge anche ove lo si connetta ai problemi posti dall'istituto dell'informazione di garanzia, che risulterebbe ancor più nettamente svuotato di contenuto – ed, anzi, inoperante – ove il pubblico ministero potesse svolgere le sue inchieste « a tutto campo », senza passare attraverso lo sviluppo delle procedure ordinarie di iscrizione della *notitia criminis* nell'apposito registro.

La tematica dell'informazione di garanzia merita di essere ripercorsa nei suoi tratti fondamentali.

Non è difficile intuire come, allo scopo di porre rimedio alle degenerazioni dell'istituto – considerato l'impatto che tale atto assune per effetto della sua pubblicizzazione tramite i *mass-media* – si sia modificato il tempo d'invio dell'informazione, spostandolo dallo inizio dell'attività investigativa al compimento del primo atto al quale il difensore ha diritto di assistere.

Va precisato che gli atti cosiddetti garantiti costituiscono, nel corso delle indagini preliminari, non la regola ma l'eccezione. Si pensi, in particolare, agli accertamenti tecnici (purché non irripetibili) e all'assunzione delle dichiarazioni dei soggetti che sono in grado di riferire elementi utili ai fini delle indagini (cioè ai futuri potenziali testimoni): si tratta di atti non garantiti per l'espletamento dei quali, dunque, il difensore della persona sottoposta alle indagini non deve essere preventivamente avvisato.

La « ragionevolezza » dei tempi di svolgimento del processo, oltre ad essere imposta da elementari esigenze di civiltà giuridica, costituisce, per l'Italia, un preciso – e mai compiutamente attuato – impegno scaturente da norme internazionali pattizie (si veda, per esempio, l'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo).

Trascurando il periodo precedente all'entrata in vigore del nuovo codice di rito, risulta chiaro che l'esperienza del triennio di vigore del nuovo codice varato nel 1988 non ha segnato quel salto di qualità che da più parti ci si aspettava. I tempi per le decisioni processuali restano eccessivamente lunghi.

L'insufficienza del meccanismo deriva, però, non solo dai rallentamenti dovuti a fatti anche fisiologici (come le proroghe), pur possibili in presenza dei presupposti di legge, ma soprattutto dalle distorsioni interpretative verificatesi nella prassi. Le inchieste « a tutto campo » del pubblico ministero, gli usi impropri dei meccanismi cautelari, le distorsioni dell'informazione di garanzia segnano le tappe di una sostanziale vanificazione del diritto al processo « ragionevole ».

Un non indifferente impulso al riequilibrio dei tempi e delle risorse gidiziarie disponibili potrebbe venire da una rivalutazione del ruolo dell'udienza preliminare; ruolo che avrebbe dovuto essere – ma non è, alla luce della vigente normativa – quello di « filtro delle imputazioni azzardate ».

È noto che l'udienza preiminare avrebbe dovuto assolvere, nella *mens* del legislatore delegante, al compito di « abbattere » i processi destinati ad essere trattati nella sede dibattimentale: le « imputazioni azzardate » non avrebbero dovuto accedere al dibattimento, onde evitare il dispendio di un giudizio dagli esiti scontati in partenza, attesa la inconsistenza o la gracilità dell'ipotesi accusatoria.

L'udienza preliminare ha, però, fallito in tale compito, e ciò già per difetti intrinseci della direttiva n. 50 della legge di delega. Infatti, oggi il non luogo a procedere può essere dichiarato allorché il

reato sia estinto, l'azione penale non potesse essere esercitata o proseguita, il fatto non sia previsto dalla legge come reato, ovvero « quando risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o che si tratta di persona non imputabile o non punibile per qualsiasi altra causa ».

Questa formula legislativa si è rivelata inadeguata, soprattutto là dove richiede, come condizione per il proscioglimento nell'udienza preliminare, quello della « evidenza » dei presupposti. La Commissione Giustizia si è già fatta carico dell'opportunità di correggere questo difetto normativo approvando, pochi giorni orsono, un apposito progetto di legge, ora all'esame del Senato.

E veniamo al tema delle misure cautelari. Gli esempi più recenti hanno mostrato come si stia affermando, nella prassi giudiziaria, un uso non esclusivamente processuale, come era nell'intenzione del legislatore, delle misure cautelari.

La preoccupazione che muoveva in passato gli interpreti investiva, infatti, gli usi « extra-processuali » e, più precisamente, « l'uso sostanziale » della costodia in carcere: si tendeva, sino ad epoche assai vicine a noi, a sottolineare come le misure cautelari e, in particolare, la custodia in carcere, non potessero essere utilizzate in funzione di « anticipazione di pena », in quanto si sarebbe in tal modo perpetrata una sostanziale vanificazione della presunzione di non colpevolezza dell'imputato, sancita dall'articolo 27, 2° comma, della Costituzione.

Le recenti inchieste giudiziarie che hanno coinvolto il mondo politico ed imprenditoriale italiano hanno mostrato, invece, usi « processuali » della custodia cautelare in chiave coercitiva di atti in sè incoercibili. Ne è scaturito un meccanismo non facilmente arginabile, in quanto considerato ineccepibile tanto sotto il profilo costituzionale quanto sotto l'aspetto della formale osservanza delle norme di legge.

Emblematica è in proposito, l'ordinanza del Tribunale di Milano, sez. V penale, del 22 maggio 1992, emessa in sede di riesame proposto avverso l'ordinanza di custodia incarcere del GIP di Milano, quest'ultima emanata in data 4 maggio 1992. Recita l'ordinanza del tribunale:

« (...) Ritiene il Collegio concretamente sussistente il pericolo d'inquinamento probatorio. L'inserimento del (...) in un sistema che ad alto livello politico ed economico ha avuto la capacità di organizzare la costante alterazione delle regole del mercato nella assegnazione degli appalti pubblici gli conferisce una posizione di forza tale da incidere sulla genuinità della prova testimoniale e documentale. Si osservi inoltre che, sia ai fini della corretta interpretazione dei gravi indizi di colpevolezza, sia ai fini della corretta qualificazione giuridica del fatto, è di importanza fondamentale ricostruire il contesto criminale in cui lo specifico fatto s'inserisce. Una ricostruzione ancora non completa, la cui correttezza potrebbe essere ancora pregiudicata da chi, come il (...), ha la forza e l'interesse per farlo. S'impone, pertanto, l'emanazione di una misura cautelare detentiva, quantomeno fino alla chiusura delle indagini preliminari ».

Si deve constatare, peraltro, che ha trovato larga applicazione un'interpretazione per la quale il *periculum libertatis* che giustifica l'adozione della custodia cautelare sorge e si mantiene finché il soggetto si trova organicamente inserito nel contesto politico ed economico-criminale, e che tale inserimento viene meno al momento in cui il soggetto medesimo inizia la sua attività di collaborazione con gli inquirenti, rendendo ampie dichiarazioni confessorie e cooperando, attraverso la rivelazione del proprio personale patrimonio conoscitivo, ai fini del successivo sviluppo delle indagini.

La confessione interrompe, dunque, l'inserimento del soggetto nel contesto politico ed economico-criminale e provoca, pertanto, il venir meno del pericolo di inquinamento delle prove: finché il soggetto non confessa, al contrario, sussiste il *periculum libertatis*, che impone – pur nel rispetto dei termini di legge – il protrarsi della misura custodiale.

Tale prassi suscita forti preoccupazioni nella misura in cui si afferma un uso dei meccanismi di cautela personale volti ad indurre la persona sottoposta alle indagini ad ammettere gli addebiti e a rivelare quant'altro sa in ordine ai fatti per i quali si procede. E tuttavia, l'interrogatorio dell'« indagato » – nel cui contesto si individuano le dichiarazioni confessorie – costituisce pur sempre strumento di difesa, come è riaffermato a chiare lettere dalla direttiva n. 51) della legge di delega e dall'articolo 64, comma 2, del codice di procedura penale, per tacere dei documenti internazionali sui diritti dell'uomo.

Il compito che taluni magistrati si attribuiscono solleva problemi delicati con riferimento al rapporto tra potere giudiziario, potere esecutivo e potere legislativo. Tale valutazione, sulla quale non influiscono considerazioni di carattere contingente, si propone, anche alla luce delle considerazioni svolte, di sottolineare con preoccupazione lo stato di squilibrio esistente tra i vari poteri, che non corrisponde certo al disegno costituzionale.

Sul piano delle iniziative legislative, va valutata piuttosto l'opportunità di porre mano ad una iniziativa legislativa che, per il futuro, introduca il vero rimedio alla corruzione, cioè la creazione di un conflitto di interessi tra corruttore e corrotto. E, parallelamente, va valutata l'opportunità di ripensare le norme sul finanziamento pubblico ai partiti, evitando però di concedere ai corruttori, corrotti e concussori un condono generalizzato, ingiustificabile ed operativamente impossibile.

* * *

Sulla base di queste considerazioni è possibile indicare alcune linee di intervento per favorire la più equilibrata collocazione del potere giudiziario nel sistema istituzionale e per migliorare il funzionamento del nuovo processo penale:

pervenire, ferma restando la garanzia di autonomia e di indipendenza del pubblico ministero e l'obbligatorietà dell'azione penale, ad una differenziazione tra pubblico ministero e magistratura giudicante, secondo le linee indicate dalla Commissione bicamerale per le riforme istituzionali;

assicurare l'effettiva e uniforme applicazione del principio della obbligatorietà dell'azione penale ad opera di tutti i giudici, affinché tale principio costituisca concretamente sia una garanzia di imparzialità della funzione penale sia, nella sua connessione con la *notitia criminis*, un criterio per il corretto esercizio dell'azione penale medesima, alla stregua del criterio – previsto per l'oggetto della prova dall'articolo 187 cpp – della « pertinenza »;

assicurare la effettiva parità tra le parti nel processo penale e la piena terzietà del giudice. In quest'ambito assicurare in particolare l'equidistanza del giudice per le indagini preliminari rispetto al pubblico ministero e alle altri parti;

recuperare lo spirito originario degli strumenti di custodia cautelare, correggendo i meccanismi che ne hanno promosso un uso improprio in funzione o di anticipazione della pena o di coazione ai fini della ricerca delle prove. A tal fine subordinare l'adozione delle misure cautelari al fatto che la prova non risulti comunque già acquisita, che il concreto pericolo di fuga sia presumibile da fatti preparatori e che si tratti comunque di reati di particolare gravità;

restituire all'informazione di garanzia la funzione di strumento a tutela dell'indagato, anche prevedendo l'anticipazione dell'obbligo della sua emissione in corrispondenza con il primo atto di indagine;

restringere la possibilità che l'indagato sottoposto a misure cautelari sia interrogato dal pubblico ministero, prima che dal giudice, al solo caso dei reati di cui al terzo comma dell'articolo 275 cpp, ovvero al caso di richiesta dello stesso imputato;

correggere la normativa sul proscioglimento dell'imputato nell'udienza preli-

minare, abbandonando il troppo restrittivo criterio della « evidenza » dei fattori che giustificano il proscioglimento. Ciò affinché l'udienza preliminare possa effettivamente svolgere il ruolo di filtro procedimentale che il legislatore intendeva conferirle;

limitare ai reati di cui all'articolo 275, terzo comma, del cpp, la possibilità di dilazionare il diritto dell'imputato di conferire con il difensore, subordinando inoltre tale possibilità alla indicazione, da parte del pubblico ministero, delle specifiche ed eccezionali esigenze giustificatrici.

DOC11-16-6
Lire 500