

PARERE SU PROPOSTA DI LEGGE COSTITUZIONALE D'INIZIATIVA POPOLARE:  
*“Norme per l’attuazione della separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura” (N. 14)*

**Prof.ssa Marilena Colamussi**

(Associato di Diritto processuale penale - Università degli Studi “A. Moro” di Bari)

Roma, 4 luglio 2019 – Commissione Affari costituzionali

La proposta di legge costituzionale: *“Norme per l’attuazione della separazione delle carriere giudicante e requirente della magistratura” (N. 14)* e sul ridimensionamento del principio di “obbligatorietà dell’azione penale” (art. 112 Cost.) si inquadra, sul piano sistematico, nell’esigenza di chiudere il cerchio e completare l’apparato di garanzie del “giusto processo”, introdotto con la riforma dell’art. 111 Cost.

Tra i caratteri essenziali del processo penale di stampo prevalentemente accusatorio si annoverano *in primis* le garanzie del contraddittorio tra le parti, della parità in armi tra accusa e difesa e della terzietà e imparzialità del giudice (art. 111, comma 2, Cost.).

Il contraddittorio si sostanzia nella partecipazione diretta, attiva e contrapposta delle parti: accusa e difesa che si confrontano dialetticamente, sulla base di una parità giuridica esercitata dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale (*super partes*).

Ora, i capisaldi del sistema accusatorio rischiano di essere gravemente compromessi da quel diaframma che attualmente collega il pubblico ministero (p.m.) e il giudice appartenenti al medesimo ordine giudiziario, non ancora eliminato nonostante le numerose iniziative in tal senso rivolte sin dalla istituzione della Commissione Bicamerale del 1997, seguita dal d.d.l. C. 4275, mai approdati all’esame dell’Assemblea della Camera.

Si tratta di una inopportuna commistione di ruoli tra p.m. e giudice, attenuata solo apparentemente dal confine che separa la fase investigativa del rito penale da quella processuale vera e propria, mediante: da un lato la restituzione, in termini esclusivi, al p.m. dei poteri inerenti l’esercizio dell’azione penale (cancellato il ruolo del giudice istruttore del processo inquisitorio), e dall’altro precludendo al p.m. l’esercizio di

funzioni giurisdizionali e decisorie in tema di prove e di provvedimenti restrittivi della libertà personale.

La natura giuridica del p.m. quale “parte” essenziale del processo penale non appare coerente e tanto meno adeguata al sistema accusatorio, in relazione al quale si configura come ibrida, ambigua e contraddittoria, considerando che il p.m. è di fatto un collega del giudice.

Al p.m. è attribuita la stessa indipendenza di *status* che compete al giudice: entrambi membri dell’ordine giudiziario e pertanto titolari di quella “autonomia” e di quella “indipendenza” di cui l’ordinamento giudiziario medesimo è garante (art. 3 d.d.l. n. 14 che interviene sull’art. 104 Cost.). Ma, attenzione, l’indipendenza del giudice va intesa diversamente rispetto a quella del p.m..L’indipendenza del giudice è strumentale alla imparzialità nell’esercizio della funzione di *ius dicere*, in qualità di organo passivo e terzo, sottratto a qualsiasi influenza esterna od interna al potere giudiziario. Diversamente l’indipendenza del p.m. è connaturata con un ruolo attivo nel processo che consiste nell’esercizio incondizionato dell’azione penale, ma non per questo arbitrario.

La prima conseguenza di tali connotazioni è costituita dallo sviluppo di un evidente processo di “personalizzazione” delle funzioni del pubblico ministero. Se questo non bastasse: occorre chiedersi se l’autonomia “esterna” dagli altri poteri dello Stato, costituzionalmente garantita, può, per il p.m., configurarsi anche come autonomia “interna”: vale a dire considerata nell’ambito dell’ordine giudiziario, come netta separazione tra i magistrati che svolgono una funzione inquirente e quelli che ne svolgono una giudicante.

I profili che caratterizzano il ruolo del p.m. sono collegati direttamente, o meglio si giustificano con il principio di obbligatorietà dell’azione penale (art. 112 Cost.) che sulla carta impone all’organo dell’accusa di perseguire penalmente tutti i crimini posti in essere.

A tale proposito, gli studi di diritto applicato, condotti in Italia dall’IRSIG-CNR di Bologna, fondato dal Prof. Giuseppe Di Federico, con il quale ho avuto il privilegio

di collaborare per lungo tempo, hanno ampiamente dimostrato che si tratta di un obbligo che concretamente e oggettivamente è impossibile da attuare. Conseguentemente non solo l'azione penale è caratterizzata da ampi margini di discrezionalità da parte dell'organo dell'accusa, ma, essendo il principio ufficialmente garantito dalla Carta costituzionale all'art. 112 Cost., comporta due implicazioni di grande impatto:

<<a) lo Stato ha l'obbligo di finanziare tutte le spese che i pubblici ministeri considerano necessarie per condurre le attività investigative>>, infatti qualsiasi limite riguardante i criteri di spesa o i mezzi di indagine da adottare si tradurrebbe in un limite all'osservanza del principio di obbligatorietà dell'azione penale;

<<b) i pubblici ministeri non portano nessuna responsabilità per ogni e qualsiasi iniziativa investigativa e azione penale cui danno inizio, anche se mesi o anni dopo le loro iniziative risultano del tutto infondate e ingiustificate. In altre parole, l'obbligatorietà dell'azione penale trasforma *ipso jure* qualsiasi loro decisione discrezionale in materia di indagine e di azione penale in un "atto dovuto", escludendoli da ogni forma di responsabilità (come valutazioni negative sulla loro professionalità, responsabilità per spese di indagini inutili e costose, danni di ordine sociale e/o economico, e/o familiare, e/o politico, e/o di salute causati a cittadini innocenti, e così via)>> (così G. Di federico, in Giur. it., 2009, p. 524)

Nello scenario attuale domina incontrastata l'unità della magistratura, unificata nel concorso di ammissione, nel tirocinio, nel ruolo di anzianità e nell'organo di autogoverno, distinta, solo, nell'esercizio delle funzioni giudicanti e requirenti.

Per le ragioni di principio finora illustrate ritengo che siano maturi i tempi e validi gli strumenti delineati nella proposta di legge in esame, per attuare la netta separazione delle carriere giudicante e requirente. Separazione che necessita di essere realizzata *ab origine*, vale a dire sin dal momento della "scelta" che effettuano coloro che intendono esercitare questa professione, al fine di garantire una diversa preparazione professionale, una diversa specializzazione, un diverso *iter* di formazione, per una diversa selezione (concorsi separati) finalizzata a consentire l'accesso a distinte

carriere, e separate progressioni professionali, completato dalla istituzione di due distinti e autonomi organismi di autogoverno, *ergo* il Consiglio Superiore della Magistratura Giudicante e il Consiglio Superiore della Magistratura Requirente, presieduto in entrambi i casi dal Presidente della Repubblica (artt. 1-9 d.d.l. Cost. n. 14).

Degno di nota è anche il riequilibrio nella composizione dell'organo di autogoverno della magistratura giudicante e requirente, riducendo alla metà la percentuale finora di due terzi dei membri eletti dagli stessi magistrati, oltre all'ampliamento del novero delle ipotesi di incompatibilità con la carica di membro del C.S.M. rispettivamente giudicante e requirente (art. 3 d.d.l. Cost. n. 14 che modifica l'art. 104, comma 4, Cost. e art. 5 d.d.l. Cost. n. 14 che introduce l'inedito art. 105-*bis* Cost.).

Parimenti doverosa è la necessità di ridimensionare il principio di obbligatorietà dell'azione penale, attraverso i correttivi lucidamente indicati dall'art. 10 della proposta di legge n. 14.

A sostegno dell'assunto, mi permetto di segnalare le principali disfunzioni derivanti dall'obbligatorietà dell'azione penale, messe in luce dagli studi condotti dal Prof. Di Federico.

I) La prima osservazione riguarda il principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge (art. 3 Cost.), a garanzia del quale si giustifica l'obbligatorietà dell'azione penale, ma dal momento che nella realtà applicativa è oggettivamente impossibile perseguire tutti i crimini commessi, di fatto, paradossalmente, si produce un effetto boomerang che comporta la vanificazione del principio di uguaglianza a presidio del quale l'obbligatorietà si poneva.

E' assolutamente indispensabile, proprio per tutelare l'obbligatorietà dell'azione penale e garantire al tempo stesso l'uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge penale, che sia lo stesso legislatore a fissarne <<i casi e i modi>> (art. 10 d.d.l. Cost. n. 14), vale a dire le priorità che il pubblico ministero è chiamato ad osservare nell'esercizio delle sue funzioni di organo promotore.

Non è pensabile che tali priorità vengano stabilite dallo stesso organo inquirente, altrimenti ogni procura si può regolare diversamente generando inesorabilmente disparità di trattamento tra i cittadini!

Sottolinea all'uopo Di Federico: <<il principio di obbligatorietà dell'azione penale voluto dal costituente per tutelare l'uguaglianza del cittadino di fronte alla legge costituisce il principale impedimento alla sua regolamentazione, mentre è solo con la sua regolamentazione a livello anche nazionale che quella uguaglianza si può di fatto promuovere, per quanto umanamente possibile>> (così G. Di Federico, *Giur. it.*, 2009, p. 525).

II) La seconda disfunzione derivante dall'obbligatorietà dell'azione penale consiste nell'inibire un controllo democratico delle scelte di politica criminale a livello nazionale e internazionale. Si tratta di scelte che competono solo ed esclusivamente al potere legislativo e che secondo la proposta di modifica dell'art. 112 Cost. tornerebbero nel loro alveo naturale (art. 10 d.d.l. Cost. n. 14).

Parimenti, l'obbligatorietà dell'azione penale sottrae al controllo democratico le scelte di politica criminale a livello europeo, in quanto il Ministro della giustizia non può assumere alcun impegno in termini di priorità nel perseguimento di crimini di interesse transnazionale, dal momento che l'unico organo titolare dell'esercizio dell'azione penale è il pubblico ministero, in capo al quale ricade, in termini esclusivi, ogni scelta di iniziativa penale e conduzione delle indagini, senza alcun controllo.

III) La terza disfunzione prodotta dal principio di obbligatorietà dell'azione penale consiste nel pregiudizio arrecato ai diritti del cittadino nell'ambito del processo, tutte le volte in cui - trincerandosi dietro il principio di cui all'art. 112 Cost. - l'accusa esercita in modo disinvolto o avventato l'iniziativa penale.

Invero, per obbligatorietà dell'azione penale, quale garanzia costituzionale, non deve intendersi esercizio a tutti i costi dell'iniziativa penale, la quale, invece, va promossa solo se, e soltanto quando, esistono i presupposti per sostenere l'accusa in giudizio in termini probatori. Occorre, allora, individuare un sistema di controllo per evitare che i

le persone sottoposte alle indagini o gli imputati possano subire le conseguenze devastanti dell'azione penale, trasformandosi in vittime sul piano personale (salute), familiare, sociale, economico, politico; ambiti nei quali il rispetto, l'onorabilità, il decoro, la dignità non si recuperano con una sentenza di proscioglimento che il più delle volte perviene a lunga distanza di tempo.

IV) Ultimo effetto disfunzionale generato dall'obbligatorietà dell'azione penale riguarda la lentezza e l'inefficienza del sistema giustizia penale. Si tratta di una grave conseguenza causata dal sovraccarico giudiziario che non può essere smaltito per assenza di criteri di priorità, ma che finisce per rallentare il corso della giustizia e disperdere molte preziose risorse umane, finanziarie e di tempo, in processi che si prescrivono o che potrebbero risolversi con soluzioni ispirate al paradigma ripartivo, spesso inibite a causa del principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Totalmente disattesa risulta la Raccomandazione del 17 settembre 1987, n. R 87/18, con la quale il Comitato dei ministri della giustizia del Consiglio d'Europa sollecitava l'adozione di un sistema di discrezionalità, od opportunità, dell'azione penale per fronteggiare il problema della inefficienza della giustizia penale e dei tempi irragionevoli di durata dei processi.

La soluzione indicata all'art. 10 della proposta di legge n. 14, per quanto tardiva, appare quanto mai efficace anche per ottemperare agli obblighi assunti sul terreno internazionale con la Raccomandazione R. 87/18.

Per ulteriori approfondimenti sia consentito rinviare a M. Colamussi, Commento al d.d.l. Cost. di <<Riforma della Giustizia>> (Rubrica *De jure condendo*), in *Processo penale e Giustizia*, 2011, n. 3, p. 18 ss.