

PAPER – 5 APRILE 2023

La giustizia:  
una questione ancora aperta?

di Ida A. Nicotra

Professore ordinario di Diritto costituzionale  
Università di Catania



# La giustizia: una questione ancora aperta? \*

**di Ida A. Nicotra**

Professore ordinario di Diritto costituzionale  
Università di Catania

**Sommario:** **1.** Le proposte di riforma dell'ordinamento giudiziario in funzione del giusto processo. **2.** Sulla proposta di sostituire l'attuale Consiglio Superiore della Magistratura in due distinti organi di autogoverno della magistratura giudicante e requirente. **3.** Sulla proposta di eliminare la presidenza del Capo dello Stato. **4.** Sulla proposta di modificare la proporzione stabilita in Costituzione tra membri laici e togati. **5.** Sulla regola dei concorsi separati per la carriera di giudice e pubblico ministero. **6.** Sulle proposte di modifica dell'art. 106 Cost. che demandano alla legge la possibilità di prevedere la nomina di avvocati e professori ordinari in materie giuridiche per tutti i livelli della magistratura giudicante. **7.** Su obbligatorietà dell'azione penale e riserva di legge.

## **1. Le proposte di riforma dell'ordinamento giudiziario in funzione del giusto processo.**

Le proposte di legge costituzionale all'esame delle Camere e oggetto delle odierne Audizioni di esperti vanno esaminate alla luce dell'art. 111 Cost. sul giusto processo.

In particolare, le modifiche costituzionali alla rubrica del Titolo IV, Sezioni I e II, della parte II della Costituzione, riguardante la Magistratura, vanno nella direzione di definire l'architettura costituzionale del legame fra i principi posti a presidio dell'esercizio della funzione giurisdizionale e il valore delle prerogative della persona, segnatamente del diritto di difesa, definito inviolabile dall'art. 24 della Costituzione, e della libertà personale, parimenti dotata della caratteristica costituzionale dell'invulnerabilità. Con legge costituzionale n. 2 del 1999 è stato revisionato l'art. 111 Cost. in funzione del c.d. giusto processo. Con tale innovazione costituzionale, finalizzata all'ampliamento delle garanzie relative all'esercizio della funzione giurisdizionale, sia in generale che in riferimento alla giustizia penale, sono stati inseriti nella Costituzione il principio accusatorio o del contraddittorio paritario (co. 2, 3 e 4), il principio di ragionevole durata del processo (co. 2) e l'obbligo di motivazione per tutti i provvedimenti giurisdizionali (co. 6).

In particolare, il principio accusatorio impone che il processo si svolga *“nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità”*, soprattutto con riferimento *“alla formazione della prova”*. In tal modo, si intende garantire l'equidistanza del giudice da accusa e difesa, che deve essere *“terzo e imparziale”*. La configurazione dell'art.111 esige di configurare all'interno della magistratura un regime di tendenziale separatezza dei ruoli assunti nell'ambito della dialettica processuale. Esso trova concreta realizzazione nel modo di

---

\* Audizione in video conferenza nell'ambito dell'esame delle proposte di legge C. 23 cost. Enrico Costa, C. 434 cost. Giachetti, C. 806 cost. Calderone e C. 824 Morrone, recanti modifiche all'art. 87 Cost. e al Titolo IV parte II della Costituzione in materia di separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura (2 marzo 2023).



intendere l'organo giudicante in una posizione di alterità rispetto al difensore e all'accusa<sup>1</sup>. La previsione contenuta nell'art.111 rappresenta la cifra della differente posizione che nel processo assumono l'avvocato e il pubblico ministero, entrambi guidati dal ruolo di parte.

Su questa premessa la Costituzione ha tracciato la distinzione tra i ruoli di giudice e organo requirente, esigendone la separazione – secondo la previsione dell'art. 107, 3° co. – per diversità di funzioni. Tale disposizione costituisce l'aspetto di caratterizzazione del sistema giudiziario italiano. La disposizione va letta cogliendone la doppia valenza: essa fissa un vincolo negativo per il legislatore che non potrebbe utilizzare altro criterio di qualificazione fra tutti gli appartenenti all'ordine giudiziario se non quello della funzione esercitata, escludendo ad esempio quello gerarchico. Parimenti, la norma possiede un precetto positivo, collegato al contenuto reale del criterio distintivo dei magistrati “per diversità di funzioni”. Specificazione del generale principio della divisione delle sfere di competenza, come corollario della garanzia dei diritti. In virtù di tale principio, la Costituzione ha inteso lasciare aperta alla legge ordinaria la via per una disciplina distintiva delle funzioni giudicanti e requirenti, attraverso l'accesso in magistratura per concorsi separati e/o il divieto della “interscambiabilità” delle carriere.

Lo sforzo di dare compiuta affermazione al principio di indipendenza del giudice non può non passare attraverso una fisionomia ordinamentale che tende ad elevare la posizione di esso da chi nel processo è parte. L'esigenza profondamente radicata del rispetto dell'eguaglianza nell'espletamento della funzione giurisdizionale impone di tracciare una linea di demarcazione tra il ruolo di chi è “terzo” nel giudizio e la posizione di chi nel processo rappresenta la parte, sia essa pubblica o privata<sup>2</sup>. D'altronde – come ha avvertito la Corte costituzionale in una decisione precedente all'introduzione in Costituzione del giusto processo – “non può disconoscersi come la vigente disciplina preveda, in alcune fasi del procedimento penale, talune posizioni di vantaggio per l'organo d'accusa, il che non fa apparire irragionevole che il legislatore per realizzare a pieno il diritto di difesa costituzionalmente garantito e per ristabilire la parità processuale, munisca in altre fasi l'imputato di altri poteri cui non debbano necessariamente corrispondere simmetrici poteri per il p.m.” (sent. n.98 del 1994).

Con riguardo alla giurisdizione ordinaria, la Carta fondamentale è chiara nell'affidarne la titolarità e l'esercizio a “magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme dell'ordinamento giudiziario” (art. 102, co. 1), stabilendo altresì che “la magistratura costituisce un ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere” (art. 104, co. 1).

---

<sup>1</sup> Sul punto sia consentito rinviare a I.A. Nicotra, *Giudici e pubblici ministeri, è giunto il tempo di una vera riforma*, in *Dove va la magistratura*, a cura di L. Mezzetti e N. Zanon, *Percorsi costituzionali* n.2/2009, 69 ss.

<sup>2</sup> A. Chiappetti, *Crisi della giustizia e della democrazia (la sliding door della giustizia)*, in *Percorsi costituzionali*, cit., 42 ss.



Si sancisce, pertanto, una generale garanzia per l'intero ordine giudiziario, di indipendenza c.d. esterna. In base ad essa i magistrati, senza distinzione alcuna, non possono in nessun caso essere soggetti a pressioni, condizionamenti o ingerenze da parte da qualsiasi altro ente, istituzione pubblica o privata<sup>3</sup>. La regola della separazione dei poteri ribadita nell'art. 104 costituisce, infatti, il punto fermo della tutela dei diritti fondamentali sanciti nella prima parte della Costituzione. In tal modo, si profila, un articolato sistema di garanzie delle libertà che fissa la linea di confine anche rispetto al potere di revisione secondo le forme indicate nell'art. 138. In altri termini, l'acquisizione del principio di divisione dei poteri, tendente - per quel che qui interessa - a predisporre un regime di distanziamento della magistratura dagli altri poteri dello Stato, deve necessariamente comportare il carattere di irriducibilità della disposizione che lo enuncia. Va detto fin d'ora che le proposte di modifica di cui si discute non entrano in conflitto con siffatto principio, in quanto in esse non si riscontra alcuno scostamento rispetto al valore dell'indipendenza della magistratura, non essendovi traccia di tentativi di ricondurre il pubblico ministro nell'alveo del potere esecutivo.

I progetti in parola, piuttosto, si collocano in linea di coerenza con l'orientamento della Corte costituzionale (sent. 1146 del 1988) che individua la sussistenza di veri e propri principi supremi dell'ordinamento (tra cui quelli delle libertà inviolabili e dell'indipendenza della magistratura) e come tali superiori, nella gerarchia delle fonti, alle altre disposizioni costituzionali, proprio perché resistenti alla stessa possibilità di revisione ex art. 138.

## **2. Sulla proposta di sostituire l'attuale Consiglio Superiore della Magistratura in due distinti organi di autogoverno della magistratura giudicante e requirente**

La Costituzione assegna al Consiglio Superiore della magistratura, organo di rilevanza costituzionale, la funzione di gestire tutti gli aspetti attinenti allo stato giuridico dei magistrati appartenenti all'ordine giudiziario, garantendone l'autonomia e l'indipendenza<sup>4</sup>.

Le proposte attualmente all'esame delle Camere intendono sostituire l'attuale Consiglio Superiore della Magistratura in due distinti organi costituzionali: il Consiglio superiore della Magistratura giudicante e il

---

<sup>3</sup> A garanzia dell'indipendenza sia esterna che interna (cioè anche nei confronti dello stesso CSM) del magistrato l'art. 107, 1 co. stabilisce che *“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 del Csm adottata o per i motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario o con il loro consenso”*. Il presidio dell'inamovibilità, rivolta sia ai giudicanti che ai requirenti, costituisce una duplice tutela poiché riguarda sia la sede che la funzione, ovvero l'assegnazione del magistrato all'interno dell'ufficio. Non rappresentando esso un privilegio ingiustificato va bilanciato con altri interessi costituzionali meritevoli di attenzione come la garanzia d'imparzialità del magistrato. Sul punto, N. Zanon – F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna 2019, 103 ss.

<sup>4</sup> Il primo Consiglio Superiore della Magistratura fu istituito in Italia nel 1097, con la legge n. 511, conosciuta anche come “legge Orlando”, si trattava di un organo parzialmente elettivo cui vennero affidati compiti di natura meramente consultiva sulle nomine, le promozioni e i trasferimenti dei magistrati.



Consiglio superiore della Magistratura requirente, inserimento dell'art. 105 bis (proposte AA. C. 23- 434-824)

L'obiettivo è quello di separare la magistratura giudicante da quella del pubblico ministero. Sarebbe in realtà possibile realizzare il medesimo intento (forse anche consigliabile) lasciando in vita un unico Csm, la cui organizzazione interna potrebbe prevedere, così come avviene in altri ordinamenti, due distinti Dipartimenti, una dedicata alle assunzioni, le assegnazioni e i trasferimenti, le promozioni e i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei giudici e l'altra nei riguardi dei pubblici ministeri.

In tale prospettiva, la riflessione potrebbe ripartire dalla proposta avanzata, in analoghi termini, dalla Commissione parlamentare per le riforme costituzionali del 1997 (nota anche come Commissione D'Alema), a proposito dell'articolazione in sezioni del Csm. Ciò al fine di evitare che la gestione delle competenze amministrative attinenti allo *status* di tutti i magistrati da parte di un unico organismo possa condizionare la necessaria separazione funzionale tra giudici e p.m.

Tale soluzione contribuirebbe ad attenuare sensibilmente i condizionamenti incrociati che oggi possono verificarsi, non solo per l'azione delle correnti all'interno dell'Associazione nazionale magistrati in seno al Csm, ma anche per la convivenza di magistrati giudicanti e inquirenti nel medesimo organo di autogoverno, con comprensibili ricadute sulla percezione dei cittadini sulla effettiva terzietà dei primi anche rispetto alla pubblica accusa.

Viceversa, la previsione di un "doppio" CSM potrebbe portare con sé il rischio di creare le condizioni per una magistratura requirente autoreferenziale e scollegata dagli altri poteri dello Stato.

### **3. Sulla proposta di eliminare la presidenza del Capo dello Stato**

In Assemblea costituente si scelse di attribuire la presidenza del Csm al Presidente della Repubblica in ragione del suo ruolo di garante della Costituzione e della sua funzione di raccordo fra gli organi costituzionali. Meuccio Ruini condivise la scelta di affidare alla suprema carica dello Stato la presidenza del Csm, affermando che *"il Capo dello Stato è fuori d'ogni potere – non gli abbiamo perciò dato la sanzione delle leggi – ma appunto perché egli è al vertice di tutto interviene nel dare espressione agli atti più eminenti dei vari poteri: come promulga le leggi ed emana i provvedimenti del Governo di maggior rilievo, egli non poteva essere estraneo a quello che comunemente è definito il terzo potere"*. Ruini osservava che il ruolo di presiedere il CSM dà dignità e risalto alla magistratura; *"mentre ogni timore che il capo dello Stato possa uscire dalla sua imparzialità, esercitando una funzione diretta, è infondato perché o il Presidente ha il temperamento di arbitro, moderatore ed equilibratore, che la Costituzione gli chiede per tutte le funzioni affidategli, o non lo possiede e allora urti e inconvenienti avverranno in ogni caso"*<sup>5</sup>. Alla fine,

---

<sup>5</sup> Cfr. *Commento art. 87 Cost.*, in *La Costituzione nella Repubblica italiana, illustrata con i lavori preparatori*, a cura di Falzone, Palermo, Cosentino, Roma 1974, 225 ss.



tale tesi risultò prevalente in quanto la c.d. “*doppia presidenza*” venne considerata il miglior presidio per assicurare l’apoliticità dell’organo e scongiurare una rigida separatezza della magistratura dagli altri poteri dello Stato, salvaguardando il collegamento tra l’organo di “autogoverno” della magistratura e le istituzioni rappresentative del corpo elettorale. Il Csm, invero, non costituisce solo un organismo interno del potere giudiziario, ma è organo del complessivo ordinamento nazionale, inteso nella sua unità, valore di cui il Presidente della Repubblica è il supremo garante in quanto rappresentante “dell’unità nazionale” (art.87, 1° co.).

Nella prassi repubblicana, proprio al fine di non compromettere la posizione di equidistanza del Presidente della Repubblica, la gestione quotidiana dei lavori consiliari è affidata al Vicepresidente, in virtù di una interpretazione estensiva dell’art. 19 della legge n. 195 del 1958. Del resto, alla medesima *ratio* sembra ispirato l’art. 2 della l.n. 195/1958, laddove espressamente esclude la partecipazione del Capo dello Stato al Comitato di presidenza; organo presieduto dal Vicepresidente e composto dal Primo presidente della Corte di Cassazione e dal Procuratore generale presso la stessa e al quale è attribuito il compito di promuovere l’attività del Consiglio, dare attuazione alle sue delibere e provvedere alla gestione del bilancio<sup>6</sup>.

L’opzione preferita nella stesura definitiva dell’art. 104 della Costituzione continua a mantenere la sua solidità e ad evidenziare l’opportunità di ribadire l’attribuzione al Presidente della Repubblica della presidenza del CSM.

Alle considerazioni espresse in Assemblea costituente si aggiunge l’esigenza di assecondare il paradigma costituzionale che ha previsto un sistema di pesi e contrappesi capace di salvaguardare un equilibrio tra poteri, in modo che nessuno potesse prevalere sugli altri. L’esperienza repubblicana ha risposto alle attese costituzionali; si può affermare che la scelta di affidare la presidenza al Capo dello Stato abbia realizzato l’obiettivo di conciliare la difesa dell’indipendenza dell’ordine giudiziario con l’esigenza “*di una costante saldatura con l’apparato unitario dello Stato*” (Corte Cost. 142 del 1973). Proprio nel solco di tale linea tracciata dalla Corte costituzionale si collocano le parole del Capo dello Stato Mattarella che, a seguito dei gravi fatti connessi alle intercettazioni del c.d. caso Palamara, è intervenuto, in qualità di Presidente del Csm, con una nota per disapprovare “*la modestia etica*” dei giudici coinvolti nella vicenda e auspicare “*una riforma*

---

<sup>6</sup> L’art. 8 del regolamento interno del Csm prevede che il Comitato di presidenza promuove le attività del Consiglio e dà attuazione alle relative decisioni, precisando, altresì, che tale organo “*svolge le proprie funzioni nel rispetto delle competenze delle Commissioni e del Consiglio*”. Secondo una parte della dottrina, il Comitato di Presidenza non sarebbe in linea con le norme costituzionali dedicate al Csm sulla base della considerazione che i suoi compiti dovrebbero essere intesi come di mera attuazione delle deliberazioni espressione della natura collegiale del Consiglio. Nella prassi, tuttavia, si è affermata una linea che ha conferito centralità al Comitato di presidenza, pregiudicando il ruolo del Plenum, sia con riferimento alla rappresentanza politica esterna al Consiglio, sia con riferimento alla effettiva capacità decisionale dello stesso. Al riguardo cfr. N. Zanon, *Brevi note sull’evoluzione della “forma di governo” del Consiglio Superiore della Magistratura, alla luce del ruolo del Comitato di Presidenza*, in *Quaderni Costituzionali*, 2015; F. Del Canto, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, Torino 2020, 118 ss.



*che contribuisca - unitamente al fondamentale e decisivo piano dei comportamenti individuali – a restituire appieno all’ordine giudiziario il prestigio e la credibilità incrinati da quanto appare, salvaguardando l’indispensabile valore dell’indipendenza della Magistratura, principio base della nostra Carta” (nota del Quirinale del 29 maggio 2020).*

#### **4. Sulla proposta di modificare la proporzione stabilita in Costituzione tra membri laici e togati.**

Le modifiche mirano a mutare la proporzione, stabilita in Costituzione di due terzi e un terzo, tra componenti scelti da tutti i magistrati ordinari appartenenti alle varie categorie e componenti eletti dal Parlamento in seduta comune tra professori ordinari di Università in materie giuridiche ed avvocati dopo quindici anni di esercizio (art. 104, 4° co.). La proposta avanzata di aumentare il numero dei membri laici, realizzando così una situazione di *parità* numerica di tutte le componenti elettive, in realtà, non andrebbe ad intaccare la maggioranza complessiva dell’organo di autogoverno.

I membri togati rimarrebbero sempre maggioritari grazie alla presenza di diritto delle due figure apicali (giudicante e requirente) della magistratura ordinaria: il primo presidente e il procuratore generale della Corte di Cassazione, secondo quanto previsto dall’art. 104, 3° co.

L’idea insita nelle proposte è quella di rafforzare il principio di leale collaborazione tra le istituzioni, proprio grazie al riequilibrio tra componente espressa dalle Camere e rappresentanti delle toghe; al fine di preservare l’indipendenza della magistratura e di tenere saldo il legame della magistratura con gli altri poteri.

La presenza dei laici, infatti, mira ad evitare una chiusura corporativa e un atteggiamento autoreferenziale dell’ordine giudiziario. È evidente che il raggiungimento di siffatti obiettivi, mantenendo il Consiglio superiore della magistratura, nel solco tracciato dalla Costituzione, può essere realizzato a condizione che l’attività dei membri di derivazione parlamentare sia indirizzata a favorire il buon andamento e l’imparzialità dell’amministrazione della giustizia e non sia, invece, guidata da esigenze politiche di parte. Per rimarcare l’esigenza di un profilo di indipendenza degli eletti dal Parlamento la recente l. n. 71 del 2022 ha previsto che la scelta dei membri laici debba avvenire “*secondo procedure trasparenti di candidature, da svolgere nel rispetto della parità di genere di cui agli artt. 3 e 51 della Costituzione*” e ha ribadito che i membri del Csm “*svolgono le loro funzioni in piena indipendenza e imparzialità*”. Il precetto legislativo ha trovato attuazione attraverso una delibera parlamentare che ha previsto un sistema “misto” di presentazione delle candidature che possono essere presentate in modo autonomo da ciascun aspirante, ovvero da un numero minimo di dieci parlamentari appartenenti ad almeno due gruppi parlamentari. Tale ultimo meccanismo lascia perplessi. Invero, la candidatura da parte dei gruppi costituisce il sintomo di una particolare “*vicinanza*” del candidato alla parte politica dalla quale la candidatura proviene, conferendole maggiori



*chances* rispetto alle “autocandidature” in vista della votazione e indebolendola, al tempo stesso, rispetto al possesso del requisito dell’indipendenza del componente “*in pectore*”.

A tal proposito potrebbe essere conveniente rafforzare il regime di incompatibilità previsto in Costituzione nella parte in cui dispone che i membri laici “*non possono, finché sono in carica, essere iscritti negli albi professionali, né far parte del Parlamento o di un Consiglio regionale*” (art. 104, 7° co.). Magari stabilendo, all’interno della medesima disposizione, un ulteriore requisito per l’eleggibilità collegato alla fissazione di un periodo di raffreddamento, in modo da creare un distacco temporale, per chi ha rivestito un incarico politico prima di poter assumere il mandato di membro del CSM.

## **5. Sulla regola dei concorsi separati per la carriera di giudice e pubblico ministero**

Dal contenuto del 1 co. dell’art. 106 che recita “*le nomine dei magistrati hanno luogo per concorso*” può agevolmente desumersi il rafforzamento della regola generale secondo cui il reclutamento dei componenti dell’ordine giudiziario è quello concorsuale. In proposito tutte le proposte di modifica (AA. C. 23, 434, 806 e 824) mirano a specificare che le nomine dei magistrati giudicanti e requirenti avvengano per *concorsi separati*.

Il raggiungimento del proposito di realizzare una netta separazione della carriera di giudici e pubblici ministeri si potrebbe raggiungere a Costituzione “*invariata*”, senza cioè dover apportare revisioni all’art. 106. Il fatto che tale disposizione utilizzi il termine “concorso”, al posto di “concorsi”, non osta in alcun modo alla possibilità di realizzare, tramite legge ordinaria, un meccanismo di reclutamento che avvenga per procedure concorsuali autonome - una per intraprendere la carriera di giudice; l’altra per accedere a quella di magistrato requirente - ovvero di mantenere un unico concorso, al superamento del quale il vincitore sarebbe chiamato ad optare, una volta per tutte, per una delle due figure professionali, giudice o p.m. (c.d. “*interscambiabilità delle funzioni*”)<sup>7</sup>.

La conferma dell’esattezza di tale interpretazione si rinviene nell’art. 97 Cost.; l’espressione “*concorso*” usata al singolare è presente, infatti, anche nell’art. 97, 4° co. Cost. a tenore del quale “*agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge*”. Chiaramente, la citata previsione serve a specificare che il *concorso*, improntato ai principi di eguaglianza e imparzialità, costituisce lo strumento ordinario per consentire ai cittadini l’accesso agli uffici pubblici. La circostanza che si parli

---

<sup>7</sup> Diversamente, il sistema attualmente vigente realizzato con la legge n. 134 del 2021 consente il cambio di funzioni tra requirente a giudicante, per una sola volta, in luogo delle quattro previste con il precedente regime (art.12). In particolare, il cambiamento delle funzioni può essere effettuato nel corso della carriera entro nove anni dalla prima assegnazione delle funzioni. *Trascorso tale periodo è ancora consentito il passaggio delle funzioni da giudicante a requirente, purché l’interessato non abbia mai svolto funzioni giudicanti penali e il passaggio dalle funzioni requirenti alle funzioni giudicanti civili o del lavoro, in un ufficio giudiziario diviso in sezioni, purché il magistrato non si trovi, neanche in qualità di sostituto, a svolgere funzioni giudicanti penali o miste.*





di “concorso” al singolare non ha precluso, come è ovvio, che tramite legge siano organizzati distinti pubblici concorsi per accedere a differenti categorie lavorative.

## **6. Sulle proposte di modifica dell’art.106 che demandano alla legge la possibilità di prevedere la nomina di avvocati e professori ordinari in materie giuridiche per tutti i livelli della magistratura giudicante.**

Di non poco interesse risultano essere le disposizioni contenute nei successivi commi dell’art.106. In particolare, il 2° comma dispone che “*la legge sull’ordinamento giudiziario può ammettere la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli?*”.

Il 3° co. attribuisce al CSM di designare per meriti insigni, professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati che abbiano quindici anni di esercizio e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori all’ufficio di consigliere di cassazione. Esso prevede, in casi eccezionali, l’impiego di meccanismi di nomina diversi dal concorso<sup>8</sup>.

La facoltà rimessa al legislatore e al Consiglio Superiore della Magistratura di adottare modalità anche elettive per la scelta di magistrati onorari e di “chiamata” risulta, a ben guardare, limitata alla titolarità di uffici preposti all’espletamento di “funzioni attribuite a giudici singoli”. In proposito pare potersi condividere la portata restrittiva dell’enunciazione costituzionale (art. 106, 2°co.), al fine di limitare in modo rigoroso le funzioni del giudice “non professionale” a quelle assegnate secondo il criterio della monocraticità (c.d. settore di giustizia minore).

A considerazioni in parte analoghe si giunge relativamente alla previsione della nomina su designazione del CSM di professori universitari e avvocati (art. 106, 3°co.) per meriti insigni all’ufficio di consiglieri di Cassazione. Anche nei confronti di tali elevate professionalità l’inserimento nell’ordine giudiziario per “*chiamata diretta*” è limitato all’accesso nei ruoli dell’ufficio di consigliere di Cassazione. La ratio della scelta costituzionale va individuata nel peculiare ruolo della Suprema Corte costituito dallo svolgimento della giurisdizione di legittimità. Da ciò si può far discendere la conseguenza che tale ultima funzione richiede una preparazione professionale assai prossima all’attività di ricerca e di studio tipica di quella universitaria e comunque presente nelle alte professionalità del mondo forense e scientifico idonee a portare in quella sede il loro contributo.

A siffatta considerazione ne va aggiunta una ulteriore connessa alla scrupolosità con cui il Costituente ha fatto riferimento all’ufficio di Consigliere, anziché ricorrere alla più generica locuzione di “magistrato” frequentemente utilizzata nel Testo fondamentale. Probabilmente nell’intento di riservare la partecipazione di “estranei” all’amministrazione della giustizia per l’esercizio delle sole funzioni giudicanti

---

<sup>8</sup> G. M. Salerno, *L’accesso alla magistratura: una questione di giustizia*, in *Percorsi costituzionali cit.*, 85 ss.



e non anche per quelle requirenti, le quali secondo le norme sull'ordinamento giudiziario, completano l'assetto della magistratura di Cassazione. Il che rafforza il principio secondo cui alla carriera di p.m. non può che accedersi mediante concorso. Come se il controllo della qualificazione di tale ufficio fosse diretto e mettesse in risalto l'esigenza di assegnare ad esso personale dotato della tecnica necessaria al delicato compito di raccolta delle prove e formulazione dell'accusa, nonché quello di organizzare e dirigere la polizia giudiziaria.

Alla luce di tali premesse vanno analizzate le proposte di modifica dell'art.106 nella parte in cui sottraggono al Csm e demandano alla legge la possibilità di prevedere la nomina di avvocati e professori ordinari in materie giuridiche, non più solo per Cassazione ma per tutti i livelli della magistratura giudicante.

Le proposte, in continuità con il testo vigente, limitano, in maniera condivisibile, tale possibilità all'ufficio della magistratura giudicante. Tuttavia, la stessa disposizione di dovrebbe far carico di indicare espressamente l'organo a cui spetta la nomina, poiché sarebbe opportuno dare una precisa indicazione costituzionale in tal senso al legislatore.

**7. Su obbligatorietà dell'azione penale e riserva di legge. Sulle proposte di modifica costituzionale (C. 23, 434 e 824) mirano a fornire una solida copertura costituzionale alla legge di fissazione dei criteri di priorità dell'azione penale introducendo nel Testo una espressa riserva di legge assoluta, nella parte in cui stabilisce che “il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale nei casi e nei modi previsti dalla legge”.**

La fitta rete di protezione nei confronti della libertà personale trova la sua espressione, oltre che nel principio di netta separazione della magistratura dagli altri poteri dello Stato, nella regola che sottrae al magistrato dell'accusa ogni margine di discrezionalità circa l'esercizio dell'azione penale. Se da una parte, il principio della obbligatorietà dell'azione penale costituisce il naturale crinale tra il p.m. e il giudice, dall'altra, esso riconduce l'attività del primo entro il perimetro del principio di eguaglianza, sottraendo la sua posizione di *dominus* dell'azione inquirente all'influenza di estranei e in particolare del potere politico. Obbligatorietà e indipendenza del p.m. “*sono due facce della stessa medaglia*”, tanto che – afferma la Corte costituzionale nella sentenza 420 del 1995 – “*pur a negare l'applicabilità dell'art.101, 2° co. della Costituzione ai magistrati del pubblico ministero, può ben dirsi che l'art.112 sia quantomeno un vero e proprio corollario di quel che è l'art.101 per i giudici, il quale esprime comunque il valore fondamentale dell'indipendenza nel suo complesso*”.

Secondo gli intendimenti emersi in Assemblea costituente (il dibattito si svolse nella seduta antimeridiana del 27 novembre 1947) il principio di obbligatorietà dell'azione penale avrebbe dovuto rappresentare un presidio dell'eguaglianza attraverso la vincolatività della funzione accusatoria, la cui inosservanza avrebbe



comportato per il p.m. la violazione di un dovere costituzionale. Il fatto che il magistrato dell'accusa ricevuta la *notizia criminis* venga posto nell'impossibilità di non intraprendere la corrispondente azione, ne segna il ruolo di per sé indipendente. Nella stessa direzione di garantire l'indipendenza del p.m. si colloca la norma che attribuisce la diretta disponibilità della polizia giudiziaria all'ufficio di accusa, per dotare, appunto, la magistratura inquirente di un apparato idoneo a perseguire l'illecito sottraendolo a considerazioni discrezionali che potrebbero asservire la magistratura alle forze di maggioranza. Un principio che la Costituzione esprime con un linguaggio semplice ed essenziale.

Eppure, la concreta applicazione del principio dell'obbligatorietà ha mostrato nel corso dei decenni sbavature ed opacità. La divaricazione tra il dovere costituzionale di esaminare ogni notizia di reato e la prassi seguita dimostra la sua difficile praticabilità<sup>9</sup>. Anche a causa della sempre maggiore complessità dei fatti penalmente rilevanti e della necessità di perseguirli tutti, la trattazione delle diverse notizie di reato finisce per trovare soluzioni diversificate da parte delle singole procure. Come peraltro è emerso anche da alcuni provvedimenti con cui il Csm ha preso atto della circostanza che in alcune procure erano state individuate delle priorità al fine di indirizzare il lavoro dei sostituti procuratori (10 giugno 1998). Con la conseguenza che in tal modo l'azione penale non risponde ad un esercizio uniforme e trasparente in tutto il territorio nazionale. In proposito, va ricordata la Circolare Maddalena del 10 gennaio 2007 che ha individuato una serie di procedimenti da "accantonare" in quanto riferiti a fattispecie di reato suscettibili d'indulto ex l. n. 241 del 2006 e destinati, dunque, a non concludersi con l'esecuzione di una sanzione. Infatti, pur nell'eventualità che essi si fossero conclusi con una sentenza di condanna sarebbero sfociati in un "nulla di fatto" in conseguenza della mancata applicazione della pena.

Per riportare l'esercizio dell'azione penale nell'alveo del precetto costituzionale occorre individuare taluni criteri di priorità che rispondano a criteri di trasparenza e uniformità. Le proposte odierne, assecondando la recente riforma Cartabia, intendono introdurre il principio della riserva di legge nell'art. 112 della Costituzione, mantenendo il principio di obbligatorietà dell'azione penale, il cui esercizio dovrà avvenire "*nei casi e secondo i modi previsti dalla legge*".

Allo scopo di non compromettere l'indipendenza della magistratura requirente si potrebbe prevedere un rafforzamento della riserva di legge elevando i *quorum* di approvazione, in modo da coinvolgere, nella stesura dei criteri di priorità, anche le forze di opposizione (o almeno alcune di esse) presenti in Parlamento. In alternativa, si potrebbe, al fine di limitare la discrezionalità del legislatore, immaginare un modello ispirato al principio di leale collaborazione, attivando procedure di raccordo e coinvolgimento tra Parlamento e magistratura requirente, al fine poter trovare soluzioni condivise, in ordine ai criteri di

---

<sup>9</sup> O. Dominioni, *L'obbligatorietà dell'azione penale. Dal feticismo alla realtà: "irrelevanza sociale del fatto"*, in *Dove va la Magistratura*, cit. 49 ss. F. Dal Canto, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, cit., 214 ss.



priorità. Si potrebbe utilizzare uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per la realizzazione della leale collaborazione (“*parere*” o “*intesa*”) con l’organismo inquirente (ad esempio il Procuratore generale presso la Cassazione), ai fini dell’adozione della legge di individuazione dei criteri di priorità<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Le proposte di riforma costituzionale dell’art. 112 sono state, in larga parte, anticipate dal legislatore ordinario. Nel quadro di riscrittura del processo penale, la legge n. 134 del 2021 ha previsto l’introduzione dei criteri di priorità per la trattazione delle notizie di reato e per l’esercizio dell’azione penale. Si tratta di una legge delega che indica principi e criteri direttivi a cui il legislatore delegato è tenuto ad attenersi. In particolare, si dispone che “*gli uffici del pubblico ministero per garantire l’efficace uniforme esercizio dell’azione penale, nell’ambito dei criteri indicati dal Parlamento con legge, individuano criteri di priorità trasparenti e determinati, da indicare nei progetti organizzativi delle procure della Repubblica al fine di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre, tenendo conto anche del numero degli affari da trattare e l’utilizzo efficiente delle risorse disponibili e che la procedura di approvazione dei progetti organizzativi delle procure della Repubblica venga allineata a quella delle tabelle degli uffici giudicanti*”. La delega è stata attuata tramite l’art. 13 della l. n. 71 del 2022 e attribuisce al procuratore della Repubblica il compito di fissare, all’interno della cornice indicata dalla legge, i criteri di priorità finalizzati a selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre, garantendo l’efficace e uniforme esercizio dell’azione penale. Tale progetto organizzativo di durata quadriennale deve essere approvato sentito il dirigente dell’ufficio giudicante e il presidente del consiglio dell’ordine degli avvocati e il parere del consiglio giudiziario.