**Audizione parlamentare dinanzi alla Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati sulle proposte di revisione costituzionale in tema di separazione delle carriere**

(22 febbraio 2023)

Francesco Dal Canto

1. **Premessa**

Le osservazioni seguenti - assai sintetiche ed essenziali dato il contingentamento dei tempi - sono rivolte alle proposte di legge costituzionale n. 23/2022 (iniziativa dell’on. Costa), n. 434/2022 (iniziativa dell’on. Giachetti), n. 806/2023 (iniziativa on. Calderone e altri) e infine n. 824/2023 (iniziativa on. Morrone e altri) recanti “Modifiche all’articolo 87 e al titolo IV della parte II della Costituzione in materia di separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura”.

Tali proposte sono volte a perseguire il principale risultato di introdurre nella Carta costituzionale la c.d. separazione delle carriere dei giudici e dei pubblici ministeri unitamente a una serie di ulteriori rilevanti obiettivi.

In particolare, i progetti nn. 23 e 434 ricalcano la proposta di legge costituzionale di iniziativa popolare promossa dalle Camere penali nella scorsa legislatura (2017).

Il progetto n. 824 si distanzia da tale proposta per alcuni secondari, ma non irrilevanti, aspetti (v. art. 104, ove non si propone la cancellazione dell’aggettivo “altro” che precede il sostantivo “potere”).

Infine, il progetto 806, pur mantenendo in buona parte lo spirito della proposta del 2017, se ne allontana in più punti, tra cui, a titolo di esempio: a) la titolarità del potere di nominare un quarto dei componenti dei due CSM viene attribuita al Presidente della Repubblica; b) i componenti togati dei due CSM vengono scelti da parte delle diverse categorie di magistrati; c) non si prevede la tassatività delle competenze dei due CSM; d) la presidenza dei due CSM viene attribuita ai vertici della Magistratura giudicante e requirente.

In linea di massima alcune modifiche appaiono direttamente funzionali al raggiungimento del predetto obiettivo della separazione delle carriere, altre sono collegate ad esso soltanto indirettamente; altre, ancora, sono del tutto sganciate dallo stesso e caratterizzate da un intento latamente polemico nei confronti della magistratura.

1. **L’introduzione della separazione delle carriere di giudici e pubblici ministeri**

Per quanto riguarda la separazione delle carriere, essa verrebbe introdotta attraverso:

1. la previsione esplicita ai sensi della quale “L’ordine giudiziario è costituito dalla magistratura giudicante e dalla magistratura requirente” (art. 104 Cost.);
2. la suddivisione del Consiglio superiore della magistratura in un Consiglio superiore della magistratura giudicante (artt. 104 e 105 Cost.) e in un Consiglio superiore della magistratura requirente(artt. 105 *bis* e 105 *ter*);
3. la previsione di due concorsi separati per le nomine dei magistrati giudicanti e dei magistrati requirenti (art. 106 Cost.).

Va salutata innanzi tutto con favore la volontà, di cui si dà atto nelle relazioni di accompagnamento, di preservare, anche dopo la separazione delle carriere, l’indipendenza esterna tanto dei magistrati giudicanti quanto di quelli requirenti.

Tuttavia, come più avanti spiegherò meglio, tale affermazione di principio risulta parzialmente smentita da alcune specifiche previsioni contenute nei progetti di riforma.

Ciò detto, non ritengo convincente l’idea, sottesa all’introduzione della separazione delle carriere, secondo la quale quest’ultima rappresenterebbe la soluzione più idonea ad assicurare le garanzie della terzietà del giudice e della parità delle parti nel processo - espressamente previste dall’art. 111 Cost. nel testo novellato dalla riforma del 1999 - e più coerente con il modello di processo accusatorio introdotto con la riforma del codice di procedura penale del 1988.

Infatti, pur non essendovi dubbio che il carattere di terzietà sia consustanziale all’idea stessa di “giudice” (un giudice, se non è terzo, non è un giudice) - e ciò a prescindere da quanto previsto dall’art. 111 Cost. che su questo profilo non ha introdotto delle novità - è altresì vero che tale terzietà deve essere assicurata all’interno del processo, attraverso le sue regole, e rispetto ad essa non rivestono particolare rilevanza le scelte ordinamentali riguardanti l’assetto organizzativo della magistratura.

Inoltre, la ricorrente osservazione per cui il giudice sarebbe “culturalmente adesivo” alle prospettazioni del pubblico ministero a causa del rapporto di “colleganza” che li lega, oltre a essere offensiva nei confronti dell’onestà intellettuale della categoria dei giudici, appare smentita sul piano dei fatti come dimostra il dato per cui il 48% dei giudizi penali di primo grado viene definito con un’assoluzione.

Senza contare - sia detto per inciso - che tale osservazione finisce per provare troppo, dal momento che, in coerenza con essa, si dovrebbe ipotizzare di separare anche i rapporti di colleganza fra giudici di primo grado, giudici d’appello e giudici di Cassazione, atteso che le decisioni dei giudici dei gradi successivi potrebbero subire dei condizionamenti in conseguenza dei rapporti di colleganza con i giudici che hanno deciso anteriormente.

Con specifico riguardo inoltre alla questione della parità delle parti - la quale pure deve essere garantita all’interno del processo, e in particolare nel dibattimento, da norme processuali (si tratta di una parità “funzionale” e non ordinamentale) - merita sottolineare che tale parità non può in alcun modo essere tradotta in uguaglianza delle parti.

Come ha avuto modo di ricordare recentemente la Corte costituzionale - cfr. sent. n. 34/2020, dove si è richiamata l’“asimmetria strutturale” tra i due principali antagonisti del processo penale e si è sottolineato che il principio di parità non si traduce in un’assoluta simmetria di poteri - l’avvocato e il pubblico ministero sono due realtà tra loro irriducibili, nella misura in cui il primo è un privato professionista il cui mandato è quello di assicurare al meglio gli interessi del suo assistito a prescindere dal dato sostanziale della sua colpevolezza o innocenza (ovvero difendere i suoi diritti fondamentali; *in primis*, la sua libertà personale) mentre l’altro è un soggetto pubblico, che agisce nell’esercizio di un potere, chiamato a garantire l’interesse generale alla ricerca della verità nel processo.

Per questa ragione il pubblico ministero è solitamente qualificato, con una formula che solo all’apparenza può sembrare un ossimoro, come una “parte imparziale” ovvero come un “organo di giustizia”; ed è per questa ragione che, a differenza delle “altre” parti, il pubblico ministero non può costituirsi in giudizio dinanzi alla Corte costituzionale.

D'altra parte, allontanare il pubblico ministero dal giudice sotto il profilo ordinamentale - più di quanto non lo sia già oggi ai sensi del diritto vigente e fermo restando il diverso problema dell’opportunità di accentuare la “specializzazione” delle due figure di magistrato - può comportare il rischio di un progressivo abbandono di questa sua fondamentale dimensione pubblica, di garante dell’interesse generale, e la sua trasformazione in un avvocato dell’accusa, ovvero un’istituzione volta ostinatamente al raggiungimento del risultato.

Prospettiva che potrebbe risultare assai deleteria proprio per quei diritti fondamentali dei cittadini dinanzi alla giustizia che invece si vorrebbero con la riforma più efficacemente proteggere.

Ricordo, inoltre, che il principale risultato pratico che solitamente s’intende realizzare attraverso la separazione delle carriere, ovvero quello di impedire la possibilità che un magistrato giudicante possa andare ad esercitare le funzioni requirenti e viceversa, è già oggi sostanzialmente impedito dalla legge n. 71/2022 (art. 12, comma 1), che, com’è noto, ha previsto la possibilità di un solo passaggio nell’intera carriera (con l’ulteriore previsione, qualora tale passaggio venga richiesto dopo nove anni dall’ingresso in magistratura, di una serie di limiti e preclusioni che ne rendono del tutto improbabile la realizzazione).

E del resto, negli ultimi diciotto anni, ovvero a partire dalla riforma Castelli del 2005/2006 (legge n. 150/2005 e successivi decreti delegati), i passaggi dalla funzione giudicante a quella requirente e viceversa sono stati molto pochi (di media 50 all’anno, 21 nel 2022).

1. **L’abrogazione della previsione per cui “i magistrati si distinguono soltanto per diversità di funzioni”**

Viene inoltre prevista, in collegamento con l’obiettivo della separazione delle carriere, l’abrogazione dell’art. 107, comma 3, Cost., laddove oggi si stabilisce che “i magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni”.

Tale abrogazione viene ritenuta probabilmente una conseguenza della scelta di separare la carriera dei magistrati giudicanti da quella dei magistrati requirenti, per esigenze di coordinamento, ma essa rischia, in realtà, di produrre effetti ulteriori piuttosto preoccupanti.

La previsione della distinzione soltanto per funzioni, infatti, non ha rilievo soltanto con riguardo ai rapporti tra le due categorie di magistrati ma è tradizionalmente posta a garanzia dell’indipendenza interna tanto dei magistrati giudicanti quanto di quelli requirenti, e ciò al fine di impedire l’introduzione di modelli organizzativi fondati sul criterio gerarchico.

La sua soppressione potrebbe dunque legittimare scelte del legislatore fondate su quei modelli, per quanto, poiché con riferimento ai magistrati giudicanti verrebbe mantenuto il presidio rappresentato dall’art. 101, comma 2, Cost. sulla soggezione dei giudici “soltanto alla legge”, tale prospettiva si potrebbe aprire soprattutto per gli uffici requirenti; e ciò con riferimento sia all’organizzazione interna delle procure della Repubblica sia agli stessi rapporti tra queste ultime, le procure generali presso le Corti d’Appello e la Procura generale presso la Corte di Cassazione.

1. **La modifica della proporzione laici/togati e delle modalità di formazione dei due Consigli superiori**

Tre proposte (nn. 23, 434 e 824) prevedono che i due istituendi Consigli siano composti, quanto alla componente elettiva, non più per 2/3 da magistrati e per 1/3 da membri laici, ma per metà da magistrati (giudici o pubblici ministeri, a seconda del Consiglio interessato), “scelti” con modalità stabilite dalla legge, e per l’altra metà da membri laici eletti dal Parlamento in seduta comune (artt. 104 e 105 *bis*).

Si tratta di una soluzione che poco ha a che vedere con la separazione delle carriere e che suscita perplessità.

Se la componente laica è essenziale per scongiurare l’isolamento e l’autoreferenzialità dell’organo (*rectius*: gli organi) di governo della magistratura e per assicurare il suo necessario raccordo con la società civile, la soluzione individuata, oltre a far potenzialmente lievitare il suo tasso di politicità in una fase storica in cui si tende ragionevolmente a contenerlo, rischia di mettere in crisi l’indipendenza esterna della magistratura.

In alcune relazioni di accompagnamento, mostrando sensibilità e consapevolezza del problema, si sottolinea che la maggioranza dei togati sarebbe comunque garantita dalla presenza dei due membri di diritto; se dunque non si intende mettere in discussione l’idea di fondo che i togati siano componente maggioritaria all’interno del Consiglio - come i Costituenti hanno chiaramente indicato, soppesando in un primo momento ma poi scartando l’ipotesi oggi proposta - meglio sarebbe orientarsi verso soluzioni più nette.

Peraltro, modificare la proporzione tra laici e togati potrebbe spiegarsi (anche se non condividersi) in una situazione nella quale la componente magistratuale e la componente eletta dal Parlamento fossero solite dividersi sulle decisioni da adottare, mentre invece nella prassi tale circostanza non si verifica quasi mai e le divisioni, quando vi sono, hanno un carattere trasversale alle due componenti.

Per quanto riguarda inoltre l’individuazione dei membri togati all’interno dei due CSM, si prevede (artt. 104 Cost. e 105 *bis*) di sostituire il verbo “eleggere” con il verbo “scegliere” (anche se si continua ad utilizzare la formula: “non sono immediatamente rieleggibili”) e di sopprimere ogni riferimento al soggetto titolare del potere di compiere tale “scelta” (“gli altri componenti sono scelti per metà tra i giudici ordinari *con modalità stabilite dalla legge*”; oggi, invece, i togati sono eletti per due terzi “*da tutti i magistrati ordinari* tra gli appartenenti alle varie categorie”).

Tale proposta non può essere condivisa.

Essa può essere forse spiegata in relazione alla volontà di consentire al legislatore ordinario di indicare in futuro soluzioni alternative alle elezioni, quali, ad esempio, il noto sorteggio.

Non mi soffermo sulle ragioni per le quali riterrei quest’ultima (il sorteggio) una soluzione inadeguata al rilievo costituzionale dell’organo.

Sottolineo invece che la formula qui proposta, lasciando del tutto indeterminata la questione di chi sia il soggetto titolare del potere di scelta, apre a un rischio più grave, vale a dire quello di rimettere alla discrezionalità del legislatore ordinario anche la possibilità di optare per soluzioni non rispettose dell’autonomia e indipendenza della magistratura quali, ad esempio, l’attribuzione del potere di nomina dei componenti togati al Parlamento o addirittura al Governo.

1. **La cancellazione dell’aggettivo “altro” all’art. 104 e la previsione della “tassatività” delle competenze del CSM agli artt. 105 e 105 *ter***

Anche in questo caso si tratta di previsioni non direttamente funzionali al tema della separazione delle carriere che appaiono dotate di un evidente intento polemico e sono volte a ridimensionare il ruolo della magistratura anche in relazione agli altri poteri dello Stato.

La cancellazione dell’aggettivo “altro”, oggi collocato nell’art. 104 Cost. subito prima del sostantivo “potere”, rivela il chiaro intento di sottolineare la circostanza che la magistratura, essendo un ordine, non sia anche un potere dello Stato.

Si tratta di una modifica non condivisibile, anche se dotata di un esclusivo valore simbolico e di un inesistente effetto pratico.

Difficile infatti immaginare che la soppressione di tale termine possa superare d’un colpo l’idea che la giurisdizione sia un potere dello Stato meritevole di un’analoga posizione d’indipendenza riconosciuta agli altri poteri, per quanto esso sia certamente dotato di caratteristiche sue proprie che lo differenziano dai poteri politici e lo qualificano come “diffuso”, ovvero affidato a ciascun organo giurisdizionale nel momento in cui esso esercita la funzione, come più volte ha ricordato la Corte costituzionale quando ha riconosciuto la legittimazione a sollevare conflitto di attribuzione a ciascun organo giurisdizionale.

Per quanto poi concerne la proposta (cfr. artt. 105 e 105 *ter*) di prevedere, con riguardo ai due CSM, che “altre competenze possono essere attribuite solo con legge costituzionale”, con essa si intende chiaramente sancire la tassatività delle attribuzioni dell’organo di governo autonomo della magistratura.

In alcune relazioni di accompagnamento si legge che con essa si intende escludere che gli organi di governo della magistratura possano esercitare “un ruolo particolarmente contiguo alla politica” (tuttavia si vorrebbe aumentare il numero dei laici!), riconducendo gli stessi, di fatto, all’interno di un modello più angusto, di organi burocratici di mera amministrazione della carriera dei magistrati.

Si tratta di una soluzione che si pone in contrasto con la dignità costituzionale di tale organo e appare incoerente sia rispetto alla presenza di membri laici al suo interno sia alla scelta di affidare la sua presidenza al Capo dello Stato.

In particolare, la novella si pone l’obiettivo di impedire al CSM di esercitare competenze ulteriori rispetto a quelle fissate dalla Costituzione, siano esse attribuite dal legislatore ordinario (come oggi avviene ai sensi della legge n. 195/1958), oppure esercitate di fatto dallo stesso CSM in forza della teoria dei c.d. poteri impliciti, per la quale alcune prerogative, pur non espressamente previste, sarebbero ricavabili, appunto implicitamente, dallo statuto costituzionale dell’organo inteso quale garante dell’autonomia e dell’indipendenza della magistratura.

Si pensi, ad esempio, ai pareri sui progetti di legge in materia di giustizia, alle pratiche a tutela e soprattutto ai c.d. poteri para-normativi del CSM, attraverso l’esercizio dei quali, nel tempo - e certamente al netto di qualche eccesso - sono state implementate le garanzie dei cittadini dinanzi alla giustizia (si pensi, per tutte, al perfezionamento del sistema tabellare in attuazione del principio del giudice naturale precostituito per legge).

1. **L’accesso alla magistratura senza concorso**

D’indubbio rilievo è anche la proposta di riforma dell’art. 106, comma 3, Cost., sull’accesso diretto alla magistratura.

Attualmente l’accesso diretto è previsto come ipotesi del tutto residuale: “su designazione del CSM possono essere chiamati all’ufficio di consigliere di cassazione, per meriti insigni, professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati che abbiano quindici anni di esercizio che siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori”.

Si tratta, com’è noto, di un’eccezione alla regola dell’accesso per concorso, fissata dalla Carta come modalità obbligatoria per la selezione dei magistrati professionali a garanzia della loro adeguata preparazione tecnica, dell’indipendenza dell’ordine giudiziario e dell’imparzialità nell’esercizio delle relative funzioni.

Tale eccezione - che fa il paio con quella riguardante i magistrati onorari, ai sensi dell’art. 106, comma 2, Cost. - si giustifica in presenza di due precise condizioni: da un lato, l’alto profilo dei membri designati (per “meriti insigni”), affinché essi possano portare un contributo effettivo al concreto esercizio della funzione giudiziaria; dall’altro lato, tale speciale designazione deve avere esclusivo riguardo alle funzioni di legittimità, quelle rispetto alle quali il predetto contributo, di professori e avvocati insigni, può essere più rilevante e valorizzato.

Nella proposta di riforma si prevede, invece, che “la legge può prevedere la nomina di avvocati e di professori ordinari di università in materie giuridiche a tutti i livelli della magistratura giudicante”.

La novità sarebbe triplice:

a) non viene fatto più alcun riferimento al potere di designazione del CSM, cosicché il legislatore avrebbe la possibilità di attribuire il potere di nomina a un soggetto diverso, ad esempio a un organo politico, mettendo a rischio il principio di indipendenza e autonomia della magistratura;

b) non si accenna più né ai “meriti insigni”, ovvero al necessario alto profilo dei designati, né al requisito dei quindici anni di professione per gli avvocati;

c) si prevede che la nomina senza concorso possa riguardare tutti i livelli della magistratura giudicante e dunque non più soltanto le funzioni di legittimità.

Si tratta, in definitiva, di una previsione che introduce un canale d’accesso alla magistratura del tutto alternativo al concorso, senza definirne i presupposti, i limiti e le condizioni, tutti lasciati alla piena discrezionalità del legislatore.

Senza che ne sia del tutto chiara la *ratio*, tale novità riporta la disciplina dell’accesso alla magistratura alla fase precedente a quella repubblicana.

1. **La relativizzazione del principio di obbligatorietà dell’azione penale**

L’art. 112 Cost., che oggi prevede che “il pubblico ministero ha l’obbligo di esercitare l'azione penale”, verrebbe integrato con l’aggiunta della formula “nei casi e nei modi previsti dalla legge”.

Si tratta di una riforma di cui si discute da tempo sia in vista di interventi di revisione costituzionale (cfr. progetto della bicamerale D’Alema del 1997; dis. legge. cost. n. 4275/2011, ecc.) sia in vista di possibili interventi sul piano delle fonti primarie.

La ragione che muove tale dibattito è ben nota e può sintetizzarsi nella diffusa consapevolezza della sussistenza di uno scarto incolmabile tra l’assolutezza del principio di obbligatorietà, posto a tutela sia dell’eguaglianza del cittadino dinanzi alla giustizia sia dell’autonomia e indipendenza del pubblico ministero - e la realtà concreta degli uffici requirenti che non riescono a dare allo stesso una piena attuazione.

La novella di cui oggi si discute interviene, peraltro, all’indomani di alcune scelte già compiute dal legislatore ordinario, che, infatti, sia con la legge 134/2021, di riforma del processo penale, sia con la legge n. 71/2002, di riforma dell’ordinamento giudiziario, ha già introdotto i “criteri di priorità” nell’esercizio dell’azione penale.

In particolare, l’art. 13, lettera b), della legge n. 71/2022, dispone che “il progetto organizzativo delle procure deve determinare i criteri di priorità finalizzati a selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre e definiti *nell’ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento* con legge tenendo conto del numero degli affari da trattare della specifica realtà criminale territoriale e dell'utilizzo efficiente delle risorse tecnologiche umane e finanziarie disponibili”.

Dunque, in questo caso, la riforma costituzionale interviene a dare copertura a scelte (“nei casi e nei modi previsti dalla legge”) già realizzate, salvo ovviamente la possibilità del legislatore ordinario di tornare nuovamente sulle stesse.

Ferma la disciplina già vigente, il Parlamento è comunque chiamato a fissare i “criteri generali” sulla base dei quali le singole procure dovranno fissare i rispettivi criteri di priorità.

Si tratta di una soluzione assai delicata ma essa era probabilmente inevitabile.