

SEPARAZIONE DELLE MAGISTRATURE GIUDICANTE E REQUIRENTE E MODELLO ACCUSATORIO

di Sergio Lorusso

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il contesto storico-politico. – 3. L’urgenza di separare la magistratura giudicante da quella requirente dopo il varo del codice Vassalli. – 4. Alcune possibili obiezioni. – a) Una riforma inutile? – b). Una riforma che fa il gioco dell’avvocatura? – c) Un *vulnus* per la cultura della giurisdizione? – 5. Le ricadute (non solo) lessicali. La modifica dell’art. 102 comma 1 Cost. – 6. Le scelte attuative della separazione. – a) Due magistrature, due Consigli. – b) Composizione. – c) Modalità di selezione dei componenti; – d) L’Alta Corte disciplinare. – 7. Una valutazione d’insieme e un invito apparentemente *naïf*.

1. Premessa.

Le numerose iniziative parlamentari e governative che prospettano una possibile revisione del quadro costituzionale regolante sotto il profilo ordinamentale la magistratura¹, nella sua duplice configurazione giudicante e requirente, suggeriscono una riflessione d’insieme sull’opportunità degli interventi in esse prospettati, sulle ricadute inerenti gli assetti costituzionali che regolano i rapporti tra poteri dello Stato e – soprattutto, nell’ottica del processualpenalista – sulla coerenza (o meno) degli stessi con una costruzione normativa della giustizia penale ispirata al modello accusatorio.

È opportuna una breve premessa metodologica, che riguarda l’approccio più appropriato con il quale ritengo ci si debba accostare a una tematica così delicata e controversa: un approccio, per quanto possibile, libero da contrapposizioni e pregiudizi ideologici e politici, che purtroppo caratterizzano da decenni il dibattito sul punto, impedendo di pervenire ad una soluzione condivisa e a una riforma sul punto per molti versi necessaria.

La separazione delle carriere non ha colori, né bandiere, non è né di destra né di sinistra. Tanto meno ha una valenza “eversiva” dell’assetto istituzionale vigente, come qualcuno in maniera propagandistica ha inteso affermare, sol che si considerino le prese di posizione sul punto della Consulta che, anche di recente, ha ribadito come nella Carta

¹ Si tratta del disegno di legge costituzionale n. 1917 (*Norme in materia di ordinamento giurisdizionale e di istituzione della Corte disciplinare*) e delle proposte di legge costituzionali n. 23, 434, 806 e 824 (*Modifiche all’articolo 87 e al titolo IV della parte II della Costituzione in materia di separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura*).

costituzionale non vi sia alcun veto alla separazione delle carriere tra magistrati giudicanti e requirenti²

Le norme, certo, non vivono nell'iperuranio, tantomeno quelle costituzionali che costituiscono l'ossatura dell'ordinamento, vanno contestualizzate, nondimeno andrebbero sempre costruite coerentemente all'ambito in cui sono destinate ad operare – in questo caso tenendo conto delle linee portanti del sistema processuale vigente – accantonando ogni preconetto e rifuggendo dall'idea che dietro ogni intervento legislativo si nasconda un fine "altro", differente da quello dichiarato³.

2. Il contesto storico-politico.

Il tema della separazione delle carriere dei magistrati è ben più antico⁴ degli anni Novanta del secolo scorso quando, come noto, è esploso quello scontro tra politica e magistratura – tuttora irrisolto – che ha indotto molti a vedere in ogni tentativo di ridisegnare gli assetti ordinamentali della magistratura uno strumento per asservire all'esecutivo il potere giudiziario: una sorta di *revanche* della classe politica nei confronti dei magistrati – e dei pubblici ministeri in particolare – che avevano contribuito con le loro iniziative giudiziarie alla fine della c.d. "Prima Repubblica" e alla dissoluzione dei partiti che ne erano stati i protagonisti. Con l'effetto di "congelare" ogni eventuale modifica dello *status quo* ordinamentale.

In realtà, se andiamo a scorrere gli atti dell'Assemblea Costituente⁵, ci accorgiamo che le scelte poi adottate e riversate nella Carta costituzionale rispondono ad istanze fortemente sentite in quell'epoca, all'indomani della caduta di un regime autoritario ventennale che spense in Italia ogni anelito alla libertà.

Prevedibile, allora, che le opzioni dei Padri costituenti si orientassero verso soluzioni "difensive" e "di protezione" rispetto a possibili invasioni di campo dell'esecutivo in grado di condizionare – se non addirittura di soggiogare – gli organi dell'accusa, alterando così la dialettica tra organi e funzioni di rilevanza costituzionale e facendola virare – nell'ipotesi più estrema – in direzione opposta a quella propria di uno

² Corte cost., sentenza 16 febbraio 2022, n. 58, relativa al giudizio sull'ammissibilità dei referendum in materia di giustizia, che richiama espressamente Corte cost., 3 febbraio 2000, n. 37, avente analogo oggetto, ove si precisa che l'unico vincolo esistente in Costituzione è la considerazione della magistratura come unico ordine, autonomo e indipendente da qualsiasi altro potere (art. 104 comma 1 Cost.).

Le scelte in materia, quindi, spettano al legislatore ordinario che può operare discrezionalmente (N. ZANON, *Profili costituzionali dell'ordinamento giudiziario: autonomia e indipendenza della magistratura*, in P. BIAVATI-C. GUARNIERI-R. ORLANDI-N. ZANON, *La giustizia civile e penale in Italia*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 128).

³ Una serrata e severa critica alle – talvolta pretestuose – prese di posizione sui pericoli derivanti dalla separazione ordinamentale delle magistrature giudicante e requirente è contenuta in G. BENEDETTO, *Non diamoci del tu. La separazione delle carriere*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2022, *passim*.

⁴ Per un'analisi in prospettiva storica (e costituzionale) della tematica si rinvia alle pagine impeccabili di M. NOBILL, *Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale*, in AA. VV., *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, a cura di G. Conso, Bologna, Zanichelli, 1979, p. 89 s.

⁵ Non è possibile, naturalmente, in questa sede, effettuare un'analisi dettagliata del corposo *dossier*, per cui ci si limiterà ad una visione di sintesi evidenziando alcune opinioni paradigmatiche.

Stato democratico per essere infine assorbita (di fatto annullandola) in unico centro di potere⁶.

Al contempo però, con rigore storico, va rimarcato che le carriere unificate – già esistenti in epoca liberale – non furono d’ostacolo all’azione dello Stato fascista orientata a soggiogare il pubblico ministero che, anche in precedenza, soggiaceva al primato del potere esecutivo. Il pericolo, se mai, veniva dai margini di discrezionalità insiti nella gestione dell’azione penale secondo il codice Rocco, considerata la possibilità dell’organo di accusa di archiviare *ex se* le *notitiae criminis*, sottraendosi dunque a qualsivoglia forma di controllo.

Nessun dubbio, insomma, che il bisogno di sottrarre la magistratura all’influenza dell’esecutivo fosse preminente per i *conditores* dell’architettura costituzionale e considerato una vera e propria conquista della democrazia⁷, e che l’arnese ordinamentale di cui ci si avvale fu quello ampiamente rodato delle carriere unificate – nonostante la sua intrinseca e sperimentata cedevolezza – ritenendo, a torto o a ragione, che il passaggio alle carriere separate avrebbe attratto ineluttabilmente l’organo dell’accusa nell’orbita del governo.

Nell’ordinamento giudiziario Grandi, una delle ultime produzioni normative espressione del regime fascista che giunse quando ormai l’esperienza della dittatura era agli sgoccioli (R.D. 30 gennaio 1941, n. 12), il pubblico ministero era collocato “sotto la direzione” del Ministro di grazia e giustizia (art. 69 o.g.), sancendosi così un raccordo diretto e subordinato tra i due organi. Tra i primi atti successivi alla caduta della dittatura, come si sa, vi fu quello di Palmiro Togliatti, nella sua qualità di guardasigilli, che nel 1946 diede l’*input* per mutare e riequilibrare il rapporto *de quo*, collocando il pubblico ministero “sotto la vigilanza” del ministro e, dunque, in una posizione non subordinata gerarchicamente (art. 69 o.g., come riformulato dal R.D. lgs. 31 maggio 1946, n. 511, *Guarentigie della Magistratura*).

Purtuttavia, non mancano – se si sfogliano gli atti della Costituente – opinioni significative per il tema che ci occupa, come quella di Giuseppe Grassi (che fu poi guardasigilli e firmò in questa veste la Carta costituzionale) il quale, nel ritenere la miglior formula possibile quella adottata per disciplinare il rapporto tra potere esecutivo e potere giudiziario, sottolinea come, pur avendo il pubblico ministero rapporti con l’autorità giudiziaria, le sue funzioni preminenti «sono di esecuzione»⁸.

Si spinge oltre Giuseppe Bettiol, giurista di estrazione cattolica, il quale ritiene non opportuno che in sede di Costituzione si adotti un principio «su cui la dottrina è tanto profondamente divisa» in quanto «le funzioni del pubblico ministero non devono essere incapsulate accanto a quelle del giudice, ma devono essere tenute distinte»,

⁶ In tal modo si pensava di erigere «una sorta di linea Maginot contro ogni aggressione alla divisione dei poteri» (S. LORUSSO, *Ecclettismo giudiziario e processo accusatorio*, in *Sist. pen.*, 11 ottobre 2023).

⁷ In questi termini il Presidente della Commissione per la Costituzione M. RUINI, in *Atti dell’Assemblea costituente*, Seduta antimeridiana di martedì 25 novembre 1947, in <https://comenascelacostituzione.it/?p=2333>.

⁸ G. GRASSI, in *Atti dell’Assemblea costituente*, Seduta pomeridiana di mercoledì 26 novembre 1947, in <https://comenascelacostituzione.it/?p=2339>.

appartenendo ai «regimi totalitari il concetto di voler considerare il pubblico ministero come un organo della giustizia, mentre in tutti i regimi liberali esso è considerato come un organo del potere esecutivo»⁹.

E Giovanni Leone, processualpenalista fedele all'impianto del codice 1930 (nonché futuro Presidente della Repubblica), afferma in maniera netta che il pubblico ministero deve essere considerato un organo del potere esecutivo, pur ridimensionando poi tale asserzione in attesa di una riscrittura complessiva dell'ordinamento giudiziario.

Il timore che si potesse ricadere in un'esperienza autoritaria, con i suoi pesanti condizionamenti dell'individuo e con le tragedie collettive ancora vive nella memoria di ciascuno fecero tuttavia prevalere la prudenza. Da qui la previsione, senza dubbio *sui generis* nel panorama internazionale, di un assetto ordinamentale omogeneo per giudici e pubblici ministeri, con regole comuni di accesso e di carriera, nonché con ampia possibilità per ciascun magistrato di mutare funzioni *in itinere*.

Un assetto che trovava peraltro riscontro nel summenzionato ordinamento Grandi, rimasto pressoché intatto nonostante fosse un prodotto del regime da poco caduto il quale, come detto, non aveva operato scelte destabilizzanti rispetto al passato nell'assetto istituzionale – di stampo burocratico – della magistratura¹⁰. Le carriere unificate, va ribadito, non impedirono alla dittatura fascista di sottoporre al suo dominio pervasivo la magistratura tutta: furono altri – e sfortunatamente ben più convincenti – gli strumenti adottati.

Si dimentica spesso, peraltro, che vi è una ben precisa esperienza storica in cui affonda le sue radici l'attuale configurazione del pubblico ministero italiano: è quella francese, maturata all'inizio del XIX secolo nell'ambito delle riforme napoleoniche che trasformarono in una burocrazia statale l'organo dell'accusa, per poi diffondersi a macchia d'olio nell'Europa continentale, dando vita ad un organo imparziale di giustizia chiamato ad applicare la legge. Da qui, come sostenuto autorevolmente in Italia e all'estero¹¹, la tendenza ad assimilare il pubblico ministero al giudice a differenza di quanto accade negli ordinamenti anglosassoni – nei quali la sua istituzione è più recente – ove il *prosecutor* agisce in un sistema teso a regolare le controversie più che a garantire l'applicazione rigida della legge.

In questo quadro fondamentalmente monocorde, tuttavia, poco più di un secolo fa Giacomo Matteotti – che non fu solo fiero e irriducibile antagonista del fascismo, ma anche un fine giurista che certo non può essere tacciato di simpatie per una visione autoritaria dei pubblici poteri – afferma criticamente che il codice di procedura penale del 1913 – un codice, non va dimenticato, d'ispirazione liberale – pretende di tenere ben distinto il pubblico ministero dalle parti, ma non vi riesce che in apparenza e nelle

⁹ G. BETTIOL, in *Atti dell'Assemblea costituente*, Seduta pomeridiana di mercoledì 26 novembre 1947, cit.

¹⁰ Cfr. C. GUARNIERI, *La magistratura in Italia: un profilo storico e comparato*, in P. BIAVATI-C. GUARNIERI-R. ORLANDI-N. ZANON, *La giustizia civile e penale in Italia*, cit., p. 38 s., che evidenzia come «la fascistizzazione risultò essere un fenomeno più che altro di facciata che non riuscì a incidere sui caratteri tradizionali dell'organizzazione giudiziaria».

¹¹ Si veda, in particolare, P. PEDERZOLI, *Il sistema giudiziario: l'accesso*, in C. GUARNIERI-P. PEDERZOLI, *Il sistema giudiziario*, Bologna, il Mulino, 2017, p. 79.

denominazioni perché, nella sostanza, il pubblico ministero risulta essere una parte; e invoca altresì come necessaria la divisione dei poteri e delle funzioni «su cui si fondano i moderni regimi costituzionali»¹². Una visione illuminata, potremmo dire, e assai avanzata.

E Francesco Carnelutti, in maniera *tranchant*, qualche anno dopo la promulgazione della Carta fondamentale invita i *conditores* a «mettere il pubblico ministero al suo posto», superando l'ipocrisia condensata nell'acronimo della "parte-imparziale", che legittimava le contraddizioni di una disciplina – quella del codice 1930 – in cui l'organo dell'accusa, in quanto parte, possedeva poteri tipici della parte processuale e, in quanto magistrato, doveva adempiere a doveri non in linea con il suo ufficio¹³. Considerando altresì questa una tra le priorità della riforma del processo penale. L'icastica e colorita affermazione del giurista friulano ci dice molto di più di ogni dotta elucubrazione sulla (presunta) necessità di mantenere le carriere unificate per garantire funzionalità e democraticità dell'ordinamento.

3. L'urgenza di separare la magistratura giudicante da quella requirente dopo il varo del codice Vassalli.

La distinzione – o meglio, la separazione – sotto il profilo ordinamentale dei magistrati giudicanti da quelli requirenti è divenuta, per tornare ai giorni nostri, indispensabile e ineludibile all'indomani dell'approvazione del codice 1988, che delinea un "processo di parti" di stampo (se pure solo tendenzialmente) accusatorio. E tale esigenza risulta inevitabilmente rafforzata dalla riforma costituzionale che alle soglie del terzo millennio ha introdotto nell'art. 111 Cost. le garanzie del "giusto processo" (e in particolare la parità tra le parti e la terzietà del giudice).

Due magistrature in un solo corpo possono essere ritenute una "trovata" eclettica ma tollerabile in un contesto a (più o meno) forte valenza inquisitoria, non anche in un sistema processuale fondato sulla contrapposizione tra accusa e difesa che faccia propri (in maniera più o meno ampia) i connotati del modello accusatorio¹⁴.

La costituzionalizzazione della magistratura come organismo unitario in cui pulsano due cuori, di conseguenza, non deve essere considerata un valore assoluto e intangibile, quasi un postulato di ogni assetto del potere giudiziario, ma è più semplicemente figlia dei tempi (e delle incertezze) in cui tale scelta è maturata per poi sedimentarsi¹⁵. Va, insomma, storicizzata e relativizzata.

Le opzioni normative in materia di processo penale prima richiamate, allora, conducono giocoforza a dover riconsiderare la collocazione ordinamentale del pubblico ministero. Diritto processuale penale e ordinamento giudiziario non sono mondi

¹² G. MATTEOTTI, *Il pubblico ministero è parte*, in *Rivista penale*, 1919, vol. XC, p. 346.

¹³ F. CARNELUTTI, *Mettere il pubblico ministero al suo posto*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, p. 260.

¹⁴ Lo rimarca F. CORDERO, *Procedura penale*, 9^a ed., Milano, 2012, p. 213.

¹⁵ Cfr., volendo, S. LORUSSO, *Eclettismo giudiziario e processo accusatorio*, cit.

separati¹⁶. Adottare un determinato sistema processuale significa inevitabilmente accoglierne le linee portanti, i “fondamentali”, anche sotto il profilo degli organi ivi operanti, della loro struttura e delle relazioni tra gli stessi, se si vuole evitare il rischio di generare delle anomalie e di alimentare – magari inconsapevolmente – delle distorsioni non altrimenti emendabili nel funzionamento degli ingranaggi della macchina giudiziaria¹⁷.

Il mutamento corposo e radicale delle dinamiche processuali rinveniente dal modello accusatorio, in definitiva, non può dispiegare appieno le proprie potenzialità senza che alcuni profili basilari dell’architettura giudiziaria vengano adeguati al rinnovato assetto¹⁸. Può una parte condividere le coordinate ordinamentali del giudice, che è – e dev’essere, secondo il dato costituzionale e delle norme convenzionali in materia – terzo? Può la “parità delle armi” tra accusa e difesa essere considerata compatibile con un reclutamento e una “gestione” della carriera condivisi tra magistratura giudicante e requirente?

Evidentemente no.

Riprendendo (e ribaltando) la nota affermazione – avallata dalle Sezioni unite civili della Corte di cassazione¹⁹ – secondo cui il giudice non soltanto deve “essere” imparziale, ma deve anche “apparire” tale, potremmo dire che il pubblico ministero non solo deve “apparire” parte, ma deve anche “essere” tale. Ovvero, l’insieme delle facoltà e dei poteri attribuitigli, così come la sua collocazione nella geografia ordinamentale, devono essere conciliabili e coerenti con il suo ruolo di parte processuale²⁰.

¹⁶ Osserva O. DOMINIONI, *Opinioni a confronto. La separazione delle carriere*, in *Criminalia* 2008, 2009, p. 218, richiamando il pensiero di studiosi del calibro di Francesco Carnelutti, Gaetano Foschini e Gian Domenico Pisapia, che «il processo penale deve trovare la propria disciplina nell’integrazione delle norme ordinamentali e processuali».

¹⁷ La mancata separazione delle carriere e il fatto che giudici e pubblici ministeri siano reclutati con il medesimo concorso, ad avviso di G. DI FEDERICO, *Le riforme costituzionali e la giustizia*, in AA. VV., *Manuale di ordinamento giudiziario*, a cura di G. Di Federico, Padova, Cedam, 2004, p. 600, ha reso inefficace il sistema di pesi e contrappesi processuali che garantisce la libertà e la dignità del cittadino.

¹⁸ B. GALGANI, *Prove di “carriere separate”: tra risalenti ambiguità normative, forzature ideologiche e... wishful thinking?*, in *Proc. pen. giust.*, 2024, p. 521, osserva che, nonostante la scelta “ideologica” operata in favore del modello accusatorio, rafforzata dalla successiva costituzionalizzazione delle garanzie del “giusto processo”, «anche a un semplice vaglio empirico della pratica giudiziaria non sfugge come il titolare del potere d’accusa sia per più di un profilo assimilato al giudicante, perpetuandosi (il rischio derivante da) una “commistione” di facoltà e di funzioni» in grado di far declinare la dimensione dialettica del processo penale.

¹⁹ Cass. civ., Sez. un., sentenza 14 maggio 1998, n. 8906.

²⁰ Accade invece che ancora oggi la lettura strumentale – e/o palesemente errata – di previsioni come l’art. 358 c.p.p., “norma-spot” che in realtà si propone di garantire l’inclusione nel panorama investigativo dell’accusa anche degli elementi a discarico in cui si sia imbattuto e, al contempo, di assicurare una maggiore robustezza all’ipotesi accusatoria anticipando le possibili contestazioni della difesa, o quella distorta della giurisprudenza di legittimità a proposito della pretesa valenza sovraordinata della consulenza tecnica disposta dal pubblico ministero rispetto a quella frutto dell’attività difensiva, sulla base della considerazione che la prima è espressione «di un’attività di natura giurisdizionale» (Cass., sez. III, 29 maggio 2020, n. 16458, in *Giur. it.*, 2020, p. 2776), alimentino braci che covano in maniera insidiosa sotto la cenere, riaccendendo mai sopite nostalgie.

Sul punto v. diffusamente B. GALGANI, *Prove di “carriere separate”*, cit., p. 521-522.

Si sarebbe dovuti intervenire, a onor del vero, contestualmente al varo del codice 1988. Sarebbe stato più coerente. Occorreva allora modificare quell'ordinamento giudiziario che, anzi, avrebbe dovuto essere riscritto *in toto* perché prodotto, come detto, dell'era fascista. Nondimeno non se ne ebbe il coraggio, tanto più in presenza di un clima che vedeva avversata da più fronti la nascente riforma del processo penale. Si rinviò così tale operazione a tempi più confacenti. L'Italia, si sa, è il paese dei *patchwork* normativi, dove il vecchio e il nuovo spesso coesistono tranquillamente, a dispetto di manifeste contraddizioni.

Accadde però che, a distanza di pochi anni, le stragi mafiose, prima, e l'esplosione di Tangentopoli (con ciò che ne seguì sotto il profilo dei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario), poi, resero tutto più complicato, se non impossibile, con l'effetto di procrastinare all'infinito una modifica indispensabile per conformarsi ai pilastri ordinamentali che reggono l'edificio accusatorio.

La questione, di conseguenza, si è trascinata fino ai giorni nostri.

4. Alcune possibili obiezioni.

Analizzerò ora alcune possibili obiezioni al progetto di separare sotto il profilo ordinamentale giudici e pubblici ministeri, per evidenziarne l'opinabilità, se non l'inconsistenza.

a) *Una riforma inutile?*

Si dice che, in realtà, oggi il problema delle carriere unificate – con i suoi riverberi processuali – risulterebbe di fatto superato da una disciplina che ha progressivamente limitato – da ultimo con la c.d. “riforma Cartabia” – il passaggio da un ambito all'altro, ridotto ormai a casi sporadici. Non si capisce, allora, perché la ventilata separazione ordinamentale preoccupi così tanto, inducendo persino ad evocare rischi concreti – in verità poco realistici – per la tenuta della democrazia²¹ e per i rapporti tra poteri dello Stato.

Una risposta in realtà c'è, e va trovata proprio sul piano ordinamentale seguendo una prospettiva “obliqua”. Attualmente il Consiglio superiore della magistratura e i Consigli giudiziari hanno (ovviamente) una composizione mista quanto alla componente togata, per cui chi rappresenta i giudici decide anche sulle questioni che riguardano i pubblici ministeri – compresi incarichi direttivi, promozioni e procedimenti

²¹ Alquanto improbabile, nell'attuale periodo storico e considerato il grado di democrazia raggiunto, che il pubblico ministero possa trasformarsi *d'emblée* in un braccio armato del potere esecutivo. Separare le carriere non significa minare l'indipendenza. Né è maggiore il rischio che l'organo dell'accusa diventi un corpo separato, che non risponde a nessuno e, dunque, se vogliamo, ancor più pericoloso.

La questione è antica, sol che si consideri come già alla fine degli anni Settanta del secolo scorso non si riuscisse «a capire perché esprimersi in [favore della separazione delle carriere] dovrebbe necessariamente equivalere a ordire macchinazioni eversive» (M. NOBILI, *Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale*, cit., p. 167).

disciplinari – e viceversa. Ecco, allora, che quella vicinanza processuale, oggi di fatto quasi annullata, si ripropone in un altro ambito per così dire collaterale – ma di certo non meno rilevante –, generando una persistenza che preserva la compattezza e l’unicità della magistratura. Le possibili conseguenze sono intuitive. Gli eventuali condizionamenti lampanti. Coloro che sono processualmente ormai quasi completamente distinti (seppur nei limiti prima evidenziati) concorrono in maniera significativa alle deliberazioni che riguardano il loro *status* e lo sviluppo delle rispettive carriere.

Non è, dunque, una riforma “miope”²², ma al contrario un mutamento ordinamentale dallo sguardo molto lungo, anche in chiave retrospettiva, che vuole compensare visioni “strabiche” e strumentali della questione²³ e colma – come detto – una lacuna protrattasi per decenni all’indomani dell’entrata in vigore del codice 1988.

Peraltro invocare l’UE e una pretesa uniformità (o necessità di omogeneizzazione) degli assetti ordinamentali a livello sovranazionale, rispetto ad un contesto che notoriamente ha una prevalente dimensione statale costituendo espressione tipica della sovranità nazionale²⁴, non risulta affatto persuasivo, sol che si consideri come l’opzione accusatoria non sia assoluta in Europa, anche in virtù di tradizioni plurisecolari che – come si sa – hanno condizionato l’evoluzione dei singoli ordinamenti. Salvo che, in maniera stravagante, non si voglia metter mano al codice di procedura penale nostrano con un’operazione normativamente e culturalmente *vintage*, riscrivendolo in una direzione antitetica rispetto a quella imboccata con il codice Vassalli, riappropriandosi magari della tradizione transalpina da noi abbracciata ma anche “subita” per tanto tempo (quella da cui ha attinto a piene mani il codice Rocco) nella quale trova ampio spazio un pubblico ministero dalla natura “anfibia”.

b) *Una riforma che fa il gioco dell’avvocatura?*

Sarebbe fuorviante ritenere che la riforma degli assetti ordinamentali delle magistrature requirente e giudicante sia un abito tagliato su misura per l’avvocatura, confondendo l’attivismo di quest’ultima e dei suoi organismi istituzionali – culminato in una proposta di legge costituzionale d’iniziativa popolare presentata dall’Unione delle Camere penali nel 2017 («Norme per l’attuazione della separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura», XVIII legislatura, AC 14)²⁵, cui le successive iniziative parlamentari si sono ispirate generosamente, a partire dal pdl Costa del 13 ottobre 2022 («Modifiche all’articolo 87 e al titolo IV della parte II della Costituzione in materia di separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura» XIX legislatura, AC 23)

²² Di «un dibattito interno dallo sguardo molto corto» parla M. GUGLIELMI, *Un pubblico ministero “finalmente separato”? Una scelta poco o per nulla consapevole della posta in gioco. E l’Europa ce lo dimostra*, in *Quest. giust.*, fasc. 2-3, 2022, p. 177.

²³ Si veda, volendo, S. LORUSSO, *Ecclettismo giudiziario e processo accusatorio*, cit.

²⁴ Questo non significa, naturalmente, ignorare gli *input* volti a creare una più ampia estensione – sotto il profilo territoriale – della sfera del diritto penale sostanziale e di quello processuale. Si veda, sul punto, F. VIGANÒ, *Dal “diritto penale dello Stato” al “diritto penale sovranazionale”*, in *Sist. pen.*, 10 ottobre 2024.

²⁵ Vedilo all’indirizzo <http://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.14.18PDL0001170.pdf>.

– con l’esigenza difficilmente confutabile di conferire coerenza e completezza a una costruzione normativa processuale (quella racchiusa nella codificazione del 1988) che fin *ab initio* ha dichiarato esplicitamente di voler attuare i caratteri del modello accusatorio (l. 16 febbraio 1987, n. 81, *Delega legislativa al Governo della Repubblica per l’emanazione del nuovo codice di procedura penale*, art. 2).

Non si tratta, insomma, di un’ennesima espressione del poco gradito “sindacalismo” sovente praticato dagli avvocati penalisti uniti in associazione né di una patologia comportamentale inestirpabile di cui è preda la classe forense, una (per niente magnifica) “ossessione”²⁶ secondo taluni inspiegabile²⁷. Né può essere bollata come un’«impostura anacronistica»²⁸, perché, anzi, nel dibattito sul punto se c’è qualcosa di vetusto e anacronistico è proprio l’atteggiamento di chi osteggia per partito preso una riforma necessaria, fingendo di dimenticare che “qualcosa” è cambiato nel passaggio dal codice 1930 (maturato in un’atmosfera e in un assetto istituzionale autoritari) al codice 1988 (figlio di una visione “costituzionalmente orientata” del processo penale alimentatasi in uno scenario democratico). Quanto all’“impostura”, termine per la verità poco confacente ad un dibattito giuridico, a maggior ragione se investe le fondamenta della giustizia penale, più che di fronte a menzogne e a inganni reiterati o a mistificazioni fattesi consuetudini siamo di fronte ad una semplice traduzione di alcuni principi del modello processuale selezionato dal legislatore in opzioni normative consequenziali.

Se mai, è chi ricorre a tali argomentazioni che falsifica la realtà, eludendo l’urgenza e ignorando la congruenza di una siffatta innovazione rispetto alle modalità del processo di parti di stampo accusatorio adottate ormai oltre tre decenni fa. Atteggiamenti preconcepiuti e ingiustificati, che andrebbero accantonati per misurarsi finalmente con una realtà sensibilmente mutata rispetto ai tempi del codice Rocco.

Cambiare idea del resto si può, come con indubbia onestà intellettuale ha fatto Giovanni Conso di fronte alla nuova costruzione processuale, riconoscendo di essere stato in un primo tempo sfavorevole alle carriere separate – per l’influsso esercitato dalle tradizioni, dal proprio *modus vivendi* e dalla propria mentalità – ma di aver poi mutato opinione essendosi reso conto dell’“ineluttabilità” della separazione ordinamentale tra la magistratura giudicante e quella requirente se si vuole attuare completamente l’essenza del codice Vassalli²⁹.

²⁶ Così A. SPATARO, *La separazione delle carriere dei magistrati*, in *La magistratura*, 7 dicembre 2023, consultabile in <https://lamagistratura.it/vita-associativa/la-separazione-delle-carriere-dei-magistrati/>.

²⁷ Che poi si tratti di un obiettivo nodale per il ceto forense e per chi lo rappresenta istituzionalmente, tanto da intrecciarsi con le vicende delle Camere penali, è un dato storicamente certo ma che non può di per sé condurre a conclusioni precostituite e irriverenti.

Si vedano, in proposito, le considerazioni di G. FRIGO, *Separazione delle «carriere»: le ragioni di un obiettivo storico dell’avvocatura*, in *Dir. dif.*, 21 febbraio 2020, <https://dirittodidifesa.eu/separazione-delle-carriere-le-ragioni-di-un-obiettivo-storico-dellavvocatura/>.

²⁸ È quanto afferma apoditticamente A. SPATARO, *La separazione delle carriere dei magistrati*, cit.

²⁹ G. CONSO, *Intervento al Congresso straordinario dell’Unione delle Camere Penali Italiane*, 3 ottobre 2009, richiamando a sostegno della sua affermazione la terzietà del giudice e la parità tra accusa e difesa, sancite a livello costituzionale e delle Convenzioni internazionali.

c) *Un vulnus per la cultura della giurisdizione?*

Ancora. Si dice che il collante della visione unitaria sarebbe la “cultura della giurisdizione”, espressione di per sé poco significativa e per certi versi sfuggente, che dice tutto e niente. Se con essa infatti vogliamo intendere il rispetto delle regole del processo da parte di tutti i suoi protagonisti, tanto più quando si tratta di organi che hanno una valenza pubblica, non asseriamo nulla di rivoluzionario. È *in re ipsa*. Ma se invece vogliamo credere che l’approccio alla vicenda processuale sia il medesimo per pubblico ministero e giudice, sosteniamo qualcosa allo stesso tempo di illusorio e di errato. Diverse sono le funzioni e diversi sono i metodi³⁰ (e lo sono addirittura nell’ambito dello stesso organo, a seconda delle opzioni di sistema abbracciate)³¹. Com’è giusto che sia³².

Giovanni Falcone, all’indomani dell’entrata in vigore del codice 1988, afferma che «comincia a farsi strada faticosamente la consapevolezza che la regolamentazione delle funzioni e della stessa carriera dei magistrato del pubblico ministero non può più essere identica a quella dei magistrati giudicanti, diverse essendo le funzioni e, quindi, le attitudini, l’*habitus* mentale, le capacità professionali richieste per l’espletamento di

³⁰ Rileva E. MARZADURI, *Separazione delle carriere*, in *Dove va la giustizia penale*, Atti del XXXVII Convegno nazionale dell’Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale “Giandomenico Pisapia”, Milano, 12-14 dicembre 2024, in corso di pubblicazione, che il dato esperienziale conferma e rafforza l’emergere delle peculiarità della professionalità dell’organo dell’accusa che confliggono, ineluttabilmente, con ogni idea di approccio e di cultura comuni. E questo nonostante dati normativi poco cristallini, riferibili a recenti interventi dei *conditores* (c.d. “riforma Cartabia”), che alimentano confusioni concettuali tracciando regole di giudizio di portata endoprocedimentali che consentono al C.S.M. di parlare del pubblico ministero come del “giudice naturale delle indagini preliminari”.

³¹ Sottolinea G. FRIGO, *Separazione delle «carriere»*, cit., che occorre spiegare «a quale giurisdizione si intenda fare riferimento (se, cioè, a quella del giudice inquirente del modello “lineare”, come sembra più facile sottintendere, in quanto postula quasi necessariamente una commistione con il p.m., ovvero ad altra). In secondo luogo, a qualunque giurisdizione si voglia fare riferimento, la relativa *cultura* - per essere davvero un valore - dovrebbe essere comune non solo a giudici e pubblici ministeri, ma anche a tutti gli altri soggetti chiamati ad esercitare funzioni processuali (in particolare, agli avvocati difensori) e, in definitiva, a tutti i cittadini, prescindendo dalla appartenenza o meno ad un unico corpo burocratico».

Nella stessa direzione P. BORGNA, *Separazione delle carriere*, in *Dir. dif.*, 2 agosto 2020, in <https://dirittodidifesa.eu/separazione-delle-carriere-dei-magistrati-di-paolo-borgna/>, secondo il quale l’unità della cultura della giurisdizione, sbandierata dai magistrati «come un vessillo per giustificare la loro contrarietà alla separazione delle carriere, deve comprendere anche l’avvocatura» in quanto l’unico modo per sottrarsi alla separazione consiste nell’«ampliare, anziché soffocare, la circolarità delle esperienze professionali».

Accade viceversa, ad avviso di F. PETRELLI, *Ogni modello ha bisogno del suo interprete*, in *Dir. dif.*, 3 giugno 2024, in <https://dirittodidifesa.eu/ogni-modello-ha-bisogno-del-suo-interprete-di-francesco-petrelli/>, che qualora la prova sia incerta e la questione «controversa il giudice non adotta quasi mai la regola del “ragionevole dubbio”», essendo «rimasto legato ad una cultura fortemente promiscua con quella del pubblico ministero, lontana da quella “cultura del limite” che dovrebbe caratterizzare l’atteggiamento del giudice terzo».

³² Occorre aggiungere che le modalità di reclutamento influiscono sul «profilo della omogeneità culturale del pubblico ministero», favorendo la nascita di un organo dell’accusa “conformista” (P. PEDERZOLI, *Il sistema giudiziario: l’accesso*, cit., p. 86).

compiti così diversi» (l'investigatore a tutti gli effetti, da un lato, l'arbitro della controversia, dall'altro)³³.

Sono parole nette, sufficienti a mettere in crisi – anche oggi che le polarità si sono attenuate – la visione di una “cultura della giurisdizione” comune, perché se intesa in senso stretto – e più tecnico – quale “cultura del giudicare” è evidentemente appannaggio esclusivo dell'organo giudicante, l'unico che ha il potere di *ius dicere*.

Penso a quel che accadde al momento del varo del codice 1988, quando ci si pose il problema di come individuare i magistrati destinati a diventare giudici per le indagini preliminari. Ricordo la preoccupazione in merito alla ventilata possibilità di seguire una sorta di automatismo per trasferire ai potentissimi e temibili giudici istruttori, protagonisti indiscussi dello scenario processuale nel codice Rocco, il ruolo e le nuove (ben più modeste e circoscritte) funzioni del g.i.p. Si temeva che l'inclinazione maturata esercitando quelle funzioni “ibride” – ma a forte connotazione inquisitoria – potesse condizionare il *modus operandi* di un giudice *light*, quello destinato ad operare fondamentalmente quale garante nella fase delle indagini preliminari.

La soluzione poi adottata fu considerata da molti insoddisfacente, come sottolineato dallo stesso Presidente della *Commissione ministeriale istituita per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo codice di procedura penale* (nata nel 1989), Vladimiro Zagrebelsky. Le sue parole sono inequivocabili: «è da dire – richiamando l'insistenza con la quale durante i lavori di preparazione della riforma si sono richieste *strutture mentali nuove*, che si dicevano più importanti delle pur necessarie strutture materiali – che alla abolizione dell'ufficio di istruzione penale avrebbe dovuto far riscontro il tentativo – almeno ove le dimensioni dei tribunali lo consentissero – di attribuire le funzioni di giudice dell'indagine preliminare a persone fisiche diverse da coloro che avevano fino ad allora svolto le funzioni di giudice istruttore. Contemporaneamente sarebbe stato opportuno incentivare il passaggio dei giudici istruttori alle procure della Repubblica. Ma tutto ciò avrebbe richiesto, da parte del Consiglio superiore della magistratura, una consapevolezza maggiore dei doveri di governo delle proprie competenze e responsabilità in vista della attuazione della riforma»³⁴. Il CSM, invece, non innovò le regole per la assegnazione dei magistrati alle varie funzioni, limitandosi a svolgere un ruolo meramente burocratico.

Le scelte normative che seguirono sovvertirono addirittura l'idea guida originaria, facendo permanere di fatto «la struttura autonoma degli uffici di istruzione penale, modificando [...] le “etichette”, ma conservando la sostanza»³⁵. A riprova di come le riforme organizzative e ordinamentali, lungi dall'essere un ammennicolo di

³³ G. FALCONE, *La posta in gioco. Interventi e proposte per la lotta alla mafia*, Milano, Rizzoli, 2010, p. 186, il quale parte dalla considerazione che «l'ufficio del pubblico ministero viene a trovarsi [...] al centro della rivoluzione copernicana compiuta dal nuovo codice», avendo «perduto qualsiasi funzione giurisdizionale» contemporaneamente all'acquisizione di «compiti effettivi di direzione e di impulso per le indagini» (*ivi*, p. 184).

³⁴ V. ZAGREBELSKY, *Le modificazioni dell'ordinamento giudiziario in funzione del nuovo codice di procedura penale*, in G. CONSO – V. GREVI – G. NEPPI MODONA (a cura di), *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. 8, tomo 1, *Gli adeguamenti dell'ordinamento giudiziario*, Padova, Cedam, 1992, p. 21.

³⁵ V. ZAGREBELSKY, *Le modificazioni dell'ordinamento giudiziario in funzione del nuovo codice*, cit., p. 22-23.

importanza marginale, possono incidere profondamente sulle dinamiche procedimentali.

È innegabile, allora, che dal dibattito qui richiamato emerga – nonostante le opzioni di diverso tenore poi praticate – la consapevolezza già all’epoca, quando il “nuovo” codice stava muovendo i suoi primi passi, di come l’esercizio della funzione “condizioni”, o quanto meno “modelli”, il *modus operandi* di chi ne è titolare: da qui la proposta ragionevole di “convogliare” chi era stato giudice istruttore nell’area della magistratura requirente, distogliendolo dal campo del nascente giudice per le indagini preliminari destinato ad operare soltanto su sollecitazione delle parti, terzo per antonomasia e, quindi, lui sì, espressione cristallina della “cultura della giurisdizione”.

5. Le ricadute (non solo) lessicali. La modifica dell’art. 102 comma 1 Cost.

È da ritenere, pertanto, sulla base di tali considerazioni, che il nuovo testo dell’art. 102 comma 1 Cost. proposto dal ddl costituzionale 1917 possa ingenerare equivoci laddove afferma che «[La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull’ordinamento giudiziario], le quali disciplinano altresì le distinte carriere dei magistrati giudicanti e requirenti», riconducendo sotto l’ombrello della funzione giurisdizionale l’attività di giudici e pubblici ministeri. Rispetto a questi ultimi, forse, si potrebbe parlare più correttamente di “funzione giudiziale”. Non è una questione meramente terminologica. E non si tratta certo di una menomazione, di un’iniqua *deminutio* dell’attività svolta dall’organo dell’accusa. Si tratta, più semplicemente, di dare atto di una diversificazione funzionale da cui nasce quella strutturale, per le ragioni anzidette. Nella stessa direzione va, peraltro, l’ipotesi di modifica della rubrica della sezione I del titolo IV della parte seconda della Costituzione, contenuta nella pdl Costa (AC23), tesa a sostituire l’attuale dizione «Ordinamento giurisdizionale» con l’espressione (onnicomprensiva) «Ordinamento dei magistrati».

L’art. 1 c.p.p., del resto, afferma che «la giurisdizione penale è esercitata dai *giudici* previsti dalle leggi di ordinamento giudiziario», non genericamente da tutti i magistrati, in linea con il modello (tendenzialmente) accusatorio adottato.

E nell’art. 4 o.g. si statuisce che «l’ordine giudiziario è costituito dagli uditori, dai giudici di ogni grado dei tribunali e delle corti e dai magistrati del pubblico ministero», facendo risaltare la nitida diversificazione – pur senza esprimersi in favore della divisione delle carriere – tra i primi e i secondi, una separazione che non può essere evidentemente soltanto funzionale, visto il contesto ordinamentale in cui si colloca norma.

La stessa riforma del codice di rito, d’altronde, pur non potendo (naturalmente) alla luce della gerarchia tra le fonti del diritto intervenire sulla configurazione ordinamentale costituzionalmente tracciata delle magistrature giudicante e requirente, fornisce un *assist* non trascurabile con l’art. 29 del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 449, di *Approvazione delle norme per l’adeguamento dell’ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni*, il quale sostituisce integralmente l’art. 190 o.g. prevedendo in particolare al comma 2 che il passaggio di funzioni possa

avvenire soltanto qualora il CSM (previo parere del consiglio giudiziario) «abbia accertato la sussistenza di attitudini alla nuova funzione» (norma poi abrogata dal d. lgs. 5 aprile 2006, n. 160).

6. Le scelte attuative della separazione.

Assodata l'indispensabilità – direi concettuale – della separazione delle carriere dei magistrati requirenti e giudicanti sotto il profilo ordinamentale, resta la questione fondamentale di *come* realizzarla. Un'opzione di architettura istituzionale, essenzialmente appannaggio dei costituzionalisti. Mi limiterò, pertanto, ad alcune schematiche considerazioni rispetto alle soluzioni adottate nelle iniziative di riforma dell'assetto costituzionale fin qui presentate evitando inopportune invasioni di campo.

a) *Due magistrature, due Consigli.*

La via scelta nei vari progetti di riforma costituzionale ora riuniti, tra la tante possibili, è quella senza dubbio meno radicale – e dunque meno traumatica –, con l'introduzione di due Consigli superiori della magistratura separati, ma tra loro omogenei.

In Inghilterra, come si sa, i *prosecutor* rispondono al Parlamento, a rimarcare la distanza profonda e incolmabile dai giudici. E negli Stati Uniti degli albori si poteva persino affermare che il potere giudiziario – cui era estraneo l'organo dell'accusa – rappresentava un potere “debole” rispetto al legislativo e all'esecutivo. Ma si tratta di opzioni tipiche degli ordinamenti di *common law*, figlie di culture e società piuttosto distanti da quelle di *civil law*, che si innestano *de plano* in una tradizione accusatoria antica dalla quale si alimentano e in un'articolazione dei rapporti tra poteri non propriamente coincidente con la nostra. Teoricamente praticabili, certo, ma la cui importazione *ex abrupto* nel nostro Paese sarebbe a dir poco complicato e fonte di inevitabili fratture, nonché di barricate ideologiche verosimilmente invalicabili. Anche se non mancano in Italia, per la verità, autorevoli prese di posizione in tal senso già alla fine degli anni Settanta del secolo scorso³⁶.

Occorre del resto ricordare che la nascita stessa e l'affermazione degli organi di autogoverno strumenti di garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura è tipica proprio dei paesi di *civil law*, a partire dalle esperienze francese e italiana, mentre è ignota al mondo del *common law* ove i giudici – pur essendo la loro nomina di derivazione politica – hanno sempre fruito della piena indipendenza in ragione della loro inamovibilità, della durata a vita della carica, della loro professionalità

³⁶ Il riferimento è ad A. PIZZORUSSO, *Per un collegamento fra organi costituzionali politici e pubblico ministero*, in G. CONSO (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale*, cit., p. 46, che riteneva praticabile la via della subordinazione del pubblico ministero alla vigilanza del Parlamento (*rectius*, ad una sua Commissione istituita *ad hoc*).

(garantita dal poter vantare una cospicua esperienza nell'avvocatura) e autorevolezza (che, naturalmente, è un dato non giuridico ma culturale e sociale)³⁷.

Il che dovrebbe indurre anche ad una riflessione collaterale di carattere metagiuridico: è vano cercare di individuare un sistema perfetto di regolamentazione dell'universo giudiziario e, in particolare, di chi al suo interno esercita funzioni giudiziarie e giurisdizionali, perché il fattore decisivo è costituito dalla legittimazione sociale e, prima ancora, culturale, di chi svolge determinate funzioni.

Tornando alle opzioni fatte proprie dai progetti di riforma costituzionale, allora, si può ritenere con una buona dose di realismo che la strada proposta sia quella più agevolmente percorribile oggi in Italia. Forse non la migliore, ma quella più a portata di mano.

Anche perché, riprendendo le parole di un grande processualista, «nei nostri climi la potenza della tradizione è così grande che le idee esposte non sono mai portate alle estreme conseguenze»³⁸. Non siamo, insomma, terra di rivoluzioni, seppur solo giuridiche.

L'istituzione di organi di autogoverno della magistratura, del resto, è legata a doppio filo con la storia di quei Paesi che, come il nostro, hanno vissuto l'esperienza di regimi autoritari, se non dittatoriali, non solo in Europa ma anche in America latina. E la scelta della duplicazione degli organi – pressoché identici – è logicamente consequenziale a quella di separare sotto il profilo ordinamentale giudici e pubblici ministeri.

Indispensabile, dunque, appare la predisposizione di organi di governo autonomo della magistratura nell'ambito di un sistema democratico. Non va dimenticata, peraltro, la tendenza globale del potere giudiziario ad espandere la propria azione negli ambiti propri del legislativo e dell'esecutivo³⁹, originando la c.d. "giudiziarizzazione della politica"⁴⁰, alimentata dalla debolezza di quest'ultima – è accaduto anche in Italia negli anni Novanta del secolo scorso –, da cui è nato un nuovo (e addizionale) ruolo per le toghe che oggi contribuiscono attivamente alla *governance* del Paese⁴¹ (intesa quale capacità di condizionare, pur non determinandola direttamente, la politica giudiziaria). Maggiori poteri implicano ovviamente maggiori responsabilità e, dunque, impongono un autogoverno più efficace e penetrante.

³⁷ Si veda, in proposito, M. VOLPI, *I Consigli di giustizia in Europa: un quadro comparativo*, in DPCE, 2009, p. 951-952, ove si evidenzia altresì quale fattore scriminante il fatto che nell'area di *civil law* «la conquista dell'indipendenza è stata il frutto di un processo faticoso e contrastato e non il prodotto naturale della funzione esercitata dai giudici, come è avvenuto nei paesi di *common law*».

³⁸ S. SATTA, *Il diritto, questo sconosciuto*, in *Foro it.*, 1955, vol. LXXVIII, c. 4.

³⁹ Lo evidenzia M. VOLPI, *Il governo autonomo della magistratura: una situazione complessa e dinamica*, in DPCE online, 2020, p. 4853, il quale rimarca come l'ampiezza del fenomeno sia direttamente proporzionale allo stato di crisi della politica, non più in grado di rispondere adeguatamente «alle domande sociali» e «di far valere la propria responsabilità nei confronti dei cittadini».

⁴⁰ Si veda, in proposito, C.N. TATE, T. WALLINDER (EDS.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1995, *passim*.

⁴¹ Lo afferma L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, Einaudi, 2009, p. 10.

Il punto immediatamente successivo – e per certi versi più complesso – è, naturalmente, quello relativo al “come” costruire tali organi distinti ma a cui sono attribuite le medesime funzioni.

b) *Composizione.*

Quanto alla composizione prospettata nei progetti di riforma, è condivisibile l’opzione di continuare ad affidare al Presidente della Repubblica il compito di presiederli (entrambi), come avviene ora per l’unico CSM, mentre rispetto al rapporto numerico tra laici e togati (pacifica essendo l’adesione alla configurazione mista degli organi)⁴², che nel ddl costituzionale 1917 d’iniziativa governativa rimane inalterato (rispettivamente, 1/3 e 2/3), potrebbero riproporsi le osservazioni critiche in passato formulate da molti⁴³ per il consequenziale dominio della componente dei magistrati⁴⁴, fattore di tendenziale incremento dell’autoreferenzialità dell’organo, da un lato, e degli spazi in cui trovano terreno fertile le alleanze “politiche” tra laici e togati, rese possibili dall’orientamento e dal peso delle singole correnti, specie sulle deliberazioni più importanti, dall’altro⁴⁵.

Sotto questo profilo, più “forte” è la scelta operata dalla pdl Costa (AC 23), ove si prevede che metà dei componenti dei due CSM sia costituita da magistrati (rispettivamente giudici ordinari e pubblici ministeri) e metà da professori ordinari e da avvocati con almeno quindici anni di esercizio della professione (artt. 104 comma 3 e 105 comma 1 Cost.).

Non si tratterebbe, peraltro, di un’innovazione stravagante e singolare, se si considera che in altri Paesi europei, accomunati al nostro da una consolidata tradizione giuridica di *civil law*, i “rapporti di forza” tra membri togati e laici nei Consigli di giustizia – omologhi del nostro organo di autogoverno protesi a garantire

⁴² Rileva in proposito F. ZANNOTTI, *Il Consiglio superiore della magistratura*, in AA. VV., *Manuale di ordinamento giudiziario*, a cura di G. Di Federico, cit., p. 156, che tale articolazione attesta «la preoccupazione del costituente di non creare un corpo separato troppo indipendente ed autonomo».

⁴³ Si veda, in particolare, G. DI FEDERICO, *Le riforme costituzionali e la giustizia*, cit., p. 605, che pone a confronto la nostra esperienza con quelle di Francia, Portogallo e Spagna, caratterizzate da differenti proporzioni numeriche e/o da diversi criteri di nomina dei componenti dei Consigli di giustizia.

⁴⁴ Se, infatti, la prevalenza della componente togata caratterizza il CSM in termini di organo rappresentativo del potere giudiziario, attribuendogli «il rango di un vero e proprio “potere dello Stato”» in grado di contrapporsi agli altri poteri» (A. PIZZORUSSO, *L’organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, Einaudi, 1982, p. 40), pone al contempo la questione del tendenziale predominio di fatto dei magistrati rispetto ai membri laici. La composizione mista attuale, insomma, impedisce di considerare la magistratura come una “casta chiusa”, ma non apre spazi significativi alla componente laica che dovrebbe fungere da contrappeso al predominio (quasi assoluto) dei togati.

⁴⁵ Note vicende, che hanno avuto una ricaduta giudiziaria e un impatto mediatico considerevoli e che hanno coinvolto esponenti di rilievo delle varie correnti in cui si articola la magistratura italiana, ponendosi quale fattore di crisi della credibilità di quest’ultima, hanno riproposto con forza questioni e perplessità che in passato la dottrina non aveva mancato di rimarcare. Per una sintetica ma efficace ricostruzione della storia associativa della magistratura italiana si rinvia ad A. PIZZORUSSO, *L’organizzazione della giustizia in Italia*, cit., p. 50 s.

l'indipendenza e l'autonomia dei magistrati – sono differenti e, talvolta, persino numericamente orientati in favore della componente laica⁴⁶.

Né d'altronde può ignorarsi che, quando il valore dell'indipendenza della magistratura – in sé incontrovertibile – «viene perseguito come fine a sé stesso a spese di altri importanti valori», *in primis* quello della responsabilità, è concreto il rischio di generare effetti decisamente negativi nelle dinamiche dell'apparato giudiziario (talora persino a scapito della stessa indipendenza dei magistrati)⁴⁷.

Del resto – com'è ormai universalmente riconosciuto – non esiste potere senza responsabilità⁴⁸, di tal che l'autonomia e l'indipendenza non comportano certo la deresponsabilizzazione dei magistrati. L'affrancamento dall'assunto (d'ispirazione liberale) eretto sulla pretesa “neutralità” del giudice *bouche de la loi* rende infatti insostenibile la tesi della loro irresponsabilità. Siamo su piani differenti, quello dell’“agire responsabilmente” vs. quello dell’“operare liberi da condizionamenti”, che vanno se mai temperati.

c) *Modalità di selezione dei componenti.*

Quanto ai sistemi di selezione dei componenti, rinnovati invece *ab imis* dai progetti di riforma, va detto preliminarmente – in linea col pensiero consolidato dei costituzionalisti – che non ne esiste in astratto uno perfetto, e ciò vale anche in questo ambito; quelli prescelti non potranno che essere valutati alla prova dei fatti.

Sorteggio secco? Sorteggio temperato (degli eleggibili o degli eletti)? Elezione senza limiti di legittimazione attiva e passiva? Sono tutte alternative teoricamente praticabili.

L'opzione del “sorteggio secco” adottata dal ddl costituzionale 1917, tuttavia, non suscita particolare entusiasmo, anche perché potrebbe essere vissuta da parte dei magistrati come una modalità “punitiva” e discriminante, considerando che per i membri laici si ricorre invece alla forma più *soft* del “sorteggio temperato” da effettuarsi all'interno di una rosa designata dal Parlamento in seduta comune. L'asimmetria dei sorteggi, insomma, potrebbe alimentare i dubbi sul differente grado di credibilità in astratto dei potenziali consiglieri.

⁴⁶ È il caso della Francia, dove i due CSM sono costituiti da otto componenti laici e sette togati, e del Portogallo, il cui ordinamento prevede nove membri laici e otto togati (oltre due componenti liberamente nominati dal Capo dello Stato).

V. anche *retro*, *sub nota* 37.

⁴⁷ G. DI FEDERICO, *L'indipendenza della magistratura in Italia: una valutazione critica in chiave comparata*, in AA. VV., *Manuale di ordinamento giudiziario*, a cura di G. Di Federico, cit., p. 324.

⁴⁸ N. ZANON, *Profili costituzionali dell'ordinamento giudiziario*, cit., p. 82.

Nella stessa direzione P. BIAVATI - D. CAVALLINI – R. ORLANDI, *Aspetti della giustizia civile e penale in Italia*, il Mulino, Bologna, 2016, p. 80, ove si ricorda che «un potere senza responsabilità è incompatibile con un sistema democratico».

Sul difficile equilibrio tra indipendenza e responsabilità dell'organo dell'accusa, la cui funzione di *gatekeeper* del processo penale è centrale, e sugli itinerari percorribili, si rinvia a G. DI FEDERICO, *Il pubblico ministero: indipendenza, responsabilità, carriera separata*, in AA. VV., *Manuale di ordinamento giudiziario*, a cura di G. Di Federico, cit., p. 417 s.

E non è detto inoltre che produca gli effetti sperati di eliminare (o comunque attenuare sensibilmente) il peso delle correnti, o meglio il prodotto deteriore di queste, il c.d. “correntismo”⁴⁹. La possibilità che vengano sorteggiati magistrati professionalmente molto capaci ma che non abbiano grande dimestichezza con le questioni di autogoverno, poi, è tutt’altro che remota⁵⁰.

Se, insomma, lo scopo della previsione è comprensibile, restano non poche perplessità sulla sua reale efficacia.

d) L’Alta Corte disciplinare.

Un’ultima osservazione, che riguarda l’Alta Corte disciplinare. Se appare condivisibile l’attribuzione del procedimento disciplinare a un organo distinto – come avviene, ad es., per gli ordini professionali – la nuova disciplina prospettata suscita almeno un interrogativo, legato all’unicità dell’organo di disciplina.

Chi sarà il titolare dell’azione disciplinare? Il solo Guardasigilli? O invece il Ministro della giustizia e il Procuratore generale presso la Corte di cassazione, come avviene ora? Evidentemente, rispetto alle azioni disciplinari promosse nei confronti dei giudici, quest’ultima ipotesi potrebbe comportare delle sbavature o, comunque, il riproporsi – almeno sulla carta – delle anzidette ipotizzabili commistioni essendo uno dei possibili promotori espressione dell’altro ramo della magistratura.

Anche se non mancano, guardando al dato comparato, soluzioni normative in cui in presenza di organi consiliari disgiunti tra magistratura giudicante e magistratura requirente vi è una (seppur fortemente minoritaria) componente proveniente dall’altro ramo del potere giudiziario, è pur vero che l’attuale preponderanza a livello rappresentativo, istituzionale e anche culturale dei magistrati dell’accusa nel nostro ordinamento⁵¹ dovrebbe essere un fattore da prendere in considerazione.

⁴⁹ Nate con l’intento commendevole di rappresentare orientamenti culturali e giuridici diversificati, in particolare sul ruolo del giudice nella società contemporanea con riferimento all’attuazione del dettato costituzionale (si fa tradizionalmente riferimento al congresso dell’ANM tenutosi a Gardone nel 1965), le correnti hanno subito un processo di progressiva degenerazione culminato in vicende giudiziarie che hanno coinvolto nel 2019 noti magistrati come Luca Palamara, rendendo esplicito un sistema correntizio votato all’assegnazione degli incarichi apicali da parte del CSM.

⁵⁰ Esprime riserve sotto molteplici profili rispetto al meccanismo del sorteggio N. ROSSI, *Il sorteggio per i due CSM e per l’Alta Corte disciplinare. Così rinascono corporazione e gerarchia*, in *Quest. giust.*, 30 maggio 2024, che lo paragona ad un fiume carsico che appare e scompare, «per poi riemergere più a valle», paventando il rischio che si voglia recuperare una visione della magistratura quale «“corporazione” indifferenziata», facendo regredire i giudici a funzionari.

⁵¹ Si veda, in proposito, P. BORGNA, *Separazione delle carriere*, cit., il quale ritiene che tale prevalenza abbia un riflesso sulla reale indipendenza dei giudici.

7. Una valutazione d'insieme e un invito apparentemente *naïf*.

Se, dunque, l'intento riformatore è da accogliersi senza dubbio in maniera positiva, per le ragioni fin qui esposte, la disciplina tracciata nelle iniziative richiamate – e soprattutto in quello che è divenuto il testo in discussione – è perfettibile.

C'era da augurarsi, pertanto, che i Lavori parlamentari potessero “raffinare” un prodotto normativo per certi versi “non rifinito”, in un clima di confronto – e non di chiusura pregiudiziale ad ogni mutamento dello *status quo* – tra maggioranza e opposizione. Anche perché la materia, oltre ad avere rilevanza costituzionale, presenta profili tecnici di non poca complessità che un eventuale referendum confermativo – in caso di approvazione a maggioranza assoluta dei componenti di ciascun ramo del Parlamento nella seconda votazione – difficilmente potrebbe far emergere adeguatamente, considerata la logica “bianco-nero” che pervade fatalmente l'istituto referendario.

Così non è stato. Il primo *step* dell'articolato *iter* parlamentare, appena conclusosi, si è contraddistinto per la radicalizzazione del dibattito, dentro e fuori Montecitorio, in un frangente peraltro, nel quale la contrapposizione tra politica e magistratura sembra nuovamente acuirsi.

L'invito a una visione sinergica, o quantomeno di mediazione, tra approcci divergenti e opposti orientamenti politico-parlamentari è dunque il frutto di un eccessivo ottimismo, se non di un approccio *naïf* alla questione? Continuiamo a ritenere di no, è proprio in momenti come questi che lo spirito democratico (espressione forse in passato abusata, ma oggi pressoché sovrastata e annullata dagli egoismi e dagli interessi di parte), deve affermarsi, alimentato da quella linea tracciata dalla Costituzione che subordina, non a caso, ogni revisione della Carta fondamentale a maggioranze qualificate (art. 138 Cost., che fa parte delle *Garanzie costituzionali*).

I Costituenti, così come riuscirono a far confluire in un unico “prodotto normativo” tre anime politico-ideologiche a prima vista antitetiche e inconciliabili realizzando una sintesi che sembrava quasi impossibile, pensarono infatti che le eventuali modifiche della Carta avrebbero dovuto parimenti essere – per quanto possibile – frutto di un'operazione di “fusione” tra opposte visioni e non di una “contrapposizione-imposizione” tra maggioranza e opposizione. Tradire questo metodo, essenzialmente per contingenze e convenienze politiche, significa disconoscere l'essenza stessa della Costituzione. E farlo sui temi della giustizia è l'ultima cosa di cui il Paese oggi ha bisogno.