

CAMERA DEI DEPUTATI  
N. 3931-A

SENATO DELLA REPUBBLICA  
N. 2583-A

---

XIII LEGISLATURA

---

COMMISSIONE PARLAMENTARE  
PER LE RIFORME COSTITUZIONALI

**Progetto di legge costituzionale**

**Revisione della parte seconda della Costituzione**

*Testo risultante dalla pronuncia della Commissione sugli emendamenti presentati ai sensi del comma 5 dell'articolo 2 della legge costituzionale 24 gennaio 1997, n. 1*

**Relazione introduttiva:**

**Massimo D'ALEMA**, *Presidente della Commissione.*

**Relazioni:**

**Francesco D'ONOFRIO**, *relatore sulla forma di Stato;*

**Cesare SALVI**, *relatore sulla forma di governo e sulle pubbliche amministrazioni;*

**Marida DENTAMARO**, *relatrice sul Parlamento e le fonti normative e sulla partecipazione dell'Italia all'Unione europea;*

**Marco BOATO**, *relatore sul sistema delle garanzie.*

---

*Trasmesso alla Presidenza della Camera dei Deputati  
e alla Presidenza del Senato della Repubblica il 4 novembre 1997*

---



**I N D I C E**

Relazione introduttiva del Presidente della Commissione Massimo D'Alema .....	<i>Pag.</i>	5
Relazione sulla forma di Stato del senatore Francesco D'Onofrio .....	»	13
Relazione sulla forma di Governo e sulle pubbliche amministrazioni del senatore Cesare Salvi .....	»	27
Relazione sul Parlamento e le fonti normative e sulla partecipazione dell'Italia all'Unione europea della senatrice Marida Dentamaro .....	»	51
Relazione sul sistema delle garanzie del deputato Marco Boato .....	»	67
Raffronto tra il testo risultante dalla pronuncia della Commissione sugli emendamenti presentati ai sensi del comma 5 dell'articolo 2 della legge costituzionale 24 gennaio 1997, n. 1, e il testo approvato il 30 giugno 1997 .....	»	137
Testo del progetto di legge costituzionale risultante dalla pronuncia della Commissione sugli emendamenti presentati ai sensi del comma 5 dell'articolo 2 della legge costituzionale 24 gennaio 1997, n. 1 .....	»	195

**RELAZIONE SUL SISTEMA DELLE GARANZIE  
DEL DEPUTATO MARCO BOATO**

Di fronte alle perplessità sollevate da alcuni membri della Commissione rispetto a tale formulazione, l'on. Rebuffa ha tuttavia proposto di ripristinare l'attuale testo dell'articolo 99 della Costituzione. In Commissione è poi emerso un orientamento favorevole ad una formulazione che mantenesse i primi due commi del testo costituzionale vigente, facendo cadere la previsione dell'attribuzione all'istituto del potere di iniziativa legislativa (in considerazione dell'uso assolutamente sporadico fatto da parte del CNEL di questa facoltà). La Commissione ha infine aderito al principio della reintroduzione della copertura costituzionale del CNEL optando, rispetto alla formulazione alternativa, per una sostanziale conferma del testo dell'attuale articolo 99 della Costituzione, come riformulato nel nuovo articolo 112.

## 5. La giustizia.

Venendo ora all'illustrazione delle problematiche relative alle disposizioni sulla giustizia, recate dal Titolo IV della parte seconda della Costituzione vigente («La Magistratura», articoli da 101 a 113), che nel testo approvato dalla Commissione sono previste nel nuovo Titolo VII («La giustizia», articoli da 117 a 133), desidero anzitutto far presente che l'articolato ora sottoposto alla valutazione delle Camere è frutto di un intenso lavoro, svolto in otto mesi di approfondimenti e confronti — e non solo nelle sedi parlamentari —, nonché di un meticoloso esame ed elaborazione sia di tutte le iniziative legislative ed emendative presentate alla Commissione, sia delle proposte emerse in più sedi nel corso dei lavori della Commissione stessa, sia, infine, delle preziose considerazioni fornite dagli studiosi e dagli operatori del diritto, il cui apporto ad ogni fase del dibattito è stato sempre vivamente apprezzato e tenuto nella dovuta considerazione.

Vorrei inoltre sottolineare preliminarmente che le norme in materia di giustizia oggi sottoposte all'attenzione dell'Assemblea delineano un sistema intimamente

connesso, la cui struttura portante può essere individuata in alcune idee-guida condivise, vorrei dire quasi unanimemente, dalla Commissione. Il grado di novità di tali norme rende vivissimo l'auspicio che l'eco e l'interesse suscitato da tali profonde ed incisive riforme non siano superati e posti in secondo piano dal clamore provocato da taluni aspetti, certo non secondari ma forse neanche preminenti, sui quali si è invece maggiormente appuntata l'attenzione dell'opinione pubblica.

Le idee-guida cui accennavo poc'anzi, con i relativi corollari, saranno illustrate nelle pagine che seguono. Mi preme tuttavia sottolineare sin d'ora che lo scopo fondamentale che ha guidato il lavoro svolto da tutti i componenti della Commissione in questi mesi è stato quello di individuare proposte esclusivamente finalizzate a rendere più vicino ai cittadini il sistema della giustizia, che spesso viene visto, finanche dagli addetti ai lavori, come un mondo avvolto in un rituale e paludato esoterismo, anziché come una fondamentale espressione di una irrinunciabile funzione dello Stato.

Quella di rendere giustizia è infatti, come del resto ogni altra attività dei pubblici poteri, anzitutto una attività di servizio ai cittadini. Affermando chiaramente fondamentali principi costituzionali, il nostro scopo, quindi, deve essere principalmente quello di favorire la crescita di un sistema al quale i cittadini possano rivolgersi con fiducia, nella certezza di avere giuste decisioni secondo diritto, in tempi e con modalità tali da non porre sostanzialmente nel nulla le ragioni per le quali ci si rivolge alla giustizia.

Troppo spesso il dibattito sui temi della giustizia sembra snodarsi attorno a problematiche che coinvolgono meno i cittadini che alcuni rapporti tra i componenti del relativo sistema, il quale sembra avvilupparsi sempre più su se stesso in una crescente affabulazione la cui fecondità è quantomeno dubbia. È auspicabile, invece, che proprio la funzionalità del sistema in relazione ai diritti e agli inte-

ressi dei cittadini sia la stella polare, sulla quale orientare il lavoro costituente in questa fase della vita della Repubblica. Sembrano maturi i tempi per chiarire con norme chiare e semplici che le istituzioni, ciascuna nel proprio ambito e tutte insieme tra loro, non hanno altra ragion d'essere se non quella di assicurare una pacifica, ordinata e civile regolazione della vita pubblica.

### 5.1. L'unità funzionale della giurisdizione.

Il testo approvato dalla Commissione è diretto ad operare un significativo e – c'è da augurarsi – efficace sforzo per razionalizzare il sistema degli organi chiamati a rendere giustizia, adeguandolo al principio dell'unità funzionale della giurisdizione, alla stregua del quale, peraltro, è già tendenzialmente improntato il testo della vigente Carta costituzionale, nei termini che cercherò di precisare più diffusamente in seguito.

La tematica richiamata non rappresenta, come forse potrebbe sembrare ad una prima impressione – e come forse è sembrato a taluno –, l'occasione per complesse *querelles* tra addetti ai lavori: al contrario, ha implicazioni di grande rilevanza sia sul piano dei rapporti tra poteri che su quello della reale e concreta effettività dell'ordinamento.

Non può infatti sfuggire a nessuno – solo per svolgere alcuni brevi ed immediati richiami ad alcune problematiche connesse ad una tematica di così grande rilievo e complessità – che una effettiva e piena indipendenza e, vorrei dire, separazione del giudice amministrativo (che il testo all'esame delle Camere equipara in tutto e per tutto, quanto a *status*, al giudice ordinario) dall'esecutivo non potrà che avere riflessi positivi nei rapporti contenziosi tra i cittadini e le pubbliche amministrazioni. Del pari è immediatamente evidente che le indefettibili garanzie di autonomia e indipendenza riconosciute a tutti i giudici implicano, perchè esse non rimangano un mero *flatus vocis*, magari a senso unico, un effettivo e

rigoroso regime delle incompatibilità. Tale regime è finalizzato ad evitare in radice anche semplicemente il sospetto della possibilità di qualsiasi commistione, per non dire compromissione, di un solo singolo appartenente all'ordine giudiziario con funzioni in qualche misura riconducibili all'esecutivo.

Le norme che illustrerò di seguito sono quindi « costituzionali » nel senso più pieno del termine, ed hanno un rilievo che certo non sfuggirà all'esame dei colleghi parlamentari chiamati a valutarle, come pure non sfuggirà loro che quella dell'unità funzionale della giurisdizione, con tutti i corollari che ne conseguono, è una delle linee-guida fondanti del complesso delle disposizioni approvate dalla Commissione in materia di giustizia.

#### 5.1.1. La genesi delle disposizioni connesse all'unità funzionale della giurisdizione.

Il rilievo delle tematiche che ho brevemente richiamato è stato immediatamente presente all'attenzione della Commissione. Va quindi ricordato che il Comitato istituito per l'esame istruttorio delle norme in materia di « sistema delle garanzie » aveva iniziato i suoi lavori proprio affrontando i problemi relativi all'unità o pluralità della giurisdizione. Si era infatti giustamente ritenuto che la soluzione di tale questione fosse preliminare alla complessiva impostazione delle disposizioni relative alla giustizia.

Come tutti sanno, la giurisdizione è l'affermazione dell'ordinamento nel caso concreto e rappresenta, quindi, un momento indefettibile della società organizzata e una condizione di esistenza dell'ordinamento giuridico.

Della giurisdizione (prescindendo da quella costituzionale, sulla quale mi soffermerò più diffusamente nella parte conclusiva di questa relazione) si riconoscono vari tipi, in ragione della natura degli interessi tutelati. La giurisdizione civile (distinta in contenziosa e volontaria), che regola le controversie tra i privati e, in

certi – eccezionali – casi, tra i privati e la pubblica amministrazione; quella penale, diretta a tutelare l'interesse della collettività rispetto a taluni valori fondamentali mediante l'irrogazione di una pena a coloro che li abbiano violati e, infine, la giurisdizione amministrativa, che, nel sistema vigente, tutela gli interessi legittimi, e in alcuni casi eccezionali i diritti soggettivi, dei cittadini lesi da un atto della pubblica amministrazione. I giudici cosiddetti ordinari (ossia quelli indicati all'articolo 1 dell'ordinamento giudiziario) amministrano la giurisdizione civile e quella penale (tranne che la giurisdizione penale militare, riservata alla competenza di appositi tribunali).

La Costituzione vigente vieta peraltro l'istituzione di giudici straordinari o speciali (articolo 102, secondo comma; desidero qui anticipare che tale disposizione è stata confermata nel testo approvato dalla Commissione, al termine peraltro di un serrato confronto, del quale darò conto di seguito) e la VI disposizione transitoria prevedeva la revisione entro un quinquennio degli organi di giurisdizione speciale, facendo peraltro salva quella del Consiglio di Stato, della Corte dei Conti e dei tribunali militari.

Al riguardo devo tuttavia far presente sin d'ora che, fermo restando il divieto di istituzione di giudici straordinari (sempre presente in tutti gli articolati sottoposti in materia all'attenzione del Comitato o della Commissione), nell'ambito dei lavori del Comitato sul sistema delle garanzie si era da più parti ritenuto di grande interesse – e corrispondente all'attuale evoluzione degli ordinamenti giuridici in relazione a quella delle società moderne – l'ipotesi di abolire il divieto di istituzione dei giudici speciali in materia diversa da quella penale, al fine di dare una risposta efficace al concreto bisogno di giustizia sempre più avvertito nella società.

Nel corso dei lavori del Comitato, in un primo momento, come peraltro accadde anche all'Assemblea costituente (le cui vicende, almeno su questo punto specifico, sono state ripercorse, per alcuni aspetti, con singolare coincidenza), era peraltro

emersa la prevalenza di un'ipotesi favorevole all'unità sostanziale della giurisdizione. Si tratta di quella complessiva impostazione per effetto della quale tutte le attuali giurisdizioni sarebbero state ricondotte ad unità, da realizzarsi in capo ad un'unica magistratura, che, quindi, non sarebbe più stata a quel punto « ordinaria ». Di conseguenza il cittadino, con una semplificazione da non sottovalutare, avrebbe potuto rivolgersi ad un solo giudice – che sarebbe stato ovviamente organizzato mediante un'articolazione in sezioni specializzate – per la decisione di qualsiasi tipo di controversia, indipendentemente dalla natura delle posizioni soggettive che avesse inteso far valere.

In sede di Assemblea costituente, com'è noto, Piero Calamandrei si era espresso in favore del giudice unico, con la conseguente soppressione anche delle giurisdizioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti: l'unità della giurisdizione, in quest'ottica, era vista come scelta strumentale al raggiungimento degli obiettivi dell'indipendenza del giudice, della certezza del diritto, della semplificazione dell'ordinamento giudiziario e alla riduzione della giurisdizione ad un ordine unico. Invece, la tendenza favorevole alla conservazione delle giurisdizioni speciali di giustizia amministrativa sosteneva la scelta in favore del principio della pluralità delle giurisdizioni, considerandolo un correttivo alle insufficienti risorse ed attitudini della giurisdizione ordinaria a far fronte agli aspetti eterogenei di una società moderna. Tale posizione era rappresentata principalmente dalle posizioni di Costantino Mortati ed ebbe alla fine sostanzialmente il sopravvento.

Come già ho avuto modo di anticipare, la dottrina dominante, con tesi peraltro condivisa dalla Corte costituzionale (v. le sentenze n. 41 del 1957, n. 48 del 1959, n. 117 del 1963), ritiene tuttavia che la Costituzione abbia comunque operato una scelta in favore dell'unità della giurisdizione, nel senso che eventuali deroghe a tale principio sono comunque ammissibili solo nei casi ammessi dal Costituente. La rilevanza di tali deroghe ha, tuttavia,

indotto altra parte della dottrina a ritenere che il principio dell'unità della giurisdizione sia stato comunque sostanzialmente svuotato di contenuto e non costituirebbe altro se non una formula vuota, dietro la quale si cela la vera scelta sostanziale, improntata al criterio del pluralismo giurisdizionale.

Comunque sia, il vigente sistema costituzionale si impernia: sull'adozione di un principio unitario di massima, con i temperamenti e le eccezioni prima illustrati; sulla previsione del criterio della specializzazione; sulla previsione specifica di giudici speciali amministrativi e sulla revisione dei giudici speciali istituiti prima dell'entrata in vigore della Costituzione. Questo impianto istituzionale, in ultima analisi, ha dato origine ad una sorta di sistema intermedio, in cui il principio unitario coesiste con rilevanti e frequenti applicazioni di quello pluralistico.

Da un più ampio punto di vista, si può forse ritenere al riguardo che la persistenza di organi di giurisdizione amministrativa rappresenti le tracce ancora visibili dello Stato amministrativo nel tessuto dello Stato di diritto, dello Stato parlamentare e dello Stato democratico. Come sempre accade quando un'entità subentra ad un'altra e le nuove strutture si sostituiscono alle precedenti adattandole alla nuova realtà, dopo anni le antiche presenze assumono nuove forme che ne rendono riconoscibile solo a fatica l'origine.

Nel corso dei lavori del Comitato, successivamente alla presentazione della prima ipotesi di articolato il 3 aprile 1997 e a seguito della conseguente nuova fase di dibattito, era tuttavia prevalsa un'ulteriore ipotesi, che è stata denominata di unità funzionale della giurisdizione. Si tratta di una differente impostazione, per effetto della quale continua a sussistere la distinzione tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa, le quali vengono in ogni caso ricondotte ad un più ampio grado di coordinamento e di unitarietà nei termini che meglio verranno illustrati di seguito.

Prendendo doverosamente atto di tale orientamento divenuto prevalente, a par-

tire dal 15 aprile sono stati conseguentemente predisposti diversi articolati improntati a tale principio dell'unità funzionale della giurisdizione, che caratterizza quindi anche il testo approvato dalla Commissione.

Non posso, tuttavia, sottacere che il relatore avrebbe continuato a preferire l'ipotesi dell'unità sostanziale della giurisdizione, la cui approvazione avrebbe potuto determinare una più compiuta svolta storica e istituzionale nel mondo della giurisdizione e avrebbe forse facilitato i suoi rapporti con i cittadini.

#### **5.1.2.** *La separazione delle funzioni e degli organi come effetto dell'unità funzionale della giurisdizione.*

Venendo all'illustrazione dell'articolato, devo preliminarmente rammentare e sottolineare che l'opinione del Comitato prima e della Commissione poi è stata unanime nel ritenere che un qualsivoglia giudice non può (e non deve) comunque svolgere sia funzioni consultive (o funzioni di controllo), sia funzioni giurisdizionali. Tale opinione, peraltro, è stata condivisa dalla Commissione, che ha approvato un testo di revisione dell'articolo 100 della Costituzione vigente (ora corrispondente all'articolo 113 del progetto di legge costituzionale approvato dalla Commissione) coerente con il principio esposto, respingendo emendamenti diretti a mantenere in capo ad un unico organo istituzionale (rispettivamente Consiglio di Stato e Corte dei conti) funzioni consultive o di controllo accanto a funzioni giurisdizionali.

Coerentemente con questa scelta, il nuovo articolo 113 (già articolo 100), attribuisce al Consiglio di Stato ed alla Corte dei conti solo funzioni rispettivamente consultive e di controllo, collocando tali istituti esclusivamente nell'ambito della nuova sezione II ("Autorità di garanzia e organi ausiliari") del nuovo Titolo V della seconda parte della Costituzione. Tale sezione ha mutato titolo in quanto ricomprende anche le autorità di garanzia e di vigilanza, previste all'articolo 109.

Il rilievo della funzione di consulenza giuridico-amministrativa affidata al Consiglio di Stato si dimostra, peraltro, sempre più significativo anche in relazione alla complessità dell'attività normativa svolta dal Governo e dalle pubbliche amministrazioni. Del resto, tale funzione, in prospettiva, ed anche alla luce del complessivo impianto di riforma della forma di Stato e della forma di governo previsto dal progetto di legge approvato dalla Commissione, acquisterà un'importanza sempre maggiore. In questo contesto devono quindi essere ancor più valorizzate le competenze in grado di rendere tali attività coordinate ed efficaci; si tratta, infatti, di un nodo istituzionale di grande importanza, dal quale dipende in definitiva l'efficacia stessa della macchina amministrativa.

L'articolato approvato dalla Commissione prevede, quindi, all'articolo 119, comma 1 (corrispondente all'articolo 103, comma 1 della Costituzione vigente) l'istituzione della Corte di giustizia amministrativa, alla quale sono affidate esclusivamente funzioni giurisdizionali. Il sistema di giustizia amministrativa è completato dalla previsione espressa, sempre al citato articolo 119, comma 1, dei tribunali regionali di giustizia amministrativa (scelta coerente anche con la soppressione dell'articolo 125 della Costituzione vigente, che al secondo comma prevede l'istituzione nelle Regioni di organi di giustizia amministrativa di primo grado).

Nella stessa direzione si pongono le disposizioni previste dal secondo comma dell'articolo 113 del testo approvato dalla Commissione (anch'esso dopo che erano stati respinti una serie di emendamenti modificativi), relative alle nuove funzioni attribuite alla Corte dei conti, chiamata ad una profonda ed incisiva trasformazione delle sue funzioni di controllo. Tale scelta si colloca in una linea evolutiva coerente sia con la più recente normativa in materia di bilancio, sia con la ormai indifferibile esigenza di passare da ipotesi basate su un mero riscontro di legittimità formale ad una nuova e più moderna

prospettiva volta, invece, al controllo successivo dell'efficienza e dell'economicità dell'azione amministrativa. Si deve d'altra parte sottolineare che il testo approvato non fa riferimento al parametro di controllo dell'efficacia, previsto da alcuni emendamenti non accolti, in quanto tale parametro avrebbe presupposto in capo alla Corte dei conti lo svolgimento di valutazioni di merito tali da coinvolgere responsabilità di natura politica che non possono che spettare ad organi responsabili e legittimati politicamente.

La Corte dei conti è quindi chiamata ad una grande sfida per contribuire alla crescita del Paese, ed è certo che un istituto di così grandi tradizioni saprà raccogliercela e affrontare nel migliore dei modi le difficoltà che un cambiamento di tali dimensioni richiede, non solo in ordine alle strutture ma anche alla mentalità ed alla professionalità dei suoi componenti. In questa rinnovata prospettiva sarà sicuramente superata la comprensibile tentazione della difesa di posizioni e competenze (quali il controllo di legittimità formale del singolo atto, che troppo spesso non serve ad altro se non a ritardare inutilmente l'azione della pubblica amministrazione, quando non è strumentalmente utilizzato per interferire con l'esercizio di altre responsabilità), che riflettono esigenze non più primarie per uno Stato moderno, il quale deve affrontare la sfida della complessità e funzionalità dell'apparato pubblico nella prospettiva europea e della globalizzazione.

È peraltro evidente che una riforma così profonda ed innovativa necessita del tempo necessario per essere posta adeguatamente in essere. Era stata quindi approvata una disposizione transitoria e di attuazione secondo la quale, entro cinque anni dalla data di entrata in vigore della legge costituzionale in esame, il legislatore ordinario deve procedere alla revisione degli organi giurisdizionali amministrativi e contabili attualmente esistenti. Per quanto riguarda il personale magistratuale in servizio presso la Corte dei Conti, la medesima disposizione gli attribuisce la facoltà, da esercitarsi entro

sei mesi dalla predetta revisione, di essere inquadrato nei ruoli dei magistrati amministrativi; per i consiglieri di Stato è invece previsto che, entro lo stesso termine di sei mesi, possano esercitare l'opzione tra l'inquadramento nei ruoli del Consiglio di Stato o in quelli della Corte di giustizia amministrativa. Tale disposizione, tuttavia, unitamente a tutte le altre, non è stata confermata nella fase conclusiva di coordinamento del testo, rinviandone l'esame al termine della prima lettura da parte della Camera.

Per concludere la trattazione relativa agli organi ausiliari del Governo, è necessario infine rilevare che, già in giugno, la Commissione ha approvato un emendamento con il quale si introduce un quarto comma all'articolo 113 (già articolo 100). Tale disposizione prevede la costituzionalizzazione delle funzioni di rappresentanza, patrocinio ed assistenza svolte dalla Avvocatura dello Stato in favore delle amministrazioni dello Stato, rinviando alla legge per la definizione degli altri compiti assegnati a tale istituto. Peraltro, di fronte ad emendamenti, respinti, che tendevano ad introdurre formulazioni più ampie rispetto a quella approvata, si deve far presente che quest'ultima, da un lato, individua le funzioni più propriamente relative agli aspetti di difesa tecnica svolte dall'Avvocatura dello Stato e, dall'altro, consente il rispetto sia delle autonomie regionali e locali, sia delle altre funzioni svolte dalla stessa Avvocatura dello Stato.

### 5.1.3. *I giudici speciali e la giurisdizione tributaria: un problema aperto.*

In materia di giurisdizione, oltre al più volte ricordato principio che afferma in modo chiaro ed univoco l'unitarietà della funzione, fermo restando il divieto di istituzione di giudici straordinari, nel testo approvato dalla Commissione in giugno era stata prevista, come già accennato in precedenza, la possibilità di istituire giudici speciali in materia diversa da quella penale e per il solo giudizio di primo grado (essendo prevista la possibilità di un

secondo grado solo per la giustizia tributaria), recependo con ciò indicazioni emerse nel corso dei lavori del Comitato sul sistema delle garanzie.

Tali disposizioni erano state introdotte nel corso dei lavori del Comitato, il quale su di esse si era espresso quasi unanimemente in senso favorevole, ed erano dirette a consentire al legislatore ordinario di disporre di strumenti dotati di una maggiore elasticità per far fronte al bisogno di giustizia emergente nella società. Questo bisogno non sempre viene soddisfatto dagli uffici e dai servizi giudiziari ordinari, i quali, per una serie complessa di ragioni, non forniscono una risposta adeguata alla crescente domanda di giustizia. Tuttavia, le citate disposizioni sono state soppresse nella seduta del 28 ottobre, sulla scorta di preoccupazioni secondo le quali, in sostanza, l'introduzione di giudici speciali avrebbe in qualche misura determinato una riduzione delle garanzie di terzietà e indipendenza del giudice.

Sul punto, tuttavia, il relatore ritiene doveroso richiamare l'attenzione e una diversa considerazione da parte dell'Assemblea, perchè si tratta di disposizioni di grande importanza, la cui soppressione è stata verosimilmente determinata da un irrisolto equivoco di fondo. Le norme sui giudici speciali potrebbero costituire una forte innovazione nel nostro ordinamento, suscettibile di contribuire in larga misura al decongestionamento degli uffici giudiziari nonchè ad avvicinare la giustizia ai cittadini. Del resto, in alcune esperienze straniere, come in quella francese e, principalmente, inglese, i giudici speciali sono parte integrante della giurisdizione ed hanno dato esiti assai positivi.

Al riguardo c'è da ritenere che talune obiezioni avanzate nei confronti dell'introduzione dei giudici speciali, beninteso tranne che in materia penale e per il solo giudizio di primo grado, siano state determinate dallo stesso *nomen iuris* dell'organo, che richiama esperienze non felici nella storia della giustizia italiana, puntualmente emerse nel corso della discussione del testo, ma che, ovviamente, nulla

hanno a che vedere con l'articolato approvato in giugno dalla Commissione. Forse altre resistenze sono state determinate anche da una certa diffidenza nei confronti di organi che, per la loro stessa natura, avrebbero adottato verosimilmente procedure più agili. Non si deve, tuttavia, dimenticare che i giudici speciali sono comunque organi giurisdizionali, soggetti ai principi processuali di cui si dirà più ampiamente nel seguito e che, in ogni caso, il testo approvato in giugno dalla Commissione non solo escludeva la giurisdizione penale dalle loro attribuzioni, ma in ogni caso consentiva la riconduzione dell'attività di tali istanze nell'alveo della giurisdizione ordinaria, la cui attività esse potrebbero deflazionare non poco, essendo comunque la loro competenza – come già ricordato – limitata al giudizio di primo grado.

La soppressione della possibilità per il legislatore ordinario di istituire giudici speciali ha inoltre travolto anche il sistema di giustizia tributaria vigente, tanto da far ritenere a taluno che le due problematiche, tra di loro nettamente distinte (non a caso erano affrontate in due distinti periodi del citato quarto comma dell'articolo 118) siano state in qualche misura confuse. A partire dalla preoccupazione che la soppressione della disposizione sulla giustizia tributaria possa rendere immediatamente incostituzionale il sistema vigente, era risultato pertanto opportuno approvare una apposita disposizione transitoria, per prorogare l'operatività delle commissioni tributarie previste dalla legge 30 dicembre 1991, n. 413, fino alla revisione degli organi giurisdizionali e amministrativi attualmente esistenti, da effettuarsi entro cinque anni dall'entrata in vigore della legge costituzionale in esame. Anche in questo caso, tuttavia, tale disposizione transitoria non è stata, da ultimo, confermata nel testo coordinato, rinviandone l'esame al termine della prima lettura da parte della Camera.

Su tale questione è necessario osservare, infine, che, di fatto, la situazione così determinatasi rischia di comportare

un devastante incremento del carico attribuito agli organi giurisdizionali ordinari; ed è purtroppo facile prevedere che ciò si rifletterà assai pesantemente sulla già scarsa efficienza degli uffici giudiziari, verosimilmente paralizzandone l'attività. In tal caso, verrebbero del tutto vanificati gli sforzi per avvicinare la giustizia ai cittadini garantendo processi se non rapidi, almeno tali da potersi concludere in tempi ragionevoli.

L'articolo 124, al quinto comma, prevede, inoltre, che le norme sull'ordinamento giudiziario possano ammettere la nomina di magistrati onorari per materie e per funzioni attribuite a magistrati di primo grado ovvero per giudizi di sola equità. In tal caso i soggetti considerati non sono giudici speciali ma onorari, come tali già previsti dall'ordinamento giudiziario. La norma predetta nasce da una fusione e riformulazione, per ragioni sistematiche, di quanto già previsto dal secondo comma dell'articolo 106 della Costituzione vigente e dal quarto comma dell'articolo 118 del testo approvato in giugno dalla Commissione.

## **5.2. La giurisdizione del giudice amministrativo.**

Una rilevante novità introdotta in materia di criteri per il riparto della giurisdizione tra giudici ordinari ed amministrativi è stata introdotta al primo comma dell'articolo 119 (già articolo 103 della Costituzione vigente). Su tale introduzione è stato peraltro amplissimamente convergente l'orientamento del Comitato sul sistema delle garanzie prima e della Commissione poi.

Il riparto di giurisdizione viene, infatti, oggi effettuato sulla base della posizione soggettiva che si intende far valere di fronte alle diverse giurisdizioni e, pertanto, ci si rivolge al giudice ordinario quando si verte in materia di diritti soggettivi e a quello amministrativo se si tratta, invece, di interessi legittimi (e, in alcuni casi specifici, in verità, anche di diritti soggettivi).

La dottrina si è lungamente affannata per elaborare validi criteri distintivi fra diritti soggettivi e interessi legittimi. Volendo dar conto solo delle più note ed autorevoli teorie in materia, basti ricordare che, secondo la teoria tradizionale, tale distinzione avviene in base alla natura dell'interesse (il diritto soggettivo sarebbe una posizione perfetta, mentre l'interesse legittimo avrebbe minore consistenza) ovvero secondo il criterio della tutela dell'interesse (il diritto soggettivo sarebbe tutelato in modo diretto dall'ordinamento, mentre l'interesse legittimo sarebbe protetto solo di riflesso ed in connessione con un interesse pubblico). Altri autori riferiscono invece la distinzione in questione alla natura della norma, sostenendo che la violazione di norme di relazione (da individuarsi in quelle che regolano i rapporti tra la pubblica amministrazione ed i cittadini) determina la lesione di un diritto soggettivo, mentre la violazione delle norme di azione (ossia di quelle poste per regolare l'esercizio dei poteri della pubblica amministrazione, imponendole un certo comportamento) comporterebbe, invece, la lesione di un interesse (legittimo o singolo) del cittadino. Altri autori ancora basano la distinzione sulla natura dell'attività esercitata, sicché il privato potrà vantare nei confronti della pubblica amministrazione un interesse legittimo se è leso da un atto discrezionale, un diritto soggettivo se è leso, invece, da un atto vincolato.

Le più recenti teorie in materia incentrano invece il criterio di distinzione sulla scorta della considerazione dell'interesse materiale protetto dall'ordinamento, sicché la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi andrebbe effettuata in base al grado e alle forme di protezione previste in relazione alla partecipazione del privato alla funzione amministrativa attiva ovvero in base al cattivo uso del potere, che determinerebbe la lesione di un interesse legittimo, o alla carenza del potere stesso, che comporterebbe, invece, la lesione di un diritto soggettivo.

Si tratta di teorie elaborate nel corso di una storia ormai secolare, che ha visto

un cambiamento radicale dei rapporti tra privati e pubblica amministrazione: storia tutt'altro che conclusa, ma che, ai giorni nostri, vede un'evoluzione pressoché quotidiana e, soprattutto, vede cambiamenti qualitativi del rapporto stesso, i quali inducono a ritenere sorpassate e non più adeguate alla realtà tali gloriose ma ormai vecchie categorie giuridiche, il cui utilizzo mostra sempre più i segni dell'obsolescenza.

Il fin qui previsto criterio di riparto della giurisdizione sulla base della posizione soggettiva vantata dal privato nei confronti della pubblica amministrazione riflette, quindi, una situazione ormai non più rispondente all'evoluzione della realtà sociale in termini di maggiore complessità, necessariamente registrata dall'ordinamento giuridico nelle norme che costituiscono posizioni soggettive in capo ai destinatari delle stesse, e crea non pochi problemi.

Si è pertanto imposta la necessità di superare la dicotomia tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, per ancorare il riparto di giurisdizione a precisi criteri individuati dalla legge sulla base di materie omogenee.

Il primo comma dell'articolo 119 del testo approvato dalla Commissione prevede quindi che la giurisdizione amministrativa è esercitata dai giudici dei Tribunali regionali di giustizia amministrativa e della Corte di giustizia amministrativa sulla base di materie omogenee indicate dalla legge riguardanti l'esercizio dei pubblici poteri. Tale ultima precisazione, peraltro, è stata inserita per effetto dell'approvazione di un emendamento avvenuta al termine di un dibattito nel quale si era ritenuta necessaria una delimitazione delle materie, che il futuro legislatore ordinario potrà assegnare alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Pur concordando con l'esigenza sottesa a tale emendamento, è necessario peraltro rilevare che il riferimento alla nozione di pubblici poteri non appare ancora del tutto soddisfacente. E ciò non solo per la diversa utilizzazione della stessa espressione effettuata dall'articolo 134, primo

comma, lettera g), in materia di ricorsi diretti alla Corte costituzionale, ma proprio per la eccessiva genericità della nozione utilizzata, che nella sua così ampia latitudine non sembra idonea a svolgere quella funzione di delimitazione che pure viene chiamata a compiere. D'altro canto, non sembrano idonee neppure altre formulazioni, pure proposte, facenti riferimento a giudizi in cui sia parte una pubblica amministrazione, in quanto sarebbero suscettibili di devolvere alla giurisdizione amministrativa controversie in materia, ad esempio, di risarcimento del danno. Si tratta, quindi, di un problema ancora aperto, alla cui soluzione certo potrà efficacemente contribuire l'ulteriore esame del testo da parte delle Camere.

Si deve infine segnalare, sempre in materia di riparto della giurisdizione, che, nella seduta del 30 ottobre, è stato approvato un emendamento soppressivo dell'ultimo comma dell'articolo 131, corrispondente all'articolo 111, ultimo comma, della Costituzione vigente, che affida alla Corte di cassazione la funzione di giudice del riparto della giurisdizione.

Da una parte resta ferma la possibilità per il legislatore ordinario di poter continuare comunque ad attribuire tale compito alla Corte di cassazione. Dall'altra, tuttavia, potrebbe delinarsi in materia un orientamento volto ad omologare le tematiche del conflitto di competenza – e le relative regole di soluzione, con particolare riguardo a quella della prevalenza del giudice superiore – a quella del riparto della giurisdizione. La conseguenza auspicata sarebbe comunque quella di un effetto deflattivo del carico di lavoro attribuito alla Corte di cassazione (la quale, priva del compito del riparto della giurisdizione, difficilmente potrebbe forse continuare a definirsi "Suprema").

Secondo l'impianto sistematico approvato dalla Commissione, sulla base della complessiva riorganizzazione della giurisdizione alla stregua del criterio della sua unità funzionale, è stata conseguentemente prevista l'attribuzione al giudice amministrativo delle funzioni giurisdizionali relative anche alla responsabilità pa-

trimoniales dei pubblici funzionari nelle materie di contabilità pubblica agli organi della giustizia amministrativa, come previsto dal secondo comma del citato articolo 119. È stato inoltre attribuito al legislatore ordinario il compito di individuare i titolari dell'azione di responsabilità; tale precisazione, dovuta ad un emendamento approvato nella seduta del 29 ottobre, lascia quindi impregiudicata la questione della eventuale costituzione di un distinto pubblico ministero presso la giurisdizione amministrativa.

Sempre in ordine a tale disposizione, va sottolineato che questa ulteriore attribuzione di competenza al giudice amministrativo non si pone in contrasto con la natura di tale organo giurisdizionale, specie se si ha riguardo alla evoluzione – in gran parte già in atto sia nella giurisprudenza sia, principalmente, nella più recente legislazione – delle funzioni svolte dal giudice amministrativo. Questo giudice è destinato, infatti, ad assumere in futuro competenze di merito di livello tale da rendere presto del tutto obsoleta la tradizionale formula secondo la quale sarebbe il giudice degli atti, che, in realtà, già dal 1923 non è più esatta. Al riguardo va nuovamente ribadito che comunque una riforma di livello costituzionale non deve tanto limitarsi a registrare l'esistente, quanto, essendo per sua natura destinata a durare nel tempo, assecondare ed anche stimolare le linee di sviluppo della società e delle sue istituzioni.

Anche il testo approvato dell'articolo 133 (corrispondente all'articolo 113 del testo della Costituzione vigente) discende dalle considerazioni già svolte in via generale con riferimento all'unità funzionale della giurisdizione, costituendone uno sviluppo.

Al riguardo si deve sottolineare che, mentre l'articolo 119 del testo approvato caratterizza la tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione dal punto di vista degli organi giurisdizionali cui essa è affidata, l'articolo 133 definisce il medesimo ambito da un punto di vista meramente oggettivo, garantendo la giurisdizione amministrativa con rife-

rimento non più alla dicotomia tra diritti soggettivi e interessi legittimi, ma, dopo aver soppresso il richiamo a tali posizioni soggettive, previsto dal primo comma dell'articolo 113 della Costituzione vigente, rinviando alla legge per la definizione delle modalità per l'esercizio della tutela giurisdizionale "nei confronti della pubblica amministrazione", e non più solo contro i suoi atti.

È peraltro evidente che tale soppressione, unitamente a quella analoga operata all'articolo 119, non implica alcuna interferenza rispetto al primo comma dell'articolo 24 della prima parte della Costituzione, che si limita ad assicurare che tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, senza ovviamente indicare nè criteri di riparto della giurisdizione nè, conseguentemente, gli organi giurisdizionali cui adire. In altri termini, l'articolo 24, primo comma, costituisce una norma volta a garantire la possibilità di azione in giudizio escludendo ogni eccezione alla tutela delle posizioni soggettive, mentre quelle recate al riguardo dal nuovo Titolo VII sulla giustizia hanno lo scopo di precisare le concrete modalità con cui realizzare tale possibilità.

Si deve ricordare, da ultimo, che il testo approvato dalla Commissione dell'articolo 133, prevede esplicitamente la possibilità di esercitare la tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione anche in forma cautelare e, inoltre, la possibilità per il giudice amministrativo di disporre di altri strumenti di reintegrazione, oltre a quella dell'annullamento degli atti pubblica amministrazione.

Peraltro anche tali modificazioni, che assicurano un più ampio grado di tutela ai cittadini nei confronti della pubblica amministrazione, si pongono, sia pure tendenzialmente, nella linea di assoluta equiparazione del giudice amministrativo a quello ordinario. Come ho avuto modo di dire più volte, infatti, in via generale, e sempre nel rispetto del principio adottato dell'unità funzionale della giurisdizione, il testo approvato opera una conseguente e

piena equiparazione dei giudici amministrativi a quelli ordinari quanto a *status*, funzioni e disciplina (punto che verrà affrontato diffusamente più avanti, in ordine alla disciplina delle incompatibilità, dell'autogoverno e della nomina dei magistrati).

### 5.3. I tribunali militari.

Il testo approvato dalla Commissione prevede, all'ultimo comma del citato articolo 119 (già articolo 103), la soppressione della giurisdizione militare in tempo di pace. Nel corso della seduta del 29 ottobre è stata peraltro soppressa la previsione, già contenuta nel testo approvato in giugno ed introdotta sulla base di alcuni disegni di legge all'esame della Commissione, della loro istituzione non solo per il tempo di guerra, ma anche in adempimento di obblighi internazionali. Al riguardo devo rammentare che all'articolo 131, comma 2 (già articolo 111, comma 2, della Costituzione vigente) è previsto che si può derogare alla possibilità di ricorrere in Cassazione solo per le sentenze ed i provvedimenti sulla libertà personale emessi dai tribunali militari (beninteso, ed ovviamente, in tempo di guerra).

In merito va ricordato che la competenza dei tribunali militari (che, per inciso, costituiscono un giudice speciale, come anche affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 48 del 1958) non può che essere considerata del tutto eccezionale. Nella prima parte della Costituzione, infatti, è solennemente affermato il principio secondo il quale l'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali (articolo 11) e l'impiego delle Forze armate, il cui ordinamento è informato allo spirito democratico della Repubblica, è finalizzato alla difesa della Patria (articolo 52). In quest'ottica le modifiche proposte all'articolo 103, terzo comma, della Costituzione vigente (corrispondente all'articolo 119, terzo comma,

del testo approvato dalla Commissione) rendono pienamente coerente tale disposizione con i principi appena richiamati, contenuti nella prima parte della Costituzione stessa.

Per concludere l'esame del punto relativo ai tribunali militari, si deve far presente che era stata approvata una disposizione transitoria e di attuazione per chiarire la posizione del personale magistratuale attualmente in servizio presso tali organi, il quale, per effetto della predetta disposizione, è inquadrato nei ruoli dei magistrati ordinari. Nella fase conclusiva dei lavori della Commissione, in sede di coordinamento del testo, è stato deciso di non confermare le disposizioni transitorie, rinviandone l'esame al termine della prima lettura del progetto costituzionale da parte della Camera.

#### 5.4. La magistratura ordinaria.

Il sistema giudiziario esistente in Italia, al momento in cui l'Assemblea costituente svolgeva i propri lavori, derivava in gran parte dall'organizzazione giudiziaria già istituita nel Regno di Sardegna, sul modello della legislazione francese, e incentrata sulla figura del giudice-funziario.

Lo Statuto del 1848 sanciva la diretta emanazione della giustizia dal Re e, in generale, le disposizioni previste in materia dagli articoli 68-73 non davano alla magistratura un ordinamento autonomo ed indipendente. Nel 1859 il decreto Rattazzi strutturava la magistratura come un corpo sottoposto all'esecutivo, ponendo il Guardasigilli al vertice di tutti i funzionari giudiziari, alla carriera dei quali presiedeva, e configurando il pubblico ministero come rappresentante del potere esecutivo presso ogni autorità giudiziaria.

La legge n. 6878 del 1890 (cosiddetta "legge Zanardelli") cominciò ad aprire taluni spiragli per accentuare le garanzie di indipendenza dei giudici, garanzie che furono rafforzate dalla legge n. 1511 del 1907 (cosiddetta "legge Orlando"), la quale istituì un Consiglio superiore della magi-

stratura con funzioni consultive-deliberative in materia di promozioni, che erano tuttavia sempre adottate con decreto del ministro, dalla legge n. 438 del 1908 che assicurò l'inamovibilità di sede e con il decreto n. 1978 del 1921 (cosiddetto "decreto Rodinò"), che prevede l'elettività del Consiglio superiore della magistratura ed estese l'inamovibilità ai pretori.

In epoca fascista la legislazione fu, invece, caratterizzata da una inversione di tendenza, a partire dall'ordinamento giudiziario del 1923 che eliminò l'elettività del Consiglio, accentuando la struttura gerarchica degli uffici giudiziari. L'ordinamento giudiziario del 1941 (ancora per gran parte in vigore) disciplinò in maniera organica la dislocazione, le funzioni e la composizione degli organi giudiziari, la carriera e lo *status* giuridico dei magistrati ordinari.

Subito dopo la fine della guerra, con il regio decreto legislativo n. 511 del 31 maggio 1946, furono ripristinate le garanzie di indipendenza dei giudici, in parte estese ai pubblici ministeri.

In sede di Assemblea costituente emersero vari orientamenti in ordine all'autogoverno della magistratura, al collegamento del pubblico ministero con l'esecutivo, alla sorte da riservare all'ufficio del Ministro della giustizia, alla realizzazione dell'unità della giurisdizione, mentre su altre questioni, quali il superamento della configurazione delegata della giurisdizione, l'accoglimento del principio di legalità dell'azione penale e l'eliminazione di ingerenze dell'esecutivo sui provvedimenti concernenti lo *status* dei magistrati, si registrò un sostanziale accordo sin dall'inizio della discussione.

Il testo vigente della Costituzione, agli articoli 101-113, sostanzialmente si basa sui principi della differenziazione solo funzionale dei magistrati, della previsione delle garanzie del giudice, della collocazione del pubblico ministero nell'ordinamento giudiziario, della previsione del Consiglio superiore della magistratura come organo a composizione mista, nonché sulla precisazione dei rapporti tra magistratura ed esecutivo.

Si deve peraltro notare che la dottrina ha rilevato taluni problemi di conciliabilità, ad esempio, tra la riconducibilità della funzione giudiziaria alla sovranità popolare, prevista dall'articolo 101, primo comma, ed il sistema di nomina per concorso, previsto dall'articolo 106; tra la distinzione dei magistrati solo per funzioni, prevista dal terzo comma dell'articolo 107, e il sistema di promozioni come sarebbe presupposto dall'articolo 105; tra la differenziazione del pubblico ministero dalla magistratura giudicante, previsto dal quarto comma dell'articolo 107, e la riconduzione dello stesso all'ordine giudiziario, prevista dal terzo comma del medesimo articolo 107. Tutti questi problemi, in varia misura, sono puntualmente emersi nel corso dei lavori del Comitato prima e della Commissione poi.

#### 5.4.1. *Giudice e pubblico ministero.*

Le disposizioni costituzionali vigenti si aprono con le affermazioni secondo le quali la giustizia è amministrata in nome del popolo (articolo 101, comma 1) e i giudici sono soggetti soltanto alla legge (comma 2). Per il pubblico ministero, l'ultimo comma dell'articolo 107 prevede che tale organo gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario.

La Costituzione afferma quindi, in limine, l'indipendenza e l'autonomia del giudice (come singolo), anticipando in tal modo quella dell'ordine giudiziario nel suo complesso (affermata dagli articoli 104-107), indipendenza ed autonomia che rappresentano un valore strumentale rispetto a quello della legalità e obiettività dell'amministrazione della giustizia.

Quella della distinzione tra magistratura giudicante e inquirente è stata una delle tematiche su cui sia il Comitato sul sistema delle garanzie, sia la Commissione, si sono particolarmente e a lungo soffermati.

Si tratta di una questione che ha lontane origini storiche e che ha accompagnato per secoli la dialettica istituzio-

nale in relazione all'evoluzione degli ordinamenti giuridici moderni e contemporanei, principalmente con riferimento al bilanciamento dei poteri ed alla definizione delle competenze tra gli organi dello Stato.

Prescindendo dalle prime origini dell'istituto del pubblico ministero, che possono essere individuate in alcuni istituti del diritto romano, l'organo in esame, ossia un complesso di uffici pubblici cui viene demandato il compito di proporre azioni o intervenire in giudizi promossi da privati, comincia a delinearsi in termini moderni negli anni immediatamente successivi alla rivoluzione francese, mostrando peraltro immediatamente quei caratteri di ambiguità che hanno sempre accompagnato la storia dell'istituto, tanto che il decreto dell'Assemblea nazionale sull'organizzazione giudiziaria del 16-24 agosto 1790 (che avrebbe poi ispirato tutte le legislazioni europee in materia) da un lato confermava l'appartenenza degli uffici del pubblico ministero all'ordine giudiziario, mentre dall'altro li definiva agenti del potere esecutivo presso i tribunali.

Questi riferimenti sono sufficienti a chiarire come i problemi, che ancor oggi vengono dibattuti, affondino le loro radici nella storia. Si tratta di tematiche intimamente connesse alla nascita della stessa democrazia e, comunque, investono imprescindibili aspetti di bilanciamento dei poteri, la cui struttura determina la forma di governo di un ordinamento. Con ciò non si intende certo affermare che il problema della definizione della natura dell'organo pubblico ministero – e dei suoi rapporti con le altre istituzioni, segnatamente con l'esecutivo – sia determinante ai fini della qualificazione di un certo ordinamento come democratico o meno. Ben si sa, infatti, che, in ordinamenti di Stati che hanno rappresentato e rappresentano un esempio di democrazia, il pubblico ministero è posto alle dipendenze dell'esecutivo, mentre in altri, non meno democratici, quest'organo è variamente sottratto alle ingerenze governative. Non siamo di fronte ad un dogma della

democrazia, e sul punto non devono quindi scatenarsi guerre di religione.

La risposta, per ciascun Paese, nasce dalla sua storia, dalle sue tradizioni, dalla particolare struttura della società civile e di quella politica, dal delicato meccanismo di pesi e contrappesi istituzionali, di cui esso è o non è dotato.

Al riguardo, volendo solo esemplificativamente fare dei brevi cenni di diritto comparato, faccio presente che in Belgio tutte le nomine alle procure sono fatte direttamente dal Re, senza necessità di preventive designazioni od elezioni. Il pubblico ministero esercita le proprie funzioni sotto l'autorità del Ministro della giustizia e la lettera della Costituzione non estende agli organi della pubblica accusa le stesse garanzie di autonomia riservate ai membri della magistratura giudicante.

In Germania le funzioni di pubblico ministero sono esercitate da funzionari reclutati, nella generalità dei casi, separatamente dai giudici e con uno *status* differente rispetto agli stessi. Nella maggior parte dei *Laender* i pubblici ministeri sono funzionari politici (*politische Beamte*), e presso le Corti statali sono nominati dai ministri della giustizia dei *Laender* competenti, mentre per le Corti federali la nomina viene effettuata dal Ministro federale della giustizia, su approvazione del *Bundesrat*.

In Inghilterra l'azione penale viene esercitata (peraltro discrezionalmente) dal *Crown Prosecution Service*, un'autorità indipendente che non svolge indagini, affidate alla polizia. Tale autorità è organizzata a livello piramidale, e al suo vertice è posto l'*Attorney General*, che è membro e consigliere giuridico del Governo, pur non appartenendo al Gabinetto.

Nei Paesi Bassi i pubblici ministeri sono tenuti a conformarsi alle direttive che vengono loro impartite dalle autorità sovraordinate competenti, in nome del Re, mentre in Spagna il pubblico ministero ha al vertice della struttura un procuratore generale dello Stato, nominato dal Re su proposta del Governo, udito il Consiglio generale del potere giudiziario.

In Francia i magistrati del pubblico ministero sono posti sotto la direzione ed il controllo dei capi degli uffici, ai quali sono assegnati, e sotto l'autorità del Ministro della giustizia; non beneficiano della prerogativa dell'inamovibilità, che è propria dei membri della magistratura giudicante. È peraltro noto che in Francia è in corso un processo di riforma tendenzialmente diretto ad assicurare un più ampio grado di autonomia agli organi della pubblica accusa, sebbene nelle diverse sezioni dell'organo di autogoverno della magistratura dovrebbe persistere una maggioranza di consiglieri laici (cfr. il noto "Rapporto Tuche").

In Svezia la carriera della pubblica accusa è separata dalla magistratura giudicante e dagli altri corpi dello Stato ed il procuratore generale, il suo sostituto, i procuratori regionali e quelli dei distretti di maggiore importanza sono nominati dal Governo, mentre gli altri sono assegnati ai loro uffici con decisione del procuratore generale. L'indipendenza del pubblico ministero è tuttavia prevista dalla Costituzione.

Negli Stati Uniti, infine, novantaquattro *District Attorneys* dirigono gli uffici del pubblico ministero presso ogni tribunale federale di prima istanza. La loro nomina è di competenza del Presidente degli Stati Uniti, ma deve essere ratificata dal Senato. Le proposte di nomina sono fatte dall'*Attorney General*, figura sostanzialmente corrispondente al Ministro della Giustizia.

Per quanto riguarda la storia italiana, dalla legge del 1865, per la quale i magistrati del pubblico ministero costituivano un ruolo a se stante, si è passati, attraverso alterne vicende, all'unificazione dei ruoli, per poi porre, con l'articolo 69 dell'ordinamento giudiziario del 1941, il pubblico ministero alle dipendenze del Ministro della giustizia e, successivamente, ad individuarne talune garanzie di indipendenza, pur non coincidenti con quelle dei giudici, con il regio decreto legislativo n. 511 del 1946.

In sede di Assemblea costituente il problema della natura promiscua delle

funzioni del pubblico ministero (ossia dell'attribuzione a tale organo di funzioni giurisdizionali – nel rito penale dell'epoca, ad esempio, ordini di cattura e concessione della libertà provvisoria – ed esecutive) fu ampiamente sottolineato e dibattuto e, com'è ben noto, si scontrarono due opposte tendenze, rispettivamente riconducibili ai progetti Calamandrei e Leone, la prima delle quali favorevole all'indipendenza dell'organo e la seconda, invece, favorevole a configurarlo come organo del potere esecutivo. Prevalse una tesi intermedia, la cui approvazione ha dato origine al testo del quarto comma dell'articolo 107 della Costituzione vigente, secondo il quale il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario.

Tale disposizione, da leggersi anche in relazione all'articolo 101, secondo comma, della Costituzione vigente ("I giudici sono soggetti soltanto alla legge"), evidenzia il livello non costituzionale delle garanzie riconosciute al pubblico ministero. Si deve però osservare che comunque la Costituzione riconosce la necessità di tali garanzie, che il primo comma dello stesso articolo 107 estende anche al pubblico ministero la garanzia di inamovibilità prevista per i giudici, che le stesse garanzie oggettive assicurate all'intero ordine giudiziario dall'esistenza del Consiglio superiore della magistratura sono evidentemente riconosciute anche ai magistrati inquirenti e che lo stesso obbligo di esercitare l'azione penale per più versi sottintende e presuppone l'indipendenza del pubblico ministero. In ogni caso, si deve rilevare che la legislazione post-costituzionale è stata caratterizzata da un progressivo avvicinamento ed assimilazione del regime giuridico dei magistrati inquirenti a quello dei giudici.

L'articolo 101 (e, in particolare, il citato comma 2 di tale articolo) è stato oggetto di ampio ed approfondito dibattito, sia nel Comitato sul sistema delle garanzie che in Commissione. Su tale materia, in verità, si sono registrate posizioni alquanto divergenti, che sono state, infine, ricondotte ad unità solo con una certa difficoltà e con uno

sforzio collegiale, capace di tener conto dell'approfondimento critico delle diverse posizioni a confronto e di ascoltare le ragioni degli altri.

Il testo approvato in giugno dell'articolo 117, comma 2 (corrispondente al comma 2 dell'articolo 101 della Costituzione vigente), rendeva soggetti soltanto alla legge non solo i giudici, ma anche i magistrati del pubblico ministero. Per far fronte agli eventuali problemi che avrebbero potuto sorgere da una effettiva frantumazione delle attribuzioni in materia inquirente, e per assicurare un certo grado di unitarietà nello svolgimento delle relative funzioni, il testo prevedeva anche che le norme sull'ordinamento giudiziario avrebbero assicurato il coordinamento e l'unità di azione degli uffici del pubblico ministero.

Tale formulazione, tuttavia, si prestava alla critica, fondata, secondo la quale, mentre la soggezione alla legge è concetto che si riferisce agevolmente al giudice inteso come singolo (tenuto presente quanto prima esposto circa le relazioni tra tale principio e le norme di cui agli articoli 104 e 107 della vigente Costituzione), essa potrebbe invece dar luogo a difficoltà in riferimento alla sua applicazione al pubblico ministero, il quale, come è noto, è un ufficio e non un giudice.

Tenendo conto di queste considerazioni critiche, il relatore ha quindi presentato un nuovo testo del citato comma secondo dell'articolo 117 che, prendendo in considerazione iniziative emendative assunte da più gruppi, era probabilmente suscettibile di far fronte ai rilievi critici evidenziati, confermando al tempo stesso l'indipendenza del pubblico ministero di fronte ad ogni potere. Tale nuovo testo, approvato dalla Commissione nella seduta del 28 ottobre, scinde in due commi le disposizioni relative rispettivamente ai giudici e alle guarentigie del pubblico ministero, prevedendo che i giudici sono soggetti soltanto alla legge (articolo 117, secondo comma) e che i magistrati del pubblico ministero sono indipendenti da ogni potere e godono delle garanzie stabilite nei loro riguardi dalle norme sull'ordina-

mento giudiziario, le quali assicurano altresì il coordinamento interno dell'ufficio del pubblico ministero ed il coordinamento, ove necessario, delle attività investigative tra gli uffici del pubblico ministero (articolo 117, terzo comma).

Al riguardo vorrei segnalare che la formulazione approvata dalla Commissione da un lato conferma, peraltro non poco rafforzandole, le garanzie previste dalla vigente Costituzione in favore degli organi di pubblica accusa e, dall'altro, conferisce piena cittadinanza nel nostro ordinamento ad organi di coordinamento investigativo – come, ad esempio la Direzione nazionale antimafia – che si rivelassero necessari per la conduzione di indagini particolarmente complesse, che investano la competenza di più uffici giudiziari.

Mi sembra, inoltre, che da un punto di vista sia sistematico che sostanziale la formulazione approvata abbia il pregio della chiarezza e sia suscettibile di porre fine ai numerosi equivoci che pure si sono verificati.

Uno degli elementi che accomunano giudici e pubblici ministeri nel vigente testo costituzionale è costituito dal sistema di nomina, che, secondo quanto previsto dal primo comma dell'articolo 106 vigente, ha luogo per concorso, il che, come è stato sostenuto in dottrina e riconosciuto dalla Corte costituzionale (v. la sentenza n. 49 del 1968), costituirebbe una ulteriore garanzia di indipendenza posta in favore dei magistrati inquirenti.

Prima di passare all'illustrazione del testo dell'articolo 124 approvato dalla Commissione (corrispondente all'articolo 106 della Costituzione vigente), occorre ricordare che le norme in questione sono state oggetto di ampio ed approfondito dibattito nel Comitato sul sistema delle garanzie e successivamente nella Commissione: si tratta, infatti, di una questione rispetto alla quale le posizioni originarie dei vari gruppi erano assai lontane.

Il testo approvato all'articolo 124, primo comma, dispone anzitutto che anche i magistrati amministrativi non pos-

sono essere nominati se non per concorso e prevede che la nomina è condizionata al positivo esperimento di un periodo di tirocinio.

Nel nuovo sistema dell'unità funzionale della giurisdizione, nel quale i magistrati ordinari ed amministrativi sono totalmente equiparati quanto a *status* e garanzie, sarebbe infatti una grave incongruenza ipotizzare che i magistrati amministrativi possano, sia pur parzialmente, essere nominati dal Governo. Ci sarebbe da chiedersi, infatti, quale terzietà potrebbe vantare chi è chiamato ad esercitare la giurisdizione, e poi proprio quella amministrativa, in base ad una nomina effettuata dall'esecutivo.

Va quindi ribadito che il testo approvato equipara in tutto e per tutto, nelle garanzie come nelle responsabilità, nel sistema di nomina come nelle incompatibilità, i giudici ordinari a quelli amministrativi. Ed in effetti parrebbe assai strano, oltre che pericoloso, che la giurisdizione venisse svolta da organi i cui componenti non fornissero assolute garanzie di terzietà. Posizioni culturali secondo le quali i giudici amministrativi potrebbero in sostanza continuare ad essere funzionalmente collegati all'esecutivo e, più in generale, i giudici potrebbero essere chiamati a svolgere compiti estranei alla giurisdizione – e, segnatamente, a ricoprire incarichi di ogni sorta nelle pubbliche amministrazioni –, si giustificerebbero, sia pure a fatica e con qualche sospetto di incostituzionalità, soltanto in un quadro costituzionale diverso da quello approvato dalla Commissione.

Sempre all'articolo 125 il testo approvato prevede inoltre, e conseguentemente, all'ultimo comma, un rigoroso regime delle incompatibilità per tutti i magistrati, che troppo spesso svolgono funzioni eccessivamente distanti da quelle giurisdizionali, talvolta a scapito delle stesse e spesso alle dipendenze dell'esecutivo. In questi casi è evidente il rischio di ricadute negative sulla stessa autonomia della magistratura e anche sul suo prestigio, a tutela del quale, nel quinto comma, si è

prevista anche la costituzionalizzazione dei principi di responsabilità, correttezza e riservatezza.

In ordine a tali disposizioni è opportuno sottolineare che, nel corso del dibattito in Commissione, è stato pressochè unanimemente ritenuto che i giudici non devono svolgere incarichi presso l'esecutivo o pubbliche amministrazioni (pur essendosi prospettate talune eccezioni in merito alla loro utilizzazione esclusivamente presso il Ministero della giustizia, sia pure in numero estremamente ridotto), né partecipare ad arbitrati o a collaudi e simili.

Il testo approvato consente, peraltro, la partecipazione dei magistrati ad attività nelle quali la loro specifica competenza può rivelarsi di grande utilità, come, ad esempio, l'insegnamento, la partecipazione all'attività di formazione dei magistrati, la partecipazione a commissioni di concorso e simili. Per quanto riguarda il citato quinto comma, vorrei ribadire che, come è emerso nel corso del dibattito, i magistrati non sono assimilabili agli altri pubblici impiegati se non solo formalmente. Questi ultimi, infatti, pur svolgendo certe funzioni di responsabilità, non hanno il potere di disporre della libertà, dei diritti e dei beni dei cittadini. È quindi evidente che la disposizione che costituzionalizza i principi, cui devono attenersi tutti i magistrati nel corso dell'esercizio delle loro funzioni, è tutt'altro che superflua.

Va infine rilevato che il nuovo ultimo comma dell'articolo 125, relativo alla partecipazione dei magistrati alle competizioni elettorali, ha ottenuto il consenso pressochè unanime della Commissione. Mi sembra che la soluzione prescelta permetta un equilibrato bilanciamento tra la libertà di concorrere alle cariche elettive e la necessità di consentire sia la parità dei partecipanti alle competizioni elettorali, sia un corretto svolgimento delle stesse nonché dell'attività giudiziaria, sia, infine, il prestigio della magistratura.

Per quanto riguarda il regime transitorio, la Commissione aveva approvato una disposizione transitoria e di attuazione, secondo la quale le norme relative

alle incompatibilità dei magistrati si applicano a decorrere dal quarto anno successivo all'entrata in vigore della riforma costituzionale ora all'esame delle Camere. Come nei casi precedentemente segnalati, anche tale disposizione non è stata confermata nella fase di coordinamento finale del testo, rinviandone l'esame al termine della prima lettura del progetto costituzionale da parte della Camera. Va rilevato, inoltre, che le disposizioni in materia di partecipazione dei magistrati alle competizioni elettorali sono comunque immediatamente precettive.

Il terzo comma dell'articolo 124 stabilisce che, ferma restando l'unicità delle modalità di ingresso in magistratura e delle carriere, sia previsto una sorta di filtro per il successivo passaggio tra le funzioni giudicanti e quelle del pubblico ministero, e viceversa. Tale filtro è rappresentato da un concorso riservato (riservato, ovviamente, ai soli magistrati, onde evitare equivoci di sorta) che dovrà svolgersi secondo modalità stabilite dalla legge. È peraltro previsto, al quarto comma dello stesso articolo 124, che in nessun caso le funzioni inquirenti e quelle giudicanti penali possono essere svolte nel medesimo distretto giudiziario.

La *ratio* di tali disposizioni è del tutto evidente. Si tratta, da un lato, di evitare facili e possibili commistioni tra le varie funzioni, nonché i pericoli che ciò comporta per una ordinata amministrazione della giustizia e, dall'altro, di favorire le reali aspirazioni personali al fine di una più efficace azione giudiziaria. È infatti senz'altro vero che, per svolgere le funzioni di giudice, occorrono qualità, interessi e motivazioni differenti da quelle necessarie all'adempimento delle funzioni affidate ai magistrati inquirenti, pur nella comune cultura della giurisdizione, o, come meglio dovrebbe dirsi, nella comune cultura della legalità e delle garanzie, la quale dovrebbe essere patrimonio inalienabile di tutti i magistrati.

D'altro canto, è innegabile che lo svolgimento delle funzioni di pubblico ministero richiede una formazione, non solo culturale ma anche di tecnica investiga-

tiva, del tutto particolare, che è obiettivamente assai diversa da quella richiesta per lo svolgimento delle funzioni giurisdizionali.

Il relatore deve peraltro dar conto del fatto che in Commissione erano stati presentati, da alcuni gruppi, emendamenti indirizzati a realizzare una piena separazione delle carriere tra giudici e magistrati del pubblico ministero, prevedendo di conseguenza un accesso alla magistratura attraverso concorsi separati ovvero rendendo irreversibile la scelta operata sulla funzione da svolgere. Posti in votazione, tali emendamenti, che evidentemente sottintendono una impostazione notevolmente diversa da quella infine approvata dalla Commissione, sono stati respinti.

Nel testo approvato dell'articolo 124 è stato comunque previsto che tutti i magistrati debbono svolgere inizialmente funzioni giudicanti, onde perseguire quella unitarietà iniziale della cultura della legalità e della giurisdizione cui prima si accennava. Per il suo conseguimento è stato anche previsto, all'articolo 128 del testo approvato dalla Commissione (corrispondente all'articolo 110 della Costituzione vigente), che il Ministro della giustizia debba promuovere la comune formazione propedeutica all'esercizio delle professioni giudiziarie e forensi: formazione propedeutica per i futuri magistrati ed i futuri avvocati, che è altra cosa dalla formazione e dall'aggiornamento dei magistrati, che restano evidentemente affidati ai Consigli superiori.

Al riguardo, va ricordato che in dottrina è stata più volte lamentata l'assenza di una scuola della magistratura, sull'esempio dell'*Ecole nationale de la magistrature* in Francia, della *Referendarszeit* in Germania e dell'*Escuela judicial* in Spagna; sulla questione, peraltro, ci si soffermerà in termini più generali in occasione dell'illustrazione dell'articolo 128, riguardante le competenze del Ministro della giustizia. Un primo passo in questa direzione è tuttavia stato fatto recentemente anche in Italia, con il decreto legislativo di attuazione della delega

prevista dall'articolo 17, comma 113, della legge 15 maggio 1997, n.127, che prevede l'istituzione delle scuole biennali di specializzazione per le professioni legali.

L'articolo 107 della Costituzione vigente, al primo comma, assicura ai magistrati (quindi sia ai giudici sia ai magistrati del pubblico ministero) la garanzia dell'inamovibilità, da intendersi nel senso che qualsiasi provvedimento destinato ad incidere sull'esercizio della funzione del singolo magistrato deve essere assunto dal Consiglio superiore della magistratura alle condizioni indicate nel primo comma citato.

La garanzia in esame era già prevista dallo Statuto del 1848, che tuttavia la limitava al grado, senza estenderla a tutti i magistrati (erano infatti esclusi quelli con meno di tre anni di anzianità, i pretori e i pubblici ministeri). La norma della vigente Costituzione, come accennato, si applica, invece, a tutti i magistrati, senza distinzione di categorie e, dal punto di vista oggettivo, concerne sia la sede che la funzione cui il magistrato sia stato assegnato e costituisce la più rilevante guarentigia dello *status* del singolo magistrato. Tale norma riguarda, del resto, il profilo di garanzia anche all'interno dello stesso ordine giudiziario, con ciò rafforzando ulteriormente i principi di indipendenza e di autonomia già previsti dall'articolo 104 vigente con riferimento all'intero ordine.

Il diritto alla conservazione delle funzioni e della sede, d'altra parte, non è svincolato dai limiti che esso può incontrare a causa della esigenza di tutelare altri interessi costituzionalmente garantiti, come si ricava dalla lettura dello stesso primo comma dell'articolo 107. Da essa emerge che il Costituente non ha attribuito a tale garanzia valore assoluto ed incondizionato, ma strumentale, nel senso che la inamovibilità è garantita per assicurare l'autonomia e l'indipendenza dell'ordine giudiziario, nonché quelle del singolo magistrato.

D'altro canto, la previsione di un intervento in materia, comunque possibile solo da parte dell'organo di governo au-

tonomo della magistratura, aggravato da una espressa ed ulteriore garanzia procedimentale, rafforza ancor più tale garanzia. A tali preminenti esigenze, si è ritenuto di poter fare ugualmente fronte con una modifica del secondo comma dell'articolo 107 della Costituzione vigente (corrispondente al secondo comma dell'articolo 125 approvato dalla Commissione), con la quale si prevede la sostituzione delle previste garanzie di difesa con quelle di garanzia del contraddittorio.

Allo stesso articolo 125, al primo comma, il testo approvato ribadisce ed estende ai magistrati amministrativi il principio della inamovibilità, prevedendosi inoltre al terzo comma che la legge disciplina i periodi di permanenza nell'ufficio e nella sede dei giudici (ordinari e amministrativi) e dei magistrati del pubblico ministero.

#### 5.4.2. *Consiglio superiore della magistratura e azione disciplinare.*

Le tematiche relative al Consiglio superiore della magistratura, al pubblico ministero, all'azione penale e a quella disciplinare sono state oggetto di approfonditi e ripetuti dibattiti nel Comitato sul sistema delle garanzie prima e nella Commissione poi.

Per quanto riguarda in particolare il Consiglio superiore della magistratura, le disposizioni previste dagli articoli 104 e 105 della Costituzione vigente, accanto alla garanzia di indipendenza funzionale del singolo giudice (prevista dall'articolo 101, secondo comma), pongono istituti volti a garantire l'indipendenza della magistratura nel suo complesso. Il Consiglio superiore della magistratura è appunto l'organo cui è affidato il compito di assicurare l'autonomia e l'indipendenza dell'ordine della magistratura.

Tale organo è non solo previsto, ma anche disciplinato in molteplici aspetti dall'articolo 104 della Costituzione vigente ed è stato tuttavia tardivamente istituito con la legge n. 195 del 1958, successivamente più volte modificata.

Il Consiglio è attualmente composto da 33 membri, dei quali 3 di diritto (il Presidente della Repubblica, che lo presiede ai sensi degli articoli 87 e 104 della Costituzione vigente, il primo presidente e il procuratore generale della Corte di cassazione), 20 eletti da tutti i magistrati ordinari tra gli appartenenti alle varie categorie e 10 dal Parlamento in seduta comune tra professori di università in materie giuridiche ed avvocati dopo 15 anni di esercizio. I membri elettivi durano in carica quattro anni e non sono immediatamente rieleggibili.

I componenti di nomina parlamentare sono eletti dai due rami del Parlamento in seduta comune, a scrutinio segreto con la maggioranza dei tre quinti dell'Assemblea, che si riduce, nelle successive votazioni, a tre quinti dei votanti, mentre all'elezione dei componenti togati partecipano tutti i magistrati con voto personale, segreto e diretto. I togati sono eletti in collegi circoscrizionali, in ognuno dei quali sono presentate liste di candidati; il riparto dei seggi è disposto secondo il sistema proporzionale e sussiste una clausola di sbarramento del nove per cento sul piano nazionale. Da più parti è stato rilevato che tale sistema elettorale rischia di favorire ed incentivare la "correntocrazia", brutta copia della partitocrazia, all'interno della magistratura, ed è stata di conseguenza auspicata a tale riguardo una adeguata riforma elettorale, che non comporta revisione costituzionale.

Il vicepresidente del Consiglio superiore della magistratura è eletto fra i componenti designati dal Parlamento, ha poteri propri e poteri delegati dal Presidente della Repubblica e, con il primo presidente e il procuratore generale della Corte di cassazione, compone il Comitato di presidenza, organo previsto dalla legislazione ordinaria. Per la validità delle deliberazioni del Consiglio è necessaria la presenza di almeno 14 magistrati e di almeno 7 componenti eletti dal Parlamento.

Per quanto riguarda i rapporti tra il Consiglio ed il Ministro della giustizia, prescindendosi ora dalla problematica re-

lativa alla facoltà a questi attribuita di promuovere l'azione disciplinare, va ricordato che il Ministro, ai sensi dell'articolo 110 della Costituzione vigente, ha competenza in materia di predisposizione delle strutture materiali necessarie alla amministrazione della giustizia ma, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale (v. la sentenza n. 168 del 1963), ha anche poteri che riguardano sia l'organizzazione degli uffici nella loro efficienza numerica, con l'assegnazione dei magistrati in base alle piante organiche, sia il funzionamento dei medesimi in relazione all'attività e al comportamento dei magistrati che vi sono addetti.

Peraltro, la legge n. 1198 del 1967 ha svincolato le deliberazioni consiliari in materia dalla richiesta dell'esecutivo, mentre rimane la necessità di un atto di proposta formulato da una commissione del Consiglio, di concerto con il Ministro della giustizia, per il conferimento degli incarichi direttivi. Tale disposizione ha dato tuttavia origine ad un conflitto di attribuzione, deciso dalla Corte costituzionale (v. la sentenza n. 379 del 1992) nel senso che il Consiglio ed il Ministro hanno un dovere di collaborazione leale e costruttiva per ricercare una concertazione, e solo se questa non viene raggiunta il Consiglio può disattendere l'avviso del Ministro.

Il Consiglio superiore della magistratura ha quindi funzioni amministrative – che attuano nel loro complesso l'organizzazione della giurisdizione e sono relative, da un lato, al funzionamento e all'organizzazione dello stesso Consiglio e, dall'altro, allo *status* dei magistrati (sia ordinari che onorari) – e funzioni giurisdizionali, che svolge nell'ambito del procedimento disciplinare, volto ad accertare la responsabilità disciplinare dei magistrati. Nello svolgimento di tale ultima funzione, il Consiglio provvede a tutelare l'interesse oggettivo all'attuazione dell'ordinamento generale e si trova in una posizione di estraneità per effetto della quale opera dunque come un giudice (speciale) e le relative deliberazioni hanno quindi natura giurisdizionale.

La cognizione delle questioni disciplinari è devoluta ad una apposita sezione disciplinare, composta da nove membri effettivi; il vicepresidente del Consiglio è membro di diritto della sezione, che è altresì formata da due componenti eletti tra quelli disegnati dal Parlamento e da sei componenti eletti tra quelli togati.

Le deliberazioni del Consiglio aventi natura amministrativa (adottate in conformità, a seconda dei casi, con decreto del Presidente della Repubblica ovvero con decreto del Ministro della giustizia) sono impugnabili di fronte al giudice amministrativo, il cui sindacato, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale (v. la sentenza n. 44 del 1968) si estende ai vizi degli atti costituiti dalle statuizioni del Consiglio superiore, mentre le deliberazioni assunte in materia disciplinare, che hanno, come si è visto, natura giurisdizionale, sono ricorribili in Cassazione.

Accanto alle competenze in materia di *status* dei magistrati e disciplinare, espressamente attribuite dalla Costituzione vigente al Consiglio, si è tuttavia venuta configurando nella prassi una nuova ed ulteriore funzione, che è stata generalmente definita "paranormativa" e che consiste nella adozione ed emanazione di atti di varia tipologia (sostanzialmente riconducibili a regolamenti, determinazioni e circolari) di contenuto generale ed astratto.

La legittimità dello svolgimento di tale funzione ha suscitato più di una perplessità nel corso dei lavori del Comitato e della Commissione, ed in realtà essa sembra suscettibile in alcuni casi di determinare un effettivo spostamento di competenze dal potere legislativo in favore dell'organo di governo autonomo della magistratura. Questa questione, comunque, verrà affrontata più diffusamente in seguito, con particolare riferimento agli articoli 122 e 126 del testo approvato dalla Commissione (corrispondente agli articoli 105 e 108 della Costituzione vigente).

Le proposte e i disegni di legge assegnati alla Commissione, per le parti rela-

tive alle iniziative di riforma del Consiglio superiore della magistratura, erano quant'altre mai distanti tra loro, frutto di impostazioni ontologicamente differenti e difficilmente riconducibili ad unità. Mentre alcuni gruppi e singoli parlamentari proponevano distinti Consigli superiori per la magistratura inquirente e quella giudicante (in coerenza peraltro con un'impostazione complessiva dei rapporti tra le varie funzioni), altri ritenevano invece valida l'attuale normativa costituzionale ed altri ancora prevedevano doversi fare espressa menzione del metodo elettorale e doversi variamente diversificare le quote degli eletti dal Parlamento e dalla magistratura.

Il testo approvato dalla Commissione, relativamente alla tematica del Consiglio superiore della magistratura ordinaria, è frutto di votazioni contrastate, e tuttavia, anche considerando l'articolato nel suo complesso, credo possa in questa fase rappresentare comunque una proposta finalizzata ad individuare un possibile punto di equilibrio e di convergenza fra posizioni, come si è detto, originariamente assai diverse e distanti, senza che, peraltro, esso comporti la rinuncia a nessuno dei principi affermati e garantiti dal vigente testo costituzionale.

D'altra parte, proprio per le caratteristiche del dibattito svoltosi in Commissione al riguardo, è facilmente prevedibile che il problema della articolazione in sezioni del Consiglio superiore della magistratura ordinaria verrà sottoposto ad ulteriore verifica nell'esame da parte delle Assemblee. A questo proposito, nel corso del confronto fra le diverse posizioni svoltosi nel Comitato ristretto prima delle ultime votazioni, il relatore aveva prospettato un'ipotesi emendativa finalizzata a rendere necessaria l'articolazione del Consiglio in sezioni per i giudici e per i magistrati del pubblico ministero solo a seguito dell'eventuale separazione dei ruoli giudicanti rispetto a quelli inquirenti disposta dalla legge, con la previsione comunque della possibilità di passaggio dagli uni agli altri a seguito di concorso riservato. Ma non avendo tale ipotesi

ottenuto il necessario ampio consenso, essa non è conseguentemente mai stata formalizzata dal relatore in formale proposta emendativa.

Venendo all'illustrazione dell'articolato in questa materia, il testo approvato prevede anzitutto due Consigli superiori della magistratura, uno per quella ordinaria ed uno per quella amministrativa (previsti originariamente in due distinti articoli, e poi unificati nell'unico articolo 120 nella fase di coordinamento finale del testo). Per il Consiglio superiore della magistratura ordinaria è prevista una suddivisione in due sezioni (una per i magistrati giudicanti ed una per quelli del pubblico ministero), è previsto che ciascuna sezione sia eletta per tre quinti dai magistrati (rispettivamente giudici e pubblici ministeri) e per due quinti dal Senato della Repubblica, e che il Ministro della giustizia possa partecipare alle relative sedute senza diritto di voto e con facoltà di avanzare proposte e richieste. Il diverso numero dei componenti di ciascuna sezione è rinviato alla determinazione della legge.

Va osservato che la disposizione relativa alla partecipazione alle sedute dei Consigli da parte del Ministro della giustizia si limita a costituzionalizzare quanto già previsto dalla legislazione ordinaria. La diversa proporzione tra i componenti "togati" e "laici", da una parte, rappresenta un punto di equilibrio tra le diverse e contrapposte proposte dei vari gruppi sulla questione della composizione dei Consigli e, dall'altra, consente una più efficace dialettica tra esponenti di istanze istituzionali comunque coinvolte nella vita della giustizia, anche tenendo conto della provenienza professionale (docenti universitari in materie giuridiche ed avvocati con almeno quindici anni di esercizio) dei componenti di nomina da parte del Parlamento (*rectius*, da parte del Senato della Repubblica), che è espressione della sovranità popolare.

Va rilevato, inoltre, che il testo approvato mantiene comunque una netta prevalenza dei componenti eletti da parte della magistratura e che i paventati rischi

di una eccessiva "politicizzazione" dei Consigli non dipendono tanto da un modesto incremento della componente "laica" di nomina parlamentare, quanto piuttosto, e nella maggior parte dei casi, dalla esasperata politicizzazione interna e nei reciproci rapporti tra le varie correnti della magistratura, favorita anche dal particolare sistema elettorale attualmente vigente.

Per quanto riguarda, in modo specifico, la questione dell'organo cui affidare le competenze in materia disciplinare nei confronti dei magistrati, il testo approvato dalla Commissione prevede l'istituzione della Corte di giustizia della magistratura, con l'inserimento in Costituzione del nuovo articolo 122.

L'istituzione di tale organo, che trae la sua legittimazione dagli stessi organi di governo autonomo della magistratura (in quanto i componenti sono designati con elezione di secondo grado e non possono partecipare ad altra attività dei rispettivi Consiglio di provenienza), assicura una più ampia coerenza al sistema già delineato dalla Costituzione vigente e fornisce maggiori garanzie circa il corretto esercizio di questa particolare e delicatissima giurisdizione. L'istituzione della Corte di giustizia della magistratura consente, inoltre, di individuare una valida soluzione al problema dell'impugnazione dei provvedimenti amministrativi assunti dai Consigli della magistratura ordinaria e amministrativa.

Il quadro di riferimento delle disposizioni costituzionali in materia è completato dall'articolo 123, che attribuisce competenza all'esercizio dell'azione disciplinare non più al Ministro della giustizia ma ad un istituendo Procuratore generale.

La vigente Costituzione, al secondo comma dell'articolo 107, attribuisce al Ministro della giustizia la facoltà di promuovere l'azione disciplinare nei confronti dei magistrati, con disposizione che si inserisce nella complessiva determinazione dei poteri del Ministro, peraltro ora più organicamente disciplinati all'articolo 128 del testo approvato dalla Commissione.

La legge ordinaria istitutiva del Consiglio superiore della magistratura ha tuttavia ripartito la competenza in materia di azione disciplinare tra Ministro e Procuratore generale presso la Corte di cassazione, stabilendo che questi è titolare degli atti anche quando l'azione è promossa dal Ministro e che quest'ultimo opera attraverso la Procura generale della Cassazione.

Tale disciplina, oltre che ad una commistione di funzioni e ad una certa confusione nella definizione dei ruoli e della natura degli organi che intervengono nel procedimento – si pensi, ad esempio, alla posizione della Procura generale, che per più versi potrebbe nei casi in esame essere considerata strumento del potere esecutivo –, ha dato origine a più di una perplessità circa la stessa coerenza della normativa ordinaria vigente rispetto al dettato costituzionale.

Anche a tacere del fatto che delle competenze del Procuratore generale della Corte di cassazione in materia di azione disciplinare non vi è traccia nella Costituzione, tale organo è comunque membro di diritto del Consiglio superiore della magistratura e concorre, quindi, alla definizione del governo autonomo dell'ordine giudiziario. Al contempo, tuttavia, la Procura generale viene chiamata ad assumere iniziative che determinano l'esercizio di quello stesso governo autonomo, configurando una possibile e conseguente carenza di terzietà, con tutto ciò che questo comporta. Va ricordato al riguardo, invece, che, in relazione agli articoli 120 e 122 del testo approvato, il Ministro della giustizia non è membro di diritto dei Consigli superiori e neanche della Corte di giustizia della magistratura, alla quale ultima neppure partecipa.

Nel corso del dibattito è stata quindi prospettata l'ipotesi, peraltro già avanzata in sede di Assemblea costituente, di porre la titolarità all'esercizio dell'azione disciplinare in capo ad un organo appositamente costituito, connotato in maniera tale da assicurarne l'indipendenza e l'autonomia. La nomina del Procuratore generale per l'azione disciplinare è stata

prospettata in modo tale da garantire che sia espressione di un ampio consenso, al fine di non far sorgere neanche il sospetto che funzioni così delicate possano essere affidate a soggetti sospetti di parzialità.

L'articolo 123 del testo approvato dalla Commissione, come accennato, recepisce tali indicazioni e prevede, oltre all'istituzione di un apposito Procuratore generale, l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione disciplinare.

Le disposizioni approvate prevedono che il Procuratore generale sia eletto dal Senato della Repubblica, a maggioranza dei tre quinti dei suoi componenti, tra coloro che hanno i requisiti per la nomina a giudice della Corte costituzionale, e che goda della garanzia dell'indipendenza da ogni potere. Al fine di assicurare l'imparzialità dell'organo è previsto un rigoroso regime di incompatibilità (l'ufficio in questione è incompatibile con qualsiasi altra carica o professione), la non rieleggibilità della persona eletta (per quattro anni) e l'incompatibilità anche per i successivi quattro anni con qualsiasi carica pubblica.

La titolarità dell'azione disciplinare è posta in capo al Procuratore generale in via esclusiva e viene esercitata d'ufficio. È sembrato tuttavia opportuno mantenere una facoltà di richiesta da parte sia del Ministro della giustizia, sia del Procuratore generale della Corte di cassazione sia, infine, dei Consigli superiori della magistratura ordinaria ed amministrativa. Questi quattro organi possono in tal modo non solo supplire ad eventuali inerzie del Procuratore, ma anche concorrere alla definizione di un circuito istituzionale, nel quale ciascuna istanza è chiamata a partecipare nell'ambito dei poteri che gli sono propri.

Anche a tal fine è previsto che il Procuratore generale riferisca annualmente alle Camere sull'esercizio dell'azione disciplinare. Al riguardo desidero precisare che si è preferito attribuire al Procuratore generale, anziché al Ministro della giustizia, tale compito di riferire annualmente in materia alle Camere, in quanto si tratta di attribuzioni proprie e in considerazione della natura stessa del-

l'organo istituendo, che non ha alcun collegamento a livello istituzionale con l'esecutivo.

In estrema sintesi, e con un valore meramente esemplificativo, si può in sostanza dire che nel sistema delineato, nel testo approvato dalla Commissione, al Procuratore generale è affidato in materia disciplinare un ruolo analogo a quello del pubblico ministero, ed alla Corte di giustizia della magistratura un ruolo analogo a quello del giudice.

Nel sistema costituzionale, dopo le disposizioni sulla composizione dei Consigli superiori della magistratura ordinaria e amministrativa, sono previste quelle sulle competenze di tali organi.

Il Comitato sul sistema delle garanzie aveva lungamente discusso, con riferimento all'articolo 121 del testo poi approvato dalla Commissione, corrispondente all'articolo 105 del testo della Costituzione vigente, sul modo più efficace per assicurare che le funzioni amministrative affidate ai Consigli superiori mantengano tale natura, con particolare riferimento critico alle funzioni paranormative cui ho prima accennato.

L'approvazione del quarto comma dell'articolo 120, in base al quale il Consiglio superiore della magistratura ordinaria si compone di una sezione per i giudici e di una sezione per i magistrati del pubblico ministero – unitamente alla soppressione in tale comma dell'inciso per effetto del quale sarebbe stata la legge a stabilire funzioni e competenze delle sezioni riunite, e alle ulteriori considerazioni svolte nel corso del dibattito – ha tuttavia consigliato una più precisa ed analitica riscrittura dell'articolo 121.

L'articolo 121, infatti, nel testo approvato dalla Commissione, si compone di due commi: il primo dedicato alle funzioni amministrative delle sezioni riunite del Consiglio superiore della magistratura ordinaria e del Consiglio superiore della magistratura amministrativa, ed il secondo che fa particolare riferimento alle competenze delle due sezioni del Consiglio superiore della magistratura ordinaria.

Tali funzioni e competenze sono nominativamente ed analiticamente indicate dalle disposizioni in esame. Desidero tuttavia sottolineare – anche in relazione ai compiti affidati al Ministro della giustizia in ordine alla comune formazione propeudetica degli operatori del diritto – che l'aggiornamento professionale di tutti i magistrati è posto in capo agli organi di governo autonomo dell'ordine; né, ragionevolmente, potrebbe individuarsi una soluzione alternativa.

Per quanto riguarda la possibilità accordata a tali organi di esprimere pareri sui disegni di legge di iniziativa del Governo prima della loro presentazione alle Camere, su richiesta del Ministro della giustizia, occorre segnalare che analoga facoltà è attualmente prevista dalla legislazione ordinaria per il CSM. L'inciso che limita tale possibilità alla fase precedente alla presentazione alle Camere è sembrato necessario per evitare interferenze con l'attività legislativa del Parlamento, in quanto pareri difformi, espressi nell'ambito di una facoltà prevista dalla Costituzione, potrebbero, nel migliore dei casi, determinare situazioni di imbarazzo, se non, peggio, di conflitto e confusione interistituzionale.

D'altro canto, sembra altresì necessario un qualche ulteriore approfondimento, e una più puntuale specificazione, circa l'attribuzione di pari facoltà al Consiglio superiore della magistratura amministrativa, anche in relazione alle attribuzioni consultive che sono proprie del Consiglio di Stato, come delineato nel testo approvato dalla Commissione all'articolo 113.

#### 5.4.3. Altre disposizioni in materia di giustizia.

L'articolo 108, primo comma, della Costituzione vigente riserva alla legge la disciplina dell'ordinamento giudiziario e di ogni magistratura.

La Costituzione vigente fa più volte espresso riferimento all'ordinamento giudiziario, in particolare agli articoli 102, primo comma, 105, primo comma, 106,

secondo comma, 107, quarto comma, e alla VII disposizione transitoria. In sede di Assemblea costituente, peraltro, furono avanzate proposte per attribuire valore costituzionale alle leggi che regolano l'ordinamento degli uffici giudiziari e lo stato giuridico dei magistrati e degli altri addetti all'ordine giudiziario (Calamandrei), per qualificare come norma costituzionale la legge di ordinamento giudiziario (Leone) e per prevedere che le leggi in materia avrebbero dovuto essere approvate a maggioranza assoluta dei componenti delle Camere (Uberti-Bozzi).

Il complesso delle citate disposizioni costituzionali ha posto una serie di problemi, sostanzialmente riconducibili sia alla posizione nel sistema delle fonti della legge sull'ordinamento giudiziario, sia alla latitudine della riserva di legge prevista dall'articolo 108, primo comma, sia, inoltre, con riferimento alla VII disposizione transitoria, alla possibilità di ultrattività dell'ordinamento giudiziario previgente (problema, quest'ultimo, di non poco momento in relazione alle tematiche dell'unità funzionale della giurisdizione).

Al riguardo è necessario ricordare che già il termine di *ordinamento giudiziario* ha, nel nostro ordinamento, una genesi storicamente ben definita, in quanto con tale titolo sono state successivamente denominate le leggi che, nel corso del tempo, hanno sistematicamente disciplinato, strutturandola di volta in volta secondo un modello ben preciso, l'organizzazione giudiziaria. Si tratta, del regio decreto 6 dicembre 1865, n. 2626, del regio decreto 30 dicembre 1923, n. 2786, e, infine, del regio decreto 30 gennaio 1941, n.12, il quale, sia pure più volte significativamente modificato, costituisce tuttora la vigente normativa in tema di ordinamento giudiziario.

D'altra parte, tutto ciò, con riguardo al sistema delle fonti, e quindi alla prima delle problematiche accennate, non implica che alla legge sull'ordinamento giudiziario debba essere attribuita una posizione particolare, come ha anche precisato la Corte costituzionale, in specie con la sentenza n. 184 del 1974. Secondo tale

sentenza, infatti, i richiami testuali all'ordinamento giudiziario contenuti nella Costituzione non determinano una posizione differenziata delle relative norme, le quali, pertanto, sono modificabili in tutto o in parte, direttamente o indirettamente, con legge ordinaria.

Per quanto riguarda, invece, la questione relativa alla portata della riserva di legge prevista dall'articolo 108, primo comma, della Costituzione vigente, occorre anzitutto sottolineare che si tratta di una riserva di legge statale, come già affermato da una delle prime sentenze della Corte costituzionale, la n. 4 del 1956. Secondo questa sentenza, tale esclusione si desume dal sistema adottato dal Costituente di procedere per materie determinate ad un decentramento istituzionale nel campo legislativo ed amministrativo in favore dell'ente Regione, escludendo tuttavia dal decentramento tutto il settore giudiziario. Veniva così dettato uno di quei principi dell'ordinamento giuridico dello Stato che costituiscono limiti insuperabili all'esercizio della potestà legislativa delle Regioni, orientamento peraltro successivamente confermato dalla più recente sentenza n. 43 del 1982. Questi principi sono stati esplicitamente confermati anche nel testo approvato dalla Commissione in materia di forma di Stato (articolo 58, primo comma, lettera p) e in materia di Parlamento e fonti normative (articolo 90, secondo comma, lettera f).

In materia, tuttavia, i lavori svolti dal Comitato sul sistema delle garanzie si sono incentrati su un altro aspetto, ben più problematico, connesso alla riserva di legge in argomento, e già affrontato dalle precedenti Commissioni per le riforme istituzionali (in particolare da quella presieduta dall'onorevole Bozzi).

Si tratta del problema della coerenza tra la prevista riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario e una prassi, alla quale si è già accennato in precedenza, attraverso la quale il Consiglio superiore della magistratura, per effetto dell'emanazione di una serie di atti atipici, ha in sostanza strutturato un vero e proprio *corpus iuris*, sovente non solo

interpretativo, ma addirittura integrativo della vigente legislazione in materia.

È necessario quindi definire una prospettiva di riforma dei rapporti istituzionali, nell'ambito della quale ogni soggetto svolga i propri compiti in un quadro di competenze ben definite, il cui corretto esercizio contribuisca alla funzionalità complessiva del sistema. Un assetto istituzionale garantisce la tenuta reale della democrazia solo nel momento in cui gli attori delle vicende politico-istituzionali interpretano i rispettivi ruoli – certo, con il grado di elasticità necessario per adeguarli alle varie e mutevoli situazioni e contingenze, anche storiche – con piena coscienza non solo del significato della propria funzione, ma anche delle relazioni che il corrispettivo esercizio implica.

In caso contrario, infatti, nasce la pericolosa tendenza a legittimare, e, talvolta, ad autolegittimare, funzioni di *supplenza*, che poi indebitamente si cristallizzano, provocando in ultima analisi la definizione per via surrettizia di un nuovo quadro istituzionale, privo tuttavia di qualunque legittimazione costituzionale.

Le problematiche connesse all'articolo 108 (corrispondente all'articolo 126 del testo approvato dalla Commissione), come del resto anche le altre, vanno affrontate alla luce di tali principi, prevedendo che la riserva di legge in materia di ordinamenti giudiziari debba essere intesa nel senso più stringente, senza lasciar spazio ad interpretazioni che, in sostanza, si risolvono nello svuotamento della riserva stessa e in uno spostamento surrettizio di competenze, il quale si rifletterebbe anche sulla reale forma di governo.

Di conseguenza, nel testo approvato del primo comma dell'articolo 126, viene introdotta una modifica al primo comma dell'articolo 108 vigente, anzitutto nel senso di effettuare anche in tema di ordinamento giudiziario una assoluta equiparazione tra magistratura ordinaria ed amministrativa, ma anche disponendo che le norme sugli ordinamenti giudiziari sono stabilite "esclusivamente" con legge, con una formulazione già proposta dalla Commissione Bozzi nella IX Legislatura.

Per concludere l'esame dell'articolo 126, deve solo riferirsi che il secondo comma è stato modificato come conseguenza della soppressione della possibilità di istituire giudici speciali, sicché la garanzia di indipendenza ivi prevista è ora posta solo in capo agli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia, e non più anche ai giudici delle giurisdizioni speciali ed al pubblico ministero presso di esse.

Nel vigente sistema costituzionale, l'articolo 109 rappresenta una sorta di norma cerniera tra le disposizioni sull'ordinamento giurisdizionale e quelle sulle competenze del Ministro della giustizia. La collocazione sistematica di tale articolo, secondo il quale l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria, è sintomatica dei problemi che esso sottintende, collocato com'è in una zona di confine tra giurisdizione ed amministrazione. La polizia giudiziaria (ossia l'attività di polizia, non preventiva, avente finalità specifiche di reintegrazione del diritto già violato, di regola preordinata all'esercizio della giurisdizione penale) è infatti funzionalmente dipendente dall'autorità giudiziaria, ma gerarchicamente dal potere esecutivo.

In materia l'Assemblea costituente non approvò un iniziale orientamento diretto a creare uno speciale corpo di polizia alle dirette dipendenze dell'autorità giudiziaria (soprattutto sulla scorta di difficoltà di carattere finanziario), limitandosi ad accentuare il profilo di dipendenza funzionale che, non considerato in alcun modo dallo Statuto del 1848, era stato adombrato dall'articolo 220 del codice di procedura penale del 1930, senza che tuttavia fosse instaurato alcun rapporto gerarchico o disciplinare tra magistratura ed organi di polizia.

Il Comitato sul sistema delle garanzie aveva discusso a lungo dell'opportunità di modificare l'articolo 109, ritenendosi che si dovessero in qualche misura precisare i soggetti che possono disporre della polizia giudiziaria e le relative modalità, secondo quanto era previsto, peraltro, da alcuni dei progetti e disegni di legge assegnati

alla Commissione. Su tale disposizione non si era tuttavia registrata una opinione concorde o prevalente, sicché si ritenne preferibile, da ultimo, nel testo approvato in giugno, lasciare inalterata la norma vigente. L'articolo 109 vigente (che nel testo approvato dalla Commissione corrisponde all'articolo 127), copre comunque tutte le ipotesi di possibile utilizzazione della polizia giudiziaria da parte della magistratura, e in definitiva, secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 194 del 1963 e n. 114 del 1968, non determina alcuna collisione tra il rapporto di dipendenza funzionale della polizia giudiziaria dalla magistratura e il rapporto di dipendenza burocratico e disciplinare in cui questa si trova, invece, con l'esecutivo. In relazione a questo articolo, d'altra parte, erano stati presentati da vari gruppi emendamenti di specificazione delle modalità dell'utilizzo della polizia giudiziaria da parte dei diversi organi componenti l'autorità giudiziaria. Sulla scorta di tali istanze è stato quindi approvato un nuovo testo dell'articolo in esame, che aggiunge al vigente testo costituzionale un periodo, secondo il quale è affidato alla legge il compito di stabilire le modalità con le quali l'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria.

L'articolo 110 della Costituzione vigente prevede che, ferme restando le competenze del Consiglio superiore della magistratura, spettano al Ministro della giustizia l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia. Tale disposizione trova origine da un complesso dibattito, già in parte illustrato, svoltosi in Assemblea costituente sul ruolo, le competenze, il significato e la stessa sopravvivenza della figura del Ministro della giustizia nel nuovo quadro disegnato dalla Carta costituzionale, con particolare riferimento ai compiti affidati al Consiglio superiore della magistratura. In definitiva, tale norma configura l'attività di competenza dell'esecutivo, nella materia in esame, come attività strumentale all'esercizio di quella giudiziaria, ferme restando le competenze dell'ammi-

nistrazione in materie connesse ma, per qualche verso, residuali.

Proprio in tale prospettiva, il testo dell'articolo 128 (corrispondente al testo dell'articolo 110 della Costituzione vigente), approvato dalla Commissione, specifica più dettagliatamente le competenze spettanti al Ministro della giustizia, sottraendogli tuttavia la facoltà di promuovere l'azione disciplinare, in quanto attribuita al nuovo Procuratore generale, che la esercita d'ufficio.

La norma approvata stabilisce che il Ministro provvede alla organizzazione e al funzionamento dei servizi relativi alla giustizia, oltre che, come già accennato, a promuovere la comune formazione propedeutica all'esercizio delle professioni giudiziarie e forensi, e prevede inoltre esplicitamente che il Ministro esercita la funzione ispettiva sul corretto funzionamento degli uffici giudiziari (competenza, quest'ultima, che è già attualmente in capo al Ministro, ma che non gli è espressamente attribuita dalla Costituzione vigente).

Riguardo tale disposizione, va ricordato che una prima stesura della norma prevedeva che il Ministro "assicura" (e non "promuove") la comune formazione propedeutica all'esercizio delle professioni giudiziarie e forensi. La diversa formulazione della disposizione, come approvata già in giugno, raccoglie indicazioni e obiezioni emerse prima nel corso dei lavori del Comitato sul sistema delle garanzie e poi in quelli della Commissione, ed è suscettibile di configurare e, per più versi prefigurare, la partecipazione di altre istituzioni, e, in particolare, delle Università, a tale attività di formazione.

## 5.5. Norme sulla giurisdizione.

### 5.5.1. *I principi del processo e i principi del procedimento penale.*

Cominciando l'illustrazione delle disposizioni contenute nella sezione II ("Norme sulla giurisdizione"), desidero richiamare

particolarmente l'attenzione sul contenuto degli articoli 129 e 130.

Ritengo, infatti, che le disposizioni recate da questi due articoli costituiscano uno dei punti più qualificanti della complessiva riforma del sistema della giustizia, suscettibile in alto grado di favorire quel processo di avvicinamento tra i cittadini ed il sistema giudiziario cui accennavo all'inizio della mia relazione.

Le norme in questione, che successivamente illustrerò analiticamente, traggono origine dal lavoro del Comitato sul sistema delle garanzie, nel quale esse hanno trovato una prima elaborazione sulla base delle iniziative legislative iscritte all'ordine del giorno della Commissione.

Nel testo approvato in giugno dalla Commissione, gran parte delle disposizioni contenute dai due articoli in esame era recato dagli articoli 117 (al terzo, quarto e quinto comma) e 131 (terzo, quarto e quinto comma). Peraltro erano stati avanzati fondati rilievi circa l'opportunità di una loro migliore collocazione sistematica, sicchè il relatore, in una nuova elaborazione del testo, ha ritenuto opportuno, come lo ha poi ritenuto anche la Commissione, di introdurre due nuovi articoli di ancor più ampia portata in apertura della sezione dedicata alle norme sulla giurisdizione.

Il primo comma dell'articolo 129 prevede che le norme penali tutelano beni di rilevanza costituzionale. Il secondo comma del medesimo articolo prevede che non è punibile chi ha commesso un fatto previsto come reato nel caso in cui esso non abbia determinato una concreta offensività.

Si tratta di disposizioni tra loro intimamente connesse, dirette in sostanza a costituzionalizzare quei principi che, con estrema sintesi, si è soliti definire con la formula "diritto penale minimo" e che recepiscono una importante linea di pensiero della dottrina penalistica, risalente storicamente all'illuminismo e, in particolare, a Beccaria in Italia (secondo il quale "chi dichiara infami azioni per sè indifferenti sminuisce l'infamia delle azioni

che sono veramente tali”), a Montesquieu (“le leggi inutili affievoliscono le leggi necessarie”) e Condorcet (“un torto leggero non può essere l’oggetto delle leggi criminali”) in Francia, a Pufendorf e Thomasius in Germania e a Bentham (che si pronunciò contro “le violazioni futili e puerili”) in Inghilterra.

Alla base del paradigma assiologico del diritto penale minimo è la considerazione secondo la quale, tenuto conto che la sanzione penale è quella più drastica prevista dall’ordinamento (si tratta, infatti, in sostanza della privazione della libertà personale, a tacere degli ordinamenti che prevedono anche la soppressione fisica del reo), essa deve essere irrogata come *extrema ratio*.

In tale ottica è tuttavia necessario definire un parametro, alla stregua del quale il legislatore penale possa non solo adeguare l’entità della sanzione, ma, ancor prima, individuare le caratteristiche del bene da sottoporre a tutela, al fine della valutazione del disvalore da attribuire all’atto lesivo e di apprestare un adeguato bilanciamento degli interessi da regolare. Nel corso dei secoli, tuttavia, la dottrina si è lungamente affannata per definire con chiarezza il concetto di bene giuridico, giungendo in definitiva, e in estrema sintesi, alla conclusione che si tratta di un concetto essenzialmente dinamico, da rapportare all’evoluzione della società.

Si è ritenuto quindi opportuno connettere, con la disposizione recata dal primo comma, tale nozione con i valori consacrati dalla Carta fondamentale che regola la convivenza sociale, in modo tale da fornire al legislatore un preciso punto di riferimento, ad un tempo assai chiaro e sufficientemente dinamico per individuare i valori la cui offesa deve essere punita con la sanzione penale. Il principio recato dal secondo comma, invece, è rivolto alla giurisdizione, per escludere che comportamenti astrattamente puniti come reato, ma privi di evento dannoso o di pericolo socialmente apprezzabile, siano assoggettati a sanzione penale.

Il terzo comma dell’articolo 129 prevede che le norme penali non possono essere interpretate in modo analogico o estensivo.

Al riguardo, è necessario osservare che il divieto di interpretazione analogica ed estensiva in materia penale non è oggi (quantomeno) espressamente previsto dalla Costituzione, sebbene l’opinione prevalente, ma non unanime, in dottrina – con riferimento, in verità, alla sola interpretazione analogica – lo ritenga compreso nel principio di legalità previsto al comma secondo dell’articolo 25, per effetto del quale nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.

È noto, peraltro, che il divieto di analogia è già previsto dall’articolo 14 delle disposizioni sulla legge in generale, premesse al codice civile, secondo il quale le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati.

Tale divieto oggi può tuttavia essere violato da comportamenti interpretativi dei singoli giudici. Una violazione da parte del legislatore può avere luogo solo nell’ipotesi, invero non molto credibile, di leggi ordinarie che volessero ammettere l’analogia in relazione all’applicazione di particolari norme penali. Queste considerazioni valgono, a maggior ragione, in ordine all’eventuale divieto di interpretazione estensiva.

Riguardo quest’ultima questione, tuttavia, si deve far presente che, in alcune sentenze della Corte costituzionale, mentre da un lato sembra confermata in via interpretativa la asserita costituzionalizzazione del divieto di analogia, dall’altro sembra però consentito il ricorso all’interpretazione estensiva nella parte in cui con tali sentenze è stata ritenuta la costituzionalità di disposizioni recanti indicazioni estensive, ossia di indicazioni con le quali si assegna all’interprete il compito di attuare il procedimento ordinario di interpretazione, anche se diretto ad operare l’inserzione di un caso in una fattispecie. La Corte ha infatti argomen-

tato che, in questi casi, si tratterebbe di operazione diversa dall'applicazione analogica e che quindi non sarebbe ricompresa nell'ambito del divieto di analogia di cui al secondo comma dell'articolo 25 (v. le sentenze n.79 del 1982 e, meno recenti, n.120 del 1965 e n.27 del 1961).

Considerata tale situazione, la Commissione ha approvato la proposta che, nella sede delle disposizioni dedicate alla giurisdizione, si chiariscano le implicazioni connesse all'applicazione delle norme penali, sempre nell'ottica di semplificazione della legislazione penale e di chiarezza nei rapporti tra magistratura e cittadino, il quale deve ben conoscere a quali comportamenti la legge, e solo la legge, attribuisce un disvalore tale da ritenersi meritevoli di sanzione penale.

Peraltro, non sembra potersi sostenere che l'espressa previsione in Costituzione del divieto di interpretazione estensiva vieti anche tale modalità di interpretazione in ordine alle norme cosiddette di favore, in quanto, seguendo l'insegnamento della miglior dottrina, già il divieto di analogia è circoscritto alle norme che operano *in malam partem* (ossia aggravando la posizione dell'imputato), e non si estende a quelle di favore, in quanto tale divieto è posto in funzione di garanzia dell'individuo e non in funzione di certezza dell'ordinamento. Si deve quindi ritenere che tale ragionamento valga a maggior ragione in ordine all'interpretazione estensiva e che, conseguentemente, il relativo divieto non si applichi alle norme di favore.

Il quarto comma dell'articolo 129 prevede che nuove norme penali sono ammesse solo se modificano il codice penale ovvero se contenute in leggi disciplinanti organicamente l'intera materia cui si riferiscono.

Tale disposizione introduce quindi nella Costituzione il principio della "riserva di codice", con lo scopo di porre rimedio all'effetto perverso determinato dall'inflazione legislativa in materia penale, a causa della quale, di fatto, l'obbligo di conoscenza di tali disposizioni posto in capo a tutti i cittadini dall'articolo 5 del

codice penale (secondo il quale nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale) è obbligo del quale non si può ragionevolmente pretendere l'adempimento.

La razionalizzazione della tecnica legislativa, in forza dell'imposizione di un vincolo costituzionale al legislatore, facilitando la conoscibilità delle disposizioni penali, costituirà quindi una garanzia per il cittadino e, al contempo e conseguentemente, meglio assicurerà l'applicazione della stessa legge penale, senza che ne possa essere invocata in alcun caso l'ignoranza.

La portata e le implicazioni, anche relative alla tecnica legislativa, determinate dalla introduzione del principio della riserva di codice nel testo della Costituzione sono del tutto evidenti. È peraltro del tutto evidente anche la necessità di porre mano ad un riorganizzazione della legislazione penale al fine di adeguarla all'esposto criterio costituzionale, dal momento che l'obbligo della riserva di codice è imposto solo al futuro legislatore.

Conseguentemente era stata approvata una disposizione transitoria che prevedeva, al primo comma, che la disposizione in esame si applica a decorrere dal quarto anno successivo a quello dell'entrata in vigore della legge di revisione costituzionale e, al secondo comma, che entro tre anni dalla medesima data sono emanate leggi per l'attuazione del principio della riserva di codice. Come già più volte ricordato, nella seduta del 4 novembre, al termine del coordinamento formale del testo, la Commissione ha ritenuto tuttavia di non confermare in questa fase tutte le disposizioni transitorie fino allora approvate, la cui definizione e il cui esame sono stati demandati alla fase conclusiva della prima lettura del progetto costituzionale da parte della Camera.

Il primo comma dell'articolo 130 enuncia i principi e le caratteristiche del processo (di ogni processo). È previsto che la giurisdizione si attua mediante giusti processi regolati dalla legge, ispirati ai principi dell'oralità, della concentrazione e dell'immediatezza, che ogni processo si

svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità e davanti a giudice terzo e che la legge ne assicura la ragionevole durata.

Il comma in esame rappresenta, a mio avviso, uno delle norme cardine dell'intero processo di riforma del sistema della giustizia, e reca delle disposizioni suscettibili di far evolvere positivamente quel problematico rapporto tra cittadini e giustizia, e, più in generale, istituzioni, cui ho più volte fatto riferimento.

Da un lato, sono individuate delle caratteristiche generali ed indefettibili di ogni processo (contraddittorio, parità delle parti, terzietà del giudice), che è tanto il luogo nel quale, quanto il mezzo attraverso cui si attua la giurisdizione. Dall'altro, sono fornite al legislatore precise indicazioni (assicurare una ragionevole durata dei processi) unitamente alla individuazione dei principali strumenti per raggiungere tale obiettivo (oralità, concentrazione ed immediatezza).

Non è necessario spendere molte parole per sottolineare che quello di consentire una ragionevole durata dei processi è un obiettivo di civiltà, il cui conseguimento dovrebbe essere scontato in uno Stato moderno. Troppo spesso, invece, in Italia azionare un diritto significa rinunciarvi: di fatto, una sentenza che giunge dopo anni, se non dopo decenni – e non è un'esagerazione –, non è mai una sentenza giusta. È sempre, invece, una sentenza che produce sfiducia nella istituzioni, allontana i cittadini dalla giustizia, favorisce il ricorso a modalità alternative di risoluzione delle controversie, che non sempre rientrano nella legalità e che anzi, talora, aprono varchi all'inserimento di intermediazioni da parte della criminalità.

I principi processuali individuati nel comma in esame come ispiratori del legislatore ordinario – al quale, peraltro, nulla vieta di utilizzare altri strumenti per favorire la risoluzione delle controversie in tempi ragionevoli – possono, in estrema sintesi, essere così individuati: la trattazione della causa tendenzialmente (ancorché non esclusivamente) in forma orale (oralità), in unico periodo, ossia in

unica udienza o in poche udienze ravvicinate (concentrazione), e con un rapporto diretto tra il giudice e la persona della quale il giudice stesso deve valutare le dichiarazioni (immediatezza).

Desidero soffermarmi in particolare sul principio dell'oralità, in quanto diversi emendamenti erano diretti a ricondurre lo stesso esclusivamente nell'ambito del processo penale. Al riguardo, devo anzitutto osservare che già una integrale riconduzione del rito penale al principio dell'oralità susciterebbe non poche perplessità e difficoltà in ordine alla disciplina dei riti abbreviati e far inoltre presente che la norma in esame rappresenta una indicazione al legislatore e non certo un principio cui adeguare integralmente la disciplina del processo, sicché l'oralità, unitamente agli altri principi della concentrazione e della immediatezza, individua una delle linee guida, cui accennavo all'inizio di questa parte della mia relazione, per il legislatore ordinario nella materia processuale.

Bisogna inoltre chiarire definitivamente che la contrapposizione oralità-scrittura è una falsa contrapposizione. Esemplificando, già nella vigente disciplina del rito civile è previsto che l'oralità caratterizza il modo della trattazione, articolo 180 c.p.c., o della discussione, articolo 429 c.p.c., ed appartiene al regime formale degli atti del processo. Non si parla, quindi, di oralità in senso stretto, esclusiva o alternativa rispetto alla trattazione scritta.

Un altro equivoco da fugare è quello tra oralità e pubblicità, che sono nozioni ben distinte tra loro. Anche nei procedimenti in camera di consiglio, ad esempio, l'assenza di pubblicità non implica che non ci sia o non ci possa essere oralità.

Il principio in esame non è quindi limitato alla disciplina formale degli atti del processo, ma ha un significato preciso quale modello astratto che domina dall'inizio del secolo i dibattiti sulle riforme processuali, in Italia e non solo.

Storicamente il processo orale ha trovato la sua realizzazione ed applicazione

in periodi di civiltà giuridica più raffinata. Il processo romano era orale, e l'abbandono dell'oralità avvenne con il processo di tipo germanico e sotto l'influsso del carattere formale della prova (principio della prova legale), in contrasto con quello, peraltro attualmente vigente nel nostro ordinamento, del libero convincimento del giudice.

L'idea dell'oralità del processo ha inoltre ripreso piede già nel secolo scorso in molti ordinamenti (in particolare in quelli francese e tedesco), sebbene il codice di rito italiano del 1865 realizzasse principalmente un processo scritto. Il nuovo codice di procedura civile del 1940, principalmente sotto l'impulso della scuola facente capo a Giuseppe Chiovenda e dopo decenni di dibattiti in dottrina, accolse tuttavia una concezione del tutto opposta e tentò di introdurre nel codice il principio dell'oralità. Le condizioni drammatiche dell'epoca di emanazione e le istanze pressanti dei « pratici » condussero tuttavia ad una controriforma, che attenuò fortemente tali elementi innovativi, con particolare riguardo al regime delle preclusioni (L. 581/1950), riveduto poi dal legislatore del 1990.

La più accorta dottrina, tuttavia, ha sempre spinto nel senso della realizzazione di un processo orale (vedi gli esiti della Commissione Liebman che redasse un progetto di riforma del II libro del codice di rito, presentato nel 1975 e 1977, esiti che si concretizzarono in un disegno di legge delega presentato nel 1981), seguita peraltro (sebbene parzialmente) anche dal legislatore che ha introdotto notevoli elementi di oralità nel nuovo processo del lavoro (L. 533/1973): processo che non a caso dura molto meno di quelli celebrati col rito ordinario, sebbene la crisi della giustizia civile non abbia certo risparmiato anche il processo del lavoro.

Va ricordata inoltre la già accennata legge di riforma del codice di rito (L. 353/1990), che ha operato principalmente sul regime delle preclusioni, con una significativa applicazione del principio della concentrazione, il quale opera, appunto, sulle preclusioni. Vorrei, inoltre,

sottolineare che la più incisiva riforma effettuata in Europa negli ultimi tempi (dalla Repubblica federale di Germania nel 1977) ha sostanzialmente preso le mosse proprio dagli accennati assunti chiovendiani.

Per quanto riguarda la posizione costituzionale dei principi recati dal primo comma dell'articolo 130, si è osservato in dottrina che essi sono pienamente coerenti all'idea di fondo che ispira l'orientamento della vigente Costituzione in materia processuale: ossia l'idea di un processo il più rapido possibile e idoneo al contempo a consentire concretamente alle parti di difendere i loro diritti in un contraddittorio effettivo e diretto.

Si tratta tuttavia di principi oggi riconducibili solo indirettamente al dettato costituzionale, e la cui previsione espressa rappresenterebbe un dato estremamente qualificante e significativo della riforma del sistema della giustizia, delineata nel testo approvato dalla Commissione ed ora all'attenzione delle Camere.

Sempre all'articolo 130, al secondo comma, il testo approvato dalla Commissione recepisce le proposte di costituzionalizzazione dei diritti della difesa nell'ambito dell'intero procedimento penale, secondo quanto previsto dall'articolo 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Per quanto riguarda in maniera specifica tale disposizione, occorre ricordare che le relative norme sono già vigenti nel nostro ordinamento per effetto del recepimento della citata Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848. Tuttavia è chiaro il significato che assume non solo in termini simbolici, ma anche come ricaduta sull'attività legislativa ordinaria e come parametro per il vaglio di costituzionalità delle disposizioni oggi vigenti, la costituzionalizzazione dei principi espressi dalla norma in esame.

Mi sembra peraltro opportuno cercare di chiarire i rapporti e le connessioni tra

il primo e il secondo comma dell'articolo 130, onde evitare incertezze circa il loro significato e l'effettiva portata della loro applicazione.

È necessario in primo luogo precisare che il primo comma è relativo al processo – e, come si è visto, ad ogni genere di processo –, mentre il secondo comma afferisce al procedimento, e solo a quello penale. In estrema sintesi, il primo comma postula la presenza di un giudice, mentre il secondo presuppone un rapporto tra persona accusata di un fatto ed organo inquirente. Con maggior precisione, e sempre al fine di chiarire i rapporti tra i due commi in esame, occorre tener presente che l'imputazione è la linea di confine, marcata con grande nettezza nel codice di procedura penale, tra il procedimento penale, nel quale trovano posto le attività della polizia giudiziaria e del pubblico ministero, ed il processo. Il procedimento esaurisce la sua funzione con l'imputazione, che determina l'apertura del processo. D'altro canto è la presenza del giudice che rende *processo* il procedimento; anche le udienze innanzi al giudice delle indagini preliminari sono *processo*.

Desidero infine sottolineare che la formulazione approvata dalla Commissione salvaguarda pienamente i diritti della persona sottoposta alle indagini e, al contempo, permette un ordinato ed efficace svolgimento delle stesse anche nelle fasi iniziali ed in quelle coperte da segreto d'indagine. A tal fine sarà sufficiente che tutti rispettino la legge.

Continuando l'esame delle disposizioni contenute nella sezione II del nuovo Titolo VII, è necessario soffermarsi sul testo approvato dell'articolo 131, corrispondente all'articolo 111 della Costituzione vigente.

Sulla disposizione, confermata al primo comma di tale articolo, secondo la quale tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati, non si sono registrate proposte di modifica. Tale norma, come è ben noto, è stata letta come l'affermazione di un principio democratico di controllo generalizzato sull'ammi-

nistrazione della giustizia (sebbene oggi si tenda a ritenere tale controllo assicurato anche con la pubblicità dei processi) e di applicazione del principio di legalità, ed è stata, inoltre, ritenuta strumentalmente diretta all'esercizio della funzione nomofilattica della Corte di cassazione, della quale si occupa il medesimo articolo.

Il testo del comma 2 dell'articolo 111 della Costituzione vigente (corrispondente all'articolo 131, secondo comma del testo approvato) unifica le distinte ipotesi di impugnabilità in Cassazione di tutte le sentenze dei giudici ordinari e speciali, nonché quella di tutti i provvedimenti restrittivi della libertà personale, costituzionalizzando, quindi, due garanzie differenti. La prima, per usare le parole di Piero Calamandrei (che non a caso era anche contrario al decentramento della Corte di cassazione), si richiama all'unità del diritto nazionale attraverso l'uniformità della interpretazione giurisprudenziale (ed in ciò consiste la funzione nomofilattica della Cassazione). La seconda di tali garanzie, invece, intende realizzare una sorta di *habeas corpus* continentale, cioè una delle più grandi garanzie conquistate da un regime democratico, come fu detto proprio all'Assemblea costituente.

Tuttavia, va dato atto che è stata più volte riproposta, sia nel Comitato che nella Commissione, l'esigenza di una limitazione della ricorribilità in Cassazione contro le sentenze, in maniera tale da deflazionare l'attività di quest'organo in relazione a fattispecie di minor rilievo, ferma restando la ricorribilità contro tutti i provvedimenti sulla libertà personale.

Si tratta di una materia di grande complessità e delicatezza, rispetto alla quale il relatore, recependo talune indicazioni emerse dal dibattito, ha proposto un testo, approvato dalla Commissione, che demanda alla legge la previsione dei casi di ricorribilità in Cassazione contro le sentenze, restando sempre e comunque garantito almeno un doppio grado di giudizio. Tale ultima precisazione si è resa indispensabile, nel testo approvato nella sessione autunnale, in quanto in taluni

procedimenti non è oggi previsto un gravame di merito e, qualora il futuro legislatore dovesse escluderli dal novero dei casi ricorribili in Cassazione, il relativo giudizio si restringerebbe ad un unico grado, il che non è apparso assolutamente condivisibile.

Conviene peraltro qui nuovamente ricordare, come del resto già rilevato in precedenza, che – su proposta di alcuni membri della Commissione emersa nel dibattito – è stato soppresso l'ultimo comma dell'articolo 131 del testo approvato in giugno dalla Commissione (corrispondente all'ultimo comma dell'articolo 111 della vigente Costituzione), in base al quale il riparto della giurisdizione era costituzionalmente affidato alla Corte di cassazione.

### 5.5.2. *L'esercizio dell'azione penale e la relazione del Ministro della giustizia.*

Il dibattito nel Comitato sul sistema delle garanzie e nella Commissione si è a lungo soffermato sulla disposizione recata dall'articolo 112 della Costituzione vigente (corrispondente all'articolo 132 del testo approvato), secondo il quale il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale.

Si tratta di una tematica di grande complessità, nella quale si intersecano problematiche di equilibrio costituzionale, di garanzia dell'effettività dell'ordinamento giuridico, di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, di diritto processuale ed ordinamentale e, ancora, molteplici ed evidenti elementi di interconnessione con le problematiche relative all'indipendenza del pubblico ministero.

La stessa genesi della disposizione, nei lavori della Costituente, si è intrecciata con il problema dei rapporti del pubblico ministero con il Ministro della giustizia. In effetti, sul principio dell'obbligatorietà dell'azione penale alla Costituente si registrò un accordo unanime, e discordanza vi fu piuttosto tra chi riteneva, come Calamandrei, che ciò comportasse necessariamente l'istituzione di un pubblico

ministero indipendente ed inamovibile e chi, invece, come Leone, sosteneva la non inconciliabilità del principio dell'obbligatorietà con la dipendenza dell'accusa pubblica dall'esecutivo.

D'altra parte, già in sede di Assemblea costituente si pose il problema di considerare o meno l'azione penale come di esclusiva titolarità del pubblico ministero. Si tratta del noto problema del monopolio dell'azione penale, che i costituenti intesero escludere, respingendo la formulazione che prevedeva espressamente la pubblicità dell'azione penale, proprio per dare la possibilità al legislatore ordinario di eventualmente introdurre anche forme di azione penale sussidiaria, dando così spazio nel processo alle istanze dei soggetti privati del rapporto giuridico penale.

Sul punto si è anche espressa la Corte costituzionale, secondo la quale l'ordinamento può ben prevedere azioni penali sussidiarie o concorrenti rispetto a quella obbligatoriamente esercitata dal pubblico ministero (v. le sentenze n. 84 del 1979, n. 114 del 1982 e n. 61 del 1987). Va rilevato, tuttavia, che l'articolo 231 delle norme di attuazione del codice di procedura penale ha abrogato tutte le disposizioni che prevedevano l'esercizio dell'azione penale da parte di organi diversi dal pubblico ministero.

Al riguardo è opportuno ricordare che, comunque, alla Commissione era stato presentato un emendamento, sottoscritto da vari gruppi, tendente a costituzionalizzare il principio della attribuzione per legge ad altri soggetti dell'esercizio dell'azione penale in via sussidiaria e concorrente.

In materia di obbligatorietà dell'azione penale le posizioni dei diversi gruppi parlamentari, espresse nelle proposte e nei disegni di legge all'esame della Commissione ed emerse durante il lavoro del Comitato sul sistema delle garanzie, erano in origine particolarmente differenziate.

Unanime è stato comunque il rilievo secondo il quale l'affermato principio dell'obbligatorietà dell'azione penale in concreto, ossia nella pratica degli uffici giudiziari, subisce una serie di eccezioni,

attenuazioni e differenziazioni tali da potersi affermare senza esagerazioni che, di fatto, la discrezionalità è ormai la regola, sebbene, come affermato anche dalla Corte costituzionale (v. la sentenza n. 22 del 1959) l'obbligatorietà dell'azione penale comporti l'esclusione di qualsiasi discrezionalità in ordine all'opportunità o meno del promuovimento dell'azione stessa.

È evidente, peraltro, che talune deviazioni dal principio dipendono anche da fattori fisiologici, in quanto in molti casi – direttamente ricollegabili all'attività del pubblico ministero ovvero di altri organi (come, ad esempio, la polizia giudiziaria) – il principio dell'obbligatorietà subisce interferenze che, in concreto, determinano deroghe più o meno incisive.

Resta tuttavia fermo l'affermato principio che, di fronte ad un reato, l'atteggiamento del pubblico ministero non può essere determinato se non dalla legge che gli impone di procedere, ossia di richiedere al giudice di decidere sulla fondatezza di una certa notizia di reato e sulla conseguente applicazione della legge penale.

Al riguardo mi sembra opportuno ribadire che, nel nuovo rito accusatorio, il momento di esercizio dell'azione penale è stabilito con precisione dall'articolo 405 del codice di procedura penale, in base al quale il pubblico ministero, quando non deve chiedere l'archiviazione (al giudice delle indagini preliminari), esercita l'azione penale (di fronte al giudice dell'udienza preliminare) formulando l'imputazione nei procedimenti speciali o la richiesta di rinvio a giudizio.

È quindi necessario non confondere – come talvolta accade, anche per effetto di residui culturali del rito inquisitorio (o misto, come più propriamente dovrebbe definirsi il modello processual-penalistico vigente nel nostro Paese prima della riforma del 1989) – l'esercizio dell'azione penale con lo svolgimento delle indagini preliminari, che tuttavia non possono che trarre origine da una *notitia criminis*, sia pur acquisita nel corso di altre indagini.

La formulazione dell'articolo 132, nel testo approvato dalla Commissione nella sessione autunnale, intende proprio rendere manifesta la connessione dell'esercizio dell'azione penale con lo svolgimento di indagini determinate da una ben precisa *notitia criminis*, in maniera tale da rendere esplicito che tali indagini sono consentite solo per la persecuzione di reati e non per acquisire elementi e informazioni non direttamente ed immediatamente connessi a tale scopo.

La gravità della situazione attuale, in tema di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale, è stata tuttavia resa manifesta anche dalle audizioni svolte di fronte alla Commissione ed è confermata, nei fatti, da talune iniziative, peraltro in gran parte necessitate, assunte da alcuni Procuratori della Repubblica.

Si è quindi imposta l'esigenza di individuare un meccanismo che, evitando mere petizioni di principio, consenta di porre rimedio a tale situazione, definendo un circuito suscettibile di coinvolgere in modo pieno ed efficace tutti i livelli di responsabilità istituzionale e di rendere effettiva la dichiarata obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale.

È anche in quest'ottica che deve leggersi la disposizione (già prevista nel testo approvata in giugno dalla Commissione al secondo comma dell'articolo 132 ed ora confermata e collocata, per ragioni sistematiche, al secondo comma dell'articolo 130), per effetto della quale il Ministro della giustizia deve riferire annualmente alle Camere sullo stato della giustizia, sull'esercizio dell'azione penale e sull'uso dei mezzi di indagine.

Tale norma esclude che il Parlamento possa interferire direttamente sull'esercizio dell'azione penale, mentre rafforza l'esigenza di un raccordo istituzionale tra Governo e Parlamento su tematiche di grande rilievo, quali quelle della giustizia in tutti i suoi aspetti, che in quella circostanza verrebbero affrontate in maniera organica e sistematica, e non frammentaria, episodica od « emergenziale ».

nei rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione.

ART. 112.

Il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro è composto, nei modi stabiliti dalla legge, di esperti e di rappresentanti delle categorie produttive.

È organo di consulenza delle Camere e del Governo per le materie e secondo le funzioni che gli sono attribuite dalla legge.

ART. 113.

Il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico-amministrativa del Governo.

La Corte dei conti è organo di controllo dell'efficienza e dell'economicità dell'azione amministrativa. Partecipa, nei casi e nelle forme stabiliti dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. Riferisce direttamente alle Camere e alle Assemblee regionali sul risultato del controllo eseguito nonché sulla gestione finanziaria del bilancio dello Stato e delle Regioni.

La legge assicura l'indipendenza dei due istituti e dei loro componenti di fronte al Governo.

L'Avvocatura dello Stato rappresenta, patrocina e assiste in giudizio le amministrazioni dello Stato e svolge le altre funzioni stabilite dalla legge.

TITOLO VI

PARTECIPAZIONE DELL'ITALIA  
ALL'UNIONE EUROPEA

ART. 114.

L'Italia partecipa, in condizioni di parità con gli altri Stati e nel rispetto dei principi supremi dell'ordinamento e dei diritti inviolabili della persona umana, al processo di unificazione europea; pro-

muove e favorisce un ordinamento fondato sui principi di democrazia e di sussidiarietà.

Si può consentire a limitazioni di sovranità con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera. La legge è sottoposta a *referendum* popolare quando, entro tre mesi dalla sua pubblicazione, ne facciano domanda un terzo dei componenti di una Camera o ottocentomila elettori o cinque Assemblee regionali. La legge sottoposta a *referendum* non è promulgata se non è approvata dalla maggioranza dei voti validi.

ART. 115.

Le Camere concorrono a definire gli indirizzi di politica europea; a tal fine il Governo informa periodicamente le Camere dei procedimenti di formazione delle norme e degli atti comunitari.

Le Camere esprimono parere preventivo al Governo sulle designazioni agli organi delle istituzioni dell'Unione europea.

ART. 116.

Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nelle materie di competenza e nei modi stabiliti dalla legge, partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti comunitari e provvedono alla loro attuazione ed esecuzione.

La legge approvata dalle due Camere disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo dello Stato.

TITOLO VII

LA GIUSTIZIA

SEZIONE I

*Gli organi.*

ART. 117.

La giustizia è amministrata in nome del popolo.

I giudici sono soggetti soltanto alla legge.

I magistrati del pubblico ministero sono indipendenti da ogni potere e godono delle garanzie stabilite nei loro riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario. Tali norme assicurano altresì il coordinamento interno dell'ufficio del pubblico ministero e il coordinamento, ove necessario, delle attività investigative tra gli uffici del pubblico ministero.

ART. 118.

La funzione giurisdizionale è unitaria ed è esercitata dai giudici ordinari e amministrativi istituiti e regolati dalle norme dei rispettivi ordinamenti giudiziari.

Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali.

Presso gli organi giudiziari ordinari e amministrativi possono istituirsi sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura.

La legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia.

ART. 119.

La giurisdizione amministrativa è esercitata dai giudici dei tribunali regionali di giustizia amministrativa e della Corte di giustizia amministrativa sulla base di materie omogenee indicate dalla legge riguardanti l'esercizio di pubblici poteri.

Il giudice amministrativo giudica altresì della responsabilità patrimoniale dei pubblici funzionari nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre materie specificate dalla legge. La legge determina i titolari dell'azione di responsabilità.

I tribunali militari sono istituiti solo in tempo di guerra e hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate. La legge assicura che il relativo procedimento si svolga comunque nel rispetto dei diritti inviolabili della persona.

ART. 120.

I giudici ordinari e amministrativi e i magistrati del pubblico ministero costituiscono un ordine autonomo e indipendente da ogni potere.

Il Consiglio superiore della magistratura ordinaria è presieduto dal Presidente della Repubblica.

Ne fanno parte di diritto il primo presidente e il procuratore generale della Corte di cassazione.

Il Consiglio superiore della magistratura ordinaria si compone di una sezione per i giudici e di una sezione per i magistrati del pubblico ministero. Il diverso numero dei componenti di ciascuna sezione è determinato dalla legge.

I componenti di ciascuna sezione sono eletti per tre quinti rispettivamente dai giudici e dai magistrati del pubblico ministero tra gli appartenenti alle varie categorie e per due quinti dal Senato della Repubblica tra professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati dopo quindici anni di esercizio.

Il Consiglio elegge un vice presidente e ciascuna sezione elegge il proprio presidente tra i componenti designati dal Senato della Repubblica.

Il Ministro della giustizia può partecipare, senza diritto di voto, alle riunioni delle sezioni riunite e di ciascuna sezione del Consiglio e presentare proposte e richieste.

Il Consiglio superiore della magistratura amministrativa è presieduto dal Presidente della Repubblica.

Ne fa parte di diritto il presidente della Corte di giustizia amministrativa.

Gli altri componenti sono eletti per tre quinti da tutti i magistrati amministrativi appartenenti alle varie categorie e per due quinti dal Senato della Repubblica tra professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati dopo quindici anni di esercizio.

Il Consiglio elegge un vicepresidente tra i componenti designati dal Senato della Repubblica.

Il Ministro della giustizia può partecipare alle riunioni del Consiglio senza diritto di voto e presentare proposte e richieste.

I membri elettivi dei Consigli superiori della magistratura ordinaria e amministrativa durano in carica quattro anni e non sono rieleggibili.

Non possono, finché sono in carica, essere iscritti negli albi professionali, né ricoprire cariche pubbliche.

#### ART. 121.

Il Consiglio superiore della magistratura ordinaria a sezioni riunite e il Consiglio superiore della magistratura amministrativa esercitano le funzioni amministrative riguardanti le assunzioni, il tirocinio, le assegnazioni alle due diverse funzioni e i relativi passaggi rispettivamente per i giudici ordinari e i magistrati del pubblico ministero e per i magistrati amministrativi. I Consigli possono esprimere pareri sui disegni di legge di iniziativa del Governo prima della loro presentazione alle Camere, quando ne venga fatta richiesta dal Ministro della giustizia, e non possono adottare atti di indirizzo politico.

Spettano a ciascuna sezione del Consiglio superiore della magistratura ordinaria e al Consiglio superiore della magistratura amministrativa le funzioni amministrative riguardanti l'aggiornamento professionale, i trasferimenti, le promozioni e le relative assegnazioni, rispettivamente, dei giudici ordinari, dei magistrati del pubblico ministero e dei magistrati amministrativi.

#### ART. 122.

Spettano alla Corte di giustizia della magistratura i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei giudici ordinari e amministrativi e dei magistrati del pubblico ministero. La Corte è altresì organo di tutela giurisdizionale in unico grado contro i provvedimenti amministrativi assunti

dai Consigli superiori della magistratura ordinaria e amministrativa. Contro i provvedimenti disciplinari è ammesso ricorso in cassazione per violazione di legge.

La Corte è formata da nove membri, eletti tra i propri componenti dai Consigli superiori della magistratura ordinaria e amministrativa.

Il Consiglio superiore della magistratura ordinaria a sezioni riunite elegge sei componenti, di cui quattro tra quelli eletti dai giudici e dai magistrati del pubblico ministero e due tra quelli designati dal Senato della Repubblica. Il Consiglio superiore della magistratura amministrativa elegge tre componenti, di cui due tra quelli eletti dai giudici e uno tra quelli designati dal Senato della Repubblica.

La Corte elegge un presidente tra i componenti eletti tra quelli designati dal Senato della Repubblica.

I componenti della Corte non partecipano alle attività dei rispettivi Consigli di provenienza e durano in carica sino alla scadenza di questi.

La legge disciplina l'attività della Corte e può prevederne l'articolazione in sezioni.

#### ART. 123.

L'azione disciplinare è obbligatoria ed è esercitata da un Procuratore generale eletto dal Senato della Repubblica a maggioranza dei tre quinti dei suoi componenti tra coloro che hanno i requisiti per la nomina a giudice della Corte costituzionale. L'ufficio di Procuratore generale è incompatibile con qualsiasi altra carica o professione. La legge ne assicura l'indipendenza da ogni potere.

Il Procuratore generale è nominato per quattro anni, non è rieleggibile e nei quattro anni successivi alla cessazione delle funzioni non può ricoprire alcuna carica pubblica.

La legge disciplina l'organizzazione dell'ufficio del Procuratore generale anche ai fini dell'attività ispettiva propedeutica all'azione disciplinare.

L'azione disciplinare è esercitata d'ufficio ovvero su richiesta del Ministro della giustizia, del Procuratore generale della Corte di cassazione o dei Consigli superiori della magistratura ordinaria e amministrativa.

Il Procuratore generale riferisce annualmente alle Camere sull'esercizio dell'azione disciplinare.

#### ART. 124.

Le nomine dei magistrati ordinari e amministrativi hanno luogo per concorso e previo tirocinio.

Tutti i magistrati ordinari esercitano inizialmente funzioni giudicanti per un periodo di tre anni, al termine del quale il Consiglio superiore della magistratura ordinaria li assegna all'esercizio di funzioni giudicanti ovvero inquirenti, previa valutazione di idoneità.

Il passaggio tra l'esercizio delle funzioni giudicanti e del pubblico ministero è successivamente consentito a seguito di concorso riservato, secondo modalità stabilite dalla legge.

In nessun caso le funzioni giudicanti penali e quelle del pubblico ministero possono essere svolte nel medesimo distretto giudiziario.

Le norme sull'ordinamento giudiziario possono ammettere la nomina di magistrati onorari per materie e per funzioni attribuite a magistrati di primo grado ovvero per giudizi di sola equità.

Su designazione dei Consigli superiori della magistratura ordinaria e amministrativa possono essere chiamati all'ufficio di consigliere di cassazione e della Corte di giustizia amministrativa, per meriti insigni, professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati che abbiano quindici anni di esercizio e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori.

Le norme sull'ordinamento giudiziario disciplinano le modalità con cui componenti del Consiglio di Stato e della Corte dei conti possono essere designati dal Consiglio superiore della magistratura

amministrativa all'ufficio di consiglieri della Corte di giustizia amministrativa.

Le norme sull'ordinamento giudiziario possono ammettere la nomina di avvocati e professori universitari in materie giuridiche negli altri gradi della giurisdizione.

#### ART. 125.

I giudici ordinari e amministrativi e i magistrati del pubblico ministero sono inamovibili.

Non possono essere dispensati o sospesi dal servizio né destinati ad altre sedi o funzioni se non in seguito a decisione del rispettivo Consiglio superiore della magistratura, adottata o per i motivi e con le garanzie del contraddittorio stabiliti dai rispettivi ordinamenti giudiziari o con il loro consenso.

La legge disciplina i periodi di permanenza nell'ufficio e nella sede dei giudici ordinari e amministrativi e dei magistrati del pubblico ministero.

I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni.

Nell'esercizio delle rispettive funzioni, i giudici ordinari e amministrativi e i magistrati del pubblico ministero si attenono ai principi di responsabilità, correttezza e riservatezza.

L'ufficio di giudice ordinario e amministrativo e di magistrato del pubblico ministero è incompatibile con qualunque altro ufficio, incarico e professione. Fermo il divieto per i giudici ordinari e amministrativi e per i magistrati del pubblico ministero di svolgere attività arbitrali o di controllo e di essere distaccati presso Ministeri o altre pubbliche amministrazioni, la legge può stabilire i casi in cui ad essi è consentito svolgere attività diverse da quelle d'ufficio.

I giudici ordinari e amministrativi e i magistrati del pubblico ministero non possono partecipare alle competizioni elettorali nella Regione in cui hanno esercitato le loro funzioni negli ultimi cinque anni né essere assegnati, per i successivi cinque anni, a sedi comprese nelle Regioni nel cui territorio siano stati candidati o eletti.

## ART. 126.

Le norme sugli ordinamenti giudiziari ordinario e amministrativo sono stabilite esclusivamente con legge.

La legge assicura l'indipendenza degli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia.

## ART. 127.

L'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria. La legge ne stabilisce le modalità.

## ART. 128.

Ferme le competenze dei Consigli superiori della magistratura ordinaria e amministrativa, il Ministro della giustizia provvede all'organizzazione e al funzionamento dei servizi relativi alla giustizia, promuove la comune formazione propedeutica all'esercizio delle professioni giudiziarie e forensi ed esercita la funzione ispettiva sul corretto funzionamento degli uffici giudiziari.

Il Ministro della giustizia riferisce annualmente alle Camere sullo stato della giustizia, sull'esercizio dell'azione penale e sull'uso dei mezzi di indagine.

## SEZIONE II

*Norme sulla giurisdizione.*

## ART. 129.

Le norme penali tutelano beni di rilevanza costituzionale.

Non è punibile chi ha commesso un fatto previsto come reato nel caso in cui esso non abbia determinato una concreta offensività.

Le norme penali non possono essere interpretate in modo analogico o estensivo.

Nuove norme penali sono ammesse solo se modificano il codice penale ovvero se contenute in leggi disciplinanti organicamente l'intera materia cui si riferiscono.

## ART. 130.

La giurisdizione si attua mediante giusti processi regolati dalla legge, ispirati ai principi dell'oralità, della concentrazione e dell'immediatezza. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità e davanti a giudice terzo. La legge ne assicura la ragionevole durata.

Nel procedimento penale la legge assicura che la persona accusata di un reato sia informata, nel più breve tempo possibile, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa; abbia la facoltà di interrogare o far interrogare dal suo difensore le persone da cui provengono le accuse a suo carico; abbia la facoltà di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a discarico nelle stesse condizioni di quelle di accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata.

La legge assicura che la custodia cautelare in carcere venga eseguita in appositi istituti.

La legge istituisce pubblici uffici di assistenza legale al fine di garantire ai non abbienti il diritto di agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione.

## ART. 131.

Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.

Contro le sentenze è ammesso il ricorso in cassazione nei casi previsti dalla legge, che assicura comunque un doppio grado di giudizio. Contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali, è sempre ammesso

ricorso in cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari.

## ART. 132.

Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale e a tal fine avvia le indagini quando ha notizia di un reato.

## ART. 133.

Nei confronti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale, anche cautelare, con le modalità stabilite dalla legge.

Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti.

La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione e disporre altri strumenti di reintegrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa.

## TITOLO VIII

## GARANZIE COSTITUZIONALI

## SEZIONE I

*La Corte costituzionale.*

## ART. 134.

La Corte costituzionale giudica:

*a)* sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni;

*b)* sulle controversie relative alla legittimità costituzionale dei regolamenti che disciplinano l'organizzazione dell'amministrazione statale;

*c)* sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni, e tra le Regioni;

*d)* sui conflitti di attribuzione in cui siano parti Province e Comuni, nei casi e

con le modalità stabiliti con legge costituzionale;

*e)* sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica, a norma della Costituzione;

*f)* sui ricorsi in materia di elezione del Presidente della Repubblica e sulle relative cause di ineleggibilità e incompatibilità;

*g)* sui ricorsi in materia di elezione dei componenti delle due Camere, nei casi stabiliti dalla Costituzione;

*h)* sulla ammissibilità dei *referendum* abrogativi di leggi e di atti aventi valore di legge e dei *referendum* sulle proposte di legge di iniziativa popolare;

*i)* sui ricorsi per la tutela, nei confronti dei pubblici poteri, dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, secondo condizioni, forme e termini di proponibilità stabiliti con legge costituzionale.

## ART. 135.

La Corte costituzionale è composta da venti giudici. Cinque giudici sono nominati dal Presidente della Repubblica; cinque giudici sono nominati dalle supreme magistrature ordinaria e amministrativa; cinque giudici sono nominati dal Senato della Repubblica; cinque giudici sono nominati da un collegio formato dai rappresentanti di Comuni, Province e Regioni che integrano il Senato della Repubblica in sessione speciale.

I giudici della Corte costituzionale sono scelti fra i magistrati delle giurisdizioni superiori ordinaria e amministrativa, i professori ordinari di università in materie giuridiche e gli avvocati dopo venti anni di esercizio.

I giudici della Corte costituzionale sono nominati per nove anni, decorrenti per ciascuno di essi dal giorno del giuramento, e non possono essere nuovamente nominati.

Alla scadenza del termine il giudice costituzionale cessa dalla carica e dall'esercizio delle funzioni; nei successivi cinque anni non può ricoprire incarichi di