

9 marzo 2023

Audizione informale nell'ambito dell'esame delle proposte di legge C. 23 cost. Enrico Costa, C. 434 cost. Giachetti, C. 806 cost. Calderone e C. 824 cost. Morrone, 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

(Serena Sileoni - Università Suor Orsola Benincasa)

Le proposte di legge C23, C434, C806 e C824 intendono modificare la Costituzione con l'obiettivo primario di separare le carriere dei pubblici ministeri da quelle dei giudici.

Considerato il tempo a disposizione, l'intervento sarà concentrato sulle considerazioni di merito costituzionale che più appaiono, agli occhi della sottoscritta, come utili alla riflessione (o a un supplemento di riflessione) di codesta Commissione.

1. Considerazioni sullo scopo della riforma

Le relazioni introduttive ai progetti di legge in esame ritengono: i) che la separazione delle carriere sia un mezzo necessario al raggiungimento del fine di garanzia di terzietà e imparzialità del giudice, dal momento che eviterebbe, in estrema sintesi, le ambiguità date dal rapporto di colleganza tra pubblici ministeri e magistrati; ii) che occorra una modifica costituzionale per separare le carriere.

Su quest'ultimo punto, sia consentito domandarsi - per inciso - se davvero l'attuale testo costituzionale sia più aderente al modello di una carriera unica o di carriere separate. Nella sentenza n. 37/2000 la Corte ha difatti rilevato che la Costituzione "non contiene alcun principio che imponga o al contrario precluda la configurazione di una carriera unica o di carriere separate fra i magistrati". In ogni caso, è noto che l'interpretazione più accreditata e usata sia quella secondo cui occorra una modifica costituzionale che espliciti il significato delle norme sul giusto processo di cui all'art. 111 Cost.

Partendo, dunque, da qui, la prima domanda a cui cercare risposta è se la separazione delle carriere sia necessaria a eliminare le ambiguità derivanti dal rapporto di colleganza e dalle occasioni di "vicinanza".

Se la questione fosse esclusivamente questa, la modifica costituzionale potrebbe rivelarsi ultronea.

Difatti, l'attuale disciplina legislativa sul passaggio di funzioni, perfezionata da ultimo con la riforma Cartabia (legge 17 giugno 2022, n. 71), è tale da limitare tale passaggio e, laddove possibile, scoraggiarlo e, laddove effettuato, evitare comunque in larga parte che il giudice operi nella stessa sede in cui operava con le altre funzioni.

Si può obiettare che la costituzionalizzazione della separazione delle carriere possa blindare tali forti limitazioni rispetto a successive modifiche legislative, ma c'è un altro elemento da tenere in considerazione.

Il rischio di annebbiare la terzietà non deriva solo dal *fatto concreto*, ma anche dal *fatto percepito* che il magistrato requirente sia collega del magistrato giudicante. Inquadrate la carriera dei pubblici ministeri come sovrapponibile a quella dei magistrati giudicanti, fino al punto da consentire il passaggio dall'una all'altra funzione, da avere un unico concorso per l'accesso e un unico organo di autogoverno, restituisce dentro e fuori l'ordine giudiziario l'idea che i pubblici ministeri abbiano una posizione e un ruolo equivalente a quello dei magistrati giudicanti più di quanto, secondo Costituzione, non debba essere.

Come noto, la **giurisprudenza costituzionale** è difatti stata sempre orientata a distinguere il ruolo del pubblico ministero da quello della parte processuale. Al tempo stesso, proprio da questa riconosciuta asimmetria si ricava, in controluce, l'idea che **le dissimmetrie debbano trovare ragionevole motivazione nella sua peculiare posizione istituzionale, nella funzione ad esso attribuita e nelle esigenze di una corretta amministrazione della giustizia** (Corte cost. fin già da n. 305/1992).

Pertanto, una separazione delle carriere che mantenga il pubblico ministero, come non potrebbe essere altrimenti, nell'ambito dell'ordine giudiziario ma ne riconosca la carriera come distinta rispetto al magistrato giudicante, con diverso organo di autogoverno e diverso accesso, sembra tenere l'equilibrio tra l'ovvia necessità che il pubblico ministero appartenga all'ordine giudiziario, anche scartando modelli di organizzazione che lo sottopongano al potere esecutivo, e quella di ribadire, all'interno e all'esterno dell'ordine, la distinzione di funzioni e di ruolo all'interno del processo tra le due tipologie di magistrati.

2. Il rapporto di mezzo a scopo della riforma

Esaurito questo punto, la domanda successiva è se la formula di separazione individuata dalle proposte sia quella che meglio risponda a tale *ratio*.

Dalle relazioni introduttive, si evince che la separazione si basa su:

- separazione degli organi di autogoverno in Consiglio superiore della magistratura giudicante e Consiglio superiore della magistratura requirente;
- accesso separato alla carriera con concorsi distinti;
- Mantenimento delle medesime garanzie di autonomia e indipendenza (che è, come noto, parzialmente diversa per la magistratura requirente) che si evincono dal principio di inamovibilità, di indipendenza da ogni potere dello stato, dalle attribuzioni dei Consigli superiori.

La combinazione di questi tre elementi sembra funzionale a una separazione delle carriere che tuttavia non menoma il ruolo giurisdizionale dei pubblici ministeri, in coerenza con la ricostruzione dogmatica secondo cui la loro posizione, pur non essendo simmetrica a quella della parte processuale, si distingue da quella del magistrato giudicante, come dimostra anche l'impossibilità per il pubblico ministero di essere giudice *a quo* ai fini dell'impugnazione delle norme di legge.

Una separazione delle carriere che mantenga uguale dignità e garanzie di indipendenza a entrambe e che si basi solo sulle modalità di accesso e autogoverno separa i destini della magistratura inquirente da quelli della magistratura giudicante e resti-

tuisce, all'interno ma anche all'esterno dell'ordine (ovverosia introspektivamente ma anche presso l'opinione pubblica), la consapevolezza di un ruolo diverso, consapevolezza necessaria per uscire dalle ambiguità e dalla *factio* che hanno contribuito a provocare le ben note derive giustizialiste.

Ciò posto in via generale, si invita a una riflessione sui seguenti punti.

Tutte le proposte, mantengono l'impianto attuale di una composizione mista laica-togata dei Consigli superiori. Le proposte C23, C434, C824 prevedono che i membri togati siano *scelti* tra giudici ordinari con modalità stabilite dalla legge; e i laici *eletti* dal Parlamento in seduta comune. La proposta C806 prevede che tra i componenti laici non di diritto la metà sia nominata dal Presidente della Repubblica e la metà dal Parlamento in seduta comune, mentre i componenti togati siano *nominati* dai giudici.

Da ciò si evince che in tutte le proposte i membri togati possano essere scelti con modalità diverse dalle elezioni. Resta improprio l'uso della parola *nominati* anche per i membri laici scelti dal Parlamento nella proposta C806. Si esprimono inoltre forti perplessità per la vaghezza della riserva di legge delle altre proposte sulla scelta dei membri togati (quantomeno si specifichi chi è il titolare della scelta).

Al di là di queste questioni specifiche che meritano di essere risolte, quello che preme qui segnalarsi è che **le proposte sembrano consentire l'utilizzo del sorteggio per l'individuazione, quantomeno, della componente togata.**

Si tratta di una novità importante, più volte ventilata in dottrina e in politica (su tutti, Francesco Cossiga e Luciano Violante), che potrebbe aiutare a risolvere la necessità di - cito le parole del Presidente Mattarella - superare "logiche di appartenenza che, per dettato costituzionale, devono restare estranee all'Ordine giudiziario" (discorso dinanzi al Parlamento in seduta comune in occasione del secondo giuramento).

I dubbi sul ricorso al sorteggio sono noti e provengono anche da fonti molto autorevoli. Tuttavia, sia consentito sottolineare come l'individuazione, che spetterà alla legge, di un sistema ad esempio temperato di sorteggio (estrazione in una prima fase di un numero di candidati pari a un multiplo dei componenti del Consiglio e poi votazione tra gli estratti) avrebbe diversi vantaggi: i) sottrarrebbe alle correnti la possibilità di selezionare a monte i candidati e quindi preserverebbe il consigliere eletto da vincoli di mandato; ii) darebbe attuazione al principio della pari dignità tra tutti i magistrati e della distinzione tra gli stessi soltanto per diversità di funzioni; iii) **ridurrebbe gli spazi per la programmazione correntizia** delle carriere; iv) **ridurrebbe il deficit di rappresentatività dei magistrati estranei a correnti**; v) **limiterebbe** - dato anche il mandato relativamente breve e la non rielegibilità - **i rischi di "cattura" correntizia a un periodo di sicuro inferiore a quello che può essere con un sistema elettivo.**

Si noti peraltro che il ricorso al sorteggio è già vigente per la scelta dei componenti esterni alla Corte costituzionale nei giudici contro il capo dello Stato, dei giudici popolari, per l'individuazione dei magistrati in caso di giudizio per i reati ministeriali.

Infine, si segnala che il CCJE (*Consultative Council of European Judges*, organo consultivo del Consiglio d'Europa) ritiene il sorteggio un metodo di composizione dei Consigli della Magistratura funzionale alla salvaguardia dell'indipendenza della magistratura e idoneo a

garantire la rappresentatività territoriale e categoriale degli eleggibili: «*Provisions should be made for the setting up of such body, for the definition of its functions and of the sectors from which members may be drawn and for the establishment of criteria for membership and selection methods [...] A method guaranteeing diverse and territorial representation could be adopted from some countries' experiences in forming court panels, i.e. drawing by lot members on the basis of one or more territorial lists including eligible candidates upon nominations by a sufficient number of peers*» (parere n. 10/2007).

Su un piano più generale, non si ritiene che il sorteggio possa rappresentare una menomazione alla democrazia. In via di massima, non la dottrina attuale ma uno dei principali padri del costituzionalismo, Montesquieu, riconobbe che "*Le suffrage par le sort est de la nature de la démocratie; le suffrage par le choix est de celle de l'aristocratie*" (Montesquieu, *De l'esprit des lois*, libro II, capitolo II). In via più specifica, le cariche di autogoverno non sembrano dover trovare legittimazione nel principio di rappresentanza, quanto piuttosto nella capacità di onorarle con "buon senso, giustizia e probità", ovvero con quelle tre caratteristiche che Rousseau riteneva confacenti proprio al metodo stocastico (*Il contratto sociale*, libro IV, cap. III).

In definitiva, una modifica costituzionale che consente l'introduzione del metodo stocastico rappresenta l'occasione per una riforma più incisiva nel provare a sradicare quelle distorsioni che sono riconosciute, ai massimi livelli, come un pericolo alla reale indipendenza dei magistrati, rispetto invece alla ingegneristica modifica delle modalità di elezione e composizione, che è stata la strada fin qui percorsa.

Resta tuttavia **dubbia la coerenza tra la possibilità di scelta di tale sistema e l'introduzione di un rapporto numerico di parità tra i componenti togati e quelli laici**. Difatti, in tutte le proposte la componente laica risulta rafforzata rispetto al sistema attuale e spostata, quindi, l'equilibrio del CSM verso una matrice più dichiaratamente politica di quanto non sia ora. Un effetto contraddittorio con l'apertura, che qui si condivide in pieno, a un sistema di individuazione casuale, per quanto temperato, e che potrebbe sanarsi introducendo il sistema del sorteggio anche per i membri laici.

Da questo punto di vista, **si invita a un supplemento di riflessione circa la reale possibilità di dare seguito a una tale apertura. In caso contrario, e quindi in caso di mantenimento del sistema elettorale, stante la parità numerica tra le due componenti, al rafforzamento della componente di derivazione politica dei due organi si potrebbe sommare l'exasperazione delle deleterie logiche correntizie**, che - come noto - rappresentano in un ambito più ristretto le più generali logiche politiche. Ne deriverebbe dunque una parziale vanificazione degli stessi intenti sottostanti la separazione delle carriere: la separazione degli organi di autogoverno lascerebbe impregiudicata la possibilità di doppiare, paradossalmente, le logiche correntizie che tali proposte di riforma mirano a correggere in maniera sistematica.

In altri termini, **la separazione degli organi di autogoverno non è, di per sé, incisiva nel limitare l'influenza delle correnti** nella composizione e nel funzionamento degli stessi. Si può obiettare che le riforme in oggetto non intendono affrontare questo problema, ma solo quello, intermedio, della separazione delle carriere. Tuttavia, a parere di chi scrive, **le due cose vanno insieme**. E in effetti, anche dalle relazioni introduttive alle proposte

emerge che il mutamento di composizione è funzionale “Al fine di scongiurare che, da organi autonomi e indipendenti di governo della magistratura, i Consigli superiori della magistratura giudicante e requirente operino quali organismi corporativi ed autocratici (C824); ancora, che “I fatti agli onori della più recente cronaca hanno dato la plastica rappresentazione di una realtà in cui la magistratura si è corporativisticamente isolata da ogni altro potere dello Stato, arroccata sui propri privilegi e poco incline ad un serio dibattito. La riduzione della componente «togata» prevista nella riforma de qua mira a scongiurare il ripetersi di futuri abusi” (C806); che “Appare inoltre necessario, al fine di evitare che il Consiglio superiore della magistratura (CSM) giudicante e il CSM requirente si atteggiino ad organi corporativi e autoreferenziali, che ne sia mutata la composizione con una maggiore partecipazione della componente laica” (434). D’altro canto, non si spiegherebbe, se non secondo questo intento, la proposta di aumentare il numero di componenti laici.

Se è anche questo quello che si vuole, si dovrebbe cogliere l’occasione per una riforma che non si limiti ad aggiustamenti al margine, ma che abbia la forza di modificare in radice la modalità di individuazione dei componenti.

Da ultimo, con riferimento alla parte della riforma relativa all’introduzione di due CSM separati, per una questione di *better drafting* si propone un supplemento di riflessione sulla possibilità non già di introdurre un articolo bis e ter, ma di modificare l’attuale art. 105 che contenga, con maggior pulizia redazionale, le previsioni in merito a entrambi i Consigli superiori.

3. Modalità di accesso alla carriera

La creazione di due carriere distinte non solo incide in maniera diretta sul processo penale, in un’ottica di rafforzamento del modello accusatorio e della piena e effettiva terzietà del giudicante, ma può produrre anche importanti cambiamenti sulla formazione culturale e professionale del magistrato. Infatti, prevedendo due concorsi diversi e un aggiornamento professionale distinto, si può avviare il magistrato a una preparazione specifica e adeguata alla diversa funzione ricoperta, affrancando quest’ultimo da un’impostazione di tipo napoleonico, ancora così culturalmente legata al vecchio modello inquisitorio.

Si suggerisce invece un supplemento di riflessione sulla norma, contenuta nelle tre proposte C23, C434 e C824, che prevede una riserva di legge per disciplinare la possibilità di nominare quali magistrati giudicanti avvocati e professori ordinari in materie giuridiche. Attualmente, come noto, il Presidente della Repubblica, su designazione del CSM, può nominare professori ordinari in materie giuridiche e avvocati con almeno quindici anni di esercizio come consiglieri di Cassazione, con limiti numerici rispetto all’organico complessivo.

La modifica dei tre progetti di legge appare troppo vaga. Laddove si volesse mantenerla, si suggerisce, quantomeno, una riserva rinforzata di legge che condizioni quest’ultima al

soggetto proponente la nomina e/o alle condizioni minime di nomina e/o ai livelli. In ogni caso, tale riforma sembra scardinare in potenza lo stesso metodo di reclutamento dei magistrati. **Nulla vieta, in astratto, di immaginare modalità ulteriori da quelle puramente concorsuali**, posto che “La regola che le nomine dei magistrati abbiano luogo per concorso [...] non è di per sé una norma di garanzia di indipendenza del titolare di un ufficio, sibbene d’idoneità a ricoprire l’ufficio” (Corte cost. 1/1967). Ciò avviene in alcuni ordinamenti stranieri comparabili con il nostro, **ma la convivenza di entrambi i sistemi sembra capace di provocare disfunzioni sia sul piano gestionale che sul piano dei principi**.

Il Costituente, nel prevedere che le nomine dei magistrati abbiano luogo per concorso, ha espresso “una chiara scelta” rispetto alla quale “costituisce eccezione la possibilità prevista dal terzo comma della stessa disposizione che, su designazione del CSM, siano chiamati all’ufficio di consiglieri di Cassazione, per meriti insigni, professori, ordinari di università in materie giuridiche e avvocati che abbiano quindici anni d’esercizio e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori” (Corte cost. n. 41/2021). Il sistema generale di reclutamento mediante pubblico concorso difatti costituisce essenzialmente una norma di garanzia di idoneità a esercitare le funzioni giurisdizionali, poiché garantisce, da un lato, la possibilità di accesso alla magistratura ordinaria a tutti i cittadini, in aderenza al disposto dell’art. 3 Cost., e da un altro, assicura la qualificazione tecnico-professionale dei magistrati, ritenuta condizione necessaria per l’esercizio delle funzioni giudiziarie. Nondimeno, tale sistema “concorre a rafforzare e a integrare l’indipendenza della magistratura” (*Ibidem*).

In definitiva, il fatto che il Costituente non abbia previsto in termini assoluti l’esclusività dell’esercizio della giurisdizione in capo alla magistratura nominata a seguito di pubblico concorso non toglie ma anzi conferma la deduzione secondo cui meccanismi ulteriori di nomina debbano essere residuali, se non temporanei (v. anche Corte cost. n. 103/1998). La proposta di estendere a tutti i livelli della magistratura giudicante la residuale possibilità di nomina a Consigliere della Corte di Cassazione sembra eludere questo carattere di residualità, con due effetti principali: da un lato menomare il principio di accesso per concorso, ma, ancor più, compromettere l’ordinato reclutamento dei magistrati attraverso una *non scelta*. Ciò a margine di un dubbio più generico, ma a questo punto del ragionamento secondario, circa la stessa opportunità di “aprire” la carriera del magistrato a modalità di reclutamento così vaghe al punto da non essere specificato nemmeno a chi appartenga la facoltà di nomina.

Come ultima tra le questioni più rilevanti, le proposte C23, C434 e C824 introducono una riserva di legge per determinare le circostanze e i modi di esercizio obbligatorio dell’azione penale. La previsione mira a eliminare l’obbligatorietà assoluta, sottoponendola alla riserva di legge, e completando così un percorso già avviato a livello legislativo, con incertezze quindi di compatibilità rispetto al principio attuale. Tale previsione, oltre all’effetto positivo appena menzionato, darebbe chiarezza alle modalità di scelta dei reati da perseguire, ponendo fine all’ipocrisia per cui l’obbligatorietà sarebbe garanzia di perseguimento di tutti i reati noti; assegnerebbe in maniera trasparente al Parlamento, e non alle procure, la responsabilità della politica criminale da perseguire; mettere fine alle ambiguità e alle effetti-

ve criticità relative al congestionamento del momento delle indagini. Come detto, completerebbe il percorso già avviato con la riforma Cartabia, che, stante il limite costituzionale, ha potuto assegnare al Parlamento la sola definizione delle priorità.

4. La Presidenza dei Consigli superiori

Esaurite le questione principali, si segnalano ulteriori punti più specifici.

Solo la proposta C806 modifica la Presidenza dei Consigli superiori, affidandola, nel caso della magistratura giudicante al Primo presidente della Corte di Cassazione e, nel caso della magistratura requirente, al Procuratore generale della Corte di Cassazione. Sul punto, si ritiene preferibile la soluzione delle altre proposte di riforma, dal momento che assegnare la Presidenza, come ora, al Presidente della Repubblica ha non solo un ruolo effettivo, ma anche simbolico, e non per questo meno rilevante, di garanzia.

5. Le attribuzioni dei Consigli superiori

Le proposte C23, C434 e C824 introducono una riserva di legge costituzionale sulle attribuzioni dei Consigli superiori. Sul punto, si comprende e si condivide la *ratio* di voler innalzare a livello costituzionale una riserva ora legislativa, che avrebbe la funzione di limitare i possibili e spesso criticati sconfinamenti del CSM, senza togliere loro la dignità di organi di rilievo costituzionale che possono interloquire con gli altri poteri dello Stato.

6. L'abrogazione dell'art. 107, c.3 Cost.

Da ultimo, le proposte C23, C434 e C824 abrogano, evidentemente per mere ragioni di coordinamento, il comma terzo dell'art. 107 secondo cui i magistrati si distinguono tra di loro solo per diversità di funzioni. Pur comprendendo la *ratio* dell'intervento, si segnala il rischio di una interpretazione estensiva. Si suggerisce in proposito di mantenere il comma, aggiungendo l'inciso "ciascuno per la propria categoria".