

Esercizio dell'azione penale, divisione dei poteri e prevenzione generale dei reati

Lo spiacevole retrogusto del progetto di riforma costituzionale della giustizia

SOMMARIO

1. DUE INTERROGATIVI. – 2. AUTONOMIA E INDIPENDENZA DEL PUBBLICO MINISTERO. – 3. L'OBBLIGO DI ESERCITARE L'AZIONE PENALE. – 4. CRISI DELLA DIVISIONE DEI POTERI. – 5. LA SELEZIONE DEI 'REATI PRIORITARI'. – 6. OBBLIGATORietà DELL'AZIONE PENALE E GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE. – 7. LE SPINTE AL TEMPERAMENTO DEL PRINCIPIO DI OBBLIGATORietà DELL'AZIONE PENALE. – 8. OBBLIGATORietà DELL'AZIONE PENALE E CIFRA NERA. – 9. NUOVE ASPETTATIVE DI IMPUNITÀ. – 10. ANCORA IN TEMA DI PREVENZIONE GENERALE. – 11. RIFORMA DELLA GIUSTIZIA O PUNIZIONE DEI MAGISTRATI? – 12. "CI SAREMMO RISPARMIATI MANI PULITE". – 13. AVVOCATI E LEGISLATORI.

1

DUE INTERROGATIVI

Il d.d.l. costituzionale presentato alla Camera dei Deputati il 7 aprile 2011 – AC n. 4275, Berlusconi-Alfano, intitolato *Riforma del Titolo IV della Parte II della Costituzione* – ha per oggetto una riforma che il Presidente del Consiglio ha, sobriamente, definito «epocale»: in realtà, potrebbe trattarsi soltanto di uno scenario di cartapesta, teso a nobilitare, o a rendere presentabili, provvedimenti non nobilissimi, da adottarsi con lo strumento della legge ordinaria.

Metto da parte questo dubbio e formulo due interrogativi, tra i molti sollevati dal progetto: se mai la riforma arrivasse in porto, che cosa rimarrebbe dell'*autonomia* e dell'*indipendenza del pubblico ministero*?

Inoltre: che cosa rimarrebbe dell'*obbligatorietà dell'azione penale*?

2

AUTONOMIA E INDIPENDENZA DEL PUBBLICO MINISTERO

Quanto al *primo punto*, la Costituzione, all'art. 104 comma 1, afferma che «*La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere*»¹: una previsione che riguarda tutta la magistratura, giudicante e requirente.

Nel testo riformato, l'art. 104 comma 1 Cost. stabilisce, in primo luogo, che «*I magistrati si distinguono in giudici e pubblici ministeri*» (art. 4 d.d.l.). In relazione ai *giudici*, si prevede una nuova formulazione dell'art. 101 comma 2 Cost., del seguente tenore: «*I giudici costituiscono un ordine autonomo e indipendente da ogni potere e sono soggetti soltanto alla legge*» (art. 2 d.d.l.). In relazione al *pubblico ministero*², l'autonomia e l'indipendenza sono sì riaffermate in linea di principio, ma in ben altra forma rispetto a quelle dei giudici: si fa riferimento non ai magistrati del pubblico ministero, bensì agli *uffici* di quest'ultimo; l'autonomia/indipendenza di tali uffici viene affidata ad un

1. Sulle controverse nozioni di 'autonomia' e di 'indipendenza' della magistratura, e sui rapporti – altrettanto problematici – tra le due nozioni, cfr. N. ZANON, F. BIONDI, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, 2002, p. 9 ss.

2. Sul significato pregnante che il d.d.l. costituzionale n. 4275 attribuisce alla scelta di designare il pubblico ministero come "ufficio", può vedersi la Relazione che accompagna il d.d.l., p. 6: «La definizione del pubblico ministero come 'ufficio'... fissa, anche sul piano lessicale, il connubio tra esercizio della funzione inquirente e responsabilità».

rinvio alla normativa sull'ordinamento giudiziario (alla quale già oggi fa riferimento l'art. 107 comma 4 Cost., peraltro in un diverso contesto, al centro del quale si colloca l'art. 104 comma 1 Cost., sopra richiamato): «L'ufficio del pubblico ministero è organizzato secondo le norme dell'ordinamento giudiziario che ne assicurano l'autonomia e l'indipendenza» (art. 104 comma 3 Cost., nella versione dell'art. 4 d.d.l.). Si tratta, nel progetto di riforma, di uno dei molti, inquietanti momenti di 'decostituzionalizzazione' della materia 'giustizia'.

Sia il giudice, sia il pubblico ministero potranno disporre della *polizia giudiziaria* «secondo le modalità stabilite dalla legge» (art. 109 Cost., nella formulazione dell'art. 10 d.d.l.): di nuovo, un rinvio in bianco alla legge ordinaria, che potrebbe stabilire, eventualmente, modalità tali da ridurre al minimo i poteri del pubblico ministero.

Al *Ministro della Giustizia* viene attribuita, accanto all'organizzazione e al funzionamento dei servizi relativi alla giustizia (come previsto nell'attuale art. 110 Cost.), un'autonoma funzione ispettiva (art. 110 comma 1 Cost., nella formulazione dell'art. 11 d.d.l.). Gli viene inoltre conferito il compito di riferire annualmente alle Camere «sullo stato della giustizia, sull'esercizio dell'azione penale e sull'uso dei mezzi di indagine» (art. 110 comma 2 Cost.): ciò che sembra presupporre un diretto controllo del Ministro su ciascuno degli oggetti della relazione.

Quanto al 'doppio' *Consiglio superiore della magistratura* configurato nel d.d.l. (artt. 104 bis e 104 ter Cost., di cui all'art. 5 d.d.l.), vanno soprattutto evidenziati, a mio avviso, due aspetti: a) la composizione ben diversa da quella attuale (il rapporto tra componenti togati e componenti laici passa da 2/3 a 1/2, salva la presenza del primo presidente della Corte di cassazione nel Consiglio superiore della magistratura giudicante e del Procuratore Generale presso la Corte di cassazione nel Consiglio superiore della magistratura requirente)³; b) la previsione che i membri togati siano eletti «previo sorteggio degli eleggibili»: una scelta, quest'ultima, che si vorrebbe rivolta – secondo la Relazione al d.d.l. – a «contrastare il fenomeno della 'correntocrazia'»⁴, ma che, nella sostanza, contribuisce in misura rilevante a erodere l'autonomia della magistratura.

Regole analoghe sono stabilite, infine, per le due distinte sezioni della *Corte di disciplina* della magistratura giudicante e requirente (art. 105 bis Cost., di cui all'art. 7 d.d.l.), con due significative varianti: nella Corte di disciplina si ipotizza un rapporto numerico tra componenti togati e componenti laici perfettamente paritario; inoltre, il presidente di ciascuna sezione verrebbe eletto fra i componenti laici.

3

L'OBBLIGO DI ESERCITARE L'AZIONE PENALE

In relazione al *secondo punto*, a proposito cioè dell'*esercizio dell'azione penale*, così dispone il 'nuovo' art. 112 Cost., nella formulazione prefigurata all'art. 13 d.d.l.: «L'ufficio del pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale secondo i criteri stabiliti dalla legge». Dunque, quello che l'art. 112 Cost. vigente designa come l'obbligo «di esercitare l'azione penale» viene ricondotto non più al pubblico ministero, bensì all'«ufficio del pubblico ministero»; inoltre, viene subordinato a non ben individuati «criteri stabiliti dalla legge» (con tutta evidenza, secondo la già segnalata linea di 'decostituzionalizzazione', dalla legge ordinaria).

3. «Al fine di garantire l'indipendenza dei giudici, ciascuno Stato deve costituire un Consiglio superiore della magistratura o altro organo specifico, indipendente dai poteri esecutivo e legislativo.... Il Consiglio deve essere composto o esclusivamente da magistrati, o quantomeno da una maggioranza sostanziale di magistrati eletti dai loro pari». Così si legge al punto 13 della Magna Carta dei giudici (Principi fondamentali), adottata il 17 novembre 2010 dal Consiglio Consultivo dei Giudici Europei del Consiglio d'Europa, <https://wcd.coe.int>. Per un commento, nella letteratura italiana, cfr. V. MAIELLO, *Il potere e i diritti nei chiaroscuri della Magna Carta dei giudici*, in *Criminalia*, 2010, p. 559 ss. Una posizione meno radicale rispetto a quella espressa dalla Magna Carta emerge invece dalla Raccomandazione CM / Rec (2010) 12, *Sui giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità*, adottata il 17 novembre 2010 dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa; la Raccomandazione, al punto 27, recita infatti: «Almeno la metà dei membri» dei Consigli superiori della magistratura «devono essere giudici scelti da parte dei loro colleghi di tutti i livelli del sistema giudiziario e nel rispetto del pluralismo all'interno del sistema giudiziario».

4. Cfr. Relazione, cit., p. 10.

4

CRISI DELLA DIVISIONE DEI POTERI

Autonomia e indipendenza dei magistrati del pubblico ministero, se nel progetto governativo non vengono meno del tutto, appaiono fortemente erose rispetto al passato.

Ne dà atto la Relazione al d.d.l., che rivendica anzi il merito di «*superare definitivamente quelle concezioni e prassi soggettivistiche che hanno dato luogo a una vera e propria 'frammentazione' della funzione requirente, nella quale il singolo magistrato, attraverso la libera ricerca della notizia di reato e la diretta disponibilità della polizia giudiziaria, può disporre degli strumenti investigativi (compresi quelli più invasivi, complessi e costosi), senza doverne commisurare l'utilizzo a criteri predeterminati di esercizio dell'azione penale e senza tener anche conto delle risorse, necessariamente limitate, dell'organizzazione giudiziaria*»⁵.

A proposito, poi, dei 'nuovi' Consigli superiori della magistratura, nella dottrina costituzionalistica, in un commento a 'caldo', si è sottolineato che «*la nuova composizione dei Consigli superiori sia giudicanti sia dei PM in realtà è ormai così spostata sull'elemento parlamentare che incide sull'indipendenza e sulla inamovibilità*» dei magistrati⁶; mentre un altro costituzionalista ha osservato: «*Si alzano i numeri delle persone scelte dalla politica. Bisogna aumentare il tasso di separazione e non di dipendenza dalla politica*»⁷. In effetti, le nuove regole, potenziando la componente di nomina parlamentare, sembrano destinate a produrre un'accentuata 'politicizzazione' dei (due) CSM: si ridimensiona il ruolo delle correnti della magistratura, ma, nel contempo, si accentua quello dei partiti politici!

Ora, a mio avviso, dipendenza della magistratura dalla politica significa crisi di un connotato fondamentale dello stato di diritto: significa *crisi della divisione dei poteri*.

Il pensiero corre all'art. 16 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (1789): «*Un popolo che non riconosce i diritti dell'uomo e non attua la divisione dei poteri, non ha Costituzione*».

Ha scritto in proposito Valerio Onida: «*I rivoluzionari francesi non avevano in mente un concetto neutro*» di Costituzione, «*che voglia esprimere solo la natura fondamentale e costitutiva di certe regole rispetto all'organizzazione della società*»; «*volevano affermare i diritti degli individui verso le autorità e stabilire le regole in base alle quali le autorità avrebbero dovuto esercitare il loro potere: non più un potere assoluto, concentrato sulla persona del sovrano, anche se esercitato, per suo conto e in suo nome, e sotto il suo controllo, da molteplici autorità, ma un potere regolato e suddiviso fra più autorità. Appunto, la divisione dei poteri*»⁸.

5

LA SELEZIONE DEI 'REATI PRIORITARI'

Circa la disciplina dell'*esercizio dell'azione penale*, il 'nuovo' art. 112 Cost., subordinando l'obbligo relativo, in capo al pubblico ministero, ai «*criteri stabiliti dalla legge*», potrebbe contenere un mero pleonasma, limitandosi ad avallare l'attuale assetto normativo. I criteri per l'esercizio dell'azione penale potrebbero essere quelli già oggi dettati dall'art. 50 c.p.p. (nonché dagli artt. 405 comma 1 c.p.p., 408 comma 1 c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p.), che impongono l'esercizio dell'azione penale solo quando, all'esito delle indagini preliminari, la *notitia criminis* non appaia infondata: risultati cioè idonea a sostenere l'accusa il giudizio. Come ha sottolineato la Corte costituzionale, in effetti, nel diritto vigente «*l'obbligo di esercitare l'azione penale sorge solo se sia stata verificata la mancanza dei presupposti che rendono doverosa l'archiviazione, che è, appunto, non*

5. Cfr. Relazione, cit., p. 8.

6. Così F. LANCHESTER, in *Riforma della Giustizia: le opinioni di giuristi e costituzionalisti sulle proposte del Governo*, <http://notizie.radicali.it/articolo/2011-03-17/> editoriale.

7. S. CECCANTI, *ibidem*.

8. V. ONIDA, *La Costituzione*, 2004, p. 8.

esercizio dell'azione penale (art. 50)»⁹

Non è questo, però, l'intendimento del riformatore 'epocale'. Che i 'criteri stabiliti dalla legge' vadano ricercati altrove rispetto alle citate disposizioni processuali, emerge sia dalla Relazione, sia da una dichiarazione del Ministro della Giustizia, resa nel corso della conferenza stampa seguita al Consiglio dei Ministri del 10 marzo 2011.

Già la Relazione¹⁰ chiarisce che i criteri per l'esercizio dell'azione penale potranno essere stabiliti da una legge futura che – ovviamente, sulla base di «*particolari esigenze storiche, sociali o economiche*»: non già sulla base di conclamati interessi di parte! – imponga di dare «*prioritaria trattazione ad indagini concernenti determinati reati*».

Indicazioni ancora più esplicite sono poi venute dal Ministro della Giustizia. «Oggi – ha detto Alfano – *il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale, per tutti i reati. La riforma mantiene l'obbligo, ma l'azione penale sarà esercitata secondo un ordine di priorità stabilito dalla legge, in funzione dell'allarme sociale*. «*Ciò non significherà*» – ha aggiunto – «*che quello che non è previsto nelle priorità non sarà perseguito, ma si partirà prima dalle priorità, poi, essendoci tempo, si farà tutto il resto. Il giudice che ha la possibilità di perseguire tutti i reati lo fa, in caso contrario non sceglie a sua discrezione cosa perseguire, ma secondo i criteri di legge*»¹¹.

Cade il velo, dunque, che occultava la natura dei criteri che verranno indicati dalla legge ai magistrati del pubblico ministero: si indicheranno delle *priorità* e il parametro-guida sarà quello dell'*allarme sociale*. Altra cosa, dunque, rispetto alla gravità del reato, espressa dalle comminatorie legali di pena: un criterio, quello dell'*allarme sociale*, altamente manipolabile, di matrice eminentemente emotiva, che metterà nel fuoco della repressione penale, verosimilmente, accanto a reati molto gravi, soprattutto la criminalità 'da strada'; in ogni caso, un criterio in grado di legittimare cospicue deviazioni rispetto alla scala legale di gravità dei reati.

Ancora a proposito dell'*obbligatorietà dell'azione penale*, nonché a proposito dei rapporti tra obbligatorietà dell'azione penale e divisione dei poteri, mi richiamo, nuovamente, all'insegnamento della *Corte costituzionale*.

«*L'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale ad opera del Pubblico Ministero... è stata costituzionalmente affermata come elemento che concorre a garantire, da un lato, l'indipendenza del Pubblico Ministero nell'esercizio della propria funzione e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale*»; sicché l'azione è attribuita a tale organo «*senza consentirgli alcun margine di discrezionalità nell'adempimento di tale doveroso ufficio*»¹².

«*Più compiutamente: il principio di legalità (art. 25, secondo comma), che rende doverosa la repressione delle condotte violatrici della legge penale, abbisogna, per la sua concretizzazione, della legalità nel procedere; e questa, in un sistema come il nostro, fondato sul principio di eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge (in particolare, alla legge penale), non può essere salvaguardata che attraverso l'obbligatorietà dell'azione penale. Realizzare la legalità nell'eguaglianza non è, però, concretamente possibile se l'organo cui l'azione è demandata dipende da altri poteri: sicché di tali principi è imprescindibile requisito l'indipendenza del pubblico ministero. Questi è infatti, al pari del giudice, soggetto soltanto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.) e si qualifica come "un magistrato appartenente all'ordine giudiziario collocato come tale in posizione di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere", che "non fa valere interessi particolari ma agisce*

9. Corte cost. 15 febbraio 1991, n. 88, in *Giur. cost.*, 1991, p. 586 ss., in particolare p. 591.

10. Cfr. Relazione, cit., p. 13.

11. Cfr. www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/giustizia_riforma.

12. Corte cost. 84/1979, cit. in Corte cost. 15 febbraio 1991, n. 88, cit., in *Giur. cost.*, 1991, p. 590.

esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge¹³. Il principio di obbligatorietà è, dunque, punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale, talché il suo venir meno ne altererebbe l'assetto complessivo¹⁴.

Così si esprime, in termini generali, senza riferimento alla riforma Berlusconi-Alfano, un'autorevole dottrina: «Obbligo dell'azione penale significa che il PM non può scegliere discrezionalmente se avviare o meno l'azione in relazione al tipo di reato, ma è tenuto a intraprendere la sua azione sempre e comunque in presenza di una notizia criminis dotata di un certo fondamento. In questo modo la Costituzione vuole evitare che l'attivazione della giurisdizione penale sia condizionata da scelte in favore di qualcuno o contro qualcun altro»: vuole quindi che «sia caratterizzata dall'imparzialità»¹⁵.

7 LE SPINTE AL TEMPERAMENTO DEL PRINCIPIO DI OBBLIGATORietà DELL'AZIONE PENALE

Bisogna dare atto, d'altra parte, che non mancano, oggi, fattori di crisi del principio di obbligatorietà dell'azione penale, che suggeriscono una riflessione su possibili temperamenti di quel principio: tanto più che il panorama internazionale mostra, da tempo, una tendenza al superamento del dualismo tra sistemi improntati all'obbligatorietà e sistemi improntati alla discrezionalità dell'azione penale, a favore di sistemi ibridi, connotati da svariate contaminazioni tra l'uno e l'altro modello¹⁶.

Il principale fattore di crisi del principio di obbligatorietà viene individuato nell'impossibilità, per i magistrati del pubblico ministero, di perseguire tutti i reati dei quali abbiano notizia¹⁷. Ne consegue che, di fatto, la selezione viene compiuta secondo taciti criteri di priorità elaborati dal singolo sostituto procuratore, ovvero, talora, secondo criteri esplicitati in circolari diramate da questo o da quel procuratore generale¹⁸. Una disciplina – quella dettata dall'art. 112 Cost. – diretta a garantire l'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge rischierebbe così di produrre l'effetto opposto, la diseguaglianza, nei rapporti tra le diverse circoscrizioni giudiziarie.

Paventando scelte politiche rimesse ai magistrati del pubblico ministero, alcune voci auspicano che sia il Parlamento a dettare dei criteri di priorità, secondo una linea già sperimentata ad altro proposito – in relazione cioè alla formazione dei ruoli di udienza e alla trattazione di processi – con l'art. 132 bis disp. att. c.p.p., introdotto con il 'pacchetto sicurezza 2008'¹⁹. L'individuazione dei reati prioritari verrebbe così affidata ad un organo dotato di legittimazione democratica²⁰; sarebbe inoltre garantita una parziale uniformità di criteri (non un'uniformità totale: basti considerare i problemi interpretativi e applicativi proposti dal citato art. 132 bis disp. att. c.p.p.)²¹; per altro verso, la riforma costituzionale della giustizia produrrebbe – anche su questo piano – un brusco riassetto dei rapporti tra politica e magistratura, altamente problematici da circa vent'anni a questa parte.

8 Circa un eventuale, parziale ripensamento dell'obbligatorietà dell'azione penale, è in definitiva legittimo che si fronteggino opinioni diverse.

A tale dibattito, lo studioso del diritto penale sostanziale, intrecciando un dialogo

13. Sentenze nn. 190/1970 e 96/1975, cit. in Corte cost. 15 febbraio 1991, n. 88, cit., *ibidem*.

14. Corte cost. 15 febbraio 1991, n. 88, cit., *ibidem*.

15. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, VII ed., 2006, p. 266.

16. In questo senso, L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1751 ss.

17. Cfr. Relazione, cit., p. 13.

18. In proposito, anche con riferimento alle c.d. circolari Zagrebelsky e Maddalena, diramate dalla Procura Generale di Torino, cfr. A. PERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive de iure condendo: un quadro ricognitivo*, www.forumcostituzionale.it.

19. In proposito, cfr. per tutti A. BARAZZETTA, in AA.VV., "Decreto-sicurezza": tutte le novità, 2008, p. 139 ss.

20. Sottolineano, tra gli altri, questo aspetto, N. ZANON, F. BIONDI, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, cit., p. 162.

21. Cfr. C. PAPAGNO, in A. GIARDA, G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, IV ed., 2010, vol. III, sub art. 132 bis disp. att. c.p.p., p. 8604 ss.

ideale con lo studioso del processo e con il costituzionalista, può fornire un *contributo*, dal suo peculiare angolo di osservazione.

Una prima considerazione riguarda l'impossibilità per i magistrati di accertare tutti i reati dei quali abbiano notizia. Si tratta di uno specifico profilo del fenomeno della *cifra nera* (o cifra oscura)²², che riguarda, in una delle svariate accezioni della formula, lo scarto tra i reati accertati e puniti (con sentenza definitiva) e i reati effettivamente commessi: un fenomeno non certo esclusivo della realtà italiana odierna, con il quale da sempre un legislatore consapevole deve misurarsi, prestandovi particolare attenzione quando, in relazione a singole forme di criminalità, la cifra nera raggiunga livelli anomali, e come tali patologici. Che vi sia una quota di reati che sfugge all'accertamento del giudice, invece, è di per sé normale e fisiologico.

9

NUOVE ASPETTATIVE DI IMPUNITÀ

Ciò premesso, la mia attenzione si concentra sull'impatto che la disciplina dell'esercizio dell'azione penale ipotizzata nel d.d.l. produrrebbe sulla *funzione generalpreventiva della pena*²³.

Circa le *condizioni* perché la pena possa produrre un effetto di prevenzione generale, già Cesare Beccaria sottolineava la preminente importanza del fattore *certezza* rispetto al fattore *severità*: affermava Beccaria che la speranza dell'impunità è in grado di vanificare l'impressione prodotta dal più terribile dei castighi²⁴.

Quasi due secoli dopo, l'ipotesi lucidamente formulata da Beccaria trovava puntuali conferme sul piano empirico. Diverse indagini sull'efficacia della pena di morte, condotte negli USA nel secolo scorso, mostrano tassi di omicidio più elevati in quegli Stati, o in quei periodi di tempo, in cui la legislazione contempla la pena di morte: e la dottrina spiega questo dato (anche) con il minore grado di certezza che caratterizza la pena di morte. Alcuni studiosi arrivano anzi ad ipotizzare una generale correlazione negativa tra severità e certezza della pena. In ogni caso, risulta che l'effetto deterrente della pena dipende in misura decisiva dal suo grado di certezza e che gli *effetti deterrenti della severità sono rilevabili solo in corrispondenza di alti livelli di certezza*²⁵.

Oggi, nel nostro ordinamento, il potenziale autore di reati può coltivare, all'opposto, ampie *aspettative di impunità*, alimentate da fattori molteplici²⁶: tra gli altri, prescrizione accelerata (a partire dal 2005, per effetto della legge *ex* Cirielli: una linea di tendenza che è ben lungi dall'essere esaurita...), patteggiamento, pene limitative della libertà personale prive di effettività – in quanto sulla loro esecuzione non viene esercitato nessun controllo –.

Una periodica, *formale indicazione da parte del Parlamento di priorità nella scelta dei reati da perseguire* significherebbe un ulteriore *messaggio di rassicurazione per gli autori di reati 'non prioritari'*²⁷: a costoro si garantirebbe, nella sostanza, che i loro crimini

22. Cfr. per tutti G. FORTI, *Tra criminologia e diritto penale. Brevi note su cifre nere e funzione generalpreventiva della pena*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, 1985, p. 53 ss.: l'A. segnala, fra l'altro, le molteplici accezioni della formula 'cifra nera', che, in dottrina, viene ora riferita alle sole ipotesi in cui il reato commesso è rimasto del tutto ignoto, ora anche alle ipotesi in cui il reato è stato scoperto, ma ne è rimasto ignoto l'autore, ovvero, ancora, come si è detto, a tutte le ipotesi in cui non si è pervenuti ad una condanna.

23. La Relazione al d.d.l. contiene un cenno – tanto rapido, quanto poco persuasivo – ai rapporti tra criteri per l'esercizio dell'azione penale e prevenzione generale dei reati: secondo la Relazione, proprio l'attuale assetto normativo, caratterizzato dal rango costituzionale del principio di obbligatorietà dell'azione penale, non consentendo che la legge ordinaria intervenga per rendere più omogeneo l'esercizio dell'azione penale, produrrebbe ripercussioni negative sul piano della prevenzione generale. Cfr. Relazione, cit., p. 13.

24. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. a cura di F. Venturi, 1981, § XXVII, p. 59 s.

25. Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena, La pena detentiva*, 1978, p. 242 ss.

26. Tra i molti, cfr. E. DOLCINI, *Il castigo sia moderato ma certo*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, 2002, p. 31 ss.; Id., *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 95 ss.; Id., *Problemi vecchi e nuovi in tema di riti alternativi: patteggiamento, accertamento di responsabilità, misura della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 569 ss.

27. Parte della dottrina ritiene che l'efficacia della norma penale (*id est*, se ben intendo, il suo effetto di prevenzione generale) sarebbe compromessa solo se i criteri di priorità dichiaratamente aprissero la porta a valutazioni di opportunità da parte dei magistrati del pubblico ministero: in questo senso, cfr. N. ZANON, F. BIONDI, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, cit., p. 161. A mio avviso, si tratta invece di un profilo marginale del problema: decisivo, invece, è che si eviti di trasmettere ai potenziali trasgressori della norma un messaggio di pressoché sicura impunità.

non verrebbero mai puniti! A maggior ragione, se ‘non prioritari’ fossero reati già oggi solo sporadicamente repressi nella prassi (un esempio: il falso in bilancio): per tali reati l’effetto di prevenzione generale della pena tenderebbe a zero. Se anche il più solerte, e meno oberato, tra i magistrati del pubblico ministero, una volta smaltiti i reati ‘prioritari’, si volgesse a quelli ‘non prioritari’, in ogni caso il suo attivismo verrebbe frustrato dalla prescrizione.

Va sottolineato, d’altra parte, che la direzione in cui sembra muovere la riforma costituzionale della giustizia, in tema di obbligatorietà dell’azione penale, si sostanzia in una vera e propria ‘depenalizzazione’ di fatto di una serie di figure di reato²⁸. Nulla a che vedere con i correttivi all’obbligatorietà dell’azione penale previsti, ad esempio, in Germania al § 153a StPO²⁹ o con i meccanismi deflattivi contemplati, nel nostro ordinamento, nella giustizia penale del giudice di pace³⁰, che si connotano, gli uni e gli altri, per un duplice sforzo: a) individuare ipotesi di lieve entità, o di entità medio-bassa – tali, sia in astratto, sia in concreto – e per quelle sole ipotesi rinunciare all’esercizio dell’azione penale, o comunque rinunciare all’inflizione della pena; b) far salvi gli interessi della persona offesa dal reato, attraverso meccanismi di ricomposizione tra autore e vittima, in grado di garantire, in ultima analisi, le esigenze della prevenzione generale dei reati.

10

ANCORA IN TEMA DI PREVENZIONE GENERALE

La dottrina segnala da tempo che gli effetti di prevenzione generale della pena sono diversi, anche molto diversi, a seconda dei tipi di reato³¹: effetti minimi per reati che vengono commessi in condizioni di forte tensione emotiva (ad esempio, reati sessuali), massimi per reati che, invece, vengono commessi a mente fredda, talora a seguito di un vero e proprio calcolo ‘costi-benefici’ (ad esempio, criminalità degli affari). Se tra i reati ‘non prioritari’ si dovessero annoverare i reati economici, o alcuni reati economici – il pensiero corre, inevitabilmente, a quel poco che resta dei reati societari – quali effetti ci si potrebbero attendere in ordine all’efficacia generalpreventiva delle norme che prevedono quei reati?

È noto che l’effetto deterrente della pena dipende non tanto dall’oggettivo grado di certezza della sua inflizione, quanto dal grado di certezza percepita dai destinatari della norma³². Lo confermano i dati relativi all’impatto prodotto nel breve periodo da riforme legislative (che prevedano nuove incriminazioni o pene più severe) sulle quali si concentra l’attenzione dai mezzi di comunicazione di massa: spesso si produce uno spiccato effetto deterrente, non di rado correlato ad una sopravvalutazione del rischio di essere scoperti e puniti. Quando poi quella percezione si attenua, i tassi di reato tornano a salire.

Ora, una legge che periodicamente segnalasse i reati ‘prioritari’ avrebbe, probabilmente, una forte risonanza nella società: potrebbe produrre, magari, un’accentuata percezione della certezza della pena per alcuni tipi di reato (quelli ‘prioritari’), ma nel contempo produrrebbe un’altrettanto accentuata aspettativa di impunità per altri tipi di reato (quelli ‘non prioritari’).

11

Se queste considerazioni hanno qualche fondamento, se davvero la rimodulazione dell’obbligo di esercizio dell’azione penale formulata dal d.d.l. prospetta costi elevati in

28. Contro questo rischio, correlato alla formulazione di linee guida per la selezione dei reati da perseguire, v. L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell’azione penale*, cit., p. 1758.

29. Fondamentale, nella letteratura italiana, C. E. PALIERO, “Minima non curat praetor”, *Iperprofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagattellari*, 1985, p. 472 ss.

30. Per tutti, cfr. L. PICOTTI, G. SPANGHER (a cura di), *Verso una giustizia penale “conciliativa”. Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, 2002.

31. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 245.

32. Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, cit., p. 247 ss.

termini di prevenzione generale dei reati, non si può fare a meno di domandarsi perché mai la maggioranza parlamentare sia disposta a pagare un tale prezzo.

Non è probabile, a mio avviso, che si tratti soltanto della volontà di riequilibrare l'architettura costituzionale, secondo la logica espressa dall'art. 111 comma 2 Cost., a norma del quale «Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizione di parità, davanti a giudice terzo e imparziale».

Una più attendibile chiave di lettura può essere individuata, all'interno dello sterminato florilegio dei virulenti attacchi mossi alla magistratura dal Presidente del Consiglio, in alcune sue dichiarazioni rese già prima di quest'ultima fase, in cui il *leader del Partito dell'amore* apostrofa di frequente i magistrati ora come *brigatisti*, ora come *cancro della società*. Cito il resoconto di un discorso pronunciato dal Presidente Berlusconi nello scorso gennaio: «Il Cavaliere, in un... videomessaggio ai Promotori della libertà, non 'rispetta' il testo sbobinato e invece di invocare una 'adeguata reazione' parla di una 'punizione' per i magistrati. Il Presidente del Consiglio... sfrutta il videomessaggio per un affondo durissimo: i pm di Milano in 'violazione' dei 'più elementari principi costituzionali' e, in particolare contro i testimoni, hanno usato 'una procedura irrituale e violenta indegna di uno stato di diritto che non può rimanere senza una adeguata punizione'»³³.

Per bocca dello stesso on. Berlusconi, la 'punizione' sarà attuata con la riforma della giustizia. Così ha proseguito, infatti, e ha concluso il Presidente del Consiglio: «Io sono sereno; il Governo continuerà a lavorare e il Parlamento farà le riforme necessarie per garantire che qualche magistrato non possa più cercare di far fuori illegittimamente chi è stato eletto dai cittadini».

12

“CI SAREMMO RISPARMIATI MANI
PULITE”

In conclusione. La riforma costituzionale della giustizia sembra ispirata da una volontà punitiva nei confronti dei magistrati, soprattutto dei magistrati del pubblico ministero: una 'vendetta' per la cui attuazione il sistema della giustizia penale pagherebbe un prezzo elevato in termini di prevenzione generale dei reati.

Né si tratterebbe del primo sacrificio imposto, in questi anni, alle esigenze della prevenzione generale: è possibile, anzi, che quelle esigenze vengano nuovamente sacrificate nel prossimo futuro, attraverso l'esplosivo miscuglio di 'processo lungo'³⁴ e 'prescrizione brevissima' (per i non recidivi)³⁵, che si sta preparando – con lo strumento della legge ordinaria – nel sempre attivo 'laboratorio dell'impunità'.

D'altra parte, che alla base della riforma costituzionale della giustizia aleggi uno spirito punitivo, è stato ripetutamente smentito dal Ministro Alfano, il quale già alcuni mesi fa affermava: «La nostra riforma della giustizia non avrà nessuna istanza di ritor-

33. Cfr. Ruby, Berlusconi: «Punire i Pm». Casini: «Ora basta con le minacce», 20 gennaio 2011, <http://notizie.tiscali.it>.

34. Così si è letto, ad esempio, su *La Repubblica* del 7 aprile 2011, p. 14, sotto il titolo *Senato, arriva il "processo lungo"*. Camera, battaglia sulla prescrizione breve: «A Palazzo Madama...», in Commissione Giustizia viene approvato l'emendamento del capogruppo Pdl, Franco Mugnai, al disegno di legge leghista sul 'giudizio abbreviato' che allunga di fatto senza limiti il processo. Perché consente alla difesa di presentare elenchi di testi 'infiniti', prolungando così i procedimenti fino all'inevitabile prescrizione. Non solo. Prevede che una sentenza passata in giudicato non possa più considerarsi prova definitiva in un processo». Il riferimento è al Disegno di legge AS n. 2567, intitolato Modifiche all'art. 438, 442 e 516 e introduzione dell'art. 442 bis c.p.p. Inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo, Lussana e altri, trasmesso alla Presidenza del Senato il 18 febbraio 2011. Per il testo dell'emendamento Mugnai, approvato dalla Commissione Giustizia del Senato, v. www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=ListEmendc&leg=16&id=00036439&stampa=si&toc=no.

35. Cfr. Disegno di legge AS 1880-B, Disposizioni in materia di spese di giustizia, danno erariale, prescrizione e durata del processo, Gasparri e altri, trasmesso alla Presidenza del Senato il 14 aprile 2011, art. 3 comma 1: «All'articolo 161 del codice penale, il secondo comma è sostituito dal seguente: "Salvo che si proceda per i reati di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale, in nessun caso l'interruzione della prescrizione può comportare l'aumento di più di un sesto del tempo necessario a prescrivere, di un quarto nel caso di cui all'articolo 99, primo comma, della metà nei casi di cui all'articolo 99, secondo comma, di due terzi nel caso di cui all'articolo 99, quarto comma, e del doppio nei casi di cui agli articoli 102, 103 e 105"». Un netto giudizio critico su questa proposta in tema di prescrizione breve è venuto lo scorso 6 aprile dal Consiglio Superiore della Magistratura, attraverso una risoluzione in cui il testo può leggersi in www.penalecontemporaneo.it/area/3-societa. Altrettanto netta la critica espressa in un appello redatto dal prof. Giorgio Marinucci e sottoscritto da oltre 90 docenti di diritto penale: cfr. *Appello contro la prescrizione "breve": ennesima certezza di impunità*, 15 aprile 2011, *ibidem*.

sione nei confronti della magistratura, come la sinistra afferma pregiudizievolemente»³⁶.

Su questo punto, però, come si è visto, si profila un singolare contrasto tra il Capo del Governo e il Ministro della Giustizia (nonché, ora, segretario politico del Pdl). Per una volta, il Presidente Berlusconi appare invece in perfetto accordo con il presidente dell'Associazione Nazionale Magistrati, Luca Palamara, per il quale la riforma in gestazione ha i connotati di «una riforma punitiva..., di una riforma contro i giudici»³⁷.

Se ciò fosse vero, anche la decantata riforma 'epocale' della giustizia rivelerebbe però uno spiacevole retrogusto di legge *ad personam*: una legge costituzionale finalizzata non già a risolvere problemi inerenti a questo o a quel processo che veda coinvolto il Presidente del Consiglio (tale scopo viene e verrà perseguito, se non muterà il quadro politico, con il più agile strumento della legge ordinaria), ma pur sempre volta a far 'giustizia' (se la metafora non risulta fuori luogo...) dei torti, veri o presunti, personalmente sofferti dallo stesso Presidente.

Agli occhi del Presidente del Consiglio, se la riforma 'epocale' ha un torto, è quello di arrivare tardi: se fosse stata attuata prima, se prima – vent'anni fa – si fosse cioè provveduto a neutralizzare la magistratura, bloccandone le velleità di accertare e punire reati commessi da vasti settori della dirigenza politica, *ci saremmo risparmiati Mani Pulite*. Così si è espresso Silvio Berlusconi lo scorso 10 marzo, presentando la riforma 'epocale'³⁸: un rilievo che illumina, con straordinaria efficacia, spirito e scopi della riforma.

13

AVVOCATI E LEGISLATORI

Un cenno, e finisco, al tema della *separazione delle carriere*.

A proposito della separazione tra la carriera dei magistrati giudicanti e la carriera dei magistrati inquirenti, credo che si possa discutere non poco, con buoni argomenti in un senso e nell'altro.

Non avrei dubbi, invece, in merito alla necessità di separare altre carriere: *la carriera degli avvocati e la carriera dei legislatori*³⁹.

Per frutta e ortaggi, è auspicabile il massimo di vicinanza tra produttore e consumatore: ciliege e insalata, dunque, 'a chilometri zero'.

Non così per le leggi: un'accentuata vicinanza tra produttore e consumatore – tra produttore e 'utilizzatore finale' – non rende, a mio avviso, un buon servizio al Paese.

36. Berlusconi: "Riforma pronta, vogliamo accordo", 20 ottobre 2010, www.repubblica.it.

37. Giustizia: ANM, riforma per punire i giudici, 10 marzo 2011, www.ansa.it.

38. Cfr. www.ilpopolodellaliberta.it/notizie/20204/berlusconi-il-giusto-processo-e-un-diritto-dei-cittadini.

39. Cfr. M. TRAVAGLIO, AAA Lodo offresi prezzo trattabile, in *Il Fatto quotidiano*, 6 novembre 2009, ora in M. TRAVAGLIO, *Colti sul Fatto*, 2010, p. 82 ss.