

MANFRED MAIWALD
Università di Göttingen

IL RUOLO DEI MAGISTRATI IN GERMANIA

SOMMARIO

I. *Introduzione*. 1. *Cenni storici sull'istituto del Pubblico Ministero in Germania*. 2. *Fondamento costituzionale della separazione fra Pubblico Ministero e giudice*. - II. *Formazione professionale dei giuristi in Germania*. - III. *L'indipendenza del giudice*. 1. *L'influenza dei media*. 2. *Le radici storiche dell'indipendenza*. - IV. *La fattispecie di "Rechtsbeugung" nel codice penale tedesco*. 1. *Processi contro i giudici dopo il 1945*. - V. *I fondamenti normativi del ruolo del P.M.* - VI. *La struttura gerarchica della Procura della Repubblica*. 1. *Il potere di indirizzo del Ministro della Giustizia*. 2. *Il Pubblico Ministero come "giudice prima del giudice"*. - VII. *Il problema del vincolo del Pubblico Ministero alla giurisprudenza*.

I. Introduzione

Prima di affrontare il tema dei giudici e dei pubblici ministeri nel sistema giudiziario della Repubblica Federale tedesca occorrerà fare una premessa di carattere terminologico in relazione al sistema giudiziario italiano: mi riferisco alla particolarità per cui in Italia, sia giudici sia pubblici ministeri, hanno la qualifica di "magistrati"; in Germania non esiste tale termine, e, quando si parla di giudici e di pubblici ministeri, si utilizzano, appunto, due concetti tra loro distinti, e ciò anche sul piano normativo. A nessuno verrebbe in mente di assumere giudici e pubblici ministeri sotto lo stesso termine e qualificarli entrambi come "ordine autonomo", ai sensi dell'art. 104 della Costituzione italiana.

In Germania la netta separazione fra giudici e pubblici ministeri ha motivazioni di natura sia storica sia costituzionale.

1. Cenni storici sull'istituto del Pubblico Ministero in Germania

Sul piano storico va sottolineato come nel mio Paese la Procura della Repubblica sia stata introdotta soltanto nella metà del XIX secolo sull'esempio francese. In precedenza esisteva il modello del processo inquisitorio. Ciò implicava che nel processo penale, era un giudice a condurre le indagini, compreso l'impiego della tortura considerata

un importante strumento a fini probatori. Non esisteva dunque la figura del pubblico ministero.

Allorché all'inizio del XIX secolo Napoleone conquistò alcuni Stati tedeschi e annesse alla Francia i territori prussiani a sinistra del Reno, vennero introdotti in tali territori il *code pénal* e il *code d'instruction criminelle* e, con essi, anche l'istituto del pubblico ministero. Si potrebbe pensare che, a seguito della caduta di Napoleone e del ritorno di tali territori alla Prussia, vi fosse un diffuso desiderio di abolire rapidamente il sistema giuridico francese che era stato di fatto imposto dalla potenza occupante.

Viceversa, allorché nella metà del XIX secolo il processo penale venne riformato per tutta la Prussia, i territori a sinistra del Reno dichiararono e ottennero anche di conservare il diritto francese, compreso l'istituto del P.M. Ma, rispetto a questo, si poneva un grosso problema ed era quello della sua dipendenza dall'esecutivo: vi furono infatti aspre discussioni se il ministro degli interni o il ministro della giustizia o una qualsivoglia altra istanza politica potessero avere un diritto di indirizzo rispetto al P.M.

Non stupisce che, relativamente a un tale diritto, siano state manifestate notevoli perplessità: si temeva infatti che, consentendo una tale influenza politica, il P.M. potesse essere indotto a prendere decisioni non solo in base a criteri giuridici ma anche di opportunità politica. Ma il dibattito si estese anche ad altri aspetti dell'organizzazione della Procura, come per esempio la possibilità di ricusare nel corso del processo il P.M. perché prevenuto.

La questione che nel fondo si agitava era se il P.M. dovesse avere nel processo un ruolo di parte o dovesse agire in piena autonomia, per così dire, con l'obiettività di un giudice, senza essere vincolato ad alcuna direttiva.

Come si può ben immaginare il risultato del contrasto fu un compromesso. Così, allorché nel 1877 entrò in vigore nell'Impero tedesco un unitario codice di procedura penale, venne assegnato alla Procura dello Stato un ruolo ibrido che esiste tuttora in Germania.

Ne tratterò più avanti. Qui vorrei soltanto provvisoriamente sottolineare come gli sviluppi e le discussioni del XIX secolo abbiano fatto penetrare nella coscienza generale l'idea che i P.M. esercitano, rispetto ai giudici, una funzione talmente diversa che non sarebbe accettabile accumularli sotto lo stesso concetto.

2. Fondamento costituzionale della separazione fra Pubblico Ministero e Giudice

Da un punto di vista costituzionale occorre accennare in proposito all'art. 92 ss. della Carta Fondamentale tedesca in materia di potere giudiziario. Una delle affermazioni centrali dice: "Il potere giudiziario è attribuito ai giudici" (Art. 92 Cost.), un'altra, importante: "I giudici sono indipendenti e sottomessi soltanto alla legge". Inoltre, in tale sezione della Costituzione, la materia trattata è l'organizzazione giudiziaria e lo *status* giuridico dei giudici: ma non viene mai citato il P.M. o l'ufficio della Procura.

Ciò significa: tutte le garanzie giuridiche della Costituzione sono riferite ai giudici e anche le limitazioni ai diritti di libertà dei cittadini – in particolare, la privazione della libertà personale – sono affidate al controllo del giudice. Il P.M. non ha un ruolo così elevato, anzi, come detto, non viene mai nominato nelle Costituzione. Pertanto, per i giuristi tedeschi è proprio lo *status* costituzionale del tutto diverso del giudice il secondo motivo che impedisce di equiparare giudici e P.M.

II. Formazione professionale dei giuristi in Germania

Relativamente alla carriera professionale di giudici e P.M. occorre premettere una breve esposizione circa il sistema della formazione professionale dei giuristi, introdotto in Germania nel XIX secolo. Tale sistema si caratterizza, ovviamente, con un primo stadio dello studio di diritto presso una Università. Al termine dello studio vi è un esame, che non è però sotto la responsabilità dell'Università, bensì delle varie amministrazioni delle Giustizie dei Länder: si tratta qui del c. d. primo esame di Stato giuridico (*erstes juristisches Staatsexamen*).

Qualora il candidato abbia superato tale primo esame – la percentuale di respinti si aggira in media sul 25 % – egli dà inizio a una formazione pratica presso tribunali, così come presso la Procura della Repubblica e anche uno studio legale ecc.: la legge disciplina i singoli passaggi. A conclusione di questa formazione pratica che dura 2 anni vi è il secondo esame di Stato giuridico. La percentuale di respinti è qui di circa l'8 %. Il candidato che ha superato tale esame ottiene, nella terminologia della legge, la c. d. "idoneità all'ufficio di giudice". Nel linguaggio normale si dice perlopiù che egli è ora "giurista pieno".

Con l'idoneità all'ufficio di giudice il candidato ha acquisito ora, teoricamente, la possibilità di esercitare ogni professione di natura giuridica. Egli può dunque diventare giudice, P.M., avvocato, notaio. Se vuol diventare giudice o P.M. deve fare domande in un Land. Le amministrazioni della Giustizia dei vari Länder assumono peraltro i candidati che hanno avuto un punteggio particolarmente buono nel loro esame. Non esistono dunque concorsi come nel sistema italiano, bensì, come detto, decisivo è la votazione ottenuta nel secondo esame giuridico.

In linea di principio le carriere professionali del giudice e del P.M. sono separate, ma solo in linea di principio. Qualora, per esempio, vi sia la disponibilità di un posto di giudice anche un P.M. può fare domanda e viceversa. E ciò avviene di fatto. Peraltro nella Germania del Nord e in quella del Sud vi sono differenti tradizioni. Mentre infatti nella Germania meridionale avviene frequentemente che un giudice diventi P.M. e viceversa, ciò costituisce nel Nord una rara eccezione. Ma, come detto, questa non è una questione giuridica bensì una tradizione. Come si vede l'organizzazione giudiziaria in Germania prevede che un giurista o una giurista assuma in età giovanile l'ufficio di giudice o di P.M. e che, con il progredire degli anni di carriera, salga anche nelle rispettive gerarchie. Tale sistema non vale peraltro per i tribunali centrali della Federazione, come per esempio la Corte Costituzionale, la Corte di Cassazione, la Corte federale del diritto del lavoro ecc. Qui i giudici vengono eletti: per esempio i giudici costituzionali vengono designati a metà dal *Bundestag* e dal *Bundesrat*, mentre i giudici delle altre Corti federali da una commissione elettorale di giudici costituita da membri del *Bundestag* e dei ministeri della Giustizia dei *Länder*.

È evidente che l'influenza politica rispetto alla nomina dei giudici costituzionali, così come dei massimi tribunali federali, costituisca un problema in ordine all'indipendenza di tali Corti. Infatti l'elezione di questi giudici tiene solitamente conto di una certa coerenza politica. Così i politici tendono ad accordarsi una volta sulla nomina di un giudice vicino al partito di Governo e la volta successiva di uno vicino all'opposizione.

I membri della Corte Costituzionale non devono necessariamente essere stati in precedenza giudici: devono però avere la sopra citata "idoneità all'ufficio di giudice". Di fatto sono non di rado professori universitari – come l'attuale vicepresidente della Corte Hassemer – o anche avvocati.

Nonostante l'influenza politica nella nomina dei giudici si è però potuto osservare in Germania che i membri della Corte Costituzionale non raramente, nel loro ufficio di giudici, si emancipano, per così dire, dalla loro provenienza politica. Così, a seconda del punto di visto personale, ossia con soddisfazione o con preoccupazione, si è potuto constatare che frequentemente un giudice, una volta eletto, ha sostenuto idee diverse da quelle del partito che lo aveva proposto.

III. L'indipendenza del giudice

Tutti i giudici della Repubblica Federale tedesca godono, ai sensi dell'art. 97, I comma Cost. del principio dell'indipendenza. A tale principio viene attribuita grande rilevanza a motivo delle dolorose esperienze del periodo nazionalsocialista: esso trova largo accoglimento non solo nelle pubblicazioni di diritto costituzionale e nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, ma anche nel comune sentire della pubblica opinione. Si è peraltro concordi sul fatto che i pericoli rispetto all'indipendenza dei giudici non vengono oggi tanto da prescrizioni formali di istanze o istituzioni superiori, bensì piuttosto da influenze di natura informale e non raramente dei media.

In relazione ai media si può talvolta osservare che essi, allorché si tratta di principi astratti, considerano bensì l'indipendenza dei giudici come fondamento dello Stato di diritto; ma quando tale indipendenza si manifesta in un evento concreto viene rapidamente buttata a mare.

1. L'influenza dei media

Vorrei esemplificare ciò con un caso che poco tempo fa ha provocato vivaci reazioni nei media tedeschi. Si trattava di un procedimento di divorzio dinanzi a una giudice presso il tribunale di Francoforte. La coppia in questione era musulmana e proveniva dal Nordafrica.

Il diritto civile tedesco richiede, ai fini della dichiarazione di divorzio, di regola, che vi sia stato un anno di vita separata dei coniugi. Peraltro è prevista un'eccezione all'anno di separazione qualora l'attesa di un anno di separazione dovesse costituire per il coniuge richiedente il divorzio una "inaccettabile difficoltà".

Nel caso in questione il previsto anno di separazione dei due coniugi non era ancora trascorso. Ma la moglie, che aveva chiesto il di-

vorzio, dichiarò che avrebbe costituito per lei un'inaccettabile difficoltà attendere l'anno della separazione, poiché il marito la picchiava continuamente in maniera brutale. Ma il giudice, una donna, respinse il divorzio immediato con la motivazione che, nell'ambito della cultura di provenienza dei due coniugi, è normale che il marito picchi la moglie; per questo attendere il decorso dell'anno di separazione non rappresentava dunque una inaccettabile difficoltà.

A ragione la sentenza del giudice venne qualificata dai media come "scandalosa". Anzi, essi non si limitarono a criticare la decisione, ma la loro – in sé giustificata – indignazione giunse al punto di richiedere la rimozione del giudice. Il concetto dell'indipendenza del giudice era in tal modo sparito. Naturalmente il verdetto giudiziario era totalmente sbagliato, ma è significativo che i giornalisti che, in astratto, considerano l'indipendenza della giustizia un sacro principio, non siano pervenuti in alcun modo all'idea che, nel caso concreto, del giudice concreto, tale principio non consentiva di richiederne la rimozione dall'ufficio.

Il diritto tedesco prevede la possibilità di misure disciplinari contro i giudici. Tali misure possono però essere applicate solo da particolari Corti disciplinari, e comunque non soltanto perché un giudice ha pronunciato una sentenza sbagliata – anche se scandalosamente sbagliata.

2. Le radici storiche dell'indipendenza

Storicamente il principio dell'indipendenza del giudice si è affermato nell'epoca dell'Illuminismo come reazione al diritto preteso dai regnanti dell'epoca assolutistica di, per così dire, "correggere" le sentenze dei giudici mediante proprie decisioni. Nella storia del diritto tedesco si cita sempre come celebre esempio di una tale "correzione" il caso di un mugnaio di nome Arnold che fu oggetto di una sentenza all'epoca del re Federico II di Prussia. Il mugnaio Arnold gestiva un mulino ad acqua per il quale pagava un fitto al Conte proprietario. Ma allorché il fossato che alimentava la ruota del mulino smise di apportare acqua, il mugnaio non fu più in grado di pagare il fitto, cosicché, con una procedura di sequestro, perse il mulino.

Il re Federico II cui il mugnaio si appellò, ritenne che i giudici che, con la loro sentenza, gli avevano sottratto il mulino, avevano in realtà consapevolmente voluto procurare un ingiusto vantaggio al con-

te. Il re annullò pertanto la sentenza e ordinò la condanna dei giudici a un anno di detenzione: ciò che anche avvenne. In precedenza peraltro aveva convocato i giudici e ordinato loro di cambiare la sentenza, ciò che essi naturalmente, benché completamente intimiditi, rifiutarono, dato che ritenevano di avere giudicato in realtà in conformità alle leggi allora vigenti.

Così essi trascorsero un anno in carcere, dove comunque le condizioni di vita non furono particolarmente pesanti. Con riferimento al tenace comportamento di quei giudici sorse a quell'epoca la frase molte volte citate in francese "*Il y a des juges a Berlin*". Tale frase, così come la vicenda storica che ne è alla base, furono di grande aiuto successivamente quando si trattò di formulare il concetto dell'indipendenza della Giustizia come richiesta politica. Ed è del resto un'ironia della sorte il fatto che precisamente il re di Prussia Federico II sia stato colui che prese tale infelice decisione nel caso del mugnaio Arnold. Infatti Federico II fu in realtà un protagonista dell'Illuminismo e dello spirito umanistico. Egli fu, per esempio, il primo regnante tedesco ad abolire nei suoi territori nel 1742 l'istituto della tortura. E tuttavia, come si vede, Federico II fu anche, in un certo modo, un figlio della sua epoca che pretendeva per sé il diritto di cambiare le sentenze dei "suoi" giudici.

IV. La fattispecie di "Rechtsbeugung" nel codice penale tedesco

In tema di responsabilità del giudice oggi occorrerà accennare a una fattispecie penalistica presente nel codice penale tedesco: mi riferisco alla fattispecie di *Rechtsbeugung* (§ 339 StGB), traducibile in italiano con "abuso del diritto", ma ignoto al codice penale italiano.

In proposito è significativo il fatto che il codice penale tedesco non definisce ciò che si deve intendere con "abuso del diritto". Si chiarisce soltanto che deve trattarsi della conduzione o della decisione di una questione giuridica, e che in tale conduzione o decisione si sia dato luogo, dolosamente, a un abuso o violazione della norma giuridica.

Ma tradizionalmente una tale fattispecie pone una serie di problemi. Il primo riguarda naturalmente l'autore di tale reato. In base alla lettera della legge questi non è soltanto il giudice: i colpevoli possono essere infatti "giudici o altri pubblici ufficiali". Decisivo è solo se tali pubblici ufficiali conducono o decidono in merito a una questione giuridica. Tale formula comporta pertanto che anche pubblici ministe-

ri possono essere considerati soggetti imputabili del reato di abuso del diritto. Eccezionalmente, in questo caso, giudici e P.M. vengono messi insieme in uno stesso gruppo di persone.

Ma alla base della citata fattispecie vi sono due problemi centrali che occorre chiarire: il primo è “cosa si intende per diritto”, mentre il secondo concerne il termine *Beugung* (abuso).

Come si può immaginare questi due problemi hanno assunto grande rilevanza allorché dopo la II guerra mondiale, e dopo il 1989, dopo la fine della DDR, giudici nazisti e giudici della DDR dovettero rendere conto del loro agire. Importante in questo contesto è il fatto che la fattispecie parla di abuso del diritto e non di una errata applicazione delle norme. Infatti, norme e diritto non sono identici. Nelle accuse rivolte a giudici nazisti o a giudici della DDR ciò costituiva un aspetto decisivo, dato che costoro di regola si richiamavano al fatto che essi si erano attenuti alle leggi allora vigenti.

1. Processi contro i giudici dopo il 1945

Nel contesto dei processi contro i giudici nazisti venne sviluppata la c. d. formula di *Radbruch*, mediante la quale il penalista di *Heidelberg Radbruch* cercò di esplicitare in quali condizioni una legge approvata con un procedimento formale corretto non possa più essere considerata come diritto. Nella filosofia del diritto tale problema viene notoriamente discusso nel senso delle condizioni minime necessarie affinché una normativa possa venire qualificata come diritto e nel senso del fondamento di tali condizioni minime.

Ma, rispetto alla condanna dei giudici nazisti, si poneva un ulteriore problema. Come ho già accennato la fattispecie di abuso del diritto richiede l'elemento del dolo. Il giudice deve dunque sapere o, nel senso di *dolus eventualis*, almeno ritenere possibile che egli, con la sua sentenza, trasgredisce il diritto. Ma i giudici nazisti, non raramente a motivo del loro accecamento ideologico, erano convinti che le loro sentenze corrispondessero al “vero” diritto, ossia al diritto che, sulla base della loro perversa ideologia, doveva costituire propriamente diritto vigente.

Intendiamo: vi erano anche molti giudici del tutto consci del fatto che le loro sentenze erano chiaramente illegittime. Resta comunque che la fattispecie di abuso di diritto, con il suo riferimento al concetto

stesso di diritto, comporta necessariamente grandi difficoltà nella sua applicazione.

2. Processi contro i giudici della ex DDR

Nel caso dei giudici della ex DDR la situazione era diversa. Infatti, prevedendo il codice penale della DDR la fattispecie di abuso del diritto, anche se non con questo termine, bensì quello di “violazione della legge”, qualora essi se ne fossero resi colpevoli, sarebbero stati passibili di condanna. E, dunque, i giudici della ex DDR potevano venire penalmente sanzionati solo qualora essi avessero violato le proprie leggi, ossia le leggi della DDR. Ma anche ciò comportò rilevanti problemi.

V. I fondamenti normativi del ruolo del P.M.

Dopo questo accenno alla fattispecie di abuso del diritto vorrei ora passare ad esaminare la figura del P.M. in Germania. Ho in precedenza osservato come il P.M. abbia una posizione ibrida. Intendo con ciò riferirmi al semplice dato di fatto che, da un lato, la procura della Repubblica conduce le indagini, promuove l'accusa, deposita le prove a carico del colpevole, ma, dall'altro, è tenuta a osservare il principio dell'obiettività. E dunque la Procura della Repubblica in senso formale ha un ruolo di parte ma, a motivo del suo obbligo alla oggettività, non è parte in senso materiale. In questo senso si può qui citare una frase di Eberhard Schmidt, il celebre processualista: “La Procura della Repubblica è l'autorità più obiettiva al mondo”.

All'opposto i critici sostengono che, di fatto, l'idea che la Procura agisca in modo obiettivo è una sorte di “menzogna vitale” dei P.M. Infatti anche se il codice di procedura penale tedesco dice (§ 160 II comma): “Il P.M. deve indagare non solo sulle circostanze a carico ma anche su quelle a discarico...”, secondo tali critici, si avrebbe qui a che fare con una prescrizione non sull'essere ma sul dover essere.

Di fatto non si può negare che può facilmente accadere che un P.M., mediante la propria attività istruttoria, in relazione a un concreto imputato che egli ritiene colpevole, può sentirsi motivato a impiegare un tale zelo istruttorio che la sua obiettività può andare perduta.

Del resto, se non fosse così, non sarebbe stato necessario nel XIX secolo esentare i giudici dall'attività istruttoria per affidarla ai P.M.

Conseguenza del ruolo ibrido del P.M. è la dibattuta questione circa la possibilità per l'imputato di chiedere, nel corso del processo, la ricusazione del P.M. perché prevenuto nei suoi confronti. A un'interpretazione rigorosa del principio di obiettività della Procura della Repubblica ciò dovrebbe essere ammissibile.

Peraltro il codice di procedura penale tedesco contiene bensì norme in tema di ricusazione di un giudice ma non del P.M. Ciò comporta la questione se le citate norme sulla ricusazione del giudice possono essere applicate per analogia ai P.M. Una parte della dottrina tedesca accoglie questa soluzione: ma si tratta di una chiara minoranza.

La maggioranza degli autori, infatti, a motivo della differenza delle funzioni tra giudici e P.M., non ritiene applicabile la norma in tema di ricusazione dei giudici, per analogia, ai P.M. Secondo questa opinione, l'imputato che ritenga che il P.M. ha contraddetto al suo dovere di obiettività deve ricorrere per Cassazione facendo riferimento, nel ricorso, all'art. 160, II comma, sopra citato che sancisce l'obbligo dell'obiettività e che, a parere dell'imputato, sarebbe stato violato.

VI. La struttura gerarchica della Procura della Repubblica

Una ragione fondamentale della grande differenza di funzioni tra giudici e P. M. è il fatto che la Procura è strutturata in modo gerarchico. Pertanto il § 146 dell'Ordinamento Giudiziario dichiara: "I funzionari della Procura della Repubblica devono attenersi alle indicazioni di ufficio dei loro superiori".

Ma cosa avviene se tali indicazioni del superiore entrano in conflitto con la visione del diritto e della giustizia del P.M. di grado inferiore? L'Ordinamento Giudiziario prevede due possibilità per superare tale conflitto. Mi riferisco al c. d. "diritto di devoluzione" e al "diritto di sostituzione". Si tratta dunque del diritto del superiore di avocare a sé in ogni momento la questione (diritto di devoluzione) oppure, al contrario, di affidarla a un altro P.M. a lui sottoposto (diritto di sostituzione). Qualora, dunque, il superiore abbia l'impressione che il P.M. incaricato agisca sulla base di una visione della pratica diversa dalla sua può senz'altro avocarla a sé o affidarla ad altri.

1. Il potere di indirizzo del Ministro della Giustizia

Ma la differenza di funzioni del P.M. rispetto al giudice si evidenzia anche nel fatto che, in ultima analisi, il Ministro della Giustizia ha un potere di indirizzo rispetto alla Procura della Repubblica: rispetto alla Procura della Repubblica Federale presso la Corte di Cassazione tale potere spetta al Ministro federale della Giustizia, altrimenti spetta ai Ministri della Giustizia dei *Länder*.

Dunque, in Germania nel XIX secolo si è affermato il modello di una Procura della Repubblica sottoposta all'Esecutivo e al suo potere di indirizzo. Tale modello è rimasto fino ad oggi caratteristico del sistema tedesco e ciò anche se è oggetto di vivaci discussioni. Devo peraltro aggiungere che, per quanto mi ricordi, il potere di indirizzo del Ministro della Giustizia non è mai stato esercitato in un modo tale che i media potessero denunciarne la scandalosità – ma forse ciò dipende dal fatto che notizie su eventuali scandali sono state finora sempre tenute segrete.

Allorché nel 1877 si dette vita al Codice di Procedura Penale si pensò che fosse possibile evitare abusi eventualmente derivanti dal potere di indirizzo dell'Esecutivo sottoponendo la Procura della Repubblica al principio dell'obbligatorietà, ancora oggi fissato nel § 152 II comma StPO. Inoltre, nel caso di reati che hanno persone fisiche per soggetto passivo, costui può richiedere presso l'*Oberlandesgericht* il c. d. procedimento coattivo, per ottenere, per via coattiva, il promovimento dell'accusa, qualora egli ritenga che la Procura non si attenga al principio di obbligatorietà.

Non entrerò qui nei dettagli del citato procedimento coattivo; mi limito ad accennare al fatto che nel processo penale tedesco il principio di obbligatorietà ha ricevuto molte eccezioni che, nel frattempo, hanno notevolmente rafforzato il ruolo del P.M. nel processo penale.

2. Il Pubblico Ministero come “giudice prima del giudice”

Una, in un certo senso “piccola” eccezione al principio di obbligatorietà è stata introdotta nel 1924: al P.M. venne concesso il potere di dichiarare il non luogo di procedere nel caso di procedimenti penali relativi a reati di scarsa entità, qualora a ciò non si contrapponesse il pubblico interesse al perseguimento del reato in oggetto (§ 153 StPO). È evidente che tale modifica legislativa dipese dal desiderio di alleggerire

rire la Giustizia da molti piccoli procedimenti della microcriminalità, un effetto che poi si è effettivamente verificato.

Viceversa, una “grande” e sinora contestata eccezione al principio di obbligatorietà è stata introdotta nel 1974. Con essa sono stati ampliati enormemente i poteri della Procura della Repubblica, consentendole di dichiarare il non luogo a procedere in caso di reati che arrivano fino all’ambito della media criminalità, qualora l’accusato sia disposto ad ottemperare a ordini o disposizioni impostigli dal P.M.

Tali ordini e disposizioni possono per es. consistere nell’obbligo per l’accusato di indennizzare il danno arrecato, oppure di prestare un lavoro di pubblica utilità, o di versare una somma di denaro a un’istituzione di pubblica utilità come anche alle casse pubbliche. Naturalmente, soprattutto questo ultimo caso, il versamento di denaro alle casse pubbliche, viene percepito dall’accusato come una sanzione pecuniaria, che però viene inflitta non in seguito a una sentenza giudiziaria bensì per decisione della Procura.

Non stupisce, pertanto, che molti criticino l’attribuzione al P.M. di poteri paragonabili a quelli del giudice, sostenendo che in questo ambito il P.M. sarebbe diventato un “giudice prima del giudice”. Comunque anche tale ruolo del P.M. come “giudice prima del giudice” è alquanto attenuato dal fatto che egli, in ordine alla decisione del non luogo a procedere, necessita del consenso di un giudice, e ciò naturalmente qualora non si tratti di un caso di microcriminalità. In tal modo è pur sempre salvaguardato il controllo giudiziario sul suo operato.

Un secondo punto di critica al potere di decisione attribuito al P.M. circa il non luogo a procedere, consiste nel fatto che gli ordini e le disposizioni vengono inflitti senza che sia stato stabilito se l’accusato ha effettivamente commesso il reato che gli viene attribuito. Infatti lo stadio del P.M. è lo stadio dell’istruttoria e in tale stadio per definizione si è semplicemente in presenza del sospetto di un reato.

I sostenitori di tale critica osservano che il comportamento del P.M., in tali casi, può assumere il carattere del ricatto, facendo balenare all’accusato la possibilità di rinunciare al promovimento dell’accusa, qualora costui sia disposto ad adempiere ad ordini o disposizioni. Infatti la dichiarazione del P.M. suona: “Se tu non accetti tali prestazioni, noi, con il promovimento dell’accusa, ti procureremo notevoli difficoltà”.

D’altro lato si deve però aggiungere che l’archiviazione del procedimento a favore di ordini e disposizioni decise dal P.M., è molto

gradita ad accusati e loro difensori. Anzi, nella misura in cui la gravità del reato lo consente, i difensori sono soliti di regola cercare, per conto loro, il contatto con la Procura per sondare se e a quali condizioni è possibile una tale archiviazione del procedimento. Non stupisce quindi che tali contatti non raramente conducono a un patteggiamento, peraltro ufficialmente non previsto nel codice di procedura penale tedesco. L'incentivo per l'accusato a perseguire per tal via l'archiviazione del procedimento non consiste solo nelle sue caratteristiche informali ma anche nel fatto che in tal modo egli evita l'iscrizione nel casellario giudiziario: ciò naturalmente sempre nel presupposto che l'accusato non sia solo sospettato, ma che egli abbia realmente commesso il reato che egli viene imputato.

VII. Il problema del vincolo del Pubblico Ministero alla giurisprudenza

In tema di Procura della Repubblica vorrei infine accennare a un problema di cui si sono ampiamente occupati i processualisti in Germania negli anni scorsi, e la sua origine risiede analogamente nel ruolo non chiaro del P.M. Mi riferisco al complesso problema del suo grado di vincolo all'interpretazione delle leggi ad opera dei giudici. Prendiamo infatti il caso che una fattispecie ammetta differenti interpretazioni, ossia sia quelle che, nel caso concreto, richiedono la condanna dell'imputato sia quelle che ne prevedono l'assoluzione. Supponiamo inoltre che, in tale caso concreto, la Procura, facendo propria l'interpretazione della norma che prevede l'assoluzione, decida di non promuovere l'accusa, e tutto ciò mentre la costante giurisprudenza dei giudici sostiene in tale caso l'imputabilità.

La domanda è: può in questo caso il P.M. basarsi sulla propria interpretazione e astenersi dal promovimento dell'accusa? Oppure deve attenersi all'interpretazione dei giudici e promuovere l'accusa? Credo di sapere che tale problema in questa forma in Italia non può sorgere, dato che in base all'art. 408 ss. del c.p.p. deve essere sempre il giudice che, al termine delle indagini preliminari, deve consentire alla richiesta di non luogo a procedere. Ma in Germania non è così per cui può sorgere l'aspra contesa descritta.

Rispetto ad essa la Corte di Cassazione tedesca (*Bundesgerichtshof*) sostiene che qui la Procura della Repubblica è tenuta a promuovere l'accusa. Infatti, per il *Bundesgerichtshof*, dopoché rispetto all'interpre-

tazione di una norma penale si è affermata una consolidata opinione dei tribunali, questa è vincolante anche per il P.M. Ciò perché la Costituzione affida l'interpretazione delle leggi ai giudici e dunque i P.M. non possono contrapporre le loro opinioni su questioni giuridiche a quelle dei tribunali.

Peraltro, l'opinione dominante della dottrina non condivide tale concezione: essa naturalmente non dubita che il potere giurisprudenziale sia materia dei tribunali, tuttavia, sostiene, la Procura della Repubblica gode di un ruolo autonomo. E non va dunque considerata una sorte di "ancella" dei giudici. In tal senso si fa riferimento al § 150 dell'Ordinamento giudiziario che dice: "La procura della Repubblica nelle sue funzioni è indipendente dai tribunali". Pertanto, il P.M. è tenuto a esaminare sempre sotto la propria responsabilità la questione se sia il caso di promuovere una determinata accusa.

Si può dunque osservare, in conclusione, come anche rispetto a questa contesa, circa l'obbligo o meno di promovimento dell'accusa per il P.M., si manifesti e confermi il ruolo ibrido attribuito dalla legge alla Procura della Repubblica.