

# IL PONTE

Rivista di politica economia e cultura fondata da Piero Calamandrei

Anno LXIV n. 11



novembre 2008

## FUORI QUOTA

*La ragazzotta e l'uovo di Colombo* (Antonio Santoni Rugiu), 5  
- *Il biocapitalismo nella società dei consumi* (Carlo Bordoni), 7  
- *Tanto rumore per nulla* (Giovanni Terranova), 9 - *Il nostro piccolo Kuwait* (Carlo Carlucci), 11 - *Un relativismo laico e socialista* (Stefano Berni), 12 - *Le radici della laicità* (Antonio Santoni Rugiu), 15

## AGENDA POLITICA

- 20 GIANCARLO SCARPARI, *Dispotismo e democrazia*  
26 RINO GENOVESE E FILIPPO LA PORTA, *Italia, Occidente prossimo venturo*  
34 RAFFAELE POTENZA, *La disapplicazione della Carta costituzionale: una china molto pericolosa*  
43 g.v., *Il pubblico ministero dipendente e indipendente*  
46 GIANCARLO SCARPARI, *Quando il p.m. dipendeva dall'esecutivo*  
62 GIANFRANCO VIGLIETTA, *La difficile strada dell'obbligatorietà dell'azione penale*  
69 VINCENZO ACCATTI, *Il pubblico ministero fra amministrazione e giurisdizione*

## AGENDA ECONOMICA

- 77 BRUNO JOSSA, *La democrazia nell'impresa e i suoi nemici*

**MEMORIA COME DOMANI**

- 96 *Una lettera di Vittorio Foa*  
97 ALESSANDRO ROVERI, *Florestano Vancini*

**QUESTO E ALTRO**

- 100 THEA RIMINI, *Quando le vele non solcano il mare: «Gomorra»*  
105 CHRISTIAN UVA, *«Questi fantasmi»: l'immagine di Moro sul grande schermo*  
111 ROBERTO BARZANTI, *Il poco miracoloso «Miracolo a Sant'Anna»*  
115 PIETRO SCARPELLINI, *Disastro restauro*

## IL PUBBLICO MINISTERO FRA AMMINISTRAZIONE E GIURISDIZIONE

Vi sono pubblici ministeri dipendenti e indipendenti<sup>1</sup>. E ve ne sono di dipendenti che devono sforzarsi al massimo di essere imparziali: sono i pubblici ministeri dei paesi democratici, dove il parlamento, la stampa, l'opposizione vigilano affinché, anche se dipendenti, siano imparziali, o almeno appaiano tali. Esempio la vicenda di cui si è discusso negli Stati Uniti, a partire dai primi mesi del 2007<sup>2</sup>.

L'*Attorney General* (ministro della Giustizia) Alberto Gonzales ha licenziato 9 pubblici ministeri federali. Il Congresso ha indagato sul licenziamento per rendersi conto se fosse avvenuto nel rispetto delle regole oppure in maniera partigiana. C'è stato un accumulo di prove in favore della partigianeria: è stato quindi chiesto il licenziamento di Gonzales, un "falco" dell'Amministrazione Bush<sup>3</sup>.

I pubblici ministeri federali vengono nominati dal presidente e, in media, restano in carica per quattro anni, *at president's pleasure*. Il presidente li nomina e li licenzia quando non sono più graditi. Ronald Reagan e Bill Clinton, assumendo l'incarico, hanno licenziato,

<sup>1</sup> Cfr. G. Viglietta, S. Mattone, G. Palombarini, *Obbligatorietà dell'azione penale e principio di offensività* e V. Accattatis, *I pubblici ministeri e la loro indipendenza*, «Il Ponte», n. 12, dicembre 2003; inoltre V. Accattatis, *Il pubblico ministero dipendente*, «Il Ponte», n. 1, gennaio 2004, e Id., *Il pubblico ministero indipendente in Italia*, «Il Ponte», n. 5, maggio 2004. Di seguito svilupperò gli articoli richiamati.

<sup>2</sup> Per un'ampia analisi cfr. *Three clashing branches*, «The Economist» 17.03.2007; *Nothing Improper*, «The Washington Post», 15.04.2007; D. Johnston ed E. Ericlipton, *Gonzales Endures Harsh Session With Senate Panel*, «The New York Times», 20.04.2007; *A Scandal That Keep Growing*, «The New York Times», 06.05.2007, editoriale; K. Tumulty e M. Calabresi, *Inside the Scandal at Justice*, «Time», 21.05.2007; *Silence in the Senate*, «The New York Times», 13.06.2007, editoriale; *Dead man walking*, «The Economist», 14.07.2007; *Tilting the Scales of Justice*, «The New York Times», 24.10.2007, editoriale; *Torture and the Attorneys General*, «The New York Times», 01.11.2007, editoriale; Ph. Shenon e D. M. Herszenhorn, *Justice Nominee Gets 2 Key Votes From Democrats*, «The New York Times», 03.11.2007.

<sup>3</sup> Per un'analisi del ministro "falco" cfr. *A Feeble Performance*, «The New York Times», 12.05.2007, editoriale.

entrambi, i 93 pubblici ministeri federali, nominandone altri di loro gradimento. George W. Bush ha fatto lo stesso, ma per il licenziamento dei pubblici ministeri in corso delle loro funzioni è altra questione. Il ministro della Giustizia non può licenziarli d'arbitrio, per favoritismi. Stuart Taylor, un esperto in materia, ha argomentato che, legittimamente, un presidente può licenziare un *prosecutor* per ragioni di politica giudiziaria (per il fatto, per esempio, che un pubblico ministero non chieda mai la pena di morte, mentre il presidente è favorevole a tale pena per determinati reati), mentre non lo può fare, per esempio, solo perché il pubblico ministero agisce per un reato di corruzione contro un amico del presidente.

Le pubbliche istituzioni devono essere al di sopra delle parti, dei partiti e delle fazioni: devono essere e devono apparire tali. Se appaiono partigiane devono essere investigate. Il che serve per mostrare ai cittadini che tutte le pubbliche istituzioni sono sotto controllo, in logica *checks and balances*.

I pubblici ministeri possono essere licenziati per *poor performance*, cioè per inidoneità a svolgere le loro funzioni; ma non per il fatto di essere imparziali perché devono essere imparziali. Anche il ministro della Giustizia deve essere imparziale. Se non lo, è deve essere anch'egli licenziato. Concetto strano, inaudito in Italia, dove nessuno si meraviglia se un guardasigilli si mostra manifestamente parziale in violazione dell'art. 97 della Costituzione che reclama l'imparzialità dei ministri e del presidente del Consiglio. Il guardasigilli Roberto Castelli era manifestamente impegnato a far assolvere Silvio Berlusconi e Cesare Previti che erano sotto processo.

«Il ministero della Giustizia – ha scritto il “New York Times” – is no ordinary agency»<sup>4</sup>, non è un ministero come gli altri. In Italia, invece, è un *ordinary agency*, che, secondo Silvio Berlusconi, poteva anche essere affidata a Cesare Previti. Romano Prodi l'ha affidata non ad Antonio Di Pietro, un magistrato-giurista, ma al “filosofo” Clemente Mastella, democristiano di lungo corso, che non si è affrettato a disfare le leggi *ad personam* e *contra personam* fatte dal governo Berlusconi; né a richiedere l'estradizione degli agenti della Cia sotto processo a Milano (rimane la vecchia subalternità dc agli Usa). Una domanda a Prodi: più imparziale e competente a svolgere le funzioni di ministro della Giustizia Antonio Di Pietro o Clemente Mastella? E va notato che vi erano molti altri magistrati imparziali nel centrosinistra, nonché docenti di diritto che avevano dato prova della loro imparzialità.

Gonzales non era all'altezza delle sue funzioni. Peggio – ha scritto

<sup>4</sup> *Why This Scandal Matters*, art. cit.

l'«Economist» –, la sua principale qualificazione è stata quella di essere un amico fedele del presidente: elemento, questo, che avrebbe dovuto portare Bush a escluderlo dalla funzione e che lo ha poi portato alla squalificazione<sup>5</sup>. Era un guardasigilli *supine*, mentre i guardasigilli non lo devono essere e devono saper resistere anche al presidente in nome della *rule of law* (governo delle leggi, non degli uomini). Gonzales ha assecondato Bush in altre azioni squalificanti: ha favorito le pratiche di tortura, ha definito obsolete le Convenzioni di Ginevra<sup>6</sup>.

Il dibattito sui pubblici ministeri negli Stati Uniti è importante perché porta a sollevare alcuni problemi di fondo: i pubblici ministeri possono essere dipendenti? Se lo sono, riescono a essere imparziali? Sono questioni che si pongono oggi in Usa come in Gran Bretagna, in Francia e in molti altri paesi. Negli Stati Uniti il problema della dipendenza dei pubblici ministeri federali ha portato all'istituzione di *special prosecutors*, che in Francia non esistono. Può essere, ancora oggi, accettato in Francia il sistema bonapartista dei pubblici ministeri dipendenti e manipolabili? Il governo socialista di Jospin ha cercato di rendere la magistratura francese più indipendente, ma i governi gollisti la stanno invece riformando in peggio<sup>8</sup>. E Nicolas Sarkozy non vuole una magistratura indipendente.

### *Il pm indipendente italiano*

La scelta italiana dei pubblici ministeri indipendenti resta valida, ma anche in Italia bisogna riprendere il discorso, considerata la tradizione occidentale e considerati, inoltre, i molteplici problemi e le distorsioni che il sistema dei pubblici ministeri indipendenti genera. Per esempio: chi fissa le priorità nella trattazione dei processi? Il

<sup>5</sup> *Keeping the lights on*, «The Economist», 01.09.2007.

<sup>6</sup> *Going, going, Gonzales*, «The Economist», 01.09.2007.

<sup>7</sup> Per un'analisi dei pubblici ministeri francesi manipolabili cfr. E. Bruti Liberati, *La magistratura e i fatti di corruzione politica*, «Questione Giustizia», nn. 3-4, 1992; E. Nallet, *Tempête sur la Justice*, Paris, Plon, 1992 (nel libro Nallet ripercorre la sua esperienza di ministro della Giustizia); V. Accattatis, *Il pubblico ministero dipendente* cit.

<sup>8</sup> Il tema di fondo da trattare è bonapartismo e gollismo, che non tollerano la divisione dei poteri; vogliono, invece, la concentrazione del potere, se possibile, in un uomo solo. In Francia i giudici sono bistrattati. Sono costretti a dimettersi; cfr. *Le juge Halphen annonce son départ de la magistrature*, «Le Monde», 15.01.2002; *Halphen, le symbol*, «Le Monde», 16.01.2002, editoriale; *Le monde judiciaire secué par le départ du juge Halphen*, «Le Monde», 16.01.2002; *The bitterness of a judge*, «The Economist», 19.01.2002; S. Coignard e J.-F. Lacan, *La République bananière*, Paris, Pierre Belfond, 1989, p. 88; F. Choisel, *Bonapartisme et gaullisme*, Paris, Albatros, 1987.

procuratore “capo”? Le priorità vengono fissate procura per procura? Quindi priorità diverse secondo le diverse procure?

Se l'Italia fosse un paese normale, si potrebbe auspicare un rientro dell'Italia nella tradizione occidentale del pubblico ministero dipendente dal potere politico, anche perché il Consiglio d'Europa e l'Unione europea non sembrano in favore dei pubblici ministeri indipendenti; ma l'Italia è un paese anormale. A ogni persona seria vengono i brividi pensando a Cesare Previti che dà ordini a Ilda Boccassini e a Gherardo Colombo su come “trattare” i processi instaurati contro il Cavaliere<sup>10</sup>. Tutti i seri osservatori occidentali sanno che il pubblico ministero indipendente all'italiana è un'anomalia, ma nessuno auspica l'introduzione in Italia del pubblico ministero dipendente, tenuto conto della ancor più generale anomalia politica italiana rappresentata da presidenti del Consiglio sotto processo per reati gravi che continuano a governare e a comandare a guardasigilli “supini”<sup>11</sup>. Occorre quindi trovare – escogitare? – delle soluzioni alternative, mantenendo l'indipendenza del pubblico ministero e il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Per una più ampia analisi cfr. V. Borraccetti, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, «Questione Giustizia», n. 1, 1997; A. Rossi, *Per una concezione realistica dell'obbligatorietà dell'azione penale*, «Questione Giustizia», n. 2, 1997; L. Pepino, *Il pubblico ministero: magistrato, funzionario o superpoliziotto?*, «Questione Giustizia», n. 3, 1997.

<sup>10</sup> Prescinde del tutto da questo aspetto, e cioè dall'anomalia italiana, il professor G. Di Federico, cfr. «Introduzione» al rapporto del professor C. Guarnieri, *Il pubblico ministero in Gran Bretagna, Stati Uniti, Germania, Francia*, «Quaderni della Giustizia», n. 35, giugno 1984, p. 52 ss.; *Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità*, «La giustizia penale», 1991, parte terza, p. 147 ss.; «Italy: A Peculiar Case», in N. Tate e T. Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, London, New York University Press, 1995, p. 233 ss. (il libro raccoglie gli atti dell'incontro svoltosi a Forlì nel giugno del 1992, organizzato dal Centro studi sull'ordinamento giudiziario di Bologna, finanziato dal Cnr e dalla Fondazione Ser.In.Ar). Per la critica dell'orientamento espresso da Di Federico cfr. L. Pepino, *Superprocura e dintorni ...*, «Questione Giustizia», n. 2, 1992.

<sup>11</sup> Per un ritratto di Angelino Alfano, guardasigilli “fedelissimo”, amico di Marcello Dell'Utri, cfr. C. Lopapa, *Da Agrigento a via Arenula. L'attesa di Angelino il fedelissimo*, «la Repubblica», 07.05.2008; S. Menafra, *Alfano il fedele sarà guardasigilli*, «il manifesto», 08.05.2008.

<sup>12</sup> È questo l'orientamento di Magistratura democratica e dell'Associazione nazionale magistrati; cfr. A. Rossi, *Pubblico ministero e giudice: separazione delle carriere?*, «Questione Giustizia», nn. 3-4, 1996; E. Bruti Liberati, *Il dibattito sul pubblico ministero: le proposte di riforma costituzionale in una prospettiva comparata*, «Questione Giustizia», n. 1, 1997; L. Pepino, *Progetti e prospettive di riforma in materia di garanzie*, «Questione Giustizia», n. 1, 1997; A. Caputo, «Obbligatorietà dell'azione penale: il principio, l'effettività, le prospettive», in A. Burgio (a cura di), *La forza e il diritto*, Roma, DeriveApprodi, 2003; A. Pizzorusso, «Relazione presentata alla quarta Conferenza dei procuratori generali d'Europa», Bratislava, 2 giugno 2003 – in corso di pubblicazione nella raccolta di studi in onore del professor Fausto Cuocolo.

Pubblici ministeri indipendenti, decisi a perseguire i reati di corruzione da chiunque commessi, eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge: ma se poi tutto finisce nel nulla il sistema di giustizia tutto intero fa ridere<sup>13</sup>.

Processo alla giustizia italiana. Perché? Perché celebra processi destinati a finire nel nulla, tenuto conto della prescrizione e delle altre molteplici scappatoie. Primo grado di giudizio, secondo grado, ricorso in Cassazione, prescrizione. In Italia, in materia di giustizia, c'è un enorme spreco di risorse. Per la classe politica italiana la migliore giustizia funzionante è quella che finge di funzionare, ma non funziona. Se la giustizia non funziona vincono i poteri forti.

### *I pubblici ministeri speciali Usa*

Gli *special prosecutors* americani meritano un'analisi puntuale perché esprimono l'insoddisfazione dello Stato liberale con divisione dei poteri rispetto ai pubblici ministeri dipendenti e la difficoltà di trovare una soluzione adeguata; insoddisfazione che la cultura liberale francese bonapartista non avverte o avverte molto poco, e che non avvertono i giuristi italiani favorevoli alla subordinazione del pubblico ministero<sup>14</sup>.

Gli *special prosecutors* indipendenti sono apparsi in Usa nel 1979. In precedenza erano nominati raramente, in casi del tutto particolari. In base alla legge – *Independent Counsel Act* –, se il *General Attorney* aveva qualche sospetto di reato a carico di un pubblico ufficiale di alto rango dell'Amministrazione, aveva l'obbligo di chiedere la nomina di uno *special prosecutor* indipendente per indagare. L'*Independent Counsel Act* è stato approvato nel 1978 da un Congresso democratico sull'onda dello scandalo Watergate, ma nel 1999 la legge è decaduta (non è stata rinnovata). Ancor oggi, comunque, gli *special prosecutors* possono essere nominati, come lo erano prima della legge del 1978.

Con sentenza del 1988, «Morrison v. Olson» (maggioranza 7 a 1, Antonin Scalia in dissenso), la Corte suprema americana ha giudicato costituzionale l'*Independent Counsel Act*. A sostegno della sua incostituzionalità l'Amministrazione Reagan aveva argomentato, davanti alla Corte, che il procuratore speciale indipendente istituito dal Congresso sottraeva al presidente degli Stati Uniti il potere che

<sup>13</sup> *Justice on trial*, «The Economist», 17.03.2007. Per un'analisi su giustizia e corruzione negli Stati europei cfr. *Europe's Marxist dilemma*, «The Economist», 26.04.2008.

<sup>14</sup> Il rinvio è ancora a G. Di Federico, saggi cit., L. Pepino, *Superprocura e dintorni* cit.

la Costituzione gli assegna di nominare i pubblici ministeri federali. Ma la Corte ha respinto questa tesi e ha ritenuto che non vi fosse violazione della divisione dei poteri e delle prerogative accordate dalla Costituzione al presidente (al potere esecutivo). Scalia ha dissentito, osservando che la legge, in effetti, era incostituzionale in quanto l'esercizio dell'azione penale è «funzione eminentemente esecutiva» (un esercizio di *purely executive power*) e in quanto la legge – come sosteneva l'Amministrazione Reagan – privava il presidente dell'*exclusive control* dell'esercizio dell'azione penale. Scalia ha predetto abusi di potere da parte dello *special prosecutor* indipendente, abusi che, secondo alcuni osservatori, si sono poi puntualmente verificati, ragione per cui nel 1999 il Congresso ha ritenuto di non rinnovare la legge: «temo che la Corte abbia permanentemente gravato la Repubblica di un'istituzione capace di farle grande danno» (*I fear the Court has permanently encumbered the Republic with an institution that will do it great harm*). Queste le precise parole di Scalia, che rivendica il primato della politica, mentre la Corte aveva affermato il primato del controllo giuridico.

I poteri dello *special prosecutor* secondo la legge del 1978: nessun limite temporale per le indagini, nessun limite di spesa, normali poteri di un *prosecutor*, salvo le cautele che chi è all'altezza della sua funzione deve prendere – cautele che talvolta sono mancate. In particolare, il modo di indagare del procuratore speciale Kenneth Starr nell'affare Clinton-Lewinsky ha sollevato gravi e fondate obiezioni, in primo luogo nella sua pretesa di scandagliare a fondo nella vita privata di Clinton, ivi compresi rapporti sessuali e altro. Lo *special prosecutor* è chiamato a investigare sull'esistenza di possibili reati, non sui rapporti sessuali: Starr ha ampiamente superato i limiti dei suoi poteri di indagine<sup>15</sup>.

I pubblici ministeri indipendenti non sempre riescono a restare nei limiti. È accaduto e accade anche in Italia. La garanzia è nella divisione dei poteri (nel reciproco controllo), nella vigilanza di una pubblica opinione attenta e, con riferimento all'Italia, nel rigoroso controllo del Consiglio superiore della magistratura<sup>16</sup>.

Sono necessari i procuratori speciali indipendenti? – si è chiesto

<sup>15</sup> Per un'ampia analisi cfr. A. Lewis, *Lord High Executioner*, «The New York Times», 26.01.1998; *Abuse of Power*, «The New York Times», 02.02.1998; *The Starr Questions*, «The New York Times», 20.10.1998; *Politics Dressed as Law*, «The New York Times», 24.08.1998; *Some Unfinished Business*, «The New York Times», 16.02.1999; *An Incurable Statute*, «The New York Times», 20.02.1999; *Star Ask Congress to End Law That Gave Him His Job*, «The New York Times», 14.04.1999.

<sup>16</sup> Si pone qui il problema della configurazione del Consiglio superiore: valida la configurazione italiana; non valida, invece, la configurazione francese.



l'«Economist» in un articolo pubblicato nel 1999 –, mentre negli Stati Uniti si discuteva se riconfermare la legge del 1978, già più volte in precedenza riconfermata. Sono necessari, ha risposto, ma non necessariamente vi deve essere una legge che ne disciplini la funzione, visto che già prima del 1978 erano nominati e, tutto sommato, avevano dato buona prova, come l'affare Watergate ha chiaramente dimostrato<sup>17</sup>. È cosa positiva il controllo del potere esecutivo da parte dei magistrati che sanno restare nei limiti, e non prevaricano. Il primato – come A. Lewis ha ripetutamente affermato e come in Italia ha sempre affermato Magistratura democratica – deve restare alla politica<sup>18</sup>.

### *Punti fermi*

L'azione penale appartiene “naturalmente” al potere esecutivo visto che, tradizionalmente, nel mondo occidentale, è sempre stato così? È la questione di fondo. E va data risposta negativa, tenuta presente la motivazione della citata sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti e tenuto conto del fatto che la nostra Costituzione, che esprime la cultura liberaldemocratica occidentale al più alto livello, colloca il pubblico ministero nel giudiziario e non nell'esecutivo.

Altro punto fermo: i pubblici ministeri dipendenti non sono in grado di indagare nei confronti degli alti ufficiali della Pubblica Amministrazione (e nei confronti del presidente degli Stati Uniti) e di esercitare l'azione penale: «è irragionevole pensare che un *prosecutor* possa investigare o iniziare l'azione penale contro i propri superiori» (*It is unreasonable to expect an individual to investigate or prosecute his superiors*)<sup>19</sup>. Chi vuole pubblici ministeri dipendenti senza *special prosecutors* indipendenti ricerca, in effetti, l'impunità degli uomini politici in carica. La Francia gollista e sarkozista vuole precisamente questo.

Altro punto fermo ancora: la separazione dei poteri non è un fine,

<sup>17</sup> *Are independent counsels necessary?*, «The Economist», 06.03.1999.

<sup>18</sup> Cfr. G. Palombarini, *Giudici a sinistra*, Napoli, Esi, 2000; *La variabile indipendente*, Bari, Dedalo, 2006; «Forum» con M. Dogliani, C. Guarnieri, G. Palombarini, N. Rossi, «Questione Giustizia», n. 6, 2005; «Forum» con P. Flores d'Arcais, A. Ingraia, N. Rossi, L. Violante, «Questione giustizia», n. 1, 2008.

<sup>19</sup> Cito dall'opinione dissenziente del giudice Ruth Bader Ginsburg in sentenza «Federal Appell Court for District of Columbia» del gennaio 1988, sentenza con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità della legge del 1978 in discussione. La Corte suprema ha cassato la sentenza di appello, criticata dalla Ginsburg, e ha ripristinato il vigore della sentenza di primo grado che, correttamente, aveva ritenuto la legge in linea con la Costituzione.

ma un mezzo. Il fine è quello dei *checks and balances*: il potere sotto controllo. I costituenti americani – come ha ben scritto la Corte suprema nell'opinione di maggioranza della citata sentenza – non hanno voluto una rigida separazione dei poteri, ma solo una ragionevole separazione, al fine di realizzare tale controllo.

Ultimo punto: gli *special prosecutors* indipendenti devono agire sempre con il massimo possibile di maturità politica, devono tener conto dei precisi limiti nei quali si muovono al fine di salvaguardare l'autonomo esercizio delle pubbliche funzioni degli alti rappresentanti del potere esecutivo<sup>20</sup>. Con specifico riferimento all'Italia – unico paese occidentale con pubblici ministeri indipendenti e obbligatorietà dell'azione penale –, occorre tener presente, inoltre, il grave rischio rappresentato dai pubblici ministeri indipendenti spolitizzati, separati, inconsapevoli dei limiti politici, in stretto rapporto con le polizie centralizzate in un paese a tradizione autoritaria.

VINCENZO ACCATTATIS

<sup>20</sup> Rinvio a tutti gli articoli di A. Lewis già richiamati.