

LO STATUTO DEL PUBBLICO MINISTERO NEL PROGETTO DI LEGGE COSTITUZIONALE N. 14. NON SOLO SEPARAZIONE DELLE CARRIERE^(*)

di Edmondo Bruti Liberati

SOMMARIO: 1. P.d.l. costituzionale n. 14 (Camera XVIII legislatura). – 2. Magistratura: “ordine” o “potere”? – 3. La riforma del Consiglio Superiore della Magistratura. – 4. Accesso in magistratura senza concorso pubblico. – 5. Ritorno alla gerarchia. – 6. Priorità e obbligatorietà dell’azione penale. – 7. P.m. “parte imparziale”. – 8. “Giudice terzo e imparziale”, ma anche indipendente. E il P.m?

1. P.d.l. costituzionale n. 14 (Camera XVIII legislatura).

A dispetto del titolo – “Norme per l’attuazione della separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura” – il nucleo essenziale della Proposta di legge costituzionale di iniziativa popolare n. 14 ha una portata molto più ampia¹, poiché investe direttamente il tema della autonomia e della indipendenza della magistratura, operando un radicale mutamento dell’attuale assetto costituzionale della magistratura, requirente, ma anche giudicante.

2. Magistratura: “ordine” o “potere”?

L’art. 2 della p.d.l. sostituisce la rubrica del titolo IV, parte II, della Costituzione (“La magistratura”) con la rubrica “L’Ordine giudiziario”, nonché la denominazione della Sezione I, stesso titolo, da “Ordinamento giurisdizionale” a “Ordinamento dei magistrati”.

L’art. 3 della p.d.l. sostituisce il comma primo dell’art. 104 («La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere») con «L’ordine giudiziario è costituito dalla magistratura giudicante e della magistratura requirente ed è autonomo e indipendente da ogni potere».

Le modifiche proposte sono conseguenti alla “filosofia” della separazione delle carriere, ma vanno ben oltre, con la soppressione dell’aggettivo “altro”, riferito a “potere”. Si vorrebbe così ribadire che la magistratura è un “ordine”, non un “potere”.

^(*) Testo, rielaborato, dell’intervento alla tavola rotonda sul tema “Lo statuto del pubblico ministero nella Costituzione e nel progetto di legge sulla separazione delle carriere” (Lecce, 6 febbraio 2020).

¹ Per un primo spunto in tal senso vedi G. CASCINI, *Io, togato del Csm, dico che per distinguere p.m. e giudici non va sconvolta la Carta*, in *Il Dubbio*, 19 ottobre 2019.

Con la soppressione di una “parolina” si pensa di superare quella che non è solo una questione terminologica, come ampiamente indicato dalla dottrina e dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale. Se infatti dal punto di vista dell’organizzazione strutturale non si può parlare di “potere giudiziario” nello stesso senso del potere legislativo e di quello esecutivo, quando si passa al piano dell’esercizio della funzione non può essere negato che «la giurisdizione sia un potere dello Stato. [...] Invero, la diffusione del potere giurisdizionale – oggettivamente considerato – in tutti e ciascuno dei giudici, costituisce conferma della affermazione che, nel suo contenuto, la giurisdizione sia un potere che si pone su un piano equivalente rispetto agli altri poteri dello Stato: nel rapporto con i quali la Costituzione ha inteso realizzare un complesso meccanismo di equilibrio, che trova nel Csm lo strumento (ritenuto) più idoneo per conseguirlo»².

È stato inoltre rilevato che «la giurisprudenza della Corte Costituzionale, che ha riconosciuto la legittimazione a sollevare conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato a ciascun organo giurisdizionale, incide in profondità nei rapporti tra i poteri e organi [...] Il potere giudiziario appare, nella prospettiva appena ricordata, affidato nella sua interezza, a ciascun organo giurisdizionale, il quale, nel momento in cui si pronuncia, è il potere, non appartiene al potere»³.

All’esito di un’attenta ricognizione sulla questione “ordine” o “potere” nei diversi piani di ragionamento, valorizzando il carattere della magistratura come “potere diffuso” si è di recente autorevolmente concluso che «in termini di diritto costituzionale, a riassunto di tutte le visioni fin qui esposte, si potrebbe dire così: la magistratura è un “ordine” assai diverso dai poteri politici disegnati dalla Costituzione; tuttavia l’ordine giudiziario – laddove lo si consideri unitariamente sulla base delle complessive disposizioni costituzionali che ne disegnano l’assetto, le funzioni ed i rapporti con le altre istituzioni – assume incontestabilmente il ruolo di potere, la cui posizione di indipendenza è centrale per la stessa definizione della forma di Stato»⁴.

D’altronde, l’art. 3 della Costituzione degli Stati Uniti d’America menziona espressamente il concetto di potere giudiziario («*The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish*»), così come la Costituzione della Spagna democratica del 27 dicembre 1978 si riferisce espressamente al «*poder judicial*», sia nell’instaurazione del Titolo VI che nel corpo dell’art. 117.

Su una questione così rilevante, tuttavia, né la Relazione introduttiva alla p.d.l., né il relatore on. Sisto – nel suo intervento nella seduta del 20 febbraio 2019 alla Commissione Affari Costituzionali della Camera – spendono una parola di motivazione.

² F. BONIFACIO – G. GIACOBBE, *La Magistratura*, Tomo II, artt. 104-107, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli – Foro Italiano, Bologna – Roma, 1986, pp. 15-16.

³ G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 70-71, vd. anche p. 67, corsivi dell’autore.

⁴ N. ZANON – F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, V ed., Bologna, 2019, p. 25.

3. La riforma del Consiglio Superiore della Magistratura.

Conseguentemente alla separazione delle carriere, si prevedono due Csm, uno per la magistratura giudicante e uno per la magistratura requirente. Ma due ulteriori, e non necessitate, proposte di modifica della disciplina del Consiglio Superiore della Magistratura si muovono su una linea, per così dire, di “affievolimento” del ruolo del giudiziario rispetto agli altri poteri.

Nella composizione di entrambi i Consigli, la p.d.l. agli artt. 4 e 5 prevede che la componente eletta dalla magistratura venga ridotta dagli attuali due terzi alla metà. Eppure, l’esperienza di mezzo secolo insegna che non si è mai verificata, nelle decisioni assunte dal Csm, una contrapposizione secca laici/togati; i laici e i togati si sono orientati, nei momenti alti, secondo le visioni di ciascuno sull’organizzazione della giustizia e, nei momenti di caduta, secondo schieramenti di corrente o di partito o, anche, dei rispettivi riferimenti corporativi. La presenza della componente laica è essenziale come temperamento e apertura rispetto alle dinamiche della corporazione giudiziaria; i laici contano non per il numero, ma per l’autorevolezza. Stalin avrebbe detto a Jalta: «[m]a quante divisioni ha il Papa?». Non penso sia utile contare quante “divisioni” ha la componente laica in Csm.

Sulla disciplina dei laici componenti del Csm interviene poi, secondo la bozza che è stata diffusa nei primi giorni del 2020, il Disegno di legge di delega del Governo sulla riforma del processo penale, che all’art. 24, sotto la rubrica *Eleggibilità dei componenti eletti dal Parlamento*, prevede: «[a]ll’articolo 22 della legge 24 marzo 1958, n. 195, il quarto comma è sostituito dal seguente: “I componenti da eleggere dal Parlamento, previamente auditi dalle competenti Commissioni parlamentari, sono scelti tra i professori ordinari di università in materie giuridiche e tra gli avvocati dopo quindici anni di esercizio professionale, purché non ricoprano la carica di parlamentare nazionale od europeo, o non l’abbiano ricoperta nei cinque anni precedenti, non siano componenti del Governo o non lo siano stati nei cinque anni precedenti, non ricoprano la carica di consigliere regionale o provinciale nelle Province autonome di Trento e Bolzano, o non l’abbiano ricoperta nei cinque anni precedenti, non siano Presidenti o assessori nelle giunte delle Regioni o delle Province autonome di Trento e Bolzano, non ricoprano o non abbiano ricoperto nei cinque anni precedenti la carica di sindaco in Comuni con più di centomila abitanti”».

Non stupisce che una politica in crisi ceda, ancora una volta, alle sirene del populismo antipartitico e antiparlamentare, ma – posto che è controverso se con legge ordinaria si possano introdurre tali limitazioni a fronte del dettato dell’art. 104, comma 4, Cost. – a colpire è l’ignoranza della storia. Tra i componenti laici più autorevoli del Csm, negli ultimi cinquant’anni, vi sono stati avvocati e professori, ma anche avvocati e professori con rilevante esperienza parlamentare. È riconosciuto il proficuo contributo assicurato dall’esperienza parlamentare, in diverse collocazioni partitiche; quando sul pluralismo di culture e di visioni politiche è prevalsa la logica di schieramento, ciò ha riguardato anche i laici che non avevano avuto esperienza parlamentare e che, tuttavia, erano sensibili allo schieramento che li aveva supportati.

Tornando alla p.d.l. n. 14, l'art. 4 modifica l'art. 105 della Costituzione in materia di attribuzioni del Consiglio superiore della magistratura giudicante, introducendo una disposizione in base alla quale «[a]ltre competenze possono essere attribuite solo con legge costituzionale». Ci si muove dunque nella prospettiva di rendere "tassativa" la elencazione delle attribuzioni del Csm. Nella relazione introduttiva alla proposta, si giustifica così la suddetta disposizione: «[q]uesta previsione colma una lacuna obiettiva del nostro sistema costituzionale, che ha consentito al Csm di adottare anche atti di indirizzo politico e di esercitare funzioni 'paranormative' che, talvolta, ha determinato contrasti con altri poteri dello Stato»

Correlativamente, l'art. 6 mira ad introdurre una disposizione analoga con riferimento al Consiglio Superiore della magistratura requirente (art. 105-ter della Costituzione).

Ancora una volta, si ignora la storia. Si dimentica che talora è stato lo stesso legislatore a fare espresso rinvio alla normazione secondaria del Csm. Si pensi inoltre alla disciplina, relevantissima per l'attuazione del principio del giudice naturale, della formazione delle tabelle della composizione degli uffici giudiziari, vicenda nella quale si ebbe a verificare un "circolo virtuoso" tra delibere organizzative del Csm e interventi del legislatore⁵. È dubbio che la nuova disposizione aggiunta possa chiudere la questione, dal momento che le attribuzioni che rimangono elencate nell'art. 105 Cost. sono comunque definite con formulazioni dal contenuto assai ampio.

Rimane, come si è già rilevato, l'intento di "riequilibrio", o, per dirlo in modo più crudo, di limitare il ruolo del giudiziario, rispetto al legislativo e all'esecutivo.

4. Accesso in magistratura senza concorso pubblico.

Una radicale innovazione sull'accesso in magistratura è prevista dall'art. 7 della p.d.l., che modificherebbe l'art. 106 Cost., sostituendo all'attuale comma 3 – che prevede che il Csm possa chiamare all'ufficio di consigliere di Cassazione per meriti insigni professori universitari e avvocati – il seguente: «[l]a legge può prevedere la nomina di avvocati e professori ordinari universitari di materie giuridiche a tutti i livelli della magistratura giudicante».

Per gli avvocati verrebbe così eliminato il requisito dei quindici anni di esercizio e dell'iscrizione negli albi speciali per le giurisdizioni superiori, ma, ciò che è particolarmente rilevante, non vi sarebbe più alcun vincolo costituzionale per l'organo che delibera la nomina. Infatti, non solo verrebbe eliminata la competenza del Csm, ma non sarebbe più richiesta la modalità del concorso, mantenuta solo per la magistratura professionale.

Verrebbe invece lasciata aperta, per un numero potenzialmente rilevante di magistrati, a tutti i livelli della magistratura giudicante, qualunque altra autorità di

⁵ Vedi al riguardo E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Laterza, Bari-Roma 2018, pp. 210-212.

nomina, compresa quindi anche quella governativa: un passo indietro di oltre un secolo. Con un tratto di penna si abbandona la regola del concorso, «il metodo-principe per garantire l'indipendenza dei giudici al momento dell'ingresso in magistratura. Colui che vince il concorso, e fa così il suo ingresso nell'ordine giudiziario, non 'deve' infatti tale suo risultato a nessuno (ad esempio, a colui che lo abbia nominato) se non alle proprie capacità tecniche. E in questo senso, la nomina per concorso concorre a rafforzare e integrare la indipendenza dei magistrati»⁶.

Simmetricamente, la nuova disposizione concorrerebbe a mettere in forse l'indipendenza dei magistrati. Ancora una volta, tuttavia, nessuna motivazione nella relazione alla p.d.l. Ma la gravità di tale impostazione non è sfuggita al relatore on. Sisto, il quale – nella relazione orale alla p.d.l. tenuta in I Commissione della Camera il 20 febbraio 2019 – ha affermato che «[i]n proposito, richiama l'opportunità di specificare nella disposizione costituzionale a chi spetti la nomina di avvocati e di professori ordinari in materie giuridiche».

5. Ritorno alla gerarchia.

La Costituzione stabilisce che «[i] magistrati si distinguono fra di loro soltanto per diversità di funzioni» (art 107 Cost., comma 3), ma lascia tuttavia aperta, con la disposizione di cui al comma 4, la possibilità di una specifica disciplina per il pubblico ministero. Ora l'art. 9 della p.d.l. propone la secca abrogazione del comma 3 dell'art. 107, una disposizione chiave nel delineare l'assetto dell'indipendenza interna della magistratura, ritenuta, e a ragione, una delle novità più rilevanti della Costituzione repubblicana.

Questo principio è stato alla base di tutta la ricostruzione in senso antigerarchico della “carriera dei magistrati” negli interventi legislativi che si sono succeduti nei decenni, ma ha trovato la prima applicazione, contestuale alla entrata in vigore della Costituzione, già con l'art. 1 della Legge Costituzionale n.1/1948 (approvata dall'Assemblea Costituente nel suo ultimo giorno di vita), che ha stabilito che «[l]a questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica, rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso del giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata è rimessa alla Corte Costituzionale per la sua decisione».

La sentenza n. 1 del 1956 è stata definita “storica” non perché è stata la prima, ma per il contenuto della decisione, le argomentazioni svolte ed anche per il contesto in cui è stata resa. Quell'art. 113 TULPS che le Sezioni unite della Cassazione, con la sentenza 15 aprile 1950, avevano “salvato”, argomentando sul carattere programmatico dell'art. 21 Cost., viene dichiarato incostituzionale perché «sembra far dipendere quasi da una concessione dell'autorità di pubblica sicurezza il diritto, che l'art. 21 della

⁶ N. ZANON – F. BIONDI, *Il sistema costituzionale* cit. p. 104.

Costituzione conferisce a tutti, attribuendo alla detta autorità poteri discrezionali illimitati».

La possibilità per tutti i giudici, anche quelli "inferiori", di investire la Corte Costituzionale rende ancor più evidente la crisi del principio gerarchico: «quel che si compie nel 1956 è dunque una vera e propria svolta nella storia del potere giudiziario in Italia»⁷.

Con la prima sentenza della Corte Costituzionale la direzione è segnata, anche se il processo sarà lungo e contrastato («[p]er il sistema giudiziario allora in vigore si trattava di una rivoluzione copernicana. Non soltanto la più importante funzione di nomofilachia, cioè quella che attiene alla legittimità costituzionale delle leggi, veniva sottratta alla Corte di cassazione e affidata ad un organo posto fuori del sistema giudiziario, del quale la Cassazione rappresentava il vertice, ma – ciò che più conta – rispetto a tale incisiva funzione [...] la Corte di cassazione veniva a partecipare del medesimo potere di attivazione attribuito ad ogni altro giudice e quindi veniva a trovarsi collocata in posizione di parità rispetto ad essi. [...] Per altro verso il potere dovere attribuito a ciascun giudice di saggiare la costituzionalità di ogni legge prima di applicarla [...] implica una rivoluzione culturale nello stesso rapporto giudice/ legge»⁸).

La sentenza n. 1/1956 non rimane isolata: la Corte costituzionale sempre più spesso accoglie eccezioni di costituzionalità sollevate dai giudici di merito, in particolare da pretori, spesso anche su questioni che in precedenza la Corte di Cassazione aveva dichiarato manifestamente infondate.

Si è parlato di «un circolo virtuoso tra Corte e pretori, che ha permesso di far giungere alla Consulta tutta una serie di questioni che altri giudici tendevano a bloccare»⁹ e si è rilevato che «se non fosse stato per i giudici delle giurisdizioni di merito, ed in particolare delle giurisdizioni di primo grado, la Corte Costituzionale avrebbe avuto ben poco da fare! Alcuni dati statistici possono chiarire questo punto: [...] Le percentuali delle questioni rimesse nel primo quindicennio di funzionamento della Corte Costituzionale sono così distribuite: 49% Preture, 35% Tribunali e Corti di Assise, 8% Corti di appello, 2% Cassazione»¹⁰.

Con un tratto di penna si pensa di cancellare tutta questa complessa tematica. Ancora una volta, nessuna motivazione nella relazione alla p.d.l. costituzionale. L'on. Sisto, nella già citata relazione orale, afferma che «[l']abrogazione appare consequenziale rispetto alla separazione formale dell'ordine giudiziario nelle due categorie della magistratura giudicante e della magistratura requirente», ma poi aggiunge: «[i]n proposito va rilevato come in seno all'Assemblea costituente tale norma sia stata costantemente intesa come il fondamento della magistratura come "potere diffuso". Il legislatore costituente, affermando che l'unico criterio distintivo dei magistrati va ricercato nelle funzioni effettivamente esercitate, ha infatti inteso escludere ogni

⁷ M. CAPURSO, *I giudici della repubblica*, Edizioni di comunità, Milano 1977 p. 23.

⁸ S. SENESE, *Le vicende del pluralismo nella magistratura italiana*, in *Democrazia e diritto*, n. 4-5, 1986, p. 40.

⁹ S. RODOTÀ, *Libertà e diritti in Italia dall'Unità ai giorni nostri*, Donzelli, Roma 1997, p.110.

¹⁰ M. CAPURSO, *I giudici della Repubblica*, cit., p. 53.

struttura gerarchica all'interno dell'ordine giudiziario, riaffermando così il principio in base al quale il giudice è soggetto soltanto alla legge».

Una limpida ricostruzione, quella dell'on. Sisto, della *ratio* e del rilievo centrale della disposizione del comma 3 dell'art. 107; non si comprende tuttavia quale sia la conclusione. Si abroga la disposizione perché si vuole abbandonare, anche per i giudici, il principio antigerarchico del "potere diffuso" oppure è solo una maldestra operazione di coordinamento linguistico con la introdotta separazione delle carriere, ritenendo comunque che, almeno per i giudicanti, il principio sia implicito nell'assetto costituzionale complessivo?

Operazione devastante nella prima ipotesi, rischiosissimo esempio di cattiva formulazione delle norme nel secondo. Ma le ricadute anche in questa seconda ipotesi possono essere devastanti. La disposizione del quarto comma dell'art. 107 in base alla quale «Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario» ha costituito la base per una organizzazione interna degli uffici del p.m., da ultimo con il D.lgs n. 106/2006, che ha accentuato il ruolo direttivo del Procuratore della Repubblica, "titolare esclusivo dell'azione penale". Peraltro, il Csm è intervenuto con una serie di circolari a disciplinare sia il rapporto tra Procuratore e sostituti (in particolare, in tema di assegnazione e revoca dell'assegnazione degli affari) sia la formazione, da parte del Procuratore del "Progetto organizzativo" dell'Ufficio. Siamo di fronte ad una "gerarchizzazione" temperata ed inquadrata.

D'altronde, si è sottolineato che «I poteri gerarchici del titolare in tanto sono legittimati in quanto siano giustificati proprio dall'esigenza di garantire il buon funzionamento dell'ufficio e il miglior risultato dell'azione che compete all'ufficio stesso sul piano della rispondenza alla domanda di giustizia»¹¹.

Per altro verso, è oggi pacifico che non si può parlare di vincoli gerarchici tra i diversi uffici del p.m., essendo nettamente circoscritti i poteri di sorveglianza ed avocazione in capo al Procuratore generale presso la Corte di Appello.

Ebbene, questo delicato equilibrio attualmente si regge su un assetto costituzionale di "pesi e contrappesi" in cui la disciplina specifica per l'ufficio del p.m. (comma 4 dell'art. 107) si configura quasi come eccezione al principio antigerarchico della distinzione dei magistrati tra loro "soltanto per diversità di funzioni" (comma 3 art. 107).

Cancellando questo "contrappeso" si apre al legislatore ordinario la strada per una rigida gerarchia interna alle Procure, nonché per una gerarchizzazione verticale tra uffici del p.m., da Procuratore della Repubblica a Procuratore Generale presso la Corte di Appello e Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione. A tacere il rischio, che non si può esorcizzare con professioni di buona volontà, che un pubblico ministero così gerarchizzato finisca, di diritto o di fatto, a subire l'influenza dell'esecutivo, non si comprende come tale gerarchia possa essere funzionale ad una migliore garanzia dei diritti. La storia ci insegna piuttosto il contrario.

¹¹ N. ZANON – F. BIONDI, *Il sistema costituzionale* cit., p.282.

Già con il D.Lgs.Lgt. 14 settembre 1944, n. 288, viene ripristinato il controllo del giudice istruttore sulla richiesta di archiviazione del p.m., così «vanificando sotto questo aspetto la dipendenza del pubblico ministero dall'esecutivo»¹².

Non appena ripristinata la democrazia, con il R.D.Lgs. 31 maggio 1945, n. 511 ("Guarentigie della magistratura"), emanato sotto la gestione di Togliatti, ministro della Giustizia, spesso citato come "legge sulle guarentigie" o anche come "Decreto Togliatti", per il pubblico ministero si introduce per la prima volta la inamovibilità e si elimina il vincolo di dipendenza gerarchica dal Ministro della giustizia, sostituendo alla "direzione" la "vigilanza", come previsto per i giudici.

Se si mettono in sequenza il decreto legislativo luogotenenziale del 1944, la legge sulle Guarentigie del 1945 e le disposizioni della Costituzione del 1948 si può rilevare che la "liberazione" del pubblico ministero dalla dipendenza dall'esecutivo procede di pari passo con la Liberazione dell'Italia dal nazifascismo e la costruzione della nuova democrazia.

6. Priorità e obbligatorietà dell'azione penale.

L'art. 10 della p.d.l. aggiunge alla disposizione dell'art. 112 Cost «Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale» le parole «nei casi e nei modi previsti dalla legge». La relazione alla p.d.l. si diffonde nell'analisi della "discrezionalità" in concreto e della ritenuta conseguente esigenza di fissare delle priorità, ma poi si limita a concludere che «Poiché non è possibile perseguire tutti reati anche in ragione della crescita del penalmente rilevante, dovrà essere la legge a stabilire forme e priorità dell'esercizio dell'azione penale», senza fornire alcuna indicazione in proposito.

Nella relazione orale in Commissione Affari Costituzionali, l'on. Sisto si diffonde nel riportare la giurisprudenza costituzionale che indica «nel principio di obbligatorietà dell'azione penale 'la fonte essenziale della garanzia di indipendenza del pubblico ministero' (sent. n. 420/1995 e 84/1979)», ma la seduta a questo punto viene rinviata e quindi non sono fornite indicazioni ulteriori.

Un Disegno di legge costituzionale (Senato XVIII legislatura n. 388), "Disposizioni per l'individuazione delle priorità dell'esercizio dell'azione penale", composto di un solo articolo di nove commi è stato presentato il 9 maggio 2018 dal sen. Vitali.

Il Ddl prevede proposte formulate dai Procuratori generali presso le Corti di appello, tenendo «specificatamente conto dei fenomeni criminali del distretto», che il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione trasmette al Ministro della Giustizia. Sulla base di tali proposte e di quelle trasmesse dal Ministro dell'Interno e dai Ministri dell'Economia e delle Finanze, il Ministro della Giustizia «formula una coerente e

¹² G. NEPPI MODONA, *La magistratura dalla Liberazione agli anni Cinquanta. Il difficile cammino verso l'indipendenza*, in F. Barbagallo (a cura di), *Storia dell'Italia repubblicana*, vol. III, tomo 2, Torino, Einaudi, 1997, p. 90.

motivata proposta» che sottopone alle Camere. È prevista poi tutta una attività di monitoraggio e una relazione annuale del Ministro alle Camere.

Si prevede, infine, al comma 9 che «Al fine di ristabilire il principio dell'unità dell'azione penale e della struttura unitaria degli uffici del pubblico ministero, di rendere maggiormente efficace l'azione repressiva e di eliminare le disfunzioni conseguenti alla personalizzazione delle funzioni del pubblico ministero, i procuratori della Repubblica e i procuratori generali di corte di Appello, nell'ambito delle rispettive competenze, assicurano che nelle attività di indagine i sostituti si attengano alle indicazioni concernenti le priorità e l'uso dei mezzi di indagine».

Come si vede, troviamo alcune singolari ovvietà: la proposta del Ministro alle Camere deve essere “coerente e motivata” e non, immaginiamo, “sconclusionata e immotivata”; ragionevoli buoni propositi, come il monitoraggio, e un piuttosto contorto richiamo alle prerogative del Procuratore della Repubblica. Tutto tranne che indicazioni precise. Un Ddl costituzionale sostanzialmente inutile per affrontare un problema complesso. Per un verso, il Ddl si diffonde su ciò che già oggi può essere fatto e in gran parte viene fatto, come le attività di monitoraggio. Per altro verso rimangono aperti i nodi di fondo:

- a) le priorità vanno largamente calibrate a livello locale;
- b) le priorità effettive si gestiscono a livello organizzativo con la dislocazione delle risorse materiali, tecnologiche e umane.

Il tasso di “scelte discrezionali” del singolo magistrato del Pubblico Ministero con riguardo a singoli atti ed attività di indagine è innegabile e non giova il trincerarsi dietro la formuletta dell’“atto dovuto”¹³. Altrettanto innegabile è la “discrezionalità” del Procuratore della Repubblica in ordine a “Criteri di organizzazione dell’ufficio”, quali previsti dal D.lgs. n.106/2006.

Non esistono soluzioni semplici a una questione che implica la ricerca di un equilibrio tra il rispetto di un principio, l’obbligatorietà dell’azione penale, che mantiene la sua funzione di garanzia di eguaglianza di fronte alla legge, e la sua attuazione pratica nelle diverse situazioni locali. Un primo passo, essenziale, è la trasparenza e l’assunzione di responsabilità: rifiuto della formuletta dell’“atto dovuto”, informazione sul provvedimento del Procuratore della Repubblica “Criteri di organizzazione dell’Ufficio”, accompagnata da rendiconto sull’attuazione pratica. In questa prospettiva, andrebbe generalizzato lo strumento del Bilancio di Responsabilità Sociale; la pionieristica iniziativa, avviata diversi anni addietro dal Procuratore della Repubblica di Bolzano Cuno Tarfusser, è tuttora poco seguita, con l’unica rilevante eccezione del Tribunale e della Procura di Milano.

Il tema delle priorità è altrettanto vivo, ed altrettanto discusso, in un sistema come quello francese, nel quale vige il criterio della discrezionalità dell’azione penale (“*opportunité des poursuites*”) e il Ministro della Giustizia emana direttive di “politica

¹³ Per una dettagliata rassegna vedi E. BRUTI LIBERATI, *Le scelte del pubblico ministero: obbligatorietà dell’azione penale, strategie di indagine e deontologia*, in *Questione Giustizia*, n. 1, 2018, p. 14 ss.

criminale” con indicazioni di priorità indirizzate, in via gerarchica, al pubblico ministero – che rimane legato, come si usa dire, da un *cordon ombilical* all’esecutivo.

Si parla oggi, in Italia, di populismo penale, a fronte della moltiplicazione delle fattispecie di reato e dell’aumento delle pene. A parte gli Stati Uniti della *zero tolerance* e della truculenta disciplina della recidiva *three strikes and you are out* (introdotta sotto la presidenza Clinton), anche la Francia si era messa, prima di noi, su questa strada¹⁴. Fino ai primi anni ’90 le circolari del Ministro non erano frequenti, ma nel 2010 un Procuratore faceva il punto: «Siamo sommersi da circolari di politica generale che ci impongono delle priorità, ma queste circolari sono così numerose che praticamente tutto è prioritario e dunque dobbiamo noi ridefinire un poco le priorità [...] Se facciamo l’inventario di tutte queste circolari, le quali ci dicono che un tale settore deve essere trattato con diligenza, fermezza e celerità, vediamo che esse riguardano quasi l’80% dei nostri fascicoli. E dunque dobbiamo fare una selezione di ciò che è realmente urgente e importante»¹⁵.

7. P.m. “parte imparziale”.

Nella relazione alla p.d.l. costituzionale n. 14, si legge: «[i]l giudice è terzo e imparziale; il pubblico ministero è parte [...]». Questione chiusa? No, perché, non senza ragione, per il p.m. si parla di parte, ma “parte imparziale”.

Il codice etico dell’Anm (art. 13), riprendendo l’art. 358 c.p.p. detta: «[i]l pubblico ministero si comporta con imparzialità nello svolgimento del suo ruolo. Indirizza la sua indagine alla ricerca della verità acquisendo anche gli elementi di prova a favore dell’indagato e non tace al giudice l’esistenza di fatti a vantaggio dell’imputato».

La questione, tuttavia, non può dirsi ancora chiusa. Infatti, come è stato puntualmente osservato, «[l]’organo inquirente formula un’ipotesi per cercare la verità, ma sovente finisce per cercare la verità della sua ipotesi. Ha un’attenzione selettiva, una visione monoculare, parziale, della realtà. In questi ineludibili termini il pubblico ministero è parte. Il legislatore ordinario è chiamato quindi ad un compito molto difficile: non deve puntare ad una impossibile uguaglianza delle parti, attesa la congenita asimmetria strutturale del sistema penale, ma deve costruire un sistema in cui l’accusa e la difesa abbiano equivalenti opportunità di influire sul convincimento giudiziale e quindi sull’esito finale del processo»¹⁶.

P.m. “parte imparziale” è una definizione, un ossimoro, oggetto di polemiche e, talora, di sbrigativi atteggiamenti liquidatori. Possiamo abbandonare questa locuzione, ma non eludere la questione della peculiare posizione del p.m.

¹⁴ Vedi D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Pluriel, 2010, vd. anche A. GARAPON – D. SALAS, *La République pénalisée*, Hachette, 1996.

¹⁵ Testimonianza di un Procuratore della Repubblica in PH. MILBURN, K. KOSTULSKI, D. SALAS, *Les procureurs. Entre vocation judiciaire et fonctions politiques*, PUF, Paris, 2010, pp. 91-92 (mia traduzione).

¹⁶ G. GIOSTRA, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Laterza, Bari-Roma, 2020, p. 64.

Le semplificazioni non giovano; non esiste il “modello di p.m.”. Nel 2001 una studiosa francese ha aperto il suo “*Etude pour un ministère public européen*” con queste parole: «*Le ministère public reste l’institution pénale la plus diversifiée en Europe*»¹⁷.

Un recente studio comparativo dal titolo “*Prosecutors and democracy*” raccoglie analisi che spaziano dagli Stati Uniti, all’America Latina e all’Europa. I curatori nell’“*Epilogue*” concludono che dal momento che i sistemi sono molto vari ed è molto difficile trarre indicazioni univoche su «*what democracy means for prosecutors, and what prosecutors mean for democracy*», è più proficuo esaminare i problemi che si pongono in ciascuno dei contesti sociali e legali. Sono peraltro sottolineati gli aspetti critici della concezione statunitense dei «*prosecutor as agents of the popular will*», caratterizzata dall’elettività dei *prosecutors* statali e dalla limitata indipendenza del sistema federale degli U.S. *Attorneys*, e ci si diffonde ampiamente sulla diversa concezione dei «*prosecutor as independent and neutral ministers of justice*». Si ricorda, ancora, che se «*the ideal of prosecutor as neutral or impartial agents of the law is weaker in the United States than in other places*» tuttavia, i principi dettati dall’ABA «*have referred to the prosecutor as not only zealous advocate, but an ‘administrator of justice’ and ‘an officer of the court’ whose primary duty ‘is to seek justice within the bounds of the law, not merely to convict’*»¹⁸.

Il concetto di indipendenza del p.m. rispetto all’esecutivo è estraneo alla tradizione di molti paesi, i quali tuttavia garantiscono l’indipendenza dei giudici; negli ultimi decenni, tuttavia, vi è stata una straordinaria proliferazione a livello internazionale di testi che affermano la validità del principio dell’imparzialità anche con riferimento al p.m. (“obiettività”, nei paesi anglosassoni)¹⁹.

Un espresso riferimento alla “imparzialità” del p.m. si trova nell’art. 124 comma 2 della Costituzione spagnola del 1978.

Allo stesso modo, nel codice di procedura penale francese l’art.13 (recentemente modificato con legge 25 luglio 2016) prevede che «*Le ministère public exerce l’action publique et requiert l’application de la loi, dans le respect du principe d’impartialité auquel il est tenu*».

A livello di regole di procedura, il principio della imparzialità del p.m. si concretizza nel dovere di indagare, secondo la espressione francese, “*à charge et à décharge*”, concetto ripreso nel nostro art. 358 c.p.p., che stabilisce che «Il pubblico ministero [...] svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini».

¹⁷ A. PERRODET, *Étude pour un ministère public européen*, Paris, L.G.D.J., 2001.

¹⁸ M. LANGER – D.A. SKLANSKY, *Epilogue. Prosecutors and Democracy. Themes and Counterthemes*, in M. Langer – D.A. Sklansky (a cura di), *Prosecutors and Democracy. A Cross-National Study*, Cambridge University Press, 2018, p.300, 322,325. L’ultimo riferimento è alle *American Bar Association Criminal Justice Standards Committee: Prosecution Function and Defense Function*, Standard 3-1.2 (b) and (c), nel testo della 4th ed. (2015), ma il testo non è mutato rispetto alla 3rd ed. (1992), come citata in TH. D. MORGAN – R.D. ROTUNDA, 1996, *Selected Standards on Professional Responsibility*, The Foundation Press, 1996, p. 457.

¹⁹ M. ROBERT, *Quale imparzialità per il pubblico ministero?*, in *Questione giustizia*, 2005, 2, p. 402 ss. Tutte le figure di pubblico ministero previste nei tribunali internazionali sono dotate di indipendenza. Si veda ad es. l’art. 42 della Convenzione di Roma del 17 luglio 1998 sul Tribunale penale internazionale: «Il Pubblico Ministero non sollecita né accetta istruzioni da alcuna fonte esterna».

La Raccomandazione 19/2000 del Consiglio d'Europa sul ruolo del p.m. nel sistema della giustizia penale prevede che «nell'esercizio delle loro funzioni i pubblici ministeri devono agire in modo equo, imparziale» (punto 24 a).

Formulazioni analoghe si trovano nel “*Corpus Juris* sulle disposizioni penali per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea”, che all'art. 20 comma primo prevede che «*Afin de permettre la manifestation de la vérité et de mettre l'affaire en état d'être jugée, le MPE conduit, à charge et à décharge, les investigations relatives aux infractions définies ci-dessus*» e nello Statuto del Tribunale Penale internazionale, adottato con la Convenzione di Roma del 1998²⁰.

Tutti questi testi non esitano ad indicare che l'obiettivo del processo penale è quello di “stabilire la verità”. A far giustizia di sbrigative posizioni che taluno ha voluto trarre dall'adozione del processo accusatorio giova una citazione da un testo del 2001 di Lord Justice Auld (all'epoca presidente di un *Royal Commission* sulla riforma del processo penale inglese): «[i]l processo penale non è un gioco. È la ricerca della verità secondo la legge, attraverso una procedura accusatoria nella quale l'accusa deve provare la colpevolezza secondo uno standard particolarmente elevato»²¹.

Il tema dell'accertamento dei fatti e della ricerca della verità processuale ci rimanda al principio del contraddittorio. Paolo Ferrua, in uno scritto pubblicato subito dopo la entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, dopo aver ricordato il significato della verità giudiziale, critica le semplificazioni di chi vorrebbe prospettare «il processo accusatorio come pura soluzione di conflitti tra le parti, dominato da una esasperata disponibilità della prova, da una logica di *laissez faire*, pronta a sacrificare le esigenze di giustizia sostanziale», osservando che «si è insistito troppo sul contraddittorio come diritto di difesa, come garanzia individuale; e non si è, con pari forza, evidenziata la sua dimensione pubblicistica di mezzo per l'accertamento della verità, per la corretta ricostruzione dei fatti»²².

Con la riscrittura dell'art. 111 della Costituzione si è costituzionalizzato il metodo del contraddittorio che «costituisce uno strumento, ancor oggi il meno imperfetto, per la ricerca della verità, o, meglio, per ridurre il più possibile lo scarto tra la verità giudiziale e la verità storica»²³.

Il riferimento al metodo del contraddittorio come mezzo per la ricerca della verità fonda la peculiare “imparzialità” della parte pubblica del p.m. Nell'istruttoria

²⁰ In ordine ai doveri del *prosecutor* all'art 54.1 detta: «Il *Prosecutor* al fine di stabilire la verità deve estendere la investigazione su tutti i fatti e le prove rilevanti per accertare se sussiste una penale responsabilità ai termini di questo Statuto e pertanto deve accertare parimenti le circostanze a favore e contro l'accusa» («*The Prosecutor shall: In order to establish the truth, extend the investigation to cover all facts and evidence relevant to an assessment or whether there is criminal responsibility under this Statute, and, in doing so, investigate incriminating and exonerating circumstances equally*»).

²¹ «*The criminal process is not a game. It is a search for truth according to law, albeit by an adversarial process in which the prosecution must prove guilt to a heavy standard*» in *A review of the Criminal Courts of England and Wales, september 2001*, p. 11.

²² P. FERRUA, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in P. FERRUA, *Studi sul processo penale*, Vol. II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 49.

²³ G. GIOSTRA, *Prima lezione*, cit., p. 45.

dibattimentale affinché sia assicurato il principio della “parità delle armi” occorre «fare in modo che, nonostante le inevitabili, profonde differenze, l’accusa e la difesa abbiano dinanzi al giudice la medesima opportunità di concorrere a forgiare la prova»²⁴.

La posizione della parte pubblica è radicalmente diversa da quella della parte privata. Per il difensore, ferme le regole procedurali, unico obiettivo e insieme rigoroso obbligo deontologico è la difesa del cliente; per il p.m., a livello di regola processuale e di obbligo deontologico, unico obiettivo è la ricerca della verità, anche se contrasti con la iniziale tesi accusatoria e si traduca in acquisizioni a favore dell’imputato. Infatti «[a] differenza del processo civile, in cui i contendenti disputano per l’affermazione dei propri interessi, nel processo penale abbiamo un soggetto privato che difende la sua libertà e la sua reputazione ed un soggetto pubblico che non ha interesse in senso proprio a limitare la prima e a macchiare la seconda, ma che deve accertare con obbiettività l’esistenza di un fatto penalmente rilevante ed individuarne il responsabile»²⁵.

La delicata posizione del p.m. – che è parte, ma parte pubblica – rende essenziale che egli abbia sempre come riferimento il valore del metodo del contraddittorio e il rispetto del ruolo del difensore: «[l]a verità... è realmente nota soltanto a chi ha dedicato un’attenzione uguale e imparziale alle opposte ragioni, cercando di vederla il più chiaramente possibile»²⁶. Così J. Stuart Mill, il quale aggiunge che gli argomenti contrari occorre «udirli da persone che ne sono realmente convinte, che li difendono accanitamente e al massimo delle loro possibilità».

8. “Giudice terzo e imparziale”, ma anche indipendente. E il p.m.?

“Giudice terzo ed imparziale” leggiamo nella riscrittura dell’art. 111 della Costituzione, che nel “tradurre” l’art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, ove leggiamo “tribunale indipendente ed imparziale”, ha ommesso “indipendente” ed ha introdotto “terzo”. Quale significato attribuire alla sostituzione? Forse, nella faticosa elaborazione della riforma costituzionale «di assai discutibile fattura tecnica»²⁷ si è dimenticato che “terzo ed imparziale” non potrebbe mai essere un organo giudicante che non fosse anzitutto “indipendente”. Cattiva tecnica legislativa, ma in ogni caso il principio di indipendenza è fissato, non solo per i giudici, ma anche per i p.m., nell’attuale art. 104 Cost. Ma abbiamo visto i problemi che aprirebbe la modifica proposta nella proposta n.14. Ed ancora, può essere riduttivo ritenere il p.m. “giusto e imparziale” – un’endiadi con un mero ruolo rafforzativo. Una lettura del 111 Cost. che implichi la separazione delle carriere «schiude delicati problemi, essendo angusti i margini in termini di architettura del sistema per separare a livello ordinamentale il

²⁴ G. GIOSTRA, *Prima lezione*, cit., p. 53.

²⁵ G. GIOSTRA, *Prima lezione* cit., p. 52.

²⁶ JOHN STUART MILL, *Saggio sulla libertà*, trad. it. di G. Giorello e M. Mondadori, Milano, Il saggiatore, 1981, p. 63.

²⁷ G. GIOSTRA, *Prima lezione*, cit., p. 43.

pubblico ministero dal giudice, senza metter a rischio l'indipendenza del primo, che pure la stessa Costituzione vuole assicurata»²⁸.

Dall'analisi che è stata svolta della complessiva articolazione della proposta di legge costituzionale n. 14, sembra di poter concludere che non solo l'indipendenza del pubblico ministero sarebbe posta a fortissimo rischio, ma che lo stesso statuto di indipendenza del giudice rispetto all'esecutivo sarebbe affievolito.

A prescindere da non auspicabili modifiche costituzionali, è fondamentale per il p.m. – che, giova ripeterlo, è parte, ma parte pubblica – il rigoroso rispetto dei principi deontologici non solo nell'esercizio delle sue funzioni, ma anche negli interventi pubblici.

Occorre riconoscere che non sempre e non tutti i p.m. si attengono a tali principi, tanto che sul tema è intervenuto, nella Relazione per la inaugurazione dell'anno giudiziario il 31 gennaio 2020, il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione Giovanni Salvi, affermando che «[è] ricorrente la polemica circa dichiarazioni rese da magistrati del pubblico ministero, che appaiono fuori misura, per enfasi o per scarso rispetto per la fase del procedimento, spesso coincidente con l'adozione di misure cautelari ancora non sottoposte al contraddittorio. Al centro dell'azione del pubblico ministero deve esservi la protezione dei diritti individuali, in particolare degli accusati e delle vittime, tra cui la presunzione di innocenza, la dignità della persona e la riservatezza della vita privata. La misura nelle dichiarazioni, resa necessaria dalla precarietà dell'accertamento non ancora sottoposto alla piena verifica del contraddittorio, è manifestazione della professionalità del Capo dell'Ufficio. Toni enfatici, tali da generare nell'opinione pubblica, attraverso il meccanismo semplificativo della comunicazione, la convinzione della definitività dell'accertamento, sono professionalmente inadeguati e lesivi dei diritti degli indagati. La semplificazione della comunicazione, anche per il ricorso a strumenti c.d. "social" nei quali la comunicazione è immediata, rischia di generare il sospetto che non la fiducia della pubblica opinione sia ricercata, ma il suo consenso. Questo sarebbe la fine dell'indipendenza del pubblico ministero».

Sono questi, a mio avviso, i temi sui quali si possono fare reali progressi per salvaguardare insieme lo statuto del pubblico ministero e la posizione del giudice indipendente, terzo e imparziale.

²⁸ G. GIOSTRA, *Prima lezione*, cit., p. 55.