

## **L'ordinamento giudiziario nei documenti del Consiglio d'Europa con speciale riguardo all'assetto delle procure, di SERGIO BARTOLE**

I temi scelti per questa prima mezza giornata del nostro incontro riguardano, da un lato, composizione e funzionamento del Consiglio superiore della magistratura e, dall'altro lato, la responsabilità dei magistrati. Si è convenuto di affrontare ambedue i problemi dal punto di vista dell'attualità, evitando di sviscerarli nella loro compiutezza ma esaminando, piuttosto, gli interrogativi che in tema di Consiglio superiore e responsabilità giudiziaria pongono alcuni paventati progetti di riforma ovvero recenti svolte della giurisprudenza comunitaria e della legislazione interna. Si è ritenuto che in tal modo gli interventi potranno essere meglio collocati nello spazio di tempo assegnatoci e, nel contempo, rispondere a talune fra le più pressanti domande che l'esperienza quotidiana pone a quanti studiano i problemi dell'ordinamento giudiziario.

Tutti i problemi che vengono qui affrontati possono, per un verso o per l'altro, trovare una prima risposta anche nei documenti che il Consiglio d'Europa è venuto producendo in questi ultimi tempi, quali in particolare sono presentati in un rapporto in corso di elaborazione da parte della Commissione di Venezia, che utilizza specialmente Opinioni del Consiglio Consultivo dei Giudici Europei e Raccomandazioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. Non stupisca questo interesse speciale di un'istituzione da sempre dedicata al tema della salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali. Il fatto è che proprio l'implementazione di questa salvaguardia passa attraverso la realizzazione delle garanzie in materia di organizzazione giudiziaria: si pensi all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali. Queste garanzie assumono un rilievo tutto particolare se sono viste non già soltanto come articolazioni pratiche del principio di separazione dei poteri, ma anzitutto come fattori di realizzazione della tutela dell'individuo. In questa prospettiva le stesse logiche di spartizione del potere politico e corporative che sembrano talvolta condizionare la legislazione in materia di ordinamento della giurisdizione perdono di rilievo ed interesse, le polemiche sulla responsabilità e la posizione personale di magistrati giudicanti e requirenti acquistano un nuovo sapore, e i rapporti fra giudiziario ed altri poteri si distanziano dalle progettazioni volte ad assicurare dolosamente incidenza effettiva alle interferenze delle forze politiche nella misura in cui la tutela dei diritti è certamente antagonistica rispetto alle pretese di speciali prerogative per le autorità governanti. E' questa una linea di ricerca che non viene praticata di frequente da noi e che tuttavia potrebbe portare a risultati interessanti, specie se si dedica attenzione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti in materia.

Ma non è di questa giurisprudenza che io intendo trattare qui in via di introduzione. Voglio invece dedicare una qualche attenzione agli strumenti ed altri documenti giuridici prodotti dalle istituzioni del Consiglio d'Europa. Le quali si sono trovate ad affrontare il tema dell'organizzazione giudiziaria in generale, in parallelo con l'adesione di nuovi membri al Consiglio, in particolare gli Stati già retti da regimi di socialismo reale e passo dopo passo riconvertitisi alle dottrine del costituzionalismo dell'Europa occidentale. Per vero, per lungo tempo il Consiglio d'Europa non ha avuto a disposizione raccomandazioni e direttive che consentissero ai suoi organi di giudicare della conformità ai principi del costituzionalismo delle riforme costituzionali di volta in volta adottate in materia da quegli Stati. Giova ricordare che fra gli stessi Stati fondatori del Consiglio d'Europa si riscontrano in materia di organizzazione giudiziaria notevoli differenze che vanno ascritte alle diversità di matrici storiche ed alle diverse interpretazioni delle dottrine del costituzionalismo. Per molti anni è stato, quindi, difficile trovare comuni punti di convergenza, ma oggi si

deve riconoscere che - come spesso succede – il confronto con i problemi pratici dell'organizzazione giudiziaria nell'ordinamento costituzionale dei nuovi membri del Consiglio ha favorito la ricerca di approcci comuni e l'individuazione di principi di comune accettazione, anche se non sempre in Europa le soluzioni organizzative sono - come si diceva – le stesse.

La posizione degli organi preposti all'esercizio della pubblica accusa è uno dei temi tipici di differenziazione fra i Paesi europei. Il Memorandum esplicativo della Recommendation ( 2000 ) 19 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sul ruolo della pubblica accusa nel sistema della giustizia criminale sottolinea come in Europa è cruciale la distinzione fra sistemi nei quali gli uffici della pubblica accusa godono di completa indipendenza nei confronti del parlamento e del governo e sistemi ove quegli uffici sono subordinati all'una o all'altra di queste autorità costituzionali pur godendo di una qualche indipendenza nella loro attività. Si riteneva, pertanto, all'atto della adozione di quella Recommendation, che in una tale situazione era prematuro perseguire l'idea di una armonizzazione europea attorno ad un concetto unitario di pubblico ministero.

In tempi recenti si è ammesso, tuttavia, che vi è una diffusa tendenza a ricercare soluzioni che implicino l'esistenza di uffici della pubblica accusa più indipendenti, anziché subordinati o collegati al potere esecutivo, cioè al governo. A tale proposito utilizzerò come traccia lo studio preparato sugli standard dell'indipendenza giudiziaria, e delle procure in particolare da Hanna Suchocka ( CDL-JD(2008)004 ). Ove però giustamente si sottolinea che una differenza essenziale comunque sussiste rispetto agli accorgimenti che vengono utilizzati per attribuire la garanzia dell'indipendenza agli organi giudicanti. Anche se collegati all'organizzazione giudiziaria gli uffici delle procure non sono corti giurisdizionali nel senso proprio del termine e, quindi, è naturale che l'indipendenza di cui godono sia diversa da quella degli organi giudicanti.

In via di principio l'indipendenza di cui godono le procure consente loro di svolgere la loro attività senza una previa approvazione e senza avere necessità di una ratifica dei provvedimenti adottati. Ma è caratteristica ricorrente degli uffici della pubblica accusa quella di essere organizzati secondo i principi della gerarchia, per cui i procuratori sono vincolati all'osservanza delle direttive dei loro superiori.

L'esterna indipendenza delle procure implica la ricerca di assetti di separazione dal potere esecutivo, ma si suole sottolineare nell'ambito del Consiglio d'Europa che la sola garanzia dell'indipendenza non assicura la realizzazione di un modello di pubblica accusa conforme ai principi democratici. Il che porta talora a concludere che il concetto dell'indipendenza delle procure all'interno del sistema dell'organizzazione dello Stato, ed in particolare della loro separazione ed indipendenza dalle autorità esecutive “ does not constitute a universally binding principle in every law-governed state “. Il pluralismo dei modelli adottabili comporterebbe differenti modalità di organizzazione dell'indipendenza delle procure rispetto a quelle adottate per gli organi giudicanti. Il filo del ragionamento viene così portato indietro quasi a smentita di preliminari affermazioni di principio, e la Recommendation che si è citata dianzi offre indicazioni utili a disegnare un adeguato assetto di quei modelli che comportano dipendenza delle procure dall'esecutivo ( vedi il suo paragrafo 13 ).

L'orientamento di fondo è quello di creare rapporti di sorveglianza e controllo che evitino che, avvalendosi dell'indipendenza loro garantita, le procure finiscano per acquisire una posizione comparabile a quella degli organi delle procure nei Paesi dell'Europa centro-orientali già retti da governi di socialismo reale. Si ritiene che in ipotesi questo rischio possa essere evitato accantonando soluzioni che implicino una piena e completa separazione delle procure dalle autorità esecutive o da quelle giudiziarie. In tale prospettiva viene spontaneo – nel contesto costituzionale anche di talune nuove democrazie - dedurre che per la qualità

stessa dell'attività svolta dagli uffici della pubblica accusa la linea preferita in Consiglio d'Europa sarebbe quella di un qualche loro collegamento con l'Esecutivo o con il Giudiziario. E' pertanto interessante verificare come sia possibile percorrere una di queste vie assicurando nel contempo la realizzazione del già ricordato principio dell'indipendenza funzionale delle attività della pubblica accusa.

La Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa ha affermato che particolarmente rilevante ai fini della definizione degli assetti in discorso è la scelta del metodo di selezione del capo degli uffici delle procure, cioè di quello che potremmo definire il procuratore generale, metodo che " should be such as to gain the confidence of the public and the respect of the judiciary and the legal profession ". Di conseguenza si è ventilata la possibile istituzione di " a commission of appointment comprised of persons who would be respected by the public and trusted by the government ". Sia che la nomina spetti al capo dello stato che al parlamento proficua può risultare la cooperazione fra più organi dello stato.

Nella prospettiva della creazione di una commissione di nomina frequente è ormai la creazione di un consiglio dei procuratori, anche se allo stato l'elaborazione della materia impedisce di proporre questo modello come uno standard uniforme vincolante tutti gli Stati europei. Fra l'altro, anche questa soluzione si espone al rischio di portare all'avvento di una struttura corporativa chiusa delle procure con paurosi risultati non difforni da quelli ben noti delle già citate prokurature dell'esperienza dei Paesi a governo ispirato ai principi del socialismo reale. E' questa la ragione per cui i documenti citati si concludono senza precise scelte di tipo organizzativo e preferiscono la via della introduzione di garanzie dell'impermeabilità dell'attività delle procure a pressioni o interferenze esterne ed interne agli uffici della pubblica accusa. Riassuntivamente queste garanzie possono essere così individuate: le istruzioni dei superiori gerarchici non possono mai riguardare i singoli casi in trattazione; esse debbono essere messe per iscritto e debbono essere contestabili per via di una procedura interna, se illegali o contrarie ai principi della deontologia professionale; i trasferimenti sono possibili solo con il consenso dell'interessato; i titolari degli uffici non possono essere sottoposti a processo o arrestati senza il consenso della corte disciplinare; essi non possono prendere parte ad attività pubbliche e politiche che ne mettano a rischio l'indipendenza; l'ufficio è incompatibile con altri uffici pubblici, fatti salvi incarichi professorali in istituzioni accademiche.

Quali che siano le prospettive di un generalizzato ricorso ad istituti simili al prospettato consiglio dei procuratori, la proposta merita comunque di essere approfondita alla luce delle riflessioni presenti nei documenti del Consiglio d'Europa in materia, giacchè può costituire una via per progressivamente correggere le soluzioni di dipendenza dall'esecutivo o per porre un freno ad incontrollati progetti di riforma. Preoccupazione fondamentale è che la disciplina delle procedure di nomina e promozione dei giudici siano guidate da " objective criteria, with the aim of ensuring that the selection and career of judges are based on merit, having regard to qualifications, integrity, ability and efficiency " ( Recommendation (94)12 e Opinion n.1 del CCJE ). Se ne deriva che le autorità competenti in materia debbono essere indipendenti dal governo e dall'amministrazione, e si suggerisce, ad esempio, che i loro membri " are selected by the judiciary and that the authority itself decides on its procedural rules " ( Recommendation (94)12 ). Volendo tenere nel giusto conto le tradizioni e le peculiarità costituzionali dei singoli Paesi si è così concesso che la nomina dei giudici possa essere affidata al governo, richiedendo, però, che le procedure di nomina siano in pratica trasparenti ed indipendenti e che le decisioni non siano influenzate da ragioni diverse da quelle riferibili ai criteri sopra menzionati. Questa è, tuttavia, una linea palesemente accomodante prevalsa a livello del Comitato dei Ministri e trasfusa nella citata Recommendation (94)12.

Il Consiglio consultivo dei giudici europei ha, invece, nettamente espresso la sua preferenza per “ an independent authority with substantial judicial representation chosen democratically by other judges “ ( Opinion n.1, 45 ), arrivando tuttavia a concedere la possibilità di un organo a composizione mista di giudici e non giudici, che presenterebbe il vantaggio “ both of avoiding the perception of self-interest, self protection and cronism and of reflecting the different viewpoints within society, thus providing the judiciary with an additional source of legitimacy “ ( Opinion n.10, 16 e 19 ). Il che evidentemente implica che nessuna concessione sia fatta ai giuochi di potere delle maggioranze e che nessuno spazio sia concesso alle pressioni dell’esecutivo, tenendo le decisioni al riparo da subordinazione agli interessi dei partiti politici.

La Commissione di Venezia è orientata ( CDL-AD(2007)028 ) ad accettare questo orientamento, pur concedendo che in Paesi di antica tradizione democratica l’esecutivo possa avere influenza sulle nomine giudiziarie in quanto l’esercizio dei suoi poteri è comunque “ restrained by legal culture and tradition, which have grown over a long time “. Si sottolinea che la nomina dei giudici non può essere oggetto di decisioni parlamentari ( come vorrebbe un certo centralismo assembleare ancora presente nei Paesi ex-comunisti ). Il modello appropriato per garantire l’indipendenza dei giudici è quello della creazione di un consiglio giudiziario con garanzie costituzionali di composizione, poteri ed autonomia: a tale organo dovrebbero spettare i poteri di nomina, promozione e disciplinari nei confronti dei giudici. Se del consiglio vengono chiamate a far parte anche persone che non sono giudici, costoro “ should be elected by Parliament among persons with appropriate legal qualifications “.

Se riportiamo queste conclusioni e quelle che precedono al tema dell’assetto istituzionale degli uffici della pubblica accusa nell’ordinamento costituzionale si possono trarre interessanti conclusioni alla luce dei discorsi che in Italia si vanno facendo sulla separazione della carriere dei magistrati giudicanti e di quelli requirenti.

Anzitutto è chiaro che la sottoposizione ex-novo dei procuratori all’esecutivo non risulta accettabile, anche se vi sono in Europa Paesi che ancora praticano questa soluzione organizzativa. I documenti del Consiglio d’Europa lasciano chiaramente intendere che un assetto siffatto è ammissibile se esiste al riguardo una lunga tradizione istituzionale e se questa tradizione trova il supporto di una cultura giuridica sensibile agli obiettivi di giustizia che sono propri del patrimonio costituzionale europeo. L’abbandono della attuale disciplina costituzionale da parte dell’Italia costituirebbe una rottura difficilmente compatibile con quegli obiettivi, posto che in Italia manca una tradizione giudiziaria comparabile a quella dei Paesi di cui si va ragionando. La nostra esperienza di dipendenza delle procure dall’esecutivo risale a momenti della nostra storia unitaria in cui, fra statuto albertino e fascismo, i principi propri della tradizione costituzionalistica europea erano ancora in fase di elaborazione o erano stati radicalmente traditi.

In ogni caso, quale che sia la soluzione adottata per la nomina e la promozione in carriera dei magistrati delle procure, essa non può che fare capo ad un organo indipendente sia dall’esecutivo che dal legislativo. Un organo che dia garanzia di attenersi a criteri di assoluta obiettività nella selezione del personale giudiziario secondo merito e professionalità. Quest’organo può anche essere un organo collegiale composto da magistrati eletti dai loro colleghi e da membri laici di provata esperienza giuridica. La composizione mista è vista come una garanzia contro chiusure corporative e preoccupazioni di interesse esclusivamente categoriale.

I documenti cui si è fatto riferimento tacciono sul rischio che un assetto delle procure imperniato sul governo separato affidato ad un organo collegiale del tipo di quello descritto possa richiamare gli assetti delle prokurature ex-comuniste. Certo è che la presenza in quest’organo, accanto a membri laici, di membri

eletti dai titolari degli uffici dell'accusa accentua il rischio della settorializzazione dell'attività dell'organo e della sua concentrazione sugli interessi della pubblica accusa, rendendo più difficile il coordinamento con la cura degli interessi generali e con l'attenzione alla salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali cui anche l'organizzazione delle procure dovrebbe essere rivolta, benché – in ipotesi – tenuta separata dalla restante parte del potere giudiziario. Forse la vecchia idea che il Consiglio superiore unitario tuteli la c.d. cultura della giurisdizione ha proprio questo significato benché al riguardo manchi un'adeguata elaborazione di questa indiscutibilmente criptica espressione.

Così ragionando, non è che si voglia arrivare alla conclusione che nulla va oggi cambiato in materia. Ad esempio si deve ragionare delle recenti svolte della giurisprudenza comunitaria in materia di responsabilità giudiziaria ( Kobler, Traghetti ) anche per verificare se da essa non si debba partire per una qualche differenziazione fra la posizione dei magistrati giudicanti e di quelli requirenti anche in materia disciplinare. A differenza dei primi i secondi sono meno legati dai vincoli di una tempistica tutta disciplinata dalla legge: si pensi alla scelta delle modalità e del momento dell'invio degli avvisi di garanzia, si pensi alle decisioni in ordine alla pubblicità di certi adempimenti e si pensi, infine, al maggiore coinvolgimento con altre strutture dello Stato che l'attività inquirente comporta rispetto a quella giudicante. Di questi elementi la disciplina giudiziaria dovrebbe tenere conto. Possiamo non essere ancora ad una piena separazione delle carriere ma ne può risultare incentivata una qualche distinzione di competenze fra organi nuovi ed organi istituendi all'interno del Consiglio superiore della magistratura.

Università di Trieste, 6 giugno 2009