



REFERENDUM COSTITUZIONALE E SEPARAZIONE DELLE CARRIERE

di *Stelio Mangiameli*

La riforma sulla separazione delle carriere non tocca le garanzie costituzionali di giudici e pubblici ministeri, ma mira a distinguere nettamente, anche sul piano organizzativo, magistratura giudicante e requirente per rafforzare il giudice “terzo” e il giusto processo. È infondato il timore di un attacco all’indipendenza della magistratura. Oggi il vero problema è il ruolo politicamente “concorrenziale” del pubblico ministero nella determinazione della politica penale, e la riforma rappresenta un passo minimo ma simbolicamente decisivo verso una giustizia più equilibrata e meno corporativa.

1. Il referendum sulla deliberazione costituzionale concernente “Norme in materia di ordinamento giurisdizionale e di istituzione della Corte disciplinare”, conosciuta come riforma sulla separazione delle carriere, al di là dei contenuti e delle problematiche del testo, sarà una decisione tra il lasciare le cose come stanno nell’ambito della giustizia e la volontà di determinare un cambiamento dello stato delle cose.

Peraltro, l’anomalia della situazione dal punto di vista costituzionale è data dalla circostanza che il confronto non è tra due parti politiche che si battono per il “sì” o per il “no”, bensì tra una parte politica e una *corporazione*, quella dei magistrati (ovviamente non tutti, ma essenzialmente rappresentanti da chi ritiene di dover lasciare le cose come stanno).

Questo confronto, perciò, sta prendendo toni ancora peggiori di quelli che hanno caratterizzato il dibattito parlamentare, nel quale, anziché procedere con una discussione costruttiva tra le parti politiche sul tema della giustizia italiana e dell’organizzazione della magistratura, si è assistito a una totale assenza di contributo da parte delle opposizioni rispetto alla posizione della maggioranza e del governo in carica. Si è trattato di una posizione negazionista, quella delle minoranze parlamentari, come se la giustizia italiana fosse ottimamente amministrata e residuino solo problemi di cancellieri, archivi, sedi, polizia giudiziaria, mezzi spiccioli, ecc.

Certo, un problema di risorse esiste per la giustizia, come per la sanità, la scuola, la tutela del lavoro, il trasporto pubblico locale e tutte le altre politiche pubbliche. Tuttavia, ignorare che, nel caso della giustizia, vi sia da tempo immemore ormai una questione politica di grande rilievo, avvertita dal corpo sociale, per via di sollecitazioni che la stessa magistratura manda di continuo, è qualcosa che mette in

cattiva luce la corporazione e i suoi sostenitori. Inoltre, non volere vedere che la magistratura, dalla modifica costituzionale dell'art. 68 Cost. (dall'ottobre del 1993), ha sviluppato una propria posizione politico-istituzionale concorrente con quella del Parlamento, significa ignorare la confrontazione e la spaccatura esistente nell'opinione pubblica che mette in discussione i principi della democrazia; il costante conflitto tra politica e magistratura crea disorientamento e sta logorando la fiducia dei cittadini verso le istituzioni e lo Stato.

2. Tutto ciò sta davanti agli occhi dei cittadini che sono chiamati a esprimersi nel referendum costituzionale che – com'è noto – non ha un quorum strutturale, bensì semplicemente di risultato.

Ma cosa c'è dentro la riforma della separazione delle carriere tra i magistrati requirenti, i pubblici ministeri, organizzati in Procure della Repubblica e Procure Generali, i magistrati giudicanti, che costituiscono il corpo giudicante dei Tribunali, delle Corti d'Appello e della Suprema Corte di Cassazione?

Un osservatore straniero, proveniente non da un'autocrazia, ma da una liberaldemocrazia, non capirebbe l'oggetto del contendere, tanto è naturale l'idea democratica che questi due corpi debbano essere distinti e separati, nulla avendo in comune dal punto di vista funzionale, se non il diverso lavoro per l'accertamento della verità e delle responsabilità, ma in ciò in concorso con l'avvocatura espressione del diritto costituzionale di difesa.

Eppure, in Italia, questa distinzione che non è meramente funzionale, ma soprattutto politico-costituzionale, caratterizzando la stessa forma di Stato, fa fatica ad essere accolta proprio da quel corpo che dovrebbe avere particolarmente a cuore l'idea stessa di giustizia, libertà e democrazia.

3. Ciò posto, la separazione delle carriere non incide assolutamente sui principi costituzionali della magistratura che assicurano la vigenza dello Stato di diritto: giudici nominati per concorso, indipendenti, naturali, precostituiti per legge e inamovibili, con il divieto di istituire giudici straordinari o giudici speciali; e ancora, soggetti solo alla legge, in posizione di terzietà e distinti solo per funzioni.

Allo stesso modo, non vi sono modifiche o manomissioni alle norme sulla giurisdizione, il giusto processo, le garanzie per la libertà personale e avverso gli atti della pubblica amministrazione che ledono diritti soggettivi, oltre che interessi legittimi.

Questo impianto del sistema giudiziario non è toccato dalla revisione costituzionale e non è neppure pensabile che possa essere colpito da qualsivoglia modifica sia pure con il procedimento dell'art. 138 Cost., configurandosi – alla luce dei principi espressi dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 1146 del 1988 – come un vero e proprio limite derivante dai principi supremi dell'ordinamento costituzionale.

Modifica la revisione costituzionale, allora, la posizione dei pubblici ministeri?

Anche in questo caso non è affatto vero che la revisione costituzionale incida sulla collocazione funzionale o sull'indipendenza del pubblico ministero e, peraltro, si tenga conto che per modificarne la posizione non sarebbe stata necessaria una riforma costituzionale, quanto una semplice legge ordinaria, essendo previsto dalla Costituzione che questo gode delle “garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario” (art. 107, comma 4, Cost.), e cioè da una legge per la quale vi sarebbe stata in Parlamento una più che agevole maggioranza e in tempi assai meno lunghi.

Sono perciò infondate le preoccupazioni di quella parte della magistratura che paventa un attacco all'indipendenza di questa e il pericolo della sottoposizione dei giudici al potere politico o, addirittura, una minaccia alla democrazia. La prima appare come una difesa di privilegi pressoché unici (retribuzioni, norme disciplinari speciali, distanza sociale, ecc.) e la seconda come una *boutade*, è dal 1993, con la modifica dell'art. 68 della Costituzione, che la classe politica si è consegnata alla magistratura e non c'è pericolo che si riprenda. Quanto alla democrazia, è vero il contrario, e cioè che è questa organizzazione della magistratura a risultare non in linea con i principi di una liberal-democrazia.

4. Nel testo della riforma costituzionale vi sono misure – almeno questo appare l'intento – che, pur lasciando inalterato il rango e il tipo delle garanzie per giudici e pubblici ministeri, intendono differenziare la gestione amministrativa dei due corpi escludendo, sul piano costituzionale, interferenze dell'una parte nei confronti dell'altra e viceversa.

Il nuovo testo dell'art. 104, comma 1, ribadisce che “La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere ed è composta dai magistrati della carriera giudicante e della carriera requirente”.

La disposizione opera, perciò, una separazione solo di due funzioni e di due corpi di funzionari pubblici, entrambi selezionati per concorso ed è in linea con l'integrazione dell'art. 102, comma 1, nel quale rimane immutato il principio dell'unicità della funzione giurisdizionale: «La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario», con l'aggiunta «le quali disciplinano altresì le distinte carriere dei magistrati giudicanti e requirenti».

Inoltre, a salvaguardare i due corpi rimane il Presidente della Repubblica. Infatti, giusta la modifica sul punto dell'art. 87 Cost., il comma 2, dell'art. 104 proposto ribadisce che «Il Consiglio superiore della magistratura giudicante e il Consiglio superiore della magistratura requirente sono presieduti dal Presidente della Repubblica»; e per entrambi restano come “membri di diritto” gli attuali, e cioè: “rispettivamente, il primo presidente e il procuratore generale della Corte di cassazione” (art. 104, comma 3), che come è noto rappresentano l'espressione più alta proprio della magistratura giudicante e di quella requirente.

5. Più sostanziali sono le modifiche della composizione degli altri membri dei due collegi e qui sarebbe stato utile evitare forme di arroganza, soprattutto da parte delle opposizioni, ma anche delle stesse associazioni dei magistrati, e cercare di dare un contributo costruttivo per migliorare il contenuto del testo.

Osserviamo preliminarmente che, per questa parte, le sollecitazioni al cambiamento costituzionale derivano dalle vicende poco edificanti a cui gli stessi magistrati hanno dato luogo. Ma, anche a prescindere da queste, la Giustizia italiana ha sofferto non poco della politicizzazione della magistratura – e chi ha frequentato le aule dei Palazzi di Giustizia lo sa bene – la quale non solo si è rispecchiata nella divisione correntizia di questa, ma soprattutto ha contribuito a quel cambiamento di mentalità per il quale la magistratura sarebbe un ordine concorrente con quello politico. In proposito, si consideri che l'Istat nel 2024 ha registrato un calo di fiducia dei cittadini nei confronti della magistratura di oltre 10 punti, ben al di sotto di quello del Presidente della Repubblica, delle forze dell'ordine e del governo comunale, pressoché corrispondente a quello del Parlamento nazionale e del governo regionale.

Chi ha pensato alle nuove norme ha inteso sostituire il metodo dell'elezione con quello del sorteggio e, concretamente, per entrambe le componenti: sia quella togata che quella c.d. laica.

La disposizione del comma 5 dell'art. 104, infatti, recita: «Gli altri componenti sono estratti a sorte, per un terzo, da un elenco di professori ordinari di università in materie giuridiche e di avvocati con almeno quindici anni di esercizio, che il Parlamento in seduta comune, entro sei mesi dall'insediamento, compila mediante elezione, e, per due terzi, rispettivamente, tra i magistrati giudicanti e i magistrati requirenti, *nel numero e secondo le procedure previsti dalla legge*».

È una scelta appropriata? Per entrambe le componenti? E quale è il significato costituzionale?

Certamente, il sistema di elezione previsto sin dall'inizio, con la limitazione del riferimento a “gli appartenenti alle varie categorie”, era pensato nella visione di scegliere i migliori tra le varie categorie senza considerazione di ordine politico. Il Costituente, cioè, presupponeva la neutralità della magistratura e questa visione – come vedremo – ha condizionato anche la scelta di mantenere la corporativizzazione di questa, imposta dal fascismo con il Regio decreto del 30 gennaio 1941, n. 12 (Legge sull'ordinamento giudiziario). La realtà storica ha smentito questa presupposizione e, quindi, già da tempo le elezioni dei membri togati del CSM erano determinate dal sistema correntizio e senza guardare alla qualità specifica delle persone. Di qui ora la scelta di passare al sorteggio.

6. Il sorteggio, al posto dell'elezione, però, sarebbe previsto anche per la componente laica. Qui la scelta, fatta con molta probabilità per non destare una qualche forma di reazione dei magistrati, non appare

affatto giustificata e sarebbe stato più corretto costituzionalmente mantenere il sistema di elezione che avrebbe distribuito la componente laica in modo rappresentativo secondo le risultanze elettorali delle elezioni politiche.

Questo punto merita alcune spiegazioni.

La scelta del Costituente di istituire un organo di autogoverno della magistratura è connessa, ovviamente, all'idea propria della separazione dei poteri dello Stato di diritto, al fine di assicurare l'indipendenza e l'autonomia della magistratura.

Tuttavia, la Costituzione è ispirata anche al principio dell'equilibrio istituzionale. Nessun potere dello Stato è assolutizzato nella sua indipendenza, perché altrimenti autonomia e indipendenza potrebbero scivolare facilmente nella "separatezza" e questa darebbe luogo a forme di "irresponsabilità". Così il Parlamento è soggetto ai poteri del Presidente della Repubblica, sino a poterne decretare la dissoluzione. Le sue leggi sono sindacabili da parte della Corte costituzionale. Il Governo è sottoposto alla fiducia del Parlamento. Lo stesso Presidente della Repubblica può compiere atti propri solo attraverso la controfirma ministeriale che conferisce a questi la validità e potrebbe essere sottoposto a giudizi d'accusa, per alto tradimento e attentato alla Costituzione, davanti alla Corte costituzionale integrata da membri scelti dal Parlamento, promossi proprio da quest'ultimo.

Per quanto riguarda la magistratura, che pure necessita per il delicato ruolo di amministrare la giustizia di una forte indipendenza e autonomia, si è scelto di temperare questa inserendo alcuni elementi del sistema costituzionale e democratico. Di qui, in primo luogo, l'etero-presidenza del Capo dello Stato, rappresentante dell'unità nazionale, che sta a significare che la magistratura non sta fuori della Repubblica, ma anche la scelta del Vicepresidente "fra i componenti designati dal Parlamento" – confermata ora anche dalla revisione costituzionale per i due Consigli – che serve per affidare la guida ordinaria dell'organo alla componente democratica, mentre la componente togata è ampiamente presente, due terzi, e in condizione di condizionare le deliberazioni dell'organo a fronte della componente laica.

Quanto a questa, perciò, essa è espressione della presenza democratica nel governo della magistratura, baluardo non solo contro la separatezza della magistratura, ma anche della circostanza che l'autogoverno si svolge sotto gli occhi di una componente, sia pure minoritaria, democraticamente legittimata.

Se è così, il sorteggio non solo non è necessario, ma è anche fuori posto, perché la componente laica deve rispecchiare l'assetto delle Camere.

È vero che la disposizione prevede "un elenco di professori ordinari di università in materie giuridiche e di avvocati con almeno quindici anni di esercizio, che il Parlamento in seduta comune, entro sei mesi dall'insediamento, compila mediante elezione", ma proprio il sorteggio in questo caso potrebbe falsare il risultato democratico a cui invece questa componente dovrebbe rimanere ancorata.

7. Nel caso della componente togata, il significato del sorteggio risiede nella decisione di evitare proprio quel carattere politico che il sistema correntizio ha dato all'elezione dei magistrati nel CSM e appare non solo appropriato, ma anche in linea con i principi di un sistema democratico.

L'obiezione che il sorteggio possa portare a nominare nel CSM magistrati non particolarmente dotati sotto il profilo professionale non ha pregio. Non perché in assoluto il concorso in magistratura impedisca che persone modeste sul piano giuridico o personale acquisiscano la posizione di magistrati, e neppure perché nel sorteggio proprio magistrati del genere possano entrare a fare parte del Consiglio, bensì perché l'elezione, per la piega che ha preso, non risolve un tale pericolo, con l'aggravante che la persona votata possa essere, oltre che poco dotata professionalmente e umanamente, anche alquanto faziosa.

Comunque chi compie una riforma non può occuparsi delle vicende umane secondo una prospettiva di accidentalità, quanto piuttosto deve motivare la sua decisione sotto quello dei principi che intende realizzare nell'ordinamento giuridico. In tal senso, il sorteggio appare un rimedio, quanto meno necessario, rispetto all'attuale condizione della magistratura, e realizza un ideale democratico. Il sorteggio e non l'elezione – come ha insegnato Platone – è proprio il metodo di selezione dei governanti di una democrazia. La democrazia presuppone l'eguaglianza dei cittadini e, se questi sono tali, che governi l'uno o l'altro è concretamente irrilevante, soprattutto tenendo conto del tempo limitato in cui il sorteggiato risulta investito della carica.

Con l'esperienza costituzionale del governo misto, in cui elementi democratici, aristocratici e monarchici convivono insieme, abbiamo finito con l'attribuire una valenza democratica alle elezioni, vocandoci così ad una democrazia rappresentativa, accanto alla quale collochiamo forme di democrazia diretta ispirate all'eguaglianza totale dei cittadini. Invero, l'idea di elezione è propria del sistema aristocratico, presupponendo la scelta dei migliori che si elevano al di sopra degli altri.

Nel contesto della formazione di una rappresentanza corporativa, quale dovrebbe essere quella dei due Consigli, per la magistratura giudicante e per quella requirente, il legislatore costituzionale scegliendo il sorteggio, presuppone l'assoluta uguaglianza, dal punto di vista professionale e umano, dei componenti delle due categorie di magistrati, senza alcuna differenziazione e, perciò, tutti in pari misura in grado di assumere la posizione di membro del Consiglio e di svolgere le funzioni di autogoverno della propria categoria.

Il sorteggio, la cui disciplina è comunque rimessa alla legge, che definisce anche il *numero* dei componenti del CSM, oltre alle *procedure*, in ogni caso dovrebbe tenere conto che la sua validità e valenza democratica dipendono direttamente dalla reale eguaglianza di coloro tra i quali si effettua.

Ora, è vero che i magistrati non conoscono differenziazioni subiettive, avendo eliminato, da tempo e a differenza delle altre dirigenze pubbliche, ogni forma di meritocrazia interna, riducendo i controlli e le verifiche della loro attività a poco più di una formalità, ma comunque continuano a differenziarsi per categorie: Magistrati di Tribunale, di Corte d'Appello e di Cassazione e lo stesso vale per le componenti della magistratura requirente. Ed allora, sarebbe bene che la legge, nonostante l'inciso ("appartenenti alle varie categorie") sia caduto nel nuovo testo dell'articolo 104, tenesse conto di questa situazione organizzativa della magistratura e, definito il numero, proceda ad una divisione dei seggi del Consiglio per le "varie categorie". Di conseguenza, l'espressione "sono estratti a sorte" per i magistrati dei due Consigli dovrebbe compendiarsi in più sorteggi e, ove mai la legge di attuazione non dovesse tenere conto delle "varie categorie", potrebbe essere affetta da incostituzionalità per irragionevolezza e violazione, appunto, dell'articolo 3 della Costituzione.

8. L'istituzione dei due Consigli, in conclusione, non incontra ostacoli o limiti alla revisione costituzionale, così come l'estrazione a sorte – entro i limiti indicati – appare coerente con i principi costituzionali, compresi quelli relativi al buon andamento e all'imparzialità amministrativa, e non vi è in questa decisione costituzionale alcun indebolimento dell'indipendenza e dell'autonomia tanto dei magistrati giudicanti quanto dei magistrati requirenti.

Del resto, "ciascun Consiglio superiore della magistratura, secondo le norme sull'ordinamento giudiziario", in autonomia e indipendenza, dovrebbe servire alla gestione amministrativa dei rispettivi corpi, e cioè a decidere "le assunzioni, le assegnazioni, i trasferimenti, le valutazioni di professionalità e i conferimenti di funzioni nei riguardi dei magistrati".

Più problematico è il caso dell'Alta Corte disciplinare che il nuovo art. 105 Cost. dovrebbe istituire nell'ordinamento costituzionale ("La giurisdizione disciplinare nei riguardi dei magistrati ordinari, giudicanti e requirenti, è attribuita all'Alta Corte disciplinare").

Si è voluto portare fuori dai rispettivi consigli l'azione disciplinare, per affidarla a un preciso giudice, peraltro comune a entrambe le componenti della magistratura, che così si ritrovano insieme in un giudizio di particolare significato, che può comportare l'irrogazione di sanzioni disciplinari.

Il tema costituzionale è dato dal cambio di natura dell'azione disciplinare. Infatti, sino a questo momento non si poteva parlare di un vero processo disciplinare, bensì solo di una procedura disciplinare speciale, amministrata dalla Sezione Disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura, e il cui esito è ricorribile dinnanzi al più alto giudice della legittimità (Sezioni unite civili della Corte di Cassazione). Con la revisione costituzionale, invece, l'azione disciplinare affidata all'Alta Corte, in base al tenore della

disposizione, dovrebbe avere un carattere giurisdizionale, per il quale questo organo si configurerebbe come un “organo giurisdizionale speciale”.

A tal riguardo, alcuni hanno paventato la violazione del divieto contenuto nell’art. 102, comma 2, Cost. (“Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali”). Questa obiezione è però infondata. Infatti, il divieto in questione riguarda il legislatore ordinario e specificamente la legge sull’ordinamento giudiziario a cui il Titolo IV della Costituzione in più punti fa rinvio. Nel caso di disposizioni costituzionali, dotate della medesima forza giuridica e validità, il limite non è opponibile e le disposizioni dell’art. 105 semplicemente derogherebbero all’art. 102 Cost.

Tuttavia, la disposizione in commento sembra meritare un qualche apprezzamento dal punto di vista dell’opportunità, rientrando l’Alta Corte disciplinare, anche per la sua composizione, in quella che Kelsen definiva la “giustizia politica”. In primo luogo, si riscontra una composizione dell’organo con ben quattro componenti tutte calcolate e definite costituzionalmente: tre “nominati dal Presidente della Repubblica tra professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati con almeno venti anni di esercizio e tre estratti a sorte da un elenco di soggetti in possesso dei medesimi requisiti, che il Parlamento in seduta comune, entro sei mesi dall’insediamento, compila mediante elezione, nonché da sei magistrati giudicanti e tre requirenti, estratti a sorte tra gli appartenenti alle rispettive categorie con almeno venti anni di esercizio delle funzioni giudiziarie e che svolgano o abbiano svolto funzioni di legittimità”.

Ovviamente, sono tante le cautele che circondano la composizione di questo organo, compreso l’affidamento della sua presidenza “tra i giudici nominati dal Presidente della Repubblica o estratti a sorte dall’elenco compilato dal Parlamento in seduta comune” (art. 105, comma 4). Qui dovrebbe veramente prevalere il merito visto che si fa riferimento a professionalità particolari o a magistrati *che svolgano o abbiano svolto funzioni di legittimità*.

Ma non è questo il punto.

Sinora nella valutazione del nostro sistema costituzionale è prevalso un giudizio negativo sulle diverse forme di giustizia politica e si è teso non solo a criticarle, ma anche a rimuoverle, a cominciare dall’autorizzazione a procedere nei confronti dei membri delle Camere (art. 68 Cost.), e a continuare con la revisione della responsabilità penale dei ministri, non più dinnanzi alla Corte costituzionale con i giudizi d’accusa, ma dinnanzi “alla giurisdizione ordinaria”, sia pure “previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati, secondo le norme stabilite con legge costituzionale” (art. 96 Cost.).

Cosa dovrebbe garantire di più ai magistrati sottoposti al giudizio disciplinare l’Alta Corte, in termini di indipendenza e autonomia del giudizio, rispetto alla valutazione delle Sezioni unite civili della Corte di Cassazione?

Peraltro, il giudizio di queste ultime, con l'intervento del Procuratore generale presso la Cassazione, verrebbe espresso da un collegio di soli giudici di legittimità, mentre quello dell'Alta Corte sarebbe condizionato dalla presenza di due componenti non togate, nominate in vario modo da organi costituzionali di carattere politico. L'unico elemento che appare plausibile è che le componenti laiche dell'Alta Corte sono palesemente minoritarie a fronte di una presenza nel collegio di una rappresentanza corporativa maggioritaria e rafforzata dal poter nuovamente concorrere insieme, magistrati giudicanti e requirenti, a determinare l'esito del processo disciplinare.

Il carattere di giustizia politica del processo disciplinare nei confronti dei magistrati giudicanti e requirenti verrebbe accentuato dalla circostanza che il doppio grado di giudizio (questo sì un principio costituzionale supremo) sarebbe garantito sempre dalla stessa Alta Corte che *giudicherebbe* l'impugnazione del giudizio di prima istanza, anche per motivi di merito, “senza la partecipazione dei componenti che hanno concorso a pronunciare la decisione impugnata” (art. 105, comma 7).

In tal senso, la riserva di legge dell'art. 105, comma 8, avrebbe uno spazio di disciplina alquanto limitato, non tanto nel determinare “gli illeciti disciplinari e le relative sanzioni”, quanto nello stabilire “le forme del procedimento disciplinare e le norme necessarie per il funzionamento dell'Alta Corte”, dovendo assicurare “che i magistrati giudicanti o requirenti siano rappresentati nel collegio”, così rafforzando il carattere unitario e corporativo di questo giudice speciale.

9. In definitiva, le disposizioni della riforma costituzionale sulla separazione delle carriere danno un assetto costituzionale ai due rami della magistratura perfettamente conforme ai principi costituzionali accolti e si limitano ad aggiungere un tassello, per il vero molto piccolo, al principio del “giusto processo” di cui all'art. 111 Cost., lì dove questo afferma che “Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata”.

La separazione delle carriere è perciò funzionale ad assicurare il principio che “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge” (art. 111, comma 1, Cost.) e che il pubblico ministero sia una parte anche dal punto di vista amministrativo e, contrariamente all'assunto che ci sarebbe un indebolimento delle garanzie costituzionali di questa figura, con il pregiudizio di una sua eventuale futura subordinazione al governo, bisogna osservare al contrario come le garanzie aumenterebbero sia nell'autonomia amministrativa, sia nella giurisdizione disciplinare.

Tant'è che non è mancato chi, come Luciano Violante, abbia riscontrato che un probabile effetto della separazione delle carriere possa essere proprio un maggior peso dei magistrati requirenti. Questi sono un numero più limitato, pari circa a un 25% del totale dei magistrati, che, grazie alla separazione del

loro ruolo con un proprio organo di autogoverno, può risultare persino più incisivo sulla politica penale del Paese, con un carattere politico, perciò, più accentuato.

Questo è proprio il lato più problematico della riforma costituzionale sulla separazione delle carriere, la quale, come detto all'inizio, anche per insipienza e pregiudizio delle minoranze parlamentari, ha assunto una valenza politico-costituzionale tra chi vuole lasciare le cose come stanno e chi, insoddisfatto dallo stato della giustizia italiana, le vuole cambiare. Infatti, dopo la riforma del giusto processo, finalmente, è venuta in discussione l'annosa questione dell'unità politico-amministrativa della magistratura requirente e di quella giudicante.

Ma tanti limiti che continuano a nuocere alla giustizia avrebbero potuto essere rimossi con una collaborazione parlamentare attiva ed equilibrata.

Infatti, in una visione autenticamente liberale della giustizia, ispirata al principio del giudice terzo, del pubblico ministero parte del processo alla stessa stregua della difesa, secondo i canoni cui si sarebbe voluto ispirare anche il nuovo codice di procedura penale, secondo la riforma Vassalli basata sul sistema accusatorio e la *cross examination*, per quale ragione i magistrati del pubblico ministero dovrebbero avere un loro CSM ed essere parte di un'Alta Corte disciplinare e avere regole speciali di responsabilità giuridica?

Essi non sono giudici, cui si confanno le garanzie costituzionali di indipendenza e autonomia, oltre che di inamovibilità e di soggezione esclusiva alla legge; i pubblici ministeri sono funzionari pubblici di alto livello, se si vuole, ma sempre funzionari pubblici, come gli ambasciatori, i prefetti, i questori, i professori universitari, e nessuno di questi gode delle prerogative dei pubblici ministeri.

Ma, oltre alla loro ipotetica posizione nell'organizzazione statale, l'assetto attuale confermato dalla riforma, che colloca la magistratura requirente, ancorché in una forma separata, nella stessa posizione di quella giudicante, resta il problema costituzionale di fondo: chi è legittimato a decidere la politica penale della Repubblica? Un corpo limitato di soggetti che nei fatti non risponde a nessuno?

10. L'Assemblea Costituente, nonostante l'ampiezza del dibattito sul punto, alla fine, nel contrasto insanabile tra le parti, finì con l'accettare la "corporativizzazione" della magistratura voluta dal fascismo con la legge del 1941, e spiegata dal Ministro dell'epoca come una naturale conseguenza dell'unicità delle due funzioni, quella giudicante e quella requirente. Un presupposto tutt'altro che liberale. Peraltro, quella legge, sottoponendo l'esercizio delle funzioni del pubblico ministero al potere di direzione del Ministro di grazia e giustizia (art. 69 formulazione originaria: "Il pubblico ministero esercita, sotto la *direzione* del Ministro di grazia e giustizia, le funzioni che la legge gli attribuisce"), aveva inserito un secondo aspetto, tipico della tradizione dell'assolutismo statale e tale da fare estendere la penetrazione del regime su tutta la magistratura.

Quando si scrisse la Costituzione, si era pensato in un primo momento di legare il pubblico ministero all'esecutivo. Infatti, su proposta dell'On. Giovanni Leone l'ultimo comma dell'art. 107 Cost. doveva avere il seguente tenore: "Il pubblico ministero è organo del potere esecutivo. Un particolare corpo di polizia giudiziaria è posto alla sua esclusiva dipendenza". Ma la proposta suscitò grandi preoccupazioni nell'Assemblea costituente, per le incertezze politiche future, perché chi avrebbe governato – e a quel tempo era alquanto incerto – avrebbe potuto avvantaggiarsi del potere requirente.

Fu così che, dopo avere rotto il "cordone ombelicale" con il governo, attraverso la modifica dell'art. 69 della legge sull'ordinamento giudiziario ("Il pubblico ministero esercita, sotto la *vigilanza* del Ministro per la grazia e giustizia, le funzioni che la legge gli attribuisce"), ancor prima della formazione dell'Assemblea costituente (l'articolo in questione, infatti, è stato così sostituito dall'art. 39, R.D.Lgs. 31.05.1946, n. 511), si approvò, nel tentativo di un bilanciamento, il testo dell'art. 107, comma 4, Cost. che rimetteva alla legge, e all'equilibrio politico futuro, le garanzie del pubblico ministero ("Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario"). Una disposizione, questa, che lasciava trasparire uno spazio organizzativo che avrebbe potuto differenziare la posizione di questi pubblici funzionari rispetto ai giudici.

Inoltre, la Costituzione introdusse, come garanzia ulteriore, l'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.: "Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale").

Senonché il primo aspetto è stato fagocitato dal carattere corporativo del CSM ereditato dal fascismo che ha unificato le due magistrature e che l'Assemblea costituente ha trasfuso nel testo costituzionale. Infatti, magistratura giudicante e magistratura requirente si sono trovate, come durante il Fascismo, nello stesso sistema organizzativo e la mancata distinzione ha suscitato nel tempo non pochi problemi, che hanno degradato l'immagine dell'indipendenza della magistratura e della nostra democrazia.

Ma è soprattutto il secondo aspetto che suscita le maggiori perplessità. Infatti, all'obbligatorietà si è sostituita la discrezionalità dell'azione penale, attesi i carichi di lavoro delle procure, e questa discrezionalità dei PM è stata accompagnata dall'assoluta mancanza di responsabilità e di controllo politico. Di qui anche molti degli arbitri denunciati dall'opinione pubblica e quel sentire comune avverso l'inquisizione penale, prolungata nel tempo ben oltre i limiti, attraverso tecniche processuali poco leali, l'uso abnorme delle intercettazioni, le perquisizioni perlustrative e la carcerazione preventiva adottata come tecnica di indagine e non come misura di protezione delle prove e del processo.

A tutto ciò ha fatto riscontro una politicizzazione della magistratura, a cui il Costituente del 1947 non aveva affatto pensato, convinto com'era che la neutralità politica avrebbe caratterizzato l'azione dei pubblici ministeri.

Insomma, il rimedio dell'obbligatorietà, inserito nel testo della Carta dal Costituente, per eliminare la valenza politica dell'azione penale, si è rivelato completamente inefficace. Ed allora, emerge la domanda: in una democrazia a chi compete decidere sulla politica penale? Com'è naturale, questa in una democrazia si dovrebbe compiere per opera del Parlamento, della sua maggioranza e, nel regime parlamentare, anche del suo Governo.

11. La riforma in corso, da questo punto di vista, fa molto meno di quello che ci si attenderebbe da una vera separazione delle carriere, come vige in tutti gli ordinamenti democratico-liberali, nei quali i giudici e i pubblici ministeri appartengono realmente a due mondi distinti; e mentre per designare i primi si adopera il termine “giudice” (jugde – Richter – juge – juez) per il pubblico ministero si adopera un termine (public attorney – Staatsanwalt – procureur – fiscal) che indica la stessa natura del difensore di parte, l'Avvocato, o l'essere parte della struttura esecutiva dello Stato.

La ragione di questa distanza, non solo funzionale, tra giudice e pubblico ministero, che le lingue occidentali hanno fotografato, deriva direttamente dal concetto di terzietà del giudice e dalla natura del processo come processo di parti. Ora questi principi sono accolti dalla nostra Costituzione, ma la separazione delle carriere, portata avanti dalla riforma costituzionale, rispetto a tutto ciò, è veramente il minimo possibile.

Le garanzie dell'art. 107 Cost. non sono affatto toccate, così come non vi è nessuna sottoposizione del pubblico ministero al potere politico e anche la “vigilanza” di cui all'art. 69, cit., è ingiustificatamente contestata dalla corporazione; inoltre, la politica penale – e questo è l'aspetto più problematico – resta interamente affidata agli uffici della Procura sotto l'egida dell'obbligatorietà dell'azione penale.

Ascoltiamo ogni inizio d'anno le relazioni sullo stato della giustizia penale da parte dei Procuratori generali, ma non c'è una norma che imponga al Ministro della giustizia di presentare al Parlamento un resoconto sulla condotta penale delle Procure che consenta alla rappresentanza politica di esprimersi su questa con mozioni o risoluzioni.

Come si è detto, questa riforma arriva dopo il discredito che, con il caso Palamara, ha colpito la magistratura, ma è ancora un minimo rispetto ai principi del giusto processo. Resta nella disponibilità, tanto dei giudici quanto dei pubblici ministeri, non contestandone lo spirito e il contenuto, dimostrare che essa è sufficiente a correggere i difetti riscontrati con il sistema correntizio e la politicizzazione della magistratura. Dai magistrati giudicanti e requirenti, infatti, una volta che la riforma sarà perfezionata con l'esito del referendum costituzionale, ci si attende che essi agiscano nell'interesse della Giustizia insieme alla classe forense.

1.02.26