



Università di Foggia
Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

Tesi di Laurea in Organizzazione della giustizia penale
italiana e comparata

I problemi dei criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale

Prof.ssa

Angela Procaccino

Laureanda

Gabriella Venezia

Anno Accademico 2016/2017

A Giovanni Falcone e Paolo Borsellino

INDICE SOMMARIO

Introduzione	p. 1
---------------------	-------------

CAPITOLO 1 – L’organizzazione dell’ufficio del pubblico ministero

1.1 L’autonomia interna ed esterna del pubblico ministero	p. 5
1.2 Attribuzioni del Procuratore della Repubblica: la titolarità dell’azione penale	p. 7
1.3 Designazione del vicario e attribuzione di deleghe ai Procuratori aggiunti	p.10
1.4 Il potere di organizzazione dell’ufficio: l’assegnazione dei procedimenti	p.12
1.5 I criteri organizzativi dell’ufficio: impiego della polizia giudiziaria e delle risorse finanziarie e tecnologiche	p.15
1.5.1 I rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria	p.16
1.5.2 I nuovi progetti di riforma	p.23
1.6 I rapporti con gli organi di informazione	p.26
1.7 Il potere di vigilanza del Procuratore generale presso la Corte d’Appello	p.29

CAPITOLO 2 – Il principio di obbligatorietà dell’azione penale

2.1 Il ruolo dell’art. 112 Costituzione	p.31
2.2 L’evoluzione storica del principio di obbligatorietà dell’azione penale	p.33
2.2.1 Il principio di completezza delle indagini: il controllo del giudice sull’archiviazione	p.36
2.3 Prospettive comparate: la singolarità del caso italiano	p.38
2.3.1 Verso un temperamento del principio di obbligatorietà dell’azione penale	p.40

2.4 Un possibile bilanciamento del principio di obbligatorietà dell'azione penale con altri principi costituzionali	p.42
2.4.1 La relazione tra obbligatorietà dell'azione penale e principio di legalità	p.44
2.4.2 Obbligatorietà dell'azione penale e principio di eguaglianza	p.47
2.5 Il principio di obbligatorietà nella giurisprudenza costituzionale	p.49
2.6 Aspettative d'impunità: "la tenuità del fatto"	p.51
2.7 Le proposte di revisione costituzionale	p.54

CAPITOLO 3 – L'elaborazione dei criteri di priorità nella trattazione degli affari penali

3.1 I criteri di priorità come criteri di razionalizzazione	p.57
3.2 L'esperienza empirica: le circolari Zagrebelsky e Maddalena	p.59
3.3 L'impianto normativo dei criteri di priorità: la riforma sul giudice unico	p.62
3.4 I criteri di priorità nella formazione dei ruoli di udienza: il "decreto sicurezza" e le modifiche dell'art. 132 <i>bis</i> disp. att. c.p.p.	p.63
3.4.1 Valutazione delle priorità	p.65
3.4.2 Le priorità della trattazione dei processi	p.66
3.5 L'adozione dei criteri di priorità: qual è l'organo eventualmente competente?	p.67
3.6 Profili di compatibilità con l'art. 112 Cost.	p.70
3.7 Le indicazioni del C.S.M. in tema di priorità	p.72
3.8 Osservazioni conclusive	p.75

CAPITOLO 4 – La responsabilità civile dei magistrati

4.1 Dal caso Tortora alla Legge Vassalli	p.77
4.2 Le novità normative in tema di responsabilità civile: aspetti sostanziali e aspetti procedurali	p.79
4.2.1 La legge 18/2015 e la sostanziale soppressione della clausola di salvaguardia	p.82

4.2.2 L'eliminazione del filtro di ammissibilità	p.84
4.3 I concetti di colpa grave e diniego di giustizia prima e dopo la legge 18/2015	p.86
4.3.1 Le altre ipotesi di colpa grave: il travisamento del fatto o delle prove e l'affermazione o la negazione di fatti in contrasto con gli atti del procedimento	p.90
4.3.2 Il travisamento del fatto: accezione linguistica ed accezione giuridica	p.91
4.4 Il nesso di causalità	p.93
4.4.1 La sentenza del Tribunale di Messina: condanna dello Stato per omessa perquisizione del pubblico ministero	p.94
4.5 La responsabilità da atto lecito: profili costituzionali	p.97
4.5.1 Ingiusta detenzione ed errore giudiziario	p.98
4.5.2 L'indennizzo del danno da processo penale: l'esportabilità del modello amministrativo	p.101
4.5.3 Il principio di compensazione	p.103
4.6 Il danno da processo penale: un nuovo fondo statale di garanzia per le vittime della giustizia	p.104
Conclusioni	p.108
Bibliografia	p.111
Sitografia	p.122

INTRODUZIONE

“Un sistema accusatorio parte dal presupposto di un pubblico ministero che raccoglie e coordina gli elementi della prova da raggiungersi nel corso del dibattimento, dove egli rappresenta una parte in causa. Gli occorrono, quindi, esperienze, competenze, capacità, preparazione anche tecnica per perseguire l’obiettivo. E nel dibattimento non deve avere nessun tipo di parentela col giudice e non essere, come invece oggi è, una sorta di para-giudice. Il giudice, in questo quadro, si staglia come figura neutrale, non coinvolta, al di sopra delle parti. Contraddice tutto ciò il fatto che, avendo formazione e carriere unificate, con destinazioni e ruoli intercambiabili, giudici e Pm siano, in realtà, indistinguibili gli uni dagli altri. Chi, come me, richiede che siano, invece, due figure strutturalmente differenziate nelle competenze e nella carriera, viene bollato come nemico dell’indipendenza del magistrato, un nostalgico della discrezionalità dell’azione penale, desideroso di porre il Pm sotto il controllo dell’Esecutivo. È veramente singolare che si voglia confondere la differenziazione dei ruoli e la specializzazione del Pm con questioni istituzionali totalmente distinte”.¹

Dalle parole di Giovanni Falcone si sviluppa l’analisi di questo elaborato che tenta di analizzare l’organizzazione dell’ufficio del pubblico ministero, distinguendolo da quello degli uffici giudicanti.

Lo scopo di questa tesi di laurea è stato quello di comprendere il ruolo che l’art. 112 Cost. ha nel nostro ordinamento e gli strumenti di cui il pubblico ministero dispone per rendere effettivo questo principio costituzionale.

Si tratta di una norma di natura strumentale, posta a garanzia di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale, quali, l’eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge (art. 3), l’autonomia e l’indipendenza della magistratura.

Diversi studi hanno già dimostrato come l’azione del pubblico ministero sia invece sempre contraddistinta da una più o meno ampia discrezionalità e come questa ponga problemi significativi rispetto al principio di eguaglianza, di cui l’obbligatorietà dell’azione penale dovrebbe essere strumento.

¹ Giovanni Falcone, *La Repubblica*, 3 ottobre 1991.

Il tentativo di ricerca si è svolto intorno al dibattito sull'obbligatorietà o discrezionalità dell'azione penale, alla luce delle innumerevoli disfunzioni della macchina giudiziaria.

È noto come, fin dall'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, nonostante il ripudio della discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale, attenta dottrina non mancò di osservare che ci si avviava verso una sostanziale ridefinizione della regola dell'obbligatorietà.

Diverse sono le opzioni in grado di incidere sulle modalità di esercizio dell'azione penale, in particolare, nella scansione dei tempi delle indagini, occorre prestare attenzione alla valutazione e alla selezione delle notizie di reato.

Nell'ottica di orientare le scelte del pubblico ministero, ci sono stati diversi tentativi di introdurre una disciplina legislativa circa i meccanismi in tema di criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale e nella formazione dei ruoli di udienza.

Il legislatore ha contribuito a dare maggiore trasparenza al fenomeno attraverso tre differenti interventi normativi: l'art. 227 del d.lgs. 19 febbraio 1998 n. 51 (c.d. riforma sul giudice unico), la riforma dell'ordinamento giudiziario del 2006 e, infine, il c.d. decreto sicurezza.

La decisione di introdurre questi criteri di priorità, contribuisce a rendere più credibile il principio di obbligatorietà dell'azione penale, impedendo, per un verso, che la cristallizzazione del principio si ponga come ostacolo ad interventi di natura organizzativa compatibili con l'assetto costituzionale, e, per altro verso, costituisce l'alibi per giustificare selezioni affidate a scelte puramente personali dei singoli magistrati. Inoltre, non emergono sostanziali profili di incompatibilità tra i criteri di priorità e l'art. 112 Cost., in quanto si osserva come la decisione di attribuire precedenza ad alcune notizie di reato rispetto ad altre non solo si colloca in un frangente successivo a quello in cui emergono i presupposti del dovere di agire, ma risulta anche supportata da principi di pari grado nella gerarchia delle fonti, tra cui quello di ragionevole durata del processo e di buona amministrazione.

L'aspetto più importante che emerge da questo elaborato mette in luce l'incapacità degli uffici giudiziari di smaltire tutto il carico di lavoro e di riservare a tutte le notizie di reato la stessa attenzione e le stesse risorse; si tratta di un dato innegabile confermato anche dai numeri delle rilevazioni statistiche.

Un vaglio delle pratiche risulta, dunque, inevitabile, com'è ineluttabile che i procedimenti ai quali siano riservate minori cure possano rischiare di essere abbandonati al destino della prescrizione.

Nella presente trattazione si è osservato come sia da tempo radicata la consapevolezza che l'obbligatorietà dell'azione penale sia ineluttabilmente destinata a coesistere con scelte discrezionali a causa dell'impossibilità di trattare tempestivamente tutte le notizie di reato.

La soluzione offerta dai criteri di priorità è quella di organizzare il lavoro al fine di tracciare una "corsia preferenziale" nella trattazione dei fatti di reato giunti agli uffici inquirenti, mediante la quale certi reati vengono trattati prima sulla base di indici di concreta offensività, ed altri vengono invece momentaneamente accantonati.

L'idea fondante dei criteri di priorità pare essere quella di assicurare trasparenza e trattamento egualitario delle stesse situazioni concrete, eliminando le scelte arbitrarie oggi compiute dai singoli pubblici ministeri senza un programma e con pericolo di disuguaglianze di trattamento anche gravi: si parla, in altri termini, non già di cancellare il fenomeno della scelta tra le notizie di reato da acclarare e quelle da accantonare per un certo periodo di tempo, ma di renderlo visibile, controllabile e soggetto a canoni uniformi.

La logica dei criteri di priorità si basa sul presupposto che, dato per scontato che le risorse disponibili non permettano di applicare tassativamente l'art. 112 Cost., allora è bene che la scelta inevitabile tra le notizie di reato da trattare tempestivamente e quelle da tralasciare, sia compiuta non già dal singolo pubblico ministero in base a criteri elaborati esclusivamente nel foro interno, ma da qualcuno che sia responsabile dei criteri di scelta e che elabori detti criteri in base a regole precise. I vantaggi del metodo sono chiari e indiscutibili: all'opzione occulta, non detta e non trasparente del sostituto procuratore che accantona il singolo fascicolo all'usura del tempo, si sostituiscono parametri chiari e non valicabili.

Nonostante ciò non mancano autorevoli voci in dottrina che ritengono che i criteri di priorità siano un rimedio, in ogni caso, da evitare, secondo il nostro sistema costituzionale. Tuttavia, non appaiono neppure giustificabili soluzioni immobiliste, di rinuncia all'adozione di misure di razionalizzazione nell'organizzazione del

lavoro, nella fideistica quanto illusoria attesa di una radicale eliminazione dei fattori ostativi al puntuale esercizio della giurisdizione.

Attualmente, alla luce di varie proposte di riforma, l'interrogativo da porsi è: sino a che punto siamo pronti a sacrificare il principio di indipendenza della magistratura a favore di una maggiore efficienza e responsabilità del sistema giudiziario?

CAPITOLO I

L'ORGANIZZAZIONE DELL'UFFICIO DEL PUBBLICO MINISTERO

1.1 L'autonomia interna ed esterna del pubblico ministero

L'espressione "pubblico ministero" designa un complesso di uffici pubblici che rappresentano nel procedimento penale l'interesse generale dello Stato alla repressione dei reati. Il pubblico ministero non è un organo unitario, bensì è frazionato in tanti uffici ciascuno dei quali svolge le sue funzioni, di regola, soltanto davanti all'organo giudiziario presso cui è costituito (art. 51, comma 3 c.p.p.).

Attualmente le funzioni svolte dal pubblico ministero sono indicate nell'ordinamento giudiziario. In particolare, il pubblico ministero:

- "veglia alla osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti dello Stato, delle persone giuridiche e degli incapaci" (art. 73 ord. giud.).
- "promuove la repressione dei reati" (art. 73 ord. giud.) svolgendo le indagini necessarie per valutare se chiedere il rinvio a giudizio o l'archiviazione.
- "esercita l'azione penale" nel caso in cui non debba chiedere l'archiviazione, quando cioè dalle indagini emergono elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio (art. 50, comma 1 c.p.p.).
- "fa eseguire i giudicati ed ogni altro provvedimento del giudice, nei casi stabiliti dalla legge" (art. 73 ord. giud.).

Analizzando in dettaglio la disciplina, lo statuto del pubblico ministero ha subito, negli ultimi sessant'anni, una radicale trasformazione. Originariamente, la materia era disciplinata dal r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, e si caratterizzava per una dipendenza gerarchica dell'ufficio e dalla subordinazione dei magistrati requirenti al Ministro della Giustizia. Secondo l'art. 69 "il pubblico ministero esercita, sotto la direzione del Ministro, le funzioni che la legge gli attribuisce".

La subordinazione dei magistrati requirenti prevedeva, sul lato *esterno*, la dipendenza degli uffici di procura direttamente dal Ministro della Giustizia, e sul

lato *interno*, l'attribuzione diretta ed esclusiva al Procuratore capo di tutte le funzioni spettanti all'ufficio che potevano essere esercitate direttamente o tramite i "dipendenti magistrati" secondo la formula originaria dell'art. 70 ord. giud.

La dipendenza gerarchica dall'esecutivo viene interrotta con l'entrata in vigore del r.d.l. 31 maggio 1946, n. 511, adottato dal Ministro della Giustizia Togliatti, il cui art. 39 abroga la precedente formulazione dell'art. 69 ord. giud. e la sostituisce con la formula secondo la quale "*il pubblico ministero esercita, sotto la vigilanza del Ministro della Giustizia, le funzioni che la legge gli attribuisce*". Il testo modificato dell'art. 69, costituisce la norma chiave sulla quale si è successivamente edificato il regime di autonomia esterna del magistrato requirente, in quanto fa venir meno la dipendenza gerarchica degli uffici di procura rispetto al Ministro e determina l'equiparazione tra il giudice ed il pubblico ministero sul piano dell'indipendenza dagli altri poteri statuali.

Nel dibattito che si è svolto durante i lavori dell'Assemblea Costituente è prevalsa la posizione in favore dell'indipendenza dell'organo requirente, tesi espressa dall'on. Calamandrei, sul presupposto che l'indipendenza esterna del pubblico ministero sia un corollario ineludibile del principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Dalla lettura combinata con altre norme costituzionali emerge come la Costituzione abbia inteso accumunare il pubblico ministero alle garanzie di indipendenza esterna ed allo *status* previsto per la magistratura giudicante.

La Corte Costituzionale è intervenuta numerose volte per affermare il principio di autonomia esterna del pubblico ministero alla luce degli artt. 107 e 112 Cost., precisando il significato e l'ambito di garanzia che la Costituzione assicura alla magistratura requirente ed affermando che, questa, in base all'art. 107 "*è fornita di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere, con garanzia costituzionale*" e che "*l'obbligatorietà dell'azione penale costituisce la garanzia essenziale dell'indipendenza del pubblico ministero*".

Con riguardo alla c.d. indipendenza interna delle funzioni requirenti, è l'ordinamento giudiziario che determina l'ambito di effettiva autonomia di ciascun magistrato del pubblico ministero rispetto al potere di condizionamento attribuito al Procuratore capo, in un'ottica nella quale, l'esercizio della funzione da parte del

magistrato requirente, a differenza di quanto avviene per la funzione giudicante, subisce una significativa interferenza sul piano organizzativo degli uffici. La principale differenza rispetto alla funzione giudicante sta nel fatto che, ai sensi dell'art. 107, comma 4 Cost., “*il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario*”: si tratta di una peculiarità attinente l'organizzazione gerarchica, che, viceversa, è assente all'interno degli uffici del giudice.¹

A tutela dello *status* di pubblico ministero sono previste numerose garanzie a livello costituzionale, in particolare: egli, in quanto magistrato, è inamovibile nel grado e nella sede (art. 107 Cost.); è nominato a seguito di pubblico concorso (art. 106, comma 1, Cost.); i provvedimenti disciplinari e le promozioni che lo riguardano sono deliberati dal Consiglio Superiore della Magistratura (art. 105 Cost).²

1.2 Attribuzioni del Procuratore della Repubblica: la titolarità dell'azione penale

L'attuale regime ordinamentale del pubblico ministero è definito dalla disciplina introdotta con il d.lgs. 106/2006, sul quale si innestano le modifiche introdotte con la l. 269/2006 proposte dal ministro Mastella. Il decreto legislativo si inserisce nel più ampio quadro delle riforme dell'ordinamento giudiziario perseguite attraverso la legge delega 25 luglio 2005, n. 150 (legge Castelli), approvata dopo un lungo percorso parlamentare che ha coperto l'arco dell'intera legislatura 2001-2006.

¹ Corte Cost., 16 marzo 1976, n. 52 : “le garanzie di indipendenza del pubblico ministero sancite, a livello costituzionale, dall'art. 107, vengono rimesse, per la determinazione del loro contenuto, alla legge ordinaria sull'ordinamento giudiziario. Le cui disposizioni non possono essere ritenute illegittime se per alcuni momenti processuali, in cui è più pronunciato il carattere impersonale della funzione, attecchiano a criteri gerarchici l'attività dell'organo. Infatti, a differenza delle garanzie di indipendenza previste dall'art. 101 Cost. a presidio del singolo giudice, quelle che riguardano il pubblico ministero si riferiscono all'ufficio unitamente inteso e non ai singoli componenti di esso”.

² Degno di considerazione è quanto affermato dalla sentenza della Corte Cost. 3 febbraio 2000, n. 37: “la Costituzione, pur considerando la magistratura come un unico ordine, soggetto ai poteri dell'unico Consiglio Superiore (art. 104), non contiene alcun principio che imponga o al contrario precluda la configurazione di una carriera unica o di carriere separate fra i magistrati addetti rispettivamente alle funzioni giudicanti o a quelle requirenti, o che impedisca di limitare o di condizionare più o meno severamente il passaggio dello stesso magistrato, nel corso della sua carriera, dalle une alle altre funzioni”.

Il d.lgs. 106/2006 reca le disposizioni in materia di riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero e il 1° ed il 2° comma dell'art. 1, costituiscono il fulcro culturale dell'intervento riformatore voluto dal legislatore.

Secondo il primo comma il Procuratore *è titolare esclusivo dell'azione penale e la esercita nei modi e nei tempi stabiliti dalla legge*.³

Il secondo comma, invece, statuisce che il Procuratore *assicura il corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale ed il rispetto delle norme sul giusto processo da parte del suo ufficio*.

In queste due proposizioni si afferma il principio di gerarchia interna, quale regola fondamentale sulla quale si innestano tutti i precetti secondari relativi all'esercizio dell'azione penale, all'organizzazione dell'ufficio, ai rapporti tra i magistrati che lo compongono e si enuncia la finalità alla quale il principio di gerarchia interna deve essere sotteso: l'esercizio dell'azione penale in modo puntuale, uniforme e rispettoso delle leggi, ed in particolare delle norme sul giusto processo.

La scelta di una strutturazione gerarchica del potere interno appare essere giustificata dalla necessità di garantire una maggiore uniformità e legalità nell'esercizio dell'azione che, si è ritenuto non fosse adeguatamente perseguibile attraverso il precedente sistema organizzativo, basato sulla distribuzione del potere e su una maggiore autonomia ed indipendenza interna dei magistrati dell'ufficio rispetto al capo. Questo sistema appare ispirato al convincimento che solo evitando la libertà incondizionata di ogni magistrato di muoversi come meglio crede, e solo riconoscendo la necessità di un'organizzazione gerarchica degli uffici del pubblico ministero, è possibile garantire il buon andamento della macchina giudiziaria e l'effettività dell'esercizio obbligatorio dell'azione penale⁴.

Quanto alle finalità che il Procuratore è tenuto a perseguire e garantire, nel concreto esercizio dell'azione penale, si ritiene che il riferimento alla correttezza, alla puntualità ed al rispetto delle norme sul giusto processo sia un generale richiamo ai

³ Nell'originaria formulazione del d.lgs. era previsto che il Procuratore capo, titolare esclusivo dell'azione penale, la esercitasse, *sotto la propria responsabilità*, nei modi e nei termini fissati dalla legge. L'inciso contenente il richiamo alla responsabilità personale è caduto a seguito dell'intervento operato con la l. 269/2006.

⁴ G. SCARSELLI, *La riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero*, in AA.VV., *La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario*, Foro.it, 2006, p.30.

canoni di stretta legalità ed imparzialità valutativa che delimitano la legittimità dell'operato giudiziario di ogni magistrato, sia questi requirente o giudicante⁵.

Differente, invece, potrebbe essere il rilievo attribuibile al criterio dell'uniformità nell'esercizio dell'azione penale, in quanto da più parti⁶ è stato sollevato il dubbio che questo possa essere interpretato non solo nel senso più ovvio e condivisibile, di ribadire il radicale divieto di disparità di trattamento in presenza di omogenee situazioni di fatto e di diritto, quanto invece quale limite e preclusione di ogni modulazione organizzativa delle risorse dell'ufficio finalizzata ad intensificare l'azione investigativa e giudiziaria in ragione della maggior gravità o maggior incidenza di alcune tipologie di condotta criminosa rispetto ad altre, in un determinato ambito temporale e territoriale.

Si teme che il criterio dell'uniformità dell'azione possa delegittimare quelle iniziative virtuose che, nell'impossibilità oggettiva di trattare tutti i procedimenti con eguali risorse, individuano criteri di priorità nella trattazione degli affari, differenziando e graduando l'attività di contrasto nella fase delle indagini e nell'assunzione delle iniziative inerenti l'esercizio dell'azione penale, in ragione di diversi e articolati parametri, volte a contrastare con maggior efficacia alcune condotte criminali particolarmente gravi.

In realtà queste preoccupazioni sono state fugate da due recenti delibere del Consiglio Superiore della Magistratura, adottate in epoca immediatamente successiva al d.lgs. 106/2006, che ribadiscono la legittimità dei criteri di priorità adottati dai dirigenti degli uffici.

Con la prima delibera, del 9 novembre 2006⁷, il Consiglio Superiore, afferma che i dirigenti degli uffici possono e devono adottare iniziative e provvedimenti idonei a razionalizzare la trattazione degli affari e l'impiego delle risorse disponibili, attraverso scelte organizzative adottate nel rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale e di soggezione di ogni magistrato esclusivamente alla legge,

⁵ G. MELILLO, *L'organizzazione dell'ufficio del pubblico ministero*, in AA.VV., *Il Nuovo Ordinamento Giudiziario*, a cura di D. CARCANO, Milano, Giuffrè, 2006, p.239.

⁶ In tal senso: G. MELILLO, op. cit., p.239 ss.; G. SANTALUCIA, *Il pubblico ministero*, in *Questione giustizia*, 2006, n.1, p.108.

⁷ CSM, risoluzione del 9 novembre 2006, relativa a nt. del 12 settembre 2006, del Ministro della giustizia riguardante la possibilità di differenziare, rispetto agli altri, la tempistica dei processi penali destinati ad esaurirsi senza la concreta inflizione di una pena ricorrendo il beneficio dell'indulto.

che rispondano ai principi di buon andamento e di imparzialità nell'amministrazione della giustizia.

Con la seconda delibera, del 15 maggio 2007⁸, il Consiglio prende in esame circolari e direttive emanate da alcuni dirigenti degli uffici di Procura, mediante le quali vengono stabiliti criteri di priorità nella trattazione dei procedimenti penali in conseguenza della l. 241 del 31 luglio 2006, relativa alla concessione dell'indulto. In tale delibera, il Consiglio ribadisce la persistente legittimità dei criteri organizzativi che, sulla base dell'elevato numero degli affari da trattare e delle risorse umane e materiali disponibili, esplicitino le scelte di intervento adottate per pervenire a risultati possibili ed apprezzabili.

Si afferma che tali iniziative organizzative non solo non presentano profili di contrasto con i principi costituzionali, ma si dimostrano compatibili anche con le nuove regole ordinamentali definite per l'ufficio di Procura, in quanto assicurano predeterminazione, trasparenza ed uniformità nell'esercizio dell'azione penale, secondo la previsione di cui all'art. 1, 2° co., d.lgs. 106/2006⁹.

1.3 Designazione del vicario e attribuzione di deleghe ai Procuratori aggiunti

I commi 3°, 4° e 5° dell'art. 1, d.lgs. 106/2006 disciplinano le attribuzioni del Procuratore capo con riguardo al vicario ed ai Procuratori aggiunti.

Il 3° comma prevede che il Procuratore capo possa designare un vicario scegliendolo tra i Procuratori aggiunti; quest'ultimo eserciterà le funzioni direttive in caso di assenza o di impedimento del Procuratore o nel caso in cui l'incarico del capo dell'ufficio rimanga vacante.

⁸ CSM, delibera del 15 maggio 2007, relativa a pratica avente ad oggetto l'esame delle possibili conseguenze sul piano ordinamentale della circolare del Procuratore della Repubblica di Torino 58/07 SP, e delle altre direttive emanate dai dirigenti degli Uffici di Procura (segnatamente quelli di Palermo e Busto Arsizio) in tema di trattazione dei procedimenti in conseguenza dell'applicazione dell'indulto.

⁹ Concorde con tale orientamento V. BORRACCETTI, *Il dirigente dell'ufficio di procura dopo la riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Questione giustizia*, 2008, n.1, p.16, il quale però evidenzia che i criteri di priorità non possono che essere definiti attraverso procedure partecipate con il coinvolgimento di tutti gli uffici che devono intervenire nel procedimento penale e non devono consistere in una scelta discrezionale dell'ufficio di procura, anche perché sarebbe irrazionale che una scelta di priorità compiuta per la fase delle indagini fosse sconosciuta o venisse disattesa nelle fasi successive del giudizio.

Il Consiglio però, con delibera del 20 dicembre 2005, relativa alle disposizioni in materia di riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero, ha evidenziato che la designazione di un vicario è prevista per i soli casi di assenza o impedimento, non anche per l'ipotesi di vacanza; in quest'ultimo caso ci sarebbe un vizio di eccesso di delega.

La nomina del vicario si presenta come un'attribuzione di carattere fiduciario e deve essere assistita da una serie di garanzie procedurali, quali: l'obbligo di motivazione della scelta, che espliciti le ragioni in base alle quali viene accordata preferenza in relazione alle doti di esperienza ed attitudine all'esercizio delle funzioni direttive, nonché l'obbligo di comunicazione della designazione al Consiglio Superiore.

Il 5° comma dell'art. 1 prevede la possibilità che il Procuratore stabilisca, in via generale o per i singoli atti, i criteri ai quali il vicario dovrà attenersi nell'esercizio delle funzioni.

Manca invece ogni indicazione relativa a modalità e condizioni di revoca della designazione del vicario. Un richiamo ai principi generali consente di ritenere che, la designazione debba essere revocata con un provvedimento motivato, quando vi sia violazione dei criteri e delle direttive impartite, ovvero quando insorga un contrasto circa le modalità di esercizio dei poteri vicari.

Il 4° comma dell'art. 1 prevede che il Procuratore possa delegare, ad uno o più Procuratori aggiunti, ovvero ad uno o più magistrati addetti all'ufficio, la cura di specifici settori di affari, individuati con riguardo ad aree omogenee di procedimenti, ovvero ad ambiti di attività dell'ufficio che necessitano di uniforme indirizzo (cc.dd. deleghe autorizzative). Con tale formula si è inteso fare riferimento non solo al coordinamento dei pool investigativi specialistici, ma anche a tutti quei settori di attività che, pur non facendo riferimento a procedimenti penali, debbano essere gestiti secondo criteri uniformi, quali il casellario giudiziale, l'esecuzione penale ed i correlativi rapporti con il Tribunale di sorveglianza, il centro intercettazioni telefoniche con riguardo all'utilizzo uniforme delle risorse tecniche e finanziarie, gli affari civili, eccetera.

Questa disposizione ha sollevato dubbi circa la discrezionalità del Procuratore capo nella scelta in ordine all'opportunità o meno di conferire le deleghe per il coordinamento ad uno o più sostituti, preferendoli agli aggiunti in servizio presso

l'ufficio. Inoltre, è desumibile dall'intero sistema normativo, l'obbligo di motivazione e di comunicazione al Consiglio delle deleghe conferite per una maggiore garanzia in favore dell'esercizio ragionevole dei poteri discrezionali attribuiti al Procuratore.

Il successivo 5° comma prevede, invece, la possibilità che il Procuratore, in occasione della delega conferita all'aggiunto, stabilisca, in via generale o per i singoli atti, i criteri ai quali i delegati si dovranno attenere nell'esercizio delle relative funzioni.

Dalla lettura dei commi 3° e 4° si desume il potere del Procuratore capo di coinvolgere altri magistrati nella gestione dell'ufficio, attraverso la "designazione" tra i procuratori aggiunti, di un vicario destinato a svolgere le funzioni in caso di assenza o impedimento, o attraverso la "delega" a uno o più dei magistrati addetti all'ufficio, della cura di specifici settori di affari. Il decreto delegato distingue tra "designazione" e "delega", ove si tenga conto della particolare posizione del "vicario", che è chiamato a svolgere le sue funzioni in piena autonomia, in una posizione simile a quella del suo designante (Procuratore capo), al contrario, il "delegato" non ha analoga autonomia, giacché il delegante, nel conferirgli, in *toto* o in parte, l'esercizio dei propri poteri, di questi ne conserva la piena titolarità.

Il 6° comma costituisce l'esplicazione del potere di organizzazione del Procuratore, sia con riguardo al funzionamento dell'ufficio, sia con riguardo ai criteri di assegnazione degli affari.

Il 7° comma, da ultimo, stabilisce che tutti i provvedimenti devono essere trasmessi al Consiglio Superiore della Magistratura.

1.4 Il potere di organizzazione dell'ufficio: l'assegnazione dei procedimenti

Il decreto delegato 106/2006 ha inteso organizzare la disciplina attuativa distinguendo tra le attribuzioni del Procuratore della Repubblica attinenti il profilo organizzativo dell'ufficio e le attribuzioni concernenti l'esercizio dell'azione penale e le attività ad esso correlate. In tema di assegnazione dei procedimenti, l'impianto originario contenuto nel d.lgs. 106/2006 è stato modificato con la l. 269 del 24 ottobre 2006, che ha eliminato ogni riferimento alla responsabilità personale

del Procuratore in relazione all'esercizio dell'azione penale, ha sostituito la delega con l'assegnazione al fine di indicare la natura del provvedimento con il quale vengono distribuiti gli affari ai sostituti, ha modificato la disciplina dettata per la revoca, eliminando l'obbligo di trasmissione del provvedimento e delle eventuali osservazioni al Procuratore generale presso la Corte di Cassazione.

Alla disciplina delle assegnazioni degli affari e dei procedimenti è dedicato l'art. 2, d.lgs. 106/2006, che ha ad oggetto specificamente la titolarità dell'azione penale. Il 1° comma dispone che il Procuratore rimane titolare esclusivo dell'azione penale, che la può esercitare personalmente ovvero assegnare il relativo procedimento a uno dei magistrati dell'ufficio, o a più di essi congiuntamente. L'assegnazione a uno o più magistrati addetti all'ufficio, integra un potere di "delega" che potrà riguardare non soltanto la trattazione di uno o più procedimenti, ma anche il compimento di singoli atti di essi. Mentre la delega di cui all'articolo 1, comma 4° del decreto, ha per oggetto l'organizzazione, la gestione e l'amministrazione dell'ufficio, quella di cui trattasi ha ad oggetto l'attività giudiziaria: ergo, le indagini, l'esercizio dell'azione penale, la trattazione dei procedimenti penali ovvero il compimento di singoli atti di questi.

Il comma 4° attribuisce al Procuratore della Repubblica il potere di determinare i criteri per l'organizzazione dell'ufficio e per l'assegnazione dei procedimenti ai Procuratori aggiunti e ai sostituti Procuratori addetti all'ufficio, con l'obbligo di precisare per quali tipologie di reato riterrà di adottare meccanismi di natura automatica.

Dalla lettura sistematica delle norme enucleate emerge il regime normativo che governa la delicata materia dell'assegnazione dei procedimenti. In base a tale disciplina, il Procuratore procede all'assegnazione grazie a criteri predeterminati, da lui stesso fissati nell'ambito dei poteri di organizzazione dell'ufficio che gli sono attribuiti¹⁰. Il Consiglio Superiore, con la risoluzione del 12 luglio 2007, ha affermato che i criteri di assegnazione degli affari, al pari degli altri provvedimenti organizzativi, devono essere comunicati all'organo di autogoverno a norma dell'art.

¹⁰ Per una trattazione diffusa dei criteri organizzativi dell'ufficio rimessi alla competenza del Procuratore capo, delle procure per la loro adozione e dei poteri di controllo spettanti al CSM si rimanda a G. GILARDI, *Le tabelle, Modelli e tecniche dei processi civili*, Torino, Utet giuridica, 2015, pp. 216-221.

1, 7° comma, d.lgs. 106/2006. Il Consiglio dovrà valutarli alla luce dei principi di imparzialità, trasparenza e buon andamento dell'amministrazione previsti dall'art. 97 Cost. e di quelli di autonomia ed indipendenza che l'art. 101, 2° comma Cost., assicura a tutti gli appartenenti all'Ordine Giudiziario¹¹.

Oltre all'assegnazione in base ai criteri automatici ed ai criteri specialistici, l'art. 2 sembra ipotizzare un potere di auto-assegnazione e di assegnazione svincolata da criteri predeterminati. Il Consiglio Superiore ha ritenuto, tuttavia, che tali assegnazioni debbano avvenire attraverso un provvedimento motivato, da collocare nel momento in cui il procedimento ha origine, con la precisazione che una volta esercitata la scelta, il potere deve ritenersi consumato e non può rivivere¹².

In relazione ai criteri ed alle direttive vincolanti che il Procuratore può impartire nei confronti del Sostituto in occasione dell'assegnazione, il Consiglio ha svolto un'operazione interpretativa finalizzata ad evitare che queste disposizioni interferiscano in modo sostanziale con l'autonomia professionale del Sostituto.

In particolare, è stato sottolineato che lo statuto costituzionale del magistrato non tollera direttive che incidano sul merito della discrezionalità tecnica che anima le sue scelte interpretative e le conseguenti determinazioni giudiziarie. La dottrina concorda con questa impostazione, evidenziando che anche la terminologia utilizzata dal legislatore - che utilizza il termine "criteri" e non altre espressioni dal valore più stringente, quale ad esempio quello di "direttiva"- dà il chiaro senso che non può trattarsi di ordini, ovvero di disposizioni capaci di creare vincoli di comportamento immediati e diretti; si tratterebbe, invece, di linee di condotta che vanno attuate attraverso una specificazione filtrata da valutazioni discrezionali.¹³

Un profilo delicato attiene alla revoca dell'assegnazione. Secondo il 2° comma dell'art. 2, questa può avvenire qualora il magistrato non si attenga ai principi ed ai criteri definiti dal Procuratore in via generale o all'atto dell'assegnazione, ovvero quando sorga, tra il magistrato ed il Procuratore, un contrasto circa le modalità di

¹¹ Il riferimento alla risoluzione del CSM del 12 luglio 2007.

¹² Sul punto F. MENDITTO, *L'organizzazione delle procure nella stagione della controriforma*, in *Questione giustizia*, 2006, p.903 ss., ritiene che anche nel nuovo quadro normativo i poteri di auto assegnazione riconosciuti al Procuratore capo non possono essere svincolati da criteri oggettivi predeterminati e, conseguentemente sottratti alla valutazione consiliare, quanto meno sotto il profilo delle ricadute organizzative e della loro razionalità.

¹³ G. SANTALUCIA, *Il pubblico ministero*, in *Questione giustizia*, 2006, n.1, p.114.

esercizio. In entrambi i casi la revoca dovrà avvenire con un provvedimento motivato, contro il quale il magistrato interessato potrà presentare osservazioni scritte entro dieci giorni dalla comunicazione.¹⁴

Il provvedimento di revoca e le eventuali osservazioni dovranno essere comunicate all'organo di autogoverno, il quale, potrà intervenire per verificare la ragionevolezza e la congruità della motivazione adottando una determinazione conclusiva nelle forme della delibera plenaria. Tale delibera potrà essere oggetto di segnalazione ai titolari dell'azione disciplinare, oppure potrà essere inserita nel fascicolo personale del dirigente ai fini della valutazione professionale per il rinnovo dell'incarico direttivo, dell'assegnazione di altro incarico o della periodica valutazione di professionalità.

1.5 I criteri organizzativi dell'ufficio: impiego della polizia giudiziaria e delle risorse finanziarie e tecnologiche

L'art. 4 del d.lgs. 106/2006 attribuisce al Procuratore capo il potere di indicare i criteri generali ai quali i magistrati devono attenersi nell'uso della polizia giudiziaria, delle risorse tecnologiche e delle risorse finanziarie di cui l'ufficio dispone, nonché il potere di definire i criteri generali da seguire per l'impostazione delle indagini in relazione a settori omogenei di procedimenti. Si evidenzia che la fissazione di criteri generali per l'utilizzo delle risorse riverbera i suoi effetti non solo sulle decisioni organizzative ma anche su quelle propriamente giurisdizionali influenzando le scelte che sono rimesse al singolo magistrato in tema di ricerca e raccolta di mezzi di prova.

¹⁴ Con tre delibere assunte in data 5 maggio 2009, il Consiglio ha esaminato specifiche vicende relative alla gestione dei procedimenti penali in fase di indagine e di dibattimento, ritenendo che costituiscono revoca dell'assegnazione del procedimento, e vanno quindi opportunamente motivati, i provvedimenti con i quali il Procuratore: *a)* sostituisce per l'udienza il magistrato assegnatario delle indagini non consentendogli così di rassegnare al giudice le proprie conclusioni, in ordine alle quali sussiste divergenza con il capo dell'ufficio; *b)* a causa di divergenza sull'esito da imprimere alle indagini relative a differenti indagati nel medesimo procedimento, dispone lo stralcio di talune posizioni assegnando il procedimento stralciato ad altro magistrato; *c)* in ragione di divergenze relative al compimento di singoli atti di indagine nell'ambito di un procedimento assegnato ad un sostituto, si determina a compiere personalmente l'atto o a delegarne il compimento ad un diverso magistrato (delibere assunte dal CSM in data 5 maggio 2009 nelle pratiche n. *a)* 1720 FT 2007; *b)* 2 VV 2009; *c)* 159 VV 2008 della VII Commissione).

Proprio in considerazione di queste osservazioni, il Consiglio Superiore è intervenuto sull'argomento, offrendo alcune linee guida protese a favorire il perseguimento della maggiore funzionalità ed efficienza possibile in ragione delle risorse disponibili.¹⁵

In questa nuova prospettiva i criteri in tema di utilizzazione delle risorse e impostazione delle indagini sono destinati a divenire uno degli assi portanti del progetto organizzativo dell'ufficio; ineludibile strumento attraverso il quale pervenire ad un efficace ed uniforme esercizio dell'azione penale alla luce delle risorse tecnologiche disponibili e delle risorse finanziarie di cui l'ufficio può avvalersi¹⁶. Tali criteri dovranno essere basati su una corretta analisi dei flussi di lavoro e non potranno essere adottati se non all'esito di momenti di partecipazione di tutti i sostituti. Per garantire un'efficienza concreta, i criteri adottati, dovranno, inoltre, essere dotati della necessaria elasticità, perché un irrigidimento della componente organizzativa può ripercuotersi negativamente sull'attività investigativa, non consentendole di adattarsi alle diverse fenomenologie criminali ed alla specificità di ogni vicenda giudiziaria.¹⁷

1.5.1 I rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria

La Costituzione italiana all'art. 109 prevede che: *“l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria”*. Per analizzare il rapporto che lega pubblico ministero e polizia giudiziaria, è necessario prendere le mosse dal dibattito in Assemblea costituente sull'art. 109 Cost.

Furono presentati tre progetti sulla magistratura di fronte all'Assemblea Costituente: il progetto Leone, il progetto Calamandrei e il progetto Patricolo.

¹⁵ CSM, risoluzione del 12 dicembre 2007, in materia di organizzazione degli uffici del pubblico ministero.

¹⁶ In tal senso v. BORRACCETTI, *Il dirigente dell'ufficio di procura dopo la riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Questione giustizia*, 2008, n.1, p.14.

¹⁷ Favorevole alla conservazione in capo al CSM di poteri di indirizzo sostanziale e procedurale e di valutazione dei criteri di organizzazione dell'ufficio e di assegnazione degli affari v. F. MENDITTO, *L'organizzazione delle procedure nella stagione della controriforma*, p.899 ss., secondo il quale tale potere deve essere riconosciuto al Consiglio anche per evitare una eccessiva frammentazione e disomogeneità che potrebbe incidere sulla buona organizzazione dell'ufficio e sul buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.) nonché sulla durata ragionevole del processo (art. 111 Cost.).

Il progetto Leone accentuava la necessità di un collegamento fra potere esecutivo e potere giudiziario, allo scopo di “*predisporre una direttiva imparziale della polizia, in persona di un magistrato*”. Tale collegamento era assicurato dal p.m., organo del potere esecutivo posto sotto la direzione del Ministro della Giustizia e capo della polizia, non solo giudiziaria.

Il progetto Calamandrei poneva la polizia giudiziaria sotto la “*dipendenza esclusiva e diretta dell’ autorità giudiziaria*”, dovendosi intendere con l’ autorità giudiziaria non solo il p.m., ma anche i giudici.

Il progetto Patricolo faceva rientrare nell’ ambito del potere giudiziario il p.m., la polizia giudiziaria e l’ amministrazione penitenziaria. Nessuno dei tre progetti prevedeva l’ istituzione di un corpo di polizia giudiziaria alle dirette dipendenze della magistratura, come invece richiesto dall’ Associazione nazionale magistrati.

La discussione si incentrò sui progetti Leone e Calamandrei: ne uscì una soluzione di compromesso, l’ art. 100, il quale prevedeva che “*l’ autorità giudiziaria può disporre direttamente dell’ opera della polizia giudiziaria*”.¹⁸

In assemblea plenaria furono presentati quattro gruppi di emendamenti. Con un primo gruppo di emendamenti, si proponeva di istituire un corpo speciale di polizia giudiziaria posto alla diretta ed esclusiva dipendenza dell’ autorità giudiziaria.¹⁹

Con un secondo gruppo, si voleva riproporre la formulazione del progetto Calamandrei nel senso della “*dipendenza esclusiva e diretta dall’ autorità giudiziaria*”.

Un terzo gruppo di emendamenti era diretto a sopprimere l’ art. 100 del progetto di Costituzione, per impedire la costituzionalizzazione dei ogni principio in tema di polizia giudiziaria.

Con un quarto gruppo, allo scopo di mediare tra il testo dell’ art. 100 del progetto e la posizione di chi proponeva un’ esclusiva dipendenza della polizia giudiziaria dalla magistratura, si propose una formulazione per cui “*la polizia giudiziaria*

¹⁸ Riferisce TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2006, p.287, che la soluzione fu criticata da Lener, *L’ indipendenza della magistratura nella nuova Costituzione*, in *Civiltà cattolica*, 1947, n. 2326, pp.309-313, il quale fu il primo ad osservare che la mancanza di uno stretto vincolo di dipendenza della polizia giudiziaria dall’ autorità giudiziaria potesse inficiare l’ indipendenza della magistratura.

¹⁹ V. le prese di posizione di Ponticelli, Perisco, Carboni, Romano nelle sedute del 7-8-11 novembre 1947, in *Assemblea costituente*, V, p.1857 ss.

dipende direttamente dall'autorità giudiziaria". Quest'ultimo fu l'emendamento che il relatore Leone fece proprio in assemblea, chiarendo che per "*diretta dipendenza*" si doveva intendere che i corpi di polizia sarebbero rimasti alle dipendenze dei ministeri per tutte le funzioni amministrative e che l'autorità giudiziaria non avrebbe avuto alcun potere disciplinare sulla polizia, neanche in relazione alle funzioni di polizia giudiziaria.

All'esito di questo dibattito, si arrivò all'approvazione del testo attualmente vigente, nel quale alla "*diretta dipendenza*" è stato sostituito il potere dell'autorità giudiziaria di "*disporre direttamente della polizia giudiziaria*", senza che ciò comporti una dipendenza strutturale.²⁰

L'art. 109 Cost. presenta almeno tre profili di problematicità, perché disciplina, utilizzando l'incerta categoria della "*diretta disponibilità*", la relazione tra due termini anch'essi incerti, in quanto non sufficientemente definiti né dall'art.109 stesso, né dal resto delle norme costituzionali: l'autorità giudiziaria e la polizia giudiziaria.

Rispetto al primo termine, la dottrina ha unanimemente desunto che per "*autorità giudiziaria*" la Costituzione intende sia il giudice, sia il pubblico ministero.²¹

Quanto al secondo di tali termini, si deve rilevare che dalla Costituzione non si può desumere in modo univoco una definizione di "*polizia*", pur essendo numerosi gli articoli che fanno riferimento alla polizia giudiziaria, alla polizia amministrativa, alla pubblica di sicurezza.²²

²⁰ Osserva TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2006, p.292, che l'Assemblea costituente ha evitato l'espressione "diretta dipendenza da", perché questa poteva essere interpretata nel senso di dipendenza esclusiva; la locuzione "dispone direttamente", invece, non si presta ad essere interpretata nel senso per cui crea una dipendenza strutturale della polizia giudiziaria dall'autorità giudiziaria, cioè una dipendenza gerarchica, ma solo nel senso di una dipendenza funzionale.

²¹ Cfr., fra gli altri, RIGANO, *I rapporti fra pubblico ministero e polizia giudiziaria*, in Atti del convegno, *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Associazione tra gli studiosi del processo penale, Udine 22-24 ottobre 2004, Milano, 2006, p.124; RESCIGNO, *L'esercizio dell'azione pubblica e il pubblico ministero*, Padova, 22-23 ottobre 2004, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, il quale sostiene che la Costituzione utilizza l'espressione "autorità giudiziaria" quando "i magistrati si presentano come autorità che comandano anche indipendentemente e fuori dal processo".

²² Cfr., VOLPI, *Costituzione e polizia*, in *Politica del diritto*, 1983, n.1, p.92; CERRI, *Polizia giudiziaria*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Roma, Treccani, 1994, § 2 ss. Sul rapporto fra attività di polizia amministrativa e attività di polizia giudiziaria, v. Cass. pen., 2 dicembre 1998, n.3261, in *Cass. Pen.*, 1999, n.3458, con nota di MARANDOLA, la quale afferma che "è da escludere che possano essere promosse indagini preliminari non già sulla base di una notizia di reato ma al fine di eventualmente acquisirla, come nel caso di indagini a tappeto e in forma indiscriminata, dirette ad accertare se

La distinzione tra i diversi corpi non appare agevole neppure dalla relativa disciplina legislativa, in quanto essi sono strutturati in modo da comprendere sia funzioni di polizia amministrativa sia funzioni di polizia giudiziaria.²³

La Costituzione disciplina la polizia giudiziaria con riferimento a due aspetti: da un lato, l'organizzazione generale della polizia, che per implicito può essere fatta rientrare, in base agli artt. 97 e 98, nell'organizzazione generale dell'amministrazione e, dall'altro, la tutela dei diritti fondamentali garantiti dagli artt. 13 e 14, nei quali trova ampio spazio l'utilizzazione della riserva di giurisdizione.

Si tratta di punti di riferimento, in realtà, poco significativi: l'art. 97 Cost. non è particolarmente utile ai fini classificatori, perché non menziona espressamente la polizia giudiziaria e non specifica, quindi, se e in che misura questa possa essere ricondotta, sul piano strutturale, alla pubblica amministrazione; l'art. 98 Cost. si limita a consentire che il legislatore stabilisca limitazioni al diritto d'isciversi ai partiti politici per i funzionari e agenti di polizia, senza nulla specificare sulla natura delle funzioni che questi svolgono; gli artt. 13 e 14 Cost. non attribuiscono alla polizia giudiziaria, ma all'autorità di pubblica sicurezza il potere di adottare in via provvisoria restrizioni della libertà personale o domiciliare sottoposte a successiva convalida dell'autorità giudiziaria; restrizioni che – come nel caso delle ispezioni, delle perquisizioni e degli arresti in flagranza - rientrano certamente tra le attività di polizia giudiziaria ma non fra quelle di pubblica sicurezza in senso stretto.

Il concetto di polizia giudiziaria deve allora essere ricavato dalla classificazione tradizionale, secondo la quale, mentre la polizia di pubblica sicurezza è diretta alla prevenzione dei pericoli e delle turbative che minacciano specificamente la

eventualmente ipotetici reati siano stati commessi, essendo una tale attività consentita soltanto agli organi di polizia, nell'esercizio della propria attività amministrativa di prevenzione e repressione dei reati; attività che, in quanto svolta al di fuori delle norme del codice di rito, va effettuata nel pieno rispetto delle altrui libertà, fatti salvi, ovviamente, gli specifici poteri di accertamento attribuiti da specifiche disposizioni di legge”.

²³ Appare rilevante, ai fini della distinzione, la lettura sistematica delle lettere *h)* e *l)* del 2° comma dell'art. 117 Cost.: la prima delle due disposizioni si riferisce alla polizia amministrativa locale quale materia attribuita alla potestà legislativa regionale, la seconda riserva la giurisdizione e le norme processuali alla potestà esclusiva statale. Da tale distinzione si potrebbe trarre un argomento per ascrivere la funzione di polizia giudiziaria alla giurisdizione. Si tratterebbe però di una riconduzione al generico ambito della giurisdizione e non all'attività giurisdizionale requirente o giudicante, in senso stretto.

sicurezza dell'ordine pubblico²⁴, la polizia giudiziaria ha come obiettivo l'accertamento delle violazioni delle norme penali e l'eventuale impedimento di conseguenze illecite ulteriori.²⁵ L'attività di pubblica sicurezza è cioè rivolta al presente e al futuro, mentre quella di polizia giudiziaria è rivolta prevalentemente al passato.

L'art. 109 sembra, allora, consentire una promiscuità di funzioni in capo ai diversi corpi di polizia, perché, pur non escludendo la possibilità della creazione di un autonomo corpo di polizia giudiziaria alle dipendenze della magistratura, non comporta necessariamente che tale corpo sia creato²⁶, né comporta che esso, una volta eventualmente creato, faccia venire meno le funzioni di polizia giudiziaria di altri corpi. A conferma di questa interpretazione, merita di essere ricordata la pronuncia più importante della Corte Costituzionale in tema di rapporti fra autorità giudiziaria e polizia giudiziaria, la n. 122 del 1971, la quale afferma che :
“dall'esame dei lavori preparatori dell'Assemblea costituente risulta come, pur essendosi voluta rendere obbligatoria la diretta sottoposizione della polizia giudiziaria alla magistratura, che il progetto dei 75 prevedeva solo come facoltativa, non venne mai e da nessuno prospettata l'ipotesi che tale rapporto di disponibilità fosse esteso a tutto quel vasto complesso di soggetti cui l'art. 221 del codice di procedura penale attribuisce la qualifica di ufficiali o agenti di polizia giudiziaria. Le dispute insorte in quella sede riguardarono solo il carattere da assegnare alla dipendenza, se solo diretta o anche esclusiva, se solo funzionale o anche organica, ma sempre limitatamente ad una parte delle forze di polizia,

²⁴ Come appena visto, l'attività di polizia giudiziaria, a norma dell'art. 21 Cost., si pone necessariamente in relazione con l'accertamento del reato. Cfr. GIORDANO, *Le indagini preliminari- Poteri e limiti del p.m. e della polizia giudiziaria*, Padova, Cedam, 2006, p.288; CAIA, *L'ordine e la sicurezza pubblica*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 2003, p.281 ss; BRUNO, *Polizia giudiziaria*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, pp.158-159.

²⁵ A norma dell'art. 55, 1° comma, c.p.p. la polizia giudiziaria deve “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”.

²⁶ Cfr. GROSSO, *Polizia giudiziaria (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Giur.*, XXXIII, Roma, Treccani, 1990, §§ 1.1-1.2. Evidenzia la portata rivoluzionaria dell'art. 109 Cost., nel senso di un deciso sganciamento della polizia giudiziaria dall'esecutivo, SILVESTRI, *La polizia giudiziaria “braccio secolare” della Magistratura*, in *Democr. e dir.*, 1968, pp.591-597, il quale critica l'impostazione “compromissoria” seguita dalle sentenze della Corte Costituzionale n. 94 del 1963 e n. 114 del 1968, basate entrambe su una valorizzazione del troppo astratto concetto di subordinazione funzionale.

secondo quanto risulta confermato anche dall'ordine del giorno che, a conclusione della discussione, venne approvato, con il quale l'Assemblea votava per la creazione di un corpo specializzato di polizia alle dirette dipendenze dell'autorità giudiziaria".²⁷

La sentenza appare criticabile, perché sembra confondere il profilo strutturale con quello funzionale: un conto è la creazione di uno speciale corpo di polizia giudiziaria dipendente dall'autorità giudiziaria, che il costituente non ha voluto; un altro conto è la permanenza di corpi di polizia giudiziaria privi di un nesso di dipendenza non solo gerarchica, ma anche funzionale dall'autorità giudiziaria. La dipendenza funzionale pare, infatti, sempre necessaria, perché la *ratio* della norma costituzionale è quella di sottrarre la polizia giudiziaria all'influenza dell'esecutivo, ponendola a disposizione della magistratura, allo scopo di limitare le interferenze del potere politico sull'esercizio dell'azione penale e di garantire così l'obbligatorietà: non possono, cioè, esistere attività di polizia giudiziaria sottratte alla dipendenza funzionale del p.m.²⁸

²⁷ Basandosi anche su tale ordine del giorno, la dottrina più risalente (AMORTH, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano, Giuffrè, 1948, p.106; GIANNATTASIO, *Polizia giudiziaria*, in BASCHIERI, BIANCHI D'ESPINOSA, GIANNATTASIO (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento analitico*, Firenze, Nocchioli, 1949, p.256 ss.) ha interpretato l'art. 109 Cost., nel senso che esso implica l'istituzione di un nuovo corpo di polizia giudiziaria. Nella stessa sentenza n. 122 del 1971, la Corte prosegue: "il nuovo testo dell'art. 220 del codice di procedura penale, quale risulta dalla formulazione data con la novella del 1955, ebbe a svolgere il precetto dell'art. 109 della Costituzione specificando i modi e le forme della dipendenza da questo sancita limitatamente a nuclei specializzati, in fedele attuazione dell'intento che, come si è visto, ebbe ad ispirarlo. Se si fosse disposto diversamente e si fossero assoggettate tutte le forze di polizia alla dipendenza, sia pure solo funzionale, dei Procuratori generali, e trasferiti i particolari poteri ex art. 220 per quanto riguarda i movimenti di sede e la progressione nella carriera del personale ad esse appartenente, si sarebbe andato oltre la volontà del Costituente, e si sarebbe anche, da una parte, addossato a detti organi compiti difficilmente assolvibili, e, dall'altra, inciso sull'adempimento della funzione del mantenimento dell'ordine pubblico, pure affidata alle forze medesime, della quale il Governo assume la responsabilità. Se, in linea di fatto, il sistema, quale risulta concretamente realizzato, corrisponda in tutto all'intento perseguito dal Costituente ed appaghi pienamente le esigenze volute soddisfare è accertamento che esula dai compiti del giudice costituzionale". La pronuncia è stata criticata, fra gli altri, da D'ELIA, *Polizia giudiziaria (diritto costituzionale)*, in *Digesto pubbl., Agg., II*, Torino, Utet giuridica, 2005, p.603; TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2006, pp.291-292.

²⁸ Cfr., in termini analoghi, CHIAVARIO, *La fisionomia del titolare dell'azione penale, tema essenziale di dibattito per la cultura del processo*, in Associazione tra gli studiosi del processo penale, *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Atti del convegno, Udine 22/24-10-2004, Milano, Giuffrè, 2006, p.21, e nello stesso volume gli interventi di FERRUA, pp.146-151 e TRANCHINA, pp.163-165.

Tale scelta del costituente appare rilevante per due profili: da un lato risulta una scelta compromissoria, dettata dalla volontà di non modificare lo *status quo ante*, allo scopo di non incidere sulle finanze; dall'altro, è diretta ad escludere che il p.m. possa seguire una propria politica della repressione criminale, allo scopo di evitare che un organo privo di responsabilità politica – legittimato all'esercizio dei propri poteri in base al solo principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.) – abbia il sostanziale monopolio della politica penale. La formula della gerarchia funzionale è ispirata a questa logica compromissoria dell'equilibrio fra indipendenza del p.m. e discrezionalità delle scelte di politica criminale.²⁹

La scelta appare indirizzata a garantire la massima latitudine possibile dell'esercizio dell'azione penale. L'art. 109 Cost. deve allora essere interpretato alla luce dell'art. 112 Cost., con le seguenti conseguenze:

- a) Il p.m. deve effettivamente disporre, per esercitare le sue funzioni finalizzate all'esercizio dell'azione penale, della polizia giudiziaria;
- b) La polizia giudiziaria, indipendentemente dal suo incardinamento gerarchico e dalla sua struttura, deve collaborare con il P.m. nelle indagini preliminari, per consentirgli l'esercizio dell'azione penale;
- c) Il “*disporre*” dell'art. 109 Cost. non opera solo dall'alto verso il basso, come obbligo per la polizia giudiziaria di eseguire le direttive del p.m., ma anche dal basso verso l'alto, come divieto per la polizia giudiziaria di svolgere attività delle quali il p.m. non sia tempestivamente informato;
- d) Lo spazio di autonomia della polizia giudiziaria deve essere indirizzato a consentire, a facilitare al p.m. l'esercizio dell'azione penale, attraverso il concorso nella raccolta di elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio;
- e) Non possono essere, quindi, consentiti alla polizia giudiziaria atti di indagine che non siano diretti all'esercizio dell'azione penale da parte del p.m., cioè che non siano finalizzati alla raccolta di elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio;

²⁹ Come ha notato PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, Einaudi, 1990, p.170, è indubbio che la formula utilizzata dall'articolo 109 Cost. sia piuttosto reticente.

f) Per contro, la polizia giudiziaria deve essere tenuta a fornire al p.m. ogni elemento idoneo a sostenere l'accusa in giudizio, in ogni fase delle indagini preliminari, a partire dall'acquisizione della notizia di reato.

Ne consegue che, eventuali norme che svincolassero del tutto la polizia giudiziaria dall'esecutivo sottoponendola all'esclusiva direzione dell'autorità giudiziaria non sarebbero incompatibili con la Costituzione, perché questa non attribuisce all'esecutivo una sfera di autonomia nella direzione della polizia giudiziaria. Le competenze dell'esecutivo in materia hanno infatti un fondamento nella passata storia costituzionale, ma, nell'attuale ordinamento repubblicano, si desumono solo dalla legislazione ordinaria. L'art. 109 Cost. permette, cioè, di rafforzare in astratto l'attuale nesso di dipendenza della polizia giudiziaria dalla magistratura, anche attraverso la creazione di appositi corpi distinti dalle forze dell'ordine.

Eventuali norme che impedissero al p.m. di raccogliere autonomamente le notizie di reato sarebbero in contrasto con l'art. 112 Cost., perché renderebbero più difficile l'esercizio dell'azione penale, e, conseguentemente, inciderebbero sullo stesso potere del p.m. di esercitarla.

Al di sotto del livello dei principi costituzionali, si pongono una serie di strumenti per garantire al p.m. la possibilità di incidere, sia pure in condizioni di concorrenza con l'autorità amministrativa, sullo *status* personale del singolo ufficiale o agente di polizia giudiziaria o, quanto meno, dell'organo direttivo e che dell'operato di questi abbia la responsabilità.³⁰

1.5.2 I nuovi progetti di riforma

Il disegno di legge costituzionale AC 4275 del 7 aprile 2011, si prefigge di riformare il Titolo IV della parte II della Costituzione. Il testo mira all'ammodernamento della giustizia, imposto dal trascorrere del tempo, e, in vista di questo scopo, intende modificare alcune norme della Costituzione ritenute non più attuali. Tra i profili innovativi si vorrebbe introdurre una modifica, in termini profondi e sostanziali, dei rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria.

³⁰ Cfr. GROSSO, *Polizia giudiziaria (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Giur.*, XXXIII, Roma, Treccani, 1990, §§ 1.2- 1.2.3.

Il testo vigente dell'art. 109 Cost. sancisce che: “ *l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria*”. Il nuovo testo riformulato, invece, prevede: “*il giudice e il pubblico ministero dispongono della polizia giudiziaria secondo le modalità stabilite dalla legge*”. La modifica è radicale, in quanto, l'innovazione che si vorrebbe apportare con il nuovo articolo 109 Cost. si manifesta nel sostanziale svuotamento della norma costituzionale, poiché se la dipendenza della polizia giudiziaria dal pubblico ministero non sarà più diretta ma filtrata con modalità da stabilirsi con legge, necessariamente ne deriverà un'attenuazione dei poteri del pubblico ministero, a vantaggio dell'esecutivo. Lo scenario prospettato dalla riforma, infatti, prelude ad una scelta legislativa volta a concentrare nelle sole mani della polizia giudiziaria l'acquisizione della *notitia criminis* e le attività di indagine immediatamente conseguenti. Se passerà la riforma, probabilmente, in futuro la polizia giudiziaria militarmente organizzata raccoglierà la notizia di reato, farà i primi accertamenti e le prime valutazioni, poi informerà la catena gerarchica, la quale deciderà di informare il p.m.

Il ruolo del p.m., nella fase di avvio dell'azione penale, verrebbe drasticamente ridotto, egli interverrebbe solo dopo che la polizia giudiziaria decide contro chi esercitare l'azione penale. In questo caso gli elementi di prova verrebbero necessariamente esaminati dagli appartenenti alle forze di polizia, i quali deciderebbero l'esercizio dell'azione penale e i tempi di comunicazione alle Procure. A conferma di queste innovazioni, la relazione che accompagna il disegno di legge n. 4275, dopo aver ripercorso alcuni passaggi dei lavori preparatori della Costituzione, afferma che la modifica dell'articolo 109 deve essere coordinata con le altre modifiche, quali: l'imparzialità dell'azione giudiziaria, in particolare delle investigazioni e delle indagini penali, l'autonomia e l'indipendenza della magistratura, nonché dell'ufficio del pubblico ministero, l'obbligatorietà dell'azione penale.

Dall'enunciazione di tali principi, emerge una singolare contrapposizione: da un lato si afferma che il rapporto tra polizia giudiziaria e autorità giudiziaria è un rapporto di stretta dipendenza funzionale, dall'altro, invece, si ammette che sul piano amministrativo-organizzativo, non può esistere una subordinazione della polizia giudiziaria alla magistratura. Il problema sta nella natura del rapporto

funzionale e la definizione di questo si dovrebbe lasciare alla legislazione ordinaria, in assoluta libertà.

Per comprendere meglio il significato concreto della progettata riforma costituzionale, è necessario considerare il quadro attuale disponibile nell'elaborazione dei progetti di modifica del codice di procedura penale, nonché il disegno di legge n. 1440 del 6 febbraio 2009, che contiene la modifica dell'articolo 330 del c.p.p. Vi si legge l'abbozzo di una disciplina che ridimensiona e riduce il potere del pubblico ministero nei confronti della polizia giudiziaria, delineando un rapporto radicalmente diverso rispetto all'attuale. Secondo il disegno, l'art. 330 del codice di procedura penale dovrebbe essere modificato, al primo comma, nei termini seguenti: *“la polizia giudiziaria prende di propria iniziativa e riceve notizia dei reati. Il pubblico ministero riceve le notizie di reato presentate o trasmesse a norma degli articoli seguenti”*. Si aggiunge poi la soppressione del potere di iniziativa del pubblico ministero nell'acquisizione delle notizie di reato. La ricerca delle notizie di reato, sarebbe riservata alla polizia giudiziaria, quale unico organo a ciò abilitato. Per contro, il pubblico ministero potrebbe soltanto riceverle, egli sarebbe mero *recettore* delle notizie di reato presentate o trasmesse da altri. Si assiste ad un forte e sostanziale accrescimento dei poteri autonomi della polizia giudiziaria, che spaziano dalla possibilità di procedere all'interrogatorio delle persone in custodia cautelare, al tendenziale accentramento delle indagini tecnico-scientifiche, ai servizi di investigazione della polizia giudiziaria, all'azzeramento del potere dell'autorità giudiziaria in materia di trasferimenti del personale della sezione di p.g.

La progettata riforma avrebbe il pregio di essere a costo bassissimo, visto che la modifica, dal punto di vista funzionale, dei rapporti tra pubblico ministero e polizia giudiziaria, non comporterebbe nessuna spesa a livello di risorse. Per contro, questo nuovo sistema rischierebbe di creare un doppio piano di indagine, uno seguito dal pubblico ministero e uno coltivato separatamente dalla polizia giudiziaria, che si tradurrebbe in un aggravamento dell'inefficienza complessiva della macchina giudiziaria.

In ultimo, la previsione di un tendenziale monopolio delle indagini tecnico-scientifiche a favore della polizia giudiziaria, introduce un altro elemento

inquietante, in quanto questo tipo di indagini richiedono un tasso sempre più elevato di professionalità ed esperienza, considerando anche i possibili condizionamenti, tanto nei modi e nei contenuti, quanto nei tempi. Un pubblico ministero disarmato, quale vorrebbe la riforma, non sarebbe in grado di fronteggiare, concretamente, la criminalità economica odierna.

1.6 I rapporti con gli organi di informazione

L'art. 5, d.lg. 106/2006³¹, relativo ai rapporti tra i magistrati del pubblico ministero e gli organi di informazione, non è stato modificato in occasione dell'adozione della l. 269/2006 e permane nel suo testo originario voluto dalla maggioranza di centro destra.

L'articolato normativo è costruito in modo tale da concentrare sul capo dell'ufficio ogni potere di interlocuzione con la stampa; l'art. 5, infatti, prevede, che il Procuratore capo mantiene i rapporti con gli organi di informazione personalmente o tramite delegato (1° comma); che ogni informazione inerente alle attività dell'ufficio deve essere comunicata escludendo ogni riferimento nominativo ai magistrati assegnatari del procedimento (2° comma); che è fatto divieto ai magistrati dell'ufficio di rilasciare dichiarazioni o fornire informazioni circa l'attività giudiziaria dell'ufficio (3° comma); che il Procuratore capo ha il dovere di segnalare le condotte assunte dai magistrati dell'ufficio in violazione del 3° comma ai fini di una loro valutazione in sede disciplinare (4° comma).

In realtà, la disposizione si muove su due coordinate: da un lato circoscrive il numero dei magistrati requirenti che possano intrattenere legittimamente rapporti con gli organi di informazione e, dall'altro, esclude la personalizzazione massmediatica delle attività investigative, attribuendone lo svolgimento all'ufficio in modo impersonale.

La disciplina in esame merita di essere esaminata da due differenti punti di vista: il primo, al quale si riferiscono i commi 1° e 2°, attiene, prevalentemente, ai profili

³¹ Per una più completa disamina dei problemi posti dai rapporti tra giurisdizione ed organi di informazione, anche sul piano ordinamentale e disciplinare, v. E. ALBAMONTE, *Il dovere del silenzio nei rapporti del magistrato con gli organi di informazione: profili processuali, penali e disciplinari*, in *Giur. di Merito*, Milano, Giuffè, supplemento al n. 7-8 del luglio 2008, p.62 ss.

organizzativi dell'ufficio ed alla eventuale delega dei rapporti con gli organi di informazione che il Procuratore capo intende attribuire; il secondo aspetto, che risulta maggiormente evidente dalla lettura dei commi 3° e 4°, attiene invece alla più delicata materia dell'esercizio del diritto di libera manifestazione e di critica da parte del magistrato con riguardo alle attività giudiziarie poste in essere dal proprio ufficio.

Quanto al primo aspetto deve essere evidenziato che il Consiglio, con delibera adottata in data 2 febbraio 2008, ha affermato che *“l'esatta interpretazione dell'art. 5 d.lg. 106/2006, in tema di regolamentazione dei rapporti tra Ufficio del Pubblico Ministero ed organi di stampa, è, in stretta aderenza al tenore logico e letterale della norma, nel senso che nelle Procure della Repubblica i rapporti con gli organi di informazione devono essere mantenuti, in maniera esclusiva, dal Procuratore della Repubblica personalmente, ovvero da un unico magistrato dello stesso Ufficio a ciò appositamente delegato”*³².

Tale orientamento interpretativo appare criticabile, soprattutto con riguardo agli uffici giudiziari di grandi dimensioni³³, caratterizzati da una grave emergenza criminale, dove le numerose iniziative investigative e giudiziarie vengono assunte quotidianamente e, dove, al fine di assicurare una conoscenza completa ed approfondita degli atti investigativi, le relative notizie non potranno essere patrimonio esclusivo del Procuratore capo.

Per ben modulare sul piano dell'organizzazione interna dell'ufficio le finalità perseguite dalla nuova disciplina si ricorre all'istituto della delega previsto dal 1° comma dell'art. 5, anche in via permanente ed in favore di una pluralità di destinatari purché ben determinati e delimitati nel numero. Tale criterio, delimita e circoscrive nell'ambito di un ufficio di grandi dimensioni il numero predeterminato di magistrati, tutti con certezza individuati, che possono intrattenere legittimamente

³² CSM, delibera di risposta a quesito del 20 febbraio 2008 in tema di rapporti tra ufficio del pubblico ministero ed organi di informazione.

³³ Nel senso auspicato è intervenuta, da ultimo, la delibera consiliare del 10 settembre 2008 di risposta ad un ulteriore quesito relativo ai rapporti tra ufficio del pubblico ministero e organi di informazione, con la quale viene mantenuto il precedente orientamento con riferimento ai piccoli uffici giudiziari, mentre, con riguardo agli uffici requirenti medio-grandi, viene affermato che non appare incompatibile con la lettera della norma l'attribuzione, in via permanente, di una delega in favore dei procuratori aggiunti, mediante la quale ciascuno di loro viene autorizzato ad intrattenere i rapporti con gli organi di informazione, ed a fornire le informazioni relative ai procedimenti assegnati per materia alla propria competenza.

rapporti con gli organi di informazione e, nel contempo, garantisce il livello necessario di accuratezza e tempestività dell'informazione.

Proprio con riguardo ai profili organizzativi interni all'ufficio di procura, il 2° comma dell'art. 5, stabilisce che l'informazione sull'attività giudiziaria debba essere riferita in modo impersonale all'ufficio, escludendo ogni riferimento ai magistrati assegnatari dei procedimenti.

Dal principio di riservatezza sull'identità del magistrato procedente discende un corollario in tema di partecipazione alle conferenze stampa: non appare compatibile con lo spirito e la lettera del 2° comma dell'art. 5, il quale impone di fornire ogni informazione in modo impersonale, la possibilità di prevedere la partecipazione del magistrato titolare del procedimento, quando questi sia diverso dal Procuratore capo o dal Procuratore aggiunto.

Rimane impregiudicata la possibilità che il magistrato titolare delle indagini collabori nella preparazione della conferenza stampa offrendo elementi informativi ai fini della redazione dei testi e dei comunicati, purché tale attività non assuma una dimensione pubblica o determini l'aggiramento del divieto di legge.

Gli ultimi due commi della disciplina contenuta nell'art. 5, attengono ai diritti e alle libertà del magistrato in tema di esercizio della critica e manifestazione del proprio pensiero sull'attività giudiziaria svolta dall'ufficio di cui fa parte.

In particolare, il 3° comma dell'art. 5, vieta ai magistrati di rilasciare dichiarazioni o fornire notizie agli organi di informazione circa l'attività giudiziaria dell'ufficio, il 4° comma, invece, sancisce l'obbligo per il Procuratore della Repubblica di segnalare al consiglio giudiziario, in vista dei poteri di vigilanza e sollecitazione dell'azione disciplinare, le condotte dei magistrati del suo ufficio contrarie al divieto fissato dal 3° comma.

Ai fini dell'azione disciplinare saranno rilevanti le dichiarazioni rilasciate dal magistrato agli organi di informazione circa l'attività del proprio ufficio.

Del tutto diverse sono, invece, le dichiarazioni rese da un magistrato, diverso dal titolare del procedimento, ed aventi ad oggetto attività giudiziarie del proprio ufficio già note all'opinione pubblica: è evidente che tale tipo di dichiarazioni non interferiscono con la riservatezza delle attività giudiziarie. Per tali tipologie di dichiarazioni non valgono i limiti imposti dal 3° e 4° comma dell'art. 5, in quanto,

si riferiscono al diritto di libera manifestazione del pensiero e di critica sull'operato dell'attività giudiziaria che è riconosciuta a tutti i cittadini. Vengono richiamati i soli limiti di continenza espressiva, di veridicità dei fatti posti a fondamento delle valutazioni critiche, di rispetto delle parti processuali e dei magistrati che hanno svolto attività giudiziaria nella vicenda.³⁴

1.7 Il potere di vigilanza del Procuratore generale presso la Corte d'Appello

Il procuratore generale rappresenta l'ufficio del pubblico ministero presso le ventisei Corti d'Appello esistenti sul territorio nazionale, nonché presso le sezioni di Corte d'Appello per i minorenni. Rappresentante dell'ufficio è il Procuratore generale, il quale opera sia personalmente, sia tramite sostituti. Non esiste tuttavia la figura del procuratore aggiunto, semmai quella dell'avvocato generale, quale destinatario di funzioni direttive delegategli dal Procuratore generale.

Le funzioni principali del Procuratore generale consistono principalmente in mansioni di verifica e vigilanza sull'attività delle Procure della Repubblica. Oltre a rappresentare l'accusa davanti alla Corte d'Appello, il Procuratore generale esercita un controllo sull'efficienza investigativa delle Procure della Repubblica, verificando il corretto ed uniforme esercizio dell'azione penale, come stabilito dall'art. 6, d. lg. 106/2006.

Nell'esercizio del potere di vigilanza, il Procuratore generale può acquisire periodicamente dati e notizie dalle Procure del distretto. Al termine della sua attività di vigilanza, sarà tenuto a riferire l'andamento degli uffici sotto il suo controllo, tramite una relazione scritta indirizzata al Procuratore generale presso la Corte di Cassazione con cadenza almeno annuale.

Al potere di vigilanza non si affianca un potere di intervento.

Risulta escluso un potere di indirizzo organizzativo che si eserciti attraverso l'adozione di direttive o criteri vincolanti.

Per contro, al fine di sopperire inerzie, lentezze ingiustificate o in presenza di gravi ragioni di convenienza che sarebbero idonee a motivare l'astensione del magistrato

³⁴ V., più ampiamente, E. ALBAMONTE, *Il dovere del silenzio nei rapporti del magistrato con gli organi di informazione: profili processuali, penali e disciplinari*, in *Giur. di Merito*, Milano, Giuffrè, supplemento al n. 7-8 luglio 2008, p.65.

designato a condurre l'indagine, il Procuratore generale potrà esercitare il potere di avocazione. In tali casi, egli finirà con lo svolgere, eccezionalmente, la funzione di pubblico ministero davanti al giudice di primo grado. Resta impregiudicato, in capo al Procuratore generale il potere di coordinamento delle indagini previsto dall'art. 118 disp. att. c.p.p. e quello di sorveglianza circa il rispetto delle norme relative alla disponibilità della polizia giudiziaria da parte delle procure del distretto previsto dall'art. 83 ord. giud.

CAPITOLO II

IL PRINCIPIO DI OBBLIGATORIETA' DELL'AZIONE PENALE

2.1 Il ruolo dell'art. 112 Costituzione

Il principio di obbligatorietà dell'azione penale trova consacrazione nell'art. 112 Cost., il quale statuisce che “ *il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale*”. Si tratta di una disposizione laconica¹ che ha dato luogo a molteplici dispute interpretative, divenendo terreno di scontro tra diverse concezioni di politica della giustizia penale.

Sia in dottrina che in giurisprudenza, si ritiene che il principio di obbligatorietà dell'azione penale sia una norma di natura strumentale rispetto all'attuazione di altri principi costituzionali. La stessa Corte Costituzionale definisce il principio come “*punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale*”².

La *ratio* della norma si ricollega a tre principi costituzionali: il principio di uguaglianza (art. 3), il principio di legalità (art. 25, comma 2), nonché il principio di indipendenza esterna (detta anche indipendenza istituzionale³) del pubblico ministero.

I primi due valori sono strutture inalienabili del principio, a differenza dell'indipendenza esterna, dove occorre analizzare il *backgrounds* storico-politico del singolo ordinamento, al fine di valutare una possibile e pacifica convivenza tra il principio di obbligatorietà dell'azione penale e la dipendenza della magistratura inquirente dal potere esecutivo. Infatti, nel nostro ordinamento, l'introduzione ed il mantenimento dell'art. 112 nel tessuto costituzionale, è da ricondurre alla volontà di discostarsi dal regime autoritario-fascista del passato, il quale vanificava la

¹ M. Chiavario, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass.pen.*, 1993, p. 2658 ss.

² Corte Cost., sentenza 28 gennaio 1991, n. 88, in *Cass. pen.*, 1992, p. 249.

³ Cfr. P.H. Russel, *Toward a General Theory of Judicial Independence*, in *Judicial Independence in the Age of Democracy*, University of Virginia Press, 2001, p. 7.

concreta applicabilità di tale principio, essendo prevista la soggezione del pubblico ministero al Ministro della giustizia.

Si decise di optare per una soluzione di compromesso: prevedendo da un lato l'indipendenza del pubblico ministero, e, dall'altro, si cercò di limitare tale indipendenza con la previsione del principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Tuttavia, al giorno d'oggi, l'art. 112 Cost. è oggetto di una ineffettività concreta dovuta a tre paradossi che appaiono del tutto incompatibili con la fisionomia di uno Stato democratico, come il nostro.

Il primo di questi consiste nell'assoluta irrealizzabilità pratica del principio. I padri costituenti concepirono indipendenza ed obbligatorietà come facce di una stessa medaglia, nonché baluardi del precetto di uguaglianza di tutti i cittadini.

Questo sistema formalmente perfetto non trovò riscontro nella realtà e aprì la strada a possibili distorsioni. Più che di una constatazione, si tratta di una consapevolezza ufficiale.

Infatti, la stessa Commissione di riforma dell'ordinamento giudiziario, nominata dal Ministro Conso con decreto ministeriale dell'8 febbraio 1993, dichiarò l'oggettiva impossibilità di perseguire tutti i reati e affermò la necessità di stabilire un sistema di priorità nell'esercizio dell'azione penale⁴.

In secondo luogo la Commissione, preso atto dell'oggettiva impossibilità di perseguire tutti i reati, stabilì che dovevano essere i singoli sostituti procuratori ad elaborare, sulla base di scelte discrezionali, criteri per dare priorità alla trattazione di alcuni tipi di processi anziché ad altri.

Da qui la necessità di intervenire tenendo conto delle peculiarità del nostro ordinamento dove, l'applicazione di questi criteri, farebbe venir meno la garanzia espressa dal principio di uguaglianza, in quanto, una volta applicati, determinerebbero disuguaglianze di disciplina tra i cittadini.

In ultimo, occorre considerare che il copro della magistratura requirente, in Italia, viene reclutato mediante concorso pubblico e, quindi, senza una legittimazione democratica; lasciare ad esso vere e proprie scelte di politica criminale, sottraendole al controllo democratico, significherebbe attribuire competenze politiche ad un

⁴ Cfr., Atti Parlamentari, XVI Legislatura, Senato della Repubblica, Disegno di legge recante *"Delega al governo in materia di determinazione dei criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale"* a firma di Cossiga, comunicato alla Presidenza il 29 aprile 2008, stampato n. 210, p. 4.

corpo totalmente indipendente, e, di conseguenza, non responsabile del suo operato di fronte ai cittadini e alle istituzioni.

2.2 L'evoluzione storica del principio di obbligatorietà dell'azione penale

Il fondamento costituzionale del principio di obbligatorietà dell'azione penale risiede nell'art. 112 Cost. e, affinché questo sia effettivo, è necessario un controllo del giudice sull'operato del pubblico ministero. In mancanza di un simile controllo, l'obbligatorietà dell'azione penale rischierebbe di ridursi a scelte meramente discrezionali del pubblico ministero.

A fronte di tale principio, il codice di procedura penale del 1865 non prevedeva un controllo giurisdizionale sull'esercizio dell'azione penale, ma attribuiva allo stesso pubblico ministero il potere di “*spedire gli atti in archivio*”, allo scopo di evitare processi superflui, con il rischio, però, di un uso arbitrario dell'inazione penale.

Fu il legislatore del 1913 ad individuare per primo un nesso fra obbligatorietà dell'azione penale e sistema di controllo giudiziale: da un lato, confermando l'obbligatorietà dell'azione penale, dall'altro, affiancandovi il sindacato giurisdizionale sul mancato esercizio dell'azione da parte del pubblico ministero ad opera del giudice istruttore (art. 179)⁵.

Allo scopo di realizzare un controllo strettamente politico sull'attività di contrasto alla criminalità, il legislatore fascista del 1930, introdusse un sistema fondato sulla catena gerarchica fra ministro e organo competente all'esercizio dell'azione penale, sul presupposto che, fino al suo esercizio, il pubblico ministero, posto alle dipendenze dell'esecutivo, dovesse conservarne l'assoluto dominio.

⁵ Cfr., MORTARA, STOPPANI, VACCA (a cura di), *Relazione sul progetto di nuovo codice di procedura penale del 1905*, in *Codice di procedura penale: lavori preparatori. I progetti ministeriali del 1905 e del 1911: relazioni e testi*, II, Torino, Utet giuridica, 1913, p. 140, secondo cui “l'intervento giurisdizionale è richiesto dall'indole della decisione, posta in relazione col principio di legalità, da cui è regolata l'iniziativa dell'azione penale. Se si nega al pubblico ministero la facoltà di astenersi (dall'agire) quando esistono gli elementi di reato, lo si deve costringere ad agire”. L'art. 281 del codice di procedura penale del 1913 prevedeva, al 1° e 2° comma, che, in caso di mancato accoglimento della richiesta di archiviazione, il giudice istruttore disponesse il proseguimento dell'istruzione in via formale.

L'azione penale veniva posta nelle mani del potere esecutivo, che ne faceva uso anche per fini politici: dietro ad un'obbligatorietà di facciata, si nascondeva un'ampia discrezionalità⁶.

Nel periodo immediatamente successivo alla caduta del fascismo, il legislatore provvide, con due riforme, a ripristinare il controllo giurisdizionale sull'archiviazione e ad eliminare la dipendenza del pubblico ministero dal Ministro della giustizia⁷.

Con la prima di queste due riforme, venne ripristinato il controllo giurisdizionale sull'archiviazione, secondo il meccanismo della richiesta di archiviazione avanzata dal pubblico ministero al giudice istruttore, il quale, in caso di non accoglimento, avrebbe dovuto disporre, con ordinanza, l'istruzione formale.

Con la seconda riforma si intervenne sul rapporto gerarchico esistente tra pubblico ministero e Ministero della giustizia, quest'ultimo avrebbe esercitato sul p.m. la sola vigilanza e non anche la direzione.

Nei lavori dell'Assemblea costituente si decise di porre un freno alla discrezionalità dell'azione penale, rendendo indipendente il pubblico ministero e stabilendo un definitivo divieto alla possibilità di archiviare gli atti senza previo controllo giurisdizionale.

In particolare, nella Commissione dei 75, Calamandrei proponeva di rendere esplicito il carattere pubblico dell'azione penale; alla fine fu approvato il testo attualmente vigente, che nella sua formulazione, estremamente sintetica, non contiene riferimenti né al carattere della pubblicità dell'azione penale, né alla necessità del controllo giurisdizionale sull'archiviazione.

La mancanza di riferimenti espliciti al carattere della pubblicità dell'azione penale, ha indotto la dottrina maggioritaria a ritenere che il pubblico ministero non ha il monopolio dell'azione penale, in quanto il legislatore ben potrebbe attribuire a soggetti diversi, azioni sussidiarie o complementari, a condizione che tale

⁶ Cfr., ZAGREBELSKY, *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in CONSO (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale*, Bologna, Zanichelli, 1979, pp. 3-17.

⁷ Evidenzia CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2659, che le riforme successive al periodo fascista furono dettate dalla consapevolezza che la mancanza di un controllo giurisdizionale sull'archiviazione e la dipendenza del pubblico ministero dal Ministro della Giustizia erano connaturati all'autoritarismo di quel regime.

attribuzione abbia carattere concorrente e non impedisca l'esercizio dell'azione da parte del pubblico ministero.

Tale ricostruzione è stata fatta propria anche dalla giurisprudenza costituzionale: la Corte Costituzionale, con sentenza del 5 dicembre 1963, n. 154, affermava il sostanziale monopolio dell'azione penale in capo al pubblico ministero, ammettendo, però, *“tassative eccezioni”*.

Questa impostazione emerge in modo ancora più evidente, nella sentenza n. 84 del 1979, in cui si legge che l'art. 112 Cost. *“attribuisce al pubblico ministero (salve le eccezioni costituzionalmente previste) l'esercizio dell'azione penale, senza consentirgli alcun margine di discrezionalità nell'adempimento di tale doveroso ufficio”*; inoltre, la pronuncia prosegue affermando che *“ il disposto costituzionale, facendo obbligo al pubblico ministero di esercitare l'azione penale, non vuole escludere, come risulta anche dai lavori preparatori, che ad altri soggetti possa essere conferito analogo potere. Ciò che la ratio della norma esclude è che al pubblico ministero possa essere sottratta la titolarità dell'azione penale in ordine a determinati reati, con la conseguenza che la titolarità dell'azione in tanto può essere legittimamente conferita anche a soggetti diversi dal pubblico ministero in quanto con ciò non si venga a vanificare l'obbligo del p.m. medesimo di esercitarla. In altre parole, l'ordinamento può prevedere azioni penali sussidiarie o concorrenti rispetto a quella obbligatoriamente esercitata dal pubblico ministero, ma sono senza dubbio confliggenti con l'art. 112 e, rispetto all'art. 3, le disposizioni normative che attribuiscono ad organi diversi dal pubblico ministero la titolarità esclusiva dell'azione penale, andrebbero ad inibire l'esercizio dell'azione stessa”*.

Attualmente, il testo costituzionale sancisce il principio di obbligatorietà in termini generali, riconosce l'attribuzione dell'esercizio dell'azione penale in via esclusiva al pubblico ministero, sancisce la natura pubblicistica dell'azione stessa e affida il potere di controllo sull'archiviazione direttamente in capo al pubblico ministero.

2.2.1 Il principio di completezza delle indagini: il controllo del giudice sull'archiviazione

Il principio che fa da corollario nella fase delle indagini preliminari è la completezza.

Il principio di completezza è stato riconosciuto come imprescindibile per la fase delle indagini preliminari dalla sentenza della Corte Costituzionale del 15 febbraio 1991, n. 88, la quale ha affermato che le finalità ancorate al suddetto principio sono, per un verso, impedire l'esercizio apparente dell'azione penale (basato sul mero procedere senza alcun fondamento investigativo, evitando così processi superflui) e per un altro verso, porre l'imputato in condizione di ricorrere ai riti alternativi, la cui utilizzazione presuppone un quadro indiziario circostanziato e tale da poter sorreggere la previsione dell'esito.

Al fine di verificare che le indagini preliminari siano complete, cioè che siano stati raccolti tutti gli elementi necessari, è previsto un controllo penetrante del giudice sull'archiviazione.

Ne consegue che l'obbligo di esercitare l'azione penale presuppone, a sua volta, l'obbligo di fare indagini complete e, minore sarà la discrezionalità del pubblico ministero, quanto maggiore sarà il controllo del giudice sulla richiesta di archiviazione.

Secondo quanto previsto dall'art. 405 del codice di procedura penale, l'esercizio dell'azione penale si colloca al termine delle indagini preliminari e, dunque, si ritiene che le sequenze procedurali dell'indagine non siano rette da discrezionalità, ma dalla regola della obbligatorietà.

Alcuni ritengono che, essendo la fase delle indagini preliminari precedente al vero e proprio esercizio dell'azione penale, in questa fase trovi applicazione non l'art. 112, ma l'art. 97 Cost., in forza del quale le indagini devono essere ispirate ai principi di buon andamento e imparzialità, fermo restando che, nel decidere quali attività istruttorie effettuare, si avrà una discrezionalità tecnica, quindi un potere controllabile⁸.

⁸ In questo senso, PADOVANI, *Si può agire sull'obbligatorietà con legge ordinaria*, in *Il Riformista*, 29 agosto 2008, p. 7; cfr., ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, Cedam, 1996, p. 26 ss., pp. 41-42 e pp. 187- 193, il quale giustifica la riconduzione della fase delle indagini

Dal canone dell'imparzialità, infatti, deriverebbe che la funzione di cui è titolare il pubblico ministero non possa essere né distorta verso fini particolari, né asservita a questi ultimi, né attuata straripando i suoi limiti naturali⁹.

I sostenitori di tale orientamento, che riconduce sostanzialmente l'attività di indagine alla generalità delle attività amministrative, paiono mossi dall'intento di svalutare la portata dell'obbligatorietà, attraverso la fissazione di criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale, al fine di ridimensionare le attribuzioni del p.m., restringendo così l'ambito delle competenze costituzionalmente attribuite a quest'ultimo, fermo restando la garanzia dell'obiettività che ne deve circondare il comportamento.

Portando questa impostazione a conseguenze estreme, si finirebbe per sottrarre al pubblico ministero l'intera fase delle indagini preliminari, limitando il suo intervento al semplice vaglio del materiale probatorio raccolto.

Così facendo, la fase delle indagini si sgancerebbe del tutto dal processo penale, mantenendo con esso un legame occasionale, costituito dalla valutazione del pubblico ministero circa la sufficienza degli elementi raccolti, a sostenere l'accusa in giudizio, dando vita ad una vera e propria *interpretatio abrogans* dell'art. 112 Cost.

Limitare l'obbligatorietà dell'azione penale ed escluderla per la fase delle indagini significa sottrarre l'esercizio al p.m. in prima battuta e, in seconda battuta, impedire al giudice di esercitare il controllo sull'azione stessa.

Un tale controllo ha senso, infatti, solo se si riconosce al pubblico ministero il potere-dovere di ricevere e vagliare le notizie di reato e di svolgere le indagini, raccogliendo nel modo più completo possibile il materiale probatorio favorevole e contrario all'indagato. La fondatezza della notizia di reato e la completezza delle

preliminari all'ambito di applicazione dell'art. 97 Cost., riferendosi, in particolare, all'indipendenza interna del p.m. (cioè ai rapporti interni agli uffici di Procura, prima della gerarchizzazione del 2006), anche sotto il profilo dell'eventuale previsione di criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale.

⁹ Tale orientamento sembra ispirarsi alla posizione espressa da G. FOSCHINI, *Il pubblico ministero in un processo penale a struttura giurisdizionale*, in *Justitia*, 1967, p.138, secondo il quale "[...] imparzialità significa che l'ufficiale, nell'espletamento della propria funzione pubblica, non deve inserire in essa interessi particolari della sua o di altra persona, dovendosi attenere solo all'interesse pubblico per il quale la funzione è preveduta e gli è affidata".

indagini saranno poi oggetto di valutazione del giudice, sia nel caso di richiesta di archiviazione sia nel caso di esercizio dell'azione penale¹⁰.

2.3 Prospettive comparate: la singolarità del caso italiano

Nel nostro sistema costituzionale, il principio di obbligatorietà dell'azione penale è inteso in senso rigido, non potendo mai essere profilato dal legislatore o interpretato dal giudice in senso opportunistico.

Si tratta di una peculiarità tipica del nostro ordinamento, in quanto le esperienze comparate dimostrano una sempre maggiore tendenza dei sistemi processuali a convergere verso forme intermedie, dette anche ibride, tra sistemi ispirati all'obbligatorietà dell'azione penale o, al contrario, caratterizzati dalla cosiddetta facoltatività o opportunità dell'azione penale.

Negli Stati Uniti i procuratori distrettuali formano e rendono pubbliche le cosiddette *guidelines* (dalle quali prendono ispirazione i nostri "criteri di priorità") in base alle esigenze specifiche del distretto di competenza. Si tratta di vere e proprie scelte di politica criminale: esse, infatti, spesso fanno parte del programma politico degli aspiranti *district attorneys* e contengono valutazioni dell'interesse pubblico, sia pure di tipo generale ed astratto (cioè commisurate a categorie di reato) alle quali sarà poi destinata a sovrapporsi una nuova valutazione del caso concreto da parte del *prosecutor* ai fini dell'esercizio dell'azione.

Infatti, il sistema di selezione dei procuratori distrettuali, adottato dalla maggior parte degli Stati americani, consiste in un sistema di elezione politica diretta con la presenza o meno di un collegamento partitico delle nomine. Tale assetto dà piena coerenza e legittimazione all'esercizio da parte dei *prosecutors* di una

¹⁰ Riconduce la fase delle indagini preliminari all'ambito dell'art. 112 Cost., Corte Cost., 13 febbraio 2008, n. 26, in *Giur. Cost.*, 2008, n.1, p. 288. Nel caso all'esame della Corte è evocato, a sostegno di un conflitto di attribuzione per menomazione delle competenze investigative del pubblico ministero, anche il parametro dell'art. 112 Cost. La Corte accoglie il ricorso, così pronunciando sul punto: "Risulta violato il principio di leale collaborazione che deve sempre permeare di sé il rapporto tra i poteri dello Stato e violati, di conseguenza, anche i parametri costituzionali, evocati nel ricorso, di cui agli artt. 101, 104, 107 e 112 Cost. Si deve pertanto riconoscere che non spettava alla Commissione parlamentare di inchiesta [...] precludere lo svolgimento – che, come richiesto dalla ricorrente, avrebbe dovuto compiersi congiuntamente da parte dei due soggetti – di quell'attività di accertamento, il cui mancato espletamento, proprio per il suo carattere non ripetibile *ex art. 360 c.p.p.*, si è tradotto in una menomazione delle prerogative dell'organo requirente, con evidenti riflessi sul normale corso del procedimento ad esso demandato".

discrezionalità non meramente tecnica ma politica, anche nell'esercizio dell'azione penale: si tratta, infatti, di un corpo che risponderà politicamente del proprio operato. In questa prospettiva il meccanismo è coerente: la valutazione di discrezionalità politica relativa all'esercizio dell'azione è preceduta da una valutazione di discrezionalità politica di "primo grado" in ordine ai reati da perseguire "prioritariamente".

D'altra parte, facendo un esempio più vicino al nostro Paese per la tradizione giuridica, anche la Francia si discosta dal sistema italiano: i pubblici ministeri vengono sì selezionati, al pari dei giudici, con un sistema meritocratico basato prevalentemente su concorsi pubblici; tuttavia, diversamente dall'Italia, il corpo della magistratura inquirente è riconducibile ad una struttura gerarchica che fa capo al Ministero della giustizia¹¹. Anche in tale contesto, ove la discrezionalità e l'assoluta indipendenza dei pubblici ministeri è limitata dal controllo governativo, non si registra la presenza del principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Nel gennaio del 1997 il Presidente della Repubblica Jacques Chirac demandò ad una Commissione presidenziale il compito di verificare la possibilità di sottrarre il pubblico ministero al controllo gerarchico dell'esecutivo e quella di adottare il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale. Nel luglio dello stesso anno la *Commission de réflexion sur la justice* presentò un rapporto conclusivo in cui si affermava l'impossibilità oggettiva di perseguire in concreto tutti i reati: di conseguenza, un pubblico ministero pienamente indipendente sarebbe stato chiamato a fare delle inevitabili scelte di politica criminale, come lo sono, ad esempio, le scelte di priorità nell'esercizio dell'azione penale. La Commissione concludeva affermando che, in un Paese democratico, fosse inammissibile che delle politiche pubbliche, come quelle criminali, venissero definite da organi non responsabili politicamente¹².

¹¹ Art. 5, Statut de la magistrature, Ordonnance n. 58 - 1270 du 22 decembre 1958.

¹² Cfr. in tema, G. DI FEDERICO, *Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, relazione al Convegno su "Obbligatorietà dell'azione penale in Italia del 2008: un tabù da superare" (Roma 2008), in www.irsig.cnr.it, p. 9.

2.3.1 Verso un temperamento del principio di obbligatorietà dell'azione penale

È ormai emerso alla consapevolezza del dibattito politico che il precetto costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale e le disposizioni ordinarie sono radicalmente vanificate nella prassi giudiziaria.

Il riferimento normativo è stato sconfessato dalla realtà, in quanto si è registrato il dato inesorabile che l'esercizio dell'azione penale è affidato alla discrezionalità libera degli organi del pubblico ministero.

Il principale fattore di crisi del principio di obbligatorietà viene individuato nell'impossibilità materiale, per i magistrati del pubblico ministero, di perseguire tutti i reati dei quali abbiano notizia; un vaglio delle pratiche è dunque inevitabile, com'è ineluttabile che i procedimenti ai quali siano riservate minori cure possano rischiare di essere abbandonati al destino della prescrizione.

Gli uffici giudiziari non sono in grado di smaltire tutto il carico di lavoro e, questo dato, è confermato dai numeri delle rilevazioni statistiche: la domanda di giustizia penale è di gran lunga superiore alla capacità di risposta, sia per le insufficienze ed inadeguatezze strutturali della macchina, sia per l'estensione del sistema punitivo. A far denotare questa presa d'atto è stata la "Circolare Maddalena" del 10 gennaio 2007, che ha individuato come "procedimenti inutili" quelli che, concernendo reati suscettibili di indulto ex l. n. 241/2006, pur nell'eventuale epilogo di una sentenza di condanna, vedrebbero la pena inflitta non concretamente applicata; e quindi ha stabilito un reticolo di regole per il loro "accantonamento".

In realtà esistono anche altri rimedi noti da tempo.

Il risultato più frequente consiste nello scarto di inazione che si verifica nei casi in cui il pubblico ministero non si attiva tempestivamente per verificare la sussistenza delle condizioni per l'esercizio dell'azione penale. L'obiettivo principale è quello di ridurre al minimo questo scarto, salvaguardando i valori della legalità e dell'uguaglianza.

I fronti di intervento possono essere due, l'uno interno al processo, relativo alla efficacia ed alla efficienza del sistema, e l'altro esterno, incidente sul carico della macchina giudiziaria. Sul primo versante, si potrebbero incrementare le occasioni di stimolo e di verifica endoprocessuale dell'attività del pubblico ministero: per

consentire l'emersione delle zone d'ombra si è proposto di prevedere una maggiore circolazione delle informazioni sulle indagini (quando non è indispensabile la tutela del segreto) e l'estensione del novero dei soggetti legittimati ad intervenire nel dialogo processuale (come il denunciante e gli enti rappresentativi).

Andrebbero inoltre individuate misure organizzative atte a migliorare la capacità produttiva delle procure; occorrerebbe soprattutto porre mano alla revisione degli organici e delle risorse organizzative, per adeguare gli uni e le altre alle effettive esigenze di lavoro.

Quanto al versante esterno, le misure più efficaci non possono che essere predisposte dal legislatore penale sostanziale, richiamato ormai da tempo dalla Corte Costituzionale ad invertire il *trend* della "inflazione della normazione penale", che è divenuta cronicamente "ipertrofica".

L'imperativo sarebbe quello della depenalizzazione e, parallelamente, andrebbe potenziato e sviluppato il catalogo degli strumenti di "deprocessualizzazione": aumento dei casi di procedibilità a querela, ampio ricorso alle condizioni speciali di procedibilità (eventualmente combinate con meccanismi ripristinatori o risarcitori), mediazione penale, modulazione di clausole di "concreta inidoneità offensiva del fatto" con l'introduzione della relativa declaratoria sia in sede archiviativa che in fase processuale¹³.

Dopo aver compreso l'ineffettività concreta del principio di obbligatorietà dell'azione penale, in considerazione delle tante discrezionalità occulte di cui si alimenta nella sua applicazione quotidiana, si prospetta, per il futuro, l'alternativa di mantenerlo, attuandone però la rigidità, in modo da renderlo più effettivo e credibile o, invece, abbandonarlo apertamente, nella direzione di una discrezionalità controllata.

L'alternativa sembra ispirata anche alle esperienze comparative denotate da una convergenza tra i sistemi ispirati all'obbligatorietà e quelli caratterizzati dalla facoltatività; si tratta di un dato destinato ad accentuarsi in vista del percorso di armonizzazione delle legislazioni nazionali.

¹³ M. CERESA-GASTALDO, *Dall'obbligatorietà dell'azione penale alla selezione politica dei processi*, in *Diritto penale contemporaneo*, 22 dicembre 2011, p. 24.

A conferma di tale tendenza vi sono anche teorie dottrinali che addirittura negano una effettiva opposizione tra discrezionalità e legalità dell'azione penale, sostenendo, al contrario, che queste rappresenterebbero due gradini di un'unica scala, tra cui andrebbero individuate solo differenze di grado¹⁴. Tuttavia, tale teoria non è condivisa dalla dottrina maggioritaria, la quale ancora rigidamente distingue tra legalità, che può al massimo ammettere solo una discrezionalità di tipo tecnico, e opportunità, la quale, invece, apre decisamente le porte ad una discrezionalità politica e, in tal senso, a vere e proprie scelte di politica criminale¹⁵.

Vane sono state anche le diverse sollecitazioni del Consiglio d'Europa¹⁶ ad adottare forme di facoltatività dell'esercizio dell'azione penale (similmente ai sistemi di common law), in quanto, in Italia, si continua ad essere restii all'idea di rinunciare al principio di obbligatorietà dell'azione penale.

2.4 Un possibile bilanciamento del principio di obbligatorietà dell'azione penale con altri principi costituzionali

Nel nostro sistema costituzionale, il principio di obbligatorietà ha natura strumentale, perché è posto a presidio di tre valori, essi stessi di rango costituzionale: l'uguaglianza dei cittadini, la legalità ed, infine, l'indipendenza esterna del pubblico ministero, designando così un fisiologico equilibrio di rapporti tra politica criminale, affidata al Parlamento, e attività giudiziaria.

Si potrebbe rilevare che mentre uguaglianza e legalità sono valori di cui è profondamente compenetrato il principio di obbligatorietà anche negli altri ordinamenti che ad esso si ispirano, l'indipendenza del pubblico ministero rappresenta nei medesimi una variabile non necessaria, dato che l'esperienza comparativa ha conosciuto e conosce ipotesi di obbligatorietà dell'azione e di dipendenza del pubblico ministero.

Inoltre, sia il principio di legalità, quanto quello di uguaglianza dei cittadini, conferiscono nel principio di obbligatorietà dell'azione penale e presentano profili

¹⁴ C. GUARNIERI, *Pubblico ministero e sistema politico*, Padova, Cedam, 1984, p. 145.

¹⁵ Cfr., R.E. KOSTORIS, *Per un'obbligatorietà temperata dell'azione penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 876.

¹⁶ Cfr., in particolare, la Recommendation R(87) 18 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.

di incompatibilità rispetto alle scelte di politica criminale poste in essere dal pubblico ministero per la persecuzione di alcune categorie di reati a discapito di altre.

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 88 del 1991, stabilì che “*il principio di legalità (art. 25, comma 2), 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*”. Se, invece, tra la previsione legale di un fatto-reato e la punizione dello stesso si inserisce una valutazione di priorità o secondarietà della repressione del reato, viene meno quel nesso di necessaria consequenzialità tra legalità sostanziale e legalità nel procedere, che conduce all’eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge penale. Queste valutazioni di priorità potrebbero generare discriminazioni palesi nel caso in cui, in presenza di due reati identici (o comunque della stessa gravità), uno venisse represso e l’altro abbandonato volutamente al limbo della prescrizione sulla base di scelte di politica criminale operate da due diverse Procure.

Al contrario, secondo la dottrina delle *guidelines*, l’obbligatorietà controllata dai criteri di priorità non contrasta con il principio di obbligatorietà dell’azione penale, in quanto questi criteri sono volti ad una selezione delle *notitiae criminis*.

Non è un caso, infatti, che i criteri di priorità sono stati introdotti per fronteggiare l’impossibilità degli uffici giudiziari di trattare tutti gli affari penali. Dunque, premesso il dato dell’impossibilità oggettiva dell’ufficio giudiziario di portare al processo tutte le notizie di reato pervenute allo stesso, dare priorità ad alcune *notitiae criminis*, a discapito di altre, significa in ultimo selezionare quali notizie di reato trattare e quali, invece, non trattare¹⁷.

¹⁷ Cfr., V. ZAGREBELSKY, *Una filosofia dell’organizzazione del lavoro per la trattazione degli affari penali* (osservazione alla circolare 8 marzo 1989 del procuratore generale e del presidente della Corte d’appello di Torino), in *Cass. pen.* 1989, p. 1615, il quale riconosce che la questione dei criteri di priorità va affrontata “nella consapevolezza che la precedenza assegnata ad un procedimento può significare la destinazione di altri procedimenti ad una sostanziale non presa in considerazione”.

Inoltre, il problematico rapporto tra principio di legalità in materia penale (e di obbligatorietà dell'azione penale) e i criteri di priorità, si riflette anche rispetto al principio di eguaglianza.

Seri dubbi di compatibilità emergono attraverso letture riduttive dei principi di legalità ed obbligatorietà dell'azione penale: ci si è chiesto se sia conforme al principio di eguaglianza che lo stesso tipo di reato possa rientrare nei criteri di priorità di una Procura ed essere estraneo a quelli di un'altra Procura e, conseguentemente, quali possano essere le riflessioni giuridiche in ordine all'esercizio discriminatorio dell'azione penale.

Ma, evidentemente, ragionandosi di esercizio dell'azione penale, si dovrebbe fare riferimento al solo principio di obbligatorietà dell'azione penale, sancito nell'art. 112 Cost., in quanto disposizione puntuale che contiene, sintetizzandoli, i principi di stretta legalità e di eguaglianza.

2.4.1 La relazione tra obbligatorietà dell'azione penale e principio di legalità

In una valutazione *de jure condendo* relativa alla conservazione in Costituzione del principio di obbligatorietà dell'azione penale, non si può trascurare l'argomentazione che vede in tale principio il corrispondente di quanto l'art. 101, comma 2, stabilisce per il giudice¹⁸ e nell'art. 112 Cost. la concretizzazione del principio di legalità sostanziale.

Genericamente, quando si parla di principio di legalità si allude ai rapporti tra legge ed attività amministrativa, ma detto principio può essere riferito anche all'attività giurisdizionale.

In particolare, rispetto al diritto penale, il fondamento viene individuato nell'art. 25 Cost, 2° comma, in base al quale *“nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”*.

¹⁸ Cfr., G. UBERTIS, *Azione (azione penale)*, in *Enc. Giur.*, Treccani, IV Roma, 1988, p. 4.

Da questa disposizione emergono tre regole fondamentali della legislazione penale: il principio di irretroattività della legge penale, la riserva di legge ed infine, il principio di tassatività e determinatezza della fattispecie¹⁹.

Il principio della riserva di legge si ricollega all'art. 111 Cost., 1° comma, nella formulazione successiva alla modifica del 1999, il quale richiede che la giurisdizione si attui mediante il giusto processo, le cui caratteristiche – contraddittorio, parità delle parti, imparzialità, terzietà del giudice, ragionevole durata – sono esplicitate e si stabilisce che il giusto processo sia regolato dalla legge. Questa riserva di legge va a saldarsi con la previsione di cui all'art. 101, 2° comma, e, se intesa come riserva assoluta, affida la disciplina dei processi esclusivamente al legislatore, il quale non potrà consentire l'intervento del potere esecutivo o della pubblica amministrazione.

Nel caso di specie, il legislatore è tenuto a dettare una normativa che possa arginare l'eccessiva discrezionalità dell'organo giurisdizionale nella conduzione dei processi.

A prescindere dal carattere assoluto o relativo della riserva, si potrebbe sostenere che attribuendo al pubblico ministero la facoltà di non esercitare l'azione penale in base a valutazioni di tipo politico, verrebbe aggirato il principio di legalità, il quale attribuisce esclusivamente al legislatore il compito di selezionare i beni che meritano una tutela più ampia, la cui lesione comporta l'irrogazione di una pena stabilita, nel minimo e nel massimo, dalla legge²⁰.

Una simile lettura dell'art. 25 Cost., vede nella disposizione stessa una *ratio* garantista, che richiede l'esistenza di una legge per potere condannare, sancita dal principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, sul presupposto che la fonte legislativa offra maggiori garanzie all'individuo rispetto all'attività dell'esecutivo. In realtà, così inteso, il principio di legalità, se da un lato impone al giudice di attenersi a quanto previsto dalla legge, dall'altro, non vieta al pubblico ministero la possibilità di non promuovere l'azione penale in determinate circostanze.

¹⁹ Cfr., F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1979, p. 33 ss. secondo il quale sia dall'art. 25 che dall'art. 13 Cost. si ricavano argomenti a sostegno del principio di determinatezza, la cui *ratio*, però, va piuttosto estrapolata dallo spirito dell'intera Costituzione.

²⁰ G. MONACO, *Pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 337.

A tal proposito, la discrezionalità dell'azione penale mal si concilia con un pubblico ministero appartenente all'ordine giudiziario e condurrebbe ad un inquadramento dell'organo dell'accusa all'interno del potere amministrativo e funzionalmente dipendente dal Ministro della giustizia.

In tal caso, quanto vietato al potere esecutivo a livello normativo, verrebbe compensato dalla possibilità attribuita al p.m. di intervenire ugualmente nella scelta dei reati da perseguire e la relativa riserva di legge, potrebbe ritenersi violata²¹.

Un altro corollario del principio di legalità sta nella tassatività e determinatezza della fattispecie penale e, più precisamente, nella *ratio* della certezza del diritto.

In una nota sentenza della Corte Costituzionale²², relativa all'art. 5 c.p., fu dichiarata l'incostituzionalità della norma nella parte in cui non escludeva dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale, l'ignoranza inevitabile. La parte centrale della motivazione si basava sull'idea che non si può punire un individuo se questi è nell'impossibilità di conoscere l'esistenza del precetto penale. Secondo la Corte, i principi di tassatività e irretroattività della legge penale costituiscono una garanzia nei confronti dei cittadini, in virtù della possibilità di conoscenza delle norme stesse e della sicurezza delle proprie azioni sotto il profilo giuridico. A tal fine servono leggi chiare e precise, contenenti riconoscibili direttive di comportamento ed in questo senso, afferma la Corte, *“il principio di colpevolezza è pertanto indispensabile per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione”*.

In questa prospettiva, valutazioni discrezionali del pubblico ministero, che impediscono lo svolgimento di un processo pur in presenza di un fatto di reato, potrebbero affievolire la convinzione di ciascun individuo che un certo fatto sia penalmente sanzionato.

Un'eccessiva discrezionalità affidata al p.m., potrebbe avere l'effetto di favorire una sorta di affidamento verso l'impunità di alcuni fatti di reato di minore gravità.

In ultimo, affinché il principio della certezza del diritto possa dirsi rispettato, non basta che l'individuo sia posto nelle condizioni di comprendere quando una sua condotta integri una fattispecie di reato, ma è necessario che quest'ultimo sappia

²¹ G. MONACO, *Pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 339.

²² Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Giur. cost.*, 1988, p. 1504 ss.

che quella medesima condotta, una volta riscontrata, sarà sanzionata penalmente da un giudice.

Una volta preso atto dell'impossibilità per il legislatore di garantire sempre certezza e determinatezza delle fattispecie, si attribuisce al giudice il compito di contribuire al raggiungimento di tali obiettivi in sede di interpretazione ed applicazione del diritto, fermo restando però l'obiettivo ultimo del principio di determinatezza, volto a limitare i margini interpretativi del giudice.

Nonostante i tentativi della giurisprudenza di dare un'interpretazione uniforme di una legge che presenta inevitabili margini di incertezza, spetta al legislatore formulare le disposizioni nel modo più chiaro e univoco possibile, anche in vista di porre un freno all'eccessiva discrezionalità del giudice²³.

A tal proposito, si dovrebbe evitare o quanto meno limitare la discrezionalità del pubblico ministero, quale organo comunque in grado di influire sulla funzione giurisdizionale, trattandosi, in questo caso, di una discrezionalità non meramente interpretativa, bensì della stessa natura di quella amministrativa e, in quanto tale, potenzialmente più lesiva della certezza del diritto e della libertà d'azione dell'individuo che si intende tutelare.

2.4.2 Obbligatorietà dell'azione penale e principio di eguaglianza

Il principio di eguaglianza, inteso in senso formale, viene sancito dall'art. 3, comma 1 della Carta Costituzionale, il quale richiede non solo di evitare discriminazioni tra soggetti che si trovano in situazioni identiche, ma anche che non vengano trattati allo stesso modo soggetti posti in situazioni differenti.

Secondo la dottrina maggioritaria, esiste un legame tra il principio di eguaglianza e l'art. 112 Cost., in quanto l'obbligo per il pubblico ministero di esercitare l'azione penale ogni qual volta ravvisi, al termine delle indagini preliminari, gli estremi di

²³ Cfr., R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 52; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale I- Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 294 ss; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1979, p. 175 ss. In generale per una limitazione della discrezionalità del giudice ogni qualvolta si sia in presenza di una riserva di legge cfr. A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, Giappichelli, 1969, p. 136 ss.: diversamente la lesione del principio democratico travolgerebbe anche la garanzia giurisdizionale ed in particolare i valori della certezza del diritto e dell'imparzialità del giudice.

una fondata notizia di reato, garantisce l'uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge.

Diversamente, la discrezionalità dell'organo dell'accusa, potrebbe consentire che, di fronte ad una medesima fattispecie di reato, l'azione penale venga promossa nei confronti di alcuni e non di altri individui, generando così situazioni discriminatorie.

Questi poteri discrezionali consentono al pubblico ministero di prendere effettivamente in considerazione tutti gli elementi del caso, compresa la personalità del reo, realizzando quella che nei paesi di *common law* è definita come una "*individualized justice*" e che nel nostro sistema potrebbe trovare fondamento nel 2° comma dell'art. 3 Cost.

Per avere una definizione del concetto di discrezionalità, occorre spostarsi sul campo del diritto amministrativo, sul presupposto che questa non è orientata verso un fine unilaterale proprio dell'autorità, bensì verso un fine che tenga conto di tutte le posizioni parziali, diventando sinonimo di imparzialità e di giustizia del caso concreto.

Parallelamente, il concetto di imparzialità non contrasterebbe con il principio di uguaglianza, al contrario, ne rappresenterebbe la proiezione sotto l'angolazione dei destinatari della funzione amministrativa.

Questa argomentazione finirebbe per estendere la garanzia di imparzialità di cui all'art. 97 Cost. all'organo della pubblica accusa, quale funzionario dipendente dal Ministro della giustizia, al fine di limitare la stessa discrezionalità dell'amministrazione.

Strettamente collegato al principio di imparzialità, è il principio di ragionevolezza che attribuisce al giudice il compito di svolgere una serie di considerazioni e valutazioni per assicurare la giustizia nel caso concreto.

Il principio di ragionevolezza può dirsi rispettato nel momento in cui si affida al giudice la possibilità di valutare tutti gli elementi a favore o contro l'imputato in funzione di una scelta tra assoluzione e condanna, nell'indicazione di una pena stabilita, nel minimo e nel massimo, dal legislatore.

Anche il pubblico ministero, quale organo di giustizia, è tenuto a rispettare il principio di ragionevolezza, valutando una serie di elementi come, la gravità del

reato e la personalità del reo al fine di formulare una richiesta di rinvio a giudizio e, questa stessa proposta, rappresenta già un'esplicazione di detto principio, evidenziando la necessità di trattare in modo diverso situazioni differenti.

In conclusione, possiamo affermare che essendo la materia penale un terreno dove vengono messi in discussione diritti fondamentali dell'individuo, nell'ottica di un bilanciamento, sarà necessaria un'applicazione rigorosa del principio di eguaglianza, in misura maggiore rispetto a quanto è già in grado di assicurare il principio di imparzialità di cui all'art. 97 Cost., che pure impone una parità di trattamento agli amministrati. Un'applicazione, dunque, che si concilia meglio con un'azione penale obbligatoria, piuttosto che con l'esercizio di un potere discrezionale.

2.5 Il principio di obbligatorietà nella giurisprudenza costituzionale

La storia esegetica²⁴ del principio di obbligatorietà è perseguibile con chiarezza dalla lettura di molteplici sentenze della Corte Costituzionale: l'intera portata del canone e le sue conseguenze si colgono, però, in termini pressoché esemplari nella sentenza n. 88 del 1991, allorquando la Corte ebbe ad essere interrogata sulla compatibilità con la regola costituzionale dell'art. 125 disp. att. c.p.p.²⁵: la decisione è notissima ed ancor oggi le puntualizzazioni effettuate dalla Consulta in quella sede conservano intatto valore esegetico per tutte quelle disposizioni codicistiche riferibili alle attività del pubblico ministero, qualificabili in termini di "azione".

Dalle parole della Corte si legge che: *“il principio di obbligatorietà dell'azione penale esige che nulla venga sottratto al controllo di legalità effettuato dal giudice: ed in esso è insito, perciò, quello che in dottrina viene definito favor actionis. Ciò comporta non solo il rigetto del contrapposto principio di opportunità, ma comporta altresì che, nei casi dubbi, l'azione vada esercitata e non omessa. Azione*

²⁴ Un'autorevole considerazione della storia del principio è realizzata da DI CHIARA, *Il pubblico ministero e l'esercizio dell'azione penale*, in FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, p. 235 ss.

²⁵ La disposizione consente al pubblico ministero di presentare al giudice richiesta di archiviazione, allorché ritenga infondata la notizia di reato, essendo gli elementi raccolti durante la fase delle indagini preliminari, non idonei a sostenere l'accusa in giudizio.

penale obbligatoria non significa però consequenzialità automatica tra notizia di reato e processo, né dovere per il pubblico ministero di iniziare il processo per qualsiasi notizia criminis. Limite implicito alla stessa obbligatorietà, razionalmente intesa, è che il processo non debba essere instaurato quando si appalesi oggettivamente superfluo: regola questa tanto più vera nel nuovo sistema, che pone le indagini preliminari fuori dall'ambito del processo, stabilendo che, al loro esito, l'obbligo di esercitare l'azione penale sorge solo se si sia verificata la mancanza dei presupposti che rendono doverosa l'archiviazione".²⁶

La Consulta chiarisce la portata dell'art. 112 Cost. affermando che l'azione penale deve essere esercitata piuttosto che omessa pure laddove esista un dubbio circa la sua effettiva fondatezza. Questo principio di obbligatorietà trova un limite nella superfluità del processo che si registra ogni qual volta al pubblico ministero sia pervenuta una notizia di reato palesemente infondata, in quanto sarebbe irrazionale un necessario automatismo tra notizia di reato e instaurazione del processo. Sulla base di questa regola, però, il discrimine tra l'oggettiva superfluità e la mera inopportunità del dibattimento è particolarmente labile.

Dunque, il criterio innovativo che la Corte introduce è in un certo senso intermedio tra l'evidente innocenza e la condanna improbabile, visto che il perno sul quale l'orientamento fa leva, si basa sul fatto che l'archiviazione possa essere richiesta non solo quando risulta evidente l'innocenza della persona sottoposta alle indagini, ma anche in alcune ipotesi di insufficienza o contraddittorietà della prova, rispetto alle quali il dibattimento non offrirebbe alcun reale contributo conoscitivo.

Con questa sentenza, dunque, la Corte Costituzionale ha tentato di porre fine ai dubbi sull'interpretazione della nozione di superfluità del dibattimento.

Ancora, sempre a proposito dell'obbligatorietà dell'azione penale, un'altra nota pronuncia della Corte Costituzionale è la n. 84 del 1979, dove si legge che: *"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 di tutti i cittadini di fronte alla legge*

²⁶ Così la sentenza della Corte costituzionale n. 88 del 1991, in *Cass. pen.*, 1992, p. 249, con commento di L. GIULIANI, *La regola di giudizio in materia di archiviazione (art. 125 disp. att. c.p.p.)*.

penale”; sicché l’azione è attribuita a tale organo “*senza consentirgli alcun margine di discrezionalità nell’adempimento di tale doveroso ufficio*”.

“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 il requisito d’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”.

Da questa pronuncia si evince il carattere strumentale del principio di obbligatorietà dell’azione penale rispetto ad altri valori di rango costituzionale; in particolare, è proprio il principio di legalità, sancito dall’art. 25, 2° comma Cost., che rende doverosa la repressione delle condotte violatrici della legge penale ed esso non può essere salvaguardato se non attraverso l’obbligatorietà dell’azione penale.

Alla luce delle considerazioni effettuate, si può infine comprendere che la scelta del pubblico ministero di non esercitare l’azione penale e chiedere invece l’archiviazione, non è intesa oggi in senso stretto, in quanto si verifica non soltanto nelle ipotesi di manifesta infondatezza del fatto, bensì si estende a tutti quei casi che, in sede processuale, determinerebbero la pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere o di proscioglimento.

2.6 Nuove aspettative di impunità: “la tenuità del fatto”

Al fine di operare una selezione tra le *notitiae criminis* che pervengono al pubblico ministero sarebbe opportuno introdurre conclusioni procedurali anticipate per fatti di reato particolarmente tenui, rispetto ai quali l’ordinamento reputi opportuno

rinunciare non solo alla sanzione, ma anche al processo, risultando sproporzionata l'effettiva gravità della condotta con l'instaurazione del giudizio.

Negli ultimi anni sono state sperimentate diverse strategie al fine di evitare sprechi di tempo e risorse all'interno del sistema.

Una prima manovra si è ispirata all'idea di estendere al rito ordinario, con le dovute correzioni, la previsione dell'art. 27 del D.P.R. 22 settembre 1988, n.448, relativo al processo penale a carico di imputati minorenni.

Tale disposizione consente al pubblico ministero di chiedere al giudice, nel corso delle indagini preliminari²⁷, sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto quando risulti la tenuità dello stesso, l'occasionalità del comportamento e quando l'ulteriore prosecuzione del procedimento pregiudichi le esigenze educative del minore.

Il pubblico ministero, cioè, non dovrebbe esercitare l'azione penale, pur in presenza di un fatto costituente reato e pur avendo gli elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio, qualora ritenga che, trattandosi di un fatto di scarsa rilevanza, sussistano altre esigenze per non procedere penalmente nei confronti dell'autore dello stesso. Precisamente, nel rito minorile sarebbero le esigenze educative del minore, nel rito ordinario si tratterebbe di altri interessi comunque meritevoli di tutela.

Una seconda strategia ci viene offerta dal d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, che attribuisce la competenza penale al giudice di pace. Dal combinato disposto degli artt. 17 e 34 del decreto si ricava, infatti, la possibilità per il pubblico ministero di richiedere l'archiviazione per la particolare tenuità del fatto, sempre che non vi sia un interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento²⁸. In tal caso, il giudice pronuncerà, nel corso delle indagini preliminari, decreto di archiviazione o, nel caso in cui l'azione penale sia stata già esercitata, si pronuncerà con sentenza solo nel caso in cui la persona offesa e l'imputato decideranno di non opporsi.

A tal proposito, occorre soffermarsi sulla definizione di "particolare tenuità del fatto", contenuta nell'art. 34, 1° comma, che si riferisce al caso in cui l'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato nonché la sua

²⁷ Con sentenza del 5 maggio 2003, n.149, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 27 "nella parte in cui prevede che la sentenza di proscioglimento per irrilevanza del fatto possa essere pronunciata solo nell'udienza preliminare, nel giudizio immediato e nel giudizio direttissimo".

²⁸ Cfr., C. CESARI, *Deflazione e garanzie nel rito penale davanti al giudice di pace: l'istituto della "tenuità del fatto"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 733 ss.

occasionalità e il grado di colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale, tenuto conto delle conseguenze che l'ulteriore corso del giudizio potrebbe recare alle esigenze di lavoro, studio, famiglia o di salute della persona sottoposta alle indagini.

Questa clausola di tenuità va poi confrontata con la disciplina contenuta nell'art. 112 Cost., visto che essa osta alla procedibilità e consente l'archiviazione, poiché, in tal caso, i parametri che orientano la valutazione del p.m. nel giudizio sulla scarsa rilevanza del reato sono in realtà criteri che ne guidano la scelta tra azione e inerzia. È fisiologico che queste valutazioni di giudizio debbano essere comunque compatibili e coerenti con l'obbligo di legalità ed eguaglianza processuale, derivanti dall'art. 112 Cost.

Questa disposizione, essendo particolarmente articolata, ha sollevato dubbi di legittimità costituzionale proprio in raffronto all'art. 112 Cost²⁹.

Non a caso, le valutazioni fatte dal pubblico ministero, sembrerebbero assumere natura discrezionale, nonostante sia il legislatore ad individuare, a monte, gli interessi da bilanciare.

Se, dunque, si parte dall'idea che la discrezionalità è una categoria logica distinta dall'interpretazione e richiede un bilanciamento di interessi concorrenti, l'eventuale individuazione in via legislativa di quali interessi debbano essere presi in considerazione, non esclude che il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale possa essere comunque violato.

Così, la valutazione dei pregiudizi che l'ulteriore corso del procedimento potrebbe recare alle esigenze di lavoro, studio, famiglia o salute nei confronti della persona sottoposta alle indagini, non dovrebbe essere affidata al pubblico ministero, il quale, ai sensi dell'art. 112 Cost. è sempre tenuto ad esercitare l'azione penale qualora ravvisi gli estremi di un reato. Questo tipo di operazione indurrebbe il p.m. ad operare delle scelte basate esclusivamente su fattori estranei al diritto, quali la morale o la politica intesa in senso ampio, non essendo ricavabile dalla disposizione quale peso sia da attribuire a ciascuno degli elementi in essa indicati.

²⁹ Si veda l'ordinanza 4 febbraio 2003, n. 34, con la quale la Corte, senza entrare nel merito, pronuncia la manifesta inammissibilità della questione di costituzionalità dell'art. 34 del d.lgs. 274/2000, avendo il giudice prospettato due interventi correttivi da parte della Corte, in contraddizione.

In conclusione, una volta preso atto che è lo stesso legislatore ad attribuire al pubblico ministero la facoltà di effettuare valutazioni che vanno oltre il mero accertamento della fondatezza della notizia di reato, l'unico controllo possibile è che gli interessi presi in considerazione siano proprio quelli indicati dalla legge, in modo da garantire applicazioni eguali, prevedibili e controllabili.

2.7 Le proposte di revisione costituzionale

La disciplina dettata dalla Costituzione in tema di azione penale e pubblico ministero forma da qualche tempo oggetto di critiche e proposte di revisione.

Secondo alcune critiche, il principio di obbligatorietà dell'azione penale pregiudicherebbe la buona amministrazione della giustizia, costringendo il pubblico ministero ad occuparsi di tutte le notizie di reato, impedendogli di concentrarsi su quelle che meriterebbero più attenzione.

Inoltre, il suddetto principio non potrebbe comunque essere rispettato, perché il numero delle notizie di reato è nettamente superiore alla capacità di smaltimento dei singoli uffici di Procura, e, di fatto, costringerebbe il pubblico ministero ad operare delle scelte in termini di tempestività e impegno nella loro trattazione.

Preso atto di queste lacune del sistema, diverse sono state le proposte di legge costituzionale presentate dinanzi al Parlamento, tra cui, merita di essere ricordata, l'iniziativa del deputato Pecorella, dell'ottobre del 2008, volta a modificare l'art. 112 Cost.

Il testo dell'intervento riformatore prevede che sia la legge a stabilire le condizioni per l'esercizio dell'azione penale e, dalle parole dello stesso proponente, si evince che la vera obbligatorietà sta proprio nello stabilire preventivamente i criteri, o le condizioni, che il pubblico ministero è tenuto a rispettare nell'esercizio dell'azione penale³⁰.

Sempre nel 2008, con il "pacchetto sicurezza", è stato modificato l'art. 132 *bis* disp. att. c.p.p., introdotto con il decreto legge n. 341 del 2000 (cd. "antiscarcerazioni"),

³⁰ Atti Parlamentari, XVI Legislatura, Camera dei deputati, *Disegno di legge costituzionale recante "Modifiche dell'art. 112 della Costituzione, concernente le funzioni di pubblico ministero, l'organizzazione delle procure della Repubblica e l'esercizio dell'azione penale"*, a firma del deputato Pecorella, consegnata alla Presidenza il 6 ottobre 2008, stampato n. 1745.

il quale individua una serie di reati prioritari, anche in relazione alla formazione dei ruoli di udienza e alla trattazione dei processi, volti a garantire una parziale uniformità di criteri, affidando questo compito ad un organo dotato di legittimazione democratica.

Di recente, la riforma Orlando del 2017, nell'obiettivo di modificare l'ordinamento penale (da un punto di vista sostanziale e processuale) e l'ordinamento penitenziario, ha lievemente ritoccato anche l'art. 132 *bis* disp. att. c.p.p., con l'inserimento, tra i processi da trattare in via prioritaria, di quelli per i reati di cui agli artt. 317, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, 320, 321 e 322 *bis* c.p., ossia alcuni gravi delitti contro la Pubblica Amministrazione.

Nel novembre del 2009 un nuovo disegno di legge costituzionale, proposto dai senatori Perduca e Poretti, attribuiva ai singoli Procuratori generali presso le Corti d'appello, il compito di stabilire, di anno in anno, le priorità in attuazione alle linee guida definite a livello nazionale dal Ministro della giustizia³¹.

Nel dicembre dello stesso anno, il senatore Pera, presenta un ulteriore disegno di legge costituzionale in materia, il quale attribuisce al Ministro della giustizia, il compito di proporre alle Camere, con cadenza triennale, i criteri di priorità da seguire ai fini dell'azione penale, ai quali lo stesso pubblico ministero avrebbe dovuto attenersi³².

Un'ulteriore proposta giunta nel 2010, ad opera del deputato Versace, attribuiva al Ministro della giustizia, sentito il parere del Ministro dell'Interno, il compito di presentare annualmente alle Camere un atto di indirizzo recante i criteri di priorità a cui ciascun Procuratore avrebbe dovuto attenersi al fine di stabilire le priorità nel distretto di competenza³³.

³¹ Atti Parlamentari, XVI Legislatura, Senato della Repubblica, *Disegno di legge costituzionale recante "Modifiche dell'art. 112 della Costituzione in materia di abolizione dell'obbligatorietà dell'azione penale"*, a firma dei senatori Perduca e Poretti, consegnato alla Presidenza il 18 novembre 2009, stampato n. 1890.

³² Atti Parlamentari, XVI Legislatura, Senato della Repubblica, *Disegno di legge costituzionale recante "Nuove norme costituzionali sulla magistratura"*, a firma del senatore Pera, consegnata il 15 dicembre 2009, stampato n. 1935.

³³ Atti Parlamentari, XVI Legislatura, Camera dei Deputati, *Disegno di legge costituzionale recante "Modifiche all'art. 112 della Costituzione in materia di abolizione dell'obbligatorietà dell'azione penale"* a firma del deputato Versace, consegnata il 9 marzo 2010, stampato n. 3278.

La *ratio* di queste proposte di riforma pone degli interrogativi sulle conseguenze che queste avrebbero sugli equilibri dei rapporti tra indipendenza e responsabilità dei giudici e, soprattutto, dei pubblici ministeri nel nostro Paese³⁴.

La scelta di attribuire al Parlamento o all'esecutivo il compito di stabilire i criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale, influenzerebbe l'intero tessuto normativo su cui poggiano i valori che regolano i rapporti tra i poteri dello Stato ed, in particolare, quelli tra potere giudiziario e potere esecutivo.

Oggi, occorre domandarsi sino a che punto siamo disposti a sacrificare il principio di indipendenza della magistratura a favore di una maggiore efficienza e responsabilità del sistema giudiziario.

³⁴ Cfr., A. PERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive de jure condendo: un quadro ricognitivo*.

CAPITOLO III

L'ELABORAZIONE DEI CRITERI DI PRIORITA' NELLA TRATTAZIONE DEGLI AFFARI PENALI

3.1 I criteri di priorità come strumento di razionalizzazione

È intuitivo che al fine di garantire l'efficienza di un sistema processuale, condizione primaria è l'adeguatezza delle risorse disponibili a soddisfare i compiti che l'ordinamento gli assegna, dunque un rapporto di proporzione tra domanda di giustizia e l'insieme degli uomini e dei mezzi di cui si dispone, per fronteggiarla in maniera seria e credibile.

È facile comprendere come in Italia, la quotidianità giudiziaria sia ben lontana da questo obiettivo, vista l'impossibilità per gli uffici giudiziari di trattare tempestivamente tutte le notizie di reato. Diverse sono state le soluzioni sperimentate per ricondurre ad un razionale equilibrio i rapporti tra i carichi di lavoro degli uffici e la reale capacità di smaltimento degli stessi; i risultati, però, sono stati deludenti in quanto non ci sono stati segni di miglioramento¹.

In particolare, l'aumento dei tassi di litigiosità, la carenza delle risorse umane, finanziarie e materiali, l'allungamento dei tempi di definizione dei procedimenti e il generale clima di sfiducia nei confronti dell'amministrazione giudiziaria da parte dei cittadini, hanno messo in discussione la capacità degli uffici giudicanti e requirenti.

Nel corso del tempo sono state elaborate strategie normative compatibili con i canoni fondanti del sistema. Alcune di queste prevedono percorsi agevolati per i reati bagatellari: si pensi al ridimensionamento del settore delle contravvenzioni in materia amministrativa, al fine di liberare risorse da impegnare sui versanti più ardui e significativi degli affari penali.

¹ Si vedano i dati riportati nella Relazione del primo Presidente della Corte di Cassazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2011, p. 45, ove si segnala un complessivo aumento delle pendenze penali.

Tuttavia, queste scelte comportano il rischio di minare la credibilità del sistema, riducendo le garanzie processuali e intaccando il principio di certezza del diritto.

Al contrario, una soluzione “razionale” viene fornita dai criteri di priorità, destinati ad orientare il lavoro delle Procure nella scelta di tracciare una corsia preferenziale per i casi da seguire con maggiore sollecitudine². Si tratta di un sistema che ha riscosso, nel corso del tempo, il miglior successo pratico, legislativo e scientifico. Tuttavia, essendo una soluzione propugnata da tempo dagli studiosi³, solo di recente, ha trovato riconoscimento a livello normativo⁴.

Dare precedenza ad alcune notizie di reato, lasciandone indietro altre, significa programmare lo svolgimento delle indagini al fine di un lavoro giudiziario efficiente e trasparente in modo da garantire un trattamento egualitario delle stesse situazioni concrete, eliminando le scelte discrezionali compiute dai singoli pubblici ministeri. Infatti, è noto come molti uffici giudiziari abbiano provveduto ad elaborare e rendere pubblici tali criteri⁵, ricevendo il sostanziale avallo del C.S.M., anche se, da un punto di vista di efficienza processuale, l'utilità risulta essere più apparente che reale.

La logica dei criteri di priorità è volta a fissare l'ordine dei lavori delle Procure della Repubblica, stabilendo sulla base di parametri astratti, quali notizie di reato debbano ottenere attenzione immediata e quali, invece, secondo un ordine di decrescente importanza, possano essere lasciate indietro. Occorre stabilire su quale vicende si lavora prima, accantonando le indagini di minore importanza che, spesso,

² C. CESARI, *L'inflazione delle notizie di reato e i filtri selettivi ai fini del processo*, in *Riv. Dir. proc.*, 2011, n. 6, p. 1407.

³ G. CONSO, *Introduzione alla riforma*, in *Pubblico ministero e accusa penale*, Bologna, Zanichelli, 1979, XVI, affermava che non è tanto l'esercizio dell'azione penale ad essere obbligatorio, quanto il compimento di scelte prioritarie.

⁴ Un primo abbozzo legislativo volto a stabilire criteri di priorità nella trattazione dei procedimenti e la formazione dei ruoli di udienza si rinviene nell'art. 227, d. lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, funzionale ad “assicurare la rapida definizione dei processi pendenti alla data di efficacia” del decreto medesimo. Un ulteriore riferimento normativo è dato dall'art. 132 *bis* disp. att. c.p.p. introdotto dal d. l. 24 novembre 2000, n. 341, relativo alla formazione dei ruoli di udienza ed alla trattazione dei processi.

⁵ L'elaborazione più completa e risalente della pratica dei criteri di priorità viene dagli uffici di procura di Torino, in particolare, il presidente della Corte di appello di Torino, in una circolare dell'8 marzo 1989, n. 58, sottolineava “non è più possibile che ognuno si preoccupi solo del proprio ufficio, e che occorre una filosofia nuova, che guardi al risultato complessivo del servizio. Occorre a questo fine evitare di sprecare tempo, fatica e denaro dello stato in attività praticamente inutili, quale la minuziosa e scrupolosa celebrazione di processi destinati ineluttabilmente alla prescrizione. Ciò richiede un filtro scrupoloso delle priorità da assegnare ai singoli processi”, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1616.

finiscono nel limbo della prescrizione, vista la scarsità dei mezzi a disposizione. L'elaborazione dei criteri di priorità solleva dei problemi rispetto ai poteri discrezionali delle singole Procure, in quanto, nonostante l'intento di catalogare puntualmente i presupposti in presenza dei quali dare precedenza ad alcuni affari penali piuttosto che ad altri, residuerà sempre un margine non controllabile di gestione discrezionale del lavoro all'interno dell'ufficio.

Nell'ottica di evitare gravi disparità di trattamento sul territorio nazionale, in ordine al potere discrezionale attribuito alle singole Procure, sarebbe auspicabile un intervento normativo volto a ridurre il più possibile gli spazi di gestione arbitraria del lavoro degli inquirenti.

Si tratta di un'operazione non sempre semplice, che dovrebbe assicurare, almeno in astratto, le garanzie di legalità, uguaglianza, parità di trattamento e trasparenza; per questi motivi, i criteri di priorità dovrebbero trovare fondamento in una fonte legislativa, al fine di operare in maniera omogenea sul territorio nazionale, seppur la necessità di adattarli alle specificità dei casi concreti.

Il fine ultimo dei criteri di priorità dovrebbe essere quello di individuare non tanto un catalogo di fattispecie criminose considerate prioritarie, quanto quello di selezionare interessi sostanziali di maggior rilievo, tenendo conto di alcuni fattori, quali: l'offensività concreta della condotta, l'interesse della parte lesa o il possibile andamento della vicenda processuale.

In ogni caso, quello dei criteri di priorità è un rimedio necessario ma non sufficiente per recuperare le efficienze del sistema giudiziario.

3.2 L'esperienza empirica: le circolari Zagrebelsky e Maddalena

Le origini del dibattito sui criteri di priorità possono essere fatte risalire tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90.

A fronte di una disciplina legislativa lacunosa e non sempre rispondente a criteri di coerenza, il punto di partenza può essere individuato nella "circolare Pieri-Conti" dell'8 marzo 1989, in cui il presidente della Corte d'appello di Torino e il Procuratore generale della stessa sede invitavano tutti gli uffici giudicanti e requirenti del distretto ad effettuare *"un filtro scrupoloso delle priorità da*

assegnare ai singoli processi, in modo da far procedere rapidamente e senza timore di prescrizione i processi importanti e da non ingolfare al tempo stesso gli uffici già strutturalmente troppo deboli con masse ingenti di lavoro inutile, perché destinato ineluttabilmente ad essere del tutto vanificato". Tale provvedimento veniva giustificato con la necessità di "evitare di sprecare tempo, fatica e denaro dello Stato in attività praticamente inutili, quali la minuziosa e scrupolosa celebrazione di processi destinati ineluttabilmente alla prescrizione"⁶.

Del tutto coerente con gli obiettivi indicati nella circolare Pieri-Conti è la circolare Zagrebelsky⁷ del 16 novembre 1990. Con tale documento l'estensore, all'epoca a capo della Procura della Repubblica presso la Pretura di Torino, perveniva alla conclusione secondo cui l'impossibilità di esaurire la trattazione di tutte le notizie di reato pervenute all'Autorità giudiziaria rendeva ineludibile l'elaborazione di criteri di priorità.

Rispetto all'impatto di tali soluzioni con l'assetto costituzionale, l'autore affermava che non vi era contrasto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale "dal momento che il possibile mancato esercizio di un'azione penale tempestiva e adeguatamente preparata per tutte le notizie di reato non infondate, non deriva da considerazioni di opportunità, ma trova una ragione nel limite oggettivo alla capacità di smaltimento del lavoro dell'organismo giudiziario nel suo complesso e di questo ufficio in particolare"⁸. L'estensore della circolare, inoltre, richiamava l'art. 3 comma 1 e 97 comma 1 Cost., affermando che erano gli stessi principi costituzionali ad escludere che la capacità di smaltimento del lavoro giudiziario potesse essere impiegata in modo casuale o lasciata alla determinazione dei singoli magistrati dell'ufficio.

Il dirigente dell'ufficio inquirente elencava una serie di parametri orientativi, tra cui ad esempio: la gravità dei reati, la rilevanza degli interessi tutelati dalla fattispecie incriminatrice, la condizione di vulnerabilità, l'applicazione attuale o pregressa di misure cautelari personali e/o reali.

⁶ L. RUSSO, *I criteri di priorità nella trattazione degli affari penali: confini applicativi ed esercizio dei poteri di vigilanza*, *Diritto penale contemporaneo*, 9 novembre 2016, pp. 4-5.

⁷ Dal nome dell'estensore, all'epoca Procuratore della Repubblica di Torino. Il documento è pubblicato in *Cass. pen.* 1991, p. 362.

⁸ V. ZAGREBELSKY, *Direttiva concernente criteri di priorità nella conduzione delle indagini preliminari*, pubblicata in *Cass. pen.*, 1991, p. 1615 ss.

Le indicazioni contenute in questa circolare generarono accese discussioni, anche nell'opinione pubblica, perché svelarono l'incapacità del sistema di assicurare effettivamente l'obbligatorietà dell'azione penale e definirono il relativo potere attribuito ai dirigenti degli uffici di selezionare le notizie di reato da perseguire in via prioritaria, attraverso specifiche "corsie preferenziali".

In tempi più recenti, è cresciuta la sensibilità della magistratura inquirente rispetto ai criteri di organizzazione del lavoro fondati sull'applicazione di linee guida ispirate ad una concezione realistica dell'azione penale⁹ e, questo intento, emerge chiaramente dalla cd. "circolare Maddalena" del 10 gennaio 2007, n. 50¹⁰.

Con tale provvedimento, il dirigente dell'ufficio inquirente di Torino, considerata la legge n. 241/2006 in materia di indulto, perveniva alla conclusione secondo cui "insistere nel trattare tutti e comunque i procedimenti pendenti non solo è poco realistico ma soprattutto contrario ad ogni logica e ad ogni seria previsione e considerazione in ordine ai fatti di reato consumati prima del 2 maggio 2006". Si evidenziava che la rigida applicazione del criterio cronologico nella trattazione dei fascicoli avrebbe comportato non solo la prescrizione dei fatti consumati in epoca antecedente alla legge applicativa sull'indulto, ma altresì la prescrizione dei reati consumati in epoca successiva.

Pertanto, l'autore della circolare elencava una serie di reati rientranti nella previsione di accantonamento e prevedeva una serie di eccezioni basate: sull'attuale o pregressa applicazione di misure cautelari/coercitive personali, sulla contestazione della recidiva aggravata, sulla sussistenza di un concreto interesse della persona offesa alla trattazione del procedimento, sulla richiesta avanzata dalle parti processuali.

In seguito a questa circolare, ci furono numerose polemiche dai toni assai aspri, che resero necessario l'intervento del Consiglio Superiore della Magistratura, il quale chiarì l'importanza del potere-dovere del buon dirigente di individuare criteri di

⁹ Così definita da A. ROSSI, *Per una concezione realistica dell'obbligatorietà dell'azione penale*, in *Quest. giust.*, 1997, p. 309. V. anche M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2658.

¹⁰ Dal nome dell'estensore, all'epoca Procuratore della Repubblica di Torino. Il documento è pubblicato in *Quest. giust.*, 2007, p. 617.

priorità nella trattazione degli affari: essi devono intendersi non come criteri di rinunce ad agire, bensì come principi di buona organizzazione del lavoro¹¹.

Da un'analisi comparata delle circolari Zagrebelsky e Maddalena, emerge come la circolare del 2007, a differenza di quella del 1990, contiene una selezione rivolta al passato: all'accantonamento dei fascicoli relativi a processi già pendenti. In entrambe si presuppone una certa discrezionalità del pubblico ministero, ma è nella circolare Zagrebelsky che questa assume il massimo grado di espansione: per tale motivo quest'ultima appare il vero prototipo dei criteri di priorità¹².

3.3 L'impianto normativo dei criteri di priorità: la riforma sul giudice unico

Sotto il profilo normativo, il tema dei criteri di priorità, venne affrontato per la prima volta con l'art. 227 del d.lgs. n. 51 del 1998, istitutivo del giudice unico di primo grado. Con tale disposizione il legislatore, al fine di assicurare la rapida definizione dei procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del decreto, disponeva in via transitoria di tener conto di tre fattori, indipendentemente dalla data delle iscrizioni delle *notitiae criminis*: gravità e concreta offensività del reato, pregiudizio che poteva derivare dal ritardo per la formazione della prova e per l'accertamenti dei fatti e interesse della persona offesa.

Inoltre, al fine di aumentare la trasparenza dei criteri adottati negli uffici di procura e superare il rischio di scelte arbitrarie¹³, prevedeva l'obbligo per gli uffici, di comunicare tempestivamente al C.S.M. i criteri di priorità ai quali avrebbero dovuto attenersi per la trattazione dei procedimenti e per la fissazione delle udienze.

In questo caso le priorità risultavano particolarmente vaghe ed eterogenee, prive di qualsiasi attitudine realmente orientativa, così da determinare gli esiti più disparati da un ufficio giudiziario all'altro.

¹¹ 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*.

¹² R.E. KOSTORIS, *Per un'obbligatorietà temperata dell'azione penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 875 ss.

¹³ Cfr. VALENTINI, *L'obbligatorietà dell'azione penale tra criteri di priorità e garanzia di uguaglianza*, in *Processo penale e costituzione*, a cura di Dinacci, Milano, 2010, p. 127 ss.

Tuttavia, la norma si prefigurava non solo l'obiettivo di introdurre un meccanismo acceleratorio allo scopo di deflazionare il carico di lavoro, ma offriva al legislatore una chance di predeterminazione dei criteri di priorità nella trattazione dei procedimenti, al fine di guidare le scelte operative dei capi degli uffici secondo una logica in grado di sopravvivere alle lacune del sistema.

Risultava, così, difficile pensare a criteri di priorità davvero idonei ad eliminare la discrezionalità delle valutazioni del pubblico ministero nella conduzione delle indagini e nella verifica della sussistenza dei presupposti dell'azione.

In compenso, la loro adozione avrebbe legittimato l'abbandono dei procedimenti non prioritari, rispetto ai quali gli strumenti reattivi e di controllo, che oggi assicurano l'applicazione del principio costituzionale, avrebbero comportato l'inoperatività o sarebbero stati comunque fortemente depotenziati.

In ultimo, una volta stabiliti i criteri di priorità occorre intervenire sul versante processuale al fine di stabilire le conseguenze in caso di mancato rispetto degli stessi.

È facile obiettare che, di fronte a tanta vaghezza ed incertezza, risulta difficile elaborare una norma concretamente praticabile in caso di improcedibilità¹⁴.

3.4 I criteri di priorità nella formazione dei ruoli di udienza: il “decreto sicurezza” e le modifiche all'art. 132 *bis* disp. att. c.p.p.

Un ulteriore passaggio normativo in tema di criteri di priorità si è registrato nel 2000, con l'introduzione dell'art. 132 *bis* disp. att. c.p.p. ad opera del d.l. 341/2000 del 24 novembre, convertito con legge 4/2001 del 19 gennaio.

La disposizione, nella sua originaria formulazione, assicurava nella formazione dei ruoli di udienza, priorità assoluta ai procedimenti che presentavano ragioni di urgenza con riguardo allo scadere dei termini di custodia cautelare.

¹⁴ M. CERESA-GASTALDO, *Dall'obbligatorietà dell'azione penale alla selezione politica dei processi*, in *Diritto penale contemporaneo*, 22 dicembre 2011, p. 26.

L'aspetto più significativo consiste nel fatto che l'art. 132 *bis* disp. att. c.p.p., a differenza dell'art. 227 d.lgs. 51 del 1998, ha tracciato una corsia preferenziale non transitoria, ma permanente.

Al contrario, però, il disposto di cui all'art. 132 *bis* disp. att. c.p.p. non ha come destinatari i dirigenti degli uffici del pubblico ministero, spiegando la sua efficacia nella sola fase processuale in senso stretto, escludendo dunque quella precedente delle indagini preliminari. Per questo motivo, la norma pone meno problemi di compatibilità con l'art. 112 Cost., visto che il criterio cronologico viene disatteso solo dopo l'esercizio dell'azione penale e in questa sede riveste un interesse limitato¹⁵.

La questione venne nuovamente affrontata nel 2008, con il d.l. n. 92 (detto anche "decreto sicurezza"), convertito con legge n. 125/2008, che riformulava l'art. 132 *bis* disp. att. c.p.p., introducendo indicazioni vincolanti per gli uffici giudicanti in tema di formazione dei ruoli di udienza e trattazione dei processi, con attribuzione di priorità assoluta a talune tipologie di reato connotate da speciale gravità.

In particolare, viene stabilito un catalogo analitico dei processi a trattazione prioritaria, in quanto l'art. 2 *bis* della l. 125/2008, introduce tre grandi categorie di reati a cui occorre dare "precedenza assoluta".

La prima categoria riguarda determinati reati individuati in base al *titulus*: si tratta di delitti di associazione per delinquere o di associazione mafiosa, delitti in tema di prevenzione degli infortuni in materia di igiene e di infortuni sul lavoro, nonché reati commessi in materia di circolazione stradale e di immigrazione.

La seconda categoria riguarda i reati individuati in base al *quantum* della pena, ove questa non sia edittalmente inferiore nel massimo a quattro anni.

Infine, il terzo gruppo di processi a trattazione prioritaria è individuato da criteri eminentemente processuali: si è sancita la priorità dei processi a carico di imputati detenuti o sottoposti ad arresto o fermo di indiziato delitto, ovvero a misura cautelare personale.

In linea di massima i processi che risulteranno sempre non prioritari saranno quelli relativi a reati contravvenzionali.

¹⁵ D. VICOLI, *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost.: un tentativo di razionalizzazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, fasc. 1, p. 262.

Al fine di assicurare un'effettiva applicazione della disposizione in esame, l'art. 2 *ter* della l. 125/2008, attribuisce ai singoli dirigenti degli uffici la competenza a rinviare la trattazione dei processi per reati commessi fino al 2 maggio 2006 in ordine ai quali ricorrono le condizioni per l'applicazione dell'indulto¹⁶.

Si tratta di una norma servente che prevede un accantonamento sulla base di alcuni indici, quali: la gravità del reato, la sua concreta offensività, il rischio di dispersione della prova e l'interesse della persona offesa. In presenza di tali condizioni, la disposizione consente il rinvio del procedimento fino a diciotto mesi, con relativa sospensione della prescrizione, a meno che l'imputato non si opponga o il dibattimento non sia stato già dichiarato chiuso.

3.4.1 Valutazione delle priorità

A norma del nuovo art. 132 *bis* disp. att. c.p.p. spetta ai dirigenti degli uffici adottare i provvedimenti organizzativi necessari ad assicurare le priorità.

In alcuni casi, gli stessi dirigenti saranno chiamati a valutare concretamente la riconducibilità di un dato procedimento nel novero di quelli prioritari, chiedendo agli uffici di esteriorizzare i dati rilevanti ed esaminando i relativi fascicoli.

In linea generale, però, i dirigenti degli uffici si limitano alla predeterminazione astratta delle modalità attraverso cui creare nei ruoli di udienza le opportune corsie preferenziali; spetta invece ai singoli magistrati o collegi giudicanti valutare la tipologia di processo.

Nella formazione dei ruoli di udienza, prima di stabilire le corsie preferenziali, sarà necessario procedere al rinvio dei processi condonabili, ad opera del magistrato giudicante al momento della prima udienza già fissata. Così facendo, operando gli opportuni rinvii, dovrebbe aprirsi un maggiore spazio per i procedimenti prioritari, sulla base di scelte singolari operate dai singoli Tribunali.

Ad esempio, il Tribunale di Genova e la Corte d'appello di Reggio Calabria confidano nella possibilità che il rinvio apra spazio sufficiente per la trattazione dei procedimenti prioritari e ordinari, chiedendo ai singoli magistrati di elaborare un'idonea programmazione. Diversamente, il Tribunale di Torino, ha indicato dei

¹⁶ Ai sensi della legge 31 luglio 2006, n. 241.

termini massimi: sette mesi per le prime udienze e trenta/quaranta giorni per operare i rinvii.

In conclusione, occorre domandarsi se le priorità individuate dall'art. 132 *bis* disp. att. c.p.p. debbano essere considerate tassative. Originariamente il testo prevedeva l'assegnazione ai casi di "precedenza assoluta", in seguito si è optato per la formula della "priorità assoluta". La differenza linguistica delle due formule non risolve, però, il problema del rischio di prescrizione per alcune tipologie di reati, come conseguenza dell'applicazione di questi criteri.

A tal proposito, visto il rischio di prescrizione, sono stati sollevati dubbi di compatibilità con il principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Secondo parte della dottrina¹⁷, l'obbligatorietà dell'azione penale sarebbe pregiudicata soltanto dalla lentezza della macchina giudiziaria, non di certo dai criteri di priorità¹⁸.

3.4.2 Le priorità nella trattazione dei processi

Analizzando le priorità individuate dall'art. 132 *bis* disp. att. c.p.p., emergono indici di natura sostanziale, preventiva e processuale.

Il criterio di natura sostanziale si ricollega alla gravità oggettiva del reato e al contingente di allarme sociale di alcune fattispecie, molti, infatti, ritengono che debba essere il Parlamento o il C.S.M. ad elaborare, periodicamente, i criteri di priorità sulla base di emergenze che di volta in volta si dovessero presentare. Questo indirizzo apre però la strada a delle critiche, visto che la razionalità del processo penale finirebbe per diventare uno strumento per attuare indirizzi politici in tema di sicurezza¹⁹.

Il criterio sostanziale fondato sulla gravità del reato porta con sé valutazioni di natura differente: stabilire la trattazione prioritaria di processi identificati per titolo

¹⁷ A. CAPONE, *I criteri di priorità nella formazione dei ruoli di udienza*, *Studium iuris*, 2009, p. 1208.

¹⁸ Cfr., ZAGREBELSKY, *Stabilire le priorità nell'esercizio obbligatorio dell'azione penale*, in *Il pubblico ministero oggi*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 105.

¹⁹ D. PULITANO', *Tensioni vecchi e nuove sul sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1078.

del reato e pena edittale, finisce per risolversi oggettivamente in una sorta di promessa di impunità²⁰.

Diversamente, i criteri che fanno riferimento a concrete vicende processuali dovrebbero scongiurare il rischio di impunità per i reati minori, in quanto, la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza o di prove evidenti, che figurano indirettamente quali criteri di priorità, costituisce il risultato dell'attività di indagine che dovrà essere tempestivamente avviata.

In conclusione, dopo aver esaminato i criteri indicati nell'art. 132 *bis* disp. att. c.p.p., è agevole comprendere che la riforma in questione si ricollega costituzionalmente al principio di legalità.

L'introduzione dei criteri di priorità, seppure limita le ulteriori conseguenze negative connesse ad una situazione patologica della macchina giudiziaria, non basta però per rimuoverne le cause o gli effetti. Resta ferma perciò la necessità di interventi sul piano organizzativo, amministrativo, sostanziale e processuale di ben altro spessore, al fine di evitare che i processi non prioritari siano più lenti dei tempi di prescrizione.

3.5 L'adozione dei criteri di priorità: qual è l'organo eventualmente competente?

Il tema delle priorità, in base alle quali perseguire i vari fenomeni di rilevanza penale ed utilizzare le risorse umane e materiali, affonda le proprie radici nel terreno della politica criminale, portando alla luce il problema della legittimazione democratica di chi è chiamato ad effettuare tali scelte.

Nella prospettiva del legislatore costituente, l'introduzione dei criteri di priorità ha condotto all'alterazione del fisiologico rapporto tra la politica criminale, della quale è principale responsabile il Parlamento, e quella giudiziaria, attuata dagli organi d'accusa²¹.

²⁰ R. BRICCHETTI- L. PISTORELLI, *Una corsia preferenziale per la trattazione*, in *Guida al diritto*, 2008, n. 32, p. 103.

²¹ Sulla distinzione tra politica criminale e politica giudiziaria e sulla individuazione dei rispettivi ambiti cfr. L. PEPINO, *Il pubblico ministero: magistrato, funzionario o superpoliziotto?* In *Quest. giust.*, 1997, p. 543 ss., che riconduce alla prima le scelte di priorità.

In questo scenario l'azione penale è stata la componente che è venuta ad assumere un peso ed un ruolo centrale con il rischio di attribuire le scelte di politica criminale agli orientamenti personali dei singoli pubblici ministeri, vale a dire a soggetti irresponsabili sul piano politico.

L'esigenza di conferire legittimazione democratica alle scelte del pubblico ministero diventa imprescindibile quando si vuole elaborare una scala di priorità dei reati da perseguire.

Infatti, per quanto possa ispirarsi a criteri oggettivi e determinati, un sistema di "precedenze" in ordine allo svolgimento delle indagini preliminari comporta che tra le diverse figure di reato venga fissata una gerarchia sotto il profilo dei tempi del procedere e, quindi, che vengano compiute precise valutazioni di politica criminale. A tal proposito, si pone il problema di individuare il soggetto istituzionale che, in quanto munito della necessaria rappresentatività democratica, possa considerarsi legittimato a stabilire l'indirizzo generale dei programmi d'azione che gli uffici requirenti dovranno seguire.

Inoltre, l'obiettivo di ricondurre la logica dei criteri di priorità a *guidelines* impartite da organi rappresentativi della comunità non può tradursi in forme di collegamento che comportino interferenze esterne, non consentite dall'art. 112 Cost., nell'operato del pubblico ministero.

Pertanto, filo conduttore di un eventuale assetto deve essere la ricerca di uno schema che assicuri la legittimazione democratica delle scelte compiute dal pubblico ministero e, al tempo stesso, salvaguardi l'indipendenza esterna di quest'ultimo.

Dal complesso delle norme costituzionali emerge che il C.S.M., quale organo di autogoverno destinato ad incidere sull'azione degli organi giudiziari, non sia abilitato all'individuazione dei criteri di priorità, in quanto si tratterebbe di una scelta di politica criminale²².

Alla luce della riserva di legge contenuta nell'art. 108 Cost.,²³ si potrebbe contestare l'attribuzione al C.S.M. di una potestà normativa in tema di politica criminale, trattandosi di materia che esorbita dalle sue competenze.

²² Cfr., N. ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996.

²³ Il primo comma dell'art. 108 Cost., stabilisce che "le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni magistratura sono stabilite dalla legge".

In ordine, invece, all'attribuzione di tali scelte ai dirigenti delle varie Procure, non si può non considerare come una tale opzione legittimerebbe un trattamento differenziato tra i cittadini a seconda del circondario del Tribunale al cui interno fosse commesso il fatto, con conseguente violazione del principio di eguaglianza. L'organo più indicato al quale affidare un compito di questo genere sarebbe senz'altro il Parlamento, proprio perché l'unico competente ad effettuare una scelta di natura politica, e d'altra parte, in grado di assicurare il rispetto del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. almeno sotto il profilo della parità di trattamento su tutto il territorio della Repubblica e sempre che non si scelga di individuare criteri differenti sulla base delle diverse esigenze presenti nei vari distretti di Corte d'Appello.

Dal momento in cui si stabilisce che il Parlamento è l'organo in grado di dettare *guidelines* agli uffici requirenti, il rapporto tra magistratura e quest'ultimo, essendo di tipo astratto, potrà esprimersi solo attraverso lo strumento della legge, che dovrà possedere i requisiti di generalità e astrattezza.

Una volta esclusa la possibilità per il Parlamento di impartire direttive agli uffici del pubblico ministero mediante atti diversi dalla legge, si apre un ulteriore problema: è necessario chiedersi, infatti, se sia concepibile un provvedimento legislativo di indirizzo in materia di politica criminale, il quale vada a sovrapporsi al tessuto normativo, sostanziale e processuale, già esistente.

Un provvedimento di indirizzo che prescriverebbe agli uffici giudiziari di seguire determinate linee di azione, stabilendo criteri di priorità nell'avvio delle indagini, contrasterebbe con l'art. 25 Cost., in quanto, sarebbe troppo palese l'antinomia tra l'ampiezza della legislazione penale e una serie di direttive, provenienti dallo stesso Parlamento, volte a rimodellare l'area dei fatti da perseguire²⁴.

Al contrario, il percorso da intraprendere per fissare gli indirizzi di politica criminale sarebbe quello di intervenire sul sistema normativo vigente, in modo da modificarlo e aggiornarlo.

D'altra parte, lo strumento della legge consentirebbe almeno un controllo della Corte costituzionale sulla ragionevolezza delle scelte operate in tema di politica

²⁴ D. VICOLI, *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost.: un tentativo di razionalizzazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, fasc. 2, p. 288.

criminale e ciò dovrebbe servire, pur nel rispetto della discrezionalità del legislatore, quanto meno ad evitare opzioni del tutto incoerenti rispetto alle previsioni del codice e delle altre leggi penali relative al disvalore del fatto di reato e, di conseguenza, ai minimi e massimi edittali di pena individuati.

3.6 Profili di compatibilità con l'art. 112 Cost.

Le soluzioni prospettate per porre termine alle croniche lentezze della giustizia penale e, in particolare, la logica dei criteri di priorità, evocano l'art. 112 Cost., ponendo il problema della possibile tensione tra gli strumenti selettivi delle notizie di reato e l'obbligo costituzionalmente imposto al pubblico ministero di esercitare l'azione penale.

Il principio di obbligatorietà se da un lato non sbarrava la strada a valutazioni discrezionali del pubblico ministero circa la conduzione delle indagini, dall'altro impone che esse siano vincolate a parametri oggettivi.

Di conseguenza, i criteri di priorità individuati, dovranno rispondere non solo ai requisiti di generalità e astrattezza ma dovranno anche essere ragionevoli e caratterizzati da razionalità sistematica.

Fatte queste premesse e concentrando l'attenzione sulla disposizione costituzionale, emerge come la rigidità del principio di obbligatorietà dell'azione penale sia solo apparente: esso non impone che ad ogni notizia di reato faccia necessariamente seguito un processo²⁵, ma solo che i criteri che orientano il pubblico ministero nella scelta tra azione ed inerzia operino in maniera uguale per tutti, e quindi siano specificamente predeterminati per legge, oggettivi e tassativi, così da non presentarsi ad uso arbitrario e discrezionale²⁶.

La norma si limita a vietare che ai pubblici ministeri sia affidato un potere ispirato da logiche di politica criminale o politica tout court, volto a selezionare i casi da mandare a processo.

²⁵ F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, Jovene, 1994, p. 330.

²⁶ C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 178 ss.

L'art. 112 Cost. può tollerare forme di discrezionalità tecnica²⁷, fondate su parametri definiti con precisione con legge ordinaria e ricollegabili a dati obiettivamente valutabili, il cui concreto operare sia prevedibile *ex ante* e controllabile *ex post*.

A queste condizioni, si escludono profili di contrasto con l'art. 112 Cost., argomentando che le conseguenze derivanti dalla precedenza assegnata a talune *notitiae criminis* in ordine allo svolgimento delle indagini “non derivano dai criteri di priorità seguiti, ma dall’oggettiva impossibilità di trattazione - da parte dell’ufficio- di tutte le notizie di reato. Un’impossibilità che permane, qualunque sia il criterio di priorità adottato”.²⁸

Tali osservazioni poggiano sulla constatazione dell’attuale insufficienza delle risorse materiali e umane di cui gli uffici requirenti dispongono, così che, occuparsi in via prioritaria di determinate notizie di reato significhi, di riflesso, trascurare le altre.

L’attitudine genetica dei criteri di priorità non è di tipo selettivo; non si tratta di uno strumento funzionale ad esonerare per alcune ipotesi di reato il pubblico ministero dall’obbligo di attivarsi, in quanto, l’eventuale accontamento di alcune *notitiae criminis* è un effetto indotto dell’incolmabile divario tra il numero dei procedimenti, da una parte, e l’entità dei mezzi disponibili, dall’altra.

In conclusione, si può ritenere che i criteri di priorità incidono in misura circoscritta sull’art.112 Cost., comportando deviazioni in ordine ai tempi dell’agire del pubblico ministero rispetto alle indicazioni cronologiche delle notizie di reato.

²⁷ Cfr., M. CHIAVARIO, *Ancora sull’azione penale obbligatoria: il principio e la realtà*, in *L’azione penale tra diritto e politica*, Padova, Cedam, 1997, p. 117 ss; R.E. KOSTORIS, *Criteri di selezione e moduli deflattivi nelle prospettive di riforma*, in AA.VV., *Il giudice unico nel processo penale*, Milano, Giuffré, 2001, p. 69.

²⁸ V. ZAGREBELSKY, *Stabilire le priorità nell’esercizio obbligatorio dell’azione penale*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi (Atti del convegno di studi “Enrico de Nicola”, Saint Vincent 3-4 giugno 1993)*, Milano, 1994, p. 105.

3.7 Le indicazioni del C.S.M. in tema di priorità

Nel corso del tempo il C.S.M. ha ripetutamente focalizzato la propria attenzione sulle tematiche connesse all'organizzazione del lavoro e, in particolare, all'adozione di parametri orientativi nella tempistica di definizione dei procedimenti penali, al fine di assicurare la buona amministrazione e l'uniformità dell'esercizio dell'azione penale.

In particolare, a seguito della riforma del giudice unico (d.lgs. n. 51 del 1998), si consolidava nuovamente l'indirizzo del C.S.M. secondo cui, i criteri di priorità fossero compatibili con il principio di obbligatorietà dell'azione penale e rappresentassero una "leva" per assicurare eguaglianza di trattamento e buon andamento degli uffici requirenti e giudicanti.

Tale orientamento trovava conferma già in epoca risalente: nel 1977 il C.S.M., pur in assenza di specifici dati normativi in materia, auspicava una programmazione nello svolgimento del lavoro penale in modo da consentire in primo luogo la trattazione dei processi più gravi.²⁹

In tempi più recenti, precisamente con delibera del 9 novembre 2006, il C.S.M. collocava i criteri di priorità sul piano dell'organizzazione dell'attività giudiziaria e non già sul diverso piano della selezione finalistica della *notitae criminis* o dei procedimenti. Sul punto, si legge: "i dirigenti degli uffici (giudicanti e requirenti) possono e devono adottare iniziative e provvedimenti idonei a razionalizzare la trattazione degli affari e l'impiego delle risorse disponibili. Addivenire a scelte organizzative razionali, nel rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale e di soggezione di ogni magistrato solo alla legge risponde ai principi consacrati dall'art. 97 primo comma Cost., riferibile anche all'amministrazione della giustizia, che richiama i valori del buon andamento e della imparzialità dell'amministrazione con riferimento alle scelte che gli uffici adottano nelle loro unità. Tali scelte dimostrano la capacità e volontà dei dirigenti degli uffici di non rassegnarsi ad una giurisdizione che produce disservizio assumendosi la responsabilità di formulare progetti di organizzazione che sulla base dell'elevato numero degli affari da trattare e preso atto delle risorse umane e materiali

²⁹ Notiziario C.S.M. 31 luglio 1977, n. 11, p.5.

disponibili, esplicitino le scelte di intervento adottate per pervenire a risultati possibili e realizzabili”.³⁰

Successivamente, con specifico riferimento alla “circolare Maddalena” del 10 gennaio 2007, il C.S.M. intervenne al fine di precisare i confini entro i quali alcune soluzioni lessicali contenute nel citato provvedimento organizzativo potevano ritenersi conformi al dettato costituzionale. In particolare il C.S.M. evidenziava:

- che il termine “*accantonamento*” era equivoco, potendo essere interpretato come correttivo del principio di obbligatorietà dell’azione penale; esso pertanto doveva essere inteso quale differimento della trattazione “in attesa di tempi migliori”, e dunque, in chiave transitoria;
- che il riferimento alle “*archiviazioni generose*” non poteva tradursi nella rinuncia all’azione penale per ragioni di opportunità, ma poteva essere condiviso solo quale richiamo all’obbligo di procedere ad una rigorosa valutazione della sostenibilità dell’accusa in giudizio.³¹

Recentemente, con l’introduzione del “decreto sicurezza” (d.l. 92/2008), modificativo dell’art. 132 *bis* disp. att. c.p.p., il C.S.M., con delibera del 13 novembre 2008, ha evidenziato che la nuova norma evocava lo schema già adottato dal legislatore con la riforma del giudice unico e stabiliva la necessità di mitigare la discrezionalità del pubblico ministero nei tempi di fissazione e trattazione dei processi. Inoltre, precisava che l’elencazione normativa di cui all’art. 132 *bis* disp. att. c.p.p. non esauriva le aree di priorità, suscettibili di ampliamento alla luce del prudente apprezzamento del giudice ed auspicava un’opportuna e concreta collaborazione con le Procure della Repubblica in ragione delle implicazioni che la selezione di priorità avrebbe comportato sul principio costituzionale dell’obbligatorietà dell’azione penale e sul suo corretto, puntuale ed uniforme esercizio.

Le tematiche in esame vennero poi riprese dal C.S.M. con la risoluzione del 21 luglio 2009, avente ad oggetto “*l’organizzazione degli uffici del pubblico*

³⁰ L. RUSSO, *I criteri di priorità nella trattazione degli affari penali: confini applicativi ed esercizio dei poteri di vigilanza*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 novembre 2016, p. 8.

³¹ Delibera del 15 maggio 2007, adottata nel corso di una seduta straordinaria del *plenum* del Consiglio.

ministero”. Con tale documento, l’organo di autogoverno individuava tre obiettivi fondamentali, rientranti nella responsabilità dei dirigenti degli uffici:

- ragionevole durata del processo;
- corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell’azione penale nel rispetto delle norme sul giusto processo;
- efficienza nell’impegno della polizia giudiziaria, nell’uso delle risorse tecnologiche e nella utilizzazione delle risorse finanziarie.

Proseguendo nella disamina delle indicazioni provenienti dal C.S.M. occorre ricordare la delibera del 9 luglio 2014, con la quale l’organo di autogoverno si è espresso in materia di prescrizione, affermando che tale rischio non costituisce automaticamente ragione di trattazione prioritaria rispetto ad altri procedimenti e, non esclude la possibilità di individuare procedimenti ulteriori rispetto a quelli prioritari *ex lege* da inserire nel catalogo delle urgenze ai fini della formazione dei ruoli di udienza, attribuendo la responsabilità ai dirigenti degli uffici di elaborare atti di indirizzo per l’individuazione delle ulteriori priorità.

In ultimo, in materia di criteri di priorità, di gestione dei flussi di affari e di rapporti tra uffici giudicanti e requirenti, il C.S.M. è stato investito di una questione riguardante l’ammissibilità della prassi dei Tribunali di lasciare inevase per lungo tempo le richieste di fissazione di udienza inoltrate dagli uffici inquirenti ai fini dell’esercizio dell’azione penale nei reati a citazione diretta; prassi che produceva ripercussioni sulla valutazione delle pendenze dell’ufficio e della laboriosità dei magistrati, risultando formalmente pendenti procedimenti in realtà già definiti.

Sul punto il C.S.M. affermava che la fissazione della data di udienza da parte dei Tribunali costituisce attività dovuta che non può essere differita oltre un ragionevole periodo.

Di contro, però, precisava che *“la indiscriminata e indistinta richiesta di fissazione di udienza per i reati a citazione diretta, nella consapevolezza della difficoltà del Tribunale e di una sostanziale impossibilità di tempestiva definizione nel termine prescrizione, manifesterebbe una significativa criticità organizzativa dell’ufficio requirente sia in tema di individuazione delle priorità, sia in vista della vanificazione del concreto esercizio dell’azione penale”*.

In tale prospettiva, il C.S.M. auspicava intese tra i dirigenti degli uffici al fine di limitare la trasmissione delle richieste di fissazione delle udienze monocratiche da parte dell'ufficio inquirente.

Da ultimo, per quanto attiene al procedimento di formazione dei provvedimenti in tema di priorità, il C.S.M. ribadiva che essi potevano essere inseriti in programmi tipici, come le tabelle, o in provvedimenti atipici *ad hoc*, auspicando la più ampia partecipazione all'elaborazione di tali criteri, mediante varie tecniche, quali: il coinvolgimento dei magistrati dell'ufficio, la richiesta di parere al consiglio giudiziario anche per i provvedimenti non aventi forma tabellare, nonché la trasmissione finale al C.S.M..

3.8 Osservazioni conclusive

In conclusione, dopo aver esaminato il lungo dibattito sui criteri di priorità negli uffici requirenti e giudicanti italiani, possiamo affermare che l'azione penale obbligatoria subisce delle attenuazioni in vista dei moduli organizzativi nella definizione degli affari penali.

Tali soluzioni, se da un lato possono evidenziare una possibile tensione con il principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale, dall'altro lato sembrano supportate da principi di pari grado nella gerarchia delle fonti, tra cui quello di ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.) e di buona amministrazione (art. 97 Cost.).

Per il futuro si auspica una riforma di ampio respiro, volta al ripensamento del principio di obbligatorietà dell'azione penale, capace anche di tener conto delle esperienze degli altri Paesi di tradizione democratica³².

Qualsiasi intervento in materia di criteri di priorità dovrebbe, infatti, coniugare l'esigenza di salvaguardare l'indipendenza della magistratura con la necessità di evitare possibili differenze territoriali nel modo di concepire ed esercitare l'azione penale, garantendo in tal modo l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.

³² Cfr., DI FEDERICO, *L'indipendenza e responsabilità del pubblico ministero italiano in prospettiva comparata*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2009.

Una riforma in tal senso porta con sé un notevole rischio: quello di fornire alla politica lo strumento per creare delle zone franche, che la maggioranza di turno potrebbe facilmente occupare, cedendo alla tentazione di inibire l'esercizio dell'azione penale per determinate categorie di reati, sulla scorta di condizionamenti partitici.

Tuttavia, la consapevolezza di tale rischio non può giustificare soluzioni statiche, di rinuncia all'adozione di misure di razionalizzazione nell'organizzazione dell'attività giudiziaria, nella vana attesa di un'eliminazione dei fattori ostativi al puntuale e concreto esercizio della giurisdizione.

CAPITOLO IV

LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEI MAGISTRATI

4.1 Dal caso Tortora alla Legge Vassalli

La questione sulla responsabilità civile dei magistrati fu sollevata a seguito del caso Tortora del 1987 che oggi, a distanza di trent'anni, suscita ancora polemiche nell'opinione pubblica.

Enzo Tortora era un noto presentatore televisivo quando, il 17 giugno del 1983, venne svegliato nel cuore della notte dai Carabinieri di Roma e arrestato per traffico di stupefacenti e associazione di stampo camorristico.

Le accuse si basavano sulle dichiarazioni dei pregiudicati Giovanni Pandico, Giovanni Melluso e soprattutto, Pasquale Barra, uomo di punta del clan di Raffaele Cutolo; inoltre, altri otto imputati nel processo alla cosiddetta Nuova Camorra Organizzata, tra cui il pluriomicida Michelangelo D'Agostino, accusarono Tortora. A queste accuse si aggiunsero quelle, rivelatesi in seguito false, del pittore Giuseppe Margutti, già pregiudicato per truffa e calunnia, e di sua moglie Rosalba Castellini, i quali dichiararono di aver visto Tortora spacciare droga. Si contarono così tredici false testimonianze e, in totale, i pentiti che accusarono Tortora assommarono a diciannove.

Tortora venne condannato in primo grado a dieci anni e sei mesi di carcere per associazione a delinquere e spaccio di cocaina; dopo sette mesi di carcere e arresti domiciliari fu assolto dalla Corte d'appello di Napoli e il caso si chiuse il 17 marzo 1988 con l'assoluzione definitiva della Corte di Cassazione.

Il 13 giugno 1987, a quattro anni dal suo arresto, una trasmissione di Giuliano Ferrara, *Il Testimone* del 1988, documentò per la prima volta la vicenda giudiziaria di Tortora, chiarendo l'infondatezza degli indizi che indussero gli inquirenti al suo arresto. Tortora tenne in questa trasmissione il suo ultimo intervento pubblico, in collegamento telefonico dal letto d'ospedale dove era ricoverato. Il 18 maggio 1988 morì stroncato da un tumore.

Il caso Tortora portò al referendum del 1987 sulla responsabilità civile dei magistrati, confermato dall'80,2% dei votanti che si espresse per l'abrogazione

degli articoli 55, 56 e 74 del codice di procedura civile, che escludevano la responsabilità.

Subito dopo il Parlamento approvò la legge n. 117 del 13 aprile 1988, nota come “legge Vassalli”, avente ad oggetto il “*Risarcimento dei danni cagionati nell’esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati*”. Per la responsabilità di eventuali errori del magistrato, rispondeva lo Stato, che successivamente poteva rivalersi in ragione di un terzo di annualità dello stipendio. La legge Vassalli conteneva anche il divieto di applicazione retroattiva.

Nello stesso aprile del 1988 Tortora agì dunque per il risarcimento, nella singolare condizione legale per cui, mentre non era ancora in vigore la legge Vassalli, il referendum aveva abrogato le norme previgenti, pertanto poté fare causa ai magistrati come se fossero stati normali cittadini, senza il filtro di valutazione della fondatezza delle pretese che normalmente avrebbe operato a tutela dei magistrati.

Al fine di ottenere il risarcimento ai sensi della l. 117/1988, la causa civile si aprì nel successivo mese di giugno, un mese dopo l’intervenuta morte del presentatore, vertendo su ipotesi di *inescusabili negligenze e volontà consapevole di compiere gravi omissioni, indebite sollecitazioni nei riguardi di pentiti e occultamento e inquinamento di elementi di prova*. Solo quattro dei sei magistrati citati si costituirono in giudizio, richiedendo la trasmissione degli atti alla Procura di Roma per la denuncia dei legali degli eredi di Tortora per il reato di calunnia. Il Tribunale di Roma rinviò il caso alla Corte costituzionale, la quale, con sentenza n. 468/90, affermò che l’articolo della legge Vassalli riguardante l’irretroattività era incostituzionale nella parte in cui, facendo mancare il filtro dell’ammissibilità, violava il principio di indipendenza e autonomia della magistratura.

Oggi, trent’anni dopo questa triste vicenda, sono giunte le scuse di Diego Marmo, il p.m. che accusò Tortora. Oltre alle ammissioni di Marmo, in realtà, sarebbero state necessarie le scuse dei suoi colleghi che, all’epoca, si sbagliarono condannando un innocente.

Alla luce di questa vicenda, attualmente, si è preso atto che gli errori giudiziari sono talmente tanti che lo Stato ha speso già oltre 600 milioni di euro per ripararne una minima parte. In un dossier di www.errorigiudiziari.com, nel 2014, si calcolava che, dal 1989, anno dell’entrata in vigore del codice di procedura penale Vassalli,

a tutto il 2013, 50 mila persone erano state vittime della cosiddetta mala giustizia. Praticamente 2 mila ogni anno.

4.2 Le novità normative in tema di responsabilità civile: aspetti sostanziali e aspetti procedurali

Di fronte ai risultati prodotti dalla legge Vassalli, giudicati da più parti non rispondenti agli obiettivi originari posti con l'esito referendario, sono stati presentati nel tempo svariati disegni di legge, volti ad introdurre modifiche sia sotto il piano sostanziale che sotto quello procedurale, al fine di contemperare, da un lato, l'esigenza di una reale applicabilità della responsabilità civile dei magistrati e, dall'altro, di non comprometterne i principi di autonomia e indipendenza.

I vari disegni di legge si sono mossi sostanzialmente nell'ottica di:

- introdurre forme dirette di responsabilità del magistrato almeno in caso di dolo;
- operare una semplificazione del procedimento per la responsabilità in caso di colpa grave al fine di una maggiore garanzia di terzietà dell'organo giudicante con la previsione di una composizione mista (anche di cittadini);
- revoca del limite della posta risarcitoria.

Nel difficile dibattito sul tema si è incisivamente inserita anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea, che si è pronunciata in più occasioni (causa C-224/01 "Klober"¹; causa C-173/03 "Traghetti del Mediterraneo Spa"², conclusa con sentenza del 13.6.2006) riguardo alla mancata rispondenza della legge Vassalli alle norme del diritto comunitario, soprattutto in merito all'esclusione della responsabilità del magistrato nei casi di interpretazione di norme di diritto o nella valutazione di fatti e prove e all'imposizione di requisiti poco rigorosi nei confronti della violazione manifesta del diritto vigente.

¹ La sentenza Klober afferma in termini generali la configurabilità della responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario posta in essere da una decisione di un'autorità giudiziaria di ultima istanza a condizione che la responsabilità, ai fini del diritto dell'UE, è dello Stato e non necessariamente del singolo giudice, a salvaguardia dell'indipendenza di quest'ultimo.

² La pronuncia costituisce specifica attuazione dei principi sanciti dalla sentenza Klober con riferimento al sistema di responsabilità civile dei magistrati vigente in Italia, ritenuto inadeguato a garantire l'effettività del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'UE posta in essere da una decisione giudiziaria.

Ciò ha comportato, da ultimo, l'avvio da parte della CGUE di una procedura di infrazione, conclusa con una sentenza di condanna per l'Italia (Commissione c. Italia 24.11.2011) per violazione degli obblighi di adeguamento dell'ordinamento interno al principio di responsabilità degli Stati membri, di fronte alle ipotesi di violazione del diritto dell'Unione Europea da parte degli organi giurisdizionali di primi grado.

In seguito a queste pronunce si è avvertita l'esigenza di un intervento normativo che ha portato il Governo alla presentazione di una proposta di legge di riforma della disciplina vigente che costituisce il risultato di un complesso lavoro di coordinamento tra varie proposte di legge.

La legge n. 18 del 27 febbraio 2015, pubblicata sulla "Gazzetta Ufficiale" del 4 marzo 2015 n. 52, avente ad oggetto la "*Disciplina della responsabilità civile dei magistrati*" ha modificato parte delle norme già inserite nella legge 13 aprile 1988 n. 117 (legge Vassalli) "*al fine di rendere effettiva la disciplina che regola la responsabilità civile dello Stato e dei magistrati, anche alla luce dell'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea*"³.

Le novità normative derivano dalle interpolazioni della legge 18/2015 sulla disposizione originaria ed in particolare possono riassumersi in due ambiti di riferimento: novità di tipo sostanziale e novità di tipo processuale.

Con riferimento alle novità di tipo sostanziale la l. 18/2015 ha delineato in maniera più puntuale l'ambito di applicazione della cosiddetta clausola di salvaguardia, sicché è fuori dall'ambito applicativo di detta clausola il comportamento del magistrato che per dolo o colpa grave ponga in essere atti, comportamenti o provvedimenti nell'esercizio delle sue funzioni, che siano direttamente collegati ad una violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione Europea ovvero al travisamento del fatto delle prove ovvero all'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento, o alla negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente negli atti del procedimento, ovvero ancora in caso di emissione di un provvedimento cautelare personale o reale quando il magistrato agisca fuori dai casi consentiti dalle legge oppure emetta il provvedimento senza motivazione.

³ Cfr., articolo 1 legge cit. "*oggetto e finalità*".

Con la nuova legge si sono specificate categorie di colpa inescusabili svincolate da una dimensione soggettiva: il legislatore descrive, per categorie oggettive, cosa si intende per colpa inescusabile e l'originario riferimento alla negligenza inescusabile assurge a parametro necessario per valutare l'ambito dell'azione di rivalsa, di cui all'art. 7⁴ della stessa legge.

Sostanzialmente il legislatore separa nettamente il giudizio nei confronti dello Stato, che può essere attivato dal cittadino quando il suo caso appare frutto di una violazione manifesta della legge ovvero del diritto dell'Unione Europea, dal giudizio di rivalsa esercitato dallo Stato nei confronti del magistrato, che deve essere attivato dal Presidente del Consiglio dei Ministri entro 2 anni dal risarcimento, ottenuto sulla base del titolo giudiziale o di titolo stragiudiziale, nel caso di *“diniego di giustizia ovvero nei casi in cui la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione Europea ovvero il travisamento del fatto o delle prove di cui all'articolo 2, comma 2, 3 e 3 bis, sono determinati da dolo o negligenza inescusabile”*.

Tra le novità di tipo processuale, la più importante consiste nell'abolizione del filtro di ammissibilità previsto dall'articolo 5 della legge Vassalli.

Si tratta di una scelta del legislatore che non influisce in maniera sostanziale sulla disciplina laddove stabilisce che ogni giudice civile, investito del merito del procedimento, valuta l'ammissibilità dello stesso in termini di fondatezza o meglio manifesta infondatezza della domanda attorea.

Appare così, ancora più stringente, l'esigenza di elevare professionalmente la specializzazione dei magistrati civili addetti a tali tipi di giudizi, nel duplice sforzo di rendere maggiormente omogenee ed il più possibile uniformi le decisioni in

⁴ L'art. 7 della legge 13 aprile 1988, n. 117, è stato sostituito dal seguente: *“Il Presidente del Consiglio dei Ministri, entro due anni dal risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o di titolo stragiudiziale, ha l'obbligo di esercitare l'azione di rivalsa nei confronti del magistrato nel caso di diniego di giustizia, ovvero nei casi in cui la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione Europea ovvero il travisamento del fatto o delle prove, di cui all'articolo 2, commi 2,3 e 3-bis, sono stati determinati da dolo o negligenza inescusabile. In nessun caso la transazione è opponibile al magistrato nel giudizio di rivalsa o nel giudizio disciplinare.*

I giudici popolari rispondono soltanto in caso di dolo. I cittadini estranei alla magistratura che concorrono a formare o formano organi giudiziari collegiali rispondono in caso di dolo o negligenza inescusabile per travisamento del fatto o delle prove”.

punto di ammissibilità e di creare casistiche comuni, in vista di una cultura della responsabilità civile.

A tal fine saranno fondamentali per un verso le pronunce della Corte di Cassazione (e della Corte Costituzionale) che forniranno la chiave di lettura su numerosi dubbi interpretativi posti dalle nuove norme in punto di responsabilità civile dello Stato e responsabilità civile del magistrato, per altro verso le iniziative e le attività formative che gli organi preposti alla formazione dei magistrati vorranno intraprendere (C.S.M. con i residuali compiti riservati alla Scuola Superiore Della Magistratura), per fornire adeguati strumenti tecnici a tutti i giudici d'Italia facendo sì che uno stesso comportamento sia valutato in maniera identica in ogni parte dello Stato.

4.2.1 La legge 18/2015 e la sostanziale soppressione della clausola di salvaguardia

Tra le novità sostanziali di maggiore impatto introdotte con la legge n. 18/2015, oltre alla ridefinizione delle ipotesi di colpa grave, ritroviamo anche la riduzione dell'ambito di applicazione della cosiddetta clausola di salvaguardia.

Ai sensi della disciplina del 1988, l'interpretazione delle norme di diritto e la valutazione dei fatti e delle prove non potevano mai dar luogo a responsabilità del magistrato (art. 2, comma 2)⁵.

La normativa fa riferimento *strictu sensu* all'attività di valutazione delle prove, concetto diverso dall'attività di assunzione delle prove stesse, fase che è ontologicamente antecedente al momento valutativo.

Secondo un'interpretazione restrittiva, il pubblico ministero è tenuto a compiere le attività di indagine che appaiono doverose o utili, riservandosi poi la valutazione

⁵ La riforma introdotta dalla legge n. 18/2015 ha sostanzialmente svuotato la portata applicativa della clausola di salvaguardia. In questi termini cfr.: F. DAL CANTO, *La riforma della responsabilità civile dello Stato per fatto del magistrato: alla ricerca di un equilibrio difficile*, in *Quaderni cost.*, 2015, n. 2, pp. 405-408, il quale afferma: "...la sensazione è che tale clausola sia ormai diventata una sorta di riferimento simbolico, cui non corrisponde una vera sostanza".

discrezionale al fine della successiva richiesta di rinvio a giudizio o di citazione diretta a giudizio⁶.

Con la novella, la clausola di salvaguardia è stata mantenuta, ma la sua applicazione viene esclusa nei casi di dolo o colpa grave.

A tal proposito, con riferimento all'attività del p.m., una consolidata giurisprudenza della Suprema Corte affermava che: *“la c.d. clausola di salvaguardia della legge n. 117/1988, art. 2, non tollera riduttive letture perché giustificata dal carattere fortemente valutativo dell'attività giudiziaria e, come precisato dalla Corte Costituzionale nella sentenza del 19 gennaio 1989 n. 18, attuativa della garanzia costituzionale dell'indipendenza del magistrato e del giudizio”*⁷.

La Corte di cassazione finì per accogliere una lettura fondata di fatto sul presupposto che qualsiasi attività giurisdizionale poteva essere ricondotta ad un'opera interpretativa del magistrato, innalzando, così, una sorta di sfera di immunità a favore dei giudici⁸.

Attualmente, le sole ipotesi di responsabilità del giudice, ai sensi dell'art. 2 della legge, sono quelle che derivano da un provvedimento giudiziario posto in essere con dolo o colpa grave ovvero per diniego di giustizia e la clausola di salvaguardia non opera nei primi due casi (“fatti salvi i commi 3 e 3-bis ed i casi di dolo”). Ne consegue che lo spazio residuo di applicazione della clausola stessa sembra coincidere con la sola ipotesi della denegata giustizia, ai sensi dell'art. 3 della legge. Ma, se così è, si tratterebbe di casi rispetto ai quali l'esigenza di preservare l'attività interpretativa del giudice appare piuttosto debole; di conseguenza, la sensazione è che tale clausola sia ormai diventata una sorta di riferimento simbolico, da non rimuovere ma alla quale non pare corrispondere più alcuna sostanza⁹.

⁶ Di recente la Cassazione, Sez. VI-3, Ord. n. 3916 del 26 febbraio 2015, rv. 634335, ha ribadito che: *“La richiesta di rinvio a giudizio da parte del magistrato del p.m. postula l'apprezzamento prognostico circa l'idoneità degli elementi probatori a sostenere l'accusa in dibattimento, sicché essa, anche se reiterata per vizi formali e seguita infine dall'assoluzione, integra attività di valutazione del fatto e della prova, per la quale non è ammessa l'azione di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, ai sensi dell'art. 2, della legge 13 aprile 1988, n. 117, tranne che l'attore dimostri essersi basata la richiesta medesima su fatti pacificamente insussistenti o avulsi dal contesto probatorio”*.

⁷ Corte cass., sent. n. 25123/2006.

⁸ Cfr. R. ROMBOLI, *Una riforma necessaria o una riforma punitiva?*, in *Foro.it*, 2015.

⁹ Cfr. M. NISTICO', *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Inquadramento storico-sistematico e profili problematici*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

Con riguardo poi alla non applicabilità della clausola di salvaguardia alle ipotesi di dolo, occorre richiamare la nozione fino ad oggi accolta dalla giurisprudenza secondo la quale esso consiste non nella semplice volontarietà dell'azione che si assume dannosa, bensì nella “*diretta consapevolezza di compiere un atto giudiziario formalmente e sostanzialmente illegittimo con il deliberato proposito di nuocere ingiustamente ad altri, e, segnatamente, di ledere i diritti della parte soccombente*”¹⁰, con la conseguenza che, affinché possa ritenersi la sussistenza della responsabilità del giudice, dovrà essere l'attore a fornire la prova della predetta colpevolezza.

In ultimo, rimane fuori dall'ambito di applicazione della clausola di salvaguardia anche la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile, ipotesi in cui si può far rientrare sia il caso del pubblico ministero che non svolge alcuna attività di indagine senza una plausibile giustificazione, violando così il precetto costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale, sia il caso in cui l'atto di indagine omesso si valuta non come discrezionale, bensì obbligatorio nell'assunzione, in base a criteri di valutazione fondati sulla professionalità richiesta a chi esercita le funzioni giudiziarie secondo il parametro *dell'homo eiusdem professionis et conditionis*.

4.2.2 L'eliminazione del filtro di ammissibilità

Spostandoci su un piano strettamente processuale, la novità più importate consiste nell'abrogazione del filtro di ammissibilità contenuto nell'art. 5 della legge Vassalli.

Ai sensi della disciplina previgente, il tribunale, investito di una domanda risarcitoria per fatto illecito del magistrato, doveva accertare con proprio decreto l'osservanza dei termini fissati dalla legge a pena di decadenza, la sussistenza dei presupposti di cui agli artt. 2, 3 e 4 (colpa grave, diniego di giustizia e domanda di risarcimento) e infine l'eventuale non manifesta infondatezza della domanda. Solo in caso di esito positivo del giudizio di ammissibilità dell'azione risarcitoria, il

¹⁰ Corte di cass., sent. n. 24370/2006.

tribunale disponeva la prosecuzione del giudizio con conseguente trasmissione degli atti al titolare dell'azione disciplinare.

Lo scopo del filtro di ammissibilità era quello di evitare il rischio di un'incontrollata proliferazione di cause, tutelando così sia il buon andamento della macchina della giustizia, sia la serenità del magistrato e la stessa indipendenza della funzione giudiziaria¹¹.

Si tratta di uno scopo di rilievo costituzionale, come ha sottolineato la stessa Corte costituzionale, che ebbe modo di precisare come il controllo preliminare sulla non manifesta infondatezza della domanda “*portando ad escludere azioni temerarie e intimidatorie*”, garantisse “*la protezione dei valori di indipendenza e di autonomia della funzione giurisdizionale*”¹².

In seguito alle valutazioni espresse dalla Corte costituzionale, la giurisprudenza elaborò un indirizzo restrittivo, caratterizzato da un giudizio di ammissibilità inteso non tanto come un accertamento della sussistenza dei presupposti oggettivi della domanda, quanto come un vero e proprio giudizio compiuto sul merito delle denunce.

La stessa Corte di cassazione aveva avuto modo di riconoscere a tale fase del giudizio “*il carattere di cognizione piena e definitiva in ordine alla configurabilità dei dati contestati, dei requisiti e delle condizioni cui la legge subordina detta responsabilità*”¹³.

La scelta del legislatore di sopprimere definitivamente il filtro di ammissibilità si inserisce, oggi, in un quadro normativo diverso, caratterizzato dall'introduzione del “doppio binario” con un'area della responsabilità del magistrato più circoscritta rispetto a quella riguardante la responsabilità dello Stato.

La scelta più auspicabile sarebbe stata quella di rivedere l'intera disciplina sul giudizio preventivo di ammissibilità, equilibrandola con i diversi interessi costituzionali in gioco, senza mai giungere ad una sua soppressione *tout court*¹⁴.

¹¹ F. DEL CANTO, *La legge n. 18/2015 sulla responsabilità civile dello Stato per fatto del magistrato: tra buone idee e soluzioni approssimative*, in *Questione giustizia*, 2015, n. 3, p. 194.

¹² Corte Cost., sent. n. 468/1990.

¹³ Corte cass., sent. n. 25123/2006.

¹⁴ Con la soppressione del filtro preventivo, l'azione disciplinare dovrà essere esercitata contestualmente all'azione di risarcimento e non più dopo l'accertamento giudiziale della sua ammissibilità.

Spunti di riflessione provengono anche da un parere del Csm, secondo il quale il filtro di ammissibilità doveva essere utilizzato per “*verificare il rispetto delle condizioni formali per la proposizione della domanda, nonché la non manifesta infondatezza*” dell’istanza, dovendosi però escludere che lo stesso potesse continuare in futuro ad estendersi “*ai presupposti di cui agli artt. 2, 3 e 4 della legge n. 117, vale a dire al merito della causa*”¹⁵. Si trattava di indicazioni ragionevoli, che, se accolte dal legislatore, avrebbero potuto garantire un cambio di rotta.

4.3 I concetti di colpa grave e diniego di giustizia prima e dopo la legge 18/2015

Per quanto concerne le condotte concrete del magistrato penale da cui scaturisca o possa scaturire responsabilità civile dello Stato, è necessario soffermarsi sui concetti di colpa grave e diniego di giustizia delineate dal legislatore agli articoli 2 (commi 3 e 3 *bis* modificati dalla legge 18/2015) e 3 della legge Vassalli.

Originariamente, con la legge Vassalli, c’era corrispondenza sotto il profilo della responsabilità soggettiva tra i casi individuati dalle legge come produttivi di responsabilità civile dello Stato ed i casi di specifica responsabilità del singolo magistrato; ad oggi, questa corrispondenza è venuta meno con la novella 18/2015. Sinteticamente, con la legge 18/2015, il cittadino che ritenga di aver subito un danno a causa di un comportamento, un atto o un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato nell’esercizio delle sue funzioni con dolo o colpa grave ovvero per diniego di giustizia, potrà sicuramente agire nei confronti dello Stato ed ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali; lo Stato, invece, potrà, anzi dovrà rivalersi sul singolo magistrato autore del fatto da cui è causato l’obbligo risarcitorio, quando si è in presenza di una violazione manifesta della

¹⁵ Nello stesso parere, il Csm aveva auspicato un’altra modifica, volta a distinguere tra il giudice chiamato alla valutazione preliminare di ammissibilità e quello chiamato a decidere la controversia una volta superata la valutazione, sottolineando come “tale distinzione avrebbe il grande vantaggio di far venir meno l’eventuale effetto di trascinamento collegato alla coincidenza, attualmente prevista, tra le autorità giudicanti”.

legge o del diritto dell'Unione Europea ovvero in caso di travisamento del fatto o delle prove.

L'articolo 2 della legge Vassalli, così come modificato dalla L. 18/2015, stabilisce che: *“chi ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche quelli non patrimoniali”*.

Il concetto di dolo non ha subito modifiche con la nuova disciplina ma si desume dai principi generali in tema di diritto penale, laddove l'art. 43 del codice penale stabilisce che *“è doloso o secondo l'intenzione ciò che è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione”*.

Si tratta, dunque, di condotte contrarie alla legge che il magistrato intenzionalmente e volutamente assume con l'intento di porre in essere un comportamento ingiustamente dannoso per i cittadini, nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e dei poteri conseguenti.

Con riferimento al concetto di colpa grave, il legislatore ne dà una definizione al comma 3 dell'articolo 2 della legge 18/2015, introdotto a modifica dell'originaria normativa di cui all'articolo 2 della legge Vassalli, in cui si stabilisce che per colpa grave si intende *“la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione Europea”, il “travisamento del fatto o delle prove ovvero l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento ovvero l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione”*.

La differenza più rilevante rispetto alla disciplina previgente è rappresentata dall'eliminazione del riferimento alla negligenza inescusabile del giudice, con conseguente soppressione della dimensione soggettiva della colpa, con tutto ciò che ne consegue in relazione alla difficoltà e aleatorietà del suo apprezzamento¹⁶.

¹⁶ F. DEL CANTO, *“La legge n. 18/2015 sulla responsabilità civile dello Stato per fatto del magistrato: tra buone idee e soluzioni approssimative”*, in *Questione Giustizia*, n. 3, 2015, p.191.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, la negligenza inescusabile implicava un *quid pluris* rispetto al concetto di colpa grave delineato dall'art. 2236 c.c., nel senso che si riteneva che la colpa grave si dovesse presentare come “*non spiegabile, ovvero priva di alcun riferimento alla vicenda da cui essa era scaturita*”¹⁷.

Ancora, per la suprema Corte la negligenza inescusabile comportava una totale mancanza di attenzione nell'uso degli strumenti normativi e una trascuratezza così marcata e ingiustificabile da apparire espressione di vera e propria mancanza di professionalità, la quale doveva concretizzarsi in “*una violazione grossolana e macroscopica della norma ovvero in una lettura di essa contrastante con ogni criterio logico, nell'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore, nella manipolazione arbitraria del testo legislativo*”.

Infine, l'interpretazione accolta dal giudice non era mai frutto di negligenza inescusabile se rientrava “*in un'ampia gamma di possibili opinioni interpretative della norma in oggetto, tali da non consentire di intravederne, non tanto l'erroneità, quanto l'evidente abnormità*”¹⁸.

L'innovazione è notevole, in quanto, con la nuova formulazione si prescinde da qualsiasi valutazione soggettiva sull'operato del giudice, dandosi rilievo unicamente alla circostanza dell'oggettivo perfezionamento di una delle condotte rilevatrici della colpa grave.

L'obiettivo del legislatore appare significativamente temperato rispetto alle ipotesi di violazione manifesta della legge, in relazione alla quale, con un esplicito riferimento alla giurisprudenza comunitaria, al comma 3 *bis* dell'art. 3 si stabilisce che “*ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione Europea, si tiene conto, in particolare, del grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché della inescusabilità e della gravità dell'inosservanza*”¹⁹.

¹⁷ C. Cass., sent. n. 11593/2011.

¹⁸ C. Cass., sent. n. 7272/2008.

¹⁹ Tali criteri vengono integrati, con esclusivo riferimento alla violazione del diritto dell'Unione Europea, da quelli riguardanti la mancata osservanza del rinvio pregiudiziale e il contrasto con l'interpretazione espressa dall'Unione Europea (cfr. art. 3, comma 3, seconda parte, legge n. 18/2015). Per un confronto puntuale tra le condizioni richiamate dalla giurisprudenza comunitaria e quelle previste dalla legge 18/2015 v. R. ROMBOLI, “*Una riforma necessaria o una riforma punitiva?*”, in *Foro.it*, 2015.

Di conseguenza, l'apprezzamento della colpa grave per violazione manifesta della legge prescinde dalla negligenza inescusabile del giudice ma, al contrario, deve tener conto della "inescusabilità" dell'inosservanza.

Difficile apprezzare in concreto la diversa portata delle due formule; in linea di principio, infatti, si potrebbe ritenere che la negligenza inescusabile abbia una connotazione maggiormente soggettiva rispetto all'inescusabilità dell'inosservanza, ma certamente si tratta di differenze modeste, la cui effettiva consistenza dovrà essere apprezzata, in concreto, dalla giurisprudenza.

Inoltre, fermo restando l'attività interpretativa della norma da parte del giudice come attività propria della giurisdizione, un limite alla manifesta violazione delle regole di diritto è costituito dall'oggetto dell'attività interpretativa stessa, che, se trattasi di diritto comunitario, impone al magistrato: *"l'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, 3° paragrafo del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea nonché del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea"* (art. 3 bis come introdotto dalla legge 18/2015).

In sostanza, l'attività interpretativa che costituisce il fulcro della funzione giurisdizionale svolta dal magistrato, trova un limite al suo esercizio qualora abbia ad oggetto una norma dell'Unione Europea che intanto può essere liberamente interpretata dal magistrato in quanto questi tenga conto della posizione espressa dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ed abbia esperito, nei casi in cui sia obbligatorio, il rinvio pregiudiziale alla Corte medesima in presenza di un dubbio interpretativo.

Occorre pertanto distinguere tra attività interpretativa del giudice avente ad oggetto la normativa statale, del tutto libera, ed attività interpretativa del magistrato avente ad oggetto la normativa dell'Unione Europea, attività quest'ultima del tutto residuale e successiva rispetto all'interpretazione fornita dall'organo giurisdizionale della Comunità Europea.

Solo con riguardo a quest'ultimo aspetto il legislatore fa espresso riferimento al concetto di "inescusabilità e gravità dell'inosservanza" che deve essere inteso in senso oggettivo e non in senso soggettivo, laddove le categorie di colpa sono state

ormai oggettivate dal legislatore e il concetto soggettivo di negligenza inescusabile attiene solo all'aspetto specifico del giudizio di rivalsa²⁰.

4.3.1 Le altre ipotesi di colpa grave: il travisamento del fatto o delle prove e l'affermazione o la negazione di fatti in contrasto con gli atti del procedimento

Tra le altre ipotesi di colpa grave, ritroviamo la categoria del travisamento del fatto o delle prove e l'affermazione o la negazione di fatti in contrasto con quanto incontestabilmente accertato dagli atti del procedimento, dove mancano riferimenti di natura soggettiva.

Quest'ultima categoria riproduce una fattispecie già prevista dalla legge Vassalli²¹, corrispondente, per consolidata giurisprudenza, all'errore di fatto revocatorio (art. 395, n.4, c.p.c.), accertabile in presenza di una palese svista che si mostri con immediatezza, un vero e proprio "abbaglio dei sensi"²², che porti a ritenere provato un fatto assolutamente inesistente o, al contrario, non provato un fatto assolutamente certo.

Data la rilevante connotazione oggettiva di tale fattispecie, non pare che la soppressione del riferimento alla negligenza inescusabile possa determinare, se non riguardo a pochi casi clamorosi, un rilevante cambio di rotta rispetto al passato. Com'è stato detto "se l'affermazione o la negazione di un fatto è in contraddizione con le risultanze degli atti del procedimento, e tale contraddizione non è imputabile ad una errata valutazione di quelle risultanze, la negligenza è *in re ipsa*"²³.

L'altra ipotesi, invece, riguardante il travisamento dei fatti e delle prove, appare assai più delicata ed equivoca, prestandosi a diverse soluzioni interpretative.

Nel mutato contesto legislativo, occorre interrogarsi su quale possa essere l'orizzonte interpretativo di tale nuova formulazione ed a quali casi concreti essa faccia riferimento. Del resto, il termine "travisamento" è di per sé piuttosto

²⁰ A. PAZIENZA, *Atti, provvedimenti e comportamenti dei magistrati penali rilevanti ai fini della responsabilità civile*, in *Critica del diritto*, 2015, p. 56.

²¹ Non riprodotta nell'originario di segno di legge n. 1626 -perché considerata in un primo momento "assorbita" dall'altra, riguardante il travisamento- e poi reinserita nel corso dei lavori parlamentari.

²² Cons. Stato, V Sez., sent. n. 5347 del 29 ottobre 2014.

²³ R. BRIGUGLIO, *La responsabilità dell'arbitro al bivio tra responsabilità professionale e responsabilità del giudice*, in *Giust. civ.*, I, 2006, p. 69.

ambiguo: esso indica, in linea tendenziale, uno scostamento consistente tra ciò che viene accertato dal giudice e la realtà effettuale, ma solo la giurisprudenza potrà precisare il livello di “evidenza” che tale scostamento dovrà raggiungere affinché possa parlarsi di responsabilità.

Inoltre, sarà fondamentale distinguere preliminarmente i vari settori del diritto (civile, penale, amministrativo, tributario ecc.), poiché il concetto di travisamento è differente a seconda dell’angolo visuale di riferimento.

La formulazione dell’ipotesi del travisamento coincide parzialmente con l’illecito disciplinare previsto dall’art. 2, comma 1, lett. h), del d.lgs. n. 109/2006 (“*travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile*”), spesso identificato dalla dottrina come errore revocatorio²⁴, vale a dire la supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa o l’affermazione di un fatto la cui verità è senz’altro provata negli atti processuali²⁵.

Al contrario, un’interpretazione estensiva di tale fattispecie potrebbe comportare il rischio di un possibile sconfinamento del sindacato sulla responsabilità in un vero e proprio sindacato sul merito dell’attività giurisdizionale.

In questo senso²⁶, si arriverà ad un aumento del numero delle cause, con conseguente sovrapposizione tra impugnazione del provvedimento giudiziario e giudizio di responsabilità²⁷.

4.3.2 Il travisamento del fatto: accezione linguistica ed accezione giuridica

Nella lingua italiana il termine “travisamento” costituisce “l’alterazione intenzionale dell’aspetto esteriore della persona” o “l’esposizione o interpretazione

²⁴ Cfr. V. FANTACCHIOTTI, *Profili sostanziali: le infrazioni disciplinari e le relative sanzioni*, in *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, Milano, 2010, p. 185.

²⁵ Per G. FIANDACA, *Cari magistrati, dormite sonni tranquilli*, in *Il Garantista* del 6 marzo 2015, “lo spazio assegnabile al travisamento dovrebbe restringersi a eccezionali e abnormi casi limite di ricostruzione manifestamente e macroscopicamente errata dei fatti e dei dati probatori”.

²⁶ M. NISTICO, *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Inquadramento storico-sistematico e profili problematici*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

²⁷ Cfr., a questo proposito, la prima ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale adottata il 12 maggio 2015 dal Tribunale ordinario di Verona avente ad oggetto la legge n. 18/2015, la quale, per inciso, non era oggetto di applicazione nel caso di specie. Nell’ordinanza, in particolare, viene svolta una diffusa argomentazione proprio con riguardo alla fattispecie concernente il travisamento del fatto e delle prove.

che altera la verità”. Ciò che rileva nel concetto linguistico è l'intenzionalità del travisamento che è sempre frutto di un'attività voluta da chi la pone in essere.

Nel linguaggio giuridico tale intenzionalità cede il passo ad una valutazione divergente dal reale ma non necessariamente intenzionale.

In particolare, per quanto concerne il settore processuale, il travisamento dei fatti è un vizio della sentenza o dell'atto amministrativo, in quanto o l'una o l'altro siano fondati su una situazione di fatto non rispondente alla realtà.

Con il nuovo codice di procedura penale, il vizio del travisamento del fatto non costituisce più esplicito motivo di ricorso per Cassazione, bensì fa riferimento alla *“mancanza o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato”* (art. 606, comma 1 lettera e) c.p.p.).

L'intento del legislatore è stato quello di preservare la funzione di nomofilachia della Corte di Cassazione. Ne consegue che, nell'odierno sistema penale, la Corte di Cassazione ha il compito di controllare il ragionamento probatorio e la giustificazione logica del giudice di merito senza però poter verificare gli atti o i documenti probatori contenuti nel fascicolo processuale, essendo essa giudice non del risultato probatorio ma del relativo procedimento e della logicità del discorso argomentativo²⁸.

L'art. 8 della legge n. 46 del 2006 (legge Pecorella) ha di recente riformulato l'art. 606 lett. e) del codice di procedura penale, che attualmente fa riferimento all'ipotesi di *“mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato ovvero da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame”*.

Il travisamento del fatto, nella nuova formulazione, sembra essere riconducibile ai soli vizi di macroscopica evidenza che siano ascrivibili alla motivazione, essendo, al contrario, prive di rilievo tutte le incongruenze della decisione che non assumono carattere di illogicità e di inadeguatezza.

La nuova formula legislativa è stata modificata in modo significativo, in quanto il sindacato della Corte sulla motivazione non è più limitato alla rilevabilità testuale

²⁸ Corte Cass. sez. unite, 13 dicembre 1995, *Clarke*; sez. unite 19 giugno 1996, *Di Francesco*; sez. unite 30 aprile 1997, *Dessimone*; sez. unite 24 novembre 1999; sez. unite 21 giugno 2000, *Jakani*; sez. unite 24 settembre 2003, *Petrella*; sez. unite 30 ottobre 2003, *Andreotti*; sez. unite 12 luglio 2005, *Mannino*).

della motivazione, ma si estende agli altri atti di natura processuale o probatoria, purché specificamente indicati dal ricorrente.

La riforma ha consentito alla giustizia sostanziale di trovare ingresso nei casi di rilevante e decisiva contraddittorietà processuale.

In tale mutato scenario, la motivazione deve essere fedele agli atti processuali e probatori (non solo atti del processo ma anche atti del procedimento) in base ai quali si è strutturata la cognizione²⁹.

4.4 Il nesso di causalità

La dottrina e la giurisprudenza sono concordi nell'affermare che la responsabilità dello Stato per fatto illecito, così come sancita dalla legge n. 117/1988, è assimilabile all'ipotesi di responsabilità aquiliana³⁰; dunque, sarà l'attore a dover fornire la prova del nesso di causalità tra il fatto illecito ed il danno di cui chiede il risarcimento.

Generalmente, in materia di responsabilità civile, il giudizio causale assume come termine iniziale la condotta omissiva del comportamento dovuto; il giudice adito, pertanto, è tenuto ad accertare se l'evento sia ricollegabile all'omissione nel senso che esso non si sarebbe verificato se l'agente avesse posto in essere la condotta doverosa impostagli³¹.

L'accertamento del nesso eziologico per le condotte omissive, sia in sede civile che in sede penale, si effettua attraverso il giudizio controfattuale, ossia dimostrando con una valutazione prognostica eseguita *ex ante* che, nell'ipotesi in cui la condotta omissiva fosse invece stata realizzata dall'agente, l'evento dannoso non si sarebbe verificato con certezza o ragionevole probabilità. Con riferimento alla specificità dell'attività del magistrato, si pone il problema se

²⁹ Cfr., L. DE RENZIS, *La nuova legge di responsabilità civile e la giurisprudenza di legittimità: le nuove fattispecie di travisamento del fatto e della prova ed i possibili tentativi di inquadramento nel sistema giuridico attuale*, in *Critica del diritto*, 2015, p. 44.

³⁰ Cfr., CIRILLO-SORRENTINO, *La responsabilità del giudice*, Napoli, 1988, p. 86; SCOTTI, *La responsabilità civile dei magistrati*, Milano, 1988, p. 83.

³¹ G. MARRA, *La responsabilità civile del Pubblico Ministero per inerzia nell'attività di indagine*, in *Diritto penale e processo*, 2016, n. 2, p. 258.

la condotta di quest'ultimo debba o meno essere esclusiva nella produzione del danno.

Sul punto numerosi spunti di riflessione vengono ricavati dai principi giurisprudenziali sanciti in materia di responsabilità dell'avvocato, in relazione all'omogeneità dell'attività svolta. Altri orientamenti giurisprudenziali richiamano il tema della concausalità e/o concorso di cause (anche tra loro indipendenti) nella produzione del danno.

Il problema non è di facile soluzione soprattutto in riferimento ai reati di natura colposa dove si sta facendo strada un comune orientamento, accolto dal legislatore in seguito all'elaborazione sia dottrinale che giurisprudenziale, che tende ad escludere la natura colposa della condotta che si attiene a standard di comportamento specifici del settore (es. colpa medica), pacificamente riconosciuti nella comunità scientifica di riferimento.

Di conseguenza, l'analisi della sussistenza del nesso eziologico relativa all'attività svolta dal magistrato risulterà essere particolarmente problematica, in riferimento a prassi e linee guida adottate nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, come nel caso dei Protocolli dei grandi tribunali elaborati a seguito di un'interlocuzione tra i magistrati di Procura e/o Tribunale e il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati³².

4.4.1 La sentenza del Tribunale di Messina: condanna dello Stato per omessa perquisizione del pubblico ministero

Rispetto al tema del nesso eziologico, merita di essere ricordata una recente sentenza del Tribunale di Messina del 30 maggio 2017, che ha riconosciuto la responsabilità civile dello Stato per grave violazione di legge da parte del pubblico ministero, per aver omesso, con negligenza inescusabile, di compiere un atto di indagine che, in forza di una valutazione probabilistica, se fosse stato compiuto sarebbe stato idoneo ad evitare l'evento.

Il caso di specie riguardava l'omicidio di una donna, Marianna Manduca, uccisa a coltellate dal marito, che era stato più volte denunciato dalla vittima per minacce,

³² A. PAZIENZA, *Atti, provvedimenti e comportamenti dei magistrati penali rilevanti ai fini della responsabilità civile*, in *Critica del diritto*, 2015, fasc. 1/3, p. 59.

aggravate dal possesso di un coltello, maltrattamenti e lesioni nell'ambito di una difficilissima separazione coniugale.

Per alcuni fatti denunciati vi erano stati provvedimenti di archiviazione per difetto di querela, per altri invece l'autorità giudiziaria aveva provveduto con l'applicazione, per un breve periodo, della misura cautelare dell'allontanamento del marito dalla casa familiare ai sensi dell'art. 282 *bis* del codice di procedura penale, per altri ancora si era giunti ad una sentenza di patteggiamento.

Il Tribunale di Messina, investito del procedimento, ha ritenuto che, per alcuni episodi denunciati nel giugno del 2007, configuranti astrattamente il reato di minaccia aggravata per l'utilizzo di un coltello a scatto, non si era proceduto all'iscrizione nel registro delle notizie di reato, né era stata eseguita una perquisizione locale o personale al fine di accertare la detenzione di armi da parte del futuro omicida. Inoltre, non erano stati compiuti atti di indagine o adottate misure al fine di neutralizzare la pericolosità dell'uomo, a fronte di denunce e querele dalle quali poteva razionalmente presagirsi un intento, se non omicida, quantomeno di violenza ai danni della donna.

La negligenza dei pubblici ministeri, ad avviso del Tribunale, integrava perciò un'ipotesi di grave violazione di legge, riconoscendo la responsabilità civile dello Stato, ai sensi dell'art. 2 della legge n.117/1988.

Il passaggio definitivo della sentenza, che allo stesso tempo ha destato maggiori dubbi interpretativi, è quello relativo al nesso di causalità tra l'omissione (mancata perquisizione del coltello) e l'evento morte, laddove il Tribunale ha sostenuto: *“Si può pertanto affermare che il rinvenimento del coltello ed il suo conseguente sequestro avrebbero, con valutazione probabilistica, impedito il verificarsi dell'evento avvenuto in data 3.10.2007. Tale valutazione ovviamente non consente di escludere, in assoluto, che la volontà omicida del reo sarebbe stata comunque portata a compimento in altro modo, ma è altamente probabile che l'evento del 3.10.2007, con quelle specifiche modalità esecutive – uccisione della donna con plurime coltellate all'addome ed al torace con quel coltello – sarebbe stato evitato”*.

La sentenza conclude affermando che: *“...è rinvenibile la fattispecie di cui all'art. 2, comma 3, lett. a), L. n. 117/1988 nella condotta dei magistrati della Procura*

della Repubblica, i quali, nel non disporre alcun atto di indagine rispetto ai fatti denunciati a decorrere dal mese di giugno 2007 e nel non adottare nessuna misura volta a neutralizzare la pericolosità dell'uomo, hanno commesso una grave violazione di legge, con negligenza inescusabile”.

Sul punto occorre richiamare alcune nozioni di diritto penale (sostanziale e processuale), in quanto, la perquisizione è un atto di indagine, un mezzo di ricerca della prova, la cui finalità è quella di ricercare il corpo del reato o le cose pertinenti al reato necessarie per l'accertamento del fatto. Di conseguenza, la perquisizione e il successivo sequestro probatorio non possono avere alcuna finalità preventiva, non possono cioè essere utilizzati per impedire la commissione di reati.

È facile osservare che, anche nel caso in cui fosse stata disposta la perquisizione, la stessa avrebbe potuto concludersi con esito negativo, ad esempio, essendo l'indagato consapevole delle numerose denunce a suo carico, avrebbe potuto nascondere il coltello in un luogo diverso dalla sua abitazione.

Analogamente, nel caso in cui la perquisizione avesse avuto esito positivo con conseguente sequestro del coltello a scatto, l'omicida avrebbe comunque potuto realizzare il suo progetto criminoso utilizzando, ad esempio, altri oggetti contundenti o qualsiasi altra arma idonea ad uccidere.

Appare così, del tutto eventuale ed ipotetica l'effettiva forza impeditiva dell'atto di indagine omesso da parte del pubblico ministero.

In conclusione, si può ritenere che le condotte inerti del pubblico ministero difficilmente possono integrare i presupposti per l'affermazione della responsabilità civile ex l. n. 117/1988, sia perché l'omissione di alcuni atti di indagine può essere frutto di una scelta discrezionale del magistrato inquirente coperta dalla clausola di salvaguardia, sia perché appare difficile provare il nesso di causalità immediato e diretto con l'evento criminale, tenuto conto che quasi tutti i provvedimenti del pubblico ministero sono soggetti al controllo del giudice, per cui l'incidenza della sua omissione nella causazione del danno va verificata operando anche una prognosi sull'eventuale decisione del giudice³³.

³³ Cfr., G. MARRA, *Uxoricidio, condanna dello Stato per inerzia dei P.M.: la sentenza del Tribunale di Messina*, www.quotidianogiuridico.it.

Tuttavia, nel caso di specie, il Tribunale civile di Messina ha condannato la Presidenza del Consiglio dei ministri al pagamento di una somma di 259.000 euro a favore dei tre figli della vittima, con conseguente possibilità di esercitare azione di rivalsa nei confronti dei magistrati autori della condotta omissiva. Si tratta di una sentenza destinata a fare giurisprudenza per il futuro.

4.5 La responsabilità da atto lecito: profili costituzionali

Nell'ambito del procedimento penale il punto di riferimento da cui partire è rappresentato dall'esercizio dell'azione penale, principio sancito a livello costituzionale dall'art. 112.

Si tratta di un potere-dovere riconosciuto agli organi dello Stato a tutela della convivenza e, anche in caso di assoluzione, non potrebbe di certo configurarsi un "errore giudiziario" di cui la legge dovrebbe garantire la riparazione ai sensi dell'art. 24, ultimo comma, Cost.

Di conseguenza, l'esercizio dell'azione penale e lo svolgimento del processo non possono essere considerati illecito, o "*atti compiuti in violazione di diritti*", perché, se lo fossero, scatterebbe la responsabilità civile dello Stato prevista in questi casi dall'art. 28 Cost³⁴.

Secondo le parole di Carnelutti, "*il processo è pena*"; è pacifico riconoscere che il processo penale può essere fonte di danno per l'imputato a prescindere dall'esito, e quindi anche nel caso di assoluzione con formula piena.

Appare preliminare domandarsi se le fattispecie produttive di "danno lecito" possano corrispondere a un catalogo aperto ovvero debbano ispirarsi a un'elencazione tassativa³⁵.

È preferibile riferirsi ad una fattispecie generale ed astratta di danno processuale, includendovi sia condotte attive che omissive. Viceversa, adottando una prospettazione improntata alla tassatività, sorgerebbe l'esigenza di un ulteriore sforzo esegetico volto ad indicare *–de iure condendo–* i luoghi del danno e a negare,

³⁴ Cfr., G. CORSO, *Danni da processo penale: profili costituzionali*, in *La vittima del processo: i danni da attività processuale penale*, AA.VV. (a cura) di G. Spangher, 2017, Torino, Giappichelli, pp. 23-24.

³⁵ Cfr., P. MAGGIO, *L'indennizzo del danno da processo penale*, in *Archivio penale*, 2016, n. 3, p. 2.

al contempo, il ricorso a formule astratte che si richiamano a criteri puramente equitativi.

Inoltre, tralasciando l'ipotesi di ingiusta detenzione, per la quale oggi è prevista una forma di ristoro, ci si chiede se il danno cagionato nei confronti della persona sottoposta dapprima a custodia cautelare e poi assolta sia risarcibile o indennizzabile.

Considerato che a livello legislativo manca una legge che preveda una misura riparatoria a favore di chi è stato processato e poi assolto, occorre chiedersi se, nel quadro costituzionale, possa richiamarsi il vecchio schema della responsabilità della pubblica amministrazione da atto lecito.

Si tratta, in definitiva, di comprendere se la delineata responsabilità per danno da processo debba essere governata dalla regola dell'integrale riparazione del danno subito ovvero debba essere concepita come una misura di solidarietà pubblica. In quest'ultimo caso, ancor prima di un'espressa regolamentazione della materia, potrebbe venire in gioco il "principio di compensazione" quale paradigma di proporzionalità dell'azione pubblica attraverso cui distribuire equilibratamente, in base a forme di tutela basate sull'affidamento, vantaggi e oneri conseguenti alla sua azione.

La strada prescelta comporterà ricadute rilevanti sul piano applicativo in ordine all'individuazione del giudice competente a liquidare l'indennizzo e ai caratteri del procedimento di liquidazione.

4.5.1 Ingiusta detenzione ed errore giudiziario

Molteplici sono le ipotesi di responsabilità da atto lecito tipizzate dalla legge italiana e, in particolare, nel campo dei diritti non patrimoniali, ritroviamo l'errore giudiziario e l'ingiusta detenzione.

Si tratta di ipotesi di responsabilità dello Stato originate da provvedimenti giurisdizionali e, dunque, peculiari rispetto a quelle derivanti da provvedimenti amministrativi, ma comunque emblematiche del sistema italiano di garanzia dei diritti fondamentali lesi nel legittimo esercizio del potere pubblico, *lato sensu* inteso.

Esse trovano fondamento nell'art. 24, co. 4, Cost., che rimette alla legge il compito di determinare *“le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari”*.

La riparazione dell'errore giudiziario costituisce l'ipotesi più risalente.

Già prevista dall'abrogato Codice Rocco, è oggi disciplinata dall'art. 647 c.p.p. che attribuisce a colui che sia stato prima condannato e poi proscioltto in sede di revisione, il diritto ad una riparazione *“commisurata alla durata dell'eventuale espiazione della pena o internamento e alle conseguenze personali e familiari derivanti dalla condanna”*.

La riparazione dell'ingiusta detenzione, disciplinata dagli artt. 314 ss. c.p.p., è stata invece introdotta nel nostro ordinamento solo di recente, con l'approvazione, nel 1988, del nuovo codice di procedura penale. Essa fa riferimento ai casi di custodia cautelare subita illegittimamente e consiste nel diritto ad *“un'equa riparazione”*, per il quale è tuttavia posto un limite massimo, di circa cinquecentomila euro³⁶.

La legittimità di tale discipline – protette, sino a tempi non lontani, dai restrittivi orientamenti della nostra giurisprudenza costituzionale³⁷ – deve oggi rapportarsi con l'art. 5 della CEDU che, nel sancire il *diritto alla libertà e alla sicurezza*, prevede casi e presupposti per la privazione della libertà e, come disposizione di chiusura, afferma che *“Ogni persona vittima di arresto o di detenzione in violazione di una delle disposizioni del presente articolo ha diritto ad una riparazione”*.

L'applicazione di tale norma ha determinato vari interventi della Corte europea nei confronti dello Stato italiano, che hanno riguardato innanzitutto l'ambito operativo della riparazione. Così si è ravvisata la violazione dell'art. 5 nella mancata previsione di una riparazione per l'illegittimo trattenimento dello straniero in un centro di accoglienza temporaneo in attesa di espulsione³⁸, o in un centro per

³⁶ L'importo, originariamente limitato a cento milioni di lire, è stato innalzato dalla l. 479/99 a 516.456,90 euro.

³⁷ Emblematica al riguardo è la posizione assunta in passato dalla Corte costituzionale a proposito della mancata previsione di una riparazione per il cittadino sottoposto a misure cautelari (come si è visto l'art. 314 c.p.p. che la prevede è stato introdotto nel 1988). La Corte, infatti, ha ritenuto legittima la scelta del legislatore, pur riconoscendo nell'art. 24, co. 4, Cost., un *“principio di altissimo valore etico e sociale che rappresenta un coerente sviluppo del dettame generale volto alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo”* (Corte Cost., sent. n. 1/1969).

³⁸ C.edu, *Zeciri c. Italia*, 4 agosto 2005.

immigrati³⁹, per il superamento dei termini di durata massima della custodia cautelare⁴⁰ o per il ritardato riconoscimento dell'indulto⁴¹.

Sulla scorta della giurisprudenza europea, anche la Corte costituzionale ha mutato il proprio approccio e ha più volte esteso l'ambito applicativo della riparazione per l'ingiusta detenzione e per l'errore giudiziario.

Alla luce di queste considerazioni, dottrina e giurisprudenza hanno proposto di interpretare l'art. 314 c.p.p. conformemente all'art. 5 CEDU, al fine di colmare il divario esistente tra le due norme. Gli orientamenti prevalenti, ritengono tuttavia necessario l'intervento additivo della Corte costituzionale⁴².

Il medesimo problema di non coerenza della disciplina nazionale con la CEDU sembra oggi riguardare il tetto massimo previsto per la riparazione dell'ingiusta detenzione⁴³ (che non sussiste invece per la riparazione dell'errore giudiziario⁴⁴).

Secondo la CEDU va infatti risarcito ogni tipo di pregiudizio, materiale o morale, che la vittima non avrebbe subito ove non vi fosse stata violazione dell'art. 5 CEDU; e i giudici nazionali, sul punto, non devono interpretare in maniera rigorosa l'onere della prova, tenendo conto, in concreto, di tutte le circostanze rilevanti quali le condizioni della detenzione, l'impatto sulla salute, la professione, la vita sociale e familiare del danneggiato⁴⁵.

La questione, con riferimento alla normativa italiana è, ad oggi, impregiudicata⁴⁶.

³⁹ C.edu, *Seferovic c. Italia*, 1 dicembre 2009.

⁴⁰ C.edu, *Picaro c. Italia*, 9 giugno 2005; C.edu, *Luberti c. Italia*, 23 febbraio 1984.

⁴¹ C.edu, *Pilla c. Italia*, 2 marzo 2006.

⁴² In proposito sembra opportuno ricordare che con le sentenze n. 348 e n. 349/07, la Corte costituzionale ha riconosciuto alla Cedu il rango di norma "sub-costituzionale", cioè subordinata alla Costituzione, ma sovraordinata alla legge (e dunque parametro interposto di costituzionalità) ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost. ("*La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*").

⁴³ Cfr. E. TURCO, *La riparazione per ingiusta detenzione dopo la recente riforma: profili sistematici e prospettive evolutive*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3255.

⁴⁴ Sul punto, *Cass. pen.*, Sez. III, 12 novembre 2010, n. 40094.

⁴⁵ C.edu, *Grande Chambre, Hood c. Regno unito*, 18 febbraio 1999; C.edu, *S.B.C. c. Regno unito*, 19 giugno 2001.

⁴⁶ Cfr., E. SCOTTI, *Responsabilità da atto lecito e principio di compensazione*, in www.ius-publicum.com, 2014, pp. 23-26.

4.5.2 L'indennizzo del danno da processo penale: l'esportabilità del modello amministrativo

Pur considerando la sostanziale differenza tra l'attività della pubblica amministrazione e quella *stricto sensu* processuale penale, l'idea di un atto lecito riferibile allo Stato, ma al contempo idoneo a originare l'obbligo di un indennizzo, emerge a chiare lettere dall'ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi nel campo del diritto amministrativo.

La questione della tutela indennitaria è infatti storicamente sussumibile nella fattispecie della "responsabilità da atto lecito e fatto legittimo" che ha rappresentato uno strumento di responsabilizzazione diretta dello Stato, attuata attraverso il superamento delle tradizionali categorie civilistiche sulla responsabilità da danno. La discussione nel campo del diritto amministrativo sulla generale responsabilità della P.A. per le conseguenze derivanti da "atti leciti" è stata particolarmente accesa nel corso degli anni.

L'antico interrogativo nella scienza amministrativa concerneva, in particolare, la possibilità di profilare una responsabilità "diretta dello Stato" quando, pur non venendo il rilievo né un'illegalità specificamente commessa dal funzionario né la formale illegalità di un atto in antitesi col diritto del privato, si riscontrava, invece, una lesione patrimoniale che il soggetto soffriva per causa dello Stato, il quale, "spiegando l'attività propria per il raggiungimento dei suoi fini, arrecò quel danno"⁴⁷.

Secondo l'orientamento prevalente, per la responsabilità da atto lecito si configura il concetto di sacrificio come concetto distinto dalla violazione e l'obbligo indennitario non si radica nello stretto diritto ma nell'equità e nel principio di giustizia distributiva.

Tale orientamento nega così la possibilità di formare un'unica categoria di responsabilità estesa al lecito e all'illecito e ribadisce la contrapposizione tra

⁴⁷ Cfr., CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, in *Dir. Amm.*, 2009, p. 203 ss.

responsabilità civile della P.A., regolata dal diritto privato, e principio indennitario, regolato dal diritto pubblico⁴⁸.

Una distinzione importante riguarda i danni di natura patrimoniale e non patrimoniale, in quanto, per i danni a interessi non patrimoniali della persona, il risarcimento non sarebbe commisurato al danno subito ma si farebbe riferimento ad un generico canone solidaristico, discrezionalmente interpretabile dal legislatore o dall'Amministrazione. La stessa Corte costituzionale⁴⁹ ha riconosciuto la possibilità per il legislatore di determinare discrezionalmente l'entità dell'indennità nei limiti della non irrisorietà.

Al contempo, la dottrina ha invece criticato tale discrasia fra le lesioni patrimoniali e non patrimoniali, invocando una vera e propria responsabilità da atto lecito e, con essa, un obbligo di piena riparazione per tutti i diritti fondamentali toccati dall'azione amministrativa.

Alla luce di tali condivisibili impostazioni dovrebbero essere considerate illegittime le norme che determinano indennizzi non corrispondenti al danno patito, come accade ad esempio nelle ipotesi di danni da vaccinazioni obbligatorie o, appunto, da ingiusta detenzione⁵⁰.

In corrispondenza di ciò dovrebbe rivedersi l'orientamento della Corte costituzionale che, in materia di diritti fondamentali non patrimoniali, rimette al legislatore la possibilità di determinare discrezionalmente l'entità dell'indennizzo con il solo limite della sua non irrisorietà⁵¹.

⁴⁸ E. SCOTTI, *Responsabilità da atto lecito e principio di compensazione*, in www.ius-publicum.com, 2014, pp. 32-33.

⁴⁹ Corte cost., sent. n. 181/2011.

⁵⁰ Sul punto Corte cass., Sez. IV, 31 marzo 2016, in *Mass. Uff.*, n. 266526; Id., Sez. III, 17 settembre 2014, *Mass. Uff.*, n. 260329; Id., Sez. IV, 1° aprile 2014, *Mass. Uff.*, n. 259237.

⁵¹ Corte cost., n. 348/2007, Cass. Civ., Sez. un., 28 ottobre 2009, De Gregorio C. Amap., in *Urb. e App.*, 2010, I, p. 79.

4.5.3 Il principio di compensazione

Secondo un orientamento unanime della dottrina e della giurisprudenza, la responsabilità da atto lecito dell'Amministrazione presuppone una grave e seria lesione del diritto fondamentale nella sua essenza.

Oltre al suo nucleo essenziale, il diritto fondamentale vive in un regime ordinario di possibile bilanciamento rispetto agli opposti interessi pubblici e la sua tutela si fonda innanzitutto sull'applicazione dei principi procedurali e sostanziali che garantiscono la correttezza del bilanciamento.

Ma anche a fronte di un corretto bilanciamento tra gli opposti interessi, non di rado il sacrificio di posizioni individuali rispetto a quelle generali lascia un percettibile senso di ingiustizia e genera connessi conflitti istituzionali e sociali.

In contesti di degradi ambientali, economici o sociali, affiora un'esigenza compensativa che tende a giuridicizzarsi in termini di principio di compensazione, ascrivibile tra i principi che regolano l'azione amministrativa⁵².

Nella sua componente ambientale e collettiva, la compensazione tende innanzitutto a tradursi nel ripristino dell'ambiente degradato. Inoltre, misure compensative sono previste in materia energetica, nel settore delle rinnovabili e in relazione alle infrastrutture nazionali.

Le misure compensative hanno la funzione di ristabilire un equilibrio violato, consentendo così un'azione altrimenti illegittima: si prevede cioè che *“l'eventuale esito negativo della valutazione di incidenza, in assenza di soluzioni alternative, possa essere superato mediante la previsione di misure compensative”*⁵³.

Nuove forme compensative affiorano poi nella prassi, la quale riguarda svariati settori, tra cui quello delle ordinanze contingibili e urgenti, che possono determinare la temporanea compressione di tutti i diritti costituzionalmente garantiti, il settore dell'esecuzione di lavori pubblici e il settore della realizzazione di grandi opere pubbliche.

Qui il principio di piena responsabilità da atto lecito, riguardante le lesioni dell'essenza del diritto in relazione a compressioni di grado minore, cede il campo

⁵² Cfr., E. SCOTTI, *Liceità, legittimità e responsabilità dell'amministrazione*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Napoli, 2013.

⁵³ TAR Molise, sez, I, n. 52/2011.

ad un principio compensativo, di matrice pubblicistica, sviluppo ulteriore di principi generali, quali l'uguaglianza, la correttezza, la proporzionalità, il non abuso e il rispetto dell'altrui affidamento che stemperano l'autoritatività e danno un nuovo volto di civiltà giuridica all'Amministrazione.

In tale contesto, imprescindibile appare il richiamo alla solidarietà che impone di compensare il sacrificio individuale corrispondente ad un vantaggio collettivo: sarebbe infatti contrario ai doveri costituzionali di solidarietà se la collettività si disinteressasse degli svantaggi sopportati da alcuni nell'interesse di tutti; così come sarebbe contrario ai medesimi doveri se la stessa collettività si opponesse alla realizzazione di un'opera necessaria per il perseguimento degli interessi generali correttamente ponderati e ispirati alla ricerca di un equilibrio fra le diverse istanze.

4.6 Il danno da processo penale: un nuovo fondo statale di garanzia per le vittime della giustizia

Il processo penale rappresenta uno strumento che l'ordinamento mette a disposizione dell'imputato per difendersi, allo scopo dell'accertamento dei fatti. Tuttavia, a causa di disfunzioni eterogenee, un provvedimento legittimamente emanato può danneggiare il soggetto interessato.

Si pensi a prassi giudiziarie lassiste, *iter* burocratici complessi, sovraffollamento di processi nelle aule giudiziarie, che pongono accanto alle ipotesi tradizionali già individuate dal legislatore, quali l'ingiusta detenzione, l'irragionevole durata del processo, l'errore giudiziario, il dolo o la colpa grave del singolo magistrato, numerose fattispecie di danno processuale, anche al di là delle ipotesi di abuso del processo.

Merita di essere richiamato un caso concreto, nel quale i giudici di sorveglianza, ispirati a logiche indennitarie, hanno stigmatizzato la detenzione domiciliare ingiustamente patita da un soggetto, tenendo conto del fatto che quest'ultimo avesse sofferto una misura coercitiva facilmente evitabile con la concessione dell'affidamento in prova ai servizi sociali⁵⁴.

⁵⁴ Trib. Sorv. Roma, (ord.) 22 agosto 2013, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1067.

In questa interessante decisione è stato censurato il decorso del tempo correlato alla congestione dei tribunali per il mancato deposito della relazione che i servizi sociali avrebbero dovuto svolgere all'esito dell'attività di osservazione dell'interessato, che ha conseguentemente prodotto un danno derivante dalla –evitabile– limitazione della libertà personale, riverberandosi sulla vita lavorativa del detenuto e sulle sue relazioni sociali e familiari.

D'altra parte, la giurisprudenza di legittimità, in materia di misure cautelari personali coercitive, ha da tempo elaborato una nozione di ingiusta detenzione riparabile che comprende tutte le ipotesi di custodia cautelare risultate *ex post* erronee e, come tali, lesive del diritto alla libertà personale.

Analogamente, la Consulta, in occasione della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 314 c.p.p. nella parte in cui non prevede il diritto alla riparazione per la custodia cautelare che risulti superiore alla pena inflitta, ha lasciato aperta la porta per l'ampliamento del novero delle fattispecie “risarcitorie”, affermando che l'istituto della riparazione “*si presta, quanto a modalità applicative, ad essere esteso ad ogni ulteriore ipotesi si riveli costituzionalmente imposta*”⁵⁵.

Anche la detenzione domiciliare può infatti assumere connotati di ingiustizia se le disfunzioni nell'ordinamento non consentono all'interessato di sottoporre all'autorità giudiziaria quelle istanze che il legislatore stesso ha ideato nel suo interesse⁵⁶.

Inoltre, volgendo lo sguardo a quanto accade nella prassi, si assiste ad un ampliamento delle fattispecie di danno da processo e si pensa a forme di indennizzo per l'azione del pubblico ministero che non utilizzi i filtri esistenti (archiviazione, richiesta di non luogo a procedere) portando in giudizio contenuti di indagine incompleti. Si potrebbero profilare indennizzi anche per la mancata individuazione di termini minimi della custodia cautelare, per le condotte relative al compimento di pseudo-investigazioni integrative volte ad eludere la funzione dei tempi di iscrizione della *notitia criminis*.

⁵⁵ Corte cost., sent. n. 219/2008, con nota di COPPETTA, *Riparazione per l'ingiusta detenzione: una declaratoria di incostituzionalità dirompente?*, in *Giur. Cost.*, 2008, p. 2456.

⁵⁶ Corte cass., Sez. IV, 23 maggio 2014, Silletti, in *Mass. Uff.*, n. 259236.

Potrebbero altresì essere ricomprese nel paradigma indennitario le violazioni delle tempistiche di decisione o le condotte omissive idonee ad integrare forme di responsabilità da atto lecito.

Tuttavia, è necessario chiarire che una nozione d'indennizzo troppo ampia rischierebbe di rimanere puramente descrittiva, giacché incorrerebbe nel rischio di non indennizzare alcuna attività.

Specificamente, nel nostro ordinamento, nell'ambito del processo penale, un'attenzione particolare viene dedicata al danno cagionato nei confronti della vittima. Il tema viene affrontato sotto una duplice prospettiva: da un lato l'obbligo risarcitorio incombente sul reo appare formalmente soddisfatto, dall'altro, si riscontrano delle lacune quanto ai casi di insolvenza del reo, dove è lo Stato che è chiamato a svolgere una funzione surrogatoria.

Sebbene esistano fondi pubblici di solidarietà destinati a particolari categorie di vittime, quali quelle del terrorismo, della criminalità organizzata, dell'usura e della strada, queste misure risultano comunque circoscritte e non in grado di sopperire alle lacune del sistema, all'interno del quale manca una disciplina organica in materia di indennizzo⁵⁷.

Nonostante le pressioni da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la riforma legislativa volta all'istituzione di un fondo pubblico destinato alle vittime della giustizia, appare ancora molto lontana.

L'intervento dovrebbe riguardare, dapprima, l'istituzione di un fondo statale rivolto a tutte le vittime di reato, azionabile nelle ipotesi di insolvenza del reo.

Una volta assicurata questa garanzia minima di primo livello, si dovrebbe poi estendere il meccanismo anche ai casi in cui sia stata l'autorità giudiziaria a recare un pregiudizio all'offeso per effetto della modalità con cui l'ha assistito nel procedimento.

Rimarrebbe salva, in quest'ultima ipotesi, la possibilità di rivalsa nei confronti del magistrato incauto, il che condurrebbe ad una maggiore responsabilizzazione dell'autorità procedente.

⁵⁷ F. DELVECCHIO, *Le possibili forme di indennizzo del danno subito dalla vittima nel corso delle indagini preliminari*, in *La vittima da processo. I danni da attività processuale penale*, AA.VV. (a cura di) G. SPANGHER, 2017, Torino, Giappichelli, pp. 155-156.

Inoltre, un ulteriore freno a queste soluzioni normative proviene dalle esigenze di bilancio, in quanto il meccanismo surrogatorio avrebbe un forte impatto sul piano economico. Bisogna considerare che questo fondo potrebbe essere sostenuto soltanto in minima parte da un contributo fisso statale, affidandosi, per la restante parte, agli introiti derivanti dall'irrogazione delle sanzioni nei confronti dei magistrati "danneggiati".

Si tratta di una soluzione non solo possibile, ma anche dovuta: se si assume come necessario tipizzare i danni da attività giudiziaria lecita, bisogna, poi, creare un meccanismo soddisfacente che assicuri una maggiore certezza in ordine agli esiti della richiesta risarcitoria ed alla quantificazione della stessa.

CONCLUSIONI

In questo lavoro di tesi si è analizzato il ruolo svolto dei criteri di priorità, quale strumento di razionalizzazione nell'organizzazione degli uffici requirenti.

E' noto come l'introduzione dei criteri di priorità porti con sé scelte di politica criminale sul presupposto che il pubblico ministero, nell'esercizio della sua funzione, si muova all'interno di ampi margini di discrezionalità. Il problema principale è costituito dall'asserita irresponsabilità, in quanto il pubblico ministero si troverebbe a compiere scelte di natura politica senza doverne rispondere ad alcuno.

Di conseguenza, il tema riguardante la presenza e l'osservanza di criteri di priorità nella trattazione degli affari penali ha investito anche i profili disciplinari, nella consapevolezza che la correttezza dei comportamenti dei magistrati incide direttamente sull'assetto generale delle garanzie costituzionali dei cittadini.

La Sezione disciplinare del C.S.M., infatti, più volte ha avuto occasione di intervenire nei casi di totale inerzia del pubblico ministero nella trattazione di numerose notizie di reato lasciate prescrivere, al fine di valutare la sussistenza dell'illecito disciplinare della grave violazione di legge per negligenza inescusabile. Nella prassi, l'istituto della responsabilità disciplinare non ha dato i risultati sperati e, di fatto, molti uffici del pubblico ministero operano in violazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale, senza per questo incorrere in alcun tipo di sanzione.

Fatta questa premessa, ci si deve innanzitutto interrogare sull'efficacia delle sanzioni disciplinari al fine di far valere una qualche responsabilità del pubblico ministero. Chi, infatti, contesta l'attuale posizione costituzionale del p.m. ritiene del tutto insufficiente l'istituto della responsabilità disciplinare cui il p.m. può andare incontro per l'eventuale inerzia nell'esercizio dell'azione penale.

D'altra parte, viene riconosciuta la possibilità al Ministro della giustizia di promuovere l'azione disciplinare nei confronti di un magistrato, proprio al fine di realizzare un bilanciamento tra principio democratico ed indipendenza dell'ordine giudiziario. Essa costituisce uno strumento per assicurare qualche forma di responsabilità per gli organi dell'accusa come per gli altri magistrati, in quanto,

l'esistenza di una precisa potestà ministeriale di azionare il procedimento disciplinare impedisce la deresponsabilizzazione del potere politico di fronte a comportamenti censurabili dei magistrati.

Da ultimo, pur riconoscendo le difficoltà di un controllo stringente in sede disciplinare sulla gestione dell'azione penale da parte del pubblico ministero, non si può fare a meno di notare che le soluzioni possono essere altre rispetto alla subordinazione del p.m. al potere esecutivo per quanto concerne l'esercizio delle sue funzioni.

Sarebbe opportuno, dunque, un intervento del legislatore volto a ridefinire in maniera puntuale le fattispecie di illecito disciplinare.

Tuttavia, malgrado gli spunti di riforma e gli sforzi del C.S.M. di indicare delle linee guida, nonché la buona volontà di alcuni Procuratori¹, la situazione di incertezza nell'esercizio dell'azione penale da parte dei pubblici ministeri non pare assestarsi su livelli di complessiva accettabilità. Infatti, appare evidente a tutti indistintamente che il tema dell'inadeguatezza delle risorse a disposizione dell'amministrazione giudiziaria e la compatibilità di esse con il principio di obbligatorietà dell'azione penale è diventato sempre più attuale, anno dopo anno, in ragione della crisi economica che l'Italia patisce ormai da quasi un decennio. E finché questo deficit di risorse non viene almeno in parte coperto, permane il concreto rischio che la politica possa "appropriarsi" delle scelte inerenti l'esercizio dell'azione penale in nome dell'esigenza di assicurare un livello minimo di certezza del diritto e di efficienza della macchina giudiziaria.

Attualissimo è il caso di Specchia, avente per oggetto l'omicidio della sedicenne Noemi Durini. La prima Commissione del Consiglio Superiore della Magistratura ha chiesto al comitato di Presidenza l'apertura di una pratica sul caso della sedicenne uccisa dal fidanzato reo confesso. L'obiettivo è chiarire se ci siano state o no inerzie degli inquirenti in relazione alle denunce che la madre di Noemi, la signora Imma Rizzo, ha presentato alla Procura per i minorenni di Lecce sui comportamenti violenti del ragazzo. La madre della ragazza uccisa ha più volte

¹ Viene sempre ricordata a titolo di esempio virtuoso la circolare del 10 gennaio 2007 del Procuratore di Torino, Marcello Maddalena, dal titolo "*Direttive in tema di trattazione dei procedimenti in conseguenza dell'applicazione della legge che ha concesso l'indulto*", che fissò in maniera analitica le priorità da seguire nel suo ufficio.

ripetuto di aver già denunciato il ragazzo per comportamenti violenti; circostanza che emerge anche dai racconti dei parenti della vittima. Ora il ministro della Giustizia, Andrea Orlando, ha disposto tramite l'ispettorato accertamenti preliminari sul caso. Il caso porta all'attenzione la questione sui profili di responsabilità del pubblico ministero per inerzia nello svolgimento dell'attività giudiziaria.

BIBLIOGRAFIA

ALBAMONTE, *Il dovere del silenzio nei rapporti del magistrato con gli organi di informazione: profili processuali, penali e disciplinari*, in *Giur. di Merito*, Milano, Giuffè, supplemento al n. 7-8 del luglio 2008, pp. 62-65.

ALBAMONTE-FILIPPI, *Ordinamento giudiziario. Leggi, regolamenti e procedimenti*, Torino, Utet giuridica, 2009.

AMORTH, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano, Giuffrè, 1948, p. 106.

ATTI PARLAMENTARI, XVI Legislatura, Camera dei deputati, *Disegno di legge costituzionale recante “Modifiche dell’art. 112 della Costituzione, concernente le funzioni di pubblico ministero, l’organizzazione delle procure della Repubblica e l’esercizio dell’azione penale”*, a firma del deputato Pecorella, consegnata alla Presidenza il 6 ottobre 2008, stampato n. 1745.

ATTI PARLAMENTARI, XVI Legislatura, Camera dei Deputati, *Disegno di legge costituzionale recante “Modifiche all’art. 112 della Costituzione in materia di abolizione dell’obbligatorietà dell’azione penale”* a firma del deputato Versace, consegnata il 9 marzo 2010, stampato n. 3278.

ATTI PARLAMENTARI, XVI Legislatura, Senato della Repubblica, *Disegno di legge recante “Delega al governo in materia di determinazione dei criteri di priorità nell’esercizio dell’azione penale”* a firma di Cossiga, comunicato alla Presidenza il 29 aprile 2008, stampato n. 210, p. 4.

ATTI PARLAMENTARI, XVI Legislatura, Senato della Repubblica, *Disegno di legge costituzionale recante “Modifiche dell’art. 112 della Costituzione in materia*

di abolizione dell'obbligatorietà dell'azione penale", a firma dei senatori Perduca e Poretti, consegnato alla Presidenza il 18 novembre 2009, stampato n. 1890.

ATTI PARLAMENTARI, XVI Legislatura, Senato della Repubblica, *Disegno di legge costituzionale recante "Nuove norme costituzionali sulla magistratura"*, a firma del senatore Pera, consegnata il 15 dicembre 2009, stampato n. 1935.

BIAVATI- CAVALLINI-ORLANDI, *Assetti della giustizia civile e penale in Italia*, Bologna, Il mulino, 2016.

BORRACCETTI, *Il dirigente dell'ufficio di procura dopo la riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Questione giustizia*, 2008, n. 1, pp. 14-16.

BRICCHETTI- PISTORELLI, *Una corsia preferenziale per la trattazione*, in *Guida al diritto*, 2008, n. 32, p. 103.

BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale I- Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 294 ss.

BRIGUGLIO, *La responsabilità dell'arbitro al bivio tra responsabilità professionale e responsabilità del giudice*, in *Giust. civ.*, I, 2006, p. 69.

BRUNO, *Polizia giudiziaria*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 158-159.

CAIA, *L'ordine e la sicurezza pubblica*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 2003, p. 281 ss.

CAPONE, *I criteri di priorità nella formazione dei ruoli di udienza*, *Studium iuris*, 2009, p. 1208.

CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Napoli, Jovene, 1994, p. 330.

CARCANO, *Stabilire i criteri di priorità nella trattazione dei procedimenti è un dovere dei capi degli uffici*, in *Cass. pen.*, 1998, pp. 1490- 1492.

CERESA-GASTALDO, *Dall'obbligatorietà dell'azione penale alla selezione politica dei processi*, in *Diritto penale contemporaneo*, 22 dicembre 2011, pp. 24-26.

CERRI, *Polizia giudiziaria*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Roma, Treccani, 1994, § 2 ss.

CESARI, *Deflazione e garanzie nel rito penale davanti al giudice di pace: l'istituto della "tenuità del fatto"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 733 ss.

CESARI, *L'inflazione delle notizie di reato e i filtri selettivi ai fini del processo*, in *Riv. Dir. proc.*, 2011, n. 6, p. 1407.

CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 178 ss.

CHIAVARIO, *Ancora sull'azione penale obbligatoria: il principio e la realtà*, in *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova, Cedam, 1997, p. 117 ss.

CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass.pen.*, 1993, p. 2658 ss.

CHIAVARIO, *La fisionomia del titolare dell'azione penale, tema essenziale di dibattito per la cultura del processo*, in *Associazione tra gli studiosi del processo penale, Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Atti del convegno, Udine 22/24-10-2004, Milano, Giuffrè, 2006, p. 21.

CIRILLO-SORRENTINO, *La responsabilità del giudice*, Napoli, 1988, p. 86.

CONSO, *Introduzione alla riforma*, in *Pubblico ministero e accusa penale*, Bologna, Zanichelli, 1979, XVI.

COPPETTA, *Riparazione per l'ingiusta detenzione: una declaratoria di incostituzionalità dirompenente?*, in *Giur. Cost.*, 2008, p. 2456.

CORSO, *Danni da processo penale: profili costituzionali*, in *La vittima del processo: i danni da attività processuale penale*, AA.VV. (a cura) di G. Spangher, 2017, Torino, Giappichelli, pp. 23-24.

CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecite*, in *Dir. Amm.*, 2009, p. 203 ss.

CORTE COSTITUZIONALE, 13 febbraio 2008, n. 26, in *Giur. Cost.*, 2008, n.1, p. 288.

CORTE COSTITUZIONALE, 24 marzo 1988, n. 364, in *Giur. cost.*, 1988, p. 1504 ss.

CORTE COSTITUZIONALE, sent. n. 88 del 1991, in *Cass. pen.* 1992, p. 249, con commento di L. GIULIANI, *La regola di giudizio in materia di archiviazione (art. 125disp. att. c.p.p.)*.

D'ELIA, *Polizia giudiziaria (diritto costituzionale)*, in *Digesto pubbl., Agg., II*, Torino, Utet giuridica, 2005, p. 603.

DAL CANTO, *La legge n. 18/2015 sulla responsabilità civile dello Stato per fatto del magistrato: tra buone idee e soluzioni approssimative*, in *Questione Giustizia*, n. 3, 2015, p. 191 ss.

DAL CANTO, *La riforma della responsabilità civile dello Stato per fatto del magistrato: alla ricerca di un equilibrio difficile*, in *Quaderni cost.*, 2015, n. 2, pp. 405-408.

DE RENZIS, *La nuova legge di responsabilità civile e la giurisprudenza di legittimità: le nuove fattispecie di travisamento del fatto e della prova ed i possibili*

tentativi di inquadramento nel sistema giuridico attuale, in *Critica del diritto*, 2015, p. 44.

DELVECCHIO, *Le possibili forme di indennizzo del danno subito dalla vittima nel corso delle indagini preliminari*, in *La vittima da processo. I danni da attività processuale penale*, AA.VV. (a cura di) G. Spangher, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 155-156.

DI CHIARA, *Il pubblico ministero e l'esercizio dell'azione penale*, in FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, p. 235 ss.

DI FEDERICO, *L'indipendenza e responsabilità del pubblico ministero italiano in prospettiva comparata*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2009.

DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, Giappichelli, 1969, p. 136 ss.

FABRI, *Discrezionalità e modalità di azione del pubblico ministero nel procedimento penale*, in *Polis*, XI, 2 agosto 1997, pp. 171-192.

FANTACCHIOTTI, *Profili sostanziali: le infrazioni disciplinari e le relative sanzioni*, in *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 185.

FERRUA, *La fisionomia del titolare dell'azione penale, tema essenziale di dibattito per la cultura del processo*, in *Associazione tra gli studiosi del processo penale, Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Atti del convegno, Udine 22/24-10-2004, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 146-151.

FIANDACA, *Cari magistrati, dormite sonni tranquilli*, in *Il Garantista*, 6 marzo 2015.

FOSCHINI, *Il pubblico ministero in un processo penale a struttura giurisdizionale*, in *Justitia*, 1967, p. 138.

FRIGO, *Le esigenze di accelerazione del rito devono fare i conti con il giusto processo*, in *Guida al diritto*, 5 maggio 2007, n. 18, pp. 10-11-12.

GALLO, *Magistratura più indipendente con il principio della professionalità*, in *Guida al diritto*, 27 maggio 2006, n. 21, pp. 11-12.

GIANNATTASIO, *Polizia giudiziaria*, (a cura di BASCHIERI, BIANCHINI D'ESPINOSA, GIANNATTASIO), in *La Costituzione italiana. Commento analitico*, Firenze, Nocchioli, 1949, p. 256 ss.

GILARDI, *Le tabelle*, in *Modelli e tecniche dei processi civili*, Torino, Utet Giuridica, 2015, pp. 216-221.

GIORDANO, *Le indagini preliminari- Poteri e limiti del p.m. e della polizia giudiziaria*, Padova, Cedam, 2006, p. 288.

GRILLO, *Giustizia: sul "pacchetto Mastella" necessario un ampio confronto*, in *Guida al diritto*, 17 marzo 2011, n. 11, pp. 10-11-12.

GROSSO, *Polizia giudiziaria (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Giur.*, XXXIII, Roma, Treccani, 1990, §§ 1.1-1.2-1.2.3.

GUARNIERI, *Giustizia: sospesa la riforma Castelli ma la strada dell'efficienza è lontana*, in *Guida al diritto*, 4 novembre 2006, n. 42, pp. 11-12.

GUARNIERI, *Giustizia: quel difficile cammino verso il cambiamento organizzativo*, in *Guida al diritto*, 9 settembre 2006, n. 35, pp. 11-12.

GUARNIERI, *Pubblico ministero e sistema politico*, Padova, Cedam, 1984, p. 145.

GUARNIERI, *Una riforma condivisa sull'ordinamento per evitare le paralisi della giustizia*, in *Guida al diritto*, 31 marzo 2007, n. 13, pp. 10-11.

GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 52.

KOSTORIS, *Criteri di selezione e moduli deflattivi nelle prospettive di riforma*, in AA.VV., *Il giudice unico nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 69.

KOSTORIS, *Per un'obbligatorietà temperata dell'azione penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 875 ss.

LENER, *L'indipendenza della magistratura nella nuova Costituzione*, in *Civiltà cattolica*, 1947, n. 2326, pp. 309-313.

MAGGIO, *L'indennizzo del danno da processo penale*, in *Archivio penale*, 2016, n. 3, p. 2.

MARRA, *La responsabilità civile del Pubblico Ministero per inerzia nell'attività di indagine*, in *Diritto penale e processo*, 2016, n. 2, p. 258.

MELILLO, *L'organizzazione dell'ufficio del pubblico ministero*, in AA.VV., *Il Nuovo Ordinamento Giudiziario*, a cura di D. CARCANO, Milano, Giuffrè, 2006, p. 239 ss.

MENDITTO, *L'organizzazione delle procure nella stagione della controriforma*, in *Questione giustizia*, 2006, p. 899 ss.

MONACO, *Pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 337 ss.

MORTARA-STOPPANI-VACCA (a cura di), *Relazione sul progetto di nuovo codice di procedura penale del 1905*, in *Codice di procedura penale: lavori*

preparatori. I progetti ministeriali del 1905 e del 1911: relazioni e testi, II, Torino, Utet Giuridica, 1913, p. 140.

PADOVANI, *Si può agire sull'obbligatorietà con legge ordinaria*, in *Il Riformista*, 29 agosto 2008, p. 7.

PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1979, p. 33 ss.

PAZIENZA, *Atti, provvedimenti e comportamenti dei magistrati penali rilevanti ai fini della responsabilità civile*, in *Critica del diritto*, 2015, fasc. 1/3, pp. 56-59.

PEPINO, *Il pubblico ministero: magistrato, funzionario o superpoliziotto?* In *Quest. giust.*, 1997, p. 543 ss.

PERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità. La modellistica delle fonti tra esperienze recenti e prospettive de iure condendo: un quadro ricognitivo*.

PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, Einaudi, 1990, p. 170.

PONTICELLI-PERSICO-CARBONI-ROMANO, *sedute del 7-8-11 novembre 1947*, in *Assemblea costituente*, V, p. 1857 ss.

PULITANO', *Tensioni vecchi e nuove sul sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1078.

RIGANO, *I rapporti fra pubblico ministero e polizia giudiziaria*, in *Atti del convegno, Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Associazione tra gli studiosi del processo penale, Udine 22-24 ottobre 2004, Milano, 2006, p. 124.

ROMBOLI, *Una riforma necessaria o una riforma punitiva?*, in *Foro.it*, 2015.

ROSSI, *Per una concezione realistica dell'obbligatorietà dell'azione penale*, in *Quest. giust.*, 1997, p. 309.

RUSSEL, *Toward a General Theory of Judicial Indipendence*, in *Judical Indipendence in the Age of Democracy*, University of Virginia Press, 2001, p. 7.

RUSSO, *I criteri di priorità nella trattazione degli affari penali: confini applicativi ed esercizio dei poteri di vigilanza*, *Diritto penale contemporaneo*, 9 novembre 2016, pp. 4-8.

SANTALUCIA, *Il pubblico ministero*, in *Questione giustizia*, 2006, n.1, p. 108 ss.

SCARSELLI, *La riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero*, in AA.VV., *La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario*, Foro.it, 2006, p. 30.

SCOTTI, *La responsabilità civile dei magistrati*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 83.

SCOTTI, *Liceità, legittimità e responsabilità dell'amministrazione*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Napoli, 2013.

SCOTTI, *Responsabilità da atto lecito e principio di compensazione*, in *Ius publicum*, 2014, n.1, pp. 1-44.

SILVESTRI, *La polizia giudiziaria "braccio secolare" della Magistratura*, in *Democr. e dir.*, 1968, pp. 591-597.

TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 287 ss.

TRANCHINA, *La fisionomia del titolare dell'azione penale, tema essenziale di dibattito per la cultura del processo*, in *Associazione tra gli studiosi del processo penale, Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Atti del convegno, Udine 22/24-10-2004, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 163-165.

TRIBUNALE DI SORVEGLIANZA DI ROMA, (ord.) 22 agosto 2013, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1067.

TURCO, *La riparazione per ingiusta detenzione dopo la recente riforma: profili sistematici e prospettive evolutive*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3255.

UBERTIS, *Azione (azione penale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, IV Roma, 1988, p. 4.

VALENTINI, *L'obbligatorietà dell'azione penale tra criteri di priorità e garanzia di uguaglianza*, in *Processo penale e costituzione*, a cura di DINACCI, Milano, 2010, p. 127 ss.

VERZELLONI, *Il lungo dibattito sui criteri di priorità negli uffici giudicanti e requirenti*, in *Archivio penale*, 2014, n. 3, pp. 815-822.

VICOLI, *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost.: un tentativo di razionalizzazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, fasc. 1-2, p. 262 ss.

VOLPI, *Costituzione e polizia*, in *Politica del diritto*, 1983, n. 1, p. 92.

ZAGREBELSKY, *Direttiva concernente criteri di priorità nella conduzione delle indagini preliminari*, pubblicata in *Cass. pen.*, 1991, p. 1615 ss.

ZAGREBELSKY, *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in CONSO (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale*, Bologna, Zanichelli, 1979, pp. 3-17.

ZAGREBELSKY, *Stabilire le priorità nell'esercizio obbligatorio dell'azione penale*, in AA.VV., *Il pubblico ministero oggi (Atti del convegno di studi "Enrico de Nicola", Saint Vincent 3-4 giugno 1993)*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 105.

ZAGREBELSKY, *Una filosofia dell'organizzazione del lavoro per la trattazione degli affari penali* (osservazione alla circolare 8 marzo 1989 del procuratore generale e del presidente della Corte d'appello di Torino), in *Cass. pen.* 1989, p. 1615.

ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996, p. 26 ss.

SITOGRAFIA

DI FEDERICO, *Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, relazione al Convegno su “*Obbligatorietà dell'azione penale in Italia del 2008: un tabù da superare*” (Roma 2008), in www.irsig.cnr.it, p. 9.

MARRA, *Uxoricidio, condanna dello Stato per inerzia dei P.M.: la sentenza del Tribunale di Messina*, www.quotidianogiuridico.it.

NISTICO', *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Inquadramento storico-sistematico e profili problematici*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

RESCIGNO, *L'esercizio dell'azione pubblica e il pubblico ministero*, Padova, 22-23 ottobre 2004, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

SCOTTI, *Responsabilità da atto lecito e principio di compensazione*, in www.ius-publicum.com, 2014, p. 23 ss.

Ringraziamenti

Dopo cinque anni di intenso lavoro, il giorno dei giorni è finalmente arrivato: servirebbero diverse pagine per citare tutte le persone che vorrei ringraziare, ma non è possibile per cui sarò breve.

Il primo immenso ringraziamento è rivolto alla mia famiglia, in particolare mio padre, mia madre, mia sorella e mia nonna che mi sono stati sempre vicini tra gli alti e bassi della carriera universitaria e della vita in generale, lasciare casa e vivere fuori non è stato semplice, ma loro sono stati al mio fianco ogni singolo giorno.

Grazie per i vostri saggi consigli e per avermi aiutato a realizzare il mio sogno più grande, insegnandomi i valori del lavoro e della costanza.

Un pensiero speciale va alla piccola della famiglia, mia nipote Vittoria, che è stata il dono più prezioso: mi ha fatto scoprire la bellezza di diventare zia.

Un ringraziamento particolare va alla Prof.ssa Angela Procaccino, relatore di questa tesi, per la grande disponibilità e cortesia dimostratemi, e per tutto l'aiuto fornito durante la stesura. È stato immensamente piacevole ascoltare le sue lezioni durante questo percorso di studio.

Dal cuore mi sento di ringraziare Pasquale, l'altra parte di me, che con amore, pazienza e fiducia mi ha sostenuto per tutti questi anni. Grazie per tutti i tuoi sacrifici, grazie per tutte le volte che hai cercato di venirmi incontro nonostante le innumerevoli difficoltà. Abbiamo affrontato insieme questo cammino, giorno dopo giorno, passo dopo passo, festeggiando insieme ogni vittoria e rialzandoci più forti di prima dopo ogni sconfitta. Grazie a tutti gli ostacoli che abbiamo superato insieme, oggi, sei ancora una volta accanto a me. E spero non smetterai mai di farlo. Dietro il tuo amore c'è la mia forza.

Sento di dover ringraziare anche le mie coinquiline, Debora, Erika, Incoronata e Maria Assunta che nel corso degli anni mi sono state vicine, sopportandomi e

supportandomi con la loro immensa fiducia. Sono state la mia famiglia acquisita, sempre pronte ad ascoltarmi e consolarmi.

Per ultimi ma non meno importanti, ringrazio i miei cari amici e colleghi, in particolare Alessandro, Carola e Rossella. Ci siamo sostenuti a vicenda, nei momenti di felicità e sconforto. Abbiamo condiviso dubbi, insicurezze e soddisfazioni, sembra ieri che ci siamo conosciuti alla primissima lezione di diritto costituzionale. Nel corso degli anni ho avuto tante conoscenze ma pochi amici veri, e, tra questi, voi siete stati i più importanti. Spero che, nonostante le strade diverse, non ci perderemo nel corso del tempo e chissà, un giorno, ci ritroveremo tutti in Tribunale.

Grazie a tutti voi, oggi il mio cammino si conclude qui e si aprono le porte di una nuova avventura.

AD MAIORA!

Gabriella