

Le ragioni a fondamento di una separazione ordinamentale tra pubblico ministero e giudice

di Giorgio Spangher

Professore Emerito di Procedura penale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma "La Sapienza"

Processo e ordinamento

Ci sono molti modi di approcciare e analizzare il tema oggetto della citata legge costituzionale che, in sintesi, per connotarla – ancorché in termini riduttivi – è etichettata con l'espressione “separazione delle carriere” tra pubblici ministeri e giudici, prevede l'istituzione di due Consigli Superiori (art. 104) e una Alta Corte disciplinare (art. 105 commi 2-8).

Prescindendo – volutamente – da riferimenti a patologie procedimentali (peraltro esistenti) e a risvolti comportamentali (essi pure presenti), che devono trovare risposte in ambiti diversi – quelli più strettamente processuali e quelli deontologici – la questione va affrontata sotto il profilo squisitamente ordinamentale, nella dimensione costituzionale, e in quella del modello processuale di riferimento, come emerge dall'art. 1 c.p.p. ove si precisa, in contrapposizione con l'art. 1 c.p.p. 1930 (l'azione penale è pubblica e quando non sia necessaria la querela [...] è iniziata d'ufficio [...] e con l'art. 74 c.p.p. 1930 (il pubblico ministero o il pretore [...] inizia ed esercita [...] l'azione penale a norma dell'art. 1) che «la giurisdizione penale è esercitata da giudici previsti dalle leggi di ordinamento giudiziario secondo le norme di questo codice».

Il collegamento tra diritto penale e processo penale e ordinamento giudiziario è evidenziato proprio dalla relazione Grandi sulla riforma dell'ordinamento giudiziario del 1941 in linea con la concezione del diritto pubblico fascista e delle norme dei codici di diritto processuale.

Ora l'impostazione ordinamentale, fatta propria dalla Carta costituzionale nel momento in cui traduceva la configurazione costituzionale della magistratura e del Consiglio Superiore non poteva non riflettere l'impostazione processuale presente ai costituenti.

Ne sono evidenti riflessi, il richiamo alla carcerazione preventiva di cui all'art. 13 comma 5 Cost. e soprattutto i riferimenti all'autorità giudiziaria contenuti negli artt. 14, 15 e 21 Cost.

Nella misura in cui ordinamento e processo si intersecano questo dato appare difficilmente superabile anche perché si prevedeva, comunque, attraverso una disposizione transitoria, che era necessaria una riforma alla disciplina del 1941 ove, infatti, si evidenziava che «pur nella riconosciuta differenza funzionale ciò non esclude la sua riconduzione nell'ordinamento giudiziario in quanto le funzioni del pubblico ministero sono sempre e indissolubilmente connesse a quelle della giurisdizione [...] l'unione e la separazione della magistratura requirente da quella giudicante interessa esclusivamente l'organizzazione interna della magistratura».

Non può, del resto, sottacersi che per lungo tempo è stato mantenuto il processo penale pretorile con l'assorbimento nella figura del giudice (pretore) anche di quella del pubblico ministero (istruzione pretorile: art. 398 c.p.p. 1930) e simulacro di accusa a dibattimento (art. 468 c.p.p. 1930) in linea con quanto sostenuto proprio nella citata riforma ordinamentale del 1941.

Il riferimento all'autorità giudiziaria (giudice e pubblico ministero) non è stato tuttavia il solo elemento che ha consentito il mantenimento dell'istruzione sommaria (del pubblico ministero) a fianco a quella formale del giudice, con prevalenza della prima anche fuori dai casi previsti dall'art.

389 c.p.p. 1930 (rendendosi necessario l'intervento della Corte Costituzionale per consentire all'imputato di accedere al rito più garantito), ma ha determinato pure il mantenimento del ruolo di primazia probatoria in capo all'accusa.

Non appare infondato affermare che proprio questa fungibilità funzionale tra pubblico ministero e giudice nell'espletamento dell'attività probatoria nella fase delle indagini sia stata la premessa giuridica della cosiddetta "non dispersione dei mezzi di prova" che ha costituito il fondamento delle decisioni costituzionali del 1992 le quali, come è noto, hanno "affossato" l'impostazione accusatoria del codice 1988 alla quale si è cercato di rimediare infatti con la riforma costituzionale dell'art. 111 Cost. e il conseguente recupero di parte delle garanzie perdute attraverso il riconoscimento del contraddittorio e del giusto processo, peraltro non sovrapponibile con la logica dell'oralità prevista dalla legge delega (direttiva n. 4).

Giudici e pubblici ministeri

Ora, analizzando la struttura processuale e in questo quadro i risvolti processuali della normativa riguardante il giudice e pubblico ministero in relazione alla riconosciuta posizione del giudice "terzo e imparziale" è agevole osservare come la disciplina codicistica evidenzia una netta distinzione del ruolo del pubblico ministero rispetto a quello del giudice.

Anche senza pretesa di completezza vanno evidenziate le numerose previsioni che impongono al pubblico ministero di formulare richieste al giudice. Si pensi, alla libertà personale, alle attività destinate a incidere sulle altre parti del processo (intercettazioni telefoniche e similari), all'incidente probatorio, all'archiviazione, all'esercizio dell'azione penale nonché al panorama delle decisioni processuali definitive. Con la riforma Cartabia queste nette separazioni dei ruoli sono stati rafforzati a tutela delle parti i poteri di controllo del giudice: tempo dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato, tempi delle indagini e deposito del fascicolo nonché verifica della correttezza della formulazione dell'imputazione. Il dato non appare smentito – anzi – dalla recente sentenza delle Sezioni Unite in tema di incidente probatorio a tutela dei minori vulnerabili.

Il ragionamento si rafforza ove si considerino anche altre previsioni che contribuiscono a rafforzare in capo al pubblico ministero il ruolo di parte – ancorché pubblica – contrassegnato diversamente da quello del giudice anche, senza considerare la disciplina delle impugnazioni e quella relativa alla dialettica processuale.

A tale proposito si può fare riferimento alla disciplina della rimessione dei processi (art. 55 c.p.p.) che tutela il ruolo del giudice in relazione alle gravi situazioni locali che ne possono pregiudicare la serenità escludendo l'estensione della previsione alla condizione del pubblico ministero ritenendo addirittura, come affermato dalla Cassazione, che l'atteggiamento fortemente ostile dell'ufficio di procura nei confronti dell'imputato e le dinamiche interne all'ufficio nei rapporti con la polizia giudiziaria possano ritenersi rilevanti ai fini dello spostamento della sede del processo.

Va altresì sottolineato che, mentre il giudice, perché terzo garante dei diritti delle parti oltre ad avere la facoltà di astenersi, può essere ricusato, il pubblico ministero in quanto ancorché parte pubblica non può essere ricusato e può solo astenersi.

Si consideri altresì, che, mentre il giudice può essere riconosciuto incompetente (su accezione di parte o di ufficio) e che la competenza in materia spetta, in caso di conflitti alla Cassazione, per il pubblico ministero decide il capo dell'ufficio e in caso di ritenuta "incompetenza", la decisione su iniziativa di parte spetta sempre alla struttura gerarchica dell'ufficio (sino alla procura generale della Cassazione) (art. 54 quater c.p.p.).

Vanno sottolineate altresì che tutte le differenze organizzative degli uffici di procura rispetto a quelle degli uffici giudicanti sono state evidenziate da ultimo dal documento del procuratore nazionale antimafia e dai procuratori distrettuali che hanno dichiarato irricevibile la proposta organizzativa dell'ufficio di procura approvato dal C.S.M. (03.07.2024) sul modello di quanto previsto per gli uffici giudicanti (29.04.2005).

Nel documento, in termini generali, fra le altre argomentazioni si legge: "PM e Giudici – seppure hanno in comune il fondamentale dovere dell'imparzialità, dell'indipendenza, del rispetto assoluto della legalità – per motivi ontologici legati alla stessa essenza delle rispettive attività, hanno e devono avere moduli organizzativi diversi, quanto meno nella parte in cui gli stessi devono garantire la funzionalità dei rispettivi Uffici legata alla diversità e peculiarità delle due diverse funzioni: se nel caso del Giudice la ragione della minuziosa e rigida regolamentazione relativa alla formazione delle tabelle ed all'assegnazione degli affari ai diversi giudici, trova ragione nella necessità di preservare, anche all'interno del singolo Tribunale o Corte, il principio cardine della predeterminazione del giudice naturale, viceversa, nel caso dell'organizzazione degli Uffici del pubblico ministero, una trasposizione meccanica di simili previsioni normative non solo non è normativamente prevista dalla legge, ma, si dirà di più, non è neppure concepibile, dipendendo, ad esempio, l'opzione relativa al numero di PM assegnatari di un procedimento, non da criteri rigidamente legati al titolo di reato, al numero di indagati o ad altro, ma da scelte che, tenendo conto delle regole generali previste dal progetto organizzativo, devono consentire di ponderare le molteplici varianti – quali la complessità delle indagini, il numero degli indagati e delle imputazioni, le esigenze di coordinamento interno ed esterno – del caso concreto.

Più specificamente fra le altre situazioni si analizzano le attività di indagine anche in relazione ai criteri di priorità, le questioni relative alle sostituzioni, alle supplenze, alle applicazioni, i profili della procedura di designazione e di nomina e l'ingresso nella D.D.A. nonché il lavoro dei procuratori aggiunti.

Non può non tenersi conto altresì che parlando di pubblico ministero rispetto al passato si debbono considerare anche le implicazioni della presenza della procura nazionale antimafia, delle procure distrettuali, del pubblico ministero europeo, di eurojust, dei magistrati di collegamento, in una dimensione che allarga significativamente le implicazioni del suo ruolo.

Separazione e sue modalità

Sulla scorta di quanto detto ben può giustificarsi una separazione ordinamentale tra pubblico ministero e giudice.

Naturalmente, potrebbe essere oggetto di discussione – lo è stato e lo è – se questa avrebbe potuto o dovuto realizzarsi attraverso lo sdoppiamento del C.S.M., se la scelta del criterio di nomina dei suoi componenti tra quelle possibili (sorteggio secco; sorteggio temperato; elezione) sia la migliore, se la nomina e la composizione della componente laica sia quella preferibile ovvero coerente con quella della componente togata; se la previsione Alta Corte disciplinare anche nella sua composizione non prospettica criticità e se sia corretto che le sue decisioni in grado di appello siano valutate dallo stesso organo diversamente composto; se le sue decisioni debbano o meno rientrare nella previsione della ricorribilità delle sentenze in cassazione (art. 111 Cost.) se non si possa ancora configurare un sistema di doppia conforme e quale possa essere il ruolo del Ministro.

Un dato appare certo, il tema della cosiddetta separazione delle carriere costituisce oggi l'anello terminale di una successione della catena di passaggi ordinamentali: sempre presenti nel dibattito in

materia che nel tempo, ha visto significative tappe intermedie (valutazioni attitudinali; limitati passaggi di funzioni; collocazioni extra distrettuali e così via). Si tratta di completare questo percorso nella consapevolezza di quanto vi è sotteso. Del resto, consentendo a queste riforme la stessa magistratura ha convenuto sull'effettivo fondamento del problema.

I “futuribili”

I lamentati pericoli di condizionamenti politici (Ministro della giustizia, Ministro dell'interno, esecutivo e governo) non appaiono allo stato fondati e il sistema anche a livello sovranazionale ha tutti gli strumenti per prevenirli e impedirli rappresentando quindi solo un elemento dialettico del dibattito referendario.

Resteranno da valutare le dinamiche che la separazione in due C.S.M. potranno determinare sul ruolo del p.m. anche alla luce di quanto ipotizzato in punto di autonomia organizzativa e funzionale dal documento del procuratore antimafia e dei procuratori distrettuali ai quali si è fatto cenno.

Non si può escludere che potranno essere ridefiniti alcuni aspetti strettamente processuali di cui si auspica un rafforzamento nell'esercizio delle funzioni (cosiddette finestre di giurisdizione, completando già quanto prodotto dalla riforma Cartabia).

Dovranno essere definiti con le norme attuative e integrative alcuni aspetti della riforma soprattutto in relazione al sorteggio dove si dovrà comunque assicurare sia la presenza territoriale, sia quella delle funzioni, sia quella di genere. Restano tuttavia saldi e fermi i capisaldi dell'autonomia e delle indipendenze dei giudici e l'autonomia del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale (art. 104 della riforma e art. 112 Cost.), tenendo conto dalle garanzie costituite dalla presenza del Capo dello Stato quale presidente delle due C.S.M. e garante dell'equilibrio dei poteri.