



Processo penale e giustizia n. 3 | 2019

**Analisi e prospettive**

*Analysis and Perspectives*

MARTA MENGOZZI

Ricercatrice di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Roma “Tor Vergata”

## Pubblico ministero e giudici, unità vs. separazione *Public prosecutor and judges, unification vs. separation*

La questione del rapporto tra giudici e pubblico ministero è oggetto nel nostro ordinamento di un dibattito assai vivo ormai da alcuni decenni. Il saggio prende le mosse dall'attuale quadro costituzionale, che colloca nel medesimo ordine giudiziario sia i magistrati giudicanti che quelli requirenti, ma li distingue per alcuni aspetti, delineando il pubblico ministero come una figura per certi versi “ambigua”; analizza, quindi, le ragioni delle diverse posizioni, ripercorrendo alcuni dei tentativi che sono stati fatti per creare una maggiore separazione tra le due funzioni, soffermandosi poi in particolare sulla più recente proposta di legge costituzionale di iniziativa popolare, promossa dall'Unione delle Camere penali, attualmente all'esame della Camera dei Deputati.

*The relationship between judges and public prosecutors, in Italian system, has been for decades the subject of a lively debate. The starting point of the paper is the actual constitutional framework, in which they are both considered part of judiciary power, but the two different roles are partially distinguished, and public prosecutor is built like an “ambiguous” figure in some ways; then, the essay analyses the different positions on the subject and the main attempts that have been done in the past to separate the two functions; finally, particular attention is given to the most recent citizens’ initiative proposal for a constitutional reform (promoted by the national Association of Criminal Lawyers), currently under discussion at the Chamber of Deputies.*

### UNITÀ VS. SEPARAZIONE DELLE CARRIERE. UN DIBATTITO MAI SOPITO

Come un fiume carsico, riaffiora periodicamente all'attualità del dibattito scientifico e politico il tema della separazione delle carriere tra giudici e magistrati del pubblico ministero.

Il carattere complesso e controverso delle scelte in materia era emerso, invero, già nel dibattito in Assemblea costituente, con la nota ed autorevole contrapposizione tra le tesi di Leone e quelle di Calamandrei, il primo incline a configurare il pubblico ministero come organo del potere esecutivo, il secondo a costruirlo, invece, come parte integrante dell'ordine giudiziario<sup>1</sup>.

La scelta è poi ricaduta su tale seconda impostazione, nel quadro di una serie di garanzie comuni, anche con l'intento di prevenire le degenerazioni a cui si era prestata la precedente esperienza, che durante il regime fascista – non soltanto a seguito della riforma Grandi attuata con r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, ma già prima con mezzi diversi – aveva visto una forte accentuazione del tradizionale legame del p.m. con il potere esecutivo fino a farne un vero e proprio strumento del Ministro della giustizia anche per il controllo degli stessi giudici<sup>2</sup>. Ma alcuni nodi intorno alla magistratura requirente sono rimasti

<sup>1</sup> V., in particolare, la seduta antimeridiana del 10 gennaio 1947 della II sezione della II sottocommissione per la Costituzione; e la seduta pomeridiana del 14 novembre 1947 dell'Assemblea (i resoconti sono reperibili sul sito [nascitacostituzione.it](http://nascitacostituzione.it)). Cfr. A. Barbera, *Calamandrei e l'ordinamento giudiziario: una battaglia su più fronti*, in *Forum Quad. Cost.*, 2006; F. Dal Canto, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 70 s.; C. Salazar, *L'organizzazione interna delle procure e la separazione delle carriere*, in S. Bartole-A. Pace-R. Romboli (cura di), *Problemi attuali della giustizia in Italia. Atti del Seminario di studio tenuto a Roma l'8 giugno 2009*, Napoli, ESI, 2010, p. 180 s.; F. Bonifacio-G. Giacobbe, *Art. 107*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1986, p. 18 ss.; G. Neppi Modona, *Art. 112 [e 197, 4° c.]*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1987, p. 43 ss.

<sup>2</sup> Sul tema cfr. G. Neppi Modona, *La magistratura e il fascismo*, in *Pol. Dir.*, 1972, p. 566 ss.; A. Gustapane, *Il pubblico ministero nel regime fascista*, in *Nuova storia contemporanea*, 2015, p. 152 ss.; A. Meniconi, *Magistrati e ordinamento giudiziario negli anni della dittatura*, in G. Melis (a cura di), *Lo Stato negli anni Trenta. Istituzioni e regimi fascisti in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 183 ss. In una pro-

non sciolti, connotando i relativi organi di un carattere di “ambiguità”<sup>3</sup> il cui tratto più forte, nella disciplina costituzionale, emerge dal rinvio operato dall’art. 107, comma 4, Cost. alle norme sull’ordinamento giudiziario per la fissazione delle garanzie di cui gode il pubblico ministero<sup>4</sup>.

Tale indefinitezza ha condizionato ogni ulteriore sviluppo della riflessione sul tema, tanto più che essa ha trovato ulteriore amplificazione nell’inerzia del legislatore che si è manifestata almeno sotto un doppio profilo: il lungo rinvio dell’adeguamento della disciplina del processo penale, nel quale al p.m. era riconosciuto un ruolo “duplice”<sup>5</sup> di giudice e di accusatore, e l’inattuazione per quasi sessant’anni della disposizione costituzionale che avrebbe imposto l’emanazione di una nuova legge sull’ordinamento giudiziario (VII Disp. Trans. Fin.), limitandosi ad interventi legislativi puntuali fino alla contestata legge Castelli, 25 luglio 2005, n. 150, e alle successive modifiche negli anni a seguire (con la legge 24 ottobre 2006, n. 269 e la legge 30 luglio 2007, n. 111)<sup>6</sup>.

A tale incertezza che aleggia intorno alla figura del p.m. – “avvocato senza passione, giudice senza imparzialità”, come ebbe a definirlo Calamandrei<sup>7</sup> – fa riscontro la giurisprudenza costituzionale, che esclude la sua legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale, non trattandosi di un giudice<sup>8</sup>, ma anche la possibilità che si costituisca nel relativo giudizio incidentale come parte<sup>9</sup>.

Nel corso della nostra storia costituzionale, in definitiva, i contrasti sul ruolo e sulla configurazione del p.m. non si sono mai definitivamente ricomposti, e anzi si sono semmai ulteriormente articolati, trovando un terreno particolarmente fertile proprio in relazione alla questione della separazione delle carriere tra magistrati giudicanti e requirenti, tema sul quale si sono succeduti alcuni tentativi di riforma, senza tuttavia esiti di rilievo: lo strumento referendario, attivato nel 2000, non ha realizzato l’obiettivo che si proponeva, a causa del mancato raggiungimento del *quorum* strutturale<sup>10</sup>; il disegno di

---

spettiva più generale di un “asservimento, molto spesso spontaneo, di larghi strati della magistratura italiana al regime fascista” come ricordo vivo per i Costituenti, alla base di molte delle scelte assunte in materia, parla G. Silvestri, *L’organizzazione giudiziaria*, in AA.VV., *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale. Annuario AIC 2004*, Padova, Cedam, 2008, p. 80; critico, invece, sulla valutazione di spontaneità e compattezza dell’allineamento della magistratura, G. Neppi Modona, *op. ult. cit.*, p. 586 ss.

<sup>3</sup>Così, A. Pizzorusso, *Introduzione*, in A. Pizzorusso (a cura di), *L’ordinamento giudiziario*, Bologna, Il Mulino, 1974, p. 26; G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 387; ma la valutazione, in termini almeno analoghi, è pressoché unanime negli studi costituzionalistici sulla figura del p.m. Più di recente, tra gli altri, v. C. Salazar, *L’organizzazione interna delle procure*, cit., p. 180, e M. Manetti, *Funzioni e statuto del pubblico ministero*, in AA.VV., *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, cit., p. 179, dove si parla di un vero e proprio “strabismo” delle disposizioni costituzionali sul p.m. “che ne prevedono un ruolo completamente nuovo, ma al tempo stesso tengono conto, inevitabilmente, del vecchio ruolo disciplinato dal diritto processuale allora in vigore”.

<sup>4</sup>G. Amato, *Individuo e autorità*, cit., p. 388, considera, ad esempio, che la previsione assunta “valore sintomatico” delle incertezze sulla configurazione dell’istituto. *Ivi* (p. 387 s., spec. note 36 e 37) anche una efficace ricostruzione del dibattito costituente intorno a tale disposizione, dal quale emergono molti dubbi consapevolmente non sciolti sulla natura del pubblico ministero.

<sup>5</sup>M. Manetti, *Funzioni e statuto del pubblico ministero*, cit., p. 179.

<sup>6</sup>Per una ricostruzione delle vicende storiche delle leggi in materia di ordinamento giudiziario in Italia, cfr. F. Dal Canto, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, cit., p. 36 ss., anche per il rilievo del carattere paradossale insito nei molti dubbi di costituzionalità che hanno accompagnato, nel 2005, la prima attuazione della VII disposizione transitoria (*ivi*, 39 ss.); aspetti critici, invero, relativi non tanto alla specifica posizione del p.m. (di cui si parla nel testo) quanto piuttosto al complessivo rapporto tra la magistratura tutta e il governo che la legge Castelli delineava. Il primo testo approvato dalle Camere fu addirittura oggetto di rinvio presidenziale con rilievi di “palese incostituzionalità”; e anche quello poi promulgato conservava un impianto che ha destato molte perplessità, tanto che in occasione dei primi commenti si è affermato che la riforma non potesse nemmeno dirsi attuazione della citata disposizione transitoria considerato che proprio di essa costitutiva, in realtà, una violazione, riportando l’ordinamento giudiziario ad impostazioni pre-costituzionali (A. Pizzorusso, *Considerazioni generali*, in *Foro It.*, 2006, V, p. 5 s.). Sul carattere assai netto delle affermazioni contenute nel messaggio presidenziale di rinvio, v. M. Luciani, *Il rinvio presidenziale*, in *Foro It.*, 2006, V, p. 6 ss., e A. D’Aloia, *Il rinvio alle Camere della riforma dell’ordinamento giudiziario: note a prima lettura*, in *Forum Cost.*, 2006. Sul tema, cfr. anche M.G. Civinini-A. Proto Pisani-G. Salmè-G. Scarselli, *La riforma dell’ordinamento giudiziario tra il ministro Castelli e il ministro Mastella*, in *Foro It.*, 2007, V, p. 12 ss.

<sup>7</sup>P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, Ponte alle Grazie, 1959, p. 56: «rischia ad ogni istante di perdere per amor di serenità la generosa combattività del difensore, o per amore di polemica la spassionata oggettività del magistrato».

<sup>8</sup>Tra le molte, vedi C. cost., sentenze 9 aprile 1963, nn. 40, 41 e 42; e, sotto la vigenza del nuovo codice di procedura penale, ord. 15 maggio 1990, n. 249 (dove, peraltro, la Corte argomenta il rafforzamento della propria interpretazione con le nuove norme processuali, atteso che esse riconoscono al p.m. «per intero e senza concessione ad ibridismi di sorta la posizione di ‘parte’»).

<sup>9</sup>Cfr. C. cost., sentenza 2 novembre 1998, n. 361; e ord. allegata alla sentenza 19 ottobre 2009, n. 262; R. Romboli, *Introduzione al tema: l’azione penale e il ruolo del pubblico ministero*, in S. Bartole-A. Pace-R. Romboli (cura di), *Problemi attuali della giustizia in Italia*, cit., p. 113 s.

<sup>10</sup>La consultazione si è tenuta in data 21 maggio 2000 ed era rivolta all’abrogazione delle norme che disciplinavano, senza

riforma costituzionale elaborato dalla commissione bicamerale D'Alema, che coinvolgeva anche le norme in materia di organizzazione giudiziaria, non ha visto la luce<sup>11</sup>; e le azioni portate avanti a livello legislativo sono state contraddittorie e scarsamente incisive<sup>12</sup>.

Il dibattito, però, resta vivace e, come detto in apertura, riaffiora periodicamente. Da ultimo, il tentativo di innovazione ha trovato concretizzazione in un'iniziativa dell'Unione delle Camere Penali, che ha promosso una raccolta di firme intorno ad un disegno di legge costituzionale di iniziativa popolare, presentato alla Camera dei Deputati e oggi all'esame della I Commissione Affari Costituzionali<sup>13</sup>.

L'analisi dello "stato dell'arte" di tale confronto e delle prospettive di svolgimento future resta, dunque, ancora di estremo interesse ed attualità. Tuttavia, le riflessioni sul tema risentono di almeno due specifici fattori di complicazione.

Il primo discende proprio dalla continua intersezione tra la prospettiva della riflessione giuridica sui possibili modelli organizzativi, sul significato ed i limiti delle opzioni legislative e costituzionali, e quella più strettamente politica, imperniata sulle preferenze per un modello piuttosto che un altro, nel contesto, peraltro, di un dibattito sui rapporti tra magistratura e politica che in Italia raramente è stato sereno e scevro da condizionamenti legati a vicende personali di singoli protagonisti della vita politica<sup>14</sup>. I due piani della riflessione, su un tema come questo, finiscono spesso per confondersi o combinarsi, creando sovrapposizioni che non è agevole dipanare.

Un secondo, ancora più importante aspetto di complessità è dato dalla necessità, in ogni discorso che si intenda svolgere sul tema, di fare i conti con la ricostruzione di una figura come quella del p.m., con i suoi già ricordati tratti di "ambiguità", legati, in particolare, almeno a due fattori: la non univocità delle stesse scelte costituzionali e lo stretto legame esistente tra la collocazione istituzionale del pubblico ministero e la sua posizione nell'ambito del processo (in particolare, quello penale).

---

particolari ostacoli, il passaggio dei magistrati dalle funzioni giudicanti alle requirenti, consentendolo a domanda dell'interessato con la condizione che fosse accertata la sussistenza delle attitudini alla nuova funzione (coinvolgendo, più precisamente gli artt. 190, 191, 192 e 198 dell'ord. giud., nel testo allora vigente).

<sup>11</sup> Come è noto, il progetto di riforma costituzionale elaborato mediante lo speciale procedimento previsto dalla legge cost. 24 gennaio 1997, n. 1, è stato abbandonato, dopo fasi di intenso lavoro, per il venire meno dell'accordo politico che lo sosteneva. Il testo elaborato prevedeva rilevanti interventi sul titolo dedicato alla magistratura, tra cui – con riferimento ai temi cui si riferisce il testo – il mantenimento del p.m. all'interno della magistratura, marcandone, però, maggiormente la distinzione rispetto ai giudici mediante la previsione di due distinte sezioni del Consiglio Superiore della Magistratura per gli uni e per gli altri, operanti separatamente per alcune competenze (aggiornamento professionale, trasferimenti, promozioni e assegnazioni) e a sezioni riunite per altre (assunzioni, tirocinio, assegnazioni alle due diverse funzioni e relativi passaggi). Il transito era previsto solo per concorso riservato, secondo le modalità stabilite dalla legge (con preclusione di svolgimento nel medesimo distretto giudiziario). Per una analisi completa del testo e un primo commento, v. P. Grossi, *I magistrati*, in S. Panunzio (a cura di), *I costituzionalisti e le riforme. Una discussione sul progetto della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 399 ss., e gli altri interventi riportati *ivi*, 410 ss. Si tratta, invero, della più significativa ed elaborata proposta di riforma costituzionale in materia, considerato che gli altri progetti di revisione costituzionale della II parte della Costituzione che si sono succeduti negli ultimi decenni non toccavano, invece, o almeno non in maniera significativa, le disposizioni relative alla magistratura: né il progetto di riforma costituzionale presentato dal governo Berlusconi (A.S. 2544-B; A.C. 4862-B), approvato dal Parlamento e bocciato dal referendum costituzionale del 25-26 giugno 2006, né quello c.d. Renzi-Boschi (A.C. 2613-A e abb.), il cui *iter* ha analogamente avuto termine con la consultazione del 4 dicembre 2016.

<sup>12</sup> Ci si riferisce alla scelta di creare una maggiore separazione rendendo più difficile il passaggio tra la funzione requirente e quella giudicante realizzata dalla riforma dell'ordinamento giudiziario del 2005 (con la già citata legge Castelli n. 150 del 2005 e il relativo d.lgs. 5 aprile 2006, n. 160) che prevedeva un termine temporale (entro il terzo anno di esercizio delle prime funzioni: v. soprattutto artt. 13 ss. d.lgs. n. 160 del 2006, nel testo originario), poi in larga misura modificata nel 2007 tornando a un regime assai meno restrittivo, con limitazioni territoriali (non consentendo il transito nei medesimi distretti o in altri distretti nella medesima regione) e il tetto massimo di quattro passaggi nell'arco dell'intera carriera (art. 13 cit., nella formulazione attuale). Sul tema, cfr. S. Sicardi, *Ordine giudiziario e separazione delle carriere*, in S. Bartole-A. Pace-R. Romboli (a cura di), *Problemi attuali della giustizia in Italia*, cit., p. 57 ss.; G. Sobrino, *La riforma dell'accesso alla magistratura ordinaria, tra legge 150/2005 e legge Mastella: un'altra occasione mancata?*, in *Rivista AIC*, 2008.

<sup>13</sup> Proposta di legge A.C. 14, presentata il 31 ottobre 2017 e mantenuta all'ordine del giorno, nell'attuale legislatura, ai sensi dell'art. 107, comma 4, del Regolamento. È stata assegnata alla Commissione Affari Costituzionali il 26 giugno 2018 e il relativo esame è stato avviato il 20 febbraio 2019.

<sup>14</sup> Cfr., tra i molti, A. Barbera, *Osservazioni sulla relazione di Silvestri*, in AA.VV., *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, cit., p. 109; N. Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996, p. 86, che parla di una mescolanza di "teorie giuridiche e ideologie, aspirazioni ideali e interessi concreti".

## IL QUADRO DI RIFERIMENTO: LA FIGURA DEL P.M. NELLA COSTITUZIONE

La scelta costituente, come si è già accennato, è nel senso dell'inserimento dei magistrati del pubblico ministero all'interno dell'ordine giudiziario, come confermato dalla collocazione della relativa disciplina nel Titolo IV "La magistratura" e dalla presenza del procuratore generale presso la Corte di Cassazione come membro di diritto del C.S.M.

Le disposizioni costituzionali utilizzano il termine "magistrati" per riferirsi contemporaneamente sia ai giudici che al pubblico ministero<sup>15</sup>; o talora, ricorrono all'espressione "autorità giudiziaria", con formula meno chiara, interpretata, per lo più, nel senso che ricomprenda entrambi<sup>16</sup>; e dettano una disciplina comune per molti aspetti.

Tuttavia, l'unità dell'ordine giudiziario non comporta l'identificazione *in toto* delle due figure, che invece mantengono rilevanti tratti di differenziazione, scanditi in modo coerente dal linguaggio costituzionale che, accanto ai termini onnicomprensivi sopra ricordati, utilizza invece "giudici" e "pubblico ministero" nelle disposizioni che sono riferite esclusivamente agli uni o agli altri<sup>17</sup> e che connotano diversamente i magistrati che svolgono le due funzioni (poste su un piano di pari dignità<sup>18</sup> dalla previsione che i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni; art. 107, comma 3, Cost.).

I caratteri dell'indipendenza esterna dei magistrati rispetto agli altri poteri, ed in particolare all'esecutivo, sono in larga parte comuni, facendo capo alle norme che definiscono composizione e funzioni del C.S.M. (artt. 104 e 105 Cost., in cui si parla sempre di "magistratura" e "magistrati"), alla regola dell'assunzione per concorso (art. 106, comma 1, Cost., con eccezioni poste dai due commi successivi e relative soltanto a funzioni giudicanti), a quella dell'inamovibilità (art. 107, comma 1, Cost.) nonché alla riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario (art. 108, comma 1, Cost.). Tuttavia, per i magistrati del pubblico ministero, vi sono anche altre previsioni che contribuiscono a definire e, in qualche modo, a rafforzare la garanzia, con specifico riguardo alle loro funzioni: l'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.)<sup>19</sup>, che fa sì, tra l'altro, che la maggioranza politica non possa bloccare indagini non gradite; e la previsione che l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria (art. 109 Cost.), che impedisce che sia quest'ultima a poter esercitare forme di controllo o di ingerenza nell'attività investigativa<sup>20</sup>.

Sul fronte dell'indipendenza interna e funzionale, invece, le garanzie sono configurate in modo maggiormente differenziato.

Per i giudici, in particolare, vale l'ampia previsione della loro soggezione soltanto alla legge di cui all'art. 101, comma 2, Cost., che, nella lettura che appare preferibile, riguarda proprio il rapporto con gli elementi sostanziali che devono vincolare la decisione<sup>21</sup>, esprimendo l'esigenza «che il giudice non ri-

<sup>15</sup> Artt. 98, comma 3; 102, comma 1; 104; 105; 106; 107; 108, comma 1, Cost.

<sup>16</sup> V. artt. 13, 14, 15, 21 e 109 Cost. Cfr. G.U. Rescigno, *L'esercizio dell'azione pubblica ed il pubblico ministero*, in AA.VV., *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, cit., p. 133 s. Critico rispetto a tale lettura estensiva, che ammette che sia il p.m. ad assumere decisioni limitative della libertà personale, G. Amato, *Individuo e autorità*, cit., p. 388 ss.

<sup>17</sup> V. ancora G.U. Rescigno, *L'esercizio dell'azione pubblica*, cit., p. 133, per la considerazione che il testo della Carta "mostra una coerenza ed una costanza nell'uso delle parole che non dovrebbero lasciare adito a dubbi". Che la nozione di "giudice" faccia riferimento esclusivamente ai magistrati cui siano attribuite funzioni decisorie (o direttive) nell'ambito del giudizio è considerazione pressoché pacifica o comunque largamente diffusa in dottrina: *ex multis*, v. E. Spagna Musso, *Giudice (nozione)*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 934; N. Zanon-F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, Zanichelli, 2014, p. 226 ss. (spec. 229, dove si afferma "quel che è certo è che il pubblico ministero non è un giudice, ma una parte (sia pur pubblica) del processo"). Cfr. anche N. Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, cit. Significativo, rispetto al diverso uso che dei due termini fa la Carta costituzionale, è anche il testo dell'art. 108 Cost. nel quale, all'interno del medesimo secondo comma, l'esigenza di garantire l'indipendenza nelle giurisdizioni speciali è prevista distintamente per i "giudici" e per il "pubblico ministero" presso di esse.

<sup>18</sup> M. Bertolissi, *Art. 107*, in V. Crisafulli-L. Paladin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 1990, p. 662.

<sup>19</sup> Cfr., tra le altre che riconoscono tale collegamento, C. cost., sent. 26 luglio 1979, n. 84, e 15 febbraio 1991, n. 88.

<sup>20</sup> A tale proposito, cfr. la recente sentenza della C. cost. 6 dicembre 2018, n. 229, la quale ha accolto, per violazione dell'art. 109 Cost., un conflitto di attribuzioni relativo alla previsione di cui all'art. 18, comma 5, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 177, che imponeva al personale di polizia giudiziaria di comunicare informazioni sulle indagini alla propria scala gerarchica, anche in deroga agli obblighi del segreto investigativo (caricando, argomenta la Consulta, «di significati indebiti la stessa dipendenza burocratica degli appartenenti alla polizia giudiziaria rispetto a tali loro superiori»).

<sup>21</sup> Si tratta di una delle garanzie costituzionali più diffuse nel panorama comparato (affermata in termini analoghi nelle costi-

ceva se non dalla legge l'indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun'altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto» (C. cost., sent. n. 40 del 1964); è, dunque, una garanzia strettamente legata alla stessa funzione del giudicare e non si applica ai magistrati del pubblico ministero<sup>22</sup>.

Per questi ultimi, viceversa, è ammissibile la costituzione di rapporti in qualche modo gerarchici, almeno all'intero dei singoli uffici<sup>23</sup>. Del resto, la stessa Costituzione, come riconosciuto anche dalla giurisprudenza costituzionale in materia di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, considera il pubblico ministero, appunto, come ufficio (per cui gli organi inquirenti vanno qualificati come potere "parzialmente diffuso"<sup>24</sup>).

Il tutto, ovviamente, nel rispetto degli altri principi costituzionali, tra i quali l'obbligatorietà dell'azione penale, rilevante anche sotto il profilo dell'indipendenza funzionale<sup>25</sup>.

In questo quadro si inserisce anche la previsione dell'art. 107, comma 4, Cost., cui si è già accennato sopra come tratto di massima ambiguità rispetto alla collocazione istituzionale del p.m., dal momento che essa rinvia alle norme sull'ordinamento giudiziario per le garanzie di cui gode il pubblico ministero. Nel contesto delle altre previsioni, sembra doversi leggere tale disposizione come riferita proprio al profilo interno dell'indipendenza del p.m., lasciando alla legge la possibilità di conformarlo, per quanto attiene ai rapporti interni al singolo ufficio nonché a quelli tra i vari uffici, nei limiti indicati dalle altre norme costituzionali, ed imponendo che, comunque, siano previste "garanzie" e, dunque, la disciplina sia ispirata alla massima tutela possibile della relativa indipendenza<sup>26</sup>. Questa opzione ermeneutica sembra porsi, in effetti, in linea con la posizione espressa dalla Corte costituzionale nella sentenza 6 di-

---

tuzioni di Stati con regimi politici anche molto diversi ed addirittura opposti: cfr. E. Spagna Musso, *Giudice (nozione)*, cit., p. 940, spec. nota 23); ma non è una disposizione di facile lettura. Pur non potendosi in questa sede approfondirne tutti i diversi significati possibili, deve tuttavia chiarirsi che l'interpretazione data nel testo – di garanzia dell'indipendenza funzionale dei giudici e della loro libertà da qualsiasi vincolo extra-normativo – è piuttosto diffusa in dottrina e dotata di riscontro anche nella giurisprudenza costituzionale (v., tra le prime sentenze che si esprimono in questo senso, la n. 40, citata di seguito nel testo, la n. 43 e la n. 103 del 1964). Tale lettura, inoltre, risulta coerente anche con quanto emerge dai lavori preparatori dell'Assemblea costituente, poiché l'originaria formulazione della norma («i magistrati dipendono soltanto dalla legge, che interpretano ed applicano secondo coscienza») lascia intendere, forse più chiaramente di quella attuale, quale fosse la *ratio* sottesa all'enunciato normativo. Sul tema, tra gli altri, cfr. R. Guastini, *Art. 101*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1994, p. 140 ss.; P. Grossi, *Principio democratico e giurisdizione*, in A. D'Atena-E. Lanzillotta (a cura di), *Alle radici della democrazia. Dalla polis al dibattito costituzionale contemporaneo*, Roma, Carocci, 1998, p. 101 ss., e Id., *Indipendenza del pubblico ministero ed esclusiva soggezione del giudice alla legge*, in *Giur. Cost.*, 1964, p. 562 ss.; A. D'Atena, *La libertà interpretativa del giudice e l'intangibilità del «punto di diritto» enucleato dalla Cassazione*, in *Giur. Cost.*, 1970, p. 563 ss.

<sup>22</sup> Cfr. P. Grossi, *Indipendenza del pubblico ministero*, cit., p. 564, secondo il quale la norma non ha e non può avere per oggetto gli organi del pubblico ministero, la cui funzione "non è quella di amministrare la giustizia"; cfr. anche, nello stesso senso, E. Spagna Musso, *Giudice (nozione)*, cit., p. 940; G.U. Rescigno, *L'esercizio dell'azione pubblica*, cit., p. 134. Siffatta ricostruzione, tuttavia, non è affatto univoca in dottrina: in senso contrario alla tesi qui sostenuta, v., tra gli altri, C. Salazar, *L'organizzazione interna delle procure*, cit., p. 189 ss., che argomenta a partire dall'unitarietà dell'ordine giudiziario. Si obietta anche che nella disposizione in parola il termine "giudici" fu inserito in luogo di "magistrati" solo in sede di Comitato di redazione; ma rispetto a tale argomento, vale il rilievo del suo carattere "debolissimo", perché anche il testo coordinato fu sottoposto alla votazione finale ed approvato in quella sede (v. R. Guastini, *Art. 101*, cit., p. 174, nota 8). Nella giurisprudenza costituzionale l'interpretazione più aderente al testo della norma trova diverse conferme (v., ad esempio, C. cost., sent. 23 maggio 1964, n. 40, nonché C. cost., sent. 8 settembre 1995, n. 420); ma anche qualche smentita (*contra* v., ad esempio, C. cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 88, che riferisce la garanzia anche al pubblico ministero, sia pure senza approfondire il tema).

<sup>23</sup> P. Grossi, *Indipendenza del pubblico ministero*, cit., p. 566 s.; N. Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, cit., p. 10 ss.; M. Scaparone, *Pubblico ministero (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 1100 s.; N. Pignatelli, *L'indipendenza interna del p.m. e l'organizzazione degli uffici inquirenti*, in F. Dal Canto-R. Romboli (a cura di), *Contributo al dibattito sull'ordinamento giudiziario*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 197; in termini più problematici sulla verticalizzazione della struttura del p.m., R. Romboli, *Il pubblico ministero nell'ordinamento costituzionale e l'esercizio dell'azione penale*, in S. Panizza-A. Pizzorusso-R. Romboli (a cura di), *Ordinamento giudiziario e forense*, vol. I, Pisa, Plus, 2002, p. 315 s.; distingue tra sfere diverse di applicazione dell'indipendenza interna M. Bignami, *L'indipendenza interna del pubblico ministero*, in *Quest. Giust.*, 1/2018; in senso critico rispetto alla asimmetria di *status* tra giudici e p.m. C. Salazar, *op. loc. ult. cit.*

<sup>24</sup> C. cost., sent. 15 gennaio 2013, n. 1. Sulla base di tale carattere del potere sono legittimati al conflitto i capi degli uffici territorialmente interessati (dandosi atto della organizzazione gerarchica interna ai singoli uffici): tra le molte altre decisioni in questo senso, v. sentt. 24 dicembre 1993, n. 462; 8 settembre 1995, n. 420; 6 dicembre 2018, n. 229.

<sup>25</sup> G. Monaco, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 297 ss.

<sup>26</sup> Cfr. G.U. Rescigno, *L'esercizio dell'azione pubblica*, cit., p. 146, anche per la sottolineatura che la formulazione della disposizione (con il suo riferimento alle "garanzie") implica che il principio resta quello dell'indipendenza del pubblico ministero.

cembre 2018, n. 229<sup>27</sup>, ove essa riconosce l'esigenza di forme di coordinamento investigativo tra i vari uffici, ma ribadisce che esse devono essere disciplinate in modo proporzionato all'obbiettivo e rimanere nell'ambito dell'iniziativa e determinazione della stessa autorità giudiziaria, senza coinvolgere soggetti esterni. Dunque, la legge (*rectius* l'ordinamento giudiziario) può disciplinare i rapporti anche tra i vari uffici del p.m., imponendo regole che ne limitino la reciproca indipendenza, purché le forme di possibile interferenza siano mantenute entro il minimo necessario all'obbiettivo del coordinamento e, comunque, sempre nell'ambito della stessa magistratura, senza menomazione dell'indipendenza esterna.

Alla luce di quanto argomentato finora va anche letta l'ulteriore previsione del comma 3 dell'art. 107 Cost. per cui i magistrati si distinguono solo per funzioni, la quale mira a garantire che, al di là dell'attribuzione delle diverse funzioni – giudicanti o requirenti, di merito o di legittimità, o direttive o semi-direttive –, sia esclusa la configurazione di “qualsiasi tipo di arbitraria categorizzazione” dei magistrati, di veri e propri “gradi gerarchici” o di qualifiche non funzionali<sup>28</sup>.

Una ulteriore differenziazione nella disciplina costituzionale delle due funzioni è la previsione di deroghe alla regola del concorso, nei commi 2 e 3 dell'art. 106 Cost., esclusivamente per l'attribuzione di quelle giudicanti, con la possibilità di nomina di magistrati onorari «per tutte le funzioni attribuite a *giudici* singoli» e di chiamata per meriti insigni all'ufficio di consiglieri di cassazione di professori ordinari e avvocati che abbiano quindici anni d'esercizio e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori.

Si tratta di una scelta piuttosto trascurata nella riflessione dottrinale<sup>29</sup> e del tutto ignorata da una consolidata prassi legislativa, che da moltissimi anni prevede la possibilità che i magistrati onorari siano inseriti nella procura<sup>30</sup>, senza che la questione della sua legittimità costituzionale sia stata mai posta. Invero, la Corte Costituzionale ha talora incidentalmente rilevato che «le funzioni giudicanti attribuite ai magistrati onorari, in base all'art. 106, secondo comma, della Costituzione, e quelle requirenti [...] non hanno analoga valorizzazione costituzionale»<sup>31</sup>, ma la formula è indubbiamente assai ambigua, pur mostrando di attribuire uno specifico rilievo al dato testuale della disposizione in parola.

Tuttavia, tale differenziazione sembrerebbe meritare una maggiore attenzione, in quanto, se ci si interroga sulle motivazioni che possano sostenerla, pare rivelatrice di una concezione diversa, da parte della Carta costituzionale, delle due funzioni. Quella del giudicare, cioè, considerato che l'amministrazione della giustizia è resa «in nome del popolo»<sup>32</sup> e costituisce manifestazione della sovranità<sup>33</sup>, è più direttamente legata alla comunità statale. E, dunque, è più aperta – sia pure come eccezione e con molti limiti – ai contributi di altri settori della società civile, in grado di apportare diverse sensibilità ed esperienze, e di arricchire e rinforzare la connessione con essa (l'art. 106 Cost. prevede anche il caso di giudici onorari elettivi). L'impostazione ha un riscontro anche nella diversa previsione, connessa da una

<sup>27</sup> Già citata *supra* alla nota 20.

<sup>28</sup> V. C. cost., sent. 10 maggio 1982, n. 86; cfr. P. Grossi, *Orientamenti attuali di giurisprudenza costituzionale nell'interpretazione degli artt. 105, 107 comma 3 e 104 comma 4 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1982, p. 1839 ss.; F. Bonifacio-G. Giacobbe, *Art 107*, cit., p. 166 ss.; M. Bertolissi, *Art. 107*, cit., p. 662.

<sup>29</sup> V., però, G.U. Rescigno, *L'esercizio dell'azione pubblica*, cit., p. 134.

<sup>30</sup> La figura del vice procuratore onorario è stata introdotta dal D.P.R. 22 settembre 1988, n. 449, che ha previsto la possibilità che presso le preture i magistrati onorari fossero adibiti a funzioni di pubblico ministero. Cfr. C. Bonasoro, *I vice pretori onorari*, in *Giustizia e Costituzione*, fasc. 1-2, contenente *Atti del Convegno "I giudici laici" tenutosi a Senigallia, 8-9 dicembre 1995*, 1996, p. 82 ss.

<sup>31</sup> C. cost., ordd. 20 maggio 1998, n. 181, e 23 dicembre 1998, n. 430. Cfr. F. Biondi, *Art. 106*, in S. Bartole-R. Bin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, p. 941.

<sup>32</sup> Art. 101, comma 1, Cost. Sul tema, v. Q. Camerlengo, *In nome del popolo: giustizia, sovranità, democrazia*, in AA.VV., *Studi in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 364 ss.

<sup>33</sup> E. Spagna Musso, *Giudice (nozione)*, cit., p. 938.; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1967, vol. II, p. 981; V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari)*, 1954, oggi ripubblicato in Id., *Stato popolo governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 143. Si tratta della sovranità intesa come potestà suprema di governo, attribuita dall'art. 1 Cost. al popolo «che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione», e non già nel suo diverso significato di potere originario ed illimitato riferibile all'ordinamento statale nel suo complesso (secondo la nota distinzione insegnata da V. Crisafulli, *op. cit.*, p. 103 ss.). Sul legame tra sovranità popolare e potere giurisdizionale, cfr. anche G. Moschella, *Magistratura e legittimazione democratica*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 67 ss.; G. Silvestri, *Sovranità popolare e magistratura*, in *costituzionalismo.it*, 2003.

comune *ratio*<sup>34</sup>, dell'esistenza di casi e forme di partecipazione diretta del popolo «all'amministrazione della giustizia» e, dunque, ancora una volta, all'esercizio di funzioni giudicanti (art. 102, comma 3, Cost.). Quella inquirente, invece, nella quale si esercita la pretesa punitiva dello Stato a difesa dell'ordinamento, svolgendo indagini e sostenendo l'accusa, è una funzione in cui si manifesta un ancora più elevato grado di tecnicità, ed una più pressante esigenza di mantenimento all'interno di un unico circuito, esclusivamente "burocratico", fondato sull'accertamento delle competenze per via concorsuale.

In altri termini, se pare non potersi negare che tutta la magistratura – nel suo complesso – faccia capo all'organizzazione dello Stato-apparato, che agisce attraverso di essa<sup>35</sup>, è la sua componente giudicante piuttosto che quella requirente, nell'esercitare la potestà decisoria, ad intrattenere uno più stretto rapporto con la comunità statale, nella sua articolata complessità di cittadini e di gruppi<sup>36</sup>. Anche sotto tale profilo di inquadramento teorico, dunque, la figura del pubblico ministero non può essere equiparata integralmente a quella del giudice, nonostante la comune appartenenza all'ordine giudiziario.

Tale configurazione è poi strettamente intrecciata, come si è già accennato, con la posizione processuale del p.m., che, come è noto, ha subito modificazioni ed evoluzioni importanti nel corso della nostra storia costituzionale. Dopo, infatti, l'adozione del modello accusatorio con il codice di procedura penale del 1988, le stesse norme costituzionali in materia processuale hanno subito una importante modifica con la l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, che ha introdotto, nel testo dell'art. 111 Cost., una serie di garanzie di portata generale e alcune norme più puntuali relative al processo penale (soprattutto in tema di formazione della prova), che fissano in Costituzione alcune scelte.

Rispetto al tema qui in esame, viene soprattutto in rilievo l'esplicita previsione dei principi di parità tra le parti e della terzietà ed imparzialità del giudice. Si tratta, peraltro, di principi che presentano tra loro aspetti di connessione, dal momento che la terzietà-imparzialità<sup>37</sup> del giudice, cioè la sua equidistanza dalle parti, è a sua volta la prima condizione di una posizione di reale parità tra di esse<sup>38</sup>, e che riaffermano una funzione processuale profondamente diversa per le due figure di magistrati: quella di parte, in condizioni di parità con la difesa, per il pubblico ministero; quella di figura terza ed imparziale rispetto ai contendenti per il giudice.

Invero, non può dirsi che i relativi principi non fossero già ricavabili da una lettura attenta delle norme costituzionali previgenti. Tuttavia, la loro previsione espressa ne rafforza indubbiamente il significato, mettendoli al riparo da interpretazioni riduttive.

Sotto tale profilo, deve salutarsi con favore l'emancipazione del requisito dell'imparzialità-terzietà del giudice dalla garanzia della sua indipendenza (con particolare riferimento a quella funzionale, di cui all'art. 101, comma 2, Cost.), che favorisce l'attribuzione al primo di un significato più pieno, non legato necessariamente alla "soggezione" a qualcosa o a qualcuno, ma in grado di estendersi alla condizione di effettiva serenità di giudizio e distacco del giudice dalle parti e dai loro interessi, suscettibile di essere incrinata da molteplici fattori (l'amicizia o inimicizia; la c.d. forza della prevenzione, ecc.). Tale

<sup>34</sup> Cfr. V. Zagrebelsky, *La domanda di giustizia. Giustizia ordinaria e giustizia onoraria*, in *Giustizia e Costituzione*, fasc. 1-2, cit., p. 27.

<sup>35</sup> Cfr. F. Modugno, *La dicotomia "Stato ordinamento"-"Stato soggetto" nel pensiero dei tre maestri*, relazione al Convegno Esposito, Crisafulli, Paladini. *Tre costituzionalisti nella cattedra padovana*, 19-20-21 giugno 2003, in *Archivio Rivista AIC*, 2003, per la considerazione che è lo Stato soggetto "quello che legifera, giudica, amministra e via seguitando".

<sup>36</sup> Qualche spunto nel senso indicato nel testo può ricavarsi dal dibattito sulla possibilità di legare direttamente il pubblico ministero allo Stato-comunità, di cui si dà conto, in senso critico, in N. Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, cit., p. 89 ss.

<sup>37</sup> Si utilizzano i due termini come un'endiadi, considerato che essi non paiono dotati di un'apprezzabile autonomia concettuale: cfr. M. Cecchetti, *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, V aggiorn. Milano, Giuffrè, 2001, p. 610. Tuttavia, il riferimento alla terzietà serve – secondo la ricostruzione preferibile (sul punto, sia consentito rinviare per argomentazioni più dettagliate a M. Mengozzi, *Giusto processo e processo amministrativo. Profili costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 109 ss.) – per distinguere il requisito dell'imparzialità del giudice da quello della pubblica amministrazione, cui fa riferimento l'art. 97 Cost., e che non esclude che l'autorità decidente sia portatrice di un suo autonomo interesse (quello pubblico), alla stregua del quale compiere scelte di tipo discrezionale. L'imparzialità del giudice, invece, è quella connotata da terzietà: una posizione di distacco dalle parti, in assenza di qualsiasi altro interesse che non sia quello della corretta applicazione del diritto al caso concreto. In questo senso, v. anche la sentenza della C. cost., sentenza 24 marzo 1996, n. 131, nella quale l'imparzialità del giudice viene definita quale aspetto della sua "terzietà" «che connota nell'essenziale tanto la funzione giurisdizionale quanto la posizione del giudice, distinguendola da quella di tutti gli altri soggetti pubblici».

<sup>38</sup> Per la forte sottolineatura di questo legame tra parità e terzietà, v. A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 61 ss., per il quale tra le due nozioni vi è "coessenzialità".



intensità di significato in termini di equidistanza è, peraltro, accresciuta dalla necessità di una sua valutazione alla luce della c.d. dottrina delle apparenze, in conformità con le evoluzioni interpretative affermatesi anche sotto l'influenza degli orientamenti della Corte di Strasburgo rispetto all'analoga garanzia prevista nella Cedu<sup>39</sup>: dunque, perché il requisito dell'imparzialità sia rispettato è di estrema importanza non solo che il giudice sia effettivamente equidistante dagli interessi in contesa, ma anche che egli appaia tale alle parti ed ispiri fiducia in coloro che sono sottoposti al suo giudizio.

#### LE RAGIONI DELL'UNITÀ E QUELLE DELLA SEPARAZIONE. LE STRADE PERCORSE PER LE PROPOSTE DI RIFORMA

Il quadro costituzionale, dunque, sembra svilupparsi lungo due diverse linee direttrici. Da un lato, vi è l'opzione della comune appartenenza all'ordine giudiziario sia per i magistrati giudicanti che per quelli requirenti. E tale unità appare pensata e sostenuta in funzione della tutela del pubblico ministero dal legame con l'esecutivo, che comporterebbe il rischio di utilizzo distorto del potere di esercizio dell'azione penale. Dall'altro, vi è, invece, il riconoscimento della diversità delle funzioni svolte dalle due figure nell'ambito del processo, che implica una loro ricostruzione non interamente omogenea anche sul piano teorico e richiede discipline organizzative differenziate (con una tutela meno intensa dell'indipendenza interna e funzionale per il pubblico ministero).

Se le scelte costituzionali mirano a tenere insieme tali diverse impostazioni, il dibattito sulla separazione delle carriere parte proprio dall'affermazione di una irriducibile contraddittorietà tra la diversità delle funzioni e la scelta dell'unità dell'ordine giudiziario nei termini in cui essa è concretamente realizzata nel nostro ordinamento, alla ricerca di un diverso punto di equilibrio.

Nell'ottica riformista, vengono così valorizzate le esigenze di distinzione tra accusatore e giudice, in funzione di garanzia dell'accusato. Se voci in questo senso già si levavano sotto la vigenza del precedente modello processuale caratterizzato dalla presenza del giudice istruttore<sup>40</sup>, il superamento di tale impostazione ha riproposto il problema in termini ancora più accesi, evidenziando una insuperabile incoerenza tra la funzione processuale del p.m. come parte e la sua assimilazione al giudice. In tale prospettiva, l'esplicitazione in Costituzione dei principi processuali della parità delle parti e della terzietà-imparzialità del giudice ha rafforzato l'idea di chi ritiene che la contiguità tra le due figure della magistratura finisca per rivolgersi in uno svantaggio per l'accusato, incrinando l'equidistanza del giudice tra le parti.

Il punto più estremo di tali posizioni considera auspicabile anche un più forte collegamento del pubblico ministero con l'esecutivo, che assumerebbe la responsabilità politica delle scelte in materia di repressione dei reati e di esercizio dell'azione penale, anche mediante il superamento del principio dell'obbligatorietà, per la presa d'atto del carattere irrealistico della sua attuale declinazione. L'intenzione di ricondurre al circuito governativo le relative scelte di priorità avrebbe, dunque, l'obiettivo di renderle non arbitrarie e soggette al controllo politico.

Dall'altro lato, vi è chi, invece, difende il mantenimento dell'assetto attuale, ritenendo l'indipendenza anche della magistratura requirente un bene da salvaguardare al massimo grado, impedendo qualsiasi contaminazione da parte della maggioranza politica, che sarebbe inevitabile in ogni prospettiva di separazione e che finirebbe per pregiudicare anche l'indipendenza dei giudici, che per essere indipendenti, hanno bisogno di un pubblico ministero indipendente, non potendo giungere ad alcun giudizio se l'azione non viene esercitata<sup>41</sup>.

Si valorizza, in quest'ottica, la comune "cultura della giurisdizione"<sup>42</sup> che deve caratterizzare giudici

<sup>39</sup> Tale impostazione è piuttosto risalente nella giurisprudenza della Corte e.d.u. ed è rintracciabile già nelle decisioni *Piersack c. Belgio*, del 1° ottobre 1982, e *Castillo Algar c. Spagna*, del 28 ottobre 1998.

<sup>40</sup> V., ad esempio, G. Foschini, *Un errore pendolare: l'accusatore giudice ed il giudice accusatore*, in *Foro It.*, 1969, V, e poi in A. Pizzorusso (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, cit., p. 454 ss.

<sup>41</sup> C. Salazar, *L'organizzazione interna delle procure*, cit., p. 249; G. Scarselli, *Contro la separazione delle carriere tra pubblici ministeri e giudici*, in *Judicium.it*, 2017.

<sup>42</sup> Tra i molti, E. Bruti Liberati, *P.M.: statuto, organizzazione, professionalità e deontologia*, relazione al seminario nazionale 1989-2009 *il pubblico ministero 20 anni dopo: avvocato dell'accusa o difensore della legalità*, Firenze, 13-14 novembre 2009, in *old.magistratura democratica.it*.

e p.m., rilevando come quest'ultimo agisca comunque sempre a fini di giustizia<sup>43</sup>, come "parte-imparziale" avendo l'obbligo di ricercare anche le prove a discarico.

Così schematizzato il dibattito decennale (con qualche inevitabile approssimazione) nei suoi termini più netti, occorre, invero, prendere atto che nel nostro ordinamento i concreti tentativi di introdurre la c.d. separazione delle carriere si sono mossi, per lo più, all'interno di un orizzonte compatibile con la salvaguardia dell'indipendenza esterna dei magistrati inquirenti<sup>44</sup>.

Anzi, alcune iniziative – il *referendum* del 2000 e le modifiche introdotte per via legislativa con la c.d. riforma Castelli, pur assai criticata (soprattutto per altri aspetti) e subito modificata – si sono svolte a livello di normazione primaria e miravano, a Costituzione invariata (e, dunque, per così dire, "a indipendenza invariata"), a creare una distinzione più ferma tra le due funzioni, rendendo più difficili i passaggi dall'una all'altra. La creazione per questa via di un maggiore distacco tra i magistrati che esercitano i diversi ruoli è stata, in effetti, espressamente ritenuta compatibile dalla Consulta con l'assetto scelto dalla Costituzione, in occasione del giudizio sull'ammissibilità del referendum abrogativo in materia. Nella sentenza n. 37 del 2000, infatti, la Corte – pur criticando il titolo attribuito al quesito dall'Ufficio centrale per il *referendum*, riferito alla "separazione delle carriere", considerato "eccedente" rispetto all'effettivo contenuto delle abrogazioni proposte, non sufficienti a creare una vera e propria "separazione" mediante la sola limitazione dei trasferimenti a domanda – esplicitamente riconosce che la Carta costituzionale "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 e a quelle inquirenti, 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".

Ma anche i progetti di riforma costituzionale che sono giunti ad uno stadio più avanzato non hanno inteso riportare il p.m. nell'alveo dell'esecutivo.

Invero, tra le proposte di chi ritiene auspicabile la separazione (o comunque la distinzione strutturale) tra magistrati inquirenti e giudicanti non sono mancate opzioni in questo senso. Così, ad esempio, il progetto di riforma istituzionale del Gruppo di Milano, nel 1983, prospettava come possibili alternative organizzative tre distinte soluzioni: una era proprio quella della dipendenza del p.m. dal Ministro della Giustizia, assistito, però, da una Commissione parlamentare; oppure la sua dipendenza da una figura neutrale come il procuratore Generale della Costituzione, riprendendo una proposta avanzata a suo tempo in Assemblea costituente da Calamandrei; o ancora la distinzione di ruoli e carriere tra giudici e p.m. pur lasciando entrambi nella sfera di governo del C.S.M.

Tuttavia, in occasione dello sviluppo di un concreto progetto riformatore in sede parlamentare – come è avvenuto con la commissione bicamerale D'Alema istituita nel 1997 – l'ipotesi considerata è stata, invece, proprio quella volta a mantenere la magistratura inquirente nell'ambito del Consiglio superiore della magistratura, dividendo quest'ultimo in due sezioni distinte, una per i giudici e l'altra per i magistrati del pubblico ministero. Quanto alle relative garanzie, quella della soggezione soltanto alla legge era mantenuta per i giudici, e per i magistrati del pubblico ministero era stabilita l'indipendenza da ogni altro potere, con le garanzie stabilite nei loro riguardi dalle norme dell'ordinamento giudiziario, assicurando il coordinamento interno dell'ufficio e, ove necessario, delle attività investigative tra i vari uffici. Il passaggio tra le due funzioni (come si è sopra anticipato<sup>45</sup>) sarebbe stato consentito solo a seguito di concorso e non nel medesimo distretto giudiziario. Le previsioni, tuttavia, erano inserite in un più ampio progetto riformatore, che, tra l'altro, si proponeva di realizzare anche una unificazione della giurisdizione amministrativa con quella ordinaria.

Nel corso degli anni, alcune delle idee sopra richiamate sono state riprese da iniziative legislative per riforme costituzionali non più di così ampio respiro, ma rivolte specificamente ad affrontare il nodo dell'organizzazione della magistratura ordinaria, creando una più forte separazione tra le due carriere,

<sup>43</sup> Cfr. A.M. Sandulli, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1974 e poi in A. Pizzorusso (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, cit., p. 453 s.

<sup>44</sup> Cfr. R. Romboli, *Introduzione al tema*, cit., p. 118.

<sup>45</sup> Cfr. il primo paragrafo, spec. *sub* nota 8. Si fa riferimento al testo del progetto nella versione del 4 novembre 1997, come risultante dalla pronuncia della Commissione sugli emendamenti sul testo approvato il 30 giugno 1997. Per un commento, v. ancora P. Grossi, *I magistrati*, cit.; più specificamente sul tema della separazione delle carriere, anche con un richiamo alle soluzioni elaborate dal Gruppo di Milano, cfr. S. Galeotti, *Intervento*, *ivi*, p. 420 s.

requirente e giudicante, e cercando, in modo più o meno felice, di affrontare le criticità che derivano dalla necessità di conciliare le due esigenze cui si è già fatto cenno: da un lato, quella di garantire almeno un certo grado di indipendenza anche del pubblico ministero dall'esecutivo; dall'altro, quella di una più marcata distinzione tra il ruolo del giudice e quello della parte, che emerge sia dalle peculiarità che caratterizzano le rispettive funzioni, sia dalle garanzie processuali di imparzialità-terzietà del giudice e parità delle parti.

Così, oggi, archiviato il disegno di legge costituzionale presentato dal governo Berlusconi nel corso della XVI legislatura<sup>46</sup>, il tema è di nuovo tornato alla ribalta con la proposta di legge costituzionale di iniziativa popolare promossa dall'Unione delle Camere penali cui si è fatto già sopra cenno, attualmente all'esame della Camera (A.C. 14).

Pur con alcune rilevanti differenze, ci si muove – con maggiore decisione – lungo la linea già tracciata dal progetto della Bicamerale.

In tale ultima proposta, in particolare, il pubblico ministero è mantenuto all'interno dell'ordine giudiziario, con garanzie rispetto al possibile ruolo dell'esecutivo sia sul fronte dell'autonomia e indipendenza da ogni potere dell'ordine giudiziario stesso, sia sul fronte dell'inamovibilità. Tuttavia, si crea una netta cesura tra le due funzioni, già nella formulazione dell'art. 104 Cost., nel quale si vorrebbe introdurre la specificazione che detto ordine «è costituito dalla magistratura giudicante e dalla magistratura requirente», e, poi, con la previsione di due concorsi separati per l'accesso alle diverse funzioni, senza alcuna possibilità di passaggio interno.

Si creano, inoltre, due Consigli superiori, uno “della magistratura giudicante” e l'altro “della magistratura requirente”, entrambi presieduti dal Presidente della Repubblica ma, per il resto, diversamente composti, sia pure secondo un medesimo schema: un membro di diritto (rispettivamente il Primo presidente della Corte di cassazione per la magistratura giudicante ed il Procuratore generale della Corte di Cassazione per quella requirente) e il resto dei membri scelti per metà tra i magistrati delle rispettive funzioni, con le modalità stabilite dalla legge, e per metà dal Parlamento in seduta comune tra professori ordinari in materie giuridiche e gli avvocati con quindici anni di esercizio della professione.

Si propone poi l'abrogazione dell'art. 107, comma 3, Cost., che impone la distinzione dei magistrati solo per diversità di funzioni, e di introdurre, accanto alla previsione dell'obbligatorietà dell'azione penale, la locuzione «nei casi e nei modi previsti dalla legge».

Si tratta di una proposta senz'altro frutto di una elaborazione risalente, che merita – proprio perché affronta un tema oggetto da tempo di approfonditi dibattiti – di essere presa in considerazione dal Parlamento ed essere discussa seriamente.

Può subito anticiparsi, però, che se, per le ragioni che si andrà ad argomentare, il progetto sembra affrontare alcuni dei nodi non sciolti secondo una prospettiva di fondo per molti versi condivisibile, rispetto ad alcune singole scelte al suo interno, forse non del tutto coerenti con le idee ispiratrici, possono manifestarsi perplessità, più o meno gravi.

Prima di procedere ad una più puntuale analisi di tale ultima proposta, sembra utile provare a fissare alcune premesse.

La prima è che si ritiene possibile distinguere tra la questione della separazione delle carriere e quella dell'indipendenza del p.m. dall'esecutivo. Sembra, in sostanza, che si possa mantenere la coesistenza tra le due linee più caratterizzanti dell'attuale assetto costituzionale: da un lato, la volontà di offrire una marcata garanzia da possibili influenze del potere politico sulla magistratura requirente – e, indirettamente, anche su quella giudicante – e, dall'altro, la distinzione dei ruoli e delle funzioni, anche sul versante processuale. L'attuale assetto organizzativo è ora assai sbilanciato sulla prima impostazione rinunciando ad una demarcazione più decisa dei percorsi; ma è senz'altro ipotizzabile un diverso equilibrio tra le due istanze sopra ricordate, senza rinunciare all'una o all'altra.

Già le norme costituzionali attualmente vigenti consentirebbero altre scelte nel senso di una maggiore differenziazione, come la Consulta ha riconosciuto nella già citata decisione di ammissibilità del *referendum* abrogativo del 2000<sup>47</sup>; tanto più è immaginabile un intervento riformatore che si muova in questa direzione, anche fino ad una separazione radicale, con canali di accesso distinti e nessuna possibilità di passaggio.

<sup>46</sup> A.C. 4275 presentato il 7 aprile 2011. Il progetto è stato discusso in Commissione ma non è poi giunto in Assemblea.

<sup>47</sup> C. cost., sentenza 7 febbraio 2000, n. 37.

Si tratterebbe di una soluzione più in linea di quella attuale con i principi del giusto processo e con il diverso ruolo istituzionale svolto dagli addetti alle due funzioni.

Le obiezioni legate alla necessità di salvaguardare e valorizzare, attraverso l'unità delle carriere, la comune "cultura della giurisdizione" tra giudici e p.m. non convincono, facendo leva su un concetto assai evanescente<sup>48</sup>, che, anche a volergli trovare una sostanza leggendolo come cultura "della legalità", dovrebbe semmai animare tutti i soggetti protagonisti del processo, compresi gli avvocati<sup>49</sup>.

Neppure sembra potersi considerare inevitabile l'assimilazione del p.m. al giudice, sotto il profilo della sua imparzialità, per l'obbligo che grava su di esso di considerare le prove a discarico. Risulta, infatti, persuasivo il rilievo che tale previsione è funzionale soprattutto alla obiettiva valutazione della sostenibilità dell'accusa, da compiere con attenzione a tutti gli elementi trattandosi comunque di una funzione pubblica<sup>50</sup>.

Se, dunque, una più marcata separazione delle carriere appare un dato maggiormente coerente con le funzioni processuali dei magistrati inquirenti, va, invece, prestata attenzione al profilo delle garanzie di indipendenza dagli altri poteri, ed in particolare dall'esecutivo: l'esclusione di un rapporto di contiguità con quest'ultimo, in effetti, è la più efficace assicurazione che il governo non possa condizionare il corretto funzionamento della giustizia, non apparendo a questo scopo sufficiente l'indipendenza dei soli giudici, il cui compito è inevitabilmente fortemente condizionato dalle regole sull'esercizio dell'azione penale.

Entro tale orizzonte, dunque, la riflessione deve essere concentrata soprattutto sui meccanismi atti a garantire tale indipendenza, fungendo da argine all'influenza della maggioranza politica (inamovibilità, composizione del C.S.M., obbligatorietà dell'azione penale). Se essi sono validi, non si vede per quale ragione e per quale via la separazione delle carriere, come paventato da taluno, dovrebbe condurre inevitabilmente ad una dipendenza del p.m. dal potere esecutivo<sup>51</sup>; mentre al contrario, se sono questi a non funzionare, l'opzione di una organizzazione unitaria non offre alcuna assicurazione e, anzi, può presentare rischi ancora maggiori, come pare dimostrare l'esperienza storica del periodo fascista, nel corso del quale, saltati i presidi dell'indipendenza (con la soppressione, ad esempio, dell'elettività del neo-istituito C.S.M., il ridimensionamento dell'inamovibilità, la possibilità di influire sulle carriere), la struttura unitaria della magistratura e delle relative carriere ha consentito al governo di esercitare un crescente controllo non soltanto sulla magistratura requirente, ma, anche tramite essa, su quella giudicante<sup>52</sup>.

Un secondo dato è l'assenza di indicazioni certe provenienti dal contesto internazionale ed europeo. Attesa la pluralità delle soluzioni adottate dei diversi ordinamenti, i relativi documenti sono in effetti piuttosto neutri sul tema dell'organizzazione del pubblico ministero, per cui, sebbene vengano spesso citati parzialmente, "tirandoli" in una direzione o nell'altra, essi non offrono soluzioni nette rispetto alle questioni che ci occupano.

Così, ad esempio, nella Raccomandazione Rec(2000)19 del Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa, del 6 ottobre 2000 (*The role of Public Prosecution in the criminal justice system*), sono contemplate ed ammesse diverse possibilità organizzative. Comunque, risulta rimarcata – qualsiasi sia il modello prescelto – l'esigenza che il ruolo, le competenze e lo *status* legale del p.m. sia tale da assicurare l'imparzialità e l'indipendenza del giudice (punto 17); ma si ammette che possano esserci passaggi di magistrati da una funzione all'altra negli ordinamenti che lo consentono (punto 18). Ed anche rispetto ai rapporti con il Governo sono considerate possibili sia la scelta della dipendenza dall'esecutivo delle procure, con alcune prescrizioni per assicurare la trasparenza delle relative istruzioni, come la previsione che es-

<sup>48</sup> Critica tale nozione come "indiscutibilmente criptica" S. Bartole, *L'ordinamento giudiziario nei documenti del Consiglio d'Europa con speciale riguardo all'assetto delle procure*, in S. Bartole-A. Pace-R. Romboli (a cura di), *Problemi attuali della giustizia in Italia*, cit., p.10.

<sup>49</sup> Cfr. R. Romboli, *Introduzione al tema*, cit., 118; O. Dominioni, *Giudice e pubblico ministero. Le ragioni della "separazione delle carriere"*, in E. Dolcini-C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, Giuffrè, 2006, III, p. 2761 ss.; F. Petrelli, *La terzietà come legittimazione*, in *Quest. Giust.*, 1/2018, p. 12.

<sup>50</sup> N. Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, cit., p. 101 s.

<sup>51</sup> Cfr., ad esempio, G. Scarselli, *Contro la separazione*, cit.

<sup>52</sup> Cfr. A. Gustapane, *Il pubblico ministero nel regime fascista*, cit., p. 152 ss.; G. Neppi Modona, *La magistratura e il fascismo*, in *Pol. Dir.*, 1972, p. 566 ss.; A. Meniconi, *Magistrati e ordinamento giudiziario negli anni della dittatura*, cit., p. 183 ss.; M. Manetti, *Funzioni e statuto del pubblico ministero*, cit., p. 177 s.

se siano sempre impartite in forma scritta (v. ad esempio, punto 13), sia quella della indipendenza (punto 14)<sup>53</sup>. Deve, tuttavia, anche rilevarsi che i documenti del Consiglio d'Europa che hanno accompagnato e preceduto l'elaborazione della Raccomandazione appena citata mostrano una preferenza per l'indipendenza dei procuratori dall'esecutivo, ammettendo la sottoposizione ad esso quando questa sia legata a tradizioni istituzionali, con le dovute attenzioni ad evitare abusi<sup>54</sup>; la stessa formulazione finale della Raccomandazione, in effetti, circonda l'ipotesi del legame con il governo di una serie di cautele (v. il già citato punto 13).

Nell'Unione europea, quando è stata istituita una Procura europea per la repressione dei reati che coinvolgono i suoi interessi finanziari, si è optato per una struttura indipendente (sia dagli Stati membri che dalle istituzioni dell'UE), ma piuttosto gerarchizzata al suo interno, che esercita l'azione penale davanti alle giurisdizioni nazionali (v. Reg.(UE) 2017/1939 del 12 ottobre 2017, in attuazione di una cooperazione rafforzata)<sup>55</sup>. Ma si tratta di un'esperienza dai tratti assai peculiari.

#### QUALCHE RIFLESSIONE SUL PROGETTO DI LEGGE COSTITUZIONALE DI INIZIATIVA POPOLARE A.C. 14

La scelta che impronta la più recente proposta di riforma costituzionale è quella, come si è anticipato, di separare nettamente le due carriere, prevedendo addirittura due concorsi separati senza passaggi interni, entro il medesimo ordine giudiziario, autonomo ed indipendente da ogni altro potere, dotato per questo di due distinti Consigli Superiori della Magistratura, uno per i giudicanti e l'altro per i requirenti.

Si tratta di un'opzione non estranea al panorama comparatistico, ed in particolare ricalcata sul modello adottato in Portogallo<sup>56</sup>, che sembra in grado di escludere i rischi della dipendenza del p.m. dal potere esecutivo che in genere si collegano alla fuoriuscita del medesimo dalla magistratura<sup>57</sup>.

L'impostazione di fondo di una separazione, anche così netta delle carriere, all'interno di un quadro comune di garanzie, è dunque percorribile e in grado di offrire un convincente punto di equilibrio delle diverse esigenze che emergono nel dibattito.

Poiché, tuttavia, il progetto in parola riformula anche alcune ulteriori scelte in materia di organizzazione della giustizia, resta da chiedersi se le garanzie apprestate dal sistema costituzionale, una volta riformato nel senso proposto, siano sufficienti ad assicurare il mantenimento dell'indipendenza esterna delle due componenti della magistratura dagli altri poteri e, dunque, dalla maggioranza politica.

Ed è proprio su questo fronte – tutt'altro che secondario – che alcune scelte del progetto di legge in esame possono lasciare qualche perplessità.

*In primis*, dubbi più sfumati possono esprimersi sulla scelta di ristrutturare la composizione di entrambi i C.S.M. dosando diversamente da quanto accade adesso le due componenti "togata" e "laica", portandole ciascuna alla metà.

Per un verso, è vero che la duplicazione dei consigli potrebbe riproporre con più forza la necessità di evitare i rischi di autoreferenzialità e di chiusura corporativa che hanno indotto a suo tempo l'Assemblea costituente alla scelta di non creare un vero e proprio "autogoverno"<sup>58</sup>, optando per una composi-

<sup>53</sup> Sul tema, cfr. N. Zanon-F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., p. 261 ss.

<sup>54</sup> Per ampie argomentazioni e riferimenti su questo tema, v. S. Bartole, *L'ordinamento giudiziario nei documenti del Consiglio d'Europa*, cit., p. 8 ss.

<sup>55</sup> Anche su questo tema, si può rinviare, per un approfondimento, a N. Zanon-F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, p. 266 ss.

<sup>56</sup> L'esperienza portoghese sotto tale profilo è valutata positivamente da E. Maia Costa, *Un'esperienza di separazione delle carriere: l'ordinamento portoghese*, in *Quest. Giust.*, 1/2018, p. 76 ss.

<sup>57</sup> Cfr. G. Scarselli, *Contro la separazione*, cit.: "Se il P.M. esce dalla magistratura ha una fine (direi) segnata e probabilmente inevitabile, che è quella di entrare in un ufficio riconducibile alla amministrazione, e quindi (in modo più diretto oppure larvato ma comunque) alle dipendenze del potere esecutivo"; M. Guglielmi, *Introduzione. Ragioni del processo, ragioni dell'ordinamento: rinunciare a un'istituzione di garanzia*, in *Quest. Giust.*, 1/2018, p. 7.

<sup>58</sup> L'espressione, per quanto assai diffusa con riferimento al C.S.M., è impropria. Cfr., tra i molti, P. Grossi, *I magistrati*, cit., p. 404; anche la Corte costituzionale ha rilevato che l'espressione è «da accogliersi piuttosto in senso figurato che in una rigorosa accezione giuridica» (sentenza 18 luglio 1973, n. 142). Come è noto, peraltro, l'opzione costituzionale nel senso della composizione mista è stata considerata come un punto di riferimento e un modello da seguire per il legislatore anche nella conforma-

zione mista del Consiglio Superiore (in effetti inizialmente proposta anche in sede costituente nella proporzione di metà e metà), in modo da creare un canale di collegamento tra l'ordine giudiziario e il Parlamento, massima espressione della rappresentanza politica. E, dunque, il rafforzamento della componente eletta dal Parlamento in seduta comune sarebbe volto a rinsaldare tale collegamento con il circuito democratico dei due corpi della magistratura.

Ed è altresì vero che, tra i componenti togati, vi è anche da considerare il membro di diritto, che potrebbe garantire la superiorità numerica della componente dei magistrati<sup>59</sup> (senza considerare, però, la presenza del Presidente della Repubblica).

Tuttavia, nell'ottica di una più stringente garanzia di indipendenza dalla maggioranza politica sarebbe forse stato preferibile uno spostamento più contenuto delle proporzioni: ad esempio, come era nel progetto della Bicamerale, aumentando a due quinti i componenti "laici".

Un giudizio più decisamente critico colpisce, poi, la riformulazione delle attuali disposizioni nel senso che la componente togata sia "scelta" "tra" rispettivamente i giudici ordinari e i pubblici ministeri "con le modalità stabilite dalla legge", senza precisare né che la selezione debba essere svolta con elezione, né che debba avvenire ad opera delle medesime categorie. La disposizione proposta lascerebbe, dunque, spazio alla legge per affidare la scelta anche ad organi politici, financo direttamente all'esecutivo, purché sia attinta "tra" gli appartenenti ad una determinata categoria.

Si tratta di una innovazione assai rischiosa per l'indipendenza di tutta la magistratura, in entrambe le sue componenti, dal momento che la previsione è posta negli stessi termini anche per il C.S.M. della magistratura giudicante – per cui non può essere nemmeno messa in connessione con una ricostruzione sul piano teorico del p.m. come figura legata al potere politico – che appare in grado di stravolgere *ad imis* le scelte costituzionali in tema di organizzazione dell'ordine giudiziario.

Potrebbe forse obiettarsi che il riconoscimento della magistratura come ordine autonomo e indipendente dagli altri poteri (che la riforma conserverebbe nel primo comma dell'art. 104 Cost.) imporrebbe comunque alla legge di disciplinare la scelta con modalità tali da garantire tali principi; e che potrebbe essere opportuno un ripensamento dei sistemi di selezione dei magistrati in seno al C.S.M. per il superamento dell'organizzazione in correnti, ricorrendo a un diverso sistema elettorale o addirittura al sorteggio. Tuttavia, la proposta riformulazione delle norme costituzionali – nei termini del progetto di legge in parola – lascia un margine decisamente troppo ampio, con forti rischi di interpretazioni che possano comportare una sostanziale riduzione dell'indipendenza dell'ordine giudiziario.

Sotto tutti questi profili, e anche nell'ottica di evitare l'eccessiva chiusura dei due C.S.M., dovrebbe, piuttosto, rivalutarsi la scelta compiuta nella Commissione bicamerale del 1997 di sezioni distinte per le due componenti, composte secondo modalità più in linea con le attuali scelte costituzionali (ricalibrando le due componenti nella misura dei due quinti e tre quinti) e poste in comunicazione tra loro, almeno attraverso la condivisione dei due membri di diritto (primo presidente e procuratore generale presso la Corte di cassazione)<sup>60</sup>.

Nell'ultimo progetto, poi, il pericolo di un aumento del controllo della magistratura da parte del potere politico pare anche rafforzato da un'altra previsione, volta a incrementare la presenza di componenti della società civile all'interno della magistratura, estendendo a tutte le funzioni giudicanti la possibilità di nomina di avvocati e professori ordinari universitari di materie giuridiche, oggi prevista soltanto per il ruolo di consigliere di cassazione "per meriti insigni" e su designazione del Consiglio superiore della magistratura, con ulteriori limitazioni rispetto all'ampia categoria degli avvocati a quelli con almeno quindici anni di servizio e iscritti degli albi speciali per le giurisdizioni superiori. L'amplia-

---

zione degli analoghi organismi di garanzia per la magistratura amministrativa, contabile e militare (sebbene la Corte costituzionale abbia sempre dichiarato inammissibili, in quanto implicanti interventi troppo creativi, le questioni di legittimità costituzionale sollevate in materia, con riferimento, in particolare, alla composizione originaria del Consiglio di Presidenza della Giustizia amministrativa, priva di membri "laici", poi riformata nel 2000: cfr., ad esempio, ordinanze 20 novembre 1998, n. 377, e 10 maggio 1999, n. 161; su un tema analogo, cfr. anche sentenza 13 gennaio 2011, n. 16).

<sup>59</sup> Come si rileva nella relazione introduttiva al progetto.

<sup>60</sup> Nel progetto della bicamerale, invero, erano anche assegnate alcune competenze al Consiglio superiore della magistratura ordinaria a sezioni riunite, tra le quali il passaggio tra le due funzioni. Nel quadro di una totale separazione delle due carriere tale previsione verrebbe, ovviamente, meno. Ma si potrebbe valutare il mantenimento di altre possibili competenze da esercitare unitariamente, quali i pareri sui disegni di legge. A favore di una divisione del C.S.M. in sezioni, con decisione finale affidata al *plenum* del collegio, per evitare un eccessivo isolamento del p.m. S. Sicardi, *Ordine giudiziario e separazione delle carriere*, cit., p. 78 s.

mento così marcato di tale facoltà, per la cui disciplina si rinvia alla legge, potrebbe indurre il legislatore – data la nota e cronica carenza di organico della magistratura – ad adottare soluzioni in grado creare un canale alternativo di accesso alle funzioni giudicanti troppo vasto, finendo per aggirare la regola del reclutamento tramite concorso, presidio anch'essa non soltanto di competenza ma anche di indipendenza.

Qualche parola deve, infine, spendersi sulla proposta riforma dell'art. 112 Cost., con il mantenimento del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, stemperato però dall'aggiunta della formula “nei casi e nei modi previsti dalla legge”.

Si tocca un tema assai difficile. Da un lato, non può non riconoscersi che la norma costituzionale – così come è oggi – pone un principio destinato a restare, nella sua assolutezza, solo sulla carta, e che finisce, in sostanza, per trasformarsi nell'affidamento al p.m. di una discrezionalità sui reati da perseguire amplissima e non priva di risvolti problematici<sup>61</sup>; tra i quali, vanno ricordati i tentativi di evitare l'arbitrio sulla base di orientamenti dei singoli uffici, con l'esito di una marcata disomogeneità, oppure sulla base di indicazioni del Consiglio Superiore della Magistratura, che di fatto finisce così per assumere dei poteri di “indirizzo politico” che non gli sono attribuiti dalla Costituzione<sup>62</sup>.

D'altro canto, però, deve anche considerarsi il rilievo sistematico della previsione, che costituisce uno degli aspetti di garanzia dell'indipendenza delle procure (C. cost., sentenza 8 settembre 1995, n. 420) sia dal potere politico sia nella dimensione interna (pur nei sopra ricostruiti limiti del coordinamento organizzativo) nonché una manifestazione del principio di uguaglianza dei cittadini davanti alla legge<sup>63</sup>.

Proprio per tali aspetti, nonostante le difficoltà di applicazione, il principio non sembra facilmente superabile o rinunciabile, potendosi manifestare qualche dubbio sull'opportunità di attribuire il potere di fissare le priorità – come, per lo più, si propone – all'esecutivo. Se, infatti, certamente il governo è un soggetto politicamente responsabile e legittimato dal sostegno della maggioranza parlamentare, pare tuttavia preferibile tenere il settore della giustizia più saldamente ancorato ad una logica liberal-garantistica, che ne sganci il funzionamento dal circuito politico-maggioritario<sup>64</sup>.

La scelta fatta nella proposta di riforma costituzionale si muove in una prospettiva più raffinata, attribuendo la competenza a compiere le relative scelte alla legge e, dunque, al Parlamento, l'organo che attraverso il medesimo strumento della legislazione è in effetti il titolare naturale degli indirizzi di politica criminale. Ci si colloca, così, nel solco delle tesi che già in passato hanno suggerito un riavvicinamento della funzione del pubblico ministero al controllo delle Camere<sup>65</sup>; e, inoltre, si individua come mezzo un atto legislativo. Ciò induce ad osservare che, pur esistendo all'interno del Parlamento una maggioranza di governo, l'ampiezza e la pubblicità del dibattito che accompagna l'adozione di una fonte primaria e il sindacato di costituzionalità sulle relative norme offrono comunque garanzie senz'altro maggiori rispetto alla scelta di affidare tali decisioni all'esecutivo, anche con riguardo al profilo del rispetto del principio di eguaglianza davanti alla legge.

Il tentativo di sciogliere un nodo davvero complesso è interessante e offre nuovi spunti al dibattito. Resta il dubbio, tuttavia, che gli indirizzi così manifestati finiscano per divenire modalità di depenalizza-

<sup>61</sup> Cfr., tra gli altri, N. Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, cit., p. 185.

<sup>62</sup> Su questo tipo di problematiche v., ad esempio, G. Ferri, *Il Consiglio superiore della magistratura e il suo presidente*, Padova, Cedam, 1995, p. 263 ss.; va qui ricordato che, proprio per far fronte a tale problematica, la proposta di riforma in commento introduce anche l'espressa previsione che altre competenze oltre a quelle espressamente indicate (assunzioni, assegnazioni, trasferimenti, promozioni e provvedimenti disciplinari) possano essere attribuite ai due Consigli superiori della magistratura (giudicante e requirente) solo con legge costituzionale.

<sup>63</sup> Cfr., tra le molte, C. cost., sentenza 15 febbraio 1991, n. 88, nella quale il principio di obbligatorietà è definito come “punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale”. Sul tema cfr. anche S. Panizza, *Fondamento e attualità del principio di obbligatorietà per il pubblico ministero di esercitare l'azione penale*, in S. Bartole-A. Pace-R. Romboli (a cura di), *Problemi attuali della giustizia in Italia*, cit., p. 149 ss.

<sup>64</sup> Cfr. N. Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, cit., p. 186 s.

<sup>65</sup> Cfr. A. Pizzorusso, *Una soluzione alternativa per la responsabilizzazione del pubblico ministero: il suo collegamento col potere legislativo*, in Id. (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, cit., p. 485 ss. Va anche sottolineato che la scelta di attribuire la relativa competenza alla legge, con il suo carattere normativo e stabile, rende tale proposta significativamente differente dalle ipotesi, talora formulate in dottrina, di affidare il compito ad una commissione parlamentare (criticate da V. Zagrebelsky, *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in G. Conso (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, Bologna, Zanichelli, 1979, p. 21 s.).

zazione surrettizie, che sarebbe meglio operare, allora, per la via “maestra” di serie politiche in questo senso, in grado di esprimere scelte più chiare – senz’altro auspicabili per risolvere le difficoltà in questione, in un sistema caratterizzato da una normativa penale dal carattere “ipertrofico”<sup>66</sup> – in un settore così delicato come quello della repressione penale.

Per affrontare i problemi pratici che rendono inapplicabile il principio dell’obbligatorietà dell’azione penale potrebbe, poi, sempre in questa chiave, anche giovare un più ampio utilizzo di strumenti che, in qualche modo, incorporano valutazioni di opportunità, quali le condizioni di procedibilità e le condizioni obiettive di punibilità del reato<sup>67</sup>.

Si è consapevoli che il ricorso a tali strumenti potrebbe rivelarsi non sufficiente a risolvere i problemi posti dal principio dell’obbligatorietà dell’azione penale; ma non sembra potersi rinunciare a considerarli preferibili, per la maggiore trasparenza e stabilità delle relative decisioni e la più chiara assunzione di responsabilità che ne deriva in capo al Parlamento.

---

<sup>66</sup> B. Caravita, *Obbligatorietà dell’azione penale e collocazione del pubblico ministero: profili costituzionali*, in A. Gaito (a cura di) *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Napoli, Jovene, 1991, p. 302.

<sup>67</sup> Per questa lettura delle condizioni di punibilità e di procedibilità, v. G. Neppi Modona, *Art. 112 [e 107, 4°c.]*, cit., p. 48 ss.