

22 maggio 2011

## La “riforma epocale” della giustizia nel ddl costituzionale AC 4275: continuità o rottura?\*

di Massimo Villone

Sommario. 1. La relazione all'AC 4275: richiamo ai lavori dell'Assemblea Costituente. 2. Segue. Elementi di cambiamento sopravvenuti. 3. Segue. Obiettivi e priorità della riforma. 4. Per una lettura corretta degli atti dell'Assemblea Costituente. 5. In particolare, la pubblica accusa e l'azione penale. 6. La rottura con la Costituzione vigente: obbligatorietà dell'azione penale, parità di fronte alla giurisdizione, principio di eguaglianza. 7. Appellabilità, polizia giudiziaria, inamovibilità. 8. Le norme intimidatorie: gli atti politici del CSM. 9. Segue. La responsabilità del magistrato. 10. La legge, e una riforma incostituzionale della Costituzione.

*1. La relazione all'AC 4275: richiamo ai lavori dell'Assemblea Costituente.*

Dopo i durissimi scontri politici e istituzionali che si accompagnano alle leggi pensate per la vicenda giudiziaria di Berlusconi, arriva infine la “riforma epocale”. Più volte annunciata, evocata come punto di svolta per la legislatura e il paese, e come passo indispensabile di una normalità altrimenti irraggiungibile, si traduce nell'AC 4275<sup>[1]</sup>, presentato il 7 aprile 2011.

Indubbiamente, è un cambio di passo. Non più l'angusta proiezione della posizione di un imputato eccellente in regole formalmente generali, il cui punto focale regolarmente si ritrova nella norma transitoria che dispone l'applicabilità ai processi in corso. Invece, un disegno complesso, dal quale emerge un progetto politico. Che viene proposto, inoltre, quasi in ideale continuità con la Costituzione vigente, o, più precisamente, con il dibattito sulla giustizia in Assemblea Costituente.

Il punto è, con ogni evidenza, molto rilevante. La lettura delle relazioni introduttive ai disegni di legge è raramente utile, e quasi mai indispensabile. Ma tale è il caso per la relazione all'AC 4275, davvero illuminante. L'argomento si svolge in tre passaggi: nel primo, si richiamano i contrasti - certamente forti e molteplici - che segnarono il dibattito nella Costituente, e le posizioni molto diverse che su punti qualificanti vennero manifestate; nel secondo, si segnalano gli elementi di cambiamento strutturale intervenuti dalla Costituente ad oggi; nel terzo, si suggerisce che le riforme proposte nell'AC 4275 sono un'evoluzione naturale di posizioni già allora emerse nella Costituente, e sconfitte, ma oggi rese necessarie e vincenti dal cambiamento nel frattempo intervenuto. In questa prospettiva, il tempo dà ragione agli sconfitti. Potremmo dire che dalla relazione emerge una tesi: questa che si propone è la Costituzione che quella Assemblea Costituente scriverebbe, oggi. Dunque, un ammodernamento utile, ed anzi necessitato, in una ideale continuità.

Ma è proprio vero? No. Il trucco c'è, anche se non è facile vederlo. Questa volta l'illusionismo del proponente non è maldestro e trasparente come nel caso dei lodi e dintorni. È sofisticato, magari

sufficiente a sbalordire gli spettatori più creduloni. E bisogna guardare più da vicino gli elementi che vengono assunti a sostegno dell'argomentare per verificarne l'infondatezza.

Consideriamo anzitutto il richiamo ai lavori della Costituente. Il punto 2 della Relazione è titolato – non a caso – “Il dibattito in Assemblea Costituente come premessa della riforma odierna”[2]. Si segnala come fosse da tutti condivisa l'esigenza di una magistratura pienamente autonoma e indipendente, ma che non diventasse casta autoreferenziale. Si ricordano quattro posizioni di fondo, che fanno capo alle relazioni in II Sottocommissione, II Sezione, di Calamandrei, Leone e Patricolo, nonché a Togliatti. Di quest'ultimo si richiama la proposta di una vicepresidenza dell'organo di autogoverno affidata al ministro della giustizia, il *favor* per la giuria popolare e per la magistratura elettiva, e la parallela diffidenza verso una magistratura che perdesse ogni contatto con la sovranità popolare. Si cita la proposta di Calamandrei di un Procuratore Commissario alla giustizia, come elemento di raccordo con il potere politico e il governo. Si richiama la proposta di Leone di una composizione mista del consiglio superiore e di un pubblico ministero parte del potere esecutivo. E quella di Patricolo di un “capo” della magistratura eletto dai magistrati e responsabile politico della giustizia, in luogo di un ministro.

Un dibattito contrastato, con soluzioni di ispirazione assai diversa, talvolta decise nel voto con ridotti margini di maggioranza.

## 2. *Segue. Elementi di cambiamento*

Su questa premessa di fondo si innestano poi gli elementi di cambiamento[3]. Essenzialmente, tre: il primo, il pieno affermarsi (così nella Relazione) nell'arco di sessant'anni del carattere rigido della Carta, e il ruolo “oltre ogni previsione” della Corte costituzionale come organo risolutore dei conflitti tra poteri dello Stato. Secondo la relazione, la Corte ha disinnescato “in numerose occasioni, il rischio di una reale degenerazione ... È in tale direzione che la Corte, fin dagli anni '70 del passato secolo, ha tutelato le attribuzioni costituzionali non solo dell'ordine giudiziario in quanto tale (attraverso il proprio organo di autogoverno), ma anche di ogni singolo organo giurisdizionale (considerato un potere dello Stato in sé) e, di recente, persino (entro certi limiti) del pubblico ministero. Nell'interpretazione e nella prassi costituzionale, la Corte ha, quindi, assunto un ruolo di garante dell'equilibrio tra i poteri che è essenziale nella nostra forma di Stato: un caposaldo che la riforma della giustizia non muterà affatto”.

Il secondo elemento di trasformazione si trova nel passaggio a un sistema competitivo e bipolare, per cui “... nell'attuale quadro politico, le minoranze che ambiscono alla guida del Governo sono portate, piuttosto, a esercitare un rigido controllo dell'altrui operato. In tale contesto, va inquadrato allora il ruolo dei membri « laici » negli organi di autogoverno della magistratura, che non operano più come una componente monolitica, ma articolata, capace di stabilire con la componente « togata » relazioni variabili che possono modificare gli equilibri in astratto ipotizzabili”. E a tale proposito si ricorda anche che in Assemblea Costituente “la scelta di una larga prevalenza della componente togata nel Consiglio superiore della magistratura non fu affatto necessitata. Al contrario, si trattò di una delle possibili soluzioni, quella effettivamente prevalsa, peraltro di misura, rispetto alle altre. E tra queste va ricordata quella che stabiliva la composizione paritaria tra membri laici e membri togati, prevista nell'originario progetto della Commissione dei settantacinque e ripresa in seduta plenaria con l'emendamento Conti, Leone Giovanni, Bettiol, Cassiani, Rossi Paolo, Perassi e anche da Giuseppe Dossetti. Una proposta sostenuta anche dal Presidente Ruini, da personalità come Calamandrei e Tosato e accettata dall'Associazione nazionale magistrati”.

Il terzo elemento di trasformazione si trova nei principi che regolano il giusto processo, introdotti con la modifica dell'articolo 111 della Costituzione. Questa riforma “rende ormai indifferibile la separazione in senso proprio tra l'ordine dei giudici e l'ufficio del pubblico ministero (si veda, di seguito, il paragrafo 5), da cui dipende l'effettiva equidistanza del giudice dalle parti, *condicio sine qua non* della terzietà dell'organo giudicante e della parità tra accusa e difesa. La separazione delle carriere dei giudici e dei magistrati del pubblico ministero consentirà, dunque, di attuare nel massimo grado l'imparzialità e l'indipendenza dei giudici e di offrire un processo giusto al cittadino che vi sia imputato o parte”.

Secondo l'impianto della relazione all'AC 4275, questi tre elementi di trasformazione determinano la spinta al cambiamento. Ma l'intreccio con l'esperienza costituzionale degli ultimi sessant'anni è continuo. Alcuni elementi sono minori, come ad esempio quando si ricollega l'intitolazione della rubrica – “La Giustizia” invece de “La Magistratura” - a proposte già avanzate nella Bicamerale D'Alema oltre che in Assemblea Costituente. Ma altri sono cruciali, come ad esempio la posizione del

pubblico ministero e il rapporto con l'esecutivo, per cui si richiama ancora l'idea della separazione delle funzioni o delle carriere emersa nella stessa Bicamerale. O la composizione degli organi di autogoverno, in cui, a fronte di una composizione paritaria di membri togati e di laici eletti dal parlamento, si cita la partecipazione di diritto del Primo Presidente o del Procuratore generale presso la Corte di Cassazione come elemento sufficiente a determinare una maggioranza della componente togata. Argomento specificamente già avanzato in assemblea costituente (v. *infra*, par. 4).

### 3. *Segue. Obiettivi e priorità*

Su questi fondamenti si costruisce la proposta<sup>[4]</sup>, e si chiariscono le priorità effettive. Nella relazione esplicitamente si afferma che “criterio regolatore della riforma del titolo IV è il riconoscimento della diversità delle funzioni giudiziarie e la conseguente separazione in senso proprio delle carriere dei giudici e dei magistrati del pubblico ministero, secondo i modelli di ordinamento giudiziario attualmente operanti in molti Paesi europei”<sup>[5]</sup>. Su questa premessa, l'articolo 4 del ddl dispone che i magistrati si distinguono in giudici e pubblici ministeri e che la legge deve assicurare la separazione delle loro carriere. I giudici costituiscono un ordine autonomo e indipendente da ogni potere e sono soggetti soltanto alla legge. Diversamente, “I magistrati del pubblico ministero assumono uno *status* costituzionale proprio, nel quale l'autonomia e l'indipendenza sono prerogative dell'ufficio requirente e non del singolo magistrato e sono, dunque, funzionali all'efficienza, alla responsabilità e all'eguaglianza nell'esercizio dell'azione penale, obiettivi al cui conseguimento è preordinato l'ufficio del pubblico ministero” (sul punto, *infra*, par. 6).

Non manca, anche qui, il richiamo al dibattito in Assemblea costituente, il cui esito troviamo negli artt. 101 e 107 della Costituzione vigente. Mentre i giudici sono “soggetti soltanto alla legge” (articolo 101, secondo comma), il pubblico ministero ha le “garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario » (articolo 107, quarto comma). Una condizione indiscutibilmente diversa. La relazione segnala che il rinvio all'ordinamento giudiziario per il pm si giustificava per la consapevolezza di una necessaria preventiva chiarificazione sulle funzioni e sul ruolo del pubblico ministero, che aveva nella legislazione allora vigente una natura « ibrida » (Uberti e Ruini), « anfibia » (Leone) o « mista ». Si richiama in particolare l'intervento del socialista Targetti, per cui “... se il pubblico ministero non avesse funzioni giurisdizionali, allora potremmo anche convenire che il pubblico ministero esercita una funzione che molto lo avvicina al potere esecutivo, col quale deve di conseguenza sentirsi, in qualche modo, legato. Ma quando, come è oggi, il pubblico ministero ha anche dei veri e propri poteri di giurisdizione, quando può decidere di un arresto emettendo un ordine di cattura (si dice ordine e non mandato, ma è perfettamente identico essere arrestati con un ordine o con un mandato); quando – dicevo – si attribuisce al pubblico ministero facoltà di concedere la libertà provvisoria, facoltà di rinviare al giudizio, chiunque comprende che questo magistrato esercita molte delle funzioni che lo parificano, in questo, al magistrato della giudicante. Funzioni che devono portare ciascuno di noi a riconoscere la necessità di garantirne il più possibile l'indipendenza dal potere esecutivo. Ma al tempo stesso, anzi prima di stabilire norme tassative in questo punto, occorre definire la figura di quest'importantissimo magistrato» (Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 26 novembre 1947)”.

Non è certo casuale il richiamo a Targetti, socialista. Il fine è quello di sottolineare che il rinvio alla legge per le garanzie del pm non può essere considerato una posizione di destra. Ma c'è una “seconda discontinuità” – come la relazione sottolinea - introdotta dalla riforma del titolo IV<sup>[6]</sup>: una “nuova configurazione della magistratura inquirente, che garantisce ai cittadini un uso efficace e responsabile dei mezzi di indagine e dell'azione penale. La discontinuità si manifesta sin dalla definizione del pubblico ministero come « ufficio » (articolo 4 del disegno di legge), ... In particolare, esso consente di superare definitivamente quelle concezioni e prassi soggettivistiche che hanno dato luogo a una vera e propria « frammentazione » della funzione requirente, nella quale il singolo magistrato, attraverso la libera ricerca della notizia di reato e la diretta disponibilità della polizia giudiziaria, può disporre degli strumenti investigativi (compresi quelli più invasivi, complessi e costosi), senza doverne commisurare l'utilizzo a criteri predeterminati di esercizio dell'azione penale e senza tener anche conto delle risorse, necessariamente limitate, dell'organizzazione giudiziaria”.

In altre parole, si conferisce dignità costituzionale alla organizzazione gerarchica delle procure. Questo principio va poi letto insieme all'art. 13, che sostituisce l'art. 112 vigente della Costituzione con questa formulazione: “L'ufficio del pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale secondo i criteri stabiliti dalla legge”. Anche qui la relazione non omette un richiamo all'Assemblea costituente: “La questione intorno alla quale i costituenti si divisero concerneva il principio di obbligatorietà dell'azione penale: se questa, cioè, comportasse necessariamente l'istituzione di un pubblico ministero

indipendente e inamovibile (Calamandrei) oppure se fosse compatibile con la dipendenza dell'accusa pubblica dall'esecutivo (Leone)".

Vedremo più avanti che le cose non stanno affatto così. In ogni caso, la relazione espone la tesi che l'adozione del principio di obbligatorietà a livello costituzionale non consenta "di rendere più omogeneo l'esercizio dell'azione penale, con ripercussioni negative sia sul piano general-preventivo, e quindi della sicurezza pubblica, sia su quello dell'eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge". Con la modifica dell'articolo 112 della Costituzione si stabilisce, allora, che, ferma l'obbligatorietà dell'azione penale, essa è regolata da criteri stabiliti dalla legge<sup>[7]</sup>. Si conferisce così alla norma costituzionale "una razionalità storico-sociale e una dimensione teleologica che rendono compatibile il principio di obbligatorietà con gli obiettivi di politica criminale. ... In questo modo, essa si allinea alle corrispondenti disposizioni di altri ordinamenti democratici e del cosiddetto *Corpus juris* per la istituzione di un Pubblico Ministero europeo, ove si parla di "temperamento" e "regolamentazione" dell'uso dell'azione penale". Particolari esigenze storiche, sociali o economiche, infatti, possono indurre il legislatore a fissare criteri in forza dei quali, ad esempio, debba esser data prioritaria trattazione ad indagini concernenti determinati reati; fermo restando l'obbligo, esaurite queste, di curare anche le indagini relative alle altre fattispecie penalmente rilevanti.

Dunque, uno sviluppo fisiologico di premesse antiche, imposto ineluttabilmente dallo scorrere del tempo? Una scelta di modernità, di efficienza istituzionale? La scelta che quella stessa Assemblea Costituente avrebbe fatto, nelle mutate condizioni di oggi? Al contrario. Una lettura non superficiale ci dice che siamo di fronte a un ribaltamento degli equilibri fondamentali della Costituzione. E per verificare questo assunto dobbiamo partire da una lettura dei lavori dell'Assemblea diversa da quella prospettata nella relazione

#### *4. Per una lettura corretta degli atti dell'Assemblea Costituente.*

Anzitutto, le scelte della Costituente tradotte nel testo del 1948 vanno viste e capite nelle condizioni di quel momento storico. Consideriamo ad esempio che solo qualche mese prima dell'avvio del dibattito sulla giustizia in II Sottocommissione – iniziato il 5 dicembre 1946 – Togliatti, Ministro della giustizia dal dicembre 1945 al luglio 1946 nel I Governo De Gasperi, aveva portato a buon fine il r.d.lgs. 31 maggio 1946, n. 511, sulle guarentigie della magistratura. In particolare, si prevedeva l'istituzione come organi di autogoverno di consigli giudiziari di corti di appello e di un consiglio superiore.

Guardando ai precedenti più immediati, l'ordinamento giudiziario adottato con r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, prevedeva per il consiglio una composizione di soli magistrati, ma nominati con decreto reale su proposta del Ministro di grazia e giustizia, sentito il consiglio dei ministri. Quindi, una scelta rimessa completamente al governo, coerentemente con l'assunto che non dovesse riconoscersi alcuna forma di autogoverno per la magistratura. Nell'esperienza statutaria, invece, c'erano stati alcuni precedenti nel senso della natura elettiva dell'organo di autogoverno. Con il decreto Togliatti si stabilisce insieme la composizione di soli togati e la natura pienamente elettiva. Dunque, una innovazione radicale rispetto all'ordinamento giudiziario in quel momento vigente, volta a ripristinare, ed anzi rafforzare decisamente, le garanzie cancellate dal regime fascista

Il 5 dicembre 1947, in apertura del dibattito nella II Sezione della II Sottocommissione<sup>[8]</sup>, non manca il richiamo al decreto Togliatti, e le posizioni sono orientate a organi di autogoverno composti prevalentemente o totalmente di togati. Leone propone nella sua relazione<sup>[9]</sup> che i laici eletti dal Parlamento siano solo quattro. Calamandrei nella relazione<sup>[10]</sup> non avanza sul punto una proposta dettagliata. Richiesto di chiarimenti, precisa nella seduta del 5 dicembre 1947 di aver pensato a una composizione di soli togati. Ma già nella seduta dell'8 gennaio 1947<sup>[11]</sup> Leone riformula la propria proposta nel senso di una composizione paritaria tra laici e togati, con il primo presidente della cassazione membro di diritto e vicepresidente. Da questo momento in poi la composizione paritaria rimane in campo come posizione prevalente, ed è sulla vicepresidenza che si focalizza lo scontro. Le sinistre propongono come vicepresidente – unico, o uno di due – il ministro della giustizia, e la parte moderata dell'assemblea propone una vicepresidenza togata.

Il Comitato di redazione predispose per la plenaria della Commissione per la Costituzione un testo<sup>[12]</sup> secondo cui "Il Consiglio Superiore della Magistratura presieduto dal Presidente della Repubblica, è composto del Ministro di giustizia, vicepresidente, del Primo Presidente della Corte di cassazione e di membri designati per sette anni, metà da tutti i magistrati fra gli appartenenti alle loro diverse categorie, metà dall'Assemblea Nazionale fuori del proprio seno". Nella seduta del 30 gennaio 1947<sup>[13]</sup> della Commissione Leone presenta un emendamento volto a sopprimere l'attribuzione della vicepresidenza al Ministro di giustizia. Argomenta in specie che non si può consentire con tale

soluzione nel momento in cui si prefigura il ministro come titolare dell'azione disciplinare, e l'organo di autogoverno come giudice della materia disciplinare. Si giungerebbe a riunire nella stessa persona il ruolo di accusatore e di capo dell'organo giudicante. Inoltre, come componente e capo dell'organo di autogoverno il ministro si troverebbe a svolgere attività politicamente rilevanti per le quali non sarebbe responsabile nei confronti del parlamento. Propone quindi che la vicepresidenza sia affidata al presidente della corte di cassazione.

A Leone risponde Togliatti<sup>[14]</sup>. Precisa di non dolersi per le modifiche che potrebbero essere apportate alla legge sulle guarentigie della magistratura che porta il suo nome. Ricorda che quella legge nulla concede alla concezione del potere autonomo della magistratura, che ritiene democraticamente inaccettabile. Altra cosa sono l'autonomia e l'indipendenza. A suo avviso il ministro di giustizia deve avere una funzione preminente nell'organo di autogoverno, e non condivide l'obiezione relativa al potere disciplinare. Propone come soluzione di compromesso che vi siano due vicepresidenti: il ministro e il primo presidente della corte di cassazione. Calamandrei manifesta il timore che la vicepresidenza del ministro apra la porta a ingerenze politiche. Propone che un secondo vicepresidente sia eletto dall'Assemblea Nazionale.

Si vota per appello nominale, e la Commissione si divide. La DC e le destre votano a favore dell'emendamento Leone. Le sinistre votano contro. Moro e Paolo Rossi si astengono. L'emendamento è approvato. La Commissione successivamente approva la proposta Calamandrei di un secondo vicepresidente eletto dall'assemblea nazionale, e un ulteriore emendamento aggiuntivo dello stesso Calamandrei, per cui "Il potere di promuovere l'esame disciplinare contro i magistrati spetta al Ministro della giustizia, secondo le norme dell'ordinamento giudiziario".

Cosa accade nei pochi mesi che intercorrono tra il decreto Togliatti e le prime votazioni in materia di giustizia? Perché Togliatti non difende affatto il suo testo, ed anzi spinge per soluzioni diverse? Perché si va delineando una divisione in Assemblea costituente fra una sinistra che diffida di una lettura ampia dell'autogoverno della magistratura, e una destra che invece la sostiene a spada tratta? Dunque, l'esatto contrario di quel che oggi vediamo?

Probabilmente, in quei mesi si va chiarendo come la magistratura italiana non sia disposta a prendere atto fino in fondo della nuova realtà repubblicana. In termini generali, a sinistra si teme una giustizia conservatrice<sup>[15]</sup>. Per questo si vuole una garanzia costituzionale della giuria popolare almeno per i reati di stampa e i delitti politici; si vuole il Ministro di grazia e giustizia come vicepresidente del CSM; si obietta alla prevalenza dei togati nella composizione dell'organo di autogoverno, nonostante il recentissimo decreto Togliatti sulle guarentigie; si nega che il pm possa avere le stesse garanzie del giudice, e che possa sottrarsi a ogni ingerenza del potere esecutivo; si preferiscono le cassazioni regionali alla Cassazione unica nella capitale. La chiave di lettura unitaria che lega queste posizioni è data dal timore che una magistratura arroccata come casta possa contrapporsi al cambiamento necessario, che rimane affidato alla responsabilità del potere politico. Autonomia e indipendenza non devono trasformare la magistratura in un potere che possa contrapporsi al popolo sovrano e alle istituzioni che ne esprimono la volontà, traducendola in leggi e indirizzi di governo.

Non mancano, del resto, episodi che fanno scalpore. Nell'inaugurazione dell'anno giudiziario, il Procuratore generale presso la Corte di cassazione non rivolge un saluto al Capo provvisorio dello Stato, pur presente, né menziona in alcun modo la Repubblica. *Tamquam non essent*. Calamandrei presenta una interrogazione al Ministro di grazia e giustizia<sup>[16]</sup>, e nella seduta dell'8 gennaio 1947 della II Sottocommissione si alzano polemiche e censure<sup>[17]</sup>. Del resto, lo stesso Calamandrei, nell'illustrare in II Sottocommissione la sua relazione, già afferma nella seduta del 5 dicembre 1946 di non essere del tutto favorevole a concedere alla magistratura il massimo dell'indipendenza. In un momento particolarmente delicato, in un regime che, essendo sorto da poco e dovendo consolidarsi in un certo numero di anni, ha bisogno della assoluta fedeltà di tutti i suoi organi, potrebbe essere pericoloso riconoscere alla magistratura un'autonomia assoluta, quando sulla fedeltà del corpo giudiziario alla Repubblica possono ancora nutrirsi dei dubbi<sup>[18]</sup>. Qualche mese più tardi, Togliatti in Assemblea plenaria critica atteggiamento della magistratura romana – cui è stata trasferita la competenza per le leggi di epurazione – in sostanza lamentando che i responsabili dei crimini fascisti rimangono impuniti<sup>[19]</sup>. Gullo, già ministro della giustizia per il PCI nel II e nel III governo De Gasperi, nella seduta pomeridiana del 12 novembre ricorda un processo di regime in cui un anziano magistrato aveva resistito alle pressioni fortissime volte a far assolvere il colpevole di un omicidio per fini politici, ed era arrivato alla condanna per omicidio volontario. Mentre alcuni avevano resistito – dice però Gullo – l'ordine giudiziario nel suo complesso aveva ceduto. E censura anche quei magistrati che di recente avevano dichiarato incostituzionali "uno dopo l'altro, tutti i decreti di carattere agrario, tutti, - nessuno escluso, i miei e i decreti Segni. Finanche l'ultimo, sull'equo fitto, dopo soli due mesi,

dalla Corte d'appello di Torino è stato dichiarato incostituzionale. ... mi domando se questi magistrati hanno avuto coscienza del fatto che con i loro giudicati venivano a porsi contro un inizio di legislazione agraria, attraverso il quale finalmente un raggio modestissimo di sole è sorto ad illuminare tutta una massa di uomini finora tenuta nelle tenebre più fitte". Trova aberrante "che si dichiari incostituzionale una legge, mentre non abbiamo ancora una Costituzione. Ma, si ripete, anche se non ricorresse questo motivo giuridico, resterebbe sempre l'altro motivo più sostanziale, e cioè che la Magistratura non ha, purtroppo, avvertito nulla delle speranze, delle aspirazioni delle masse contadine, che nel clima della nuova democrazia chiedono di avere il giusto riconoscimento"<sup>[20]</sup>.

Dunque, cresce a sinistra la diffidenza verso una magistratura castale e corporativa, impermeabile ai tempi nuovi. Parallelamente, nella parte moderata dell'Assemblea si consolida la percezione che anche nella magistratura si può trovare l'argine a una politica volta a innovazioni troppo radicali. È lo scenario che ispira anche altre scelte, come quelle sul bicameralismo paritario, sul sistema regionale, o sulla corte costituzionale, criticate da sinistra perché espressione della volontà di moltiplicare le possibilità di veti ed ostacoli a un cambiamento ritenuto indispensabile.

Intanto, cambia anche il clima nel confronto in assemblea. Si alza il vento della guerra fredda e della spartizione del mondo in zone di influenza. La rottura dell'unità antifascista e l'uscita dal governo nel giugno del 1947 lasciano il segno. È un *topos* della nostra storia costituzionale che non incidano sul lavoro costituente. Ma l'affermazione è vera solo nel senso che non impediscono un voto finale ampiamente condiviso del testo. Incidono invece sui contenuti. Questo, per quanto riguarda la giustizia, appare con chiarezza. La discussione generale in Assemblea plenaria ha inizio il 6 novembre 1947. Vengono modificati secondo le proposte della parte moderata punti significativi, su cui si era precedentemente raggiunta una diversa mediazione. Viene ad esempio cancellata la menzione diretta in Costituzione della giuria popolare, che era stata fortemente sostenuta dalla sinistra. Il 24 novembre 1947, in Assemblea plenaria, Togliatti censura pesantemente il comitato dei 18, che propone all'aula il testo modificato, e rivolge un duro attacco personale al presidente Ruini<sup>[21]</sup>. Il 25 novembre viene respinta a voto segreto e a larga maggioranza – con 196 contrari, 129 favorevoli e 1 astenuto – la proposta di Preti (PSLI) di affidare la vicepresidenza del consiglio superiore al ministro della giustizia<sup>[22]</sup>. Sostenendo la soluzione opposta, Lussu (autonomista) ne argomenta la necessità "anche per un certo controllo di carattere esecutivo e parlamentare, indispensabile nel primo periodo del funzionamento della Magistratura, che abbiamo voluto indipendente. ... Ritengo che i colleghi considerino fondate le preoccupazioni di quanti pensano che siamo lontani dall'aver una Magistratura nella quale possiamo porre completa fiducia"<sup>[23]</sup>. Nella stessa seduta passa – pur con un margine probabilmente ristretto<sup>[24]</sup> – un emendamento Scalfaro che porta a 2/3 e 1/3 il rapporto tra membri togati e membri laici dell'organo di autogoverno. E di stretta misura – 159 favorevoli, 151 contrari, 1 astenuto – passa anche, a voto segreto, la proposta di mediazione di Lussu (autonomista) di un vicepresidente eletto tra i membri laici designati dal parlamento<sup>[25]</sup>.

##### *5. In particolare, la pubblica accusa e l'azione penale.*

Una menzione specifica merita il dibattito nella Costituente sulla posizione del pubblico ministero, che – come abbiamo visto – la stessa relazione all'AC 4275 presenta come uno degli elementi cruciali della riforma. I punti nodali del confronto sono due, uno controverso e l'altro ampiamente condiviso: il rapporto con l'esecutivo, e l'obbligatorietà dell'azione penale.

Per quanto riguarda il primo, due tesi si fronteggiano sin dall'avvio del dibattito in II Sottocommissione. Leone avanza la proposta che il pubblico ministero sia organo del potere esecutivo, e in rapporto di subordinazione rispetto al ministro della giustizia. Calamandrei propone invece un pubblico ministero totalmente sottratto ad influenze politiche, e ipotizza che il raccordo tra esecutivo e magistratura sia assicurato da un procuratore commissario alla giustizia, nominato con decreto presidenziale tra magistrati di alto grado. È lo stesso Leone ad ammettere, nella seduta della II Sottocommissione dell'8 gennaio 1947, che la sua tesi presenta il pericolo che il potere esecutivo possa intervenire in qualche caso per non far promuovere l'azione penale: donde l'impossibilità di intervento da parte della giustizia in quei casi in cui il potere esecutivo non lo ritenesse opportuno. Argomenta, per ovviare a tale pericolo, che possono inserirsi in altra parte della Costituzione garanzie per tutelare i cittadini dagli eventuali arbitri degli organi di governo, o si può consentire al giudice, in caso di negligenza o di mancato esercizio dell'azione penale da parte del Pubblico Ministero, di instaurare «ex officio» il processo penale stesso<sup>[26]</sup>.

Sull'obbligatorietà dell'azione il consenso è ampio. Il ricordo dell'uso politico della giustizia penale da parte del regime fascista è vivo. Nella seduta del 31 gennaio 1947<sup>[27]</sup> si discute dell'obbligatorietà nella Commissione per la Costituzione. Targetti, socialista, propone la soppressione, argomentando

che per una legge già vigente (il r.d.lgs. sulle guarentigie della magistratura) i pubblici ministeri hanno le stesse garanzie dei giudici, e dunque non c'è da temere alcuna ingerenza dell'esecutivo. L'obbligatorietà dell'azione penale non è tema da affrontare nella Costituzione. Esprime un avviso contrario Leone, secondo cui il pubblico ministero potrebbe ben decidere, per motivi oggettivi e non per ingerenza dell'esecutivo, di non esercitare l'azione penale. Si deve invece stabilire il principio che il pubblico ministero non possa mai disporre l'archiviazione della *notitia criminis*, e debba invece comunque farne richiesta al giudice. Ai voti, la Commissione non approva l'emendamento Targetti.

Mentre sull'obbligatorietà non si apre mai un vero scontro politico, il più ampio tema del rapporto del pm con l'esecutivo rimane controverso fino alla fine. Fino all'ordinamento giudiziario del 1941, i precedenti legislativi sono tutti nel senso di una sottoposizione del pm al potere di direzione del ministro della giustizia. Con il r.d.gs. 511 del 1946, voluto da Togliatti, il potere del ministro viene ridotto alla "sorveglianza". Una innovazione radicale nel senso dell'autonomia e indipendenza del pm, in risposta all'esperienza fascista, rispetto alla quale è difficile – dopo appena qualche mese - fare passi indietro. Nella Commissione per la Costituzione prevale conclusivamente la tesi che al pm debbano accordarsi le stesse garanzie dei giudici. E questa è la formula che l'art. 97, ultimo comma, del progetto di costituzione[28] porta alla discussione dell'Aula: "Il pubblico ministero gode di tutte le garanzie dei magistrati".

Ma il confronto non si chiude. Il punto giunge alla discussione in assemblea plenaria il 26 novembre[29]. Grassi, ministro della giustizia *pro tempore* nel IV governo De Gasperi, e Bettiol (DC) propongono di sopprimere il comma, argomentando che il pm non può essere assimilato al giudice. Conti, Leone e Perassi propongono un nuovo testo dell'articolo, accettato dal Comitato di redazione, in cui l'ultimo comma è soppresso. Targetti, socialista, sostiene che nel pm secondo la legislazione vigente si riscontra una commistione di funzioni requirenti e giudicanti: "... questo magistrato esercita molte delle funzioni che lo parificano, in questo, al magistrato della giudicante. Funzioni che devono portare ciascuno di noi a riconoscere la necessità di garantirne il più possibile l'indipendenza dal potere esecutivo. Ma al tempo stesso, anzi prima di stabilire norme tassative in questo punto, occorre definire la figura". E lo stesso Leone conclusivamente accede all'ipotesi di mantenere le garanzie del decreto Togliatti, per la figura "incipiente" del pm: "... fino a quando esiste questa struttura, questo sistema di diritto sostantivo e processuale civile e penale; è opportuno che restino quelle parziali garanzie che la legge Togliatti ha conquistato al pubblico ministero. Quindi, non tornare indietro nei confronti della legge 31 maggio 1946 ... Domani, in una integrale riforma di tutto il complesso giudiziario, il legislatore sarà costretto a rivedere le funzioni del pubblico ministero: se deve conservare l'attuale natura anfibia, nella quale le funzioni giurisdizionali sono prevalenti nei confronti delle amministrative; o assegnargli funzioni esclusivamente amministrative ed esecutive.

Conclusivamente, l'Assemblea approva la formula oggi vigente, che rinvia alle garanzie previste per il pm dalla legge di ordinamento giudiziario. E potremo ricordare che per questa legge sia Calamandrei che Leone avevano ipotizzato come relatori alla II Sottocommissione una natura formalmente costituzionale[30]. La Commissione per la Costituzione aveva poi approvato un emendamento Bozzi-Uberti che prevedeva una più limitata ipotesi di legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti[31]. Ma l'ipotesi di una fonte rinforzata cade poi in Assemblea plenaria nella seduta del 21 novembre 1947[32], senza suscitare particolari contrasti.

## 6. La rottura con la Costituzione vigente: obbligatorietà dell'azione penale, parità di fronte alla giurisdizione, principio di eguaglianza.

Dunque, in Assemblea costituente la questione giustizia - come del resto ogni altra questione - si intreccia strettamente con la condizione politica del tempo. Ed è uno scherzo della storia che oggi una maggioranza di centrodestra rappresenti una continuità mentre cancella – come nel caso della componente togata maggioritaria nel CSM – gli esiti di una vittoria della parte moderata dell'Assemblea. La continuità, se esiste, va verificata non verso un dibattito, ma con la Costituzione nata da quel dibattito. E rispetto alla Costituzione la proposta di riforma non pone un ammodernamento o una ordinaria manutenzione imposta dal passare del tempo, ma una radicale contraddizione.

È soprattutto la posizione del pubblico ministero che viene drasticamente ridefinita. Non tanto per la separazione delle carriere, o per la moltiplicazione degli organi di autogoverno, che si possono certo ritenere scelte politicamente sbagliate e inopportune, ma che non mostrano di avere di per sé una portata eversiva di valori costituzionali di fondo.

Il punto centrale invece si trova nel nuovo testo degli artt. 101, comma 2, e 104, comma 1. Il nuovo testo ci dice che non più la magistratura nel suo complesso, ma “i giudici costituiscono un ordine autonomo e indipendente da ogni potere”. E, si badi, non da ogni “altro” potere – secondo il dettato oggi vigente - ma da “ogni potere”. Quasi ad affermare che i giudici non siano un “potere” al pari degli “altri”.

Oggi come ieri, i pubblici ministeri sono magistrati, ma non giudici. Lo precisa puntigliosamente l’art. 104, comma 1, nel nuovo testo, ma la precisazione non sarebbe nemmeno necessaria. Quel che conta, invece, che il pubblico ministero rimane escluso dalla generale garanzia di indipendenza e autonomia verso ogni potere. Garanzia che nell’ordinamento costituzionale vigente impedisce al legislatore sia di prevedere un potere di direzione del ministro sul pubblico ministero, sia di orientare l’esercizio dell’azione penale dettando priorità. Non sembra dubbio infatti che in entrambi i casi si avrebbe l’ingerenza di un “altro potere” – quello legislativo – in un ambito costituzionalmente precluso.

La garanzia residua lasciata dalla proposta di riforma si trova nell’art. 104, ultimo comma, del nuovo testo, per cui “l’ufficio del pubblico ministero è organizzato secondo le norme dell’ordinamento giudiziario che ne assicurano l’autonomia e l’indipendenza”. Ma si nota anzitutto che la formula si riferisce all’ufficio, e non – come invece è per la norma vigente - al singolo magistrato. Siamo dunque di fronte a una garanzia di tipo essenzialmente organizzatorio, che non impedisce né un modello gerarchico dell’ufficio fondato sulla subordinazione dei singoli magistrati al capo dell’ufficio stesso, né un potere di direzione sull’ufficio da parte di un potere esterno.

In sintesi, la proposta di riforma affida la garanzia dell’autonomia e dell’indipendenza del pubblico ministero alla legge ordinaria, e non più alla Costituzione. Per di più, è una garanzia data all’ufficio, e non al singolo magistrato nell’esercizio delle sue funzioni.

Una conferma da altro punto di vista si trova nel nuovo testo dell’art. 112, secondo cui “l’ufficio del pubblico ministero ha l’obbligo di esercitare l’azione penale secondo i criteri stabiliti dalla legge”. Si scioglie così la *vexata quaestio* della effettività del principio di obbligatorietà dell’azione penale, che secondo un’opinione rimane vuoto simulacro per la concreta impossibilità di perseguire tutti i reati. Ma va sottolineato che si scioglie affidando la definizione di criteri selettivi a una volontà di maggioranza. E si noti ancora il riferimento all’“ufficio”.

Su questo, il contrasto con le scelte dell’Assemblea costituente non potrebbe essere più netto. Nessuno avrebbe mai consentito all’ipotesi di una giustizia penale politicamente orientata e messa nelle mani di un pubblico ministero assoggettato al potere esecutivo o comunque alla maggioranza di governo. Il più convinto fautore di un pm legato all’esecutivo – Leone – si chiede in Assemblea plenaria il 27 novembre 1947<sup>[33]</sup>: “Che cosa occorre stabilire, nella Carta costituzionale? Occorre che noi riaffermiamo nella Carta costituzionale questo che è un principio fondamentale dello Stato moderno: cioè, che il pubblico ministero non può esercitare un’attività discrezionale circa il proponimento dell’azione penale”. E Bettiol (DC), eminente penalista, afferma<sup>[34]</sup>: “Di carattere veramente costituzionale è l’affermazione esplicita del principio di obbligatorietà dell’esercizio dell’azione penale, perché è un principio che si adegua ad un ordine democratico nell’ambito di uno stato di diritto in contrasto a due principi: quello di discrezionalità, da un lato, per cui il pubblico ministero è arbitro di potere esercitare o non l’azione penale, e il principio di obbligatorietà o di legalità, per cui il pubblico ministero, quando ricorrano i presupposti di fatto e di diritto, deve esercitare l’azione penale stessa. Abbiamo assistito, nella regolamentazione di ordinamenti politici antidemocratici stranieri, all’affermazione del principio di discrezionalità”.

Va anzitutto notato che l’argomento può essere rivolto anche contro l’esercizio di una discrezionalità legislativa circa il perseguimento dei reati. Una lettura piena e corretta del principio di obbligatorietà conduce alla conclusione che una volta definita la fattispecie di reato il ruolo del legislatore sia esaurito, e si attivi da quel momento la funzione giurisdizionale.

Troviamo qui un buon esempio di quel che accade quando il furore ideologico sconfigge la prudenza del saggio legislatore. Si noti anzitutto la formula: “L’ufficio del pubblico ministero ha l’obbligo di esercitare l’azione penale secondo i criteri stabiliti dalla legge”. Si mantiene il richiamo all’obbligatorietà, evidentemente per sfuggire alla censura che si è inteso consegnare la pretesa punitiva dello Stato a una scelta discrezionale. Ma l’obbligo rimane circoscritto nei criteri stabiliti *ex lege*.

Possiamo ragionevolmente ipotizzare che i “criteri” si tradurrebbero in ordini di priorità. Lo dice la stessa relazione<sup>[35]</sup> all’AC 4275, quando afferma (punto 10, in fine): “Particolari esigenze storiche,

sociali o economiche, infatti, possono indurre il legislatore a fissare criteri in forza dei quali, ad esempio, debba esser data prioritaria trattazione ad indagini concernenti determinati reati; fermo restando l'obbligo, esaurite queste, di curare anche le indagini relative alle altre fattispecie penalmente rilevanti”.

Quindi - nell'ambito dei criteri - l'obbligatorietà dell'azione rimane. Il pm è vincolato all'ordine di priorità. Non *può*, ma *deve*, perseguire prioritariamente alcuni reati. Parallelamente non *può*, ma *deve*, astenersi dal perseguire i reati che non sono nella lista delle priorità, fino a quando non ha esaurito queste.

Ora, sappiamo che i fenomeni criminosi non sono spalmati in modo uniforme sul territorio. Ad esempio, l'intensità è maggiore nelle grandi città rispetto ai piccoli centri di provincia, e in alcune parti del paese rispetto ad altre. In rapporto alle caratteristiche socioeconomiche, in determinate zone vi sono tipologie di reato più diffuse di altre. In qualunque paese, la radiografia del rispetto della legalità sul territorio è ampiamente diversificata<sup>[36]</sup>.

Al tempo stesso, un criterio *ex lege* non potrà andare molto oltre la lista delle priorità nell'esercizio dell'azione penale: un elenco dei reati sui quali anzitutto concentrare l'attenzione degli investigatori e l'iniziativa dei pubblici ministeri nell'ambito di un tempo dato. Ad esempio, si dirà: nel corso del prossimo anno è prioritario perseguire le rapine a mano armata, l'immigrazione clandestina, o magari i furti di galline.

Il risultato ultimo sarà fatalmente che la pretesa punitiva dello Stato sarà – di fatto e di diritto - diversificata per territori e per tipologie di attività criminose. Al massimo livello per i reati inclusi nelle priorità. A un livello più basso per i reati esclusi dalle priorità. Tra questi ultimi, il basso livello può alzarsi in quei territori dove le priorità possono essere tutte fronteggiate; e al contrario sostanzialmente scende a zero in quei territori che non esauriscono tutte le priorità.

Anche l'aspettativa di impunità di chi delinque sarà variabile in misura corrispondente. Esercitando la fantasia, potremmo pensare a un turismo criminale alimentato da chi – edotto delle statistiche e delle novità legislative – calcoli con accuratezza il luogo e il reato che gli offre la più alta probabilità statistica di sottrarsi alla sanzione. Ovvero pensare a un indotto criminale, composto dai reati minori che potrebbero essere incoraggiati dall'aspettativa di impunità per un reato principale.

Considerazioni che possono far sorridere. Ma non fa sorridere affatto il profilo più strettamente giuridico del problema. Se i reati esclusi dalle priorità saranno di fatto – e di diritto - perseguiti solo in alcune aree, e non in altre, fatalmente accadrà che per un medesimo reato qualcuno sarà condannato, e qualcun altro non sarà nemmeno perseguito. Anche se l'attività criminosa posta in essere è esattamente identica, e tale in ipotesi da meritare per entrambi un'identica pronuncia da parte del giudice.

Ma questo non è forse una drastica rottura del principio di parità davanti alla giurisdizione? Quel principio che la corte costituzionale definisce un fondamento indispensabile dello stato di diritto<sup>[37]</sup>? E che certamente costituisce uno dei pilastri dell'architettura costituzionale vigente? Non è odiosamente discriminatorio che per un qualsiasi reato, sol perché il legislatore lo includa o meno in una lista, alcuni vengano condannati, e altri si sottraggano alla sanzione? La fattispecie penale è unica, il comportamento criminoso in ipotesi identico, l'esito diverso: e non per una delle tante evenienze che possono darsi nel corso di un'indagine o di un giudizio, e che possono in ultima analisi determinare il risultato. Ma – *coeteris paribus* - unicamente a causa dell'interposizione della volontà del legislatore volta al diverso fine di costruire una scala di priorità.

Può anche darsi che tutto questo di fatto già accada. Ma non è – questa - una risposta significativa in termini di principio e di ricostruzione del sistema. Altra cosa è se accade per la scarsità delle risorse, le insufficienze degli organici, o le carenze di una indagine male condotta. Queste sono condizioni che possono essere corrette attraverso scelte appropriate. Altra cosa è se l'effetto viene come effetto – non importa se voluto o meno – di una precisa volontà legislativa.

## 7. Appellabilità, polizia giudiziaria, inamovibilità.

L'introduzione nel tessuto normativo costituzionale di un elemento che si pone con esso in radicale contrasto si può qualificare come rottura della Costituzione. Soprattutto considerando che il vero intento della proposta è quello di indebolire in misura sostanziale la potestà punitiva dello Stato, o

quanto meno di sottoporla all'influenza decisiva di una volontà maggioritaria, che possa al limite precluderne l'esercizio in questo o quel caso. È proprio l'ipotesi che in Assemblea costituente Leone paventava anche come effetto di pericolose ingerenze, e che proponeva di correggere attribuendo al giudice il potere di esercitare direttamente l'azione penale, sostituendosi al pubblico ministero rimasto inerte per scelta propria o di altri[38].

L'intento di riportare l'esercizio della potestà punitiva sotto un più stretto controllo della volontà maggioritaria espressa nella legge emerge anche nella proposta di un comma aggiuntivo all'art. 111 Cost., per cui l'appellabilità è la regola per le sentenze di condanna, è invece l'eccezione per le sentenze di proscioglimento[39]. Qui non si evidenzia un distacco dalla Costituzione vigente per quanto riguarda l'obbligatorietà dell'azione penale o il principio del doppio grado di giurisdizione. La Corte costituzionale ha infatti da tempo chiarito che l'art. 112 non comporta necessariamente che al pm sia comunque riconosciuto il diritto di appellare[40]. Ed ha anche escluso che il doppio grado sia costituzionalmente imposto[41]. Ma troviamo forse l'intento di dare copertura costituzionale ad un indirizzo formulato nell'AC 4604[42], che prevedeva l'appellabilità delle sole sentenze di condanna. Il testo conclusivamente approvato conferma la inappellabilità delle sentenze di proscioglimento. Viene rinviato alle Camere con messaggio[43] dal Capo dello Stato, che in specie segnala: "Le asimmetrie tra accusa e difesa costituzionalmente compatibili non devono mai travalicare i limiti fissati dal secondo comma dell'articolo 111 della Costituzione, a norma del quale: «Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale». Infine, non lo si dimentichi, è parte del processo anche la vittima del reato costituitasi parte civile, che vede compromessa dalla legge approvata la possibilità di far valere la sua pretesa risarcitoria all'interno del processo penale". Segue al messaggio del Capo dello Stato una riapprovazione, con modifiche. È la legge 46 del 2006, dal nome del presentatore nota come legge Pecorella, dichiarata poi illegittima dalla Corte costituzionale con sent. 26/2007[44]. La Corte argomenta che "la norma censurata racchiude una *dissimmetria radicale* (corsivo aggiunto). A differenza dell'imputato, infatti, il pubblico ministero viene privato del potere di proporre doglianze di merito avverso la sentenza che lo veda totalmente soccombente, negando *per integrum* la realizzazione della pretesa punitiva fatta valere con l'azione intrapresa, in rapporto a qualsiasi categoria di reati".

La Corte dunque argomenta essenzialmente in termini di parità delle parti. Dalla giurisprudenza possiamo trarre che il comma aggiunto all'art. 111 non introduce una innovazione sostanziale del quadro costituzionale esistente. La posizione del pm potrà essere diversificata quanto all'appello, ma la legge in cui si traducesse l'appellabilità o non appellabilità dovrebbe comunque rispondere a criteri di ragionevolezza e giustificatezza. Una "dissimmetria radicale" sarebbe domani – come oggi – costituzionalmente censurabile. Come anche sarebbe censurabile qualsiasi norma che non rispettasse il canone fondamentale della razionalità delle norme processuali (Corte cost., sent. 353/1996[45]).

Vediamo invece che gli strumenti a disposizione del magistrato vengono pesantemente condizionati per altra via. Il nuovo testo dell'art. 109 dispone infatti che "Il giudice e il pubblico ministero dispongono della polizia giudiziaria secondo le modalità stabilite dalla legge". Per la norma oggi vigente, invece, dispongono "direttamente" della polizia giudiziaria. Anche su questo punto il dibattito in Assemblea costituente fu ampio. La recente esperienza del regime fascista dimostrava al di là di ogni dubbio come fosse cruciale il profilo della carriera delle forze dell'ordine utilizzate per l'attività di indagine e di perseguimento dei reati. Emersero persino proposte di formare un corpo di polizia giudiziaria separato rispetto alle altre forze dell'ordine e posto direttamente alle dipendenze dell'autorità giudiziaria. Si giunse poi, anche per considerazioni volte al contenimento della spesa, a una formulazione di compromesso fondata su una dipendenza funzionale: l'autorità giudiziaria "dispone direttamente" della polizia giudiziaria. In ogni caso, la formula ci dice con chiarezza la convinzione del costituente che l'assenza di qualsiasi filtro tra il magistrato e la polizia giudiziaria è una condizione imprescindibile. Ed è invece proprio un siffatto filtro che la proposta inserisce costruendo il rapporto su una volontà maggioritaria posta con legge. Che potrebbe soprattutto preludere a una scelta legislativa volta a concentrare nelle sole mani della polizia l'acquisizione della *notitia criminis* e le attività di indagine immediatamente conseguenti, riducendo drasticamente il ruolo del pm nella fase di avvio dell'azione penale, cui si riconosce comunemente una decisiva importanza.

Ed è la stessa pietra angolare dell'autonomia e indipendenza del giudice – l'inamovibilità – ad essere intaccata. Vediamo infatti che nel nuovo testo dell'art. 107 si aggiunge un comma: "In caso di eccezionali esigenze, individuate dalla legge, attinenti all'organizzazione e al funzionamento dei servizi relativi alla giustizia, i Consigli superiori possono destinare i magistrati ad altre sedi". Nella struttura dell'articolo[46], la formula sta a significare che in tale ipotesi si può prescindere da quanto previsto in termini generali per il trasferimento: i motivi e le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento

giudiziario, il consenso. Quindi, un trasferimento d'autorità, senza garanzie. È una rottura grave del modello costituzionale, che trova nella inamovibilità il suo pilastro principale. Nella relazione si cerca di dissimularne la portata, raffigurando l'ossimoro di un ordinario strumento per fronteggiare l'emergenza: "Questa previsione intende contemperare la tradizionale garanzia di inamovibilità con l'obbligo di fronteggiare eventuali situazioni di eccezionale difficoltà organizzativa – dovute, ad esempio, a rilevanti vacanze di organico o ad una straordinaria sopravvenienza di affari civili o penali – che potrebbero compromettere localmente l'effettività della funzione giudiziaria. Al fine di garantire un uso equilibrato di questo delicato istituto, è prevista una riserva assoluta di legge per la specificazione delle eccezionali esigenze organizzative alle quali dover rispondere"[47].

Che si tratti di un "delicato istituto" è davvero un eufemismo gentile. Che preoccupa in particolare ricordando quel che la relazione dice a proposito della composizione paritaria – laici e togati - degli organi di autogoverno nella politica che passa dal consociativismo alla competizione bipolare. Si segnala, infatti, il diverso ruolo dei membri laici, "che non operano più come una componente monolitica, ma articolata, capace di stabilire con la componente «togata» relazioni variabili che possono modificare gli equilibri in astratto ipotizzabili"[48]. Quasi a prefigurare il riprodursi negli organi di autogoverno di rapporti assimilabili o comunque sensibili alla dialettica maggioranza-minoranza propria del sistema politico. Sono appunto questi gli organi di autogoverno che possono – ai sensi del nuovo testo dell'art. 107, comma 1 - disporre la destinazione ad altra sede del magistrato per "eccezionali esigenze" e senza ulteriori garanzie.

In Assemblea Costituente nessuno – proprio nessuno – dubita o discute che il principio dell'inamovibilità debba essere affermato e saldamente presidiato, senza eccezioni. E certo non manca la consapevolezza che un siffatto principio possa comportare all'occasione difficoltà organizzative. Questo è un prezzo da pagare se si ritiene l'autonomia e l'indipendenza della magistratura un valore fondativo di un moderno stato di diritto. E bisogna sempre ricordare che autonomia e indipendenza non sono una tutela offerta agli interessi di casta o corporazione. Sono difese primarie apprestate per i diritti dei cittadini, e concorrono – non a caso – a sostenere la struttura della intera parte I della Costituzione attraverso la riserva di giurisdizione. Quale senso potrebbe mai avere questa riserva se il cittadino non avesse la certezza di potersi rivolgere per la tutela dei propri interessi a un giudice sottratto a ogni indebita influenza, capace - proprio per la propria autonomia e indipendenza – di resistere a qualsiasi pressione, da qualunque parte provenga? Di questo il costituente era perfettamente consapevole. Lo dice Togliatti in Assemblea il 24 novembre 1947: "Non è esatto ... che tutto ciò che si riferisce ai diritti fondamentali del cittadino sia contenuto nei primi, diciamo, 51 articoli - della nostra Costituzione. Ivi sono formulati alcuni dei diritti fondamentali dei cittadini, ma altri diritti fondamentali sono formulati nei successivi capitoli e articoli. Per quanto riguarda la giurisdizione ... nella parte che riguarda la Magistratura noi già abbiamo sancito altri diritti fondamentali del cittadino, i quali fanno parte di quel patrimonio generale dei diritti democratici che non, possono essere violati. Si tenga presente per esempio, l'articolo che sancisce la inamovibilità del giudice. Questa inamovibilità non viene sancita, come da qualcuno è stato affermato in questa Assemblea, come una garanzia del giudice, ma a garanzia del cittadino, allo scopo di assicurargli la sicurezza e la imparzialità del giudizio"[49].

#### *8. Le norme intimidatorie: gli atti politici del CSM.*

È proprio questo il punto. Dalla proposta in discussione emerge una filosofia di fondo: autonomia e indipendenza sono – nel testo oggi vigente – "troppo" garantite. Quindi da un lato si procede a una robusta potatura degli istituti di garanzia, dall'altro si propongono regole la cui vera novità è nel fatto che possiamo definirle intimidatorie. Volte a porre un deterrente verso l'uso coraggioso della autonomia e della indipendenza, soprattutto quando esercitate in danno di imputati eccellenti che si ritengono al di sopra delle leggi per un mandato ricevuto nel voto popolare. E volte dunque a indurre un perverso *self-restraint* nell'ambito di una concezione introversa e grettamente corporativa. È questa infatti una concezione che il potere politico non teme. Ed è proprio la strategia che emerge quando un presidente del consiglio in carica definisce un "cancro della democrazia"[50] i pubblici ministeri titolari di inchieste nei suoi confronti, e chiama le sue onorevoli truppe alla istituzione di una commissione di inchiesta parlamentare[51]. Mentre il Capo dello Stato chiama ad onorare le toghe che hanno sacrificato la vita per la legalità e per la Repubblica[52].

Ed ecco, nel nuovo testo dell'art. 105, l'aggiunta di un comma per cui "I Consigli superiori non possono adottare atti di indirizzo politico, né esercitare funzioni diverse da quelle previste nella Costituzione". L'obiettivo è esplicitare come tassativa l'elencazione delle funzioni assegnate, restringendole in specie agli atti relativi alla carriera in senso stretto dei magistrati: assunzioni,

assegnazioni, trasferimenti e promozioni, rimanendo la materia disciplinare affidata alla istituenda Corte di disciplina.

Dall'esperienza pregressa possiamo trarre che nel mirino sono anzitutto le valutazioni date dal CSM sui disegni di legge in discussione nella sede parlamentare. Le critiche espresse in alcune occasioni dall'organo di autogoverno hanno portato la maggioranza politica a censurare una presunta invasione dell'ambito proprio del potere legislativo. Nel caso sia prospettato un dubbio di costituzionalità, si adombra anche l'invasione del campo affidato al Capo dello Stato e alla Corte costituzionale<sup>[53]</sup>.

L'innovazione proposta nell'AC 4275 sembra anzitutto volta a precludere ai Consigli superiori l'espressione di pareri. Già nella Costituzione vigente i pareri non hanno una specifica menzione. Il fondamento si trova nell'art. 10, comma 2, della legge 195 del 1958<sup>[54]</sup>, per cui il CSM "dà pareri al Ministro, sui disegni di legge concernenti l'ordinamento giudiziario, l'amministrazione della giustizia e su ogni altro oggetto comunque attinente alle predette materie". Quindi, per il nuovo testo dell'art. 105 i pareri potrebbero ricadere nell'ambito delle "funzioni diverse da quelle previste nella Costituzione", per le quali si pone un esplicito divieto. Si determinerebbe, di conseguenza, una incompatibilità costituzionale per il citato art. 10 della legge 195.

L'obiettivo - del resto esplicitato nella stessa proposta di riforma - è quello di ridurre o azzerare il ruolo politico degli organi di autogoverno, da ricondurre nell'ambito ristretto di una gestione burocratica di categoria. Intento che trova conferma nella considerazione che l'innovazione vorrebbe probabilmente porre fine anche alle prese di posizione del Consiglio a tutela dell'autonomia e indipendenza. Da anni, ormai, il CSM alza un argine contro le continue aggressioni a giudici e pubblici ministeri da parte di esponenti politici coinvolti in indagini o giudizi<sup>[55]</sup>.

Una considerazione più ravvicinata consente però di distinguere. Il parere è atto che entra a far parte del procedimento di formazione di un atto diverso, adottato da altro soggetto. Dunque, precludere in Costituzione la previsione di un parere comporta che quel procedimento si svolga e si concluda senza il parere in questione. La formulazione proposta nella riforma impedisce sia al legislatore di prevedere che l'organo di autogoverno sia chiamato a dare un parere obbligatorio, sia allo stesso organo di esprimere comunque un parere, laddove richiesto. Ma il CSM si esprime anche con atti diversi: circolari, regolamenti, risoluzioni. Non sembra che il comma aggiuntivo proposto possa precludere gli atti che sono espressione di un potere di auto-organizzazione, geneticamente collegato alle funzioni attribuite. Né che possa impedire l'adozione di regole di auto-limitazione nell'esercizio di un ambito di discrezionalità riconosciuto. Regolamenti e circolari da questo punto di vista si sottraggono alla ghigliottina che la norma pone. E nemmeno sono precluse risoluzioni, che differiscono dal parere in quanto non entrano nel procedimento di formazione di un atto diverso.

Ricordiamo, sul punto, che gli interventi a tutela dell'autonomia e dell'indipendenza assumono in genere proprio la forma della risoluzione. E che lo stesso è di recente accaduto per le valutazioni espresse sull'AC 3137, in materia di prescrizione breve<sup>[56]</sup>. Non manca il caso di risoluzione adottata con esplicito richiamo ai poteri di cui all'art. 10, comma 2, della legge 195<sup>[57]</sup>. Ma si trattava nella specie di una proposta diretta al Ministro della giustizia. Mentre sembra corretto che anche al di fuori di specifico fondamento legislativo debba riconoscersi un potere di esternazione, che bene può assumere la forma della risoluzione. Potere che non può essere negato a un organo di rilievo costituzionale che tecnicamente è un potere dello Stato, come i CSM continuano ad essere anche nel quadro della riforma proposta.

Non sfugge che, pur essendo la forma giuridica indiscutibilmente diversa rispetto al parere, la risoluzione può essere efficace in termini di comunicazione e di sensibilizzazione dell'opinione pubblica. Ha perso forse di efficacia l'intervento sull'AC 3137 per essere una risoluzione piuttosto che un parere? Lo stesso può dirsi per le determinazioni assunte a tutela della autonomia e indipendenza. Quindi, il comma aggiuntivo proposto può indubbiamente indebolire, ma probabilmente non azzerare, il ruolo "politico" di un organo di autogoverno che intendesse con fermezza e coraggio riaffermarlo. Il bavaglio non è insuperabile. Del resto, di fronte a risoluzioni che qualcuno volesse ritenere illegittimamente assunte, quali sarebbero i rimedi? Non sembra utilizzabile lo strumento del conflitto tra poteri, perché non si vede quale potere, e di chi, verrebbe ad essere usurpato o impedito da un'esternazione degli organi di autogoverno.

### *9. Segue. La responsabilità del magistrato.*

Il comma aggiunto all'art. 105 è un deterrente che si rivolge alla categoria dei magistrati nel suo complesso, attraverso i soggetti di essa esponenziali. Diversa, e ben più pericolosa, è la disciplina

intimidatoria che si rivolge non alla categoria, ma al singolo magistrato, nell'esercizio quotidiano delle sue funzioni. Siamo alla questione della responsabilità.

L'AC 4275 introduce nel Titolo IV una Sezione II-bis, intitolata "Responsabilità dei magistrati", nella quale pone un art. 113 bis: "I magistrati sono direttamente responsabili degli atti compiuti in violazione di diritti al pari degli altri funzionari e dipendenti dello Stato. La legge disciplina espressamente la responsabilità civile dei magistrati per i casi di ingiusta detenzione e di altra indebita limitazione della libertà personale. La responsabilità civile dei magistrati si estende allo Stato".

La storia è antica. Le coordinate fondamentali le troviamo nella sentenza della Corte costituzionale n. 2/1968<sup>[58]</sup>. La Corte afferma che l'art. 28 Cost., nel richiamare la responsabilità personale secondo le leggi penali, civili, amministrative di funzionari e dipendenti dello Stato e di enti pubblici per gli atti compiuti in violazione di diritti, si applica anche ai magistrati. "L'autonomia e l'indipendenza della magistratura e del giudice ovviamente non pongono l'una al di là dello Stato, quasi *legibus soluta*, né l'altro fuori dall'organizzazione statale". Peraltro, non è escluso "poiché la norma rinvia alle leggi ordinarie, che codesta responsabilità sia disciplinata variamente per categorie o per situazioni". Quindi, la responsabilità del magistrato può essere diversificata rispetto ad altre categorie, ma non può essere totalmente esclusa. "Appunto la singolarità della funzione giurisdizionale, la natura dei provvedimenti giudiziari, la stessa posizione, *super partes* del magistrato possono suggerire ... condizioni e limiti alla sua responsabilità; ma non sono tali da legittimarne, per ipotesi, una negazione totale ...".

Nell'occasione dichiara la infondatezza della questione di costituzionalità sollevata sugli artt. 55 e 74 c.p.c.. Quasi vent'anni più tardi, sulle stesse norme, oltre che sull'art. 56 c.p.c., si indirizza un referendum abrogativo. Nel dichiararlo ammissibile con sentenza n. 26/1987<sup>[59]</sup>, la Corte ribadisce i principi posti dalla sent. 2/1968, e specifica ulteriormente, quanto alla discrezionalità che ne residua per il legislatore, che sono possibili "scelte plurime, anche se non illimitate, in quanto la peculiarità delle funzioni giudiziarie e la natura dei relativi provvedimenti suggeriscono condizioni e limiti alla responsabilità dei magistrati, specie in considerazione dei disposti costituzionali appositamente dettati per la Magistratura (artt. 101 e 113), a tutela della sua indipendenza e dell'autonomia delle sue funzioni".

Scelte plurime, ma non illimitate: questo è il concetto chiave della sentenza 26/1987. L'indicazione è chiara: una disciplina legislativa che riconosca la responsabilità personale del magistrato è costituzionalmente consentita; ma deve tener conto della natura della funzione. E dunque la mera assimilazione del magistrato ad altre categorie di funzionari e dipendenti pubblici non sarebbe costituzionalmente accettabile.

Si vota l'8 novembre 1987. Va alle urne oltre il 65% degli aventi diritto, con l'80% di sì. Segue la legge 117/1988<sup>[60]</sup>, nota come legge Vassalli, che definisce una responsabilità significativamente più ristretta rispetto agli altri funzionari e dipendenti pubblici, e indirizza la richiesta risarcitoria primariamente verso lo Stato<sup>[61]</sup>.

La Corte costituzionale si pronuncia sulla costituzionalità della legge 117 con la sentenza 18/1989<sup>[62]</sup>. Ribadisce anzitutto, citando la sentenza 2/1968, che "la peculiarità della funzione giurisdizionale, la natura dei provvedimenti giudiziari, la stessa posizione *super partes* del magistrato, legittimano la previsione di condizioni e limiti alla sua responsabilità". Afferma che la legge 117 "è caratterizzata dalla costante cura di predisporre misure e cautele idonee a salvaguardare l'indipendenza dei magistrati nonché l'autonomia e la pienezza dell'esercizio della funzione giudiziaria". Ricorda che la garanzia costituzionale della indipendenza è diretta a tutelare l'autonomia di valutazione dei fatti e delle prove e l'imparziale interpretazione delle norme di diritto. Tale attività secondo la legge 117 non può dar luogo a responsabilità del giudice. Conclude per la piena coerenza della legge con la propria giurisprudenza, e per l'infondatezza delle questioni sollevate, salvo un limitato profilo concernente l'art. 16 della legge. Conferma poi l'indirizzo adottato nell'ordinanza 5/1990<sup>[63]</sup>.

Nel 1996 e 1999 sono volti contro la legge Vassalli due assalti referendari, di iniziativa radicale. In entrambi i casi i quesiti ritagliano la normativa vigente essenzialmente al fine di affermare una responsabilità piena e diretta del magistrato. Sono dichiarati inammissibili, rispettivamente con sent. 34/1997<sup>[64]</sup> e 38/2000<sup>[65]</sup>, per mancanza di chiarezza del quesito. Per il secondo, la Corte sottolinea anche la natura propositiva e non meramente abrogativa della richiesta referendaria.

I richiami fatti non pretendono di essere esaustivi, ma bastano a chiarire che il conflitto sulla responsabilità dei magistrati ha una durata pluridecennale, e volge essenzialmente sull'avvicinare o

assimilare la disciplina a quella degli altri funzionari o dipendenti pubblici, in specie configurando una responsabilità personale e diretta. La lettura della Costituzione fatta dal giudice di costituzionalità ci consegna una conclusione chiara ed univoca. Le peculiarità delle funzioni svolte dal magistrato giustificano non l'azzeramento della responsabilità, ma una disciplina differenziata e una riduzione dell'ambito e delle forme di essa rispetto ad altre categorie.

Possiamo completare il principio con l'affermazione che nel quadro della Costituzione vigente non è invece possibile una uguale disciplina della responsabilità. Se infatti una diversità si giustifica in ragione della natura stessa della funzione, allora quella diversità diventa necessaria. Posto che la natura della funzione non cambia, non potrebbero essere vere due affermazioni in diretta contraddizione: la prima, una diversa disciplina è costituzionalmente giustificata; la seconda, una uguale disciplina è costituzionalmente giustificata. Avendo la Corte scelto la prima, la seconda rimane esclusa. E dunque la prima rimane l'unica scelta per il legislatore, che potrà modularla, ma non potrà negarla disponendo un'identica disciplina.

Che sia un'impostazione corretta si trae dalla considerazione della evidente differenza che corre tra il funzionario o dipendente pubblico e il magistrato. Il primo è chiamato a tradurre la regola di riferimento nell'attività amministrativa. Il magistrato è parte di un procedimento complesso volto anzitutto all'accertamento di una verità (processuale), e all'individuazione e interpretazione della norma applicabile alla fattispecie. Accertamento, individuazione ed interpretazione che possono fisiologicamente essere modificati o capovolti in sede di applicazione degli ordinari rimedi, o anche modificarsi nel corso del giudizio stesso. Se la persona indagata, magari privata della libertà e poi rinviata a giudizio, viene assolta, qualcuno ha sbagliato? Può darsi. Ma può ben essere che nessuno abbia sbagliato, posto che il procedimento era appunto volto all'accertamento dei fatti e delle responsabilità. Ma si potrebbe alla fine ricadere nell'ipotesi di "ingiusta detenzione o di altra indebita limitazione della libertà personale" di cui al nuovo art. 113-bis?

Quindi è del tutto conforme alle premesse poste dalla Corte costituzionale, e a una lettura sistematica della Costituzione vigente, il dettato della legge 117, che all'art. 2, comma 2, dispone: "Nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove". Dettato che deve ritenersi invece incompatibile con l'art. 113-bis di cui si propone l'inserimento. Ma questo ci indica che si prefigura una innovazione in radicale contrasto con il quadro costituzionale vigente. Non un perfezionamento o un ammodernamento necessario, ma una drastica rottura del tessuto costituzionale su un punto qualificante e delicatissimo. Non sfugge a nessuno che il timore di conseguenze sul piano personale e patrimoniale può bene indurre il magistrato a forme perverse di *self-restraint*, soprattutto quando dall'altra parte si possa prefigurare l'intervento di agguerrite schiere di avvocati. O quanto meno condurre alla pedissequa osservanza delle soluzioni più consolidate e dunque meno rischiose, producendo così un conformismo giudiziario non meno dannoso in termini di sistema. Si ridurrebbe infatti la capacità della giurisprudenza di favorire e sostenere l'evoluzione dell'ordinamento, che nei sistemi giuridici in buona salute è di certo elemento essenziale dell'aderenza del diritto alla mutevole realtà.

Non incide su questa lettura la recente vicenda dell'emendamento 12.03<sup>[66]</sup> presentato dal relatore all'AC 4059-A (legge comunitaria 2010) e approvato nella Commissione XIV della Camera dei deputati. L'innovazione è a prima vista radicale, e si risolve in un sostanziale aggravamento della responsabilità del magistrato, con la soppressione delle usuali fattispecie del dolo e della colpa grave, e l'introduzione di una fattispecie – del tutto nuova – di "violazione manifesta del diritto". L'emendamento viene motivato con la necessità di tener conto di una sentenza della Corte di giustizia europea, e di rispondere a una procedura di infrazione aperta in sede europea a carico dell'Italia. Ma le cose non stanno così. La sentenza della Corte di giustizia<sup>[67]</sup> riguarda anzitutto la responsabilità dello Stato laddove il danno sia seguito ad una violazione del diritto comunitario. Ma soprattutto nulla nella sentenza comporta che il legislatore nazionale preveda una necessaria e specifica responsabilità individuale e personale del giudice. E nulla impedisce al legislatore nazionale di differenziare la responsabilità del giudice rispetto a quella dello Stato, che ben potrebbe essere ampliata fino a coprire la fattispecie rilevante per il diritto comunitario, lasciando immutata la responsabilità a carico del giudice. È del tutto evidente che le ragioni costituzionali di una limitazione della responsabilità del giudice non sussistono per lo Stato. E nemmeno è imposto dalla Costituzione che la responsabilità del giudice e quella dello Stato coincidano perfettamente. E dunque una diversificazione è costituzionalmente compatibile, e probabilmente necessaria. Come è probabilmente incostituzionale l'emendamento 12.03 approvato<sup>[68]</sup>.

Sappiamo bene che l'autonomia e l'indipendenza della magistratura non sono un problema per tutti i cittadini, ma solo per alcuni. Potremmo dire, quei cittadini che sono "più eguali" degli altri. In loro favore una limatura si impone, per ricondurre alla ragione una magistratura riottosa e ristabilire un corretto equilibrio. E se questo obiettivo richiede scelte che riducono o azzerano le garanzie di tutti, poco male. Questo assunto non è smentito da frequente richiamo alla legge che troviamo nella proposta di riforma. E che la stessa relazione vorrebbe valorizzare, ad esempio quando sottolinea che l'indebolimento della inamovibilità passa attraverso una riserva assoluta di legge.

Giungiamo infatti alla domanda ultima: ma la legge è davvero garanzia? Il rinvio al futuro legislatore, sia in termini generali che specificamente alla legge di ordinamento giudiziario, corre attraverso tutto il Titolo IV, già nella formulazione oggi vigente. In Assemblea Costituente troviamo spesso la notazione che un tema non debba essere necessariamente oggetto di disciplina costituzionale diretta, e possa invece meglio essere lasciato a una futura legge. Non di rado, è proprio questa la mediazione che consente di superare le difficoltà del confronto politico, anche su punti decisivi. Ma qui possiamo fare due considerazioni. Anzitutto – come abbiamo visto – fu anche colta la opportunità che almeno la legge fondamentale sull'ordinamento giudiziario avesse la forma tecnica di una fonte rinforzata. Una scelta adottata in Sottocommissione, confermata nel progetto trasmesso all'Assemblea dalla Commissione per la Costituzione, e conclusivamente abbandonata. Inoltre, possiamo oggi avere verso il legislatore la stessa fiducia che il costituente mostra di avere nel Titolo IV, con la previsione di molteplici rinvii alla legge? Parliamo oggi della stessa legge di cui parla il costituente?

Questo è un punto di fondo. La legge cui il costituente rinvia, e sulla quale appoggia gran parte dell'architettura fondamentale della Carta, è la massima espressione normativa di un parlamento pienamente ed esattamente rappresentativo del paese. La legge è garanzia – come diranno poi i costituzionalisti – perché nel suo procedimento di formazione tutti partecipano in modo paritario e hanno la possibilità di incidere concretamente in uguale misura. In tal senso è la più alta approssimazione possibile a una "volontà generale".

Ma è ancora vero tutto questo? Mantiene ancora il significato di garanzia una legge prodotta da un parlamento distorto nella sua rappresentatività da soglie minime di voti per il conseguimento di seggi e da premi che assicurano a chi ha una minoranza di voti di acquisire una maggioranza di seggi? Un parlamento nel quale le liste bloccate negano all'elettore qualsiasi scelta di chi lo rappresenta? In cui lo slogan dell'elezione diretta del leader con la sua maggioranza e la scelta dei parlamentari ad opera di ristrette oligarchie mette lo strumento legislativo a disposizione di interessi di gruppo o addirittura personali? In cui un bipolarismo malato produce contrapposizioni frontali in cui risalta con nettezza la volontà del legislatore come espressione puramente maggioritaria? In cui il leader della maggioranza che dispone dello strumento legislativo è lo stesso che – da indagato e imputato – propone commissioni di inchiesta parlamentare sugli inquirenti e sui giudici? Tutto questo è l'effetto di circostanze non occasionali, ma strutturali, che non possono non conformare in profondità la legge che il parlamento produce.

A un siffatto legislatore in Assemblea Costituente nessuno avrebbe rinviato alcunché. Il legislatore cui rimane affidato l'ordinamento giudiziario, e domani eventualmente la scelta sulle eccezioni al principio di inamovibilità, è lo stesso che ha prodotto il lodo Schifani, il lodo Alfano, la legge sul legittimo impedimento, il processo breve e i suoi annessi, e tutte le leggi *ad personam* di cui si è discusso negli ultimi anni. La legge è oggi espressione di una volontà strettamente maggioritaria, imposta in virtù di numeri parlamentari drogati dal premio di maggioranza. Tecnicamente, rimane la fonte di livello primario che i manuali di diritto costituzionale descrivono. Ma l'unico vero significato di garanzia residuo è quello di un possibile rinvio alla Corte costituzionale.

Se consideriamo che nell'architettura complessiva l'intera Parte I della Costituzione trova i suoi fondamentali presidi nella riserva di legge e nella riserva di giurisdizione, possiamo valutare meglio la portata dei processi in atto. La perdita di rappresentatività e di centralità nel sistema politico-istituzionale del parlamento rende evanescente il presidio della riserva di legge. L'attacco alla magistratura e l'indebolimento sostanziale della sua autonomia e indipendenza tolgono significato alla riserva di giurisdizione. L'esito ultimo è l'indebolimento dei diritti e delle libertà. È questo il punto di caduta di una riduzione sostanziale dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura. Con buona pace di chi ritiene che la Parte II tocchi profili puramente organizzatori, e che sia dunque possibile riformarla lasciando intatta e vitale la Parte I. E per questo difendere l'autonomia e l'indipendenza della magistratura è ben altro che alzare argini a difesa di interessi di casta o corporazione.

Gli argomenti fin qui svolti ci consegnano una domanda conclusiva: è consentito al legislatore di revisione introdurre nel tessuto della Costituzione vigente una così stridente contraddizione? O possiamo pensare alla prospettiva di una incostituzionalità della legge costituzionale?

Si può certamente fare l'astratta ipotesi di una legge costituzionale adottata rimanendo disattesi i requisiti procedurali di cui all'art. 138. Ad esempio, per il mancato raggiungimento della maggioranza assoluta in seconda deliberazione, per una promulgazione prima del termine dei tre mesi nel caso di approvazione con maggioranza inferiore ai due terzi, per un errato conteggio di voti nel referendum approvativo. Siamo al caso di scuola. Ma, laddove accadesse, non sembra dubbio che alla legge potrebbe rivolgersi una censura di incostituzionalità, da far valere anche davanti alla Corte. Questo rende chiaro che il potere di revisione della Costituzione è un potere costituito – e perciò disciplinato dalla stessa Costituzione che è tenuto a rispettare – e non costituente.

Ma è possibile pensare ad una incostituzionalità al di fuori dell'ipotesi di un vizio di procedimento? Il punto è che la legge di revisione – una volta che sia stata posta in essere osservando il procedimento prescritto – innova la Costituzione con norme non diverse da tutte le altre. Non c'è alcuna differenza formale tra una norma che è parte della Costituzione originaria e una norma che viene introdotta successivamente in via di revisione. Mentre per affermare che una legge di revisione proceduralmente corretta presenti un vizio di costituzionalità bisogna assumere in premessa che è possibile individuare una gerarchia tra le norme costituzionali.

In effetti, è possibile. In ogni Costituzione vi sono norme che sono alla base dell'intera architettura della carta fondamentale. Anche nella nostra esistono norme che concorrono decisamente a definire l'Italia come Repubblica democratica. E la dottrina le individua come limiti al potere di revisione. Anche questi limiti concorrono a disegnare la differenza tra potere costituito e potere costituente. Su questa base, una legge ex art. 138 che non ne tenesse conto sarebbe suscettibile di una valutazione di non conformità, e conseguentemente di una dichiarazione di illegittimità da parte del giudice di costituzionalità. Si potrebbe in via di astratto principio ipotizzare anche - nel caso non sia richiesto o consentito il voto referendario - un rinvio alle Camere con messaggio da parte del Presidente della Repubblica ex art. 74 della Costituzione. La norma non esclude l'applicabilità all'ipotesi della legge costituzionale, mentre gli artt. 71 Reg. Camera e 136 Reg. Senato, nel disciplinare gli effetti conseguenti al rinvio delle leggi da parte del Capo dello Stato, non pongono regole incompatibili con l'ipotesi che per una legge costituzionale rinviata si rinnovi il procedimento di formazione dalla fase di prima deliberazione.

Sarebbero queste ipotesi applicabili all'AC 4275? La risposta è difficile e incerta. È un caso che un tempo avremmo considerato puramente di scuola, relegato alle dissertazioni dei costituzionalisti. Ma era il tempo in cui l'ampia condivisione di valori e principi apprestava comunque adeguate difese per la Costituzione. E nessuno avrebbe pensato di modificarla con ristretti margini di maggioranza. Uno scenario opposto è invece oggi possibile, nelle mutate condizioni del sistema politico e istituzionale.

Dal punto di vista tecnico, un argomento si può trarre dalle pronunce della Corte, laddove si disegna la parità di fronte alla giurisdizione come elemento fondativo dello stato di diritto, e l'autonomia e indipendenza della magistratura come parte decisiva degli equilibri costituzionali. Ma abbiamo visto quale duro conflitto sia sorto, in specie in occasione delle sentenze n. 262/2009[69] sul lodo Alfano, e 23/2011[70] sul legittimo impedimento. L'attacco alla Corte è stato violento. Pensiamo sia realistico ipotizzare che il giudice di costituzionalità scenda di nuovo in campo, sul terreno scivoloso della dichiarazione di incostituzionalità di una legge di revisione, quando il punto cruciale della violazione dell'art. 138 è almeno formalmente superato per l'adozione con legge costituzionale, e con un argomento che fatalmente mette la Corte in prima linea nel bilanciamento?

In realtà, la tesi di una incostituzionalità della legge di revisione piace al costituzionalista, che istintivamente avverte l'insufficienza di una lettura volta a equiordinare tutte le norme costituzionali, senza alcuna gerarchia formale o sostanziale. Se non si assume in premessa che esistono norme, principi, valori fondativi e intangibili – supercostituzionali - è impossibile capire cosa è davvero una Costituzione. Per questo, la tesi è certo tecnicamente sostenibile. Ma anche qui siamo probabilmente al caso di scuola. E possiamo comunque argomentare in senso contrario che, laddove pure esistano siffatti principi, valori, norme, non è detto che siano assistiti da giustiziabilità. E che dunque sia possibile farne valere la superiorità davanti alla Corte costituzionale. Il giudizio della Corte potrebbe bene rimanere sulla più ristretta prospettiva della natura formale delle norme.

Forse, capiamo di più e meglio se, piuttosto che parlare di norme costituzionali che resistono alla revisione e di norme che ad essa non resistono, distinguiamo tra norme la cui modifica o abrogazione

produce una successione tra ordinamenti, e norme che possono essere modificate o abrogate nella continuità dell'ordinamento esistente. Se per avventura ci trovassimo davanti a norme del primo tipo, e non concordassimo con le scelte fatte, potremmo cercare lo strumento utile a far valere il dissenso nel confronto referendario, se consentito, piuttosto che in un giudizio di costituzionalità. Coerentemente con l'assunto che la vera difesa di una Costituzione rimane affidata alla politica prima che al ragionare raffinato dei giuristi.

Vediamo nell'AC 4275 un punto di caduta di due processi di portata storica che hanno investito l'ordinamento italiano. Il primo, il passaggio per il processo penale al modello accusatorio, che in qualche misura inverte gli argomenti di chi in Assemblea Costituente vedeva nella posizione "incipite" del pm la chiave di lettura necessaria del rapporto con il potere esecutivo. Rapporto suscettibile di essere ridisegnato in modello di processo penale profondamente – nel bene o nel male - rinnovato. Il secondo, il passaggio a un impianto maggioritario dei sistemi elettorali e della forma di governo nei primi anni '90. Dal quale la dottrina costituzionalistica più attenta aveva correttamente anticipato potesse derivare un generale indebolimento nell'impianto delle garanzie costituzionali.

Questo fa capire quanto sia importante costruire argini intorno agli istituti di controllo e garanzia che rimangono, dai poteri del capo dello stato alla corte costituzionale. E come sia cruciale mantenere alto il profilo della battaglia politica a difesa della Costituzione.

---

#### Note e documentazione

\* Questo saggio è tratto, con adattamenti, da un più ampio lavoro dal titolo *La Costituzione e la giustizia dei potenti*, Scriptaweb, Napoli, in corso di stampa.

[1][http://nuovo.camera.it/Camera/view/doc\\_viewer\\_full?url=http%3A//www.camera.it/dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0047600.pdf&back\\_to=http%3A//nuovo.camera.it/126%3FPDL%3D4275%26leg%3D16%26tab%3D2](http://nuovo.camera.it/Camera/view/doc_viewer_full?url=http%3A//www.camera.it/dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0047600.pdf&back_to=http%3A//nuovo.camera.it/126%3FPDL%3D4275%26leg%3D16%26tab%3D2)

[2] "2. *Il dibattito in sede costituente come premessa della riforma odierna.*

Negli ultimi vent'anni, il tema della giustizia è stato al centro del dibattito pubblico, scatenando contrasti tra le forze politiche, ma anche un silenzioso e quotidiano disagio tra i cittadini e tra gli operatori.

Malgrado la percezione di un'accelerazione o, addirittura, di un precipitare dello stato delle cose, molte delle preoccupazioni che oggi si diffondono hanno radici lontane ed erano già presenti nel dibattito svoltosi nell'Assemblea costituente. Un dibattito al quale presero parte le personalità più eminenti della politica e della scienza giuridica, da Palmiro Togliatti a Giovanni Leone, da Gaspare Ambrosini a Piero Calamandrei, da Meuccio Ruini a Giorgio La Pira, da Aldo Bozzi a Luigi Einaudi, da Tomaso Perassi a Aldo Moro, da Ferdinando Targetti a Oscar Luigi Scalfaro, da Giuseppe Dossetti a Giuseppe Grassi, da Giuseppe Bettioli a Orazio Condorelli, da Egidio Tosato a Francesco Dominè.

Si trattò di un dibattito molto approfondito, svoltosi, tra il dicembre del 1946 e il gennaio 1947, nella Seconda Sottocommissione; poi, dalla fine di gennaio del 1947, nella stessa Commissione per la Costituzione; nel marzo del 1947, in Assemblea, dapprima nell'ambito della discussione generale sul progetto di Costituzione (varato dalla Commissione dei settantacinque) e, infine, nel novembre del 1947, in sede di discussione generale e di esame articolo per articolo sul titolo IV della parte II della Carta, dedicato alla magistratura.

Oggi colpisce il constatare quanto fosse allora unanime e condivisa la consapevolezza di due fondamentali obiettivi: da un lato, assicurare l'indipendenza della magistratura, specialmente quella giudicante; dall'altro, evitare che essa si estraniasse completamente dalla vita della Nazione divenendo un corpo chiuso in se stesso e autoreferenziale. Come ebbe a rilevare Giovanni Leone, che fu anche uno dei relatori nella Commissione dei settantacinque e rappresentante della stessa Commissione nel dibattito dinnanzi all'Assemblea costituente, « lo scopo da raggiungere è quello di sganciare il potere giudiziario dagli altri poteri dello Stato, per evitare qualsiasi ingerenza, ma nello stesso tempo di

impedire il crearsi di una casta chiusa della Magistratura » (Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione (seconda sezione), resoconto sommario della seduta dell'8 gennaio 1947).

Una seconda considerazione riguarda l'assenza di soluzioni precostituite. Nei costituenti vi era la piena consapevolezza che, rispetto all'esigenza di assicurare l'indipendenza della magistratura e, al tempo stesso, il suo raccordo con la vita della Nazione, non esisteva una sola possibile scelta risolutiva, una « pietra filosofale » della giustizia, ma che occorreva sperimentare un articolato sistema di *checks and balances*.

Questa consapevolezza produsse lo straordinario risultato di una discussione senza tabù, portata avanti con spirito costruttivo e reciproco ausilio tra le parti, anche se con fisiologiche, inevitabili contrapposizioni. Con questo spirito furono, dunque, esaminate quattro grandi proposte per garantire, insieme all'indipendenza, adeguate forme di collegamento dell'ordine giudiziario con i poteri rappresentativi. Tre di esse confluirono nei progetti dei relatori scelti dalla Seconda Sottocommissione per istruire la discussione: Piero Calamandrei, Giovanni Leone e Gennaro Patricolo; la quarta fu quella di Palmiro Togliatti.

Il segretario del PCI considerava « il pieno autogoverno » della magistratura una concezione democraticamente « non accettabile », proponeva che la vicepresidenza del Consiglio superiore della magistratura fosse affidata al Ministro della giustizia, che « deve avere una funzione preminente », e valorizzava il principio dell'elettività dei magistrati. In particolare, l'11 marzo 1947, in sede di discussione generale sul progetto di Costituzione, Togliatti rivendicò ai comunisti di essere riusciti « a far prevalere l'affermazione del ritorno alla giuria », aggiungendo che « nell'ordinamento della Magistratura avremmo dovuto affermare in modo molto più energico la tendenza alla elettività dei magistrati, il che ci avrebbe fatto fare un grande passo avanti per togliere il magistrato dalla situazione penosa in cui oggi si trova, di essere un sovrano senza corona e senza autorità. Soltanto quando sarà stabilito un contatto diretto tra il popolo, depositario della sovranità, e il magistrato, questi potrà sentirsi partecipe di un potere effettivo e quindi godere della fiducia completa del popolo nella società democratica ».

A questo approccio, rivolto ad agganciare la funzione giudiziaria alla sovranità popolare, si contrapponeva quello orientato a distinguere, proprio riguardo alla garanzia dell'indipendenza, gli organi giudicanti dal pubblico ministero; organo, quest'ultimo, da ricondurre direttamente al circuito democratico, in quanto espressione della pretesa punitiva dello Stato, e rientrante, dunque, nella sfera d'azione dell'Esecutivo. Tale posizione, propugnata soprattutto dagli esponenti della Democrazia cristiana, fu illustrata da Giovanni Leone (uno dei relatori), il quale nell'intervento di presentazione del proprio progetto dichiarò che il pubblico ministero « rappresenta, per quanto attiene alla sua funzione di promuovere l'azione penale e di vigilanza nel processo, lo Stato nel suo diritto soggettivo di punire, con poteri che sono talvolta superiori a quelli dello stesso giudice. (...) Il Pubblico Ministero può servire proprio da tramite o organo di collegamento fra potere esecutivo e potere giudiziario: in quanto promotore dell'azione penale (e, nei limiti di tale funzione, partecipa allo sviluppo del processo) e in quanto promotore del procedimento disciplinare a carico di magistrati, il Pubblico Ministero – che, com'è chiarito nella relazione scritta, tornerebbe ad essere espressione del potere esecutivo – rappresenta presso il potere giudiziario l'organo di iniziativa e di controllo dello Stato ». Egli, pertanto, così sintetizzava la propria proposta: « potere giudiziario indipendente (autogoverno anche finanziario) con, al sommo dell'organizzazione, il Presidente della Corte di cassazione ed il Consiglio superiore; inclusione in tale Consiglio anche di elementi eletti dalle due Camere, in modo da stabilire un primo punto di collegamento del potere giudiziario con gli altri poteri; Pubblico Ministero, privato di quelle attuali attribuzioni che lo accostano al potere giudiziario, in funzione di organo del potere esecutivo, come tale alle dipendenze del Ministro della giustizia, in modo da stabilire un secondo punto di collegamento con gli altri poteri » (Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione (seconda sezione), resoconto sommario della seduta del 5 dicembre 1946). Un terzo approccio, certamente anch'esso orientato a rafforzare l'autogoverno della magistratura, fu quello propugnato da Piero Calamandrei, il quale non si nascondeva la delicatezza del problema di equilibrio tra autonomia e coordinamento con gli altri poteri dello Stato.

Nel presentare il proprio progetto nella seconda sezione della Seconda Sottocommissione, lo stesso 5 dicembre 1946 egli, « passando quindi ad esaminare quello che, a suo avviso, è il punto più delicato di tutta la materia, e cioè i rapporti fra la magistratura e il Governo, rileva che, con le norme previste, si avrebbe un corpo di magistrati completamente indipendente, il quale deciderebbe delle nomine, provvederebbe alla designazione ai vari uffici, autoeserciterebbe la disciplina e delibererebbe delle spese. Con una magistratura così chiusa e appartata, si potrebbero verificare conflitti con il potere

legislativo o con quello esecutivo, in quanto la magistratura potrebbe, per esempio, rifiutarsi all'applicazione di una legge o attribuirsi il potere di stabilire criteri generali di interpretazione delle leggi. Un caso del genere si verificò in Francia prima della Rivoluzione e il conflitto si trascinò a lungo tra il Governo centrale del monarca e le Corti di appello ». Ed in questo contesto, Calamandrei prospettava, all'interno di tre possibili soluzioni, la propria preferenza per l'idea della nomina di un "Procuratore generale commissario della giustizia", rappresentante l'organo di collegamento tra Magistratura e Governo. Tale commissario avrebbe in parte la figura del magistrato, in quanto sarebbe scelto tra i Procuratori generali della Corte d'appello o di Cassazione, e in parte quella di rappresentante politico, in quanto sarebbe nominato dal Presidente della Repubblica su designazione della Camera, prenderebbe parte alle sedute del Consiglio dei Ministri con voto consultivo e risponderrebbe di fronte alle Camere del buon andamento della magistratura. Di modo che, essendo tale commissario il capo dell'organo di accusa, con potere disciplinare sui magistrati, ove si verificassero nell'interno del corpo giudiziario inconvenienti di carattere politico, a lui potrebbero far carico di non aver saputo esercitare le sue funzioni. Qualche cosa di simile si ha nell'ordinamento inglese, con qualche differenziazione che potrebbe essere indicata, ove l'argomento dovesse essere approfondito » (Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione (seconda sezione), resoconto sommario della seduta del 5 dicembre 1946). Addirittura, l'articolo 19 del progetto

Calamandrei prevedeva una netta responsabilità « politica » di tale Procuratore, suscettibile di subire una vera e propria « sfiducia » da parte delle Camere. Infine, l'approccio dell'onorevole Gennaro Patricolo, del Gruppo dell'Uomo qualunque, era fautore di una estrema indipendenza della magistratura, fino a prevedere la soppressione del Ministro della giustizia, i cui poteri avrebbero dovuto essere esercitati dall'ordine giudiziario stesso. Si prevedeva una strutturazione piramidale della magistratura, al vertice della quale avrebbe dovuto situarsi il « Capo del potere giudiziario » eletto da tutti i « magistrati e dai funzionari dipendenti del potere giudiziario » e la cui elezione avrebbe dovuto essere « convalidata dal Capo dello Stato » (articolo 4 del progetto).

Come ricordò l'onorevole Castiglia, nella seduta del 6 dicembre 1946 della seconda sezione della Seconda Sottocommissione: « l'onorevole Patricolo vorrebbe affidare questa funzione di collegamento con gli altri poteri al Capo del potere giudiziario (articolo 4), il quale sarebbe eletto da tutto il complesso dei magistrati, e quindi senza subire pressioni del potere esecutivo. Esso perciò costituirebbe il Ministro non politico della giustizia » (Assemblea costituente, Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione (seconda sezione), resoconto sommario della seduta del 6 dicembre 1946). Orbene, questa semplice rassegna mostra quanto ampio fosse, fin dall'origine, lo spettro delle alternative immaginate e quanto l'elaborazione successiva sia stata il frutto di tentativi di conciliare i vari principi, accettando anche la prospettiva – ad esempio con riferimento alla collocazione del pubblico ministero – di rinviare al legislatore ordinario e alla successiva riforma dell'ordinamento giudiziario (si confronti la VII disposizione transitoria e finale della Costituzione) la definizione dell'equilibrio da raggiungere”.

[3] “3. *Le ragioni della riforma.* Il lungo dibattito tra i costituenti e la convinzione che proprio le ragioni che ne ispirarono le scelte impongono di aggiornare le norme costituzionali in materia di giustizia, per evitarne la sclerosi, inducono ad analizzare i rapporti tra magistratura, potere politico e cittadini, nella loro evoluzione dal 1948 ad oggi.

Tre sono i momenti fondamentali di questa evoluzione: il ruolo esercitato dalla giurisprudenza costituzionale; la trasformazione del sistema politico in senso bipolare; l'introduzione del giusto processo. Con riguardo al primo profilo, va ricordato come, nel corso degli oltre sessant'anni che ci separano dall'entrata in vigore della Costituzione, si siano pienamente affermati, da una parte, il carattere rigido della Carta, attraverso il quotidiano sindacato operato sulle leggi; dall'altra, al di là di ogni previsione, il ruolo arbitrale della Corte costituzionale, sovente chiamata a risolvere conflitti tra i poteri dello Stato. In questo particolare ambito, la Corte ha esercitato un compito fondamentale: quello di limitare i contrasti tra politica e magistratura disinnescando, in numerose occasioni, il rischio di una reale degenerazione. È in tale direzione che la Corte, fin dagli anni '70 del passato secolo, ha tutelato le attribuzioni costituzionali non solo dell'ordine giudiziario in quanto tale (attraverso il proprio organo di autogoverno), ma anche di ogni singolo organo giurisdizionale (considerato un potere dello Stato in sé) e, di recente, persino (entro certi limiti) del pubblico ministero. Nell'interpretazione e nella prassi costituzionale, la Corte ha, quindi, assunto un ruolo di garante dell'equilibrio tra i poteri che è essenziale nella nostra forma di Stato: un caposaldo che la riforma della giustizia non muterà affatto.

Sotto altro profilo, la trasformazione del sistema politico ha provocato significativi effetti sui rapporti tra politica e magistratura.

Il passaggio da un sistema di tipo consensuale (talvolta, persino consociativo) a un sistema competitivo e bipolare ha, infatti, determinato una straordinaria novità in termini di garanzie. In particolare, al sistema delle garanzie formali, previste dalla Costituzione e dalle leggi, si è aggiunto il ruolo di controllo esercitato dall'opposizione, chiamata a vigilare anche sui possibili sconfinamenti della maggioranza nei rapporti con gli altri poteri. Così, mentre nel regime della democrazia consensuale le minoranze avevano interesse a collaborare, più o meno direttamente, con la maggioranza, ricevendone un riconoscimento istituzionale, nell'attuale quadro politico, le minoranze che ambiscono alla guida del Governo sono portate, piuttosto, a esercitare un rigido controllo dell'altrui operato.

In tale contesto, va inquadrato allora il ruolo dei membri « laici » negli organi di autogoverno della magistratura, che non operano più come una componente monolitica, ma articolata, capace di stabilire con la componente « togata » relazioni variabili che possono modificare gli equilibri in astratto ipotizzabili.

Del resto, non può dimenticarsi il fatto che, in seno all'Assemblea costituente, la scelta di una larga prevalenza della componente togata nel Consiglio superiore della magistratura non fu affatto necessitata. Al contrario, si trattò di una delle possibili soluzioni, quella effettivamente prevalsa, peraltro di misura, rispetto alle altre. E tra queste va ricordata quella che stabiliva la composizione paritaria tra membri laici e membri togati, prevista nell'originario progetto della Commissione dei settantacinque e ripresa in seduta plenaria con l'emendamento Conti, Leone Giovanni, Bettiol, Cassiani, Rossi Paolo, Perassi e anche da Giuseppe Dossetti. Una proposta sostenuta anche dal Presidente Ruini, da personalità come Calamandrei e Tosato e accettata dall'Associazione nazionale magistrati.

Infine, sul piano dei rapporti tra la magistratura e i cittadini si collocano i principi che regolano il giusto processo, introdotti con la modifica dell'articolo 111 della Costituzione. Questa riforma, che ha interessato sinora le regole processuali, rende ormai indifferibile la separazione in senso proprio tra l'ordine dei giudici e l'ufficio del pubblico ministero (si veda, di seguito, il paragrafo 5), da cui dipende l'effettiva equidistanza del giudice dalle parti, *condicio sine qua non* della terzietà dell'organo giudicante e della parità tra accusa e difesa. La separazione delle carriere dei giudici e dei magistrati del pubblico ministero consentirà, dunque, di attuare nel massimo grado l'imparzialità e l'indipendenza dei giudici e di offrire un processo giusto al cittadino che vi sia imputato o parte".

#### [4] "DISEGNO DI LEGGE COSTITUZIONALE

##### ART. 1.

1. Al decimo comma dell'articolo 87 della Costituzione sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: « giudicante e il Consiglio superiore della magistratura requirente ».

2. Al titolo IV della parte II della Costituzione sono apportate le seguenti modificazioni:

a) la rubrica del titolo IV è sostituita dalla seguente: « La Giustizia »;

b) la rubrica della sezione I è sostituita dalla seguente: « Gli organi »;

c) la rubrica della sezione II è sostituita dalla seguente: « La giurisdizione ».

##### ART. 2.

1. Il secondo comma dell'articolo 101 della Costituzione è sostituito dal seguente:

« I giudici costituiscono un ordine autonomo e indipendente da ogni potere e sono soggetti soltanto alla legge ».

##### ART. 3.

1. Il primo comma dell'articolo 102 della Costituzione è sostituito dal seguente:

« La giurisdizione è esercitata da giudici ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario ».

ART. 4.

1. L'articolo 104 della Costituzione è sostituito dal seguente:

« ART. 104. – I magistrati si distinguono in giudici e pubblici ministeri.

La legge assicura la separazione delle carriere dei giudici e dei pubblici ministeri.

L'ufficio del pubblico ministero è organizzato secondo le norme dell'ordinamento giudiziario che ne assicurano l'autonomia e l'indipendenza ».

ART. 5.

1. Dopo l'articolo 104 della Costituzione sono inseriti i seguenti:

« ART. 104-bis. – Il Consiglio superiore della magistratura giudicante è presieduto dal Presidente della Repubblica.

Ne fa parte di diritto il primo presidente della Corte di cassazione.

Gli altri componenti sono eletti per metà da tutti i giudici ordinari tra gli appartenenti alla medesima categoria, previo sorteggio degli eleggibili, e per metà dal Parlamento in seduta comune tra professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati dopo quindici anni di esercizio.

Il Consiglio elegge un vicepresidente tra i componenti designati dal Parlamento. I membri elettivi del Consiglio durano in carica quattro anni e non sono rieleggibili. Non possono, finché sono in carica, essere iscritti negli albi professionali, né far parte del Parlamento o di un Consiglio regionale, provinciale o comunale.

ART. 104-ter. – Il Consiglio superiore della magistratura requirente è presieduto dal Presidente della Repubblica. Ne fa parte di diritto il procuratore generale presso la Corte di cassazione. Gli altri componenti sono eletti per metà da tutti i pubblici ministeri tra gli appartenenti alla medesima categoria, previo sorteggio degli eleggibili, e per metà dal Parlamento in seduta comune tra professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati dopo quindici anni di esercizio.

Il Consiglio elegge un vicepresidente tra i componenti designati dal Parlamento.

I membri elettivi del Consiglio durano in carica quattro anni e non sono rieleggibili.

Non possono, finché sono in carica, essere iscritti negli albi professionali, né far parte del Parlamento o di un Consiglio regionale, provinciale o comunale ».

ART. 6.

1. L'articolo 105 della Costituzione è sostituito dal seguente:

« ART. 105. – Spettano al Consiglio superiore della magistratura giudicante e al Consiglio superiore della magistratura requirente, secondo le norme dell'ordinamento giudiziario, le assunzioni, le assegnazioni, i trasferimenti e le promozioni nei riguardi, rispettivamente, dei giudici ordinari e dei pubblici ministeri.

I Consigli superiori non possono adottare atti di indirizzo politico, né esercitare funzioni diverse da quelle previste nella Costituzione ».

ART. 7.

1. Dopo l'articolo 105 della Costituzione è inserito il seguente:

« ART. 105-bis. – I provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati spettano alla Corte di disciplina della magistratura giudicante e requirente.

La Corte di disciplina si compone di una sezione per i giudici e di una sezione per i pubblici ministeri.

I componenti di ciascuna sezione sono eletti per metà dal Parlamento in seduta comune e per metà, rispettivamente, da tutti i giudici e da tutti i pubblici ministeri. I componenti eletti dal Parlamento sono scelti tra professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati dopo quindici anni di esercizio.

I componenti eletti dai giudici e dai pubblici ministeri sono scelti, previo sorteggio degli eleggibili, tra gli appartenenti alle rispettive categorie.

La Corte di disciplina elegge un presidente tra i componenti designati dal Parlamento e ciascuna sezione elegge un vicepresidente tra i componenti designati dal Parlamento.

I membri della Corte di disciplina durano in carica quattro anni e non sono rieleggibili. Non possono, finché sono in carica, essere iscritti negli albi professionali, né ricoprire uffici pubblici.

La legge assicura l'autonomia e l'indipendenza della Corte di disciplina e l'attuazione del principio del giusto processo nello svolgimento della sua attività. Contro i provvedimenti adottati dalla Corte di disciplina è ammesso ricorso per Cassazione per motivi di legittimità».

ART. 8.

1. Al secondo comma dell'articolo 106 della Costituzione, le parole: « per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli » sono soppresse.

ART. 9.

1. Al primo comma dell'articolo 107 della Costituzione sono apportate le seguenti modificazioni:

a) le parole: « del Consiglio superiore della magistratura » sono sostituite dalle seguenti: « dei Consigli superiori della magistratura giudicante e requirente »;

b) è aggiunto, in fine, il seguente periodo: « In caso di eccezionali esigenze, individuate dalla legge, attinenti all'organizzazione e al funzionamento dei servizi relativi alla giustizia, i Consigli superiori possono destinare i magistrati ad altre sedi ».

ART. 10.

1. L'articolo 109 della Costituzione è sostituito dal seguente:

« ART. 109. – Il giudice e il pubblico ministero dispongono della polizia giudiziaria secondo le modalità stabilite dalla legge ».

ART. 11.

1. L'articolo 110 della Costituzione è sostituito dal seguente:

« ART. 110. – Ferme le competenze dei Consigli superiori della magistratura giudicante e requirente, spettano al Ministro della giustizia la funzione ispettiva, l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia.

Il Ministro della giustizia riferisce annualmente alle Camere sullo stato della giustizia, sull'esercizio dell'azione penale e sull'uso dei mezzi di indagine».

ART. 12.

1. All'articolo 111 della Costituzione è aggiunto, in fine, il seguente comma: « Contro le sentenze di condanna è sempre ammesso l'appello, salvo che la legge disponga diversamente in relazione alla

natura del reato, delle pene e della decisione. Le sentenze di proscioglimento sono appellabili soltanto nei casi previsti dalla legge ».

ART. 13.

1. L'articolo 112 della Costituzione è sostituito dal seguente:

« ART. 112. – L'ufficio del pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale secondo i criteri stabiliti dalla legge ».

ART. 14.

1. Nel titolo IV della parte II della Costituzione, dopo la sezione II è aggiunta la seguente:

« SEZIONE II-*bis*.

*Responsabilità dei magistrati*

ART. 113-*bis*. – I magistrati sono direttamente responsabili degli atti compiuti in violazione di diritti al pari degli altri funzionari e dipendenti dello Stato. La legge disciplina espressamente la responsabilità civile dei magistrati per i casi di ingiusta detenzione e di altra indebita limitazione della libertà personale. La responsabilità civile dei magistrati si estende allo Stato».

ART. 15.

1. I principi contenuti nella presente legge costituzionale non si applicano ai procedimenti penali in corso alla data della sua entrata in vigore.

ART. 16.

1. La presente legge costituzionale entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale successiva alla sua promulgazione”.

[5] “5. *La diversità tra funzione giudicante e funzione requirente come criterio regolatore della riforma costituzionale della giustizia.*

Criterio regolatore della riforma del titolo IV è il riconoscimento della diversità delle funzioni giudiziarie e la conseguente separazione in senso proprio delle carriere dei giudici e dei magistrati del pubblico ministero, secondo i modelli di ordinamento giudiziario attualmente operanti in molti Paesi europei.

L'articolo 4 del disegno di legge costituzionale, nel riformulare l'articolo 104 della Costituzione, afferma, pertanto, che i magistrati si distinguono in giudici e pubblici ministeri e che la legge deve assicurare la separazione delle loro carriere. I giudici costituiscono un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere e sono soggetti soltanto alla legge. I magistrati del pubblico ministero assumono uno *status* costituzionale proprio, nel quale l'autonomia e l'indipendenza sono prerogative dell'ufficio requirente e non del singolo magistrato e sono, dunque, funzionali all'efficienza, alla responsabilità e all'eguaglianza nell'esercizio dell'azione penale, obiettivi al cui conseguimento è preordinato l'ufficio del pubblico ministero (si veda, di seguito, il paragrafo 6).

La separazione delle carriere costituisce il naturale esito di un percorso segnato, ancora una volta, dal dibattito e dalle scelte dell'Assemblea costituente, le quali dimostrano che l'assetto del pubblico ministero, a differenza di quello del giudice, non è una conseguenza necessitata della funzione, non è regolato, cioè, da principi ontologici, ma da fattori storicamente determinati. Infatti, nell'Assemblea costituente erano emerse due tendenze opposte, riconducibili ai progetti di Calamandrei e di Leone. La prima riconosceva nel pubblico ministero un organo sì indipendente, ma facente capo a un Procuratore generale commissario della giustizia, responsabile di fronte alle Camere; la seconda, invece, un organo del potere esecutivo.

Prevalse, alla fine, una tesi intermedia, secondo la quale, a differenza dei giudici « soggetti soltanto alla legge » (articolo 101, secondo comma, della Costituzione vigente), il pubblico ministero doveva

godere « delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario » (articolo 107, quarto comma, della Costituzione vigente); affermazione che evidenziava, allora come oggi, la diversa natura delle prerogative dei giudici e dei pubblici ministeri. La scelta di rinviare alle norme sull'ordinamento giudiziario e, quindi, alla legge ordinaria fu, del resto, dovuta alla consapevolezza che il nodo delle garanzie non potesse interamente sciogliersi senza una preliminare chiarificazione sulle funzioni e sul ruolo del pubblico ministero.

Il codice di procedura penale allora vigente conferiva al pubblico ministero una natura « ibrida » (Uberti e Ruini), « anfibia » (Leone) o « mista », com'ebbe a rilevare nel dibattito il socialista Targetti, il quale così riassumeva la questione: « L'Assemblea m'insegna che le funzioni del pubblico ministero, così come sono fissate nella procedura vigente, si può dire che siano di carattere misto. Se il pubblico ministero non avesse funzioni giurisdizionali, allora potremmo anche convenire che il pubblico ministero esercita una funzione che molto lo avvicina al potere esecutivo, col quale deve di conseguenza sentirsi, in qualche modo, legato. Ma quando, come è oggi, il pubblico ministero ha anche dei veri e propri poteri di giurisdizione, quando può decidere di un arresto emettendo un ordine di cattura (si dice ordine e non mandato, ma è perfettamente identico essere arrestati con un ordine o con un mandato); quando – dicevo – si attribuisce al pubblico ministero facoltà di concedere la libertà provvisoria, facoltà di rinviare al giudizio, chiunque comprende che questo magistrato esercita molte delle funzioni che lo parificano, in questo, al magistrato della giudicante. Funzioni che devono portare ciascuno di noi a riconoscere la necessità di garantirne il più possibile l'indipendenza dal potere esecutivo. Ma al tempo stesso, anzi prima di stabilire norme tassative in questo punto, occorre definire la figura di quest'importantissimo magistrato » (Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 26 novembre 1947).

In seguito, la legislazione repubblicana ha valorizzato al massimo l'indipendenza della magistratura e l'obbligatorietà dell'azione penale per favorire una progressiva assimilazione delle figure del giudice e del pubblico ministero, che rappresenta la più marcata differenza tra il sistema giudiziario italiano e quello degli altri Paesi.

Tuttavia, con il codice di procedura penale del 1989, il modello di pubblico ministero scelto dai costituenti è entrato in conflitto con il nuovo ruolo assegnatogli nel processo accusatorio. Per questo motivo, nel corso dei lavori della Commissione bicamerale si affermò, tra rappresentanti di forze politiche diverse, l'idea di separare le funzioni dei giudici e dei pubblici ministeri (senatore Pellegrino e senatore Folena, Gruppo della Sinistra democratica – L'Ulivo, senatore Loiero, Gruppo della federazione cristiano democratica – CCD) e, in alcuni casi, di separare anche le loro carriere (senatore Pera e onorevole Parenti, Gruppo di Forza Italia). La necessità di una chiara distinzione fu ben evidenziata dal Presidente del Comitato sul sistema delle garanzie, onorevole Boato (Gruppo Misto – Verdi), il quale sottolineò che « il ruolo del pubblico ministero, anche in relazione all'esercizio dell'azione penale, è stato ridisegnato con l'introduzione del processo accusatorio, sicché dovrebbe (tendenzialmente) presentarsi come organo di ricerca (non di istruzione), di richiesta (non di decisione), di azione (e non di giudizio) ».

Infine, la legge costituzionale n. 2 del 1999 ha introdotto il giusto processo, anche in attuazione delle convenzioni internazionali, rendendo così indifferibile la separazione tra l'ordine dei giudici e l'ufficio del pubblico ministero. Soltanto tale separazione consente, infatti, di realizzare un'effettiva terzietà dell'organo giudicante – vale a dire, la sua equidistanza dalle parti e la parità sul piano processuale dell'accusa e della difesa – offrendo al cittadino un processo effettivamente giusto. Non è un caso, quindi, che il Consiglio d'Europa abbia espressamente invitato gli Stati membri ad agire « affinché lo *status* giuridico, la competenza ed il ruolo procedurale dei Pubblici ministeri siano stabiliti dalla legge in modo tale che non vi possano essere dubbi fondati sull'indipendenza e l'imparzialità dei giudici », evidenziando lo stretto rapporto tra il ruolo del pubblico ministero nell'ordinamento penale e l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici (raccomandazione REC (2000)19, adottata dal Comitato dei Ministri il 6 ottobre 2000, paragrafo 17)".

[6] «6. *L'ufficio del pubblico ministero: efficacia e responsabilità nell'uso dei mezzi di indagine e nell'esercizio dell'azione penale.*

La seconda discontinuità introdotta dalla riforma del titolo IV consiste nella nuova configurazione della magistratura inquirente, che garantisce ai cittadini un uso efficace e responsabile dei mezzi di indagine e dell'azione penale.

La discontinuità si manifesta sin dalla definizione del pubblico ministero come « ufficio » (articolo 4 del disegno di legge), che fissa, anche sul piano lessicale, il connubio tra esercizio della funzione

inquirente e responsabilità; connubio che il ruolo sociale assunto dal pubblico ministero ha reso imprescindibile e che solo un'organizzazione razionale e coordinata degli organi della pubblica accusa può oggi garantire.

Nel corso degli ultimi decenni, lo scambio tra libertà e sicurezza determinato dallo sviluppo e dalla trasformazione della società ha provocato un sensibile aumento delle istanze di legalità e giustizia, accrescendo il ruolo e l'esposizione sociale e mediatica della magistratura. Al tempo stesso, la dimensione sovranazionale assunta dai fenomeni criminali ha favorito, specialmente nell'ambito dell'Unione europea, l'integrazione e il ravvicinamento degli ordinamenti nazionali e ha reso più cogenti gli obblighi di cooperazione giudiziaria in materia penale, costringendo gli Stati a modernizzare i propri sistemi giuridici e, inevitabilmente, a rinunciare a una parte delle proprie tradizioni giuridiche. Nell'ambito della revisione del titolo IV della parte II della Costituzione, l'ufficio del pubblico ministero rappresenta, allora, il nuovo soggetto capace di rispondere a queste diverse istanze. In particolare, esso consente di superare definitivamente quelle concezioni e prassi soggettivistiche che hanno dato luogo a una vera e propria « frammentazione » della funzione requirente, nella quale il singolo magistrato, attraverso la libera ricerca della notizia di reato e la diretta disponibilità della polizia giudiziaria, può disporre degli strumenti investigativi (compresi quelli più invasivi, complessi e costosi), senza doverne commisurare l'utilizzo a criteri predeterminati di esercizio dell'azione penale e senza tener anche conto delle risorse, necessariamente limitate, dell'organizzazione giudiziaria.

Tutto questo è stato mirabilmente sintetizzato nel pensiero di Giovanni Falcone, il quale, da studioso e da operatore del diritto, osservava come, in assenza di una politica giudiziaria vincolante, « tutto sia riservato alle decisioni assolutamente irresponsabili dei vari uffici di procura e spesso dei singoli sostituti », aggiungendo: « Mi sento di condividere l'analisi secondo cui, in mancanza di controlli istituzionali sull'attività del pubblico ministero, saranno sempre più gravi i pericoli che influenze informali e collegamenti occulti con centri occulti di potere possano influenzare l'esercizio di tale attività. Mi sembra giunto, quindi, il momento di razionalizzare e di coordinare l'attività del pubblico ministero finora reso praticamente irresponsabile da una visione feticistica dell'obbligatorietà dell'azione penale e della mancanza di efficaci controlli sulla sua attività », e concludendo che ciò dà l'immagine di una giustizia « che a fronte di interventi talora tempestivi soltanto per fatti di scarsa rilevanza sociale, e talora tardivi per episodi di elevata pericolosità, appare all'opinione pubblica come una variabile impazzita del sistema » (Fondazione Giovanni e Francesca Falcone, *Giovanni Falcone, interventi e proposte 1982/1992*).

[7] “10. *Le norme sulla giurisdizione: l'obbligatorietà dell'azione penale e i criteri per il suo esercizio.*”

L'articolo 13 del disegno di legge costituzionale modifica l'articolo 112 della Costituzione sull'obbligo di esercitare l'azione penale. La materia rappresenta un vero banco di prova sia dell'efficacia dell'azione giudiziaria sia del principio di eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.

La genesi della attuale disposizione è strettamente legata al tema dei rapporti tra pubblico ministero e Ministro della giustizia e, quindi, all'indipendenza della magistratura inquirente. La questione intorno alla quale i costituenti si divisero concerneva il principio di obbligatorietà dell'azione penale: se questa, cioè, comportasse necessariamente l'istituzione di un pubblico ministero indipendente e inamovibile (Calamandrei) oppure se fosse compatibile con la dipendenza dell'accusa pubblica dall'esecutivo (Leone). La scelta, racchiusa nel vigente articolo 112 della Costituzione, cadde sulla prima opzione.

Negli anni successivi emerse, però, con chiarezza che, come negli altri Paesi, neppure in Italia è possibile perseguire tutti i reati, non essendo l'apparato giudiziario in grado di fronteggiare il numero degli illeciti penali e non risultando risolutivo il sistematico ricorso a strumenti deflativi, di natura sia legislativa che organizzativa. Come evidenziava l'onorevole Boato, nella Relazione sul sistema delle garanzie trasmessa alla Presidenza della Camera dei deputati e alla Presidenza del Senato della Repubblica il 30 giugno 1997, nell'ambito del progetto di legge costituzionale per la revisione della parte seconda della Costituzione, è pressoché unanime il rilievo secondo cui il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale subisce in concreto, ossia nella pratica degli uffici giudiziari, attenuazioni tali da potersi affermare senza esagerazioni che, di fatto, la discrezionalità è ormai la regola.

Al tempo stesso, il dibattito tra gli studiosi ha fatto emergere come, tra i sistemi che seguono il principio di obbligatorietà dell'azione penale, quello italiano si caratterizzi per la sua adozione a livello costituzionale; e come ciò non consenta di ricorrere a strumenti legislativi capaci di incidere

significativamente sul binomio “legalità-obbligatorietà” o, perlomeno, di rendere più omogeneo l’esercizio dell’azione penale, con ripercussioni negative sia sul piano general-preventivo, e quindi della sicurezza pubblica, sia su quello dell’eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge.

Con la modifica dell’articolo 112 della Costituzione si stabilisce, allora, che, ferma l’obbligatorietà dell’azione penale, essa è regolata da criteri stabiliti dalla legge. Si conferisce così alla norma costituzionale una razionalità storico-sociale e una dimensione teleologica che rendono compatibile il principio di obbligatorietà con gli obiettivi di politica criminale. In questo modo, essa si allinea alle corrispondenti disposizioni di altri ordinamenti democratici e del cosiddetto *Corpus juris* per la istituzione di un Pubblico Ministero europeo, ove si parla di “temperamento” e “regolamentazione” dell’uso dell’azione penale, a significare che i margini di valutazione non possono essere affidati a determinazioni soggettive o casuali, ma devono trovare sempre, quale che sia il modello processuale, una regolamentazione obiettiva e predeterminata che solo la legge è in grado di garantire. Particolari esigenze storiche, sociali o economiche, infatti, possono indurre il legislatore a fissare criteri in forza dei quali, ad esempio, debba esser data prioritaria trattazione ad indagini concernenti determinati reati; fermo restando l’obbligo, esaurite queste, di curare anche le indagini relative alle altre fattispecie penalmente rilevanti”.

[8][http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/II\\_Sottocommissione\\_II\\_Sezione/sed001/se001nc.pdf](http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/II_Sottocommissione_II_Sezione/sed001/se001nc.pdf)

[9][http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/relaz\\_proposte/II\\_Sottocommissione/38nc.pdf](http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/relaz_proposte/II_Sottocommissione/38nc.pdf)

[10][http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/relaz\\_proposte/II\\_Sottocommissione/37nc.pdf](http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/relaz_proposte/II_Sottocommissione/37nc.pdf)

[11][http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/II\\_Sottocommissione\\_II\\_Sezione/sed011/sed011nc.pdf](http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/II_Sottocommissione_II_Sezione/sed011/sed011nc.pdf)

[12] II Sottocommissione, II Sezione, 11 gennaio 1947, pag. 126 (resoconto sommario):

“PRESIDENTE propone di coordinare Il testo di tutti gli articoli approvati dalla Sezione.

*Al termine del lavoro di coordinamento, gli articoli risultano così formulati:*

ART. 1. - Il potere giudiziario appartiene alla sovranità dello Stato. Le sentenze sono pronunciate in nome del popolo.

*(Variante proposta: in nome della Repubblica).*

ART. 2. – Il potere giudiziario in materia civile e penale è esercitato dai giudici ordinari, istituiti e regolati dalla legge sull’ordinamento giudiziario.

Le norme sull’ordinamento giudiziario debbono essere deliberate con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti delle Camere.

Al Consiglio di Stato e alla Corte dei conti spetta l’esercizio della funzione giurisdizionale nelle materie e nei limiti stabiliti dalla legge.

Non possono essere istituiti organi speciali di giurisdizione, se non per legge votata a maggioranza assoluta dei componenti delle Camere. In nessun caso possono essere istituiti giudici speciali in materia penale.

I Tribunali militari possono essere istituiti solo in tempo di guerra.

Presso gli organi giudiziari ordinari possono essere istituite, per determinate materie, apposite sezioni con la partecipazione di magistrati e di cittadini esperti, nominati a norma della legge sull’ordinamento giudiziario.

ART. 3. - I magistrati nell'esercizio delle loro funzioni dipendono soltanto dalla legge, che interpretano ed applicano secondo coscienza.

I magistrati non possono essere iscritti a partiti politici o ad associazioni segrete.

ART. 4. - I magistrati, sia giudicanti che del Pubblico Ministero, sono inamovibili dopo il tirocinio fissato dalla legge sull'ordinamento giudiziario. Essi non possono essere dispensati o sospesi dal servizio, retrocessi, trasferiti ad altra sede, od anche semplicemente destinati ad altre funzioni, se non con il loro consenso, ovvero per deliberazione del Consiglio Superiore della Magistratura per i motivi e con le garanzie di difesa stabiliti dalla legge sull'ordinamento giudiziario.

Il Pubblico Ministero gode di tutte le garanzie dei magistrati.

*(Variante proposta: Sopprimere l'ultimo comma).*

ART. 5. - La Magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente: le assunzioni, le promozioni, le assegnazioni di sede, i trasferimenti, i provvedimenti disciplinari ed in genere il governo della Magistratura sono demandati, a norma della legge sull'ordinamento giudiziario, al Consiglio Superiore della Magistratura.

Il Consiglio è presieduto dal Presidente della Repubblica. Il Ministro della giustizia ne è il vicepresidente. È composto del Primo Presidente della Corte di Cassazione e di membri eletti per metà da tutti i magistrati tra gli appartenenti alle loro diverse categorie stabilite dalla legge, e per metà dall'Assemblea Nazionale.

I magistrati si distinguono per diversità di funzioni e non di gradi.

ART. 6. - La nomina dei magistrati è fatta con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Consiglio superiore della Magistratura, in base a concorso seguito da un periodo di tirocinio. Possono essere nominate anche le donne.

La composizione delle sezioni e la nomina dei componenti del Consiglio di Stato e della Corte dei conti saranno regolate dalla legge.

Il Consiglio Superiore della Magistratura potrà, con le modalità fissate dalla legge sull'ordinamento giudiziario, disporre la nomina di magistrati onorari per tutte quelle funzioni giudiziarie che la legge attribuisce alla competenza dei giudici singoli.

Lo stesso Consiglio Superiore potrà, in considerazione di meriti insigni, proporre in via eccezionale la nomina senza concorso al grado di Consigliere di Cassazione di avvocati esercenti da almeno 15 anni o di professori ordinari di materie giuridiche nelle Università.

*(Variante proposta: Sopprimere gli ultimi due commi).*

ART. 7. - L'azione penale è pubblica e il Pubblico Ministero ha l'obbligo di esercitarla in conformità della legge, senza poterne sospendere o ritardare in alcun caso l'esercizio.

ART. 8. - I dibattimenti si svolgono oralmente; le udienze sono pubbliche, salvo che la legge, per ragioni di ordine pubblico o di moralità, non disponga altrimenti.

La difesa, in ogni stadio e grado del procedimento nelle forme stabilite dalla legge, è un diritto inviolabile.

ART. 9. - Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.

*(Variante proposta: Sopprimere l'articolo).*

ART. 10 - Contro le sentenze o le decisioni pronunciate in ultimo grado dagli organi giudiziari ordinari o speciali è sempre ammesso il ricorso alla Cassazione, secondo legge.

ART. 11. - La sentenza, non più soggetta ad impugnazione di qualsiasi specie, è immutabile e non può essere annullata o modificata neppure per atto del potere legislativo o esecutivo, salvo casi di legge penale abrogativa (o più favorevole?), di amnistia, di indulto e di grazia.

L'esecuzione della sentenza irrevocabile non può essere sospesa, se non nei casi espressamente previsti dalla legge.

ART. 12. - L'Autorità giudiziaria può disporre direttamente dell'opera della polizia giudiziaria.

#### NORMA DI ATTUAZIONE.

Entro cinque anni dall'entrata in vigore della Costituzione si procederà alla revisione degli organi speciali di giurisdizione attualmente esistenti, salvo le giurisdizioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti. Tale termine è ridotto a tre anni per i Tribunali militari.

Entro sei mesi dall'entrata in vigore della presente Costituzione si provvederà con legge alla soppressione del Tribunale Supremo Militare e alla devoluzione della competenza del medesimo alla Cassazione”.

[http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/II\\_Sottocommissione\\_II\\_Sezione/sed016/sed016nc.pdf](http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/II_Sottocommissione_II_Sezione/sed016/sed016nc.pdf)

[13]<http://legislature.camera.it/dati/Costituente/Lavori/Commissione/sed025/sed025nc.pdf>

[14] Commissione per la Costituzione, 30 gennaio 1947, res. sommario, pag. 241: “TOGLIATTI desidera innanzitutto fare un'osservazione sulla legge relativa alle garanzie della Magistratura, legge che porta il suo nome. Questa legge ha un duplice carattere: ha un carattere di riparazione e restaurazione, in quanto sopprime alcuni articoli dell'ordinamento giudiziario creato dal fascismo, che era un'offesa alla Magistratura la quale era sottoposta in modo brutale all'arbitrio del potere esecutivo; un secondo carattere di questa legge è di avviare la riorganizzazione della Magistratura, la quale avrebbe dovuto poi sfociare nella nuova Costituzione. Per questo non trova difficoltà a che nella Costituzione siano introdotte delle norme le quali in parte modifichino quelle sancite da una legge che porta la sua firma. Crede poi che quella legge nulla concedesse alla concezione del potere autonomo della Magistratura, concezione che ritiene democraticamente non accettabile. La legge da lui proposta, e approvata dal Consiglio dei Ministri, andava sino al limite estremo delle garanzie dell'indipendenza e dell'autonomia, ma non faceva della Magistratura un potere autonomo dello Stato, che è cosa diversa da un potere che si governa esclusivamente da sé.

Ritiene pertanto che giustamente tale concetto sia stato respinto negli articoli del progetto sottoposto all'esame della Commissione. Questi articoli, in qualche punto, vanno persino - a suo avviso - troppo in là, ed egli si propone - in questa sede o in sede di discussione dell'Assemblea - di richiamare l'attenzione su un articolo in cui la formulazione effettivamente è troppo larga, e precisamente l'articolo 5, laddove si elice che i magistrati sono inamovibili senz'altro, senza indicare da quale grado della carriera. Comprende infatti l'inamovibilità legata non soltanto alla funzione, ma anche ad un certo grado di maturità del magistrato.

Per quello che riguarda la struttura e le funzioni del Consiglio Superiore della Magistratura, credo accettabile la formula proposta nell'articolo, quantunque si stacchi molto dall'ordinamento adottato nella sua legge. Si tratta di un organismo il quale assume una funzione particolare, appunto per impedire la completa autonomia del potere giudiziario come tale. e per questo accetta la formula e crede che anche i magistrati possano accettarla. E in sostanza. il fatto che il Consiglio Superiore della Magistratura sia composto di membri eletti per metà dall'Assemblea Nazionale, accresce il prestigio della magistratura, non lo diminuisce.

Per quanto riguarda la questione del presidente e del vicepresidente, la presidenza del Presidente della Repubblica - a suo avviso - non si discute. Non si può inoltre non far vicepresidente il Ministro della giustizia; altrimenti la funzione di questo Ministro viene quasi completamente annullata nei confronti della Magistratura. Non gli si attribuirà una funzione di procuratore generale o di pubblico ministero, in quanto il Consiglio Superiore della Magistratura non è un organo giudicante di tipo puro: è un organo in parte investito di poteri disciplinari, di carattere amministrativo e in parte giudicante i magistrati secondo il loro valore agli effetti delle promozioni e delle assegnazioni alle differenti sedi. Ma il Ministro della giustizia deve avere nel Consiglio Superiore della Magistratura una funzione

preminente. Crede conveniente inoltre attribuire una funzione preminente anche al primo presidente della Cassazione, ed una soluzione di compromesso potrebbe essere quella di istituire due vicepresidenti: il Ministro della giustizia e il primo presidente della Corte di cassazione, con la presidenza affidata al Presidente della Repubblica. Gli sembra che questa soluzione di compromesso potrebbe accontentare tutte le esigenze, tanto quelle teoriche, quanto quelle di prestigio dell'ordine giudiziario”.

[15] Lo dice con chiare parole Laconi (PCI), in II Sottocommissione, 8 gennaio 1947, resoconto sommario, pag. 85: “A suo avviso, l'appunto sostanziale da fare ai difensori dell'assoluta autonomia della Magistratura è quello di riferirsi in sostanza ad un concetto astratto, in quanto non si può affermare, dal punto di vista politico, che i giudici, anche se indipendenti dalle influenze di altri poteri, siano effettivamente indipendenti nel senso astratto ed assoluto. Essi sono degli uomini, come tutti gli altri, che vivono e provengono da una particolare classe sociale, con un cospicuo patrimonio culturale e legati da mille vincoli alla società: sono quindi uomini che hanno una posizione conservatrice, che potrebbe tradursi in ,ma attitudine politica, quando fosse loro concessa un'assoluta autonomia nell'applicazione della legge. La quale legge è accettata come tale dall'opinione pubblica, non in quanto separata ed avulsa dal processo politico che l'ha formata, ma in quanto aderente alla mutevole realtà politica. Ora, a suo avviso; se si attribuisse ai magistrati la completa autonomia, essi sarebbero del tutto separati dal resto della vita nazionale e si avrebbe nella compagine della democrazia un ordine avulso dalla vita del Paese, che potrebbe nuocere al suo stesso sviluppo. Ritiene quindi che si debba lasciare al potere esecutivo e legislativo la possibilità, attraverso determinate cautele e garanzie, di controllare e dirigere, in senso generale, la vita dell'ordine giudiziario, tramite il Ministero della giustizia, che deve sopravvivere, oltre che come organo supremo del Pubblico Ministero, con questa potestà di controllo”.

[http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/II\\_Sottocommissione\\_II\\_Sezione/sed011/sedo11nc.pdf](http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/II_Sottocommissione_II_Sezione/sed011/sedo11nc.pdf)

[16] "Il sottoscritto chiede d'interrogare il Ministro di grazia e giustizia, per conoscere - nel momento in cui l'Assemblea Costituente sta per accogliere nei nuovi ordinamenti della Repubblica italiana la giusta ed antica aspirazione della Magistratura alla sua piena ed effettiva indipendenza, che ha come indispensabile premessa la leale accettazione e comprensione da parte di tutti i magistrati, a cominciare da quelli investiti dei più alti uffici, della legalità repubblicana - se siano vere le notizie riferite dalla stampa su recenti episodi, i quali potrebbero far ritenere che altissimi magistrati in adunanze solenni si compiacciano di ignorare la Repubblica e pubblicamente rifiutino al Presidente della Repubblica quel non servile ossequio che in regime democratico è dovuto al Capo dello Stato, simbolo dell'unità, della concordia e della sovranità del popolo; e, qualora tali notizie siano vere, per conoscere quali immediati provvedimenti intenda prendere o promuovere per far sì che nel popolo rimanga intatta la fiducia nella Magistratura e per evitare che, in seguito alla impressione suscitata da siffatti isolati gesti individuali, l'opinione pubblica possa essere indotta a considerare con timore quelle garanzie di assoluta indipendenza che stanno per essere date alla Magistratura e a diffidarne come di possibili pericolosi strumenti di resistenza e di ostilità contro le istituzioni repubblicane. CALAMANDREI”.

[17] **“Sul comportamento del Procuratore Generale della Corte di Cassazione in occasione dell'inaugurazione dell'Anno giudiziario.**

LACONI, anche a nome del suo gruppo politico, dichiara di trovare deplorabile il comportamento del Procuratore generale della Corte di cassazione, che, in occasione della inaugurazione dell'anno giudiziario, non ha rivolto neppure un saluto al Capo provvisorio dello Stato, presente alla cerimonia, né ha fatto alcun cenno all'avvento della Repubblica. Non ritiene di dover presentare un ordine del giorno di protesta, dato il carattere di studio della Sezione, ma intende far rilevare la gravità del fatto, che può influire sull'opinione pubblica e indurre i Deputati costituenti a considerazioni sul carattere dell'attuale Magistratura, che potrebbero influenzare l'esame dei problemi in discussione.

CALAMANDREI si associa alle parole dell'onorevole Laconi, comunicando di aver presentato in proposito al Ministro Guardasigilli un'interrogazione, per sapere quali provvedimenti intenda prendere, anche per consentire alla Costituente di discutere con serenità il problema del potere giudiziario.

PRESIDENTE si associa agli onorevoli Laconi e Calamandrei, rilevando che il fatto assume particolare importanza nel momento in cui la Costituente, ed in particolare questa Sezione, si sta occupando del problema del potere giudiziario e dell'indipendenza della Magistratura. Ritiene tuttavia che la cosa

non possa influire sui lavori della Sezione, anche perché l'atteggiamento di un singolo può non essere condiviso, ma essere anzi deplorato, dagli altri magistrati. Esprime quindi la speranza che i magistrati italiani sappiano meritare la fiducia della democrazia e della Repubblica.

DI GIOVANNI si associa.

CAPPI ritiene di interpretare il pensiero dei colleghi del suo gruppo politico, associandosi alle dichiarazioni fatte. A suo avviso, se si può scusare il non aver fatto cenno all'avvento della Repubblica, in quanto fatto politico e non giudiziario, è imperdonabile che da parte del Procuratore generale sia stata ignorata la presenza del Capo provvisorio dello Stato”.

[18] II Sottocommissione, II Sezione, 5 dicembre 1946, pag. 5 (resoconto sommario).

[http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/II\\_Sottocommissione\\_II\\_Sezione/sedo01/sedo01nc.pdf](http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/II_Sottocommissione_II_Sezione/sedo01/sedo01nc.pdf)

[19] Assemblea Costituente, 27 novembre 1947, pomeridiana, pag. 2581.

[http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/Assemblea/sed309/sed309nc\\_2575.pdf](http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/Assemblea/sed309/sed309nc_2575.pdf)

[20] Assemblea Costituente, 12 novembre 1947, pomeridiana, pag. 2013 ss.

[http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/Assemblea/sed289/sed289nc\\_2009.pdf](http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/Assemblea/sed289/sed289nc_2009.pdf)

[21] Assemblea Costituente, 24 novembre 1947 (antimeridiana) pag. 2405 s.

<http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/Assemblea/sed302/sed302nc.pdf>

[22] Assemblea Costituente, 25 novembre 1947, pomeridiana, p. 2473.

[http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/Assemblea/sed305/sed305nc\\_2465.pdf](http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/Assemblea/sed305/sed305nc_2465.pdf)

[23] Assemblea Costituente, 25 novembre 1947, pomeridiana, pag. 2467.

[http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/Assemblea/sed305/sed305nc\\_2465.pdf](http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/Assemblea/sed305/sed305nc_2465.pdf)

[24] Risulta dal verbale una votazione con prova, controprova e voto per divisione, che suggerisce un'incertezza sull'esito dovuta probabilmente all'esiguità dello scarto nei voti espressi.

Assemblea Costituente, 25 novembre 1947, pomeridiana, pag. 2477.

[http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/Assemblea/sed305/sed305nc\\_2465.pdf](http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/Assemblea/sed305/sed305nc_2465.pdf)

[25] Assemblea Costituente, 25 novembre 1947, pomeridiana, pag. 2480.

[http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/Assemblea/sed305/sed305nc\\_2465.pdf](http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/Assemblea/sed305/sed305nc_2465.pdf)

[26] II Sottocommissione, II Sezione, 8 gennaio 1947, pag. 80 s.

[http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/II\\_Sottocommissione\\_II\\_Sezione/sedo11/sedo11nc.pdf](http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/II_Sottocommissione_II_Sezione/sedo11/sedo11nc.pdf)

[27] Commissione per la Costituzione, Adunanza plenaria, 31 gennaio 1947, resoconto sommario, pag. 264 s.

<http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/Commissione/sedo27/sedo27nc.pdf>

[28][http://legislature.camera.it/strumenti/popup/default.asp?url=/altre\\_sezioni/assemblea\\_costituente/Composizione/VisProg.asp](http://legislature.camera.it/strumenti/popup/default.asp?url=/altre_sezioni/assemblea_costituente/Composizione/VisProg.asp)

**Progetto approvato dalla Commissione per la Costituzione**

## **TITOLO IV - LA MAGISTRATURA**

### **Sezione I - Ordinamento giudiziario**

#### **Art.94**

La funzione giurisdizionale, espressione della sovranità della Repubblica, è esercitata in nome del popolo.

I magistrati dipendono soltanto dalla legge, che interpretano ed applicano secondo coscienza.

I magistrati non possono essere iscritti a partiti politici o ad associazioni segrete.

#### **Art.95**

La funzione giurisdizionale in materia civile e penale è attribuita ai magistrati ordinari, istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario.

Al Consiglio di Stato ed alla Corte dei conti spetta la giurisdizione nelle materie e nei limiti stabiliti dalla legge.

Presso gli organi giudiziari ordinari possono istituirsi per determinate materie sezioni specializzate con la partecipazione anche di cittadini esperti, secondo le norme sull'ordinamento giudiziario.

Le norme sull'ordinamento giudiziario e quelle sulle magistrature del Consiglio di Stato e della Corte dei conti sono stabilite con legge approvata a maggioranza assoluta dei membri delle due Camere.

Non possono essere istituiti giudici speciali se non per legge approvata nel modo sopra indicato. In nessun caso possono istituirsi giudici speciali in materia penale.

I tribunali militari possono essere istituiti solo in tempo di guerra.

#### **Art.96**

Il popolo partecipa direttamente all'amministrazione della giustizia mediante l'istituto della giuria nei processi di Corte d'assise.

#### **Art.97**

La magistratura costituisce un ordine autonomo ed indipendente.

Il Consiglio Superiore della Magistratura, presieduto dal Presidente della Repubblica, è composto del Primo Presidente della corte di cassazione, vicepresidente, di un altro vicepresidente, nominato dall'Assemblea Nazionale e di membri designati per sette anni, metà da tutti i magistrati fra gli appartenenti alle diverse categorie, metà dall'Assemblea Nazionale fuori del proprio seno. Gli eletti dall'Assemblea Nazionale iscritti negli albi forensi non possono esercitare la professione finché fanno parte del Consiglio.

Le assunzioni, le promozioni, le assegnazioni ed i trasferimenti di sede e di funzioni, i provvedimenti disciplinari ed in genere il governo della Magistratura ordinaria sono di competenza del Consiglio Superiore secondo le norme dell'ordinamento giudiziario.

Il Ministro della giustizia promuove l'azione disciplinare contro i magistrati, secondo le norme dell'ordinamento giudiziario.

#### **Art.98**

I magistrati sono nominati con decreto del Presidente della Repubblica, su designazione del Consiglio Superiore della Magistratura, in base a concorso seguito da tirocinio. Possono essere nominate anche le donne nei casi previsti dall'ordinamento giudiziario.

Il Consiglio Superiore della Magistratura può designare per la nomina magistrati onorari in tutte le funzioni attribuite dalla legge a giudici singoli; e può designare all'ufficio di Consigliere di cassazione professori ordinari di materie giuridiche nelle Università ed avvocati dopo quindici anni d'esercizio.

#### **Art.99**

I magistrati sono inamovibili.

Non possono essere dispensati o sospesi dal servizio, retrocessi, trasferiti o destinati ad altra sede o funzione se non col loro consenso o con deliberazione del Consiglio Superiore della Magistratura, per i motivi e con le garanzie di difesa stabiliti dalle norme sull'ordinamento giudiziario.

I magistrati si distinguono per diversità di funzioni e non di gradi.

Il pubblico ministero gode di tutte le garanzie dei magistrati.

#### **Art.100**

L'autorità giudiziaria può disporre direttamente dell'opera della polizia giudiziaria.

#### **Art.101**

L'azione penale è pubblica. Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitarla e non la può mai sospendere o ritardare.

Le udienze sono pubbliche, salvo che la legge per ragioni di ordine pubblico o di moralità disponga altrimenti.

Tutti i provvedimenti giurisdizionali debbono essere motivati.

#### **Art.102**

Contro le sentenze o le decisioni pronunciate dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali è sempre ammesso il ricorso per cassazione secondo le norme di legge.

#### **Art.103**

La tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi verso gli atti della pubblica amministrazione è disposta in via generale dalla legge e non può essere soppressa o limitata per determinate categorie di atti.

#### **Art.104**

Le sentenze non più soggette ad impugnazione di qualsiasi specie non possono essere annullate o modificate neppure per atto legislativo, salvo i casi di legge penale abrogativa o di amnistia, grazia ed indulto.

L'esecuzione di una sentenza irrevocabile non può essere sospesa se non nei casi previsti dalla legge.

#### **Art.105**

L'Avvocatura dello Stato provvede alla consulenza legale ed alla difesa in giudizio dello Stato e degli altri enti indicati dalla legge.

Agli avvocati e procuratori dello Stato competono garanzie adeguate per l'esercizio delle loro funzioni.

[29] Assemblea Costituente, 26 novembre 1947, pomeriggio, pag. 2418 ss.

[http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/Assemblea/sed306/sed306nc\\_2493.pdf](http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/Assemblea/sed306/sed306nc_2493.pdf)

[30] Art. 26 proposta Calamandrei:

“Natura costituzionale delle leggi giudiziarie.

Le leggi che regolano l'ordinamento degli uffici giudiziari e lo stato giuridico dei magistrati e degli altri addetti all'ordine giudiziario non possono essere modificate che nelle forme e colle garanzie stabilite per modificare la presente Costituzione”.

Leone afferma nella sua relazione: “nell'eventualità che si decida di consegnare al Paese una costituzione rigida e che, in conseguenza, si crei la distinzione fra norme costituzionali e norme ordinarie, occorre assegnare le norme di *principale* interesse per la disciplina del potere giudiziario alla sfera delle forme costituzionali (così la legge sullo stato giuridico dei magistrati)”.

[31] Progetto di Costituzione, art. 95, comma 4: “Le norme sull'ordinamento giudiziario e quelle sulle magistrature del Consiglio di Stato e della Corte dei conti sono stabilite con legge approvata a maggioranza assoluta dei membri delle due Camere”.

[32] Assemblea Costituente, 21 novembre 1947, pomeridiana, pag. 2344.

[http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/Assemblea/sed299/sed299nc\\_2331.pdf](http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/Assemblea/sed299/sed299nc_2331.pdf)

[33] Assemblea costituente, 27 novembre 1947, antimeridiana, pag. 2548.

<http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/Assemblea/sed308/sed308nc.pdf>

[34] Assemblea costituente, 27 novembre 1947, antimeridiana, pag. 2547.

<http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/Assemblea/sed308/sed308nc.pdf>

[35] [http://www.camera.it/Camera/view/doc\\_viewer\\_full?url=http%3A//www.camera.it/dati/leg16/lavori/schedela/apriTelecomando\\_wai.asp%3Fcodice%3D16PDL0047600&back\\_to=http%3A//www.camera.it/126%3FPDL%3D4275%26leg%3D16%26tab%3D2](http://www.camera.it/Camera/view/doc_viewer_full?url=http%3A//www.camera.it/dati/leg16/lavori/schedela/apriTelecomando_wai.asp%3Fcodice%3D16PDL0047600&back_to=http%3A//www.camera.it/126%3FPDL%3D4275%26leg%3D16%26tab%3D2)

[36] Un quadro d'insieme nel *Rapporto sulla criminalità in Italia*, Ministero dell'Interno, s. d. (ma 2007). [http://www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/14/0900\\_rapporto\\_criminalita.pdf](http://www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/14/0900_rapporto_criminalita.pdf)

[37] V. ad es. la sentenza 24/2004, sulla incostituzionalità del lodo Schifani.

<http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2004&numero=024>

[38] V. il già citato intervento di Leone in II Sc., II Sez., 8 gennaio 1947, pag. 80 s.

[http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/II\\_Sottocommissione\\_II\\_Sezione/sedo11/sedo11nc.pdf](http://legislature.camera.it/dati/costituente/lavori/II_Sottocommissione_II_Sezione/sedo11/sedo11nc.pdf)

[39] “ART. 12.

1. All'articolo 111 della Costituzione è aggiunto, in fine, il seguente comma:

«Contro le sentenze di condanna è sempre ammesso l'appello, salvo che la legge disponga diversamente in relazione alla natura del reato, delle pene e della decisione. Le sentenze di proscioglimento sono appellabili soltanto nei casi previsti dalla legge»”.

[40] V. Corte cost., sent. 242/2009, con richiami ai precedenti.

<http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2009&numero=242>

[41] Corte cost., sent. 280/1995: “... il doppio grado di giurisdizione, così diffuso e tradizionale nell'ordinamento italiano, non è oggetto di un diritto elevato a rango costituzionale ...”.

<http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1995&numero=280>

[42] <http://legxiv.camera.it/dati/leg14/lavori/stampati/pdf/14PDL0060380.pdf>

[43] <http://legxiv.camera.it/dati/leg14/lavori/documentiparlamentari/indiceetesti/001/007/testo.htm>

[44] <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2007&numero=026>

[45] <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1996&numero=353>

[46] L'art. 107, comma 1, con le modifiche proposte, risulta così formulato:

“I magistrati sono inamovibili. Non possono essere dispensati o sospesi dal servizio né destinati ad altre sedi o funzioni se non in seguito a decisione dei Consigli superiori della magistratura giudicante e requirente, adottata o per i motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario o con il loro consenso. In caso di eccezionali esigenze, individuate dalla legge, attinenti all'organizzazione e al funzionamento dei servizi relativi alla giustizia, i Consigli superiori possono destinare i magistrati ad altre sedi”.

È chiaro che la destinazione ad altra sede del magistrato è disciplinata in via generale dal secondo periodo, con le garanzie ivi previste. Le “eccezionali esigenze” di cui all'ultimo periodo sostengono una deroga, il cui unico oggetto è dato appunto da quelle garanzie.

[47] V. il punto 9 della relazione. [http://www.camera.it/Camera/view/doc\\_viewer\\_full?url=http%3A//www.camera.it/dati/leg16/lavori/schedela/apriTelecomando\\_wai.asp%3Fcodice%3D16PDL0047600&back\\_to=http%3A//www.camera.it/126%3FPDL%3D4275%26leg%3D16%26tab%3D2](http://www.camera.it/Camera/view/doc_viewer_full?url=http%3A//www.camera.it/dati/leg16/lavori/schedela/apriTelecomando_wai.asp%3Fcodice%3D16PDL0047600&back_to=http%3A//www.camera.it/126%3FPDL%3D4275%26leg%3D16%26tab%3D2)

[48] V. il punto 3 della relazione.

[http://www.camera.it/Camera/view/doc\\_viewer\\_full?url=http%3A//www.camera.it/dati/leg16/lavori/schedela/apriTelecomando\\_wai.asp%3Fcodice%3D16PDL0047600&back\\_to=http%3A//www.camera.it/126%3FPDL%3D4275%26leg%3D16%26tab%3D2](http://www.camera.it/Camera/view/doc_viewer_full?url=http%3A//www.camera.it/dati/leg16/lavori/schedela/apriTelecomando_wai.asp%3Fcodice%3D16PDL0047600&back_to=http%3A//www.camera.it/126%3FPDL%3D4275%26leg%3D16%26tab%3D2)

[49] Assemblea costituente, 24 novembre 1947, antimeridiana, pag. 2409.

<http://legislature.camera.it/dati/constituente/lavori/Assemblea/sed302/sed302nc.pdf>

[50] <http://tv.repubblica.it/copertina/berlusconi-pm-di-milano-cancro-della-democrazia/67844?video>

[51] [http://www.repubblica.it/politica/2010/10/03/news/comizio\\_berlusconi-7680021/](http://www.repubblica.it/politica/2010/10/03/news/comizio_berlusconi-7680021/)

L'iniziativa parlamentare è già in campo. V. l'AC 3180, a firma Santelli e Stracquadanio.

[http://nuovo.camera.it/Camera/view/doc\\_viewer\\_full?url=http%3A//www.camera.it/dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0034140.pdf&back\\_to=http%3A//nuovo.camera.it/126%3FPDL%3D3180%26leg%3D16%26tab%3D2](http://nuovo.camera.it/Camera/view/doc_viewer_full?url=http%3A//www.camera.it/dati/leg16/lavori/stampati/pdf/16PDL0034140.pdf&back_to=http%3A//nuovo.camera.it/126%3FPDL%3D3180%26leg%3D16%26tab%3D2)

[52] <http://www.quirinale.it/elementi/Continua.aspx?tipo=Discorso&key=2180>

[53] [http://www.ilgiornale.it/interni/il\\_csm\\_va\\_oltre\\_suoi\\_poteri\\_no\\_responsabilita\\_toghe/politica-berlusconi-giustizia-governo-csm-magistratura-pini-parere-guardasigilli-processo-responsabilita\\_civile/04-04-2011/articolo-id=515445-page=0-comments=1](http://www.ilgiornale.it/interni/il_csm_va_oltre_suoi_poteri_no_responsabilita_toghe/politica-berlusconi-giustizia-governo-csm-magistratura-pini-parere-guardasigilli-processo-responsabilita_civile/04-04-2011/articolo-id=515445-page=0-comments=1)

[http://www.ilgiornale.it/interni/giustizia\\_laici\\_pdl\\_csm\\_non\\_discuta\\_proposte\\_allesame\\_camera/politica-berlusconi-giustizia-governo-riforma-csm-riunione-parere-laici-pdl-vietti/28-03-2011/articolo-id=514165-page=0-comments=1](http://www.ilgiornale.it/interni/giustizia_laici_pdl_csm_non_discuta_proposte_allesame_camera/politica-berlusconi-giustizia-governo-riforma-csm-riunione-parere-laici-pdl-vietti/28-03-2011/articolo-id=514165-page=0-comments=1)

[54] <http://www.normattiva.it/dispatcher?task=attoCompleto&service=213&datagu=1958-03-27&redaz=058U0195&parControllo=si&connote=false&aggiorn=null&datavalidita=20110514>

[55] [http://www.csm.it/circolari/1215\\_v.pdf](http://www.csm.it/circolari/1215_v.pdf) ; [http://www.csm.it/circolari/circv\\_1.pdf](http://www.csm.it/circolari/circv_1.pdf) ;

[http://www.csm.it/circolari/0709\\_v.pdf](http://www.csm.it/circolari/0709_v.pdf) ; [http://www.csm.it/circolari/0724\\_v.pdf](http://www.csm.it/circolari/0724_v.pdf) ;

[http://www.csm.it/circolari/030618\\_1.pdf](http://www.csm.it/circolari/030618_1.pdf)

[56] <http://www.csm.it/PDFDinamici/PRESCRIZIONE BREVE.pdf>

[57] [http://www.csm.it/circolari/100113\\_6.pdf](http://www.csm.it/circolari/100113_6.pdf)

[58] <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1968&numero=002>

[59] <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1987&numero=026>

[60] [http://www.governo.it/Presidenza/USRI/magistrature/norme/L117\\_1988.pdf](http://www.governo.it/Presidenza/USRI/magistrature/norme/L117_1988.pdf)

[61] “Art. 2. *Responsabilità per dolo o colpa grave.*”

1. Chi ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali che derivino da privazione della libertà personale.

2. Nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove.

3. Costituiscono colpa grave:

a) la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile;

b) l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento;

c) la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento;

d) l'emissione di provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione.

Art. 3. *Diniego di giustizia.*

1. Costituisce diniego di giustizia il rifiuto, l'omissione o il ritardo del magistrato nel compimento di atti del suo ufficio quando, trascorso il termine di legge per il compimento dell'atto, la parte ha presentato istanza per ottenere il provvedimento e sono decorsi inutilmente, senza giustificato motivo, trenta giorni dalla data di deposito in cancelleria. Se il termine non è previsto, debbono in ogni caso decorrere inutilmente trenta giorni dalla data del deposito in cancelleria dell'istanza volta ad ottenere il provvedimento.

2. Il termine di trenta giorni può essere prorogato, prima della sua scadenza, dal dirigente dell'ufficio con decreto motivato non oltre i tre mesi dalla data di deposito dell'istanza. Per la redazione di sentenze di particolare complessità, il dirigente dell'ufficio, con ulteriore decreto motivato adottato prima della scadenza, può aumentare fino ad altri tre mesi il termine di cui sopra.

3. Quando l'omissione o il ritardo senza giustificato motivo concernono la libertà personale dell'imputato, il termine di cui al comma 1 è ridotto a cinque giorni, improrogabili, a decorrere dal deposito dell'istanza o coincide con il giorno in cui si è verificata una situazione o è decorso un termine che rendano incompatibile la permanenza della misura restrittiva della libertà personale”.

[62] <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1989&numero=018>

[63] <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1990&numero=005>

[64]<http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1997&numero=034>

[65]<http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2000&numero=038>

[66][http://www.camera.it/453?shadow\\_organoparlamentare=1507&bollet=dati/leg16/lavori/bollet/201103/0324/html/14#allegato](http://www.camera.it/453?shadow_organoparlamentare=1507&bollet=dati/leg16/lavori/bollet/201103/0324/html/14#allegato)

“Dopo l'articolo 12 inserire il seguente:

Art. 12-bis. *(Attuazione della sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 13 giugno 2006, Traghetti del Mediterraneo SpA (causa C-173/03) e adeguamento alla procedura di infrazione 2009-2230)*. 1. All'articolo 2 della legge 13 aprile 1988, n. 117, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al comma 1 le parole «con dolo o colpa grave» sono sostituite dalle seguenti «in violazione manifesta del diritto»; b) il comma 2 è soppresso. 12. 03. Il relatore”.

[67] Corte di giustizia (Grande Sezione), 13 giugno 2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo SpA contro Repubblica italiana*. La Corte dichiara che “Il diritto comunitario osta ad una legislazione nazionale che escluda, in maniera generale, la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario imputabile a un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione controversa risulta da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale.

Il diritto comunitario osta altresì ad una legislazione nazionale che limiti la sussistenza di tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, ove una tale limitazione conducesse ad escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato membro interessato in altri casi in cui sia stata commessa una violazione manifesta del diritto vigente, quale precisata ai punti 53-56 della sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, Köbler”.

<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=it&jurcdj=jurcdj&numaff=C-173/03&nomusuel=&docnodecision=docnodecision&allcommjo=allcommjo&affint=affint&affclose=affclose&alldocrec=alldocrec&docdecision=docdecision&docor=docor&docav=docav&docsom=docsom&docinf=docinf&alldocnorec=alldocnorec&docnoor=docnoor&docppoag=docppoag&radtypeord=on&newform=newform&docj=docj&docop=docop&docnoj=docnoj&typeord=ALL&domaine=&mots=&resmax=100&Submit=Rechercher>

[68] Successivamente rinviato dall'Aula in Commissione nella seduta del 6 aprile 2011.

<http://nuovo.camera.it/412?idSeduta=0459&resoconto=stenografico&indice=cronologico&tit=00120&fase=#sed0459.stenografico.tit00120.sub00010>

[69]<http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2004&numero=024>

[70]<http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2011&numero=023>