

Confronto di idee su: L'impero alla fine della decadenza: crisi della magistratura e crisi della giustizia penale

CIRO SANTORIELLO

Il pubblico ministero nel “sistema”

Il lavoro cerca di evidenziare l'inevitabile distanza fra il modello di pubblico ministero delineato a livello normativo, costituzionale ed ordinario, e gli inevitabili condizionamenti cui sono sottoposti i singoli che svolgono la funzione inquirente. In particolare, si sottolinea come la presunta assoluta indipendenza del pubblico ministero sia limitata con riferimento alla posizione dei sostituti procuratori rispetto al dirigente dell'ufficio, mentre la neutralità nell'esercizio dell'ufficio sia posta in discussione dall'assoluta discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale con conseguente scelta di quali fattispecie di reato perseguire nonché dalla inevitabile partecipazione emotiva con cui il singolo pubblico ministero conduce le proprie indagini.

The prosecutor in the "system"

The work seeks to highlight the inevitable distance between the model of public prosecutor outlined at a regulatory, constitutional and ordinary level, and the inevitable conditioning to which individuals performing the investigative function are subjected. In particular, it is emphasized that the presumed absolute independence of the public prosecutor is limited with reference to the position of the deputy prosecutors with respect to the office manager, while the neutrality in the exercise of the office is challenged by the absolute discretion in the exercise of "criminal action with consequent choice of which types of crime to pursue as well as the inevitable emotional participation with which the individual prosecutor conducts his own investigations.

SOMMARIO: 1. La prova ontologica della terzietà del pubblico ministero nella giurisprudenza della Cassazione. - 2. I limiti all'indipendenza e terzietà del pubblico ministero fra dato normativo e realtà. - 3...e la prospettazione di un primo rimedio. - 4. Il “retorico” richiamo al principio di obbligatorietà dell'azione penale e la necessità di criteri predeterminati per la selezione delle notizie di reato. - 5. La transitorietà degli incarichi direttivi: la delegittimazione della magistratura e la “corsa” ai vertici delle Procure. - 6. ... Ed allora?

1. *La prova ontologica della terzietà del pubblico ministero nella giurisprudenza della Cassazione.* Alcune ricostruzioni, specie della giurisprudenza, della figura del pubblico ministero richiamano alla mente l'argomento ontologico (o a priori) dell'esistenza di Dio, con cui Sant'Anselmo di Aosta fa derivare la necessità ed incontestabilità dell'esistenza dell'Essere Supremo dalla definizione che egli stesso ne fornisce, quale soggetto perfetto e “maggiore di ogni altro”. Analogo è l'argomentare che si rinviene con riferimento alla posizione ed all'attività dell'organo inquirente: in alcune decisioni della Cassazione, ad esempio, si sostiene, nel porre a confronto le diverse conclusioni cui erano giunti il consulente tecnico della Procura e quello nominato dall'imputato, che i dati probatori raccolti dall'ufficio inquirente “pur costituendo ... il prodotto di un'indagine di parte, devono ritenersi assistiti da una sostanziale priorità rispetto a quelle ... della difesa [non potendosi] prescindere dal ruolo precipuo rivestito dall'organo dell'accusa e dal suo diritto/dovere di ricercare an-

che le prove a favore dell'indagato, come stabilito dall'art. 358 c.p.p. [avendo] per proprio obiettivo quello della ricerca della verità - concretamente raggiungibile attraverso una indagine completa in fatto e corredata da indicazioni tecnico scientifiche espressive di competenza e imparzialità”¹.

Questa tecnica dialettica, peraltro, non solo ricorda la filosofia scolastica ma richiama anche la dottrina dell'epoca fascista, periodo in cui, come è noto, si riscontrò una “vera e propria esplosione dei poteri processuali del pubblico ministero, del resto in conformità delle esigenze di un regime autoritario che aveva interesse ad assicurare al potere esecutivo la più ampia possibilità di influire direttamente sulla gestione dei singoli procedimenti penali”². Questo potenziamento del ruolo dell'organo inquirente venne giustificato sostenendo che il pubblico ministero, pur se parte del processo penale con diversa funzione e ruolo rispetto alle attribuzioni proprie del giudice³, era comunque un organo dello Stato e quindi sempre soggetto ai principi di legalità ed imparzialità⁴, secondo per l'appunto la stessa linea argomentativa che abbiamo vista presente in parte della giurisprudenza della Cassazione.

Tanto con riferimento agli anni '30 del XX^o secolo che in relazione alla giurisprudenza odierna, l'assonanza con il pensiero ed il metodo di Anselmo d'Aosta ci pare evidente. Si ipotizza una figura di organo inquirente il quale, nella fase delle indagini, assume in tesi una posizione di assoluta terzietà, con nessuna partecipazione emotiva rispetto all'esito delle stesse (essendo cioè per lui indifferente che le stesse si concludano con una richiesta di archiviazione o con l'esercizio dell'azione penale), il quale procederà alla raccolta anche delle prove a favore dell'indagato e valuterà gli elementi raccolti a favore e contro l'ipotesi accusatoria con un'ottica imparziale ed oggettiva; stante questa definizione del pubblico ministero, non vi è alcuna ragione per ritenere che quanti concretamente svolgeranno tale ruolo si possano sottrarre a tali responsabilità e non presentare le suddette caratteristiche.

Come è evidente, siamo in presenza di una serie di proposizioni analitiche, che - come venne magistralmente chiarito da Kant nella sua critica alla prova

¹ Cass., Sez. III, 18 febbraio 2020, Barbone, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 349; Id., Sez. II, 24 settembre 2014, Pinton, inedita.

² SCAPARONE, *Pubblico ministero*, (*dir. proc. pen.*), in *Enc. Dir.*, vol. XXXVII, Milano 1988, cit., 1110. NEPPI MODONA, *La magistratura ed il fascismo*, in *Pol. dir.*, 1972, n. 3-4, 596.

Si veda sul punto, PANUNZIO, *Teoria generale dello stato fascista*, Padova, 1937; SABATINI, *Il pubblico ministero nel diritto processuale penale*, vol. I, Napoli, 1943

³ Cfr. la Relazione del Guardasigilli al progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, VIII, Roma, 1929, 21.

⁴ Cfr. ancora *la Relazione*, cit., 76.

ontologica dell'esistenza di Dio - si caratterizzano per la loro natura aprioristica e che non sono altro che "una misera tautologia", poiché non si può dalla descrizione di una cosa o dall'esposizione del significato di un concetto derivarne la prova della loro esistenza. Non si può partire da una definizione aprioristica e trascendentale dell'organo inquirente, che si qualifica come soggetto posto in posizione di assoluta indipendenza e di terzietà ed indifferenza rispetto alla regiudicanda, per poi ritenere che la ipostatizzazione di tali caratteri in capo alla figura astratta di pubblico ministero necessariamente connoterà e caratterizzerà anche l'agire concreto delle persone fisiche che tale ruolo svolgeranno nei singoli processi penali. Tuttavia, nonostante l'ironia che il filosofo di Königsberg riserva a tali argomentazioni - "un uomo mediante queste semplici idee potrebbe certo arricchirsi di conoscenze né più né meno di quel che un mercante potrebbe arricchirsi di quattrini se egli, per migliorare la propria condizione, volesse aggiungere alcuni zeri alla sua situazione di cassa" -, nelle aule di giustizia continua a regnare quasi incontrastato il "mito" della terzietà ed indipendenza del pubblico ministero, soggetto collocato nel cielo empireo dell'atarassia dalla sua indifferenza rispetto al contenuto della pronuncia dell'organo decidente, non subendo la sua sfera giuridica privata nessuna conseguenza direttamente collegabile alla decisione del giudice.

Il pubblico ministero in quest'ottica non sarebbe portatore di un interesse in contrasto o in conflitto con la difesa, con la quale darebbe vita ad una mera contrapposizione dialettica onde consentire una piena verifica della sua accusa⁵, all'interno di una "situazione di convergenza sostanziale di intenti per l'attuazione della giustizia mascherata dalla contrapposizione delle parti caratteristica del processo penale ... e ciò all'effetto di ottenere che dall'artificiale e contingente contrasto si sprigiona la luce della verità per il giudice, che, terzo imparziale, rimane al di fuori della mischia"⁶. Gli uffici di Procura non sono titolari di un reale interesse contrastante con quello della difesa, ma anzi concorrono con quest'ultima nell'attuazione della giustizia⁷ per cui nessuna particolare cautela va assunta per decidere dell'attribuzione agli stessi di significative facoltà investigative, né va delimitata con attenzione la valenza probatoria di queste acquisizioni probatorie: mancando in capo alle persone fisiche che rivestono la funzione di accusa un interesse proprio può escludersi il rischio

⁵ GUARNIERI, *Le parti nel processo penale*, Torino 1949, 17; ID., *Parti (diritto processuale penale)*, in *Nss. Dig. Ita.*, vol. XII, Torino 1965, 503.

⁶ GUARNIERI, *Le parti nel processo*, cit., 17.

⁷ Nel senso che lo svilimento della dialettica processuale fra le parti è caratteristica tipica dei processi configurati come strumenti per l'attuazione di finalità dello Stato, DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere*, Bologna 1991, *passim*.

di una strumentalizzazione delle potestà inquirenti e si può dare per assodato che le stesse saranno sempre esercitate per il raggiungimento delle finalità che la Costituzione assegna alla giustizia penale - ivi compresa quella di garantire la posizione dell'accusato. Parafrasando le parole di un autore dedicate alla posizione del giudice, potrebbe dirsi che la disciplina dei poteri del pubblico ministero non andrebbe dettata considerando quale debba essere la sua posizione ed il suo agire all'interno di un processo a connotazione accusatoria e quali siano i rischi che conseguono ad un eccessivo ampliamento degli stessi, bensì ponendo una assoluta fiducia nella sua "imparzialità garantita dal suo statuto [da considerarsi quale dato a priori non contestabile], e cioè dall'esterno, [nel senso che] avendo egli come caratteristica essenziale l'indipendenza si è garantiti contro atteggiamenti unilaterali"⁸.

2. I limiti all'indipendenza e terzietà del pubblico ministero fra dato normativo e realtà. La subordinazione di sostituti procuratori al Procuratore Capo ...

La "irenica" rappresentazione del pubblico ministero quale soggetto terzo ed imparziale, che nel corso delle indagini va alla ricerca di una supposta verità, il cui contenuto gli è assolutamente indifferente, non regge purtroppo ad un'analisi della realtà, e si palesa anche più insostenibile dopo i recenti scandali che hanno attraversato la vita della magistratura associata e dell'operare del Consiglio Superiore della Magistratura, scandali che non a caso hanno interessato soprattutto la nomina dei dirigenti (non di qualsivoglia ufficio giudiziario, come Tribunale, sezioni giudicanti, uffici di sorveglianza, ecc., ma in via pressoché esclusiva) delle Procure della Repubblica.

In proposito, va considerato come l'indipendenza di cui gode il pubblico ministero non è equiparabile a quella riconosciuta ai magistrati giudicanti, mancando il profilo della cd. indipendenza interna, posto che, secondo una accreditata ed indiscussa lettura dell'art. 107, co. 4, Cost., il legislatore può prevedere la presenza di vincoli gerarchici all'interno dei singoli uffici e nelle relazioni tra i diversi uffici inquirenti⁹. Il pubblico ministero, anche inteso come

⁸ DOMINIONI, *Le parti nel processo penale*, Milano 1985, 25-26.

⁹ Nel senso che le garanzie d'indipendenza dettate dalla Costituzione per il pubblico ministero «si riferiscono all'ufficio unitamente inteso» e non ai singoli magistrati, Corte cost., n. 52 del 1976.

Per una sottolineatura della formulazione «non esplicita» del testo costituzionale che «ha inevitabilmente risentito del travaglio che ne ha accompagnato la genesi» (SPAGNA MUSSO, *Problemi costituzionali del pubblico ministero*, in *Studi di diritto costituzionale*, Morano, Napoli, 1966, 17), nonché gli «elementi di contraddittorietà (...) insiti nello stesso testo della Costituzione», oltre che l'«ambiguità e contraddittorietà delle disposizioni che attualmente disciplinano l'istituto» in ambito ordinamentale (PZZORUSSO, *Per un collegamento fra organi costituzionali politici e pubblico ministero*, in *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, a cura dello stesso, Bologna, 1979, 30).

persona fisica che riveste tale ruolo, deve “restare all’interno dell’ordinamento giudiziario, non potendo la legge ordinaria estrometterlo, riducendolo al rango di funzionario amministrativo”¹⁰ e dunque agli appartenenti a questo ufficio va riconosciuto un grado di indipendenza funzionale – inerente lo svolgimento della funzione – e di indipendenza personale – attinente la carriera (nomina, assegnazione di sede e di funzione, promozioni, trasferimenti, provvedimenti disciplinari, cessazione, ecc.) – analogo a quello riconosciuto al giudice; d’altro canto, però, all’inquirente non competerebbe similare tutela con riferimento all’indipendenza organizzativa interna¹¹, ambito all’interno del quale il legislatore ordinario è legittimato dal disposto della Carta ad individuare le più varie opzioni, non potendosi in particolare sostenere il contrasto con i principi costituzionali di eventuali modelli di organizzazione gerarchica degli uffici inquirenti

Quando si parla di indipendenza del pubblico ministero, dunque, bisogna precisare indipendenza da chi (è certa, almeno considerando l’astratto ambito istituzionale, l’autonomia dal potere esecutivo; molto minore, invece, come si è visto, tale sfera di separatezza nei rapporti interni all’ufficio) e di chi (posto che i sostituti procuratori sono senz’altro sottoposti ad un vincolo gerarchico rispetto al Procuratore), specie alla luce di quanto dispone il d.lgs. n. 106 del 2006 che ha dato vita ad una riforma dell’ufficio del pubblico ministero

Secondo ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, cit., 1996, 4, rispetto alle norme costituzionali generali sui magistrati, le norme sul pubblico ministero si pongono infatti in rapporto di specialità, o di eccezione a regola, sicché l’estensione al pubblico ministero delle garanzie in parola è condizionata alle scelte del legislatore ordinario” (si veda anche, ZANON, BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, V, Bologna, 2019, 249 ss).

Nel senso invece che la differenza tra uffici giudicanti ed uffici inquirenti, sotto il profilo della cd. indipendenza interna, «è sensibile, ma non netta», risultando pertanto in qualche modo «forzata» l’affermazione secondo cui l’indipendenza del giudice garantirebbe il singolo magistrato, mentre quella del pubblico ministero riguarderebbe il solo l’ufficio nel suo complesso e non il magistrato addetto, ZAGREBELSKY, *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell’azione penale*, in *Pubblico ministero e accusa penale*, cit., 16.

Si vedano anche i lavori contenuti in *L’organizzazione interna delle procure e la separazione delle carriere*, in *Problemi attuali della giustizia in Italia. Atti del Seminario di studio tenuto a Roma l’8 giugno 2009*, a cura di Salazar, Pace, Bartole, Romboli, Napoli, 2010.

¹⁰ ZANON, *Pubblico ministero*, cit., 5.

¹¹ Richiamando la triplice definizione di indipendenza data da BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell’ordine giudiziario*, Padova, 1964, 180.

sulla molteplicità di significati dell’indipendenza, si veda anche, tra i molti, BONIFACIO, GIACOBBE, sub *art. 104 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, *La Magistratura*, tomo II, Bologna-Roma, 1986, spec. 26 ss; MICALI, *L’indipendenza del pubblico ministero e l’esegesi dell’art. 107 comma 4 della Costituzione*, in *Cass. Pen.*, 1993, 794.

nell'ottica di una assoluta gerarchizzazione dello stesso¹², con il Procuratore della Repubblica che è qualificato quale «titolare esclusivo dell'azione penale», di cui «assicura il corretto, puntuale ed uniforme esercizio» attraverso l'assegnazione dei singoli procedimenti ai sostituti, fornendo agli stessi i criteri cui attenersi nell'esercizio della relativa attività¹³. Occorre dunque valutare in che termini questa discrezionalità nella direzione dell'ufficio riconosciuta al Procuratore della Repubblica possa suggestionare ed incidere sull'autonomia decisionale del singolo sostituto procuratore, che è poi il soggetto che nei fatti esercita i poteri processuali che il legislatore attribuisce in via generale all'ufficio inquirente: proprio perché negli uffici di Procura per come oggi strutturati l'indipendenza del singolo pubblico ministero presuppone ed è garantita dalla lealtà istituzionale e dall'autonomia da condizionamenti esterni del dirigente dell'ufficio, si deve essere consapevoli che per sostenere fondatamente che un sostituto procuratore con le sue indagini «non fa valere interessi particolari, ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge»¹⁴ perseguendo la «persecuzione dei reati»¹⁵ non basta un richiamo al “dover essere” scolpito nella Carta costituzionale, ma occorre considerare come concretamente si articola il funzionamento dell'ufficio giudiziario cui il pubblico ministero appartiene ed in particolare quali sono le scelte gestionali fondamentali (in tema di assegnazione dei procedimenti, priorità di trattazione, gestione delle risorse, ecc.) operate dal dirigente.

¹² Per un commento complessivo, del primo intervento e delle successive modifiche, FERRI, *Ordinamento giudiziario e Costituzione*, in G. FERRI E A. TEDOLDI, *L'ordinamento giudiziario a dieci anni dalla legge n. 150 del 2005*, Napoli, 2016; LEGNINI, *L'ordinamento giudiziario a dieci anni dalla legge n. 150 del 2005: i temi persistenti e le prospettive di sviluppo*, *ibidem*, 222; SABELLI, *La riforma dell'ordinamento giudiziario nella visione dell'ANM*, *ibidem*, 201; ROMBOLI, *La nuova disciplina ed il ruolo del giudice oggi*, in *La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Foro it.*, 2006, V, 49; PIZZORUSSO, *Considerazioni generali*, *ibidem*, 2; ROMBOLI, *Osservazioni conclusive*, in *Dieci anni di riforme dell'ordinamento giudiziario*, in *Foro it.*, 2016, V, 247; Bignami, *L'indipendenza interna del p.m. nel d.lgs. n. 106 del 2006*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; PIZZORUSSO, *Non ancora maturi i tempi per un ordinamento giudiziario che attui il Titolo IV della parte seconda della Costituzione*, in *Legislazione penale* 2006, 683.

¹³ Si ricorda, inoltre, che il dirigente dell'ufficio deve assentire alla presentazione, da parte di un magistrato dell'ufficio, di richieste di misure cautelari personali e reali, determinare i criteri generali ai quali i magistrati addetti all'ufficio devono attenersi nell'impiego della polizia giudiziaria, nell'uso delle risorse tecnologiche assegnate e nella utilizzazione delle risorse finanziarie delle quali l'ufficio può disporre - senza tralasciare l'importanza della prerogativa, tendenzialmente esclusiva, di costui di mantenere personalmente i rapporti con gli organi di informazione.

¹⁴ Corte cost., n. 190 del 1970. Nello stesso senso, Corte cost., n. 96 del 1975.

¹⁵ Corte cost., n. 136 del 1971. Anche Corte cost., n. 123 del 1971; Corte cost., n. 93 del 1974.

E' sulla base di queste considerazioni che bisogna valutare la fondatezza e correttezza dell'affermazione, basata altrimenti su una considerazione astratta del dato costituzionale, secondo cui il pubblico ministero «è ... collocato ... in posizione di istituzionale indipendenza». Indubbiamente, l'ordinamento giudiziario prevede significativi controlli sulle modalità con cui viene esercitata la direzione dell'ufficio: da un lato, la nomina dei singoli procuratori segue una calibrata procedura, in cui i diversi aspiranti vengono messi a confronto sulla base delle loro esperienze pregresse ed oggi è anche previsto che gli stessi, al momento della formulazione della domanda, presentino anche una ipotesi di organizzazione dell'ufficio, così da potersi valutare anche le loro capacità dirigenziali; d'altro, gli stessi sono sottoposti da parte del Consiglio Superiore della Magistratura ad una valutazione ai fini della prosecuzione della loro carriera (con la segnalazione di comportamenti scorretti ai titolari dell'azione disciplinare, con l'inserimento della valutazione negativa nel fascicolo personale ai fini del giudizio di professionalità ed ai fini della conferma nell'incarico dirigenziale e delle future prospettive di dirigenza, ecc.)¹⁶. Queste previsioni e queste forme di intervento e valutazione dovrebbero consentire all'organo di autocontrollo - massima espressione dell'intera magistratura - di indirizzare in un senso o nell'altro le modalità corrette di esercizio delle funzioni di dirigente dell'ufficio inquirente, nominando e promuovendo (i Procuratori che perseguono) buone prassi e sanzionando (quanti assumano) comportamenti censurabili.

Sulla efficacia e funzionalità di tali procedure di nomina e valutazione, però, si possono formulare significative critiche e perplessità alla luce di quanto viene sempre più emergendo dalle cronache (anche giudiziarie...)¹⁷. Al di là di

¹⁶ ORLANDI, *Pubblico ministero*, cit., 952.

¹⁷ In proposito, con riferimento al momento della nomina dei dirigenti dell'ufficio, basti considerare come il numero delle decisioni del Consiglio Superiore "ribaltate" dalla giustizia amministrativa in quanto illegittime assuma ormai una dimensione imponente (si tratta di circa il 30% dei casi, con riferimento alle nomine disposte nella consiliatura precedente), tanto che sempre più spesso si sente affermare che, di fatto, le nomine di vertice della magistratura sono di fatto disposte dal Consiglio di Stato, che sempre più frequentemente annulla le deliberazioni di Palazzo dei Marescialli ed indica al CSM quali sono le corrette modalità per procedere alle designazioni dei dirigenti di tribunali e procure. Non basta: sempre più spesso il Consiglio della Magistratura non solo delibera secondo i giudici amministrativi in modo illegittimo ma non rispetta nemmeno le sentenze di quest'ultimi, rifiutandosi di dare corso a tali pronunce nominando, in sede di esecuzione del giudicato amministrativo, nuovamente il candidato "bocciato" dal Consiglio di Stato.

Se però è così elevato il numero delle decisioni del Consiglio Superiore che viene censurato in sede di giustizia amministrativa, è difficile allontanare il sospetto che ciò si verifichi - a meno che non si voglia sostenere che i consiglieri di Palazzo dei Marescialli, tutti pregevoli giuristi, non sappiano adeguatamente esporre le ragioni delle loro deliberazioni - in quanto nelle motivazioni delle sue decisioni il C.S.M., per

tali considerazioni, tuttavia, che rischiano anche esse di peccare di apriorismo (quasi si voglia sostenere che, essendo possibile che le decisioni del Consiglio Superiore della Magistratura siano condizionate da elementi di valutazione non pertinenti, le deliberazioni dell'organo di autogoverno sono sempre non corrette e censurabili), ciò che ci interessa sottolineare è la necessità di prestare attenzione all'attuale strutturazione dell'ufficio del pubblico ministero, in grado di condizionare la condotta di chi vi opera. Occorre, in sostanza, essere consapevoli che non esiste in natura «il pubblico ministero»; nelle aule di giustizia, si incontrano donne ed uomini che esercitano tale funzione e nello svolgimento della stessa sono fortemente condizionati dalla trama di rapporti che intessono nel loro ufficio ed in particolare dalle indicazioni che ricevono (in alcuni casi anche in maniera informale o al di là di quanto prevede il dettato normativo, ma non per questo con incidenza meno penetrante ed invasiva) dal Procuratore e ciò incide fortemente sul profilo (tutt'altro che indiscusso, come si vede) dell'indipendenza del pubblico ministero.

3. ... e la *prospettazione di un primo rimedio*. Una volta riconosciuto che l'indipendenza del pubblico ministero può essere significativamente posta in discussione dall'assetto gerarchico degli uffici di Procura, specie quando si considerino le problematiche modalità con cui vengono nominati (e successivamente valutati) i dirigenti degli uffici, occorre a nostro parere riconsiderare in primo luogo se si ritiene corretta la nuova configurazione della funzione inquirente come delineata nel 2006.

Anche con riferimento a questo profilo, bisogna essere capaci di andare al di là di una considerazione aprioristica della questione, prendendo in esame i dati che fornisce la realtà. Potrebbe essere agevole, infatti, sostenere che la migliore garanzia per i singoli sostituti procuratori è rappresentata da un controllo del C.S.M. sull'operato dei dirigenti, nonché, e prima ancora, dal presupposto che le nomine dei Procuratori rispondano a criteri di correttezza e siano formulate sulla base di valutazioni di merito; a questa considerazione, però, altrettanto facile replicare nel senso che allo stato un tale obiettivo è assai lontano dall'essere raggiunto sicché per evitare condizionamenti impropri nell'ambito dei singoli uffici è necessario rinvenire strumenti diversi.

quanto il relatore eserciti la sua tecnica argomentativa, non riesce ad occultare le reali (e censurabili ed inconfessabili) ragioni che stanno a fondamento della nomina; insomma, non sempre è possibile riuscire a giustificare altrimenti decisioni che hanno fondamento in accordi fra correnti e non in valutazioni sul merito dei candidati.

In particolare, accanto ad un nuovo intervento normativo che ridisegni e calibri in maniera più precisa (e forse prudentiale) l'intensità dei poteri gerarchici riconosciuti ai Procuratori, potrebbe essere opportuno far ricorso, per valutare l'operato di tali soggetti, a forme di condizionamento e controllo esterne alla magistratura che intervengano su quello che è presumibilmente il profilo maggiormente problematico - e paradossalmente assai poco considerato - dell'attuale assetto degli uffici di Procura. Al di là delle critiche mosse, specie dalla magistratura associata, al nuovo assetto degli uffici di Procura e che si sono sostanziate soprattutto nella considerazione che con la strutturazione gerarchica descritta le esigenze di uniformità nelle attività investigative sono destinate a prevalere in modo assoluto sulle ragioni di autonomia del singolo sostituto¹⁸, va infatti considerato come l'obiettivo perseguito in sede di riforma - ovvero l'intento di assicurare una qualche omogeneità nell'esercizio dell'azione penale - presupponga l'effettiva operatività, in modo effettivo e nell'intero territorio nazionale, del principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale, affermazione che invece risulta, come è noto, irrealistico ed irraggiungibile.

4. *Il “retorico” richiamo al principio di obbligatorietà dell'azione penale e la necessità di criteri predeterminati per la selezione delle notizie di reato.* L'art. 112 Cost. sancisce la volontà dei Padri costituenti di escludere una qualsiasi discrezionalità del pubblico ministero in ordine al promovimento dell'azione penale e ciò in ragione della portata di garanzia da riconoscersi al principio in parola, il quale concorre a garantire, da un lato, l'indipendenza dell'organo nell'esercizio della propria funzione e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale. “Il principio di legalità, che rende doverosa la repressione delle condotte violatrici della legge penale, abbisogna, per la sua concretizzazione, della legalità nel procedere; questa, in un sistema come il nostro, fondato sul principio di eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, in particolare penale, non può essere salvaguardata che attraverso

¹⁸ DE LUCA, *Controlli extra-processuali ed endo-processuali nell'attività inquirente del pubblico ministero*, in *Accusa penale*, 217, secondo cui la garanzia di legalità sostanziale di cui all'art. 25, secondo co., Cost. necessiterebbe, per la sua concretizzazione, della “legalità del procedere” e quest'ultima è realizzata, in forza del principio di eguaglianza dei cittadini, attraverso l'obbligatorietà dell'azione penale, unico strumento che assicura l'indipendenza dell'organo chiamato ad esercitarla e che, per l'effetto, lo rende soggetto solo alla legge, al pari del giudice.

Per un commento SALAZAR, *L'organizzazione interna delle procure e la separazione delle carriere*, in *Problemi attuali della giustizia*, cit., 192; BELLONE, *Pubblico ministero (diritto processuale penale)*, in *Nss. Dig. It.*, App. VI, Torino 1986, 206; PACILEO, *Pubblico ministero. Ruoli e funzioni nel processo penale e civile*, Torino 2011.

l'obbligatorietà dell'azione penale; realizzare la legalità nell'eguaglianza non è, però, concretamente possibile se l'organo cui l'azione è demandata dipende da altri poteri, sicché di tali principi è imprescindibile requisito l'indipendenza del pubblico ministero"¹⁹.

Questa impostazione, tuttavia, trova poco o nessun riscontro nella realtà²⁰. L'art. 112 Cost., esigerebbe che ad ogni *notitia criminis* venga dato un seguito ugualmente tempestivo, ma ciò nella prassi non accade, tanto che la consapevolezza di uno sfasamento tra il numero dei reati e dei relativi processi e la capacità di definizione degli stessi da parte dell'amministrazione giudiziaria è ormai un dato acquisito da parte degli stessi vertici della magistratura, i quali per porre rimedio al problema fanno sempre più frequentemente ricorso ai cd. criteri di priorità, vale a dire individuano - sulla base di indici incerti - i processi che devono avere la precedenza rispetto ad altri meno urgenti²¹. In questo modo, tuttavia, il principio di obbligatorietà dell'azione penale, corollario del principio di uguaglianza, finisce per "tradursi" nel suo contrario ovvero nell'attribuzione ai pubblici ministeri di un insindacabile potere discrezionale di scegliere quali reati perseguire e quali no, potere esercitato in modo del tutto irresponsabile e, dunque, arbitrario²²; quando poi si consideri la

¹⁹ Corte cost., sentenze n. 88 del 1991 e n. 121 del 2009.

Cfr. BARILE, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, in *Scritti in memoria di A. Bozzi*, Padova 1992, 33; CORBI, *Obbligatorietà dell'azione penale ed esigenze*, cit., 1057.

²⁰ Sul punto, PALMA, *L'obbligo di esercizio dell'azione penale, carico giudiziario ed efficientamento di sistema: una prospettiva rispettosa del vincolo costituzionale*, in *questa Rivista*, 2021; MILETTI, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale oggi: confini e prospettive*, in *Criminalia*, 2010, 304; MARZADURI, *Considerazioni sui profili di rilevanza processuale del principio di obbligatorietà dell'azione penale a vent'anni dalla riforma del codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, 2010, 388.

²¹ VERZELLONI, *Il lungo dibattito sui criteri di priorità negli uffici giudiziari e requirenti*, in *questa Rivista*, 2014, 815; DEVOTO, *Obbligatorietà-discrezionalità dell'azione penale. Ruolo del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 1996, II, 2047; CESARI, *L'inflazione delle notizie di reato ed i filtri selettivi ai fini del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1407.

²² Il tema è venuto all'attenzione della dottrina e degli operatori del diritto da tempi risalenti (fra i contributi recenti, CERESA-GASTALDO, *Dall'obbligatorietà dell'azione penale alla selezione politica dei processi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1415, che parla di "mito, un assunto empiricamente falso"); NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova 1988, 185, secondo cui "proseguiamo a protestare ed a presentare [l'azione penale] come un'incarnazione vivente del principio di legalità-obbligatorietà, mentre molte cause hanno allontanato la prassi da un assetto del genere"; ZAGREBLESKY, *L'obbligatorietà dell'azione penale. Un punto fermo, una discussione mancata, un problema attuale*, in *Cass. pen.*, 1992, 3186; ZANON - BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 151; PIZZORUSSO, *Riflessioni sul ruolo del pubblico ministero*, in *Quest. giust.*, 1982, 513; PANIZZA, *Fondamento ed attualità del principio di obbligatorietà per il pubblico ministero di esercitare l'azione penale*, in *Problemi attuali*, cit., 147; KOSTORIS, *Obbligatorietà dell'azione penale, esigenze di deflazione ed "irrilevanza del fatto"*, in *I nuovi binari del processo penale fra giurisprudenza costituzionale e riforme*, Padova 1996, 212, che parla di "bugia convenzionale".

struttura gerarchica delle Procure, tale discrezionale potere di selezione delle notizie di reato viene di fatto attribuito ad un singolo soggetto, il Procuratore capo per l'appunto.

Per rimediare a tale situazione, che rappresenta un autentico *vulnus* al principio di cui all'art. 112 Cost. pare opportuno riconoscere ad un soggetto non appartenente all'ordine della magistratura – ed in particolare al Parlamento – la legittimazione a fissare i suddetti criteri sulla base dei quali individuare quali ipotesi di reato, fra le molteplici che è dato riscontrare nella realtà e che pervengono all'attenzione dell'autorità giudiziaria, perseguire concretamente ed al cui approfondimento dedicare le (non infinite) risorse di cui la macchina della giustizia dispone²³. Laddove la politica rinunci a tale compito si rimette alla discrezionalità – in questo caso assoluta ed insindacabile – di ogni soggetto appartenente all'ufficio inquirente (ed in specie, ai vertici degli stessi) la scelta di cosa perseguire e punire e cosa invece destinare all'oblio della prescrizione²⁴.

5. La transitorietà degli incarichi direttivi: la delegittimazione della magistratura e la “corsa” ai vertici delle Procure. Ad alcuni dei problemi (ma non a quello inerente alla violazione dell'art. 112 Cost.) indicati in precedenza e conseguenti alla forma gerarchica degli uffici di Procura, il legislatore ha inteso fornire un rimedio introducendo il principio della transitorietà degli uffici direttivi, in base al quale, come è noto, dopo un periodo massimo di otto anni il Procuratore della Repubblica (al pari di altri organi apicali, quali il Presi-

²³ Propone “l'approdo ad una concezione più flessibile dell'azione penale che riesca, nel rispetto delle garanzie fondamentali, a diversificare la risposta penale a seconda che essa si muova sul terreno della piccola o grande criminalità, seguendo la visione di un processo «modulato sulla natura del conflitto»”, LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. It.*, 2002, 1751.

Nonostante la nota contrarietà che gran parte della Magistratura esprime nei confronti delle posizioni espresse nel testo, il C.S.M. ha comunque adottato diverse delibere in tema di funzionamento degli uffici che innegabilmente riconoscono come il rispetto del principio dell'obbligatorietà della legge penale non possa prescindere da una valutazione delle risorse effettivamente disponibili: cfr. le delibere 15 maggio 2007 e 21 luglio 2009 e soprattutto la delibera 11 maggio 2016 (“Linee guida in materia di criteri di priorità e gestione dei flussi di affari - rapporti fra uffici requirenti e uffici giudicanti”), dove si legge che il principio di obbligatorietà dell'azione penale va “declinato come obbligatorietà sostenibile in presenza di risorse inadeguate e domanda di giustizia ipertrofica” (neretto nostro).

²⁴ Per il rilievo al fenomeno della discrezionalità di fatto come conseguenza della diffusa disapplicazione del principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale, ROMBOLI, *Il pubblico ministero nell'ordinamento costituzionale e l'esercizio dell'azione penale*, in *Ordinamento giudiziario forense*. Volume I. *Antologia di scritti*, a cura di Panizza, Pizzorusso, Romboli, 2002, 313, il quale non manca però di osservare che si tratta “essenzialmente di un problema del legislatore ordinario”, il quale dovrà intervenire per garantire il rispetto del principio o comunque ridurre il divario con l'attuazione pratica.

dente del Tribunale, il Procuratore generale, ecc.) deve abbandonare il suo posto per transitare in altro ruolo - o meglio in altro ufficio giudiziario, ove potrà eventualmente rivestire la medesima funzione di dirigente dell'ufficio inquirente.

Nota è la ragione dell'introduzione di questa regola. La permanenza di un dirigente nel medesimo ufficio giudiziario è fonte di possibili compromissioni: possono consolidarsi incongrue posizioni di potere; si instaurano amicizie che il tempo consolida in termini da tali da dar vita a vere e proprie connivenze; conventicole di avvocati, consulenti tecnici, polizia giudiziaria, ecc. possono arroccarsi attorno al Procuratore che da sempre riveste quel ruolo, così come possono formarsi irrimediabili contrasti ed inimicizie fra il dirigente ed i sostituti, ecc.. Non che ciò accada sempre, ovvio, ma è nell'umana possibilità delle cose che vicende del genere abbiano a verificarsi ed allora si è pensato di introdurre la misura precauzionali della durata transitoria dell'incarico, che però, a nostro parere, è foriera di significative criticità.

In primo luogo, sotto un profilo di carattere generale, questa riforma segna l'abbandono del principio in base al quale la legittimazione della magistratura trova fondamento - non nell'adozione di procedure e strumenti precauzionali grazie alle quali si previene la corruzione del singolo giudice, ma - nel principio che il giudice, quale soggetto deputato dalla Carta fondamentale all'amministrazione della giustizia, non si fa corrompere per un imperativo morale che necessariamente deve entrare a far parte della sua anima nel momento in cui giura la fedeltà alla Costituzione ed alle sue leggi. Quando il legislatore - in questo caso con la pressoché completa adesione della magistratura associata - ha ritenuto di dover introdurre procedure specifiche, rappresentate per l'appunto dalla previsione di diverse ipotesi di transitorietà nella permanenza negli uffici dei singoli magistrati - pensando così di rinvenire una soluzione al problema della illiceità dei comportamenti dei giudici -, ha dato invece un messaggio devastante per i magistrati e per la collettività: stabilire che il magistrato è tenuto a lasciare dopo un certo periodo di tempo il suo ufficio significa dire che la magistratura è facilmente corrompibile e perciò occorre introdurre severe procedure per evitare che il singolo giudice, non in grado di resistere all'illecito in virtù del suo solo spessore morale, si renda responsabile di illeciti. In questo modo, però, la legittimazione della magistratura non viene più a risiedere nella sua tempra morale, data per indiscussa ed indiscutibile, ma dipende dall'esistenza di procedure idonee a prevenire comportamenti illeciti da parte dei suoi componenti. Ma quando il rispetto e l'effettività di un valore fondamentale quale la tenuta etica dell'ordine giudi-

ziario non è rimessa alla responsabilità individuale dei singoli che di quel principio sono espressione ma all'adozione di precauzioni di sistema - in quanto tali necessariamente deresponsabilizzanti i singoli giudici - quel medesimo valore perde la sua assolutezza e la sua capacità di dare fondamento all'amministrazione della giustizia.

In secondo luogo, non sono irrilevanti i costi per il funzionamento della macchina giudiziaria derivanti dalla necessaria transitorietà delle funzioni apicali. Ogni otto anni un ufficio giudiziario deve necessariamente vedere rinnovato il suo organo di vertice, con il nuovo designato che avrà bisogno di un lungo periodo di tempo prima di conoscere in profondità l'ufficio che dirige (per comprendere a fondo le problematiche, le criticità, le dinamiche, anche personali, di funzionamento di un ufficio giudiziario metropolitano, come Napoli, Milano, Roma, occorrono almeno due anni ovvero un quarto del periodo di permanenza massima in quell'ufficio...). A ciò si aggiunga l'aggravio di lavoro per il Consiglio superiore della Magistratura, che vede il suo lavoro completamente assorbito nel compito di designare continuamente nuovi capi degli uffici (con il conseguente moltiplicarsi di occasioni di scambi inconfessabili fra correnti...²⁵), senza dimenticare la una perdita di "carisma" dei capi degli uffici (in passato, il Procuratore era un personaggio con una storia professionale significativa, spesso maturata all'interno dello stesso ufficio che andava a dirigere e ciò ne consentiva il riconoscimento di un'autorevolezza, di uno spessore, da parte degli altri colleghi e questo facilitava senz'altro la direzione dell'ufficio. Oggi, invece, la transitorietà negli incarichi direttivi ha ampliato oltre misura il campo dei possibili aspiranti, non sempre in possesso

²⁵ Il riferimento è alla cd. pratica delle "nomine a pacchetto", espressione cui si fa riferimento alla prassi di non procedere alla nomina dei capi degli uffici contestualmente al maturare della relativa vacanza, ma attendendo che si determini la scopertura di una pluralità di posti direttivi per poi designare in un'unica occasione i relativi destinatari per tutti gli uffici di vertice nel frattempo divenuti privi di vertice, in modo che per ogni tornata di nomine ogni corrente possa in qualche modo vedere soddisfatte (alcune del)le proprie pretese. Per considerazione pressoché unanime questo modo di procedere - oltre che irragionevole e non funzionale: può accadere infatti che per procedere alla trattazione unitaria della dirigenza di più uffici alcune sedi giudiziarie rimangano prive dei propri organi di vertice per un lasso di tempo inammissibilmente lungo - si presta a consentire la formazione di "accordi inconfessabili" fra le correnti nella ripartizione degli incarichi direttivi; se si decide solo della nomina del Procuratore di X, allora la valutazione e gli accordi fra le correnti non possono che dirigersi ed avere ad oggetto la designazione del magistrato destinato a tale sede giudiziaria sicché non è possibile procedere a forme di scambi o contrattazioni: è in ballo la scelta di chi è più idoneo a rivestire quel ruolo e su tale profilo ciascun consigliere deve formulare le proprie osservazioni; se, però, mentre è aperta la procedura per la nomina del Procuratore di X, si attende che si liberino anche i posti di Presidente di Tribunale di Y, e del Procuratore Generale di B, ecco che si apre la possibilità di accordi in base ai quali se tu voti il mio candidato per la Procura di X, io voto il tuo per il Tribunale di Y, ecc..

delle qualità -anche organizzative - necessarie per lo svolgimento di quel compito).

A prescindere da queste considerazioni, tuttavia, l'inarrestabile ed infinito *turn around* ha indotto ad una "corsa" all'accaparramento degli uffici apicali, conseguenza peraltro facilmente pronosticabile al momento dell'introduzione della riforma. È evidente, infatti, da un lato che quanti rivestono attualmente la funzione dirigenziale e sono prossimi a dover abbandonare il loro ruolo si mettono, magari con un "congruo" anticipo, alla ricerca di nuovi uffici presso i quali assumere un ruolo di vertice, e d'altro canto i posti destinati a rimanere vacanti sono oggetto di sogni, ambizioni, promesse, ecc. che interessano altri soggetti appartenenti all'ordine giudiziario. Questa circostanza - oltre a dare vita, come detto sopra, a possibili accordi poco apprezzabili sotto il profilo etico all'interno dell'organo di autogoverno e le correnti - incide fortemente sui comportamenti dei pubblici ministeri nella fase di indagine e può condizionarne in maniera significativa l'atteggiamento rispetto alla scelta di formulare l'accusa ed all'attenzione che sceglie di dedicare alle osservazioni della difesa.

Nelle parole di apertura di un testo dedicato alla separazione delle carriere fra pubblici ministeri e giudici si legge "mi è accaduto, per compito istituzionale o per incarico professionale conferitomi da pubblici ministeri soccombenti nel concorso per l'assegnazione di un posto dirigenziale, di prendere visione dei curricula da loro presentati al concorso. Tali documenti erano punteggiati dai «successi» conseguiti come pubblici accusatori: «io sono stato il P.M. che è riuscito a far condannare i componenti della famosa banda x»; «io ho svolto con successo la difficile indagine, conclusasi con condanne severe da parte dei giudici di merito, confermate dalla corte di cassazione, per smascherare un complesso giro di appalti criminosi nella zona di y»; «io ho ottenuto la condanna degli imprenditori che pilotavano illegittimamente le gare d'appalto nel territorio apparentemente pulito» di z»; «io sono riuscito a dimostrare la rete di interessi illeciti intrecciati dagli uomini politici locali con le organizzazioni mafiose, ottenendo la condanna degli insospettabili affiliati alle cosche», e così via"²⁶. Come si vede, questo autore evidenzia - sulla base della sua esperienza, particolarmente significativa essendo stato lo stesso componente laico del C.S.M. - come la valutazione dell'operato dei pubblici ministeri, anche ai fini della loro nomina ad incarichi dirigenziali, passi (o comunque chi svolge tale funzione ritiene transiti) per una considerazione dei loro successi

²⁶ RONCO, *Sulla separazione del ruolo del giudice dal ruolo del pubblico ministero*, in *questa Rivista*, 2011, 321.

investigativi, per la rilevanza delle indagini da loro condotte, per la gravità dei reati da loro contestati.

Le conseguenze di ciò, unitamente alla menzionata, continua, disponibilità di incarichi apicali da assegnare, ci paiono (non ineluttabili, ma comunque fondatamente) ipotizzabili e cioè il venir meno della presunta indifferenza del pubblico ministero rispetto alla sorte dibattimentale dell'accusa da lui formulata al termine delle indagini preliminari. La tesi – cui abbiamo accennato, già in termini critici, in precedenza – secondo cui la funzione del pubblico ministero si caratterizza per il mancato coinvolgimento personale di chi svolge tale ruolo nei diversi procedimenti che egli stesso istruisce, il quale per ciò stesso assumerebbe un atteggiamento di neutralità epistemologica (si potrebbe parlare di “distanza emotiva”) rispetto alle prove, il che a sua volta sarebbe circostanza che lo indurrebbe naturalmente ad acquisire tanto elementi contro che a favore dell'accusato, rischia di rivelarsi infondata quando si consideri che (anche) sulla sorte di tali imputazioni il singolo pubblico ministero costruisce il proprio futuro e le proprie soddisfazioni professionali. D'altronde, in un fondamentale studio dedicato al fenomeno del processo si è sostenuto che un giudizio penale ad impronta accusatoria non possa prescindere da un coinvolgimento anche personale del pubblico ministero riguardo la conclusione dello stesso, concludendosi nel senso il rito *adversarial* è coerente ed è correttamente configurabile solo all'interno di un ordinamento giudiziale in cui la carriera del titolare dell'ufficio del pubblico ministero è fortemente condizionata dall'esito dei giudizi da lui promossi²⁷.

Si noti che non si stanno formulando censure nei confronti di un tale atteggiamento dei pubblici ministeri. Si tratta, infatti, di una figura fortemente connotata da una logica di parte, istituzionalmente indotta a rinvenire forme di conferma di ipotesi unidirezionali, e non è corretto sostenere che quanti rivestono tale ruolo “tradiscono” la loro funzione quando assumono un atteggiamento improntato a sospetto (se non pregiudizio) nei confronti dei fatti della vita, in cui sono pronti a rinvenire profili e vicende a connotazione criminale, con conseguente necessità di individuarne i responsabili. Al contempo, tuttavia, di tale circostanza, di tale (obbligato) atteggiamento epistemologico va adeguatamente tenuto conto quando si intenda descrivere il ruolo dell'inquirente nel processo penale: occorre essere consapevoli del fatto che illusorio pensare di rinvenire sempre e comunque in capo al singolo sostituto

²⁷ DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere*, Bologna 1991, 360.

procuratore atteggiamenti improntati a neutralità epistemologica²⁸, e che l'obbligo di svolgere accertamenti anche a favore della persona sottoposta alle indagini che tanto viene valorizzato per sostenere la posizione di terzietà dell'inquirente nella fase delle indagini è solo "funzionale ad un corretto e razionale esercizio dell'azione penale"²⁹. La supposta imparzialità dell'organo dell'accusa nella fase delle indagini preliminari si risolve dunque semplicemente nel dovere - a fronte dell'onere che invece grava sulle parti private - di evitare l'inutile utilizzo di risorse per la predisposizione di processi al di fuori di chiare emergenze probatorie sulla colpevolezza dell'indagato, nell'insussistenza di un interesse pubblico ad attivare un giudizio se non in prospettiva di una condanna³⁰: non si indaga per verificare se un soggetto è innocente, ma per rinvenire elementi di prova che possano dimostrare l'infondatezza degli elementi che l'accusato potrà eventualmente in futuro avanzare a sua difesa.

Occorre dunque concludere nel senso che l'attività di maggior rilievo attribuita all'inquirente, ovvero l'investigazione preliminare alla formulazione dell'accusa (espressione, peraltro, di un potere capace di innervare conseguenze di considerevole rilievo politico e sociale, con i costi, anche individuali per l'accusato, che ne derivano³¹), è svolta sulla scorta di criteri necessariamente soggettivi, "marginalmente suscettibili di regolamentazione normativa tramite criteri obiettivi, cristallizzabili in previsioni generali ed astratte di legge"³², con conseguente riconoscimento in capo agli inquirenti di una sfera decisionale connotata da discrezionalità assoluta ed insindacabile in ordine alla scelta di cosa perseguire e punire e cosa invece destinare all'oblio della prescrizione³³. Il meccanismo propulsore dell'azione penale, dunque, risulta correlato al "compendio delle inclinazioni personali, delle intenzioni o degli sco-

²⁸ Per queste osservazioni ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova 1996, 101; FERRUA, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo: la difficile ricerca di nuovi equilibri processuali*, in *Quest. giust.* 1995, 425; GIAMBRUNO, *Il pubblico ministero: un assurdo intermediario fra la difesa ed il giudice*, in *Cass. pen.* 1994, 338.

²⁹ Cfr. Corte cost., n. 96, del 1997.

In dottrina, a commento della decisione della Corte costituzionale, PANSINI, *Nessuna sanzione processuale per il mancato attivarsi del pubblico ministero in favore dell'indagato*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 958; MELE, *Una norma inutile l'art. 358 c.p.p.?*, in *Cass. pen.*, 1997, 2405

³⁰ SILVESTRI, *Il pubblico ministero quale era, qual è, quale dovrebbe essere*, in *Giur. Cost.* 1997, II, 937

³¹ Sul punto, AMODIO, *Estetica della giustizia penale*, Milano 2016, 125; ID., *A furor di popolo*, Roma 2019.

³² ORLANDI, *Pubblico ministero*, cit., 945

³³ Per il rilievo al fenomeno della discrezionalità di fatto come conseguenza della diffusa disapplicazione del principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale, ROMBOLI, *Il pubblico ministero nell'ordinamento costituzionale*, cit., 313.

pi del singolo organo d'accusa"³⁴, per cui libertà di agire, sedimentazione ideologiche e scelte strategiche dell'accusa delineano un quadro in cui la discrezionalità rappresenta "una necessità ineliminabile, un *a priori* [espressione in questo caso effettivamente corretta] dell'attività del pubblico ministero, che sottende ogni sua valutazione e giudizio e che è emanazione dell'insieme di giudizi di valore, abitudini, cultura allo stesso riferibili"³⁵.

6. ... *Ed allora?* La conclusione da trarre, a nostro parere, è una sola.

È il momento di abbandonare la visione illusoria del pubblico ministero, terzo e indifferente rispetto allo svolgimento ed esito del processo. Il pubblico ministero non formula "l'accusa", ma sostiene la fondatezza della "sua accusa" ovvero vuol far riconoscere come corretta la ricostruzione di un fatto che lui ha qualificato come reato e che ha scelto di perseguire nell'ambito dei molteplici episodi di eventuale portata criminosa che poteva sottoporre ad investigazione.

Non vi è nulla di censurabile o criticabile in ciò, e tanto meno vanno ricercate soluzioni che consentano di superare (e come sarebbe possibile?) questa situazione. Non si tratta, dunque, di porre in discussione o contestare la collocazione istituzionale del pubblico ministero quale soggetto neutrale rispetto alle sorti della tesi d'accusa quanto realisticamente di considerare che "la *forma mentis* del sospetto [che deve necessariamente contraddistinguere l'agire dell'accusatore in quanto connaturata al suo ruolo] è incompatibile con l'oggettività e la neutralità quasi adiafora che deve caratterizzare la funzione del giudice: quella indifferenza (usiamo il termine in chiave filosofica, di uguale e perfetta distanza dal doppio pregiudizio colpevolista o innocentista, indotto dalle più diverse fonti) che deve caratterizzare l'atteggiamento del giudice, che non si fa influenzare, o si fa influenzare il meno possibile, dalla

³⁴ D'ACQUARONE, ROSCINI VITALI, *Esigenze e prospettive di modulazione dell'obbligatorietà dell'azione penale nel procedimento de societate*, in *Riv. resp. amm. enti*, 2018, 2, 133.

³⁵ FRIONI, *Le diverse forme di manifestazione della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 540, secondo cui è proprio "la presenza di un principio implicito e presupposto, quello di discrezionalità, [ad aver] determinato la necessità di limitarne l'estensione, attraverso la costituzionalizzazione del principio inverso".

Trattasi peraltro di considerazioni formulate anche in altre esperienze nazionali: ad esempio, GOLDSTEIN, MARCUS, *The Mith of Judicial Supervision in Three "Inquisitorial" Systems: France, Italy and Germany*, in *The Yale Law Journal*, 1977, 187, 240, affrontano la medesima problematica con riferimento all'attività della polizia giudiziaria negli U.S.A., evidenziando come quest'ultima, sebbene sia tenuta a perseguire tutti i reati di cui venga a conoscenza, operi delle scelte di natura discrezionale, soprattutto quanto all'impegno delle risorse nell'espletamento delle indagini, ciò che condiziona notevolmente l'autorità giudiziaria anche con riferimento alla decisione che deve essere presa in ordine all'esercizio dell'azione penale.

pressione che proviene sia dall'esterno che dall'interno, cioè dalle proprie passioni, ben naturali e comprensibili, ma capaci di far deviare l'esito del giudizio dalla strada del «giusto»³⁶. La logica inquisitoria, se non proprio quella del sospetto, è presente (e deve esserlo) nell'atteggiamento psicologico ed epistemologico dell'investigatore, giacché senza di essa non si giunge ad ipotizzare la rilevanza penale delle vicende umane, non germinano le relative ipotesi investigative e non vengono cercate le prove a supporto delle stesse.

Ciò posto, è invece irrealistico e censurabile non considerare questi - ineliminabili e pienamente coerenti con il sistema - limiti epistemologici della condotta investigativa del pubblico ministero e, sulla base di questa illusoria rappresentazione dell'inquirente, ritenere gli elementi probatori da lui acquisiti come "assistiti da una sostanziale priorità rispetto a quelle ... della difesa [ritenendo di non potersi] prescindere dal ruolo precipuo rivestito dall'organo dell'accusa e dal suo diritto/dovere di ricercare anche le prove a favore dell'indagato, come stabilito dall'art. 358 c.p.p. [avendo] per proprio obiettivo quello della ricerca della verità - concretamente raggiungibile attraverso una indagine completa in fatto e corredata da indicazioni tecnico scientifiche espressive di competenza e imparzialità"³⁷.

Il pubblico ministero è una parte e come tale portatore di una visione dell'accaduto parziale, condizionato dall'ipotesi d'accusa inizialmente formulata, rispetto alla quale "generare nuove ipotesi che si contrappongano a quelle date e falsificare sono compiti molto più complessi di quanto a prima vista potrebbe sembrare [giacché] gli individui soffrono di una tendenza a confermare l'ipotesi più che non a confermarle"³⁸. Né più e né meno che come accade per la difesa ed il suo assistito.

³⁶ Ancora RONCO, *Sulla separazione del ruolo*, cit., 322.

³⁷ Cass., Sez. III, 18 febbraio 2020, Barbone, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 349; Id., Sez. II, 24 settembre 2014, Pinto, inedita.

³⁸ RUMIATI, BONA, *Dalla testimonianza alla sentenza*, Bologna 2019, 45, secondo cui nella ricostruzione dell'accaduto "i soggetti tendono ad operare delle semplificazioni rendendo le storie molto più coerenti e più brevi", negando così la necessità di ulteriori approfondimenti.