

MASSIMO LUCIANI  
(GIÀ PROFESSORE ORDINARIO DI ISTITUZIONI DI DIRITTO PUBBLICO  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA - UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA - LA SAPIENZA  
ACCADEMICO DEI LINCEI)

*Appunti*

Per l'audizione innanzi la 1<sup>a</sup> Commissione - Affari costituzionali – della Camera dei deputati  
– 22 febbraio 2023

\*\*\*\*\*

**Premessa.-** Il brevissimo tempo concesso per l'esposizione orale suggerisce di limitare al massimo anche gli appunti scritti. Non è dunque possibile dispiegare una compiuta motivazione di tutti i passaggi argomentativi, dovendo lo scritto limitarsi all'essenziale. A questo scopo, si farà riferimento d'ora in avanti alla sola p.d.l. n. 23, sia perché reca la più articolata Relazione di accompagnamento, sia perché le pp.dd.ll. nn. 434 e 824 sono coincidenti. Quanto alla p.d.l. n. 806, che – pure – ha molti punti in comune con le precedenti, se ne dirà limitatamente a un suo specifico profilo differenziale.

Chi scrive è da tempo convinto dell'infondatezza delle dottrine che riconoscono al giudice un potere autenticamente *creativo* di norme ed è altrettanto convinto (anche allo scopo di assicurare al massimo l'indipendenza della magistratura, presidio imprescindibile dei diritti dei cittadini) della necessità di porre rimedio all'eccesso di *protagonismo giudiziario* che, sulla scia di quelle ricostruzioni dottrinali, può essere registrato in molti ordinamenti democratici. La Relazione sembra muovere da non dissimili premesse, ma sollecita più di un interrogativo quanto alla coerenza dei mezzi prescelti. Poiché non spetta all'audito manifestare consenso o dissenso sulla scelta politica sottesa alle varie proposte, il ragionamento verrà svolto in riferimento alla loro coerenza interna.

**1.-** Si afferma, anzitutto, che l'unitarietà delle carriere di giudici e p.m. terrebbe "innaturalmente unite, in una cultura ibrida e ancipite, l'arbitro e il giocatore" (p. 2). Ora, è mio convincimento che il problema sia addirittura speculare, nel senso che si sta sviluppando una pericolosa tendenza alla rottura dell'unità della cultura giuridica, che, al contrario, deve essere intesa come unitaria. Pensare che giudice, pubblico ministero, professore, avvocato, notaio, amministratore pubblico, etc., siano portatori di culture del diritto diverse significa votare queste categorie alla sottrazione all'ascolto reciproco, che invece è l'unica soluzione praticabile perché l'una intenda le ragioni dell'altra. Non a caso sono sempre stato favorevole a un'incisiva

presenza degli avvocati nei Consiglio giudiziari, sia pure con aumento graduale delle loro competenze e prerogative.

Da questo punto di vista, ha recentemente osservato Massimo Donini, è da stigmatizzare il fatto che ai concorsi in magistratura ci si prepari seguendo soprattutto scuole tenute da magistrati (in servizio o a riposo, a seconda degli ordinamenti), mentre la parola di professori universitari e avvocati resta inascoltata. I concorsi separati per magistrati giudicanti e magistrati requirenti inverano pertanto un'autentica eterogenesi dei fini, perché aggravano, anziché risolvere, il problema che si vorrebbe affrontare. Sono dunque convinto che il primo terreno di intervento dovrebbe essere, semmai, quello della formazione e del reclutamento, con la sollecitazione al recupero dell'unità della cultura del diritto.

2.- Si propone di modificare l'art. 104, comma 1, Cost. eliminando il riferimento dell'indipendenza dell'ordine giudiziario da ogni "altro" potere. L'intento è chiaro, poiché evidentemente si mira a comprimere lo spazio di potere che si ritiene essere stato acquisito dal giudiziario, ma il mezzo è inidoneo.

Occorre precisare che per "potere" non si indicano le "funzioni", ma gli organi o complessi di organi che le esercitano. Checché ne possa dire una norma, fosse pure costituzionale, l'organo o complesso di organi che esercita delle funzioni pubbliche di rilevanza costituzionale è comunque un "potere". Lo è concettualmente e di conseguenza lo è al fine dell'eventuale coinvolgimento in conflitti fra poteri dello Stato ai sensi dell'art. 134 Cost. e degli artt. 37 sgg. della l. n. 87 del 1953.

Più convincente, dunque, la p.d.l. n. 806, che per questo aspetto lascia intatto l'art. 104, comma 1, Cost., che reca una formula, invero, mirabile: la magistratura è ivi intesa come un potere nel senso che ho appena indicato, ma non come un potere dotato di politica discrezionalità (la qualificazione come "ordine" sta ad attestarlo).

3.- Non risulta adeguatamente spiegato il nesso fra separazione delle carriere e terzietà del giudice. L'argomento della pericolosità della condivisione di una medesima cultura, s'è visto, non convince. Ma non può convincere nemmeno quello della necessaria "inimicizia" fra poteri distinti, che – con una sorta di benefico effetto concorrenziale – dovrebbe alimentare la reciproca indipendenza (p. 3 della Relazione). A parte il fatto che questo passaggio – riconoscendo che la magistratura, tanto giudicante quanto requirente, anche dopo la separazione costituirebbe pur

sempre un potere – risulta in contraddizione con la cennata revisione dell’art. 104, comma 1, Cost., in questo modo (qualificandola come ordine – ma in realtà, abbiamo visto, potere – separato) sembra essere conferita alla magistratura requirente una rilevanza ancor maggiore di quella che si dice posseduta oggi e che s’intenderebbe contrastare proprio con la separazione. Anche qui con quella che a me sembra un’evidente contraddizione, anzi, una volta di più, un’evidente eterogenesi dei fini.

**4.-** La Relazione (p. 3) ha ragione quando afferma che il processo non può mai essere un mezzo per il raggiungimento di uno scopo politico-istituzionale (è menzionato il contrasto al crimine, ma si potrebbero trovare esempi calzanti anche per la giurisdizione civile, etc.). Il processo non è altro che lo strumento per la realizzazione, nelle forme e con le garanzie dovute, della corretta applicazione delle norme sostanziali, sicché non tollera che se ne diano letture “militanti” (quale che ne sia il segno ideologico). Nondimeno, anche qui, è da chiedersi se una magistratura requirente separata sin dall’inizio da quella giudicante avrebbe minori o – come invece io penso – maggiori difficoltà ad assorbire questa consapevolezza. Varrebbe forse la pena di interrogarsi, semmai, sulla prospettiva di un rafforzamento del dovere del pubblico ministero di svolgere indagini anche in favore dell’indagato, come previsto dall’art. 358 cod. proc. pen., che allo stato non sembra assistito da misure efficaci per garantirne l’adempimento (la giurisprudenza – v., da ultimo, Cass. pen., Sez. I, 4 febbraio 2022, n. 4042 – ritiene che l’inadempimento di tale dovere non costituisca vizio processuale e non sia sindacabile in Cassazione).

**5.-** Ineccepibile il rilievo della limitata effettività, purtroppo, del principio dell’obbligatorietà dell’azione penale (p. 6 della Relazione) e ineccepibile anche il rilievo che “non è possibile perseguire tutti i reati, anche in ragione della crescita del penalmente rilevante” (pp. 7 sg.). Anche stavolta il mezzo, però, è – sia pure solo in parte – disassato rispetto al problema da risolvere e al fine di perseguire. Una sorta di programmazione delle priorità dell’azione penale da parte della legge è probabilmente inevitabile, ma sarebbe assai opportuno che il legislatore impegnasse le proprie energie soprattutto nella direzione di una drastica depenalizzazione, invece di inseguire (anche qui contraddittoriamente) gli allarmi sociali di volta in volta succedentisi (magari solo perché alimentati da mezzi di informazione talora disinvolti), prevedendo sempre nuove fattispecie di reato o sempre più minute polverizzazioni dei reati

esistenti in ragione del mezzo usato per commetterlo, della vittima, dell'autore.

**6.-** La previsione (che peraltro ha anche altri inconvenienti, primo fra tutti quello di introdurre una sorta di canale parallelo di accesso alla magistratura, diverso dal concorso), al novellando art. 106, comma 3, Cost., che avvocati e professori universitari ordinari siano nominabili a tutti i livelli della magistratura *giudicante* aggrava il problema della sottrazione di quella requirente (per la quale questi innesti non sono previsti) a un vero confronto con tutti gli altri profili della cultura giuridica, anche qui in contraddizione con gli intenti che si vorrebbero perseguire.

**7.-** Le norme sulla composizione del Consiglio (anzi: dei Consigli) della magistratura non è necessario commentarle, poiché si fondano su una premessa (quella della separazione) che non appare condivisibile.

**8.-** La proposta di consentire solo con legge costituzionale l'ampliamento delle competenze conferite al Consiglio superiore della magistratura giudicante, infine, è evidentemente motivata da un apprezzamento d'ordine latamente politico nei cui confronti l'audito non può, ovviamente, manifestare né critica né condivisione.