

Gianni Allena

POTERE E GIUSTIZIA

SOMMARIO: Prefazione dell'autore. I - Una falsa problematica. II - Potere e sovranità. III - Limiti al potere repressivo. La divisione dei poteri. IV - La giurisdizione. V- Il Pubblico Ministero. VI - Il 1989 ed il nuovo codice di procedura penale. VII - Tangentopoli. VIII - Protezione legislativa del potere repressivo. IX - La posizione della politica. X - Prospettive.

Allegati: artt. 1, 2, 219, 220 (codice procedura penale del 1930), 50, 55, 59 (codice procedura penale del 1989). Manifesto dei magistrati.

PREFAZIONE DELL'AUTORE

Le riflessioni affidate al presente scritto costituiscono l'anticipazione sintetica di un lavoro in corso di elaborazione che nasce da lunghe discussioni, avute in tempi e sedi diverse, sull'attuale decadimento delle istituzioni del Paese. Decadimento che, pur coinvolgendo le istituzioni nel loro complesso, è maggiormente evidente nel settore più in vista e più rilevante, ossia nell'assetto dei poteri istituzionali del Paese.

Il carattere prettamente discorsivo del lavoro, che non ha alcuna pretesa di rigore scientifico, prende spunto dal costante riferimento da parte di politici, magistrati e giornalisti alla "questione morale". Il martellante riferimento a tale questione mi è parso

però utilizzato più come slogan populistico che come espressione di un modo di concepire e gestire il potere politico.

Ma un simile approccio alla problematiche del Paese, riconduce le stesse ad una questione legata essenzialmente alla caratteristica personale degli uomini politici, e cioè ad un'esigenza di onestà (ed in ciò consisterebbe la morale) dei singoli individui. Ne consegue necessariamente l'esaltazione di chi tende a soddisfare tale necessità, col risultato che si finisce sempre per premiare chi scopre e punisce gli immorali. Con l'ovvio corollario che chi tale opera persegue è, perciò stesso, da ritenersi comunque morale, al di là dalle reali caratteristiche personali, giacché rimane la sua azione salvifica; il che rende insensato indagare sulla moralità del moralizzatore.

Il risultato politico di tale pretesa impostazione quale è?

Un ipotetico "Governo degli onesti" da ritenersi ottimo a prescindere dalle sue impostazioni politiche? Ma allora un uomo politico deve rendere conto al Paese dei risultati complessivi della sua gestione del potere, o dei modi con i quali ha acquisito il proprio patrimonio?

Nel pormi questi interrogativi e nel tentare di formulare delle risposte a tali quesiti si erano profilate le principali considerazioni sottese a questo scritto. In Italia il Presidente della Repubblica deve testimoniare su suoi atti politici; il Presidente del Consiglio ha dovuto difendersi da imputazioni di reati di ogni genere; molti parlamentari sono accusati di aver captato voti illegittimamente come contraccambio di favoritismi; i leader politici sono accusati di aver comprato voti in parlamento dando o promettendo utilità in cambio del sostegno o dell'affossamento di questo o di quel governo. E chi ha sostenuto o votato contro quel governo è accusato di averlo fatto in cambio di utilità personali.

Nessuno di questi fatti sembra destare lo scandalo che ci si dovrebbe aspettare, né suscitare alcuna indignazione ad alcun livello istituzionale o meno. Ma cosa è successo in questo Paese? Per comprenderlo occorre innanzitutto chiedersi chi detiene il potere politico in Italia e perché. Vale la pena di analizzarlo.

E la risposta non sembra difficile. Appare addirittura ovvia. Alla portata di chiunque. E ciononostante mai detta.

Il potere politico è in mano ai “moralizzatori”, che ovviamente sfuggono a qualsiasi opera di moralizzazione!! Del resto ogni colpo di Stato comporta una moralizzazione con esemplare punizione della classe politica immorale per il tramite di processi agli immorali. E tale potere non è stato attribuito ai “moralizzatori” dalla Costituzione ma dalla legge ordinaria, che ha approvato il nuovo codice di procedura penale.

La classe politica non se n'è mai resa conto. O quantomeno non ha mai pensato che l'attribuzione del potere politico alla magistratura avrebbe finito per travolgerla. E come lo stregone apprendista non si capacita degli imprevedibili effetti dei suoi atti, così la nostra classe politica ha finito per convincersi che tali effetti derivino esclusivamente da volontà perverse.

Ma forse non è solo questo.

g.a.

I - Una falsa problematica

Il voto sulla decadenza di Silvio Berlusconi da senatore della Repubblica offre lo spunto per una riflessione sulla situazione politico giudiziaria italiana.

Nel corso del procedimento, il cui epilogo è stato tale decadenza, da più parti si è commentato, opinato e disquisito circa la normalità repubblicana dello stesso, e per contro circa l'anomalia italiana, ove si stentava a dare attuazione alla legge, solo perché la stessa riguardava un soggetto politico di grande impatto elettorale e mediatico.

Con l'epilogo di tale procedimento parlamentare, ed il voto a favore della decadenza di Silvio Berlusconi, si sarebbe finalmente affermato il primato della legge, e la legalità democratica avrebbe ripreso il suo corso.

Questa parrebbe, in sintesi, la posizione della maggior parte dei senatori, e non solo, e la diffusa convinzione di gran parte dell'opinione, anche colta del Paese.

Non manca però di farsi sentire altra parte dell'opinione italiana che lamenta un'erronea applicazione della legge, ossia un'applicazione retroattiva, in violazione di ogni principio di giustizia, a stregua del quale le norme che prevedono sanzioni non possono essere applicate a comportamenti anteriori alla loro entrata in vigore.

Il caso di Silvio Berlusconi sarebbe stato quindi singolare, ed avrebbe meritato un'attenzione diversa. La soluzione giuridica del caso sarebbe stata quella di valutare la retroattività o meno della cosiddetta "*legge Severino*". Ed il *vulnus* democratico sarebbe consistito nell'ostinato rifiuto della giunta del Senato di prendere in considerazione tale ovvia particolarità. E ciò a tacere

del motivo politico della condanna, pronunciata in via definitiva dalla Corte di cassazione nei confronti di un innocente.¹

Il gran parlare che si è fatto dello Stato, delle istituzioni e soprattutto della democrazia, il cui fondamento sarebbe rappresentato dall'eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, finalmente riaffermata dal voto sulla decadenza di Silvio Berlusconi da senatore, offre però l'occasione per una visione che parta da un'analisi, non tanto del fenomeno di politicizzazione della magistratura, ma viceversa che coinvolga la struttura fondamentale di uno Stato, prima ancora che di una repubblica democratica quale si definisce quella italiana.

La tematica concernente la decadenza di Silvio Berlusconi da ogni carica istituzionale non dovrebbe infatti essere affrontata nel senso della legittimità o meno della pretesa di sottrarre un individuo all'applicazione della legge, come si è sostenuto da più parti e si è titolato in autorevolissimi giornali. Né avrebbe un senso analizzare se sia o meno "giusta" la sentenza della Cassazione che condanna Berlusconi, o se sia o meno giustificabile il voto della giunta del Senato, che su tale presupposto ha votato la decadenza in applicazione, asseritamente asettica, del diritto vigente.

¹ Sulla giustizia o meno della sentenza non è dato disquisire. E' l'ordinamento a ritenerla giusta, in quanto definitiva. Vero è però che la Corte di cassazione italiana, come da più parti si constata, incontra sempre maggiori difficoltà ad assolvere al proprio ruolo di garanzia giurisdizionale, limitandosi a rigetti generalizzati dei ricorsi di imputati. Del resto l'annullamento di sentenze di condanna da parte del S.C. è sempre stato stigmatizzato dai politici come "strano", e dai mass media come fallimento della giustizia. Emblematico in tale senso il caso Carnevale. Sull'ostilità politica all'annullamento delle sentenze di condanna cfr. anche nota par. IV nota 5 e par. V nota 8.

La problematica è infatti di tipo diverso e ben più articolata, coinvolgendo i fondamenti e le caratteristiche, anzitutto, di un potere statale e poi di una democrazia occidentale.

A questa problematica è dedicato il presente lavoro che, pure di carattere essenzialmente espositivo senza alcuna pretesa di completezza, si prefigge una valutazione tecnica del fenomeno politico-giudiziario italiano dell'ultimo ventennio.

II - Potere e sovranità

Per comprendere il senso profondo della crisi del nostro sistema repubblicano occorre prendere le mosse dall'esposizione, nella maniera più semplice possibile, dei fondamenti e delle caratteristiche di un potere statale e poi di una democrazia occidentale.

Anche a costo di sembrare banale si deve anzitutto considerare che in qualsiasi struttura umana, anche minimale, esiste un potere di costringere i suoi aderenti all'osservanza di regole (potere repressivo) dal medesimo poste (aspetto normativo del potere), e quindi vincolanti per gli stessi.

Quale che sia dunque la fonte di tale potere, quale che sia la legittimazione al suo esercizio e quali che siano le modalità di tale esercizio, questo potere non può mancare in una qualunque società ordinata, ancorché primordiale.

In qualunque società umana anche diversa dallo Stato (ad esempio società sportive o ricreative) esiste sempre il potere di pretendere l'osservanza di regole imposte agli associati, punendone l'inosservanza. Ma qualunque potere repressivo nei confronti dei consociati afferente ad una società diversa da quella statale, ancorché finalizzato a garantire l'osservanza di regole, non potrà mai utilizzare una forza repressiva superiore alle resistenze del soggetto, come ad esempio la forza fisica, potendo tale forza essere esercitata soltanto da chi non riconosca un potere superiore. Le sanzioni potranno quindi arrivare fino all'esclusione dall'associazione, ma non potranno mai consistere in punizioni implicanti l'uso della forza, spettando questo al potere statale, per definizione "*superiorem non recognoscens*."

Invero l'uso di una forza di costrizione superiore a qualsiasi altra, nel mondo moderno, è attribuito soltanto allo Stato che, come detto, non riconosce superiori.

La possibilità di utilizzo di una forza superiore a qualsiasi resistenza (forza militare) caratterizza dunque il potere politico del sovrano che detiene il monopolio di essa. E tale monopolio costituisce il principale attributo della sovranità, posto che solo al sovrano è riservato il potere di costringere i sudditi all'osservanza delle regole attraverso l'utilizzo della forza.²

Possiamo dunque constatare che l'attributo principale della sovranità è costituito proprio dal monopolio della forza. Va da sé che il potere suddescritto (chiamiamolo "*potere sovrano*" per semplicità), è unico ed indivisibile e che, ove esercitato da un unico soggetto prende il nome di "*potere politico assoluto*".

² Senza entrare in complesse disquisizioni a tale proposito, il fatto è pacifico, universalmente riconosciuto, da Hobbes a Voltaire, da Montesquieu e Beccaria. Nessuno che si sia occupato di teoria del potere pone in dubbio tale concetto, storicamente comprovato in ogni civiltà.

III - Limiti al potere repressivo. La divisione dei poteri

Nei secoli ci si è sempre posti il problema di trovare dei limiti a questo potere assoluto. Limiti che furono rinvenuti prima nella necessità che le regole fossero messe per iscritto (civiltà romana), poi che tale potere fosse esercitato non da una persona ma da più persone con diritto di veto reciproco, e così via dicendo.

In tempi più recenti si è ritenuto che tale potere fosse comunque incompatibile con la libertà dei sudditi, onde la necessità di operare una divisione dello stesso, attribuendo i diversi aspetti del medesimo a diversi soggetti indipendenti tra di loro.

Sono stati quindi individuati tre aspetti del potere:

1) Il primo aspetto è stato considerato il potere di porre delle regole vincolanti per tutti i sudditi (Potere legislativo).

2) Il secondo aspetto di tale potere è stato individuato in quello di mettere in esecuzione le regole e costringere i sudditi alla loro osservanza punendo i trasgressori (Potere esecutivo).

3) Il terzo aspetto di tale potere nasce dalla considerazione che, se il potere sovrano applica direttamente la punizione ritenuta congrua a chi ritiene abbia violato le regole, la garanzia della legge diventa inutile. Come rilevato da Beccaria *“Il sovrano, che rappresenta la società medesima, non può formare che leggi generali che obblighino tutti i membri, ma non già giudicare che uno abbia violato il patto sociale, perché allora la nazione si dividerebbe in due parti, una rappresentata dal sovrano che asserisce la violazione del contratto, e l'altra dall'accusato che la nega. Egli è dunque necessario che un terzo giudichi la verità del fatto. Ecco la necessità di un magistrato...”*. Dalla necessità che taluno, ovviamente diverso dal sovrano, accerti se sia vero o

no che le regole siano state violate e quale sia la sanzione prevista dalla legge nasce la giurisdizione. (Potere giurisdizionale).

Da ciò la tesi della divisione dei poteri, costituente ormai un baluardo che non si mette più in discussione in nessun sistema occidentale.

Nel nostro Paese l'indipendenza della giurisdizione è oggetto di protezione costituzionale, ed il relativo potere è esercitato da un corpo separato dello Stato (la magistratura) al quale appartengono i giudici ordinari.³

Quello che dovrebbe essere chiaro a chiunque, a questo punto, è che il potere sovrano, pure diviso tra soggetti tra di loro indipendenti (almeno in parte) incontra due grossi limiti che, in Italia, dovrebbero costituire delle garanzie per i sudditi.

a) Il primo limite afferisce all'aspetto legislativo del potere, per cui una legge che violasse i diritti dei cittadini, dovrebbe essere dichiarata incostituzionale dall'organo a ciò preposto (anch'esso a garanzia della libertà dei sudditi).

b) Il secondo limite afferisce al potere repressivo, ed è costituito dalla giurisdizione, per cui la punizione di un suddito per la violazione di regole legittimamente poste dal legislatore, può essere solo proposta dal potere repressivo, ma non irrogata dallo stesso, senza un previo accertamento, da parte di un'autorità indipendente (organo giurisdizionale), della fondatezza o meno dell'accusa che l'apparato repressivo avesse formulato.

Va da se, quindi, che la Corte costituzionale ha come funzione precipua la difesa della libertà dei cittadini dai possibili attacchi dell'aspetto legislativo del potere. Ed è solo per tale motivo che essa è costituita come un limite alla potestà legislativa. Di

³ Fin dalla L. 8 giugno 1890 n° 6878 di tale corpo fa parte anche la magistratura requirente. Reclutati tutti mediante un unico concorso pubblico sono destinati a funzioni giudicanti o requirenti.

tale funzione fondamentale essa dovrebbe tener conto in ogni tempo ed in ogni caso⁴.

Allo stesso modo la giurisdizione ha come funzione precipua la difesa del cittadino dal potere repressivo statale esercitato dagli organi di polizia. Ed è proprio per questo che la sua indipendenza è garanzia di libertà per i singoli cittadini.

⁴ Il che non sempre è avvenuto. Cfr. nota 26 par. VIII.

IV - La giurisdizione

Lo schema così delineato, sia pure con diverse varianti, costituisce la costante di ogni ordinamento statale europeo, giacché ovunque esiste un potere giurisdizionale che limita e condiziona (più o meno efficacemente) l'esercizio del potere sovrano di repressione appartenente allo Stato.

Nel nostro paese l'esercizio del potere repressivo è sempre stato affidato, istituzionalmente, al ministero dell'interno, che attraverso i suoi organi periferici e le sue articolazioni ha il compito di garantire l'ordine pubblico e la difesa dalla criminalità.

Il limite di questo potere dovrebbe essere rappresentato, come si è detto, dalla giurisdizione, la cui funzione istituzionale costituisce, come si è visto, la sola garanzia per i sudditi del corretto uso del potere repressivo dello Stato.

Ma proprio perché la giurisdizione costituisce il più grosso limite al potere sovrano, ed in particolare proprio al principale attributo della sovranità, rappresentato dal potere repressivo, quest'ultimo ha sempre svolto un qualche tipo di controllo sul potere giurisdizionale⁵ (ed in effetti l'influenza del potere repressivo sul potere giurisdizionale è stata sempre molto penetrante, anche se non totale) e proprio per lo stesso motivo, le democra-

⁵ La possibilità di controllo, almeno in parte, del potere giurisdizionale, ha sempre costituito un importante interesse dell'apparato repressivo. Il problema era ovviamente meno avvertito quando la separazione della giurisdizione dal potere repressivo era solo formale. Più complesso è diventato quando tale separazione è stata rivendicata ed assunta come assoluta. Basti pensare alla stigmatizzazione dell'operato dei giudici nel caso di assoluzioni. Dal governo ai mass-media un coro di sgomento allarmato dal fatto che "la Giustizia ha fallito".

zie occidentali hanno posto sempre maggiori limiti alle possibilità di ingerenza del potere esecutivo sulla giurisdizione.

V - Il Pubblico Ministero

Uno dei più penetranti controlli sulla giurisdizione da parte del potere repressivo avveniva -almeno a partire da Napoleone Bonaparte- attraverso gli uffici del Pubblico Ministero che, per la loro contiguità con la giurisdizione, ben potevano rappresentare le esigenze di tale potere presso gli organi giurisdizionali, archiviando le accuse che il potere repressivo non intendeva perseguire e sottoponendo a giudizio gli accusati ai quali si voleva infliggere una condanna.

In Italia il Procuratore del Re (oggi Procuratore della Repubblica) era già previsto dal codice Zanardelli, e poi dal codice Rocco, come organo facente parte dell'ordine giudiziario presso i Tribunali, rappresentante presso gli stessi della pretesa punitiva dello Stato. Al fine di consentire l'esercizio di tale funzione era previsto, per tutti gli agenti ed ufficiali di polizia giudiziaria, l'obbligo del rapporto, onde l'apparato repressivo (forze dell'ordine coordinate dal prefetto) svolgeva le indagini in relazione ai fatti conosciuti e ritenuti costituenti reato, per poi trasmettere il proprio rapporto al Procuratore della Repubblica, il quale esercitava l'azione penale.⁶

Poiché però il nostro sistema costituzionale garantiva al Pubblico Ministero una certa indipendenza dal potere repressivo del

⁶ Il codice Rocco prevedeva già dall'art 1. c.p.p., che "L'azione penale è pubblica e quando non sia necessaria querela, richiesta o istanza è iniziata d'ufficio a seguito di rapporto". L'art. 2 c.p.p. prescriveva che "Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria debbono fare rapporto di ogni reato del quale vengono comunque a conoscenza Il rapporto è presentato senza ritardo al procuratore della Repubblica o al pretore. Il rapporto espone succintamente il fatto con tutte le circostanze che possono interessare il procedimento penale; da notizia di tutti gli elementi di prova raccolti e, quando è possibile, contiene le generalità di chi è indicato come reo, della persona offesa dal reato e dei testimoni, o quant'altro valga per identificarlo".

governo, era stata prevista nella Costituzione l'obbligatorietà dell'azione penale, ossia l'obbligo del Pubblico Ministero di esercitare l'azione penale in presenza di circostanziate notizie di reato. Il che avrebbe dovuto in qualche misura evitare che l'attività repressiva dell'apparato statale potesse sortire conclusioni abortive indotte da un organo (P.M.) che gode dell'indipendenza.

Senza cimentarsi nell'esame dell'intera normativa concernente il Pubblico Ministero basti la semplice osservazione che l'apparato repressivo era saldamente in mano al potere politico, che lo esercitava attraverso i propri organi e le proprie articolazioni territoriali (prefetto) di nomina fiduciaria, facendo indagini sui fatti obiettivo di specifica tutela, e trasmettendo lo stato delle stesse alla Procura della Repubblica con il rapporto. L'iniziativa indagatoria era quindi del potere politico (Prefetture e forze dell'ordine).

Va da sé che nessun prefetto svolgeva indagini tese ad accertare se, per ipotesi, il ministro che lo aveva nominato avesse commesso qualche reato. Come in ogni parte del mondo e nella storia di sempre il potere repressivo incontra qualche difficoltà a reprimere se stesso.⁷

L'interesse all'accertamento della responsabilità sorgeva in relazione a fatti emersi e conosciuti, essendo ovvio che il sistema repressivo considerava prioritario l'impiego delle massime ener-

⁷ I processi ai titolari del potere sono infatti tipici delle rivoluzioni, come quella francese, ove si condannò il Re alla decapitazione. Difficile ipotizzare un sistema in cui il sovrano punisca se stesso, Cfr. infra par. VIII nota 24. Del resto il problema che si è sempre posto è stato quello della difesa del cittadino dal potere repressivo del sovrano, e non la possibilità di esercizio di tale potere nei confronti del sovrano.

gie in relazione ad accadimenti che destavano il maggiore allarme sociale⁸.

All'attenzione del P.M. pervenivano pertanto i fatti conosciuti dalle forze dell'ordine e da loro sommariamente accertati, attraverso gli strumenti di indagine più disparati. Del resto in un sistema liberale, l'interesse punitivo sorge in relazione a comportamenti aventi rilevanza esterna, e comunque conosciuti, e non in relazione ad eventualità "sconosciute ed inconoscibili", giacché l'allarme sociale costituisce, in uno stato moderno, la principale guida dell'attività repressiva.⁹

Ciascuno di noi intuisce che il P.M. esercitava un potere temibile. Quale rappresentante del potere punitivo statale era munito di poteri addirittura sulla libertà personale dell'individuo (ordini di cattura) nonché di poteri tipici della giurisdizione (convalida di arresti e di sequestri).

⁸ Da ciò la particolare cura profusa nella ricerca di colpevoli di fatti di particolare clamore, fino alla necessità di trovare un colpevole a tutti i costi, come si è sempre fatto. E da ciò la particolare delicatezza della funzione giudicante, che spesso riusciva a vanificare tali tentativi. E per contro l'ostilità della politica alle sentenze di assoluzione, giacché se si lasciavano irrisolti casi di grande impatto sociale era stata inutile l'opera dello Stato.

⁹ L'allarme sociale è il parametro dell'attività repressiva in ogni sistema liberale, che tende alla tranquillità dei consociati, in contrapposizione allo stato etico che tende alla "bontà" degli stessi. In parole chiare allo stato liberale non importa che taluno sia cattivo o perfido, essendo fondamentale che lo stesso non crei allarmi o danni alla collettività, onde solo in tale ultimo caso va punito (ad esempio è punita l'ubriachezza molesta o manifesta, che si riflette all'esterno dell'agente, e non l'ubriachezza solitaria e nascosta che non si riflette nei confronti di alcun altro. Viceversa allo Stato etico importa la "bontà" (o "correttezza") del suddito, che va punito se il suo comportamento, ancorché nascosto e privo di riflessi all'esterno, viola i canoni della correttezza ritenuta dall'opinione dominante.

Del resto i suoi poteri venivano sempre più ampliati, in omaggio alla necessità di difesa dello Stato da atti eversivi prima (Brigate Rosse) e dalla criminalità organizzata poi, e rafforzati anche nei confronti della giurisdizione, la quale sempre più si adagiava sulle interpretazioni legislative ampliative oltre misura dei poteri del medesimo.

In conclusione al Pubblico Ministero era attribuito un grandissimo potere, in qualche modo anche condizionante l'esercizio della giurisdizione, ma non la titolarità del potere repressivo. Né era ipotizzabile che ad esso venisse assegnato neanche in parte, se non sottraendolo all'indipendenza assoluta di cui la magistratura gode nel suo complesso.¹⁰

¹⁰ A tale proposito cfr. F. Cordero. Guida alla procedura penale. UTET 1986 p. 163 testualmente "Nessuno che conti qualcosa nel gioco parlamentare governativo concederà mai una mano armata ad apparati già temibili e politicamente irresponsabili". Vedremo come la previsione è stata smentita qualche anno dopo; cfr. paragrafo seguente nota 11.

VI - Il 1989 ed il nuovo codice di procedura penale

Il 1989 segna una svolta epocale, che in pochissimo tempo ha sovvertito lo schema pocanzi delineato. E' infatti entrato in vigore il nuovo codice di procedura penale.

La stesura del nuovo codice era avvenuta sull'onda dell'ormai pacifica inadeguatezza del codice Rocco a garantire un accertamento della verità, per l'eccessivo potere processuale attribuito al Pubblico Ministero il quale, per il fatto di essere parte pubblica, veniva considerato organo imparziale, col risultato che l'ipotesi accusatoria finiva troppo spesso per coincidere con la verità processuale.

All'elaborazione del codice aveva partecipato il fior fiore degli studiosi di procedura penale, e con esso il Pubblico Ministero era stato privato dei poteri sulla libertà personale e sulla convalida di fermi o arresti, attribuiti ad un organo giurisdizionale che avrebbe agito dietro sua richiesta (giudice per le indagini preliminari). Il Pubblico Ministero era stato altresì privato pressoché totalmente del potere probatorio, anche se gli era stato attribuito il potere repressivo e la disponibilità della polizia giudiziaria¹¹.

¹¹ L'art. 55 c.p.p. vigente prevede che la polizia giudiziaria svolge ogni indagine delegata dall'autorità giudiziaria.

L'art. 56 c.p.p. vigente ripete quanto già previsto dal primo comma dell'art. 220 del vecchio codice circa le funzioni di polizia giudiziaria svolte alla dipendenza e sotto la direzione dell'autorità giudiziaria, elidendone però la menzione circa l'osservanza delle disposizioni che nei rispettivi ordinamenti ne regolano i rapporti interni di dipendenza gerarchica, ed istituendo sezioni di polizia giudiziaria presso ogni Procura della Repubblica..

Tali sezioni di P.G. dipendono direttamente dai magistrati che dirigono i relativi uffici (art. 58 c.p.p.) e non possono esser distolti da tale attività se non per disposizione del magistrato da cui dipendono (art. 59 c.p.p.).

Gli articoli sono riportati in allegato alla pag. 159.

Si era infatti partiti dall'ovvia considerazione che la configurazione del P.M. come organo di giustizia e di garanzia della verità, all'interno del procedimento, contrastava col ruolo di parte accusatoria da lui esercitato. Ed attesa la sua caratteristica naturale di parte, tanto valeva considerarlo normativamente tale, privandolo dei poteri connessi ad una funzione giurisdizionale.

Sulle prime si è assistito ad una forte opposizione dei P.M. e della magistratura in generale che aveva considerato foriera di disordini sociali la privazione in capo al P.M. del potere di arresto e del privilegio probatorio dei propri atti.

Da parte di larghi settori della magistratura si era stigmatizzata la classe politica e la cultura processualistica ormai dominante, *“la cui unica preoccupazione era quella di proteggere i delinquenti contro immaginari soprusi della società e dei giudici”*. Il ruolo *“così marcatamente di parte”* assegnato al P.M., ridotto a mero poliziotto, *“rendeva incomprensibile la sua collocazione all'interno della magistratura”* se non per confinare all'interno di *“essa il fallimento della politica criminale”*¹². Tanto valeva separare le carriere.¹³

Un forte allarme era stato lanciato sulle intercettazioni telefoniche, lamentando che *“per ottenere un'intercettazione il P.M. avrebbero dovuto compiere autentici miracoli”*¹⁴.

¹² Cfr. l'appello del 1999 ai magistrati di Marcello Maddalena e Mario Agnoli per “la revisione del nuovo codice di procedura penale” al quale hanno aderito la maggior parte dei magistrati italiani, riportato in allegato a pag. 162.

¹³ Ibidem. L'accento alla separazione delle carriere parrebbe formulato in chiave polemica, se non fosse poi riportato come indispensabile nelle proposte. La questione avevo poi costituito un punto fermo del programma di Forza Italia, avversata ovviamente da tutto il resto del paese, magistratura in prima fila, tanto che poi è stata abbandonata. La stessa persona fisica griderebbe allo scandalo se taluno la prospettasse come possibile.

¹⁴ Ibidem. Ciononostante l'Italia è il paese in cui si effettuano più intercettazioni telefoniche del mondo intero. Chissà cosa sarebbe avvenuto se fossero state facili da ottenere.

Ancora più forte era stato l'allarme lanciato sull'avvento di un'era della "decarcerazione", con tanto di statistiche circa la diminuzione della popolazione carceraria dal 1989 al 1990 di ben 4.000 unità¹⁵. Ci si lamentava poi che non si sarebbe più potuto *"portare a compimento qualche processo contro i vertici della criminalità organizzata e salva comunque la successiva miracolazione del delinquente ad opera della legge Gozzini o di qualche altra normativa partorita dalla fervida mente del legislatore"*.¹⁶

Non è stato necessario aspettare molto tempo però per rendersi conto che, sia pure mediati dall'opera di un giudice, tutti i poteri del Pubblico Ministero si erano sostanzialmente salvati, e dei nuovi ne erano stati acquisiti, quale quello di investigare su chiunque ed a tutto campo senza controllo. In poche parole qualche Procura della Repubblica si è resa conto che era stato incautamente attribuito al Pubblico Ministero un potere politico, e che lo stesso poteva essere, ovviamente, utilizzato per quello che era¹⁷.

¹⁵ Ibidem. Vedremo come si è abusato, e con quale facilità, della carcerazione preventiva.

¹⁶ Il lamento però non concerne tanto il ruolo di parte del P.M., ma la privazione dei poteri giurisdizionali che allo stesso competevano. Non ci si lamenta del fatto che i P.M. debbano fare indagini, ma del fatto che in tale sede siano privi dei poteri giurisdizionali. Vedremo come gran parte di quei poteri (specie quelli probatori), gli saranno restituiti dalla Corte costituzionale e dall'interpretazione della Cassazione.

¹⁷ Insensato quindi lamentarsi per il fatto che la magistratura esercita un ruolo politico. Ciò avviene perché il potere politico gli è stato incautamente attribuito.

VII - Tangentopoli

Con la consapevolezza del potere politico acquisito è subito cessato il movimento dei magistrati contro il nuovo codice di procedura penale e, grazie alle nuove regole, i P.M. hanno potuto indirizzare le loro indagini su ipotesi di corruzione e finanziamento illecito dei partiti nei confronti dell'intera classe politica detentrici del potere.

E' rimasto così dimostrato, almeno dal punto di vista storico, ed in maniera plateale, che nel corso della cosiddetta **“era della decarcerazione”**¹⁸ si è, in realtà, verificato il più cospicuo utilizzo della carcerazione preventiva, precipuamente indirizzata nei confronti di un'intera classe politica, al di fuori di qualsiasi presupposto legale, con l'avallo dei giudici, che mai hanno negato l'emissione di ordinanze di misura cautelare richieste dai P.M., neanche nei casi più evidenti di abuso della stessa.¹⁹

Può essere che qualcuno si sia accorto di aver commesso un grossissimo errore nel consegnare il principale potere politico (quello repressivo) alla magistratura, ma non ha potuto porvi rimedio giacché di tale errore avevano potuto profittare forze politiche che mai sarebbero pervenute ad un successo elettorale se non grazie a quell'azione giudiziaria nei confronti della classe politica allora al potere²⁰.

¹⁸ Cfr. nota 15 par. VI.

¹⁹ L'abuso della carcerazione preventiva in tale periodo è stato di tale evidenza da essere stigmatizzato anche dall'allora Presidente della Repubblica, Oscar Luigi Scalfaro che ebbe a lamentarsi del ricorrente *“tintinnio di manette”*. La questione è di dominio pubblico, ormai riconosciuta dall'universo giuridico e politico. Nessun commento sulla circostanza che raramente sono state annullate le ordinanze di misura cautelare in carcere.

²⁰ Nessun provvedimento legislativo che limitasse gli effetti deflagranti della spettacolarità delle accuse è stato preso, per la sua impraticabilità parlamentare. Il Presidente del Consiglio nominato in quei frangenti, l'onorevole Giulia-

Peraltro il gradimento popolare dell'azione salvifica della magistratura ha finito per rendere contrastante con l'esigenza di giustizia anche l'ultima saggia protezione dell'attività politica, che i costituenti avevano posto, consistente nell'istituto dell'autorizzazione a procedere. L'antico istituto, posto come garanzia della divisione dei poteri per tutelare il potere legislativo dalle possibili ingerenze del potere repressivo governativo fin dai primordi delle monarchie costituzionali, è stato, da più parti, denunziato come ostativo al canone dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, e quindi abolito a furor di popolo, sull'onda di una popolare indignazione, quale inammissibile privilegio impeditivo del completamento dell'opera salvifica della magistratura.²¹ Ciò ha contribuito notevolmente al pericoloso squilibrio a favore di un potere autocrate ed autoreferenziale, come quello della magistratura che, come è noto, risponde soltanto a se stessa. Tanto più che il C.S.M. quale organo di autogoverno della stessa, è composto per due terzi proprio da magistrati.

Da allora il solo accenno ad una parola evocante l'istituto dell'immunità parlamentare ha cominciato ad essere considerato poco meno che una mala parola e la sola prospettiva di un'esigenza di tutela dell'attività politica, ad essere ritenuto un semplice pretesto per garantirsi l'impunità dai più efferati delitti.

no Amato fu costretto ad intervenire drasticamente in parlamento a difesa dell'onore del ministro della giustizia G. Conso, che era stato insultato solo per aver balenato l'ipotesi di una soluzione giuridica concernente la violazione delle regole di finanziamento pubblico ai partiti.

²¹ Cfr La legge costituzionale 23. X. 1993. n° 3 che, modificando l'art. 8 della Costituzione, ha abolito l'istituto dell'autorizzazione a procedere nei confronti dei parlamentari. L'istituto sopravvive nei confronti dei giudici della Corte costituzionale.

E così il potere repressivo, privo di alcun controllo e di riscontro democratico²², ha potuto continuare la selezione degli obbiettivi di repressione, individuando nei soggetti appartenenti alla classe politica governativa le persone sulle quali indagare, e nei fenomeni di finanziamento illecito e corruzione i reati da perseguire.

La miopia della classe politica, unita ad interessi di bottega divulgati quali garanzia dell'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, ha quindi lasciato esposta l'attività politica del Paese all'apparato repressivo, senza alcun limite alla sua invadenza in ogni campo.

I principali beneficiari della consegna del potere politico repressivo ai P.M. sono stati, come è noto, la Lega Nord, Forza Italia, l'allora P.D.S. e Alleanza Nazionale, che hanno potuto fruire in termini elettorali della caduta dei partiti tradizionali, dell'estirpazione del loro radicamento sociale e dello spazzamento dell'intera classe politica.

In quella fase ogni pallido conato di intervento legislativo, limitativo dei poteri dell'apparato repressivo, era visto e propagandato come attentato alla legalità dai mass media e dalla classe politica non al governo, beneficiaria in termini elettoralistici dell'azione repressiva intrapresa.

²² Il potere repressivo in Italia, pur non essendo soggetto al vaglio elettorale, può alterare a suo piacimento gli equilibri politici

VIII - Protezione legislativa del potere repressivo

Il potere repressivo, aveva trovato, come si è detto, delle forme addirittura esasperate di consenso popolare diffuso al suo esercizio.

Lo stesso assetto culturale della società si andava ormai consolidando secondo logiche modali che esaltavano, come cardine della società, l'uguaglianza di tutti davanti alla legge, (*alias* possibilità dell'apparato repressivo dei P.M. di esercitarsi liberamente nei confronti degli altri aspetti del potere statale) garantita dall'obbligatorietà dell'azione penale.²³

Nessuna formazione politica, né tantomeno la stampa, poteva accreditarsi nell'opinione pubblica se non inneggiando all'azione salvifica della magistratura cui si attribuiva il merito di aver salvato il Paese da una classe politica "ladrona".

Pareva addirittura che l'attribuzione del potere repressivo ai P.M. e la conseguente loro possibilità di colpire (irresponsabilmente) i ministri, i leader di partito, e chiunque altro, avesse risolto l'annoso dilemma del "*quis custodiet custodes*". Costituiva infatti un comune soddisfacimento il fatto che la classe politica governativa, prima iniquamente esentata dall'osservanza della legge, pagava per le proprie colpe, grazie alla coraggiosa azione della magistratura.

Si trascurava però la semplicissima constatazione che ormai i *custodes* non erano più la classe politica a livello governativo, ma i P.M. nei cui confronti ovviamente non si svolgevano inda-

²³ La tesi, agitata dai giornali ha finito per incontrare avallo obliquo nelle decisioni della Corte costituzionale. Cfr. a tale proposito le successive note 25 e 26.

gini²⁴, esattamente come prima era avvenuto per la classe governativa.

L'apparato repressivo aveva però conquistato una popolarità che rafforzava ulteriormente il proprio potere, e con esso le sue possibilità di influenza sull'aspetto legislativo. Del resto la Corte costituzionale aveva di fatto restituito, se non del tutto, almeno la gran parte dei poteri probatori al Pubblico Ministero.²⁵

Infine si era in qualche modo pervenuti al rinvenimento di una sorta di protezione costituzionale al potere investigativo dei P.M., facendo leva sul fatto che l'obbligatorietà dell'azione penale, prevista in Costituzione, e le garanzie d'indipendenza del Pubblico Ministero costituiscono il baluardo dello Stato di diritto in cui tutti i cittadini sono uguali di fronte alla legge.

Così come era diventato oggetto di protezione costituzionale il processo penale e la sua funzione²⁶

²⁴ Come si è tentato di evidenziare la difficoltà di reprimere il detentore del potere repressivo sta nelle cose, e la pretesa di poterlo fare in ogni caso è semplicemente populistica e velleitaria. Solo che, se prima godeva di questo status di fatto il ministro sulla base dell'inesigibilità, ora ne godono le decine di magistrati sulla base di un semplice concorso.

²⁵ La Corte costituzionale aveva dichiarato illegittimi gli artt. 502, 513 e 194 c.p.p. sancendo il principio di non dispersione delle prove. Cfr. sentenze 22.01.1992 n° 24; 18.05.1992 n° 254 e 18.05.1992 n° 255.

²⁶ Emblematica in tal senso la sentenza della Corte costituzionale 361/98. Con essa la Corte aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge istitutiva del cosiddetto "Giusto Processo". Si trattava di una legge che impediva l'utilizzazione in giudizio delle dichiarazioni rese da altre persone in altro procedimento, senza consentire all'imputato di controesaminarle. La Corte Europea aveva condannato l'Italia perché consentiva una tale violazione del diritto di difesa del cittadino, che poteva essere condannato per dichiarazioni altrui rese in processi che non lo riguardavano, senza che potesse controinterrogare i propri accusatori. Il Parlamento votò quindi la legge che ne vietava l'utilizzo processuale ma fu dichiarata incostituzionale dalla Corte, non per violazione delle libertà dei cittadini, ma per violazione delle funzioni accertativa (o condannatoria?) del processo.

Il Giusto processo fu allora introdotto con la legge costituzionale 23.XI.1999 n°22.

Una volta esaurita la classe politica governativa, l'apparato repressivo non ha cessato la sua azione salvifica dal malcostume politico ma, constatata l'imprevista emersione del fenomeno politico elettorale "Berlusconi" e "Forza Italia", si è concentrato su tale fenomeno (sia pure con azioni paludate da un'ostentata legalità)²⁷.

E quando l'assenza di un'equilibrata politica criminale nell'azione repressiva, palesemente persecutoria nei confronti di Berlusconi, ha finito per essere percepita a livello popolare, determinando un livello di sfiducia nella magistratura tale da toccare livelli allarmanti, se ne è attribuita la responsabilità ad un'opera di "delegittimazione" del suo operato da parte di talune forze politiche.

In conclusione, nonostante la perdita di consenso popolare proprio sulle iniziative repressive più eclatanti, si era ormai affermato un principio di civiltà giuridica per cui tutti indistintamente, politici e non, possono essere ugualmente raggiunti da iniziative repressive da parte di un organo indipendente²⁸ che non risponde a nessuno di tali azioni.

Il che costituisce la vera e propria stortura ideologica, diffusa con quelli che Gramsci chiamava apparati ideologici di Stato (*rectius* del potere), la quale, contrabbandando per "Stato di di-

²⁷ Che Forza Italia, ed il suo fondatore Silvio Berlusconi siano stati sottoposti ad una persecuzione giudiziaria oltre ogni limite di tollerabilità è un fatto difficilmente contestabile. Nessuna persona ha avuto mai, nella storia mondiale, tante accuse e tanti processi quanti Silvio Berlusconi dalla sua discesa in campo. Che poi sia stato trovato o meno colpevole di reati conta assai poco. Esaminando con accanimento l'intera vita di ciascuno di noi, sarebbe assai probabile trovare più di una manchevolezza a cui poter attribuire rilevanza penale.

²⁸ Ormai anche per F. Cordero la dipendenza del P.M. dal ministero dell'interno è una iattura. Le garanzie le dà meglio un P.M. indipendente. Cfr. tra l'altro "Le Strane regole del sig. B.", Garzanti, 2003, pag. 53.

ritto” con cittadini uguali davanti alla legge l’attribuzione del repressivo ad una casta indipendente ed irresponsabile, ha mascherato il reale attentato alla libertà dei cittadini i quali, se prima potevano blandamente difendersi dalle accuse grazie all’indipendenza dei giudici, adesso sono totalmente in balia della magistratura²⁹ ormai titolare del potere politico (ossia repressivo) oltre che di quello giurisdizionale, con buona pace della divisione dei poteri³⁰.

Quale garanzia dell’equilibrio e dell’equanimità dell’azione della magistratura, sia negli obbiettivi d’indagine che nell’esercizio della giurisdizione a tali indagini conseguente, l’Italia si dovrà accontentare del fatto che trattasi di persone delle quali si postula l’assoluta integrità sotto tutti i profili in quanto vincitori di un concorso di Stato.

A tale enorme potere della magistratura i politici, non solo non hanno mai cessato di affidare l’amministrazione del Paese ricorrendo alla sanzione penale ad ogni piè sospinto³¹ ma, pur lamentandone l’evidente invadenza in ogni campo dell’amministrazione statale, hanno finito per aggiungere altri

²⁹ Le iniziative indagatorie sono ovviamente libere ed incontrollabili, per la repressione di reati sconosciuti prima del 1990. Ci si riferisce, tanto per fare esempi, al delitto di “voto di scambio” tipico dei politici. Addirittura si è ravvisato un delitto nella promessa di utilità ad un parlamentare affinché esprima un certo voto in aula, piuttosto che un altro. Con tanto di indagini sull’utilità avuta o promessa in cambio del voto contro la fiducia di un governo o a favore della fiducia per un altro. Neanche un così pesante intervento sull’attività politica tipica (la conquista di voti a favore o contro in parlamento) ha scosso la classe politica, ormai rassegnata al governo dei P.M.

³⁰ Infatti il potere repressivo è nelle mani dei titolari della stessa casta detentrici del potere giurisdizionale.

³¹ Ogni tentativo di ricondurre la sanzione penale alla sua vera natura ha incontrato sempre i più svariati ed accesi ostacoli. Basti pensare alla bagarre per l’ipotesi di depenalizzazione del falso in bilancio.

poteri riflessi, prevedendo ulteriori effetti politici alle sentenze di condanna.³²

E' del tutto evidente che la situazione in cui il principale potere esecutivo risulta totalmente affidato ad un istituzione priva del controllo da parte degli organi dello Stato, talvolta addirittura ostile ai suoi rappresentanti istituzionali, e ciononostante corroborato da questi ultimi, non trova precedenti nell'universo politico, né nella storia di alcuna società al mondo.

Tale essendo la situazione è specioso, per chi conserva un minimo di sensibilità democratica, chiedersi se sia giusta o meno la sentenza della Cassazione che conferma la condanna di Berlusconi, e continuare a non rendersi conto che la stessa (al di là delle reali colpevolezze o meno) rappresenta il portato, non tanto di una semplice anomalia del nostro Paese, quanto della scomparsa di ogni retaggio di istituzione statale corrispondente ad una democrazia occidentale.

Sostanzialmente, il neologismo di "magistratocrazia" utilizzato per descrivere il fenomeno italiano, coglie nel segno probabilmente molto più di quanto chi lo ha usato abbia voluto dire³³.

³² Ci si riferisce alla cd legge Severino, che fa derivare da un certo tipo di sentenze di condanna la perdita del diritto di elettorato passivo.

³³ Il termine è stato usato da Berlusconi in relazione alla condanna emessa nei suoi confronti. Il che denota l'intuizione della potenza irresistibile della magistratura, in questo caso giudicante.

Ma tale enorme potere sui destini della politica deriva dalla potestà di inchieste ed indagini da parte di un organo indipendente e fuori controllo, ovvero i P.M. La loro contiguità col potere giurisdizionale, un tempo garanzia per il potere esecutivo di una qualche influenza sulla giurisdizione, oggi è garanzia della buona riuscita delle inchieste.

IX - La posizione della politica

In tale sfacelo istituzionale la classe politica si é divisa in due orientamenti astratti (ed in nessun atteggiamento concreto, visto che nessuna riforma legislativa concernente la giustizia è stata adottata in contrasto col volere espresso dalla casta dei magistrati)³⁴.

Da un lato, la parte che si ritiene beneficiata dall'apparato repressivo ha inneggiato allo Stato di diritto ed alla necessità di rafforzare la cultura della legalità (*alias* di piaggeria nei confronti del potere repressivo).

Dall'altro, la parte che viceversa è obbiettivamente bersagliata oltre ogni misura da tale apparato, non ha mai affrontato il problema alla radice, ossia dal punto di vista del potere repressivo incautamente affidato alla magistratura, ma si è limitata a dei tentativi di autotutela *singulatim*, con leggine *ad personam* che hanno scatenato bagarre parlamentari, senza alcun esito, trattandosi di provvedimenti rivelatisi, comunque, inefficaci rispetto ai propri fini³⁵.

Del resto, qualsiasi tentativo di apprestare un minimo di tutela nei confronti di tale potere, anche con provvedimenti legislativi generalizzati ed obbiettivamente neutri, veniva avversato sol-

³⁴ La blandissima misura della separazione delle carriere dei magistrati provocherebbe anche oggi una crisi di governo .

³⁵ Emblematica in tal senso la battaglia parlamentare per ampliare l'istituto della remissione dei procedimenti ai casi di legittimo sospetto, presente nella cultura legale italiana quantomeno dal codice Zanardelli. La vivacissima opposizione a tale ampliamento dell'istituto nasceva dall'ovvia considerazione che di esso avrebbe potuto avvalersi Silvio Berlusconi per spostare i propri procedimenti in una sede diversa da quella di Milano. La vittoria della battaglia parlamentare e l'introduzione di tale possibilità non è servita se non a consentire a Berlusconi di avanzare l'istanza presso la Cassazione, e vedersela respinta.

tanto perché in quel preciso frangente poteva agevolare il plurindagato e plurimputato Silvio Berlusconi. E ciò a tacer del fatto che l'opposizione parlamentare finiva sempre per trovare sponda in ordinanze di rinvio alla Corte costituzionale, la quale dichiarava illegittima costituzionalmente qualsiasi tipo di tutela.³⁶

I reiterati tentativi di risolvere il conflitto “magistratura - Silvio Berlusconi”, nonostante le alte cariche ricoperte da quest'ultimo e le potestà legislative esercitabili dai gruppi politici a lui vicino in diversi momenti del trascorso ventennio, sono così naufragati proprio perché il contrasto con il potere repressivo si risolve sempre, ovviamente, a favore di quest'ultimo.

Vincere contro il potere repressivo senza intaccare la radice di esso è, in generale, pura e semplice illusione, rappresentando una “*contradictio in adiecto*”, proprio perché lo Stato non può vincere contro il suo principale potere. Inutili quindi leggine *ad personam*, o interpretazioni giuridiche (anche brillanti) tali da escludere l'applicabilità di una legge al caso specifico. La questione circa la decadenza da senatore di Berlusconi lo dimostra, rappresentando l'epilogo politico-personale di tale stortura.

Unica possibilità di intervento della politica sul punto è rappresentata dalla circostanza che, almeno finora, il potere repressivo si legittima con riferimento alla legge. Ed è pertanto su di essa, che si dovrebbe agire, non già nel senso di sottrarre l'azione politica o la classe politica al potere repressivo, come inutilmente si è tentato di fare, ma nel senso di privare la magi-

³⁶ La Corte costituzionale ha reiteratamente dichiarato l'illegittimità costituzionale di ogni tentativo del legislatore di sottrarre le alte cariche dello Stato ai processi penali, in pendenza di tali cariche.

struttura del potere repressivo³⁷, confinando la stessa nell'esclusiva funzione giurisdizionale.

³⁷ Non credo comunque che la semplice abrogazione degli articoli 55, 56, 57, 58, 59 del codice di procedura penale possano risolvere il problema, giacché il potere può essere efficacemente conferito, ma non altrettanto efficacemente tolto. Un po' come il titolo di Sacro Romano Imperatore che, seppure conferito dal Papa, non poteva essere da lui efficacemente revocato.

X - Prospettive

Così stando le cose è impensabile un ripristino dell'immunità parlamentare, sia per l'impopolarità che una tale ovvia previsione incontrerebbe, sia per la sua assoluta impraticabilità parlamentare, sia perché l'attuale quadro politico è tale da rendere inidoneo allo scopo anche quell'istituto che aveva egregiamente protetto il sistema politico per decenni.

L'imbarbarimento del contrasto politico non ha conservato quella solidarietà della classe politica che aveva costituito il senso stesso delle guarentigie parlamentari³⁸. La propensione all'annientamento dell'avversario politico, complice anche il barbaro sistema elettorale a maggioranze parlamentari precostituite fin dalla fase elettorale, comporterebbe la concessione dell'autorizzazione a procedere a colpi di maggioranza nei confronti dei "nemici", e la negazione della stessa solo da parte degli "amici". Il che, svuotando di contenuto la funzione politica dell'immunità, renderebbe comunque sterile l'istituto.

Allo stato mi pare che l'unica strada percorribile sarebbe una ricostruzione normativa che riportasse in vita la struttura del vecchio codice di procedura penale del 1930 il quale, sia pure infarcito di mille storture dovute alla sua derivazione fascista (taluna delle quale corretta in un periodo di Corte costituzionale *li-*

³⁸ E' noto che le guarentigie parlamentare hanno sempre contato sulla solidarietà che la classe, pur nelle differenti o contrastanti appartenenze politiche, aveva nei confronti sia dell'apparato repressivo, sia dell'apparato giurisdizionale, entrambi rispondenti al Re. "Ai giudici del Re non può consentirsi di interloquire in nessun modo su un libero parlamento" era il motto orgoglioso della classe politica, il cui retaggio sopravvive nella carenza della giurisdizione ordinaria sulle elezioni politiche.

beral) quantomeno non si era caratterizzato per la consegna del monopolio investigativo e della polizia giudiziaria nelle mani dei P.M. indipendenti e senza controllo.

Da un lato risulterebbero incomprensibili le resistenze della magistratura a tale operazione normativa, in considerazione del fatto che la stessa aveva sempre avvertito l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale³⁹, e dall'altro sarebbe complesso per la Corte costituzionale motivare l'illegittimità di un codice sopravvissuto al suo vaglio per diversi decenni.

Sarà nel contempo opportuno cominciare a pensare che l'indipendenza dai poteri dello Stato ha un senso soltanto per la funzione giurisdizionale. Il che comporta che lo *status* di indipendente potrà attribuirsi alla magistratura, solo a condizione che il corrispondente ruolo venga strettamente confinato alla funzione giurisdizionale, con esclusione di qualsiasi altra.

Con l'ovvio corollario che la Corte costituzionale, o i diversi ministeri (giustizia innanzitutto) non dovrebbero più essere appannaggio di magistrati (membri dell'associazione nazionale magistrati) in funzione di consulenti e quant'altro.

Al di là delle modalità con le quali si potrà individuare la strada per il ripristino di una democrazia occidentale, con tutti i suoi limiti, ma quantomeno con una vera divisione dei poteri, occorrerà ritornare alla considerazione della politica come esercizio di un potere legittimo, nel normale gioco parlamentare, piuttosto che come campo di battaglia per l'annientamento del nemico.

³⁹ Cfr. par. 6 e nota 12

E soprattutto in questioni concernenti i poteri della politica occorrerà un ritorno ad un comune sentire, e ad una corretta comune difesa delle prerogative della classe politica, evitando di cavalcare sopraffazioni solo perché utili in un certo frangente alla vittoria elettorale.

Soccorre a tale proposito l'ovvia considerazione che, una volta sondato il proprio potere politico con l'eliminazione del più grosso fenomeno elettorale del dopoguerra, l'apparato repressivo (e la casta che lo detiene) non lo deporrà per mettersi a disposizione della politica, ma troverà ulteriori obiettivi di tutela non più consoni alla classe politica che sarà risultata dominante, come già fece dopo tangentopoli.

E chi ora inneggia alla legalità proteggendo sul piano legislativo il potere repressivo della magistratura potrà trovare quello che ha trovato Berlusconi al suo ingresso nell'agone politico.

Allegati

CODICE DI PROCEDURA PENALE 1930

Art. 1

(Officialità dell'azione penale)

L'azione penale è pubblica e, quando non sia necessaria la querela, la richiesta o l'istanza, è iniziata d'ufficio in seguito a rapporto, a referto, a denuncia o ad altra notizia di reato.

Art. 2

(Obbligo del rapporto in generale)

Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria debbono fare rapporto di ogni reato del quale vengono comunque a conoscenza, salvo che si tratti di reati punibili a querela dell'offeso.

Gli altri pubblici ufficiali e gli incaricati di un pubblico servizio che, nell'esercizio o a causa delle loro funzioni o del loro servizio, hanno notizia di un reato, sono obbligati a farne rapporto, salvo che si tratti di reato punibile a querela dell'offeso.

Il rapporto è presentato senza ritardo al Procuratore della Repubblica.

Il rapporto espone succintamente il fatto con tutte le circostanze che possono interessare il procedimento penale; da notizia di tutti gli elementi di prova raccolti e, quando è possibile contiene le generalità di chi è indicato come reo, della persona offesa dal reato e dei testimoni, o quant'altro valga alla loro identificazione.

Art. 219

(Funzioni della polizia giudiziaria)

La polizia giudiziaria deve anche di propria iniziativa prendere notizia dei reati, impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori, assicurare le prove, ricercare i colpevoli e raccogliere quant'altro possa servire all'applicazione della legge penale.

Art. 220

(Subordinazione della polizia giudiziaria)

Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria esercitano le loro attribuzioni sotto la direzione e alla dipendenza del procuratore generale presso la corte d'appello e del procuratore della Repubblica, osservate le disposizioni che, nei rispettivi ordinamenti ne regolano i rapporti interni.

CODICE PROCEDURA PENALE 1989

Art. 50

(Azione penale)

1. Il pubblico ministero esercita l'azione penale quando non sussistono i presupposti per la richiesta di archiviazione.

2. Quando non è necessaria la querela, la richiesta, l'istanza o l'autorizzazione a procedere, l'azione penale è esercitata di ufficio.

3. L'esercizio dell'azione penale può essere sospeso o interrotto soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge.

Omissis

Titolo III : POLIZIA GIUDIZIARIA

Art. 55

(Funzioni della polizia giudiziaria)

1. La polizia giudiziaria deve, anche di propria iniziativa, prendere notizia dei reati, impedire che vengano portati a conseguenze ulteriori, ricercarne gli autori, compiere gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale.

2. Svolge ogni indagine e attività disposta o delegata dall'autorità giudiziaria.

3. Le funzioni indicate nei commi 1 e 2 sono svolte dagli ufficiali e dagli agenti di polizia giudiziaria.

Art. 56

(Servizi e sezioni di polizia giudiziaria)

1. Le funzioni di polizia giudiziaria sono svolte alla dipendenza e sotto la direzione dell'autorità giudiziaria:

- a) dai servizi di polizia giudiziaria previsti dalla legge;
- b) dalle sezioni di polizia giudiziaria istituite presso ogni procura della Repubblica e composte con personale dei servizi di polizia giudiziaria;
- c) dagli ufficiali e dagli agenti di polizia giudiziaria appartenenti agli altri organi cui la legge fa obbligo di compiere indagini a seguito di una notizia di reato.

Art. 57

(Ufficiali e agenti di polizia giudiziaria)

1. Salve le disposizioni delle leggi speciali, sono ufficiali di polizia giudiziaria:

a) i dirigenti, i commissari, gli ispettori, i sovrintendenti e gli altri appartenenti alla polizia di Stato ai quali l'ordinamento dell'amministrazione della pubblica sicurezza riconosce tale qualità;

b) gli ufficiali superiori e inferiori e i sottufficiali dei carabinieri, della guardia di finanza, degli agenti di custodia e del corpo forestale dello Stato nonché gli altri appartenenti alle predette forze di polizia ai quali l'ordinamento delle rispettive amministrazioni riconosce tale qualità;

c) il sindaco dei comuni ove non abbia sede un ufficio della polizia di Stato ovvero un comando dell'arma dei carabinieri o della guardia di finanza.

2. Sono agenti di polizia giudiziaria:

a) il personale della polizia di Stato al quale l'ordinamento dell'amministrazione della pubblica sicurezza riconosce tale qualità;

b) i carabinieri, le guardie di finanza, gli agenti di custodia, le guardie forestali e, nell'ambito territoriale dell'ente di appartenenza, le guardie delle province e dei comuni quando sono in servizio.

3. Sono altresì ufficiali e agenti di polizia giudiziaria, nei limiti del servizio cui sono destinate e secondo le rispettive attribuzioni, le persone alle quali le leggi e i regolamenti attribuiscono le funzioni previste dall'articolo 55.

Art. 58

(Disponibilità della polizia giudiziaria)

1. Ogni procura della Repubblica dispone della rispettiva sezione; la procura generale presso la corte di appello dispone di tutte le sezioni istituite nel distretto.

2. Le attività di polizia giudiziaria per i giudici del distretto sono svolte dalla sezione istituita presso la corrispondente procura della Repubblica.

3. L'autorità giudiziaria si avvale direttamente del personale delle sezioni a norma dei commi 1 e 2 e può altresì avvalersi di ogni servizio o altro organo di polizia giudiziaria.

Art. 59

(Subordinazione della polizia giudiziaria)

1. Le sezioni di polizia giudiziaria dipendono dai magistrati che dirigono gli uffici presso i quali sono istituite.

2. L'ufficiale preposto ai servizi di polizia giudiziaria è responsabile verso il procuratore della Repubblica presso il tribunale dove ha sede il servizio dell'attività di polizia giudiziaria svolta da lui stesso e dal personale dipendente.

3. Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria sono tenuti a eseguire i compiti a essi affidati. Gli appartenenti alle sezioni non possono essere distolti dall'attività di polizia giudiziaria se non per disposizione del magistrato dal quale dipendono a norma del comma 1.

PER LA REVISIONE DEL NUOVO CODICE DI PROCEDURA PENALE

Quando nei primi mesi del 1990 **Mario Agnoli e Marcello Maddalena** diffusero questo appello la risposta dei magistrati fu ampia e significativa. Aderirono anche numerosi avvocati.

Il gruppo di Magistratura Indipendente aveva promosso nel 1985 un referendum sulla proposta di nuovo codice di procedura penale, cui aderirono oltre mille magistrati e che rivelò un pesante disagio.

Le idee propuginate in questo documento furono alla base di correzioni al codice di procedura penale del 1989, rese necessarie dal dilagare della criminalità ed indotte dalle sentenze della Corte Costituzionale.

Crediamo che questo documento costituisca una importante testimonianza del vivo e vitale dibattito, avente ad oggetto l'interesse della giustizia, e non vantaggi di bottega, presente nella magistratura. E che le idee in esso espresse meritino ancora di essere conosciute e -almeno secondo noi - condivise

L'appello è pubblicato in www.giustiziacarita.it archivio magistrati ed è il seguente.

Cari colleghi,

perdonate: ancora un Movimento

ci rendiamo conto che se, accanto alle tradizionali tre “correnti” della magistratura associata, al sindacato, al “movimento” dei “verdi” ed alle varie “proposte” ci si mette adesso un altro Movimento si rischia di provocare una crisi di rigetto con conseguente cestinazione di questo scritto, prima ancora che venga letto.

Vi preghiamo però di avere pazienza e di andare avanti, assicurandovi subito che questo “movimento” (non sapevamo altrimenti come chiamarlo) non è una “corrente” associativa né palese né mascherata; non ha fini di redenzione dell’universo da tutti i suoi mali né quello di insegnare tutto a tutti; né vuol essere “trasversale”, “orizzontale” o “verticale”; né ha candidati da proporre alle prossime elezioni dei C.S.M. o alle future del C.D.C.

Nulla di tutto ciò.

Questo “movimento” ha un oggetto parziale, limitato, concreto; ed è destinato a morire di morte naturale una volta conseguito l’oggetto. Per di più, non ha né sponsor né fondi ed è anzi preventivata la più fiera opposizione da parte di tutta l’ ”intelligenza” giuridica nazionale: per cui è anche, quasi sicuramente, destinato all’insuccesso.

Ma vuole solo rappresentare il tentativo, fatto per dovere di testimonianza e per rispetto di sé stessi e di tutti i cittadini, di fornire un contributo affinché il Paese abbia finalmente un processo penale davvero serio e funzionale.

E se a questo non si dovesse pervenire, non vi sarà almeno il rimorso di non aver fatto nulla per impedire l’irreparabile.

L’alibi: la carenza di strutture

I risultati dei primi mesi di applicazione del nuovo codice dovrebbero aver aperto gli occhi ai magistrati o, almeno, a quella parte della magistratura che non ne è rimasta “compromessa” nella progettazione, preparazione, redazione ed entrata in vigore.

Non si tratta infatti — come ad arte si sostiene — solo di un problema di mezzi e di strutture materiali e personali: dei cancellieri, dei segretari, dei dattilografi, degli uscieri che o non ci sono o non sono stati affatto preparati alle nuove funzioni; dei famosi

stenotipisti che non ci sono e che i magistrati sono rassegnati a non veder mai; dei registratori o delle altre macchine di riproduzione meccanica e visiva che, anche quando ci sono, sono scarsamente utilizzabili per mancanza di personale capace di farli funzionare e per l'impossibilità di ottenere subito la trascrizione dei verbali in caratteri normali; delle fotocopiatrici che dovrebbero essere decuplicate e che invece sono quasi sempre antiquate e mal ridotte; degli ufficiali giudiziari sepolti da valanghe di richieste di notifiche che non riescono ad evadere in tempo utile; delle sezioni di polizia giudiziaria che in alcuni posti non sono state costituite neppure sulla carta e negli altri non sono ancora funzionanti (in attesa di sapere chi paga, tra il Ministro degli Interni ed il Ministro di Grazia e Giustizia). E non si tratta neppure dell'impossibilità o difficoltà di utilizzare al meglio il personale a causa della surrettizia introduzione, attraverso il regolamento di esecuzione del nuovo c.p.p. (art. 1), del principio della "doppia dirigenza" che, di fatto, sottrae ai magistrati la gestione del personale ausiliario; né è soltanto questione di locali e arredi, anche se in alcune, anche grandi o grandissime sedi giudiziarie (Torino, Roma, Nipoti), manca ancora un Palazzo di giustizia e gli uffici (e talora persino i servizi appartenenti ad un medesimo ufficio) sono dislocati a chilometri di distanza l'uno dall'altro.

Tutte cose vere, verissime, sacrosante: ma che c'erano già prima; che erano state denunciate non da mesi ma da anni; e che solo qualche illuso o ingenuo poteva sperare venissero meno con l'entrata in vigore del nuovo codice e che, come impedivano di funzionare appieno al vecchio rito, così sono ed ancora di più saranno di ostacolo al nuovo, che, più del vecchio, richiederebbe ritmi accelerati ed eliminazione dei tempi morti.

Ma non è qui il nocciolo della questione. O è qui solo in par-

te, in minima parte! E se fosse tutto qui, alla fin fine, La situazione non sarebbe né così drammatica, né irrecuperabile: perché, prima o poi, qualche cosa, in tema di strutture, arriverà.

Il fatto è che il discorso sui mezzi e sulle strutture è, come si dice, “mistificante”. Non per nulla, sono proprio i tanti padri e padrini del nuovo c.p.p. che si affannano a voler far credere che si tratta solo ed unicamente di un problema di strutture: perché — diciamolo chiaramente — è tanto facile e tanto comodo poter scaricare sull’essenza delle strutture e, quindi, sull’esecutivo (che da parte sua se lo merita) tutta la responsabilità del fallimento di un codice che invece è stato così ideato, concepito, voluto e realizzato, col colpevole avallo di buona parte della stessa magistratura e dell’intera Associazione (che ha confuso La innegabile necessità di una riforma del processo penale con la bontà della riforma che in concreto è stata attuata), da una classe politica la cui unica preoccupazione — alla prova dei fatti — sembra essere stata quella di proteggere i delinquenti contro gli immaginari soprusi della società e dei suoi giudici.

L’accusa: i difetti di strutture

La verità è che questo codice è — esso sì, di per sé ed indipendentemente dalle strutture — “strutturalmente” inidoneo e garantire, nel rispetto delle libertà individuali, un minimo di sicurezza ai cittadini, nei confronti sia della grande che della microcriminalità; sia delle piccole che delle grandi violenze (maltrattamenti, violenze carnali, sfruttamento di donne e minori ...); sia dei fenomeni di inquinamento e degrado dell’ambiente e della salute che del malcostume politico-amministrativo, etc.

Alla base di tutto, vi è, a nostro avviso, il misconoscimento e l’indifferenza per quei “valori” che, soli, giustificano la stessa esistenza di una “giustizia penale” e cioè di un sistema sanziona-

torio e di un processo penale. Di questo misconoscimento e di queste indifferenza sono logici ed inevitabili corollari la sostanziale inutilità del primo, la distorsione e lo snaturamento, nei fini e nei mezzi, del secondo.

Un sistema sanzionatorio ed un processo penale hanno infatti un senso solo in quanto, attraverso il processo, si possa pervenire all'individuazione ed alla condanna degli autori dei fatti criminali che il sistema sanzionatorio penale prevede e punisce.

L'accertamento della verità

Ma, allora, il processo penale deve tendere all'"accertamento" della verità: non a quello "a qualunque costo ed a qualunque prezzo"; non a quello al di fuori delle regole, all'insegna di un "sostanzialismo" rozzo e deteriore, che non conosce confini e che non tollera remore. Ma ad un accertamento della verità che abbia una qualche possibilità di riuscita.

Nel rispetto dei limiti, delle competenze, dei diritti e delle garanzie individuali; ma che accertamento della verità sia e possa essere, almeno come obiettivo finale, come meta ultima, come illusione che aspira a trasformarsi in realtà.

Una tale potenzialità, nel campo penale, significa che, una volta che un reato sia stato commesso, se ne debbano ricercare gli autori; e che, una volta che gli autori siano stati individuati, si cerchi di verificarne seriamente la responsabilità, senza rinunce aprioristiche; e che, una volta che la responsabilità sia stata giudizialmente accertata, ne consegua la sanzione: sanzione da scontare e non da vanificare attraverso un ordinamento penitenziario che, nel lodevole intento di dare alla pena quella funzione rieducativa che in concreto dovrebbe avere, ha finito in realtà per non rieducare nessuno e per togliere ogni efficacia deterrente al sistema penale sostanziale, svolgendo, rispetto a quello proces-

suale, il ruolo di Penelope.

Ebbene nel nuovo rito l'accertamento della verità è stato ufficialmente bandito dagli scopi del nuovo processo, per bocca e penna dei loro autori.

Alla verità sostanziale si è sostituita quella "formale". E' la grande scoperta del novello legislatore, quella che permette finalmente al processo penale di raggiungere il suo scopo: non più la grezza verità "sostanziale", ma la limpida verità "formale", che si ha sempre, anche senza indagare, prima ancora di indagare, che si ha anche nel processo che si conclude contro "ignoti", che accerta e giudizialmente dichiara che un reato è stato scoperto, ma che non se ne sono trovati gli autori. Anche questa è indubbiamente una verità: "formale", appunto, ma tanto basta ed avanza al legislatore, che con questa nuova formula sembra aver scoperto l'uovo di Colombo, il segreto del, successo, la ricetta miracolosa.

Il processo, da sede di accertamento di verità, si è così trasformato in luogo di "agone" tra parti (dove La c.d. "concezione agonistica" del processo), cui il giudice "terzo" assiste imparziale e indifferente, attento solo a che le parti rispettino le regole del "gioco" per stabilire alla fine chi ha vinto; e dove le stesse regole (di formazione e valutazione della prova) favoriscono in realtà solo uno dei contendenti (come chi tiene il banco nei giochi d'azzardo).

Quale P.M.

Lo stesso conferimento del pubblico ministero in un ruolo così marcatamente di parte, che rappresenta la diretta conseguenza del ripudio dell'"accertamento della verità" come scopo del processo e della "concezione agonistica" dello stesso, rende incomprensibile — e quindi instabile — la sua collocazione all'interno

della magistratura: che senso ha che sia un magistrato a svolgere le funzioni di una parte”? Che senso ha stabilire il principio di parità delle parti, non già e non tanto nel momento dialettico del dibattito (dove, di fronte al giudice chiamato a pronunciare la sentenza, detta collocazione ha una logica), ma nel momento delle indagini preliminari, dove — prima ancora che sia stata formulata l'accusa — nulla può accomunare la posizione di chi debba svolgere la sua attività alla ricerca della verità e chi ha invece come unico obiettivo quello di evitare che si proceda contro di lui, innocente o colpevole. Che sia? E perché allora quel ruolo lo si affida a un magistrato, che — per dettato costituzionale — ha sostenuto il concorso per entrare in magistratura, per essere essenzialmente “giudice” e non poliziotto; che è stato allevato sulla cultura della giurisdizione e non in quella detta investigazione? Forse solo perché sia possibile confinare all'interno dell'ordine giudiziario la responsabilità del fallimento della politica criminale?

Più coerente e sicuramente meno ipocrita sarebbe la previsione non soltanto di carriere separate (ci sono già proposte di legge al riguardo), ma anche di una diversa estrazione del pubblico ministero, fuori dell'ordine giudiziario (e già se ne parla apertamente, come apertamente si parla — lo si vedrà appresso — di discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale: che di nuovo riporta il pubblico ministero in un ambito di controllo politico).

Il codice “contro”

Da qui, da questa distorta concezione (che — ahimè - quanto impropriamente! — viene chiamata “filosofia”), è sorto quello che si dovrebbe definire il codice “contro”. Ma non contro i delinquenti, contro coloro che uccidono, sequestrano, attentano alle

istituzioni, taglieggiano e sfruttano il prossimo, turbano il mercato, diffondono la droga, seminano violenza, opprimono e violentano i deboli e gli inermi. Bensì contro tutti coloro che cercano di fare opera di contrasto, siano essi poliziotti o magistrati.

Non per nulla sono stati introdotti dei termini-capestro per le indagini preliminari, come si fa per il tempo dette risposte nei quiz televisivi: termini capestro sia per la polizia giudiziaria che per il P.M., termini assurdi, che colpiscono addirittura le indagini contro ignoti (così tradendo inequivocabilmente la mentalità punitiva nei confronti di chi indaga); termini che, combinati con la nuova disciplina della archiviazione (art. 125 disp. att.), - hanno finito con il sancire definitivamente il sostanziale ingresso, nel nuovo sistema processuale penale, del principio di discrezionalità dell'azione penale. Con buona pace non solo per il dettato costituzionale che ne impone l'obbligatorietà (che del resto sempre più apertamente e sempre più da larghi settori politici viene contestato) ma anche del principio di eguaglianza di tutti i cittadini almeno di fronte alla legge penale.

Il principio dell'impossibilità dell'azione penale

Anzi, nei casi di maggiore rilevanza e, quindi, di regola di maggiore complessità, il principio-cardine rischia di diventare quello della "impossibilità della azione penale".

Come si potrà più procedere per fatti come quelli del Banco Ambrosiano? o come quelli relativi alla eversione organizzata? o quelli per le collusioni tra mondo economico, pubblica amministrazione e potere politico? Come si potranno più fare serie indagini nel convulso e contorto mondo finanziario, societario ed economico, quando per ciascuna di esse ci vogliono mesi e mesi solo per la ricerca e l'acquisizione dei documenti su cui sviluppare le indagini? E come si potranno sviluppare le conversazioni

intercettate se mancherà il tempo di sentire e risentire gli autori delle stesse?

E' stato detto — sempre dai padri della riforma — che il sistema accusatorio postula che vengano portati al dibattimento solo quei casi in cui le prove siano facilmente apprezzabili per la loro immediatezza e semplicità, e che, in buona sostanza, si riducono ai processi in cui le “prove” sono costituite dalle dichiarazioni pure e semplici degli imputati e dei testimoni (forse per questo, nell’ottica “punitiva” di cui si è detto, si è fatto di tutto per scoraggiare anche gli imputati-testimoni, altrimenti detti “pentiti” !)

Evidentemente, anche da noi bisognerà arrivare a questo tipo di processo: pochi imputati (meglio se uno solo), pochi reati (meglio se uno solo), pochi testimoni (meglio, se non “pentiti”). Altro che salto di civiltà e balzo nel futuro: questo è, nella sostanza, un ritorno al passato, quando non c’era la delinquenza organizzata quando i “devianti” erano pochi e costantemente sotto controllo (sia sociale sia poliziesco), quando la delinquenza era essenzialmente “locale”!

Ma per arrivare (o tornare) a tutto questo, è evidentemente necessario che a dibattimento arrivino solo i processi facili facili, brevi brevi (ci penserà poi il dibattimento ad ingrassarli ed allungarli a dismisura e a farli sembrare grossi). Ecco che allora quelli difficili, complessi, farraginosi, con mille tessere da comporre in un mosaico globale da cui solo può scaturire la “prova”, debbono scomparire: subito, al primo impatto. La combinazione “scadenza termini — meccanismo di archiviazione” serve egregiamente alla bisogna!

Dalla obbligatorietà alla impossibilità dell’azione penale, attraverso il sentiero della discrezionalità! E ciò proprio per quei fatti di maggiore rilievo (criminalità organizzata, delinquenza

politica ed economica, lesioni di interessi diffusi) che a parole si dice di voler perseguire.

Ma l'assurdità dei termini previsti per le indagini preliminari risalta ancor di più se si considera che gli stessi si pongono in rotta di collisione (concettuale) con il fatto che nel nostro ordinamento sono previsti, per la rinuncia alla repressione penale, dei termini di prescrizione. E', infatti, logico che con il passare del tempo, ed a seconda dei reati, venga meno l'interesse punitivo dello Stato (e questo non contrasta con il principio della obbligatorietà della azione penale se i termini non sono così ridotti da vanificare in partenza la possibilità di azione). Ma non ha gran senso che si impedisca la stessa azione penale quando i termini di prescrizione sono ancora agli inizi!

Vero è che così si è trovato il modo per impedire il formarsi dell'arretrato: scaduto il termine, l'arretrato infatti si elimina da solo. Purtroppo, con l'arretrato, non si eliminano anche i reati e le loro vittime!

La prova

Ma non è solo questione di termini: è questione anche di poteri di acquisizione degli elementi probatori da parte degli organi inquirenti. Al vuoto lasciato dal giudice istruttore non si è sopperito con l'attribuzione di adeguati poteri né alla polizia giudiziaria né al P.M.

Non basta dire che non c'è più l'obbligo della comunicazione giudiziaria prima del compimento di determinati atti (in sostanza prima dell'assunzione delle dichiarazioni dei testimoni) per dimostrare il potenziamento dei poteri investigativi della polizia giudiziaria e del P.M.

Ed infatti, a parte la considerazione che l'eliminazione tout court della comunicazione giudiziaria non può non suscitare

qualche perplessità in chi (come chi scrive) crede nelle “garanzie sostanziali”, che vengono negate alla difesa dell’indagato (con buona pace anche di quello davvero innocente), si deve osservare che l’obbligo detta comunicazione giudiziaria non incideva affatto sui poteri di investigazione del pubblico ministero e della polizia giudiziaria, ma si rifletteva soltanto sul regime di validità, e quindi di utilizzabilità processuale degli atti compiuti prima dell’invio della stessa. Ma è ovvio che questo discorso non ha più senso in un regime in cui tutti gli atti compiuti dalla polizia giudiziaria e dal P.M. non hanno comunque più valore di prova al dibattimento (salvo casi eccezionali).

Ma questo non è un potenziamento dei poteri di investigazione: al contrario è la loro massima depressione, attraverso lo svilimento del risultato che ne è conseguito. E quali poteri hanno adesso polizia giudiziaria e P.M. che prima non avessero?

Sono diminuiti i poteri di arresto in flagranza. In tema di delinquenza minorile essi sono anzi praticamente scomparsi (una pacchia per la delinquenza organizzata che non avrà più remore nello sfruttare i minori per le proprie imprese!).

La polizia giudiziaria non può assumere sommarie informazioni dell’arrestato o dal fermato; non può essere delegata dal P.M. a interrogare la persona sottoposta alle indagini e ad effettuare confronti cui la stessa partecipi; dopo l’intervento del P.M., può agire solo nell’ambito delle direttive impartite dal P.M.; non può procedere — secondo la più accreditata dottrina — ad individuazione di persone o di cose; non può effettuare ispezioni di persone; per riuscire ad ottenere una intercettazione telefonica, deve compiere autentici miracoli (adesso non solo ci vogliono gravi indizi di reato, ma l’intercettazione deve anche

essere “assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini”: come farà poi il G.I.P., che non conosce gli atti, a stabilire se la intercettazione è indispensabile o meno, lo sa solo Iddio! ma questa è solo una delle tante facoltà divinatorie che si richiedono al G.I.P.); per identificare la persona sottoposta alle indagini, ha solo dodici ore di tempo (prima il doppio).

Si aggiunge, last but not least, che le caserme dei Carabinieri e gli uffici di polizia sono stati banditi dai luoghi in cui potevano essere temporaneamente ristretti gli arrestati, i fermati e gli indagati comunque sottoposti alla misura della custodia cautelare in carcere: con la conseguenza che — vigendo negli istituti penitenziari italiani più la legge delle organizzazioni criminali che quella dello Stato — si esorcizza il pericolo che a qualche detenuto venga voglia di “collaborare”. Come forse si voleva: dimentichi — in questo caso sì — della esperienza Statunitense (alla cui legislazione per tanti altri versi ci si è ispirati), per cui da un lato “la prassi giudiziaria di utilizzare un coimputato come testimone di accusa contro i complici è diffusissima” e non riguarda solo le inchieste sulla criminalità organizzata, ma pressoché ogni processo in cui vi è più di un imputato” e, dall’altro, ai “pentiti” viene addirittura concessa la più completa impunità.

Dal canto suo, il pubblico ministero non può più emettere provvedimenti cautelari; non può neppure più convalidare gli arresti ed i fermi eseguiti dalla polizia giudiziaria (neppure con la riforma dell’88 si era arrivati a tanto); non può ordinare l’accompagnamento dell’indagato; non può disporre una intercettazione di conversazioni; dopo la chiusura delle indagini preliminari ha limitatissimi poteri di investigazione al fine di supportare l’accusa in dibattimento (altro che indagini parallele!).

Ma allora, dove sono finiti tutti i poteri investigativi di cui si favoleggia, in un quadro completato da un G.I.P. che per definizione è privo di poteri d'ufficio di investigazione e di indagine e da un giudice del dibattimento che ne dispone solo in via estremamente residuale?

Ma il depotenziamento del processo, come sede di accertamento della verità, non sta tutto qui. Vi è pure il profilo direttamente attinente alle prove: al loro oggetto, ai loro limiti, alla loro valutazione.

Sotto il primo aspetto, basti ricordare che tutta l'attività compiuta prima del dibattimento (salvi i casi eccezionalissimi dell'incidente probatorio e degli atti del P.M. divenuti irripetibili) non ha valore di prova; che al teste e all'imputato possono essere "contestate" solo le dichiarazioni "da loro" (e non da altri testimoni o imputati) rese in precedenza; che è consentita l'acquisizione di verbali di prove di altro procedimento penale solo se "le parti vi consentano e si tratta di prove assunte nell'incidente probatorio o nel dibattimento ovvero di verbali di cui è stata data lettura durante lo stesso". Se si pensa che — "il giudizio concorde dei giudici e dei pubblici ministeri intervistati (negli Stati Uniti) è che il testimone sottoposto a cross examination subisce un processo progressivo di usura" per cui "in un sistema come quello americano ... non può essere utilizzato più di tre o quattro volte" (è sempre uno dei padri del nuovo codice che parla), è facile capire cosa tutto ciò significhi, con buona pace dei sostenitori dei processi separati e dei combattenti contro le connessioni, le riunioni ed i maxi-processi. E non è neppure il caso di sottolineare quali potranno essere gli effetti della nuova

regola per cui non si potrà più arrestare il testimone (anche dichiaratamente) falso o reticente nei confronti del quale non potranno certo fungere da deterrente le irrisorie pene previste dall'art. 372 c.p., per di più ora suscettibili di patteggiamento!

Sotto il secondo profilo, con la nuova disciplina l'ufficiate e l'agente di polizia giudiziarie non possono deporre sul contenuto delle dichiarazioni loro rese da imputati o testimoni; sono aumentate le persone che possono avvalersi della facoltà di astensione dal deporre (conviventi, giornalisti); è stata introdotta la categoria della inutilizzabilità (totale o parziale) per atti non solo leciti ma legittimamente e doverosamente compiuti, che non possono entrare a far parte del materiale probatorio "valido" per la sentenza dibattimentale: per di più con rilevanza di ufficio della inutilizzabilità anche in cassazione.

Infine, sotto il terzo profilo, non vi è dubbio che la combinazione tra la disciplina prevista dall'art.192 in ordine alle dichiarazioni di coimputati o imputati di reati connessi o collegati e la giurisprudenza formatasi negli ultimi anni in tema dei c.d. "riscontri" rappresenta un primo colpo di piccone al principio del libero convincimento del giudice. Si sta assistendo al primo passo verso un sistema, incivile ed illiberale, di "prova legale". Il tutto, peraltro, coll'effetto di rendere più difficile la condanna anche quando il giudice sia certo della colpevolezza dell'imputato ed in grado di motivare ampiamente (secondo le vecchie regole) la decisione.

La fine della "via giudiziaria"

In un quadro del genere, che va completato con il richiamo alla legge 7 febbraio 1990 n. 19 (imputazione soggettiva delle

circostanze aggravanti, estensione alle pene accessorie della sospensione condizionale della pena, abolizione della destituzione di diritto del pubblico dipendente a seguito di condanna penale), alla disciplina relativa all'ordinamento penitenziario (che — come si è detto — sostanzialmente rischia di vanificare le pur poche pene che si dovessero ancora infliggere) ed alla normativa relativa ai poteri dell'Alto Commissario per il coordinamento della Lotta alla criminalità mafiosa (che sposta sul versante politico e delle misure di prevenzione — con tutti i conseguenti rischi di strumentalizzazioni politiche — il contenimento della criminalità, con contestuale e conseguente “coordinamento” dei pubblici ministeri), è evidente che la “giustizia penale”, globalmente intesa come “via giudiziaria” per la prevenzione e repressione del delitto, attuata da una magistratura autonoma ed indipendente, è alla fine.

I primi effetti

I primi effetti dell'entrata in vigore del nuovo codice possono essere valutati su un duplice piano: quello criminologico e quello giudiziario.

Sul primo, le constatazioni sono amare e sconcertanti.

La delinquenza minorile non ha più ostacoli (salvo casi eccezionali, tutto quello che può capitare ad un minore delinquente colto sul fatto, è di essere riaccompagnato a casa). Come si è accennato, la stessa ha un futuro come serbatoio senza fondo per la criminalità organizzata.

La microcriminalità dilaga. Sono già cominciate (a Firenze, dove peraltro non si sta peggio che in altre parti d'Italia) le manifestazioni di protesta. Anche se arrestato in flagranza, il microcriminale corre pochi rischi: la custodia cautelare o non comincia

neppure o dura pochissimi giorni; e quella definitiva è sempre di là da venire. E anche se viene, ci sarà poi sempre la legge Gozzini (emendata e corretta dalla Corte Costituzionale) a provvedere.

La grande criminalità, quella organizzata, vive sonni tranquilli: le grandi inchieste non sono più realistiche; le indagini compresse; la formazione della prova più difficoltosa; I maxi-processi aboliti per far posto ad una presunta “miriade” di mini-processi caratterizzati dalla frammentazione di un materiale probatorio che può servire solo se valutato nel suo insieme; le condanne più difficili; l’ordinamento penitenziario sempre prodigo di favori (permessi, licenze-premio, semilibertà, affidamenti in prova, etc.).

I nuovi disegni di legge (sulla droga, sui sequestri di persona) sono aliti di vento, grida manzoniane, declamazioni nel deserto. Le pene, destinate a restare sulla carta, non destano preoccupazioni; tranne, forse, che atte vittime dei reati: criminalizzate, nei sequestri di persona, per aver cercato di supplire, a proprie spese, alla inefficienza di uno Stato che, non riuscendo a perseguire i delinquenti, se la prende con le loro vittime.

L’efficacia deterrente della pena è finita. La custodia cautelare in carcere destinata, di fatto, a scomparire o a durare pochissimo (il che andrebbe anche bene se poi vi fosse la pena definitiva).

E’ iniziata l’era della decarcerazione.

Sul piano giudiziario, gli operatori sono sconcertati, frastornati, delusi. E, soprattutto, scoraggiati e disamorati.

La polizia giudiziaria, lungi dall’essere impegnata in inchieste contro la grande criminalità (organizzate, economica, politico-amministrativa) si è rifugiata nel piccolo cabotaggio, nel per-

seguimento e nell'arresto dei piccoli e piccolissimi spacciatori di piazzetta, rivolgendo prevalentemente la propria attenzione alle migliaia di stranieri provenienti dall'Africa o dall'Asia che hanno invaso il nostro paese, che vivono di espedienti e sotterfugi e che entrano ed escono in continuazione dette nostre carceri, senza che la loro brevissima detenzione possa servire da remore alla commissione di ulteriori reati né da parte loro né da parte di altri potenziali delinquenti. Si tratta di arresti fatti alla spicciolata, alla rinfusa, senza che, alle spalle, vi sia una qualsiasi "politica criminale", un 'piano', un programma di "lotta alla criminalità". Ma servono per esigenze statistiche, per consentire ai Ministri pro tempore dell'interno di affermare che "lo Stato non ha abbassato la guardia", che il numero degli arrestati e dei detenuti non è calato più di tanto (e tuttavia dal 24 ottobre 1989 ad oggi la popolazione carceraria è diminuita in assoluto di oltre quattromila unità, pari ad oltre il 12%), che la difesa sociale è sempre nella mente e nel cuore dei nostri governanti, che la sicurezza dei cittadini non è in pericolo.

I pubblici ministeri, dal canto loro, sono oppressi da una routine quotidiana estremamente farraginoso e pesante, fatta di udienze di "convalida" davanti al G.I.P. o al giudice del dibattimento, di udienze in camera di consiglio per ogni inezia, di avvisi ad un'infinità di persone, di motivazioni in positivo ed in negativo non solo per ogni provvedimento proprio ma per ogni richiesta di provvedimento altrui, di autorizzazioni da chiedere per ogni bazzecola, di moduli, moduli, moduli da riempire, di termini, termini, termini da osservare e sempre brevi, brevissimi, secchi, perentori. Il tutto sempre di corsa, sempre con affanno, e talora — perché nascondere? — con timori di responsabilità civili sempre in agguato e neppure tanto larvatamente prospettate dette parti e dai loro difensori ad ogni piè sospinto e che possono in-

cosciamente favorire atteggiamenti lassisti. E così non hanno nemmeno più il tempo per impostare una delle c.d. “inchieste” di un certo spessore; e non ce ne è neppure la voglia, convinti come tutti sono che, comunque, con la nuova disciplina, solo un “miracolo” potrebbe consentire di portare a compimento qualche processo contro i vertici della criminalità organizzata e/o economica; e salva, comunque, la successiva “miracolazione” del delinquente ad opera della legge Gozzini o di qualche altra normativa partorita nel frattempo detta provvida mente e dalla fertile fantasia del nostro legislatore.

L'ignoranza a presidio della terzietà

Lo stesso giudice delle indagini preliminari si ritrova, sperduto, in un ruolo senza senso, passivo, formale, burocratico, astratto, in cui — per timore che possa perdere la “terzietà” — è costretto ad assumere

Provvedimenti su provvedimenti, convalidare, autorizzare, procedere ad incidenti probatori, decidere, senza mai poter intervenire efficacemente, senza mai poter cercare di “capire” di più, dovendo attenersi alle carte, solo alle carte e nient'altro che alle carte e dovendo ancora rimettersi totalmente alla iniziativa delle parti, senza mai potersi inserire — imparzialmente, beninteso! in quel processo che conduce a “capire” ed “accertare”.

E, quanto al giudice del dibattimento, siamo proprio sicuri che quel giudice “terzo”, il quale, per non essere prevenuto, deve arrivare al giudizio in stato di perfetta ignoranza (ma chi assicurerà che, di soppiatto, per i processi più clamorosi, non abbia letto neppure il giornale?), che non deve fare domande, che deve assistere all'esame ‘incrociato’ da parte di due o più soggetti magari non proprio versati nell'arte scenica e nelle giostre oratorie, limitandosi a intervenire come se fosse l'arbitro di una partita

di calcio o di un incontro di pugilato, finirà alla fine per “capire” la verità più di quando arrivava all’ “esame” meno “terzo” ma conoscendo gli atti?

Ma dove poi sta scritto che La “conoscenza” degli atti comporta la perdita della “terzietà”?

Ma il bello è che questa equazione (“giudice terzo=giudice ignorante”) è stata sostenuta per tanti anni senza che nessuno vi abbia trovato niente da ridire ed ancor oggi grava come una cappa di piombo sulle nostre teste, ottundendone i cervelli: forza degli slogans che, quanto più sono assurdi, tanto più diventano indiscutibili.

E non è certo dai giuristi che ci si può attendere un attimo di res. Ma dal cittadino italiano che magari per un momento ha creduto che questo nuovo codice fosse destinato ad infliggere un colpo mortale alla criminalità e che per questo lo ha anche lui invocato in passato come adesso talora invoca e ancor più invocherà in futuro la legge del taglione.

Prospettive e proposte.

Non possiamo — né assolutamente intendiamo — nascondere che a nostro avviso il nuovo codice di procedura penale rappresenta una riforma profondamente sbagliata. Tuttavia, reputiamo esatto quanto affermato da alcuni insigni giuristi: “indietro non si torna”.

D'altronde, le poche e pur autorevoli voci che hanno osato proporre il contrario sono state immediatamente avvolte dal silenzio: il che basta a dimostrare come si tratti di strade non percorribili.

Non percorribile — o, meglio, ingannevole — è anche la via indicata dall’art. 7 della legge di delega, che prevede le correzioni entro tre anni; e ciò perché impone di muoversi nell’ambito

dei principi fissati dalla stessa legge.

Per avviare un discorso serio è invece necessario prendere le mosse da alcuni punti fondamentali della legge delega, che vanno rivisti e riscritti.

Occorre però premettere che taluni punti (quale che sia il giudizio di ciascuno di noi) devono ritenersi intangibili.

Il primo è quello della separazione (del resto, a nostro avviso, indispensabile) delle funzioni requirenti delle giudicanti nel processo di pretura, dove in effetti non era seriamente sostenibile che lo stesso magistrato potesse partire dall'acquisizione della notitia criminis per arrivare sino alla sentenza di primo grado. Il rimedio al dispendio di forze per fatti bagatellari va piuttosto ricercato in una ulteriore, reale depenalizzazione.

Un altro è la soppressione della figura del giudice istruttore. Sul punto, proprio perché il giudice istruttore non poteva condannare, si potrebbe discutere molto più a lungo (tant'è che la figura del giudice istruttore era ancora prevista nella legge delega del 1974), ma ci rendiamo conto che sarebbe anacronistico proporre la reviviscenza.

Tutto il resto può essere rimesso in discussione.

Ma, per dare concretezza al discorso, non si possono non indicare alcuni specifici oggetti di revisione e alcune possibili soluzioni: anche perché sia chiara la direzione in cui ci si intende muovere.

Il P.M. magistrato

Il primo spunto di riflessione è rappresentato dalla esigenza di invertire la linea di tendenza che sta portando il pubblico ministero fuori dell'ordine giudiziario. Non si tratta soltanto di problema di ordinamento giudiziario: la collocazione istituzionale dipende anche, in certa misura, dal ruolo che il pubblico ministe-

ro è chiamato a svolgere nel processo, dal significato e dal valore del suo intervento e dei suoi atti. Si tratta, dunque, da un lato, di contrastare la tendenza strisciante che sta conducendo alla discrezionalità (e/o alla impossibilità) dell'esercizio dell'azione penale; e, dall'altro, di restituire al P.M. almeno parte dei poteri indispensabili per lo svolgimento del suo ufficio, che gli sono stati sottratti. Si dovrebbe abolire l'assurda previsione di termini per le indagini preliminari anche nei confronti degli ignoti e prevedere termini congrui per la chiusura delle stesse contro noti. Si dovrebbe restituire al P.M. il potere di disporre direttamente tutte le attività che hanno funzione veramente investigativa (come le intercettazioni telefoniche) e quello di svolgere, dopo il rinvio a giudizio, indagini parallele. Ma, soprattutto, si deve restituire, almeno in parte, valore di prova agli atti da lui compiuti nella fase delle indagini preliminari. Al riguardo, in ossequio al principio del contraddittorio, si dovrebbe consentire la lettura di tutti gli atti compiuti del P.M. qualora agli stessi sia stato fatto assistere anche il difensore dell'indagato; e, se proprio questa soluzione dovesse apparire troppo rivoluzionaria (anche se, rispetto al codice del 1930, segnerebbe egualmente una svolta "garantistica" di notevoli dimensioni, posto che i difensori avrebbero diritto di assistere alle deposizioni testimoniali, a pena della loro inutilizzabilità in dibattimento) si potrebbe ripiegare sull'idea di consentire allo stesso P.M. (ed al difensore) di chiedere al giudice delle indagini preliminari l'incidente probatorio in tutti i casi in cui la "prova" non sia irrilevante.

Si tratterebbe, insomma, di affermare e tutelare realmente il diritto alla prova di tutte le parti anche prima del dibattimento.

L'udienza preliminare

Altro oggetto di riflessione è rappresentato dall'udienza pre-

liminare, che occorre ridefinire in modo da eliminarne l'attuale carattere, di passeggio inutile, atto esclusivamente a provocare rallentamenti e ritardi. Del resto, lo stesso legislatore, non prevedendola per il rito pretorile, ha dimostrato di non ritenerla essenziale per il sistema ed invero non si vede quali possano essere le esigenze sostanziali e processuali che la impongono invece per il rito ordinario. Ben potrebbe essa essere sostituita da un'udienza solo eventuale, richiesta dalle parti all'esito delle indagini preliminari, al solo fine di consentire l'applicazione di uno dei riti alternativi non effettuabili più in seguito. Così concepita, potrebbe essere allora di qualche utilità anche nel processo pretorile.

Il doppio fascicolo

Il terzo punto attiene al "doppio fascicolo", del quale – salvo il regime dell'utilizzabilità degli atti d'indagine, ridefinito come sopra accennato — dovrebbe tendersi all'abolizione, sì da assicurare al giudice la possibilità di arrivare preparato al dibattimento: e con diritto di cercare, almeno lì, di capire, dirigendo ed interrogando (ben si intende, con rigorosa imparzialità).

Le misure cautelari personali

Di revisione necessita altresì la disciplina delle misure cautelari personali, in modo da impedire l'immediata fuoriuscita dei delinquenti più pericolosi e rendere più snella l'applicazione delle misure stesse, assicurando inoltre al P.M., nei casi in cui sussista un'assoluta urgenza, gli indispensabili poteri coercitivi provvisori (da assoggettarsi a successivo giudizio di convalida da parte del G.I.P.), a tutela di tutte le esigenze cautelari previste dall'art. 274.

Altri punti (come quello concernente la valutazione della prova) potranno essere messi a fuoco successivamente; per il

momento, a quelli esposti ci pare necessario riconoscere assoluta priorità.

Certo, ci rendiamo conto che, con queste non rivoluzionarie modifiche, si altera tuttavia la “filosofia” del nuovo codice; ma crediamo che un minor amore della sapienza ed un maggiore amore per la “verità” finirebbero alla fine per far contenti i cittadini onesti.

Il che, forse, non è poco.