

CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA

Incontro di studio cod. 5350 sul tema: Ruolo e funzioni del pubblico ministero nella giurisdizione penale. – Roma, 12-14 settembre 2011

Contributo scritto del dott. Antonello Gustapane, coordinatore del gruppo di lavoro su “Il dibattito”: *Il ruolo del pubblico ministero secondo la Costituzione italiana*

IL RUOLO DEL PUBBLICO MINISTERO SECONDO LA COSTITUZIONE ITALIANA

Sommario: 1) La derivazione del pubblico ministero contemporaneo dalla Rivoluzione francese; 2) Il pubblico ministero in Italia dall'Unità alla caduta del fascismo 3) Il pubblico ministero nella legislazione post-fascista; 4) La riforma della magistratura nei lavori dell'Assemblea Costituente; 5) Il progetto presentato dall'on. Giovanni Leone; 6) Il progetto presentato dall'on. Pietro Calamandrei; 7) Il dibattito costituente sul pubblico ministero in sede redigente; 8) Il dibattito costituente sul pubblico ministero in sede deliberante e l'approvazione del testo finale; 9) Pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale; 10) Il pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari; 11) Il pubblico ministero nella fase processuale; 12) La bipartizione funzionale della magistratura ordinaria; 13) Il ruolo del pubblico ministero secondo la Costituzione italiana

1) La derivazione del pubblico ministero contemporaneo dalla Rivoluzione francese

Per poter comprendere in tutta la sua portata innovativa il ruolo che la Carta Costituzionale italiana assegna al pubblico ministero è imprescindibile ripercorrere l'evoluzione che tale istituto ha avuto nell'ordinamento italiano¹, partendo dalla considerazione che il sistema giudiziario italiano rientra nel novero degli ordinamenti di derivazione dal modello francese formatosi alla fine del '700, sotto la spinta dell'affermarsi dei valori dell'illuminismo².

In tale regime giuridico il pubblico ministero è l'organo statale, che, sotto la direzione del ministro della giustizia, svolge uno degli scopi imprescindibili per i quali lo Stato è costituito: proteggere e reintegrare l'ordine giuridico violato dal fatto previsto dalla legge penale come reato, attraverso l'esercizio del potere di promuoverne l'accertamento e la

¹ I più approfonditi studi storici sono concordi nel ritenere che il termine pubblico ministero trae origine dal latino *manus*, che significava la forza pubblica che doveva garantire un'operazione o esecuzione giudiziaria, così che esso indica la magistratura o parte dell'ordinamento giudiziario avente il compito "di tradurre in atti della mano gli atti concepiti nella mente e consacrati nella parola del giudice e nella formula della sentenza", come osservato da Musio, *Sul riordinamento giudiziario*, Ancona, 1862, 178 ss.. Così pure Nicolini, *Della giurisprudenza penale*, Livorno, 1858, 41; Siracusa, *Pubblico ministero (diritto processuale penale)*, in *Nuovo dig. It.*, X, Torino, 1939, 978.

² Bortolotto, *Ministero pubblico (materia penale)*, in *Dig. It.*, XV, Torino, 1904-1911, 527; Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, I, Torino, 1956, 223 ss; Daga, *Pubblico ministero (diritto costituzionale)*, in *Enc. Giur.*, Torino, 1991, 1 ss.

Correttamente Massari, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, Napoli, 1934, 545, ha osservato che la garanzia giurisdizionale per l'accertamento della colpevolezza e per la commisurazione della pena al reato commesso è stata una progressiva conquista di civiltà, con la quale lo Stato "non più tollera che l'individuo eventualmente offeso dal reato si faccia giustizia con le proprie mani ritorcendo l'offesa (coercizione diretta individuale), ma neanche permette che i suoi organi di polizia applichino, a loro discrezione, la pena al presunto reo (coercizione diretta statale)".

conseguente sottoposizione a pena del reo da parte del giudice, nei modi e nei termini previsti dalla legge processuale³.

Nel pensiero giuridico liberale, dalla commissione del fatto costituente reato, ossia dall'illecito reputato dal legislatore meritevole di essere sanzionato mediante l'irrogazione della pena criminale, deriva l'azione penale, che è l'atto con cui il pubblico ministero dà inizio al processo penale⁴, esercitando la potestà dello Stato di promuovere, nei casi e con le forme tassativamente previsti dal legislatore, davanti al giudice terzo ed indipendente, la repressione del reato e la punizione del suo autore⁵. A sua volta, questi viene a trovarsi in una posizione di soggezione rispetto all'accertamento processuale promosso dal pubblico ministero, avendo, però, il diritto di non esser considerato colpevole fino a quando la sua responsabilità non sia stata legalmente accertata dal giudice mediante l'equo processo disciplinato dalla legge, cioè imparziale, pubblico e svolto in un tempo ragionevole (come proclamato dall'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, ratificata dall'Italia con l. n. 848 del 1955)⁶.

Più precisamente, l'azione penale, che nasce dal semplice "presupposto di reato", o come pure si è detto dalla c.d. *opinio delicti*⁷, è quell'attributo della sovranità statale consistente nella richiesta che il pubblico ministero, quale depositario esclusivo della potestà dello Stato di promuovere la repressione dei reati e l'infliczione della pena ai loro autori, avanza al giudice, titolare del potere di punire⁸, per ottenere, nei confronti della persona accusata di essere l'autore del reato all'esito delle indagini svolte con gli strumenti previsti dalla legge, una decisione, il più possibile conforme al vero, secondo le forme ed i limiti stabiliti sempre dalla legge, circa la sussistenza del fatto di reato, la sua attribuibilità all'imputato, e la determinazione della giusta pena da irrogare e da eseguire, qualora l'imputato sia riconosciuto colpevole del reato accertato all'esito del processo penale.

³ Sul pubblico ministero nell'ordinamento francese si vedano: Stefani-Levasseur-Bouloc, *Procédure pénale*, Paris, 1999; Rassat, *Procédure pénale*, Paris, 1995; Galantini, *Profili della giustizia penale francese*, Torino, 1995; AA.VV. (a cura di Chiavario), *Procedure penali d'Europa*, Padova, 2001, 103 ss.

⁴ Ancora valida è la definizione data da Massari, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, cit., 5 ss., del processo penale come "l'insieme degli atti regolati dalla legge processuale: a) per l'accertamento del reato e per la conseguente inflizione della pena, in via giurisdizionale; b) per l'esercizio delle azioni civili connesse al reato e alle denunce caluniose; c) per l'applicazione delle misure di sicurezza. Processo penale è, inoltre, l'insieme di tutte quelle attività che determinano l'intervento del giudice per la retta esecuzione delle sentenze penali e per ogni altro provvedimento in materia penale".

⁵ Sulla funzione pubblica di reprimere i reati e punirne i rei appaiono ancora interessantissime le pagine di Vassalli, *La potestà punitiva*, Torino, 1942.

⁶ Fortuna, *Pubblico ministero (diritto processuale penale)*, in in *Enc. Giur.*, Torino, 1991, 2 ss., che ha ripreso, aggiornandole, le brillanti riflessioni di Florian, *Principi di diritto processuale penale*, Torino, 1932, 89 ss.

⁷ Come disse Paoli, *Il diritto penale italiano*, vol. I, Padova, 1936, 7 ss. Così pure Florian, *Principi di diritto processuale penale*, cit., 183, "il reato è legato all'azione e questa trova in quello il suo presupposto".

⁸ Sul punto si rimanda alla precisa ricostruzione effettuata da Vassalli, *La potestà punitiva*, cit., 194.

In dottrina vi è concordia nel far risalire l'origine storica dell'istituto, così come oggi lo si conosce, quale tutore della legge e rappresentante della pretesa punitiva in nome della comunità statale davanti all'autorità giurisdizionale, dapprima alla legge 16-24 agosto 1790, e poi alla legge 22 frimaio anno VIII (ossia 13 dicembre 1799), con le quali l'Assemblea Nazionale francese ristrutturò gli uffici del pubblico ministero preesistenti, che, secondo l'impostazione assolutista dell'ancien regime, erano composti da funzionari nominati dal re quali suoi rappresentanti davanti agli organi giurisdizionali, per sollecitare la persecuzione dei reati e la punizione dei rei da parte dei giudici, per curare ogni altro affare che interessava il re e per controllare l'operato degli stessi giudici⁹.

Con la ristrutturazione operata, tali uffici vennero preposti allo svolgimento della funzione repressiva penale, considerata, però, non più come pretesa assolutistica del monarca ma come espressione della sovranità della comunità statale; e furono ricoperti da magistrati appartenenti all'ordine giudiziario, come quelli degli organi giudicanti, che avevano il compito di rappresentare presso questi ultimi le aspettative di ordine e di sicurezza pubblica delle quali era portatore il potere esecutivo, così che "*les officiers du ministère public*" erano "*agents du pouvoir exécutif*" con il promuovere l'azione penale, il sostenere l'accusa nei dibattimenti ed il curare l'esecuzione dei giudicati¹⁰.

Tale istituto venne, poi, sviluppato da Napoleone con la legge 20 aprile 1810 sull'organizzazione dell'ordine giudiziario, che, nel dare all'istituto del pubblico ministero "quell'ordinamento definitivo che dalla Francia" si irradiò "in quasi tutti gli Stati di Europa"¹¹, gli riconobbe pure importanti attribuzioni in materie civili rilevanti per l'ordine pubblico, come le questioni di stato, la tutela dei minori o di soggetti minorati, ecc¹².

⁹ Sulle caratteristiche dell'ufficio del pubblico ministero durante il periodo dell'assolutismo quale organo fiduciario del Re presso l'autorità giurisdizionale si vedano: Carcano, *Il Pubblico Ministero*, Milano, 1868-69, 9 ss.; Bortolotto, *Ministero pubblico (materia penale)*, cit., 538 ss.

¹⁰ Si deve precisare che mentre la legge francese 16-24 agosto 1790 distingueva gli ufficiali del pubblico ministero tra coloro che partecipavano all'attività istruttoria e curavano l'esecuzione dei giudicati, ossia i *commissaires du roi*, che erano nominati dal re; e coloro che svolgevano l'accusa davanti al tribunale, ossia gli *accusateurs public*, che erano designati dai giudici fra i loro colleghi per un anno, così da essere indirettamente eletti dal popolo, essendo i giudici a loro volta eletti dal popolo, la legge 22 frimaio anno VIII unificò le due funzioni. Sul punto si vedano: Saussier, *Le ministère public et le pouvoir central*, Paris, 1910, 2 ss.; Bortolotto, *Ministero pubblico (materia penale)*, cit., 538 ss.; Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, II, cit., 244 ss.

¹¹ Siracusa, *Pubblico ministero (diritto processuale penale)*, cit., 979.

¹² Battista, *Ministero pubblico (materia civile)*, in *Dig. It.*, XV, Torino, 1904-1911, 514 ss., che ha fornito un'ampia ricostruzione delle origini storiche dell'istituto in materia civile, risalenti all'epoca feudale, ponendo in evidenza come nel tempo il pubblico ministero da rappresentante della "forza esecutiva della legge e del diritto, personificata dal principe", diventò "il rappresentante della società", preposto a proteggere le persone ed i diritti che spettava alla società difendere. Similmente Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario civile*, IV ed., vol. I, n. 513.

Nello stesso senso si veda pure Siracusa, *Pubblico Ministero (diritto processuale civile)*, in *Nuovo dig. it.*, X, Torino, 1939, 974 ss. che ha ricordato che con tale legge si stabilì che il pubblico ministero, a pena di nullità, doveva intervenire in tutte le udienze delle corti e dei tribunali concernenti la giustizia civile nelle materie

Secondo l'ideologia liberale francese, per meglio garantire le libertà dei cittadini di fronte alla legge penale in condizioni di effettiva eguaglianza, era doveroso assegnare ad un organo pubblico, rivestito da funzionari dotati di particolare professionalità giuridica tratti dall'ordine giudiziario, le funzioni necessarie per promuovere la repressione dei fatti costituenti reato secondo le tassative previsioni del legislatore, che consistevano:

- da un lato, nelle attività inquirenti di raccolta degli elementi di prova idonei a dimostrare davanti al giudice la sussistenza del fatto costituente reato e l'attribuibilità del fatto-reato alla condotta della persona accusata;
- dall'altro lato, nelle attività requirenti di richiedere al giudice, terzo ed imparziale, di svolgere, nei confronti della persona accusata di aver commesso un reato, un equo processo secondo le regole stabilite dalla legge processuale, per accertare la sussistenza del fatto-reato, la responsabilità dell'accusato, e per irrogare al soggetto riconosciuto colpevole le sanzioni previste dalla legge penale;
- e dall'altro lato ancora, nelle attività esecutive dirette all'effettiva realizzazione delle sanzioni penali irrogate dal giudice con la sentenza di condanna¹³.

Assegnando la titolarità dell'azione penale ad un organo statale particolarmente preparato, che doveva operare rispettando fedelmente la legge che, da un lato, individuava tassativamente i fatti costituenti reato e le pene da irrogare; e dall'altro lato fissava le forme da seguire per l'accertamento dei reati e la punizione dei colpevoli, per l'illuminismo giuridico si raggiungevano tre obiettivi essenziali per assicurare la democraticità della funzione repressiva penale.

Innanzitutto, si evitava che la repressione dei reati fosse svolta da funzionari regi secondo il beneplacito del Sovrano, molto spesso arbitrario ed insindacabile.

In secondo luogo, si assicurava l'effettiva uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge penale, senza che le differenze di classe e/o di censo potessero avere alcuna incidenza, come invece era accaduto durante l'ancien regime, quando l'appartenenza alle classi agiate garantiva spesso l'impunità per i reati commessi ai danni di soggetti delle classi inferiori, anche in considerazione dei costi necessari per sostenere l'accusa, che

attinenti l'interesse e l'ordine pubblico, dovendosi distinguere: i casi previsti dall'art. 46 della l. 20 aprile 1810, nei quali il pubblico ministero era parte principale o come attore o come convenuto; i casi previsti dagli artt. 83 c.p.c. e 770 c.c., nei quali il pubblico ministero era parte aggiunta, chiamato a esprimere un parere o obbligatoriamente o facoltativamente.

¹³ Secondo l'attenta ricostruzione effettuata da Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, II, cit., 250 ss., che ha evidenziato come l'azione penale comporta lo svolgimento da parte del pubblico ministero di una serie di atti che vengono proceduralizzati dal legislatore in un'attività investigatrice preparatoria, detta inquirente; in un'attività di persecuzione processuale, detta requirente; ed in un'attività realizzatrice dei risultati processuali raggiunti, detta esecuzione.

ricadevano principalmente sulla persona offesa dal reato, così che soggetti economicamente deboli, ovviamente, non erano in grado di sostenere.

Infine, si garantiva che la repressione dei reati si svolgesse nei casi e con le forme stabiliti dal legislatore, in modo da rispettare sia le pretese risarcitorie della parte privata offesa dal reato, alla quale era assegnata una funzione meramente ausiliaria dell'azione principale del pubblico ministero; e sia i diritti di libertà, ed in primis quello di difesa, della persona accusata di essere l'autore del reato.

Nel pensiero liberale francese, le attività del pubblico ministero, inquirenti, requirenti ed esecutive, essendo espressione della funzione del governo di garantire la pace e la sicurezza pubblica, promuovendo la repressione dei reati e la punizione dei colpevoli da parte dell'autorità giurisdizionale, avevano natura essenzialmente amministrativa, così da dover essere conferite all'organo governativo preposto all'organizzazione del servizio di rendere giustizia, cioè al ministro della giustizia, che, nel rispetto della legge sostanziale e processuale, le esercitava discrezionalmente mediante gli uffici del pubblico ministero, a lui gerarchicamente sottoposti, e ne rispondeva politicamente davanti al Parlamento.

In particolare l'azione penale doveva esser retta dal principio di opportunità, per il quale essa non era esercitata dal pubblico ministero, non solo quando il fatto non costituiva reato o ne mancava la prova, ma anche quando il reato, pur accertato, in concreto non interessava "essenzialmente l'ordine pubblico"¹⁴, con l'effetto che la sua repressione non appariva concretamente utile socialmente¹⁵.

Esercitando funzioni di natura amministrativa sotto la direzione del ministro della giustizia, gli uffici del pubblico ministero, alla pari degli altri uffici pubblici amministrativi, erano territorialmente organizzati per distretti in modo gerarchico, sia nel senso che l'ufficio del pubblico ministero presso il giudice distrettuale esercitava la direzione ed il controllo sugli uffici del pubblico ministero presso i giudici infradistrettuali¹⁶; e sia nel senso che erano internamente strutturati in modo burocratico, in quanto erano retti dal procuratore capo, che dirigeva le attività dei magistrati assegnati all'ufficio e a lui sottoposti

¹⁴ Bortolotto, *Ministero pubblico (materia penale)*, cit., 541.

¹⁵ Florian, *Principi di diritto processuale penale*, cit. 190 ss., che, partendo dal principio che spetta al legislatore qualificare come reato un fatto, ha criticato la facoltatività dell'azione penale, rilevando che "quando si ammetta il principio di opportunità, si sostituisce il convincimento del P.M. a quello del legislatore, cioè un convincimento tutto personale e quindi passibile di errore, cosicchè gli scopi della difesa sociale possono essere frustrati", dando pure origine "a gravi ingiustizie".

¹⁶ Come attentamente osservato da Bortolotto, *Ministero pubblico (materia penale)*, cit., 541, in Francia il procuratore generale presso la corte di cassazione non aveva azione diretta di superiorità gerarchica nei confronti di tutti gli altri uffici del pubblico ministero, essendo collocato tra i procuratori generali presso le corti di appello ed il guardasigilli non nell'esercizio delle funzioni requirenti ma nello svolgimento del potere di sorveglianza generale su tutti i procuratori generali distrettuali, che gli dava il diritto di rilevare i loro abusi e di segnalarli al ministro, ai sensi del Senato—consulto 16 termidoro, anno X, art. 84.

(perciò detti sostituti procuratori), ai quali delegava, impartendo ordini, l'esercizio delle funzioni inquirenti e requirenti¹⁷.

Tutto ciò comportava che la funzione giurisdizionale, svolta dal giudice in modo indipendente ed imparziale, veniva ad essere condizionata dalle scelte discrezionali compiute dal pubblico ministero, su ordine del Ministro guardasigilli, circa la repressione o meno degli specifici fatti costituenti reato per la legge.

2) Il pubblico ministero in Italia dall'Unità alla caduta del fascismo

Sulla scia delle guerre di conquista condotte in nome degli ideali liberali da Napoleone contro i regimi reazionari presenti in Europa, il sistema giudiziario elaborato dalla rivoluzione francese, e contraddistinto tra l'altro dalla figura del pubblico ministero quale titolare dell'azione penale, si diffuse rapidamente nell'Europa continentale, radicandosi, per la sua efficienza, nei diversi ordinamenti giuridici nazionali, tra i quali quello sabauda, al punto da sopravvivere anche alla dissoluzione dell'Impero napoleonico¹⁸.

Anche nella legislazione piemontese elaborata dopo la restaurazione del regno dei Savoia, il pubblico ministero fu previsto come il rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria, istituito per la tutela degli interessi dello Stato legislativamente fissati (tra i quali, in primis, la repressione dei reati, la punizione dei colpevoli e la tutela di settori civili di ordine pubblico), posto sotto la direzione del ministro della giustizia (art. 146 r.d. 13 novembre 1859, n. 3781, contenente la prima disciplina generale delle autorità giudiziarie non speciali).

Al Ministro, quale vertice dell'organizzazione giudiziaria complessivamente intesa (art. 6 r.d. 21 dicembre 1850, n. 1122), spettava il potere di proporre al Re, le persone da destinare, sulla base di un rapporto fiduciario, agli uffici del pubblico ministero, scegliendole tra i membri delle corti, gli uditori, gli avvocati patrocinanti, i membri del contenzioso amministrativo e gli altri ufficiali laureati in legge applicati al ministero (art. 151 r.d. n. 3781 del 1859).

¹⁷ Come ben messo in rilievo da Cordero, *Procedura penale*, Milano, 1991, 176 ss.

¹⁸ A proposito delle influenze esercitate dalla legislazione francese del periodo napoleonico sull'organizzazione giudiziaria del Regno sabauda si vedano in particolare: Marovelli, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura italiana*, Milano, 1967, 26. Daga, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, Napoli, 1973, 60 ss.; Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, 1990, 30 ss. In generale sulla magistratura nell'epoca liberale: Arangio Ruiz, *Storia costituzionale d'Italia (1848- 1898)*, Firenze, 1898; D'Addio, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Milano, 1966; Tranfaglia, *Politica e magistratura nell'Italia liberale*, in *Studi storici*, III, 1970, 514 ss.; Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia (1849 - 1948)*, Bari, 1974, 64 ss.; Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1999, 1 ss.

Il sistema giudiziario in vigore nel Regno Sabauda venne risistemato ed aggiornato alle esigenze della nuova realtà politica sbocciata con la creazione del Regno d'Italia, su iniziativa del ministro della giustizia Cortese, mediante il r.d. 6 dicembre 1865, n. 2626, che per oltre cinquanta anni rappresentò la legge fondamentale in tema di ordinamento giudiziario¹⁹.

Tra le autorità alle quali era affidata l'amministrazione della giustizia nelle materie civili e penali, il decreto ricomprendeva il pubblico ministero, che, ai sensi dell'art. 129, era *"il rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria"*, *"posto sotto la direzione del Ministro della giustizia"*, ed al quale venivano assegnate una molteplicità variegata di funzioni: I) vegliare *"all'osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti dello Stato, dei corpi morali e delle persone"* non in possesso della *"piena capacità giuridica"*; II) promuovere in materia penale *"la repressione dei reati"* per via di azione; III) nelle materie civili dare il parere o procedere per via di azione *"nei casi rispettivamente determinati dalla legge"*, avendo, comunque, il potere di intervenire, per *"parlare e concludere"*, in tutti gli altri affari trattati in pubblica udienza, qualora lo avesse ravvisato *"conveniente nell'interesse della giustizia"*; IV) intervenire, a pena di nullità, *"a tutte le udienze delle corti e dei tribunali civili e correzionali"*, potendo fare *"le opportune requisitorie per l'ordine delle udienze"*, ma senza poter *"assistere alla votazione nelle cause civili e penali"*, ad eccezione del pubblico ministero presso la corte di cassazione che, invece, poteva intervenire *"alle deliberazioni per le decisioni delle cause civili"*; V) intervenire alle deliberazioni delle corti e dei tribunali in tema di ordine e servizio interno; VI) far eseguire *"i giudicati"*, sia promuovendo l'esecuzione delle sentenze in materia penale secondo le disposizioni del codice di procedura penale; sia facendo eseguire d'ufficio le sentenze in materia civile rilevanti per *"l'ordine pubblico"*; VII) esercitare l'azione diretta a *"far eseguire ed osservare le leggi d'ordine pubblico e quelle interessanti i diritti dello Stato"*, ad eccezione dei casi in cui tale azione era attribuita ad altri pubblici ufficiali; VIII) dirigere la polizia giudiziaria; IX) soprintendere *"alla polizia delle carceri giudiziarie e degli stabilimenti penali, in conformità delle leggi"* (artt. 139 ss.)²⁰.

Si deve evidenziare che le attività attribuite al pubblico ministero, anche se strumentali rispetto alle funzioni giurisdizionali svolte dalle autorità giudicanti, erano considerate di natura essenzialmente amministrativa, in quanto espressione dei compiti

¹⁹ Piola-Caselli, *Ordinamento giudiziario*, cit., 946.

²⁰ Si deve ricordare che i membri del pubblico ministero avevano, nell'esercizio delle loro funzioni, pure il diritto di richiedere direttamente la forza armata (art. 151).

tipici del potere esecutivo di mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, anche mediante la repressione dei reati e la tutela degli interessi dello Stato²¹.

Svolgendo funzioni fondamentalmente amministrative, l'organizzazione del pubblico ministero era, di conseguenza, articolata, secondo un'impostazione burocratica, in rapporto agli uffici giudicanti, prevedendosi la creazione di appositi uffici requirenti presso le corti ed i tribunali civili correzionali; e l'istituzione di singoli rappresentanti requirenti presso le preture (art. 2).

La ripartizione delle funzioni del pubblico ministero tra diversi uffici articolati gerarchicamente a livello distrettuale costituiva una novità rispetto al modello francese dell'epoca, nel quale, al fine di assicurare l'unificazione dei poteri inquirenti e requirenti all'interno di ciascuna Corte di appello, tutte le funzioni erano assegnate al Procuratore generale, che, quale centro dell'ufficio, le esercitava per mezzo dei rappresentanti istituiti presso le singole magistrature, tra i quali il Procuratore presso il Tribunale.

La dottrina italiana difese la scelta compiuta dal legislatore, sostenendo che tale ripartizione, da un lato, garantiva una maggiore prontezza e sicurezza d'azione da parte del procuratore del re, chiamato dalla legge a dare il primo impulso e il primo indirizzo all'azione penale; e dall'altro lato, assicurava il coordinato esercizio dei poteri del pubblico ministero attraverso i poteri di supremazia direttiva e di vigilanza disciplinare conferiti al procuratore generale presso la corte di appello²².

Gli uffici del pubblico ministero, espletando compiti qualificati dal legislatore come amministrativi, avevano una struttura burocratica e gerarchica alla pari degli altri uffici dipendenti dallo stesso potere esecutivo, così che al loro interno erano strutturati secondo le regole dell'unità e dell'indivisibilità dei poteri conferiti dalla legge (art. 130 ord. giud.).

L'unità consisteva nel fatto che tutti gli ufficiali componenti l'ufficio del pubblico ministero obbedivano, quali membri di uno stesso corpo, alla direzione unica del procuratore capo, e disimpegnavano unicamente le funzioni delegate a ciascuno di loro dallo stesso procuratore capo, nel rispetto delle indicazioni da questo fornite e sotto la sua responsabilità.

²¹ Come ben ricostruito da Siracusa, *Pubblico Ministero (diritto processuale civile)*, cit., 975, il pubblico ministero, ai sensi degli artt. 139 ss. ord. giud. 1865, doveva intervenire, a pena di nullità, in tutte le udienze civili delle corti e dei tribunali e comunque nei casi previsti dagli artt. 304, 316, 318, 538, 346 c.p.c.; 21, 26, 67, 87 ss. c.c.; 291 e 292 reg. gen. giud.; 59 ss. l. 30 ottobre 1859, n. 3731 sulle privative industriali; e comunque ogni volta che lo reputava opportuno per ragioni di pubblico interesse ex artt. 346 e 519 c.p.c. La norma, però, suscitò un vivace dibattito tra gli operatori del diritto, che venne sopito, su iniziativa del ministro della giustizia Vigliani, con l. 28 novembre 1875, n. 2781, che limitò l'obbligo del pubblico ministero di intervenire nei processi civili solo per le cause matrimoniali e per le altre nelle quali procedeva per via di azione.

²² Così Borsani e Casorati, *Codice di procedura penale commentato*, cit., 17 ss.; Bortolotto, *Ministero pubblico (materia penale)*, cit., 565.

L'indivisibilità comportava che ciascuno dei membri dell'ufficio, quando compiva l'ufficio delegatogli, rappresentava l'istituzione stessa, di cui doveva essere considerato l'organo o l'agente²³.

In forza dell'unità e dell'indivisibilità dell'istituto del pubblico ministero, le funzioni inquirenti e requirenti erano, pertanto, affidate ad un procuratore capo affiancato da altri ufficiali, perciò detti sostituti, che agivano in nome del titolare, il quale a sua volta traeva dalla legge il diritto di procedere in proprio nome, tenendo la direzione e la sorveglianza di coloro che agivano per lui in rappresentanza dell'istituzione medesima²⁴.

In dottrina si faceva, però, notare che il rapporto di dipendenza gerarchica intercorrente tra il procuratore capo e ciascuno dei suoi sostituti si articolava in modo diverso tra la fase dell'istruzione e quella del giudizio. Mentre nell'istruzione i sostituti, agendo quali funzionari del potere esecutivo, dovevano obbedire agli ordini impartiti dal loro capo; nel giudizio, invece, godevano dell'autonomia di giudizio propria di ciascun appartenente all'ordine giudiziario, così che potevano e dovevano "valutare i fatti e concludere secondo coscienza sulla base delle risultanze processuali"²⁵.

Al fine di assicurare il corretto esercizio delle funzioni del pubblico ministero, all'interno di ciascun distretto di corte d'appello, il procuratore generale esercitava "un'azione direttiva ed una superiore vigilanza sugli ufficiali del pubblico ministero, come pure sulla polizia giudiziaria e sugli ufficiali della medesima" (art. 146, I co.).

Pur essendo costituito presso la corte di cassazione, "istituita per mantenere l'esatta osservanza delle leggi" (art. 122) e competente a conoscere, in materia civile e commerciale, i ricorsi per annullamento delle sentenze pronunciate in grado di appello; ed in materia penale, i "casi di annullamento delle sentenze inappellabili o in grado di appello, proferite dalle corti, dai tribunali e dai pretori e degli atti di istruzione" precedenti (art. 123), il procuratore generale presso la corte di cassazione aveva, essenzialmente, il compito di richiedere "nell'interesse della legge l'annullamento delle sentenze nei casi e nei modi stabiliti dalle leggi di procedura" (art. 148), ma non aveva alcun ruolo di sovraordinazione gerarchica nei confronti degli ufficiali del pubblico ministero in servizio nei vari distretti di corte d'appello.

²³ Secondo Bortolotto, *Ministero pubblico (materia penale)*, cit., 571, l'indivisibilità non stava a significare che tutti gli ufficiali del pubblico ministero potevano fare indistintamente tutti gli atti di un procedimento, o che essi avevano un'eguale competenza, o che gli atti compiuti da uno di essi dovevano ritenersi obbligatori per tutti gli altri.

²⁴ Borsani e Casorati, *Codice di procedura penale commentato*, cit., 83.

²⁵ Saluto, *Commento al codice di procedura penale*, vol. I, Torino, 1877, 450 ss.; Bortolotto, *Ministero pubblico (materia penale)*, cit., 571 ss.

Il potere di svolgere una superiore funzione di direzione, di coordinamento e di vigilanza su tutti gli ufficiali del pubblico ministero del Regno, anche al fine di risolvere eventuali conflitti, positivi o negativi, di competenza tra i diversi uffici, spettava, infatti, al ministro della giustizia, che, quale vertice supremo del pubblico ministero, era politicamente responsabile dell'organizzazione e del funzionamento dell'amministrazione della giustizia, specialmente nel settore penale²⁶, del quale doveva dirigere l'articolato apparato organizzativo incaricato di promuovere la repressione dei reati, anche mediante l'invio di circolari e di istruzioni per il corretto ed efficiente svolgimento delle funzioni assegnate²⁷, essendo precipuo compito del governo assicurare la pace e la sicurezza sociale della comunità nazionale²⁸. E tutto ciò comportava che del concreto esercizio delle svariate funzioni assegnate dalla legge al pubblico ministero, ogni procuratore capo ne doveva gerarchicamente rispondere al Ministro della giustizia²⁹, che aveva il potere di sindacare l'operato del pubblico ministero o con il vietargli l'esercizio dell'azione penale ingiusta o inopportuna, o con l'ordinargli l'esercizio dell'azione penale ingiustamente o inopportunamente omessa³⁰, così che il pubblico ministero non era autonomo neppure nella formulazione delle sue istanze e delle sue richieste, che legittimamente gli potevano essere imposte dal ministro³¹.

Gli uffici del pubblico ministero erano composti da magistrati appartenenti all'ordine giudiziario, che, però, a differenza di quelli della giudicante, non godevano della garanzia della inamovibilità, che lo Statuto Albertino riconosceva solo ai giudici dopo tre anni di esercizio delle funzioni. Per tutto il periodo anteriore alla Carta Costituzionale del 1948, i magistrati del pubblico ministero, pertanto, furono governati dal Ministro della giustizia, posto al vertice dell'amministrazione giudiziaria, con maggiore libertà rispetto a quelli della

²⁶ Come sostenuto in dottrina da Manzini, *Manuale di procedura penale italiana*, Torino, 1912, 318.

Per D'Addio, *Politica e Magistratura*, Milano, 1966, 70, tale subordinazione, invece, rispondeva all'ispirazione generale del nuovo stato unitario che, edificato da una elite borghese nell'ambito di una società arretrata e profondamente divisa sul piano ideale, era stato informato ai principi della preminenza del potere esecutivo e di un rigoroso centralismo.

²⁷ Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario*, cit., 501. Come osservato da Miraglia, *Il pubblico ministero e i resoconti giudiziari*, in *Legge*, 1888, II, 794, Bortolotto, *Ministero pubblico (materia penale)*, cit., 589; Siracusa, *Il pubblico ministero*, Torino, 1929, 142 ss., nel periodo liberale le circolari inviate dai ministri ai procuratori del Re tendenzialmente non davano indicazioni sui criteri da seguire nell'esercizio dell'azione penale ma solo orientamenti su quelle funzioni considerate più strettamente amministrative.

²⁸ Scaparone, *Pubblico ministero (dir. proc. penale)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 1095, che ha richiamato il pensiero espresso da Manzini, *Manuale di procedura penale italiana*, cit., 318.

²⁹ Bortolotto, *Ministero pubblico (materia penale)*, cit., 595 ss.; e con lui Pescatore, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, Torino, 1864, 14 ss.; Canonico, *Del giudizio penale*, Torino, 1871, 142 ss.; Borsani e Casorati, *Codice di procedura penale italiano commentato*, I, Milano, 1873, 13 ss.

³⁰ Come osservato da Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario*, Torino, IV ed., 462 ss.; Carrieri, *Il pubblico ministero*, Filangieri, 1889, 186; Brunelli, *Del pubblico ministero*, Torino, 1904, 248 ss.

³¹ Miraglia, *Il pubblico ministero e i resoconti giudiziari*, cit. 790 ss., rilevava, tuttavia, che nessun ministro della giustizia aveva mai imposto la propria volontà a un funzionario del pubblico ministero, pur riconoscendo che, qualora lo avesse fatto, avrebbe fatto uso di un diritto riconosciutogli dalla legge.

giudicante, soprattutto in tema di promozioni, trasferimento di sede e responsabilità disciplinare³².

L'organizzazione del pubblico ministero instaurata con l'ordinamento cd. "Cortese" del 1865 venne, poi, sostanzialmente mantenuta ferma dalle successive leggi di ordinamento giudiziario, sia da quella d'ispirazione liberale voluta nel 1921 dall'allora Ministro della giustizia Rodinò con il r.d. 14 dicembre 1921, n. 1978 (artt. 74 e ss.); sia da quelle di stampo totalitario introdotte dal legislatore fascista, dapprima con il r.d. 30 dicembre 1923, n. 2768, presentato dal Ministro della giustizia Oviglio (artt. 77 e ss.); e poi con il r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, presentata dal Ministro Grandi (artt. 73 ss.).

Tra il pubblico ministero dell'epoca liberale e quello dell'epoca fascista vi era, però, un'importante differenza nell'esercizio della più importante delle funzioni svolte, ossia l'azione penale.

Mentre il codice di procedura penale del 1913, di stampo accentuatamente accusatorio secondo le istanze più evolute del pensiero giuridico liberale, nel disciplinare l'azione penale come obbligatoria, come già avveniva in quello di tipo inquisitorio del 1865³³, aveva introdotto la regola che il pubblico ministero era vincolato a richiedere al giudice istruttore sentenza di non doversi procedere, qualora avesse reputata infondata la notizia di reato (art. 343 c.p.p.)³⁴, il codice di procedura penale elaborato dal Ministro della giustizia Rocco nel 1930, pur qualificando l'azione penale come obbligatoria, riconosceva al pubblico ministero il potere di disporre l'archiviazione delle notizie di reato infondate senza alcun sindacato da parte del giudice.

Ai sensi, infatti, del III co. dell'art. 74 *"Quando il pubblico ministero ritiene che non si debba procedere per la manifesta infondatezza"* della notizia di reato, *"e non ha già fatto richiesta per l'istruzione formale o per il decreto di citazione a giudizio, ordina la trasmissione degli atti all'archivio. Il pretore provvede nello stesso modo. Il Procuratore del Re e il Pretore che hanno ordinato la trasmissione degli atti all'archivio ne informano*

³² Per una compiuta analisi dello status giuridico dei magistrati del pubblico ministero nell'epoca anteriore alla Costituzione del 1948 si rimanda a Gustapane *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, cit., 1 ss.

³³ Pescatore, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, Torino, 1864, 15 ss.; Canonico, *Del giudizio penale*, Torino, 1871, 135 ss.; Vismara, *Procedura penale*, Napoli, 1871, 34 ss.; Lucchini, *Ancora sul pubblico ministero nella riforma giudiziaria*, Verona, 1903; Brunelli, *Del pubblico ministero*, Torino, 1904, 248 ss., 266 ss., per il quale l'esercizio dell'azione penale, essendo diretta a far valere la pretesa punitiva dello Stato, doveva considerarsi una manifestazione della potestà di governo; Bortolotto, *Ministero pubblico (materia penale)*, cit., 573 ss., secondo cui, essendo il pubblico ministero "non già l'avvocato d'una parte, ma l'organo della legge", derivava che esso era "pienamente libero di promuovere o non promuovere l'azione" a seconda che la credeva fondata o meno, non avendo la querela proposta dal privato alcuna influenza su tale libertà, "potendo ben egli rinunciare all'azione nonostante la querela regolarmente prodotta".

³⁴ Mortara e Toppato, *Commento al codice di procedura penale*, III, Torino, 1915, 562 ss.; De Marsico, *La rappresentanza nel diritto processuale penale*, Milano, 1915, 152 ss.

rispettivamente il Procuratore generale e il Procuratore del Re, i quali possono richiedere gli atti e disporre invece che si proceda”³⁵.

La mancata sottoposizione al controllo del giudice della scelta del pubblico ministero di non esercitare l'azione penale in relazione alla notizia di reato ricevuta comportava il riconoscimento al pubblico ministero di un potere assolutamente discrezionale nell'espletamento delle attività inquirenti e requirenti, che il pubblico ministero esercitava secondo le direttive politiche impartite, soprattutto, in modo informale per via gerarchica, dal Ministro della giustizia, “*Capo supremo dell'amministrazione giudiziaria e politicamente responsabile del buon ordine e del regolare funzionamento dell'amministrazione stessa*”, e “*Capo del pubblico ministero*”, come il Ministro Grandi scriveva nella Relazione al Re³⁶.

3) Il pubblico ministero nella legislazione post-fascista

La concezione di sostanziale sottoposizione al potere esecutivo di tutta la magistratura ordinaria, compresa quella giudicante, che aveva costantemente ispirato la legislazione in materia di ordinamento giudiziario elaborata dal regime fascista in modo da considerare le funzioni giudiziarie uno strumento di controllo sociale diretto dal Ministro della giustizia, “capo supremo” dell'amministrazione giudiziaria, non poteva che essere ribaltata dalle forze politiche uscite vittoriose dalla lotta alla dittatura mussoliniana, che, riunite sotto l'egida del Comitato di Liberazione Nazionale, dividevano il disegno di riformare l'ordinamento statale italiano in senso profondamente democratico, al fine di evitare per il futuro ogni possibile ricaduta in scelte autoritarie³⁷.

In attesa di elaborare una nuova Carta Costituzionale, che avrebbe dovuto assicurare alla comunità italiana uno stabile assetto pluralista delle istituzioni, i partiti del Comitato di Liberazione Nazionale si preoccuparono di far adottare una disciplina transitoria di ordinamento giudiziario, che servisse ad eliminare, sin da subito, gli aspetti della normativa precedente più marcatamente incompatibili con i nuovi principi che si volevano affermare sia in tema di effettiva legalità e di piena sovranità delle funzioni

³⁵ Sul pubblico ministero nel codice di rito del 1930: Carnevale, *Il carattere del pubblico ministero e l'art. 74 del c.p.p.*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1933, 5 ss.; Jannitti Pirmallo, *Il pubblico ministero rappresentante del potere esecutivo*, in *Studi in memoria di Tommasone*, Padova, 1937, 382; Siracusa, *Pubblico ministero (diritto processuale penale)*, cit., 980; Vassalli, *La potestà punitiva*, cit., 76 ss.; Sabatini, *Il pubblico ministero nel diritto processuale penale*, Torino, 1948; Leone, *Considerazioni sull'archiviazione*, in *Studi in memoria di A. Rocco*, Milano, 1952, 13 ss.; Delitala, *L'appello incidentale del pubblico ministero*, in *Raccolta di scritti*, Milano, 1976, 184; Bricola, *Rapporti tra giudice istruttore e pubblico ministero*, in AA.VV., *I problemi dell'istruzione formale penale*, Bologna, 1977, 123.

³⁶ Grandi, *Relazione al Re*, in *Leggi e decreti*, 1941, 38 ss.

³⁷ Sulla politica del regime fascista in tema di magistratura ordinaria si rimanda a Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1999, 45 ss.

giudiziarie, comprese quelle del pubblico ministero; sia in tema di autonomia e di indipendenza di tutta la magistratura ordinaria, senza differenze di trattamento tra magistrati della giudicante e magistrati della requirente, che non fossero strettamente giustificate dalla diversità delle funzioni svolte³⁸.

In tema di pubblico ministero, il primo degli interventi riformatori riguardò l'azione penale, la più importante e delicata delle sue funzioni.

Volendo rinforzare la regola dell'obbligatorietà dell'azione penale, che era considerata un imprescindibile presidio per la tutela dell'uguaglianza di tutti i soggetti di fronte alla legge penale, l'art. 6 del decr. legisl. lgt. 14 settembre 1944, n. 288, modificò il terzo comma dell'art. 74 c.p.p., stabilendo: - che il pubblico ministero, quando reputava che per il fatto contestato non vi erano i presupposti per promuovere l'azione penale, doveva richiedere di pronunciare decreto di archiviazione al giudice istruttore, che, a sua volta, se riteneva infondata la richiesta, aveva il potere di respingerla e di disporre con ordinanza la prosecuzione delle indagini con il rito dell'istruttoria formale; - che il pretore, nello stesso caso, provvedeva con decreto, informandone il procuratore del Re, che, da parte sua, se reputava non corretto il decreto, poteva richiedere gli atti e ordinare di procedere.

Per i reati di competenza del tribunale e della corte di assise, si tornava, quindi, alla regola, già contemplata nel codice di procedura penale del 1913, di sottoporre al controllo dell'autorità giurisdizionale istruttoria la scelta di non esercitare l'azione penale fatta dal pubblico ministero sulla base di una valutazione strettamente tecnico-giuridica di infondatezza della notizia di reato, che, invece, il fascistissimo codice di procedura penale del 1931 aveva eliminato, riservando al superiore gerarchico il controllo sulla decisione di archiviare la notizia di reato infondata, che era stata adottata de plano dal pubblico ministero di grado inferiore³⁹.

Ad avviso del legislatore dell'Italia liberata dall'occupazione nazi-fascista, l'effettivo rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale doveva comportare, almeno per i reati di maggiore gravità, che il potere di controllare la sussistenza dei requisiti di legge sul

³⁸ Per un'analisi della politica giudiziaria seguita dai governi di liberazione nazionale si veda Neppi Modona, *La magistratura ed il fascismo*, in *Pol. dir.*, 1972, 596 ss., che ha, però, recuperato alcune circolari inviate dal ministero della giustizia in quell'epoca ai capi degli uffici giudiziari, che riflettevano la tendenza a mantenere ancora uno stretto collegamento tra magistratura e potere esecutivo.

³⁹ Correttamente diversi autori hanno ritenuto che il mancato controllo del giudice istruttore sulla legittimità dell'archiviazione della notizia di reato infondata disposta dal pubblico ministero comportava l'attribuzione al pubblico ministero, sottoposto alla direzione del ministro della giustizia, di una sostanziale discrezionalità, nell'esercitare l'azione penale: tra gli altri, in particolare, Scaparone, *Pubblico ministero (dir. proc. penale)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988., 1097; Daga, *Pubblico ministero (diritto costituzionale)*, in *Enc. giur.*, XXV, 1991, 2; Chiavario, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. Pen.*, 1993, 2659.

mancato esercizio della pretesa punitiva dello Stato da parte del pubblico ministero doveva spettare necessariamente ad un organo giurisdizionale, perché solo questo aveva la potestà di accertare coattivamente la sussistenza di un fatto di reato e la colpevolezza del soggetto accusato di esserne l'autore in tutti i casi e nei modi previsti dalla legge, mentre il superiore gerarchico dell'organo inquirente/requirente agente, come qualsiasi altro organo del pubblico ministero, era unicamente il titolare della potestà di promuovere l'accertamento della sussistenza del reato e della colpevolezza dell'accusato da parte dell'autorità giudicante⁴⁰.

Estremamente significative furono, poi, le modifiche all'organizzazione del pubblico ministero ed allo status dei magistrati ad esso addetti, che furono adottate, su proposta del Ministro della giustizia Togliatti (di concerto con il ministro del tesoro Corbino), dal primo governo presieduto da De Gasperi con il r.d.lgs. 31 maggio 1946, n. 511, nell'ambito di una più complessiva riforma delle guarentigie della magistratura, elaborata secondo delle linee di tendenza che vennero poi sviluppate nella Costituzione del 1948⁴¹.

Volendo notevolmente attenuare il legame che tradizionalmente si era fatto intercorrere tra il pubblico ministero, quale rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria, ed il ministro della giustizia, quale organo del potere esecutivo preposto all'amministrazione giudiziaria, l'art. 39 sostituì l'art. 69 dell'ordinamento giudiziario approvato con r.d. n. 12 del 1941, che recitava *"il pubblico ministero esercita, sotto la direzione del ministro di grazia e giustizia, le funzioni che la legge gli attribuisce"*, con la formula *"il pubblico ministero esercita, sotto la vigilanza del ministro di grazia e giustizia, le funzioni che la legge gli attribuisce"*.

In questo modo, al Ministro della giustizia si toglieva quel potere di supremazia gerarchica sul pubblico ministero, che in Italia aveva formalmente avuto sin dall'Unità, venendo poi concretamente utilizzato, a seconda della sensibilità istituzionale dei ministri che si erano succeduti nell'incarico, più con forme di pressione sui magistrati del pubblico ministero, svolte attraverso la scala gerarchica; che con l'adozione di circolari a carattere

⁴⁰ Per un'analisi art. 6 del decr. legisl. lgt. 14 settembre 1944, n. 288, si veda Leone, *Considerazioni sull'archiviazione*, in AA.VV., *Studi in memoria di Arturo Rocco*, Milano, 1952, 135 ss., per il quale il decreto di archiviazione, che il giudice istruttore, in forza del principio di obbligatorietà dell'azione penale, poteva adottare, su richiesta del pubblico ministero, nei casi di manifesta infondatezza della notizia di reato, aveva la stessa natura della sentenza istruttoria di proscioglimento, così da rivelarsi di quest'ultima un inutile duplicato; Id., *Azione penale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 851 ss.

⁴¹ Non molto positivo è stato il giudizio espresso sul decreto "Togliatti" da Neppi Modona, *La magistratura ed il fascismo*, cit., 601 ss., per non aver inciso su alcuni aspetti salienti dell'organizzazione gerarchica dell'ordinamento giudiziario tipica del passato regime liberale e di quello fascista, quali la carriera, le promozioni e la designazione dei capi degli uffici. Un'attenta analisi del decreto "Togliatti" si ritrova pure in JANIRI, C.S.M., cit., 215 ss.

generale, o di ordini a contenuto specifico, incidenti sulle specifiche modalità di esercizio delle molteplici funzioni assegnate a tale organo giudiziario⁴².

Con tale riforma, invece, si riconosceva al Ministro della giustizia, quale rappresentante dell'esecutivo politicamente responsabile del buon andamento dell'amministrazione della giustizia, un potere di vigilanza sulle attività del pubblico ministero, che consisteva nella facoltà di compiere accertamenti, mediante l'acquisizione di informazioni dai capi degli uffici o lo svolgimento di apposite ispezioni sugli uffici, al fine di verificare la legalità e l'efficienza dei servizi svolti.

All'esito dei controlli effettuati, a seconda delle problematiche emerse, il Ministro della giustizia poteva adottare o le iniziative di sua competenza in tema di riorganizzazione amministrativa dell'ufficio giudiziario esaminato per sopperire alle carenze accertate (come la modifica delle risorse dell'ufficio); o avviare procedimenti disciplinari nei confronti dei magistrati che erano risultati inadempienti ai loro doveri funzionali.

La modifica dell'assetto istituzionale del pubblico ministero fu di estrema importanza, perché, ribaltando tutta la tradizione precedente, il pubblico ministero non era più considerato il rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria, gerarchicamente subordinato al Ministro della giustizia.

Il pubblico ministero, infatti, veniva elevato al rango di organo giudiziario autonomo ed indipendente, sottoposto soltanto alla vigilanza del Ministro competente, e titolare di una serie di funzioni, tra le quali primeggiava l'azione penale, espressione della pretesa sovrana dello Stato di promuovere la repressione dei reati e la punizione di coloro che erano accusati di esserne gli autori, che il pubblico ministero esercitava o meno, nei casi e nei modi tassativamente previsti dalla legge, davanti all'autorità giurisdizionale, titolare del diritto sovrano dello Stato di accertare la sussistenza del fatto costituente reato e di infliggere la giusta pena a colui che era riconosciuto essere l'autore del reato, dando attuazione alle previsioni della legge penale, secondo i modi della legge processuale-penale (ex art. 6. decr. legisl. lgt. 14 settembre 1944, n. 288).

4) La riforma della magistratura nei lavori dell'Assemblea Costituente

Il tema della configurazione del pubblico ministero, e dei suoi rapporti con l'autorità giurisdizionale e con il governo, fu ampiamente ripreso in Assemblea Costituente, dove gli

⁴² Come osservato, per il periodo liberale da Miraglia, *Il pubblico ministero e i resoconti giudiziari*, in *Legge*, 1888, II, 794; e da Bortolotto, *Ministero pubblico (materia penale)*, in *Dig. It.*, XV, Torino, 1904-1911, 589; per il periodo fascista da Siracusa, *Pubblico ministero (diritto processuale penale)*, in *Nuovo dig. It.*, X, Torino, 1939, 981.

esponenti dei rinati partiti democratici si impegnarono a definire lo spazio di autonomia e di indipendenza da riconoscere agli organi titolari delle funzioni giudiziarie, tanto giudicanti quanto inquirenti-requirenti, all'interno del nuovo assetto istituzionale di tipo democratico che si voleva creare. E ciò fecero all'esito di un intenso dibattito, nel quale ebbero modo di contrapporsi, in termini misurati e corretti, le diverse scuole di pensiero all'epoca esistenti in materia di giustizia, secondo una impostazione che fu più il frutto di scelte ideologiche che di logiche di fazione partitica.

Di fronte ai grandi temi della giustizia in quella augusta sede si assistette al libero dispiegamento delle posizioni culturali democratiche prevalenti nella società italiana, che vennero rappresentate nelle loro varie sfaccettature dai costituenti, senza che questi fossero soggetti a rigide divisioni di schieramento, anche a causa della mancata elaborazione di programmi vincolanti sulla giustizia da parte dei maggiori partiti ivi presenti.

Ciò comportò che fu ampio lo spazio di intervento concesso ai costituenti più tecnicamente preparati ad affrontare la delicata materia, quali professori di diritto, magistrati e avvocati, che si fecero assertori delle convinzioni maturate in tema di organizzazione del servizio giustizia nel corso della loro attività professionale e scientifica⁴³.

Limitando l'esame dell'articolato dibattito costituente sulla magistratura al problema della configurazione e delle garanzie da riconoscere agli organi del pubblico ministero, si deve premettere che, all'interno dell'Assemblea Costituente, la riforma della magistratura fu affrontata in sede redigente dalla seconda sezione della seconda sottocommissione della Commissione per la Costituzione, i cui lavori furono influenzati, in modo determinante, dalle contrapposte visioni espresse, da un lato, dall'on. Giovanni Leone della Democrazia Cristiana, uno dei maggiori studiosi del diritto processuale penale italiano, che propose soluzioni che ricalcavano l'assetto organizzativo precedente con alcuni significativi ammodernamenti; e dall'altro lato, dall'on. Pietro Calamandrei del

⁴³ Per un esame del dibattito sulla giustizia sviluppatosi in Assemblea Costituente si vedano in particolare: Bartole, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1964, 36 ss.; Daga, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, Napoli, 1973, 161 ss.; Rigano, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, 1982, 65 ss.; Bonifacio e Giacobbe, *La Magistratura - artt. 104-105*, in *Commentario della Costituzione a cura di Branca*, II, Bologna-Roma, 1987; Neppi-Modona, *La Magistratura - art. 112*, in *Commentario della Costituzione a cura di Branca*, IV, Bologna-Roma, 1987; Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1999, 109 ss.

gruppo autonomista⁴⁴, uno dei maestri del diritto processuale civile, che avanzò proposte organizzative decisamente più innovative.

5) Il progetto presentato dall'on. Giovanni Leone

Nella premessa al progetto presentato, Leone sostenne l'opportunità che nella Carta Costituzionale fossero sanciti unicamente i principi fondamentali sulla magistratura, riservando alla legge di ordinamento giudiziario, alla quale si sarebbe dovuto riconoscere la forza di legge costituzionale, il compito di dettare la disciplina di dettaglio. E il primo di questi principi doveva essere che per "*potere giudiziario*" si intendeva esclusivamente il complesso degli organi preposti all'esercizio della funzione giurisdizionale, concepita come l'attività giudicante di interpretazione e di applicazione del diritto, della quale occorreva garantire l'imparzialità, attraverso il riconoscimento ai soggetti che la esercitavano di uno status di effettiva autonomia ed indipendenza rispetto agli altri poteri dello Stato.

Per Leone era imprescindibile affermare il principio che l'ordine giudiziario avrebbe esercitato la funzione, statale e sovrana, di rendere giustizia solo in nome di quella legge dalla quale ogni giudice avrebbe dovuto dipendere in modo esclusivo.

Riteneva, infatti, Leone che il giudice non avrebbe dovuto "*essere altro che l'interprete della legge, nel senso più rigoroso e ortodosso*", in quanto sarebbe spettato esclusivamente al legislatore recepire nella formula normativa le esigenze sociali. Il giudice, pertanto, avrebbe dovuto "*essere servitore soltanto alla legge e di conseguenza conservatore in tal senso: interpretare, cioè, la legge secondo i fini per i quali*" era stata emanata, apparendo estremamente pregiudizievole all'ordine giuridico l'eventuale riconoscimento al giudice della "*possibilità di adattare la legge a nuovi orientamenti sociali*"⁴⁵.

Ad avviso di Leone, era, però, "*indispensabile congegnare la costituzione in modo che ciascun potere*" avesse "*in certi limiti, il diritto di controllare l'attività dell'altro*", così che, per non isolare la magistratura giudicante dal resto delle istituzioni, sarebbe stato necessario creare presso di essa un organo di collegamento con il potere esecutivo, che, secondo la tradizione storica, non poteva che essere il pubblico ministero, "*promotore e dominus dell'azione penale*".

⁴⁴ Per completezza si deve ricordare che presso la seconda sezione della seconda sottocommissione della Commissione per la Costituzione venne presentato pure un progetto sulla magistratura da parte degli on. Patricolo e Castiglia, del Fronte liberale democratico dell'Uomo Qualunque, che, però, non contemplava specifiche disposizioni in materia di magistratura del pubblico ministero, ad eccezione della previsione del suo carattere giurisdizionale alla pari di quella giudicante.

⁴⁵ Leone, in Atti Assemblea Costituente, II sottocommissione-II sezione, 17/12/1946, 1933

Riprendendo tesi già sviluppate nei suoi studi scientifici, Leone affermò che il pubblico ministero era ontologicamente il rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria, al quale si attribuiva la titolarità della pretesa punitiva dello Stato, che esercitava mediante l'azione penale, con la quale deduceva in giudizio la pretesa statale di reprimere i reati e punirne gli autori, istituzionalmente contrapposta al diritto soggettivo di libertà fatto valere dall'imputato davanti al giudice.

Il pubblico ministero era, così, una delle parti in senso materiale del processo penale, perché, mediante l'esercizio dell'azione penale, che aveva intrinsecamente un contenuto di condanna, faceva valere in giudizio l'interesse pubblico alla punizione del reo in relazione allo specifico reato, con l'effetto che il pubblico ministero poteva rivestire il ruolo di consulente del giudice solo quando non compiva funzioni collegate all'esercizio dell'azione penale.

Per Leone, allora, giudice e pubblico ministero, appartenendo a poteri distinti, e cioè a quello giurisdizionale il primo e a quello esecutivo il secondo, all'interno del processo penale rivestivano ruoli diversi, pur dovendo ispirare entrambi i loro atti a giustizia. Mentre il giudice doveva tendere "all'attuazione della legge come tale", il pubblico ministero doveva tendere "al trionfo del proprio interesse", esercitando la pretesa punitiva dello Stato, quando gli appariva "corrispondente alla volontà di legge"⁴⁶.

Di conseguenza, secondo Leone, il pubblico ministero, essendo organo del potere esecutivo, avrebbe dovuto essere privato di ogni funzione "*tipicamente giurisdizionale (come, ad es., il potere di istruire, in via sommaria, il processo)*", ed esser destinatario esclusivamente di una serie di poteri aventi natura amministrativa, ossia: a) la funzione di promuovere obbligatoriamente l'azione penale nei casi e nei modi previsti dalla legge, venendo sottoposto al controllo dell'autorità giurisdizionale, che in caso di omesso esercizio dell'azione penale avrebbe potuto instaurare ex officio il processo penale in attuazione dei principi di legalità e di obbligatorietà della stessa azione penale⁴⁷; b) l'attribuzione "*di capo della polizia, non solo giudiziaria, ma in genere di tutta la polizia, in modo da predisporre una direttiva imparziale della polizia, impersonata in un magistrato*"; c) il compito "*di organo di sorveglianza dell'applicazione delle leggi*"; d) il ruolo "*di organo esecutivo delle sentenze penali*".

Sviluppando sino alle estreme conseguenze l'impostazione della natura amministrativa delle funzioni del pubblico ministero, Leone arrivò a dire che i magistrati ad esso addetti, pur dovendo essere reclutati con criteri identici a quelli previsti per la nomina

⁴⁶ Leone, *Sistema delle impugnazioni penali*, Napoli, 1935, 324 ss.

⁴⁷ Id., *ivi*, sedute 8/1/1947, 1968; e 10/1/1947, 1992

dei magistrati del potere giudiziario, avrebbero dovuto avere uno status giuridico del tutto peculiare, in quanto, alla pari degli altri funzionari del potere esecutivo, sarebbero stati inquadrati in un'organizzazione gerarchica diretta dal Ministro della giustizia, al quale si sarebbero dovuti riconoscere poteri di gestione e di vigilanza talmente forti da escludere che i magistrati requiranti potessero godere della garanzia della inamovibilità.

A differenza dei magistrati del pubblico ministero, quelli preposti all'esercizio della funzione giurisdizionale, essendo contitolari della sovranità statale, secondo Leone dovevano essere organizzati, a differenza delle altre amministrazioni pubbliche, in modo non gerarchico per sfere di giurisdizione.

Preservate le tradizionali giurisdizioni amministrative del Consiglio di stato e della Corte dei conti, Leone proponeva di conferire in modo esclusivo (e con esplicito divieto di creare tribunali speciali o straordinari) tutte le altre funzioni giurisdizionali al potere giudiziario ordinario composto da magistrati professionali, scelti attraverso un concorso pubblico, svolto da una commissione nominata dal Csm e fondato sull'accertamento dei requisiti di capacità tecnica e morale stabiliti dalla legge. Ai giudici ordinari si doveva, poi, riconoscere la garanzia della inamovibilità dalla sede e dalle funzioni, salvi i casi "*espressamente previsti nella legge sull'ordinamento giudiziario*". Forti perplessità, invece, Leone esprimeva sulla correttezza e sull'opportunità di consentire l'istituzione di magistrature onorarie.

Gli organi di amministrazione del potere giudiziario sarebbero stati il Consiglio giudiziario ed il Csm, ai quale sarebbero stati "*affidati i poteri direttivi della vita giudiziaria*", compresi quelli attinenti all'autonomia finanziaria da svolgere nell'ambito della legge di bilancio⁴⁸. Ma mentre del primo nel progetto non dava alcuna configurazione, del secondo Leone diceva, sia pure in modo sommario, che sarebbe stato composto dal Primo presidente della Corte di cassazione con funzioni di presidente; da quattro membri estranei al potere giudiziario nominati dalle due camere; da cinque Primi presidenti di Corte d'appello o Presidenti di sezione della Corte di cassazione, da tre Consiglieri di cassazione (o grado equiparato), da un Consigliere d'appello, da un Magistrato di tribunale e sei supplenti, tutti eletti dai magistrati secondo le norme stabilite dalla legge di ordinamento giudiziario.

Si deve, però, ricordare che nel corso del dibattito in commissione Leone corresse l'originaria proposta, dicendo che, per evitare il formarsi "*di una casta chiusa della magistratura*" e per assicurare l'indipendenza di ciascun magistrato all'interno della stessa

⁴⁸ Id., ivi, seduta 8/1/1947, 1968

magistratura, sarebbe stato più opportuno che il Csm fosse presieduto dal Presidente della Repubblica e composto pariteticamente da magistrati e laici, ossia: 1) dal Primo presidente della Corte suprema della cassazione quale vicepresidente; 2) da dieci membri, di cui due supplenti, eletti da tutti gli organi del potere giudiziario⁴⁹; 3) da dieci membri, di cui due supplenti, eletti dall'Assemblea nazionale, scelti fuori della medesima tra persone non iscritte in albi professionali. Ed aggiunte, pure, che il Csm sarebbe dovuto durare in carica cinque anni e che i suoi componenti avrebbero potuto essere rieletti⁵⁰.

Volendo eliminare qualsiasi condizionamento del potere esecutivo sulla carriera degli organi del potere giudiziario, Leone proponeva: a) che l'assegnazione ed i mutamenti di sede fossero riservati nell'ambito dello stesso distretto di Corte d'appello al Consiglio giudiziario e tra più distretti al Csm; b) che le promozioni alle funzioni superiori (da svolgere secondo le norme dell'ordinamento giudiziario attraverso i sistemi del concorso per esami e per titoli o del concorso per titoli e per merito distinto o dello scrutinio di merito) fossero decise dal Csm o direttamente qualora avessero avuto ad oggetto il conferimento di un ufficio direttivo (ossia: Presidente di Tribunale, Primo presidente di Corte d'appello, Presidente di sezione di Corte di cassazione); oppure sulla base dell'esito dei lavori svolti da una commissione nominata dal Csm e composta da magistrati e da un professore universitario ordinario di diritto. Tuttavia la nomina del Primo presidente e del Procuratore generale della Corte di cassazione sarebbero state effettuate dal Presidente della Repubblica, su deliberazione o del Consiglio dei ministri o dell'Assemblea nazionale, scegliendo tra una terna di nomi compresi nelle categorie previste dalla legge di ordinamento giudiziario⁵¹

Convinto, poi, che l'eventuale attribuzione al potere esecutivo della facoltà di imporre sanzioni disciplinari avrebbe asservito i magistrati così da ledere l'indipendenza dello stesso potere giudiziario, Leone riteneva che si doveva costruire "*un regime di assoluta indipendenza del potere giudiziario*" con il trasferimento del potere di sorveglianza sugli uffici e gli organi giudicanti del potere giudiziario dal Ministro della giustizia al Primo presidente della Corte di cassazione, quale organo di vertice del Csm; e con il conferimento della giurisdizione disciplinare ad appositi organi periferici e centrali (il tribunale e la corte disciplinare), composti solo da magistrati, da attivare su iniziativa assunta dal pubblico ministero presso di essi, o d'ufficio o su richiesta del Ministro.

⁴⁹ in ragione di cinque (quattro effettivi ed un supplente) tra i primi presidenti di corte d'appello o presidenti di sezione della corte di cassazione, di tre (due effettivi e un supplente) tra i consiglieri di cassazione, di uno tra i consiglieri d'Appello e di uno tra i giudici di tribunale

⁵⁰ Id., ivi, seduta 8/1/1947, 1973 e ss.

⁵¹ Id., ivi, seduta 8/1/1947, 1973; seduta 10/1/1947, 1999

6) Il progetto presentato dall'on. Calamandrei

Ad una concezione del potere giudiziario diametralmente opposta a quella espressa da Leone si ispirava il progetto presentato dall'on. Pietro Calamandrei del gruppo autonomista.

Nell'illustrare la sua proposta, Calamandrei spiegò che volutamente aveva seguito una formulazione *"troppo minuziosa e diffusa"* per un testo costituzionale, perchè si era prefisso lo scopo di fornire alla Commissione non soluzioni preconfezionate, ma più semplicemente dei suggerimenti che fossero degli spunti utili per una più approfondita discussione collegiale.

Il primo aspetto da chiarire, per Calamandrei, era la necessità di proclamare la statualità della giurisdizione con l'affermare che il potere giudiziario, ossia il complesso organizzativo preposto alla funzione di rendere giustizia e da definire in questo modo per metterlo alla pari con gli altri poteri dello Stato, spettava esclusivamente allo Stato, che lo doveva riservare al corpo dei magistrati istituiti ed ordinati secondo le norme della Costituzione e della legge di ordinamento giudiziario (che avrebbe dovuto assumere rango costituzionale), in modo da assicurare, per la migliore tutela delle libertà democratiche, l'assoluta indipendenza di tutti i magistrati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, tanto giudicanti, quanto requirenti.

A differenza di Leone, Calamandrei sosteneva che la nuova Carta Costituzionale avrebbe dovuto assicurare ai magistrati una posizione di effettiva indipendenza, rispetto agli altri poteri pubblici, in modo da garantire la loro esclusiva sottoposizione alla legge, che avrebbero dovuto interpretare ed applicare *"al caso concreto secondo la loro coscienza"*, solo se l'avessero trovata conforme alla Costituzione, sia nell'esercizio delle funzioni giudicanti, sia nello svolgimento delle funzioni requirenti, tra le quali, in primis, quella di esercitare obbligatoriamente l'azione penale nei casi stabiliti dalla legge, senza avere alcun potere di sospenderne o di ritardarne l'esercizio per motivi di opportunità.

Calamandrei si faceva, così, assertore in Assemblea Costituente delle tesi, decisamente innovative rispetto alla tradizione precedente, che aveva in precedenza sostenuto in sede scientifica circa il ruolo processuale da riconoscere al pubblico ministero, dove aveva messo in rilievo che la molteplicità e l'eterogeneità delle attribuzioni del pubblico ministero, enunciate in generale negli artt. 73 e ss. ord. giud., presentavano il carattere comune di svolgersi tutte quante *"nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, in coordinazione colla funzione giurisdizionale esercitata dagli organi giudiziari"*, ad

eccezione dei pochissimi casi nei quali egli entrava “direttamente in relazione con la autorità amministrativa” (come, ad es., nel caso della vigilanza sul servizio dello stato civile)⁵².

Secondo l'illustre processualcivilista, l'art. 73 cit., dicendo che il pubblico ministero doveva vegliare “*alla osservanza delle leggi ed alla pronta e regolare amministrazione della giustizia*”, assegnava a tale organo lo scopo di garantire “l'osservanza pratica della legge, cioè del diritto oggettivo”, che, nel sistema della legalità, era il fine supremo pure per i giudici, rispetto ai quali il pubblico ministero svolgeva compiti differenti, consistenti “in una *attività stimolatrice*” sia in materia penale (art. 74), sia in materia civile ed amministrativa (art. 75). Per Calamandrei, infatti, le molteplici attribuzioni assegnate al pubblico ministero nella legge di ordinamento giudiziario “solo in maniera mediata” miravano “a far osservare la legge, perché immediatamente” tendevano “a promuovere il pronto e regolare funzionamento” ai quali era “direttamente commesso l'ufficio di far osservare la legge, cioè degli organi giurisdizionali”.

La funzione specifica del pubblico ministero era, allora, non esercitare la giurisdizione, che spettava ai giudici, ma “*mettere in moto*” questi ultimi, dando iniziativa, stimolo, impulso alla giurisdizione, così che l'attività del pubblico ministero, “pur svolgendosi *presso* gli organi giurisdizionali”, non consisteva in una diretta partecipazione all'esercizio della giurisdizione, ma si sostanziava “nel *richiedere* che gli organi competenti” vi provvedessero⁵³.

Mentre alla magistratura giudicante spettava dare i provvedimenti giurisdizionali, a quella requirente competeva la funzione di provocare o sollecitare tali provvedimenti, “esercitando l'azione, proponendo “requisitorie” e “conclusioni”, e in generale *domande* (cioè proposte di provvedimenti ...) ai giudici”, che dovevano decidere su di esse. In questo modo il pubblico ministero, assumendo la posizione di soggetto agente, che nel processo era tipica delle parti, riusciva a garantire l'imparzialità dei giudici, che, per essere neutrali, dovevano “rimanere necessariamente inattivi” fino a che non ci fosse stato qualcuno che ne stimolasse l'attività.

Calamandrei osservava che ciò avveniva tanto nel codice di procedura penale, dove il pubblico ministero, titolare esclusivo dell'azione penale, “riservata in regime di monopolio allo Stato”, era espressamente definito parte, *pubblica e necessaria*, contrapposta alle parti private (imputato, parte civile, responsabile civile); quanto nel

⁵² Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, II, Padova, 1943, in *Opere giuridiche* (a cura di Cappelletti), Morano, Napoli, 1970, 511

⁵³ Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, cit., 512.

codice di procedura civile, dove l'organo requirente si ritrovava ad avere attribuzioni identiche a quelle delle parti, sia che procedesse in via di azione, sia che procedesse in via di intervento.

Calamandrei, tuttavia, sottolineava che in entrambi i codici di rito il pubblico ministero, "al pari degli organi giudicanti presso i quali" era "distaccato", doveva esercitare le sue funzioni "per uno scopo *puramente giuridico*, cioè per la esatta osservanza del diritto oggettivo, considerata come fine e non come mezzo". Conseguentemente, il pubblico ministero, "pur essendo indubbiamente parte nel processo", dovendo "domandare" e non "giudicare", era una parte "artificiale" o "imparziale", come detto pure da Carnelutti⁵⁴, perché era "istituito per difendere non gli interessi" che stavano in conflitto all'interno del rapporto processuale, "ma per vigilare, ponendosi al di sopra della mischia di questi interessi partigiani, l'interesse superiore e generico alla osservanza della legge", così da distinguersi nettamente dalle parti private, che agivano in giudizio per tutelare l'interesse sostanziale di cui erano portatori.

La posizione dell'organo requirente era, in realtà, intermedia tra il giudice e le parti private, in quanto agiva "come una parte, ma per un interesse superiore a quello delle parti, cioè nell'interesse imparziale della giustizia"⁵⁵. Il pubblico ministero doveva, pertanto, esser considerato come parte in senso puramente processuale, cioè non in senso sostanziale, in quanto era "organo di *legalità*", che perseguiva unicamente l'interesse di controllare che fosse osservata "la legge in senso meramente oggettivo", senza far valere in giudizio diritti soggettivi o altri interessi d'ordine sociale⁵⁶.

Poiché l'interesse perseguito dal pubblico ministero era quello pubblico di tutelare la legalità, al pubblico ministero non poteva essere consentito "per ragioni di convenienza di astenersi dall'agire o dall'intervenire" per ristabilire la legge violata. L'esercizio dei poteri di azione e di intervento del pubblico ministero doveva essere, quindi, sempre di tipo vincolato e non discrezionale, avendo il pubblico ministero il dovere di agire e di intervenire in tutti i casi in cui si verificavano "in concreto i fatti previsti dalla legge" che legittimavano il suo ministero, senza potersi sottrarre per motivi di opportunità.

⁵⁴ Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. II., Padova, 1921-1922, 298 ss.

⁵⁵ Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, cit., 517, dove in proposito richiamava la sua famosa opera, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, 1938, 40, "Fra tutti gli uffici giudiziari, il più arduo mi sembra quello del pubblico ministero: il quale, come sostenitore dell'accusa, dovrebbe essere parziale al pari di un avvocato; e, come custode della legge, dovrebbe essere imparziale al pari di un giudice. – Avvocato senza passione, giudice senza imparzialità: questo è l'assurdo psicologico nel quale il pubblico ministero, se non ha squisito senso di equilibrio, rischia ad ogni istante di perder per amor di serenità la generosa combattività del difensore, o per amor di polemica la spassionata oggettività del magistrato".

⁵⁶ Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, cit., 513.

Calamandrei giungeva, così, a sostenere che il pubblico ministero, avendo il compito di perseguire lo stesso interesse pubblico al mantenimento della legalità a cui servivano i giudici, non poteva essere organizzato come un organo amministrativo del potere esecutivo, ma doveva essere considerato coerentemente “un organo giudiziario vero e proprio”, dotato di “una posizione organica e disciplinare corrispondente” alla funzione di *controllo della legalità* che gli doveva competere e che poteva essere svolta “in maniera pienamente efficace solo quando” fossero state attribuite “ad esso quelle stesse prerogative” che garantivano l’indipendenza della magistratura giudicante.

Osservava, difatti, Calamandrei, che, se, nel sistema della legalità, la legge doveva essere osservata all’infuori di ogni considerazione di ordine politico, il pubblico ministero, come “organo tipicamente incaricato di promuovere l’osservanza della legge”, non poteva “esser lasciato in una posizione di subordinazione gerarchica”, che tendeva a renderlo strumento “di ingerenza della politica nella giustizia”.

A suo avviso, infatti, vi era un’intima contraddizione tra il principio di legalità, al quale il pubblico ministero doveva sempre ispirarsi nello svolgimento delle sue funzioni, “e il principio di subordinazione gerarchica al quale esso, come organo sostanzialmente amministrativo”, era “tenuto a prestare osservanza”, in quanto se il superiore gerarchico, per ragioni di opportunità politica, avesse emanato l’ordine di non procedere o di procedere diversamente da come imponeva la legge, il funzionario del pubblico ministero non avrebbe saputo cosa fare, se si fosse trovato in un caso nel quale aveva il dovere di agire o di intervenire. In questo senso l’art. 74 c.p.p., nella sua formulazione originaria, era, per Calamandrei criticabile nella parte in cui riconosceva al pubblico ministero “la pericolosa facoltà di archiviazione delle denunce manifestamente infondate”⁵⁷.

Coerentemente con tale visione del pubblico ministero, in sede costituente Calamandrei sostenne la tesi che era indispensabile che la Carta Costituzionale garantisse la principale caratteristica della funzione giudiziaria, ossia l’indipendenza, sia a coloro che esercitavano la funzione giudicante sia a coloro che esercitavano la funzione requirente, alla quale pure si sarebbe dovuto attribuire una natura giurisdizionale. Osservava, infatti, l’illustre maestro del diritto italiano che la distinzione fra pubblico ministero e giudice era sorta storicamente “*per l’impossibilità di concentrare in una sola persona il momento del porre il problema e il momento di risolverlo*”. Dall’incompatibilità funzionale erano nati così due organi distinti, che però assolvevano allo stesso fine di

⁵⁷ Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, cit., 519 e 538 ss.

rendere giustizia⁵⁸, dimodocchè anche il pubblico ministero doveva essere un magistrato che, alla pari del giudice, avrebbe dovuto godere dell'indipendenza e dell'inamovibilità, senza esser gerarchicamente sottoposto al Ministro della giustizia⁵⁹.

Per rafforzare la tutela giurisdizionale delle libertà dei cittadini, Calamandrei insisteva sulla esigenza di garantire l'unicità della giurisdizione in materia civile, penale e amministrativa attraverso il suo conferimento *“esclusivamente ai giudici ordinari istituiti e regolati dalla legge sull'ordinamento giudiziario”*, ponendo al vertice un'unica Corte di cassazione con i compiti sia di *“mantenere l'unità del diritto nazionale attraverso l'uniformità della interpretazione giurisprudenziale”*; e sia di *“regolare le competenze fra i giudici”*.

Calamandrei proponeva, così, di vietare ogni forma, anche preesistente, di organi speciali di giurisdizione, con i quali il governo avrebbe potuto erodere le sfere di giurisdizione degli organi giudiziari ordinari, come del resto era accaduto in passato soprattutto ad opera della dittatura mussoliniana⁶⁰; e suggeriva, invece, l'istituzione per determinate materie (ad eccezione di quella penale) di sezioni specializzate presso gli organi giudiziari ordinari *“colla partecipazione di magistrati forniti di una preparazione approfondita nelle materie stesse; ovvero colla partecipazione di cittadini esperti temporaneamente investiti di funzioni giudiziarie”*.

Il fine giurista fiorentino suggeriva, poi, di preservare il Consiglio di Stato come organo solo consultivo del governo, trasferendo le funzioni giurisdizionali a sezioni specializzate istituite presso la Corte di cassazione e le Corti d'appello; di lasciar sussistere la Corte dei conti esclusivamente come organo di controllo contabile; di meglio coordinare le Commissioni delle controversie in materia tributaria con gli organi giudiziari ordinari e di limitare le attribuzioni dei Tribunali militari al solo periodo di guerra⁶¹.

L'esigenza di garantire l'assoluta indipendenza degli organi preposti all'esercizio della funzione giurisdizionale, *“non per favorire i magistrati bensì per garantire ai cittadini la possibilità di trovare ... una tutela nel giudice quando si crede di aver ragione”*⁶², portava Calamandrei a concepire la magistratura, della quale riteneva che dovessero far parte *“i magistrati ed i loro ausiliari di tutte le categorie specificate dalla legge sull'ordinamento giudiziario”*, come un ordine dotato di pieno autogoverno *“senza alcuna ingerenza del potere esecutivo”*. Egli era *“persuaso che il buon andamento della giustizia penale e civile”*

⁵⁸ Calamandrei, in Atti Assemblea Costituente, II sottocommissione-II sezione, seduta 8/1/1947, 1970

⁵⁹ Id., ivi, seduta 10/1/1947, 1991

⁶⁰ Id., ivi, seduta 17/12/1946, 1934

⁶¹ Id., ivi, seduta 5/12/1946, 1891

⁶² Id., ivi, seduta 17/12/1946, 1934

era stato “soprattutto perturbato da inframmettenze di carattere politico la cui prima origine” era “l’ingerenza del Ministro nell’amministrazione della giustizia” per quanto riguardava nomine, trasferimenti, avanzamenti di magistrati”⁶³.

Calamandrei, perciò, riconosceva alla magistratura tanto il potere di adottare i provvedimenti sullo stato giuridico e sulla disciplina dei propri membri, quanto “di deliberare le spese, nei limiti dell’assegnazione iscritta annualmente nel bilancio dello Stato, per il funzionamento del potere giudiziario”: solo così facendo sarebbe stato possibile avere una giustizia effettivamente funzionante e distaccata dalla politica perchè esercitata da organi posti veramente “in grado di applicare il diritto in modo eguale in tutti i casi, tecnicamente preparati e in condizione di giudicare con serenità e imparzialità”⁶⁴.

A tal fine Calamandrei prefigurava quali organi preposti all’amministrazione dell’ordine giudiziario, a livello centrale, il Csm e, a livello regionale, i Consigli giudiziari, che avrebbero dovuto essere composti, secondo le previsioni della legge di ordinamento giudiziario, da membri scelti o in ragione dell’ufficio svolto o per elezione da parte dei magistrati, con esclusione in ogni caso di elementi politici, quali il Presidente della Repubblica o il Ministro della giustizia, che avrebbero leso l’indipendenza dell’ordine in quanto posti al vertice del potere esecutivo⁶⁵.

Al Csm doveva spettare, innanzitutto, il compito di presiedere alla selezione del personale da proporre al Presidente della Repubblica per la nomina a magistrato secondo i sistemi disciplinati, in generale, dalla Costituzione e, nel dettaglio, dalla legge di ordinamento giudiziario.

Calamandrei era, inoltre, fortemente innovativo sul tema delle promozioni, essendo convinto che questo era un campo, come insegnava il passato, in cui si potevano manifestare le maggiori inframmettenze da parte del potere politico sul corretto esercizio delle funzioni giudiziarie⁶⁶.

All’art. 22 del progetto, dopo aver proposto che le promozioni dei magistrati fossero disposte esclusivamente dagli “organi amministrativi della magistratura” o per anzianità o per concorso, in modo che i magistrati non avessero “nulla da temere o da sperare dagli uomini di Governo o da esponenti di partiti politici”⁶⁷, Calamandrei auspicava che la nomina a consigliere di cassazione (e ad altri uffici stabiliti dalla legge) avvenisse per cooptazione; che i trasferimenti di sede fossero disposti attraverso un concorso aperto a

⁶³ Id., ivi, Ad. plen., seduta 30/1/1947, 242

⁶⁴ Id., ivi, Il sottocom.-II sez., seduta 8/1/1947, 1969

⁶⁵ Id., ivi, seduta 8/1/1947, 1976

⁶⁶ Id., ivi, seduta 5/12/1946, 1892

⁶⁷ Id., ivi, seduta 5/12/1946, 1892

tutti gli aspiranti e che il conferimento degli uffici direttivi fosse temporaneo e disposto a seguito di elezione da parte dei magistrati del distretto, che per Calamandrei sarebbe stato il sistema più idoneo ad assicurare l'indipendenza del magistrato *“dalle possibili ingerenze da parte di qualsiasi superiore”*⁶⁸.

Nel progetto Calamandrei si mostrava particolarmente attento a preservare l'indipendenza dei magistrati attraverso la tradizionale guarentigia della inamovibilità, da estendere sin dalla nomina a tutti i magistrati di qualunque grado, tanto della giudicante quanto della requirente e da intendere come impossibilità di dispensare o sospendere dal servizio, o retrocedere, o trasferire ad altra sede o ad altre funzioni un magistrato senza il suo consenso, ad eccezione dei casi stabiliti dalla legge nei quali sarebbe dovuto intervenire comunque la deliberazione del Csm o dei competenti organi di disciplina⁶⁹.

Venendo alla disciplina interna della magistratura, si deve osservare che Calamandrei, dopo aver proposto di conferire al Csm, coadiuvato dai consigli giudiziari regionali, il compito di vigilare sulla correttezza deontologica dei comportamenti dei magistrati e di assicurare l'indipendenza di questi dagli altri poteri pubblici e privati, suggeriva di ripartire la giurisdizione disciplinare tra organi periferici (le Corti disciplinari regionali), istituiti presso ogni Consiglio giudiziario, e da attivare su iniziativa del Procuratore generale della Corte d'appello; ed una Suprema corte disciplinare, istituita presso il Csm, da attivare su iniziativa del *“Procuratore generale commissario della giustizia”*.

Questa figura rappresentava la novità istituzionale più audace di tutto il progetto.

Nominato dal Presidente della Repubblica all'inizio di ogni legislatura tra una terna di magistrati con il grado di Procuratore generale di Corte d'appello o di Corte di cassazione, proposta dalla Camera dei deputati, così da rivestire al contempo sia la figura del magistrato che quella del rappresentante politico, il Procuratore generale commissario della giustizia sarebbe rimasto in carica per tutta la legislatura, salvo voto di sfiducia di una delle Camere, con il compito di assicurare il collegamento tra il potere giudiziario e gli altri poteri dello Stato, partecipando con voto consultivo al Consiglio dei ministri e rispondendo del buon andamento della magistratura di fronte alle Camere.

⁶⁸ Id., ivi, seduta 10/1/1947, 1998

⁶⁹ Con estremo realismo, Calamandrei si preoccupava pure di assicurare ai magistrati un'effettiva indipendenza economica con il suggerire di collegare la loro retribuzione all'anzianità maturata e non al grado ricoperto, che si sarebbe dovuto eliminare per affermare il principio di parità tra tutte le funzioni giudiziarie: solo per i titolari degli uffici direttivi il CSM avrebbe potuto riconoscere una particolare indennità. Dubbioso, invece, si mostrava il Calamandrei sull'opportunità di preservare l'indipendenza esterna con il vietare ai magistrati l'iscrizione ai partiti politici o l'accettazione di candidature elettorali.

A tal fine egli veniva configurato come capo degli uffici del pubblico ministero, dei quali avrebbe dovuto vigilare e coordinare l'azione, al fine di rendere effettivo il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale; componente di diritto del Csm titolare dell'azione disciplinare presso la Suprema corte disciplinare e titolare dell'ufficio del pubblico ministero presso la Suprema corte costituzionale, così da essere investito di una serie di attribuzioni tali da conferirgli una generale e penetrante conoscenza delle attività svolte da tutti gli organi giudiziari, sia giudicanti che requirenti⁷⁰.

Secondo Calamandrei, la soluzione proposta al problema dei rapporti tra il potere giudiziario e gli altri poteri statali consistente nella creazione di un organo con natura ibrida, tanto giudiziaria quanto politica, e con il compito di assicurare il retto funzionamento della giustizia, non solo avrebbe evitato la compressione dell'indipendenza della magistratura derivante dal modello, sino ad allora seguito, di considerare il Ministro della giustizia vertice supremo dell'ordine giudiziario; ma avrebbe anche evitato il rischio che la magistratura si rifiutasse di applicare una legge non gradita, che sarebbe potuto derivare dall'ipotesi di creare un ordine giudiziario del tutto scollegato dagli altri poteri e diretto dal presidente della corte di cassazione⁷¹.

⁷⁰ Abbastanza simile al progetto di Calamandrei fu la proposta di riforma dell'ordinamento giudiziario avanzata alla Commissione dei settantacinque dal Comitato direttivo dell'Associazione Nazionale dei Magistrati attraverso la presentazione dell'ordine del giorno, approvato il 3 novembre 1946, con cui si chiedeva l'affermazione costituzionale dell'indipendenza della magistratura e dell'unità del potere giudiziario, da assicurare anche attraverso l'elevazione della Corte di Cassazione a organo garante dell'unità della giurisdizione; l'elezione del Primo Presidente della Corte di Cassazione e dei Capi degli Uffici del Pubblico Ministero da parte dei magistrati; l'elettività da parte dei magistrati del CSM, dei Consigli Giudiziari e della Corte Disciplinare; il conferimento al CSM dei poteri sullo status giuridico dei magistrati con provvedimenti aventi forma di decreto del Presidente della Repubblica; la nomina per pubblico concorso, l'immovibilità di sede e di funzioni, l'immunità e l'autonomia economica dei magistrati; l'istituzione di un corpo di polizia giudiziaria alle dirette dipendenze dell'autorità giudiziaria.

La magistratura associata chiedeva poi di elevare la Corte di Cassazione a organo costituzionale, dotato di autonomia regolamentare e composto da una Commissione legislativa con potere consultivo su ogni iniziativa di legge e da una Sezione preposta al controllo di costituzionalità.

Il collegamento con gli altri poteri dello stato doveva essere assicurato da un "Commissario di Giustizia", scelto dal Capo dello Stato, tra i Presidenti di sezione della Corte di Cassazione, e verso di lui responsabile, con precipui compiti di iniziativa dell'azione disciplinare, da svolgere attraverso un ispettorato ed avente ad oggetto il comportamento tenuto dal magistrato e giammai l'esercizio delle funzioni.

In modo fermo la magistratura associata si pronunciò per l'apoliticità del potere giudiziario e dei singoli magistrati, così da chiedere, all'esito di una consultazione interna, che fosse affermato costituzionalmente il divieto di iscrizione ai partiti politici.

⁷¹ Id., ivi, seduta 5/12/1946, 1890. Si deve, però, ricordare che lo stesso Calamandrei, dopo che venne bocciata la proposta di istituire il Commissario della giustizia, sostenne la necessità di assegnare al Ministro della giustizia il potere di iniziativa dell'azione disciplinare, nella seduta 10/1/1947, ivi, 1998.

Sull'importanza del contributo dato da Calamandrei all'elaborazione della parte della Carta Costituzionale dedicata alla magistratura si consultino, in particolare: Pizzorusso, *La magistratura nel pensiero di Calamandrei*, in *Questione giustizia*, 1988, 771 ss.; Denti, *Calamandrei e la costituente: il progetto ed il dibattito sul potere giudiziario*, in Barile (a cura di), *Pietro Calamandrei: ventidue saggi su un grande maestro*, Milano, 1990, 397 ss.

7) Il dibattito in sede redigente

Le opposte visioni sul pubblico ministero espresse da Leone e da Calamandrei si rifletterono nell'intenso dibattito sull'assetto complessivo da dare alla magistratura nella nuova Carta costituzionale, che si sviluppò all'interno della II sezione della II sottocommissione della Commissione per la Costituzione tra il 5 dicembre 1946 ed il 30 gennaio 1947⁷².

Il primo problema affrontato fu la definizione della struttura e delle attribuzioni da riconoscere alla magistratura ordinaria, intesa come il complesso dei soggetti da proporre allo svolgimento delle funzioni giudiziarie nelle sole materie del diritto civile e di quello penale. In tale sede, infatti, prevalse nettamente la tendenza a preservare sia le magistrature del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, che avrebbero mantenuto le competenze stabilite dalla legge nella materia amministrativa ed in quella contabile; sia quella dei Tribunali militari, che si sarebbero dovuti istituire solo in tempo di guerra per i reati c.d. militari⁷³.

Sull'organizzazione della magistratura ordinaria, la commissione si divise in due grandi schieramenti.

Da un lato, vi furono coloro che, sulla scia soprattutto delle considerazioni svolte da Calamandrei, ritenevano che l'ordine giudiziario avrebbe dovuto comprendere sia gli organi giudicanti che quelli requirenti, che avrebbero dovuto essere posti in condizioni di assoluta indipendenza ed autonomia, tanto funzionale quanto organizzativa, dagli altri poteri statali, ed in special modo da quello esecutivo.

Dall'altro lato vi furono coloro che, seguendo il disegno teorico propugnato da Leone, volevano, invece, restringere le garanzie di autonomia e di indipendenza ai soli organi giurisdizionali in senso stretto, espungendo dal potere giudiziario il pubblico ministero. Quest'organo, infatti, come in passato, avrebbe dovuto continuare ad avere natura amministrativa, in quanto anche nel nuovo assetto costituzionale avrebbe dovuto

⁷² Come già rilevato in Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1999, 125 ss., per la completa disamina dell'iter di formazione del titolo IV della Carta costituzionale appare utile ricordare pure il progetto sviluppato dalla Commissione ministeriale Miraulo, che, pur non essendo mai stato formalmente presentato all'Assemblea costituente, ne influenzò comunque i lavori, perchè per l'autorevolezza dei redattori, tutti magistrati di elevato rango e di notoria fama, venne ritenuto da molti costituenti un importante punto di riferimento quale espressione qualificata degli orientamenti più diffusi nella magistratura italiana.

In particolare, in tale progetto, nonostante venisse affermato il principio che i magistrati sarebbero stati indipendenti nell'esercizio delle loro funzioni, si definivano il Primo presidente della Corte di cassazione come il capo della magistratura ed il Procuratore generale presso la stessa corte come l'organo preposto a vigilare e coordinare l'attività del pubblico ministero: entrambi sarebbero stati eletti dai magistrati secondo le norme della legge di ordinamento giudiziario.

⁷³ Si vedano in particolare gli interventi di Bozzi, Leone, Laconi, Di Giovanni, Targetti nella seduta del 10/1/1947, 2006 ss.

essere qualificato come il rappresentante del potere esecutivo presso quello giudiziario, sottoposto al Ministro della giustizia, per consentire a quest'ultimo di conservare importanti e penetranti attribuzioni di controllo e di condizionamento sull'esercizio della giurisdizione attraverso il potere di azione penale e quello di azione disciplinare, che sarebbero stati svolti dal pubblico ministero sotto la sua direzione.

Nel primo senso si mosse Bozzi (U.D.N.), per il quale era necessario preoccuparsi di sancire nella Carta costituzionale l'indipendenza della magistratura dal potere esecutivo senza tralasciare quella del singolo magistrato per permettere a questi, sia che esercitasse funzioni giudicanti sia che svolgesse attribuzioni requirenti, di sentirsi comunque "*veramente dipendente solo dalla legge*"⁷⁴.

Anche Ambrosini (D.C.) riteneva indispensabile far affermare dalla Costituzione l'indipendenza di tutta la magistratura, e quindi pure del pubblico ministero, soprattutto nei confronti del potere esecutivo, che, anche prima della dittatura fascista, aveva pesantemente interferito sulla vita interna dell'ordine proprio attraverso il pubblico ministero⁷⁵.

E nella stessa scia intervennero pure Porzio (U.D.N.)⁷⁶, Mannironi e Uberti (D.C.), che, in particolare, evidenziò che la Costituzione, dovendo predisporre gli strumenti idonei ad assicurare la reazione contro tutte le illegalità, non poteva non considerare anche il pubblico ministero, in quanto titolare dell'azione penale, come un componente dell'ordine giudiziario dotato di quella piena autonomia dall'esecutivo necessaria a permettergli di svolgere il ruolo di garante imparziale del ripristino della legalità violata⁷⁷.

All'opposta concezione del pubblico ministero quale organo dell'esecutivo presso l'autorità giudiziaria si richiamarono invece Farini (P.C.I.)⁷⁸, Castiglia (Uomo Qualunque)⁷⁹ e con toni più accesi Laconi (P.C.I.).

Per quest'ultimo il riconoscimento dell'indipendenza al singolo magistrato non doveva tradursi nell'attribuzione di una completa autonomia nell'applicazione della legge, perchè questa avrebbe dovuto essere svolta in aderenza al processo politico da organi inseriti nel resto della vita nazionale, così da doversi "*lasciare al potere esecutivo e legislativo la possibilità, attraverso determinate cautele e garanzie, di controllare e dirigere,*

⁷⁴ Bozzi, *ivi*, seduta 8/1/1947, 1971.

⁷⁵ Ambrosini, *ivi*, seduta 8/1/1947, 1969.

⁷⁶ Porzio, *ivi*, seduta 19/12/1946, 1945.

⁷⁷ Mannironi e Uberti, *ivi*, seduta 10/1/1947, 1994 ss..

⁷⁸ Farini, *ivi*, seduta 10/1/1947.

⁷⁹ Castiglia, *ivi*, seduta 10/1/1947.

in senso generale, la vita dell'ordine giudiziario, tramite il Ministro della giustizia", anche nella veste di organo supremo del pubblico ministero⁸⁰.

Una posizione intermedia tra le due opposte concezioni fu assunta da Targetti (P.S.I.), che pensava più opportuno far definire dalla legge di ordinamento giudiziario il ruolo istituzionale del pubblico ministero, che comunque gli appariva già ben delineato nel decreto "Togliatti". Egli sosteneva che lo scopo principale da raggiungere con la disciplina costituzionale della magistratura era *"assicurare l'indipendenza del giudice, non tanto nell'interesse del giudice quanto in quello superiore della collettività"*, attraverso la predisposizione di opportune garanzie, tra le quali in primis la sottrazione all'esecutivo di ogni provvedimento concernente la carriera giudiziaria, senza però arrivare a permettere alla magistratura di essere *"in grado di opporsi eventualmente agli altri poteri"*⁸¹.

Il contrasto sulla composizione dell'ordine giudiziario si tradusse nella presentazione, da un lato, dell'emendamento formulato da Leone (D.C.) *"Il potere giudiziario, emanazione della sovranità dello Stato, provvede alla interpretazione e applicazione del diritto per mezzo di giudici istituiti secondo le norme della presente Costituzione e della legge sull'ordinamento giudiziario"*, e, dall'altro lato, di quello proposto da Bozzi (U.D.N.) e da Calamandrei (Autonomista) *"Il potere giudiziario appartiene alla sovranità dello Stato, che lo esercita a mezzo di magistrati istituiti secondo la presente Costituzione e la legge sull'ordinamento giudiziario"*.

La soluzione al problema venne data in sede redigente con l'approvazione nella seduta del 13 dicembre 1946 della formula Bozzi/Calamandrei, che, utilizzando il termine *"magistrati"* determinava la strutturazione duplice giudice-pubblico ministero della magistratura ordinaria, definita complessivamente come un ordine dotato degli attributi dell'autonomia e dell'indipendenza, considerati strumenti indispensabili ad assicurare l'esercizio imparziale delle funzioni giudiziarie da parte di ciascuno degli organi che concorrevano a formare l'ordine.

Il riconoscimento dell'indipendenza venne, però, effettuato ai giudici ed ai pubblici ministeri con formule distinte, che riflettevano non una diversità del grado della prerogativa concessa, ma la differenza delle attribuzioni svolte, giudicanti da un lato e inquirenti-requirenti-esecutive dall'altro, alle quali tale prerogativa si riferiva, atteggiandosi logicamente in modo diverso.

Pertanto, dopo l'approvazione della formula di Calamandrei *"i giudici, nell'esercizio delle loro funzioni, dipendono soltanto dalla legge che interpretano e applicano secondo*

⁸⁰ Laconi, *ivi*, seduta 8/1/1947, 1972; seduta 10/1/1947, 1995.

⁸¹ Targetti, *ivi*, seduta 8/1/1947, 1970 ss..

coscienza”, che per lo stesso proponente, utilizzando le parole “*interpretano e applicano*”, non poteva correttamente riferirsi al pubblico ministero⁸², si accolsero gli emendamenti presentati da Ambrosini (D.C.) “*l’azione penale è pubblica e il pubblico ministero ha l’obbligo di esercitarla in conformità della legge, senza potere in nessun caso sospenderne o ritardarne l’esercizio*”⁸³; e “*Il pubblico ministero gode di tutte le garanzie dei magistrati*”, che assicuravano al pubblico ministero quella posizione di piena indipendenza, soprattutto dal potere esecutivo, che la Commissione voleva affermare con forza, in modo da ribaltare tutta la tradizione normativa precedente, come si desumeva, senza possibilità di equivoci, pure dalla mancata approvazione sia dell’emendamento di Leone (D.C.) “*Il pubblico ministero dipende dal Ministro della giustizia*”; sia di quello di Cappi (D.C.) “*Il pubblico ministero è sottoposto alla vigilanza del Ministro della giustizia*”⁸⁴.

8) Il dibattito in sede deliberante e l’approvazione del testo finale

I due diversi orientamenti sulla configurazione da riconoscere al pubblico ministero nella nuova Carta Costituzionale si riproposero, ovviamente, anche davanti al plenum dell’Assemblea Costituente, che esaminò il progetto sul potere giudiziario elaborato dalla commissione cd. dei 75 tra il 6 novembre ed il 5 dicembre del 1947, nell’arco di 23 sedute, nel corso delle quali si sviluppò un intenso dibattito sull’essenza delle funzioni giudiziarie e sulla struttura organizzativa da riconoscere alla magistratura ordinaria nel nuovo ordinamento democratico⁸⁵.

Nella direzione del riconoscimento di una piena autonomia alle funzioni inquirenti-requirenti si espresse Pietro Mastino del gruppo autonomista, che, riprendendo le tesi di Pietro Calamandrei, sostenne che tutti gli organi del potere giudiziario, compreso il pubblico ministero, dovevano essere organizzati in modo da avere una natura intrinsecamente imparziale. A suo avviso, anche il pubblico ministero doveva essere considerato organo giurisdizionale separato dal potere esecutivo, perchè aveva il compito precipuo di dare prevalentemente giudizi di necessità e di legalità. E per rafforzare l’autonomia tanto esterna quanto interna degli organi giudiziari egli avanzava gli

⁸² Calamandrei, *ivi*, seduta 13/12/1946, 1919.

⁸³ *Ivi*, seduta 10/1/1947, 1993.

⁸⁴ *Ivi*, seduta 10/1/1947, 1996 ss..

⁸⁵ Secondo Daga, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., 182 ss., all’interno del dibattito sviluppatosi nell’Assemblea Costituente era invece possibile distinguere tre orientamenti generali: a) da un lato il gruppo della D.C. che mediò tra autogoverno e collegamento della magistratura con gli altri poteri; b) dall’altro lato le destre schierate per l’autogoverno della magistratura; c) e dall’altro lato ancora le sinistre, preoccupate di assicurare un forte collegamento della magistratura con il popolo.

Per un completo esame del dibattito che si sviluppò in Assemblea sui temi della giustizia si rimanda a Gustapane, *L’autonomia e l’indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1999, 142 ss.

emendamenti *“La funzione giurisdizionale è esercitata dai giudici e dai magistrati del pubblico ministero , che dipendono soltanto dalla legge“ e “ Ogni magistrato esercita in modo autonomo le proprie funzioni”*⁸⁶.

In senso diametralmente opposto intervenne Leone (D.C.), che ripropose, nelle fasi iniziali del dibattito, la tesi che il pubblico ministero, essendo investito delle funzioni strettamente amministrative di capo della polizia giudiziaria e di titolare dell'azione penale, avrebbe dovuto essere il rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria, sottoposto alla direzione del Ministro della giustizia, al quale si sarebbero dovuti riservare gli importanti poteri sia di provvedere all'organizzazione degli uffici giudiziari e di quelli penitenziari; sia di esercitare l'attività di ispezione sull'esercizio delle funzioni giudiziarie con la conseguente facoltà di promuovere, davanti al Csm, l'azione disciplinare a carico del magistrato inadempiente ai suoi doveri⁸⁷.

Restringendo l'esame della fase di approvazione del testo definitivo da parte dell'Assemblea costituente ai punti più strettamente collegati all'atteggiarsi dell'autonomia e dell'indipendenza dell'ordine giudiziario, ed in particolare del pubblico ministero, nei confronti del potere politico, si deve constatare che il primo aspetto ad essere affrontato fu quello dell'intitolazione della parte della Carta costituzionale da dedicare alla definizione degli assetti portanti dell'ordinamento della giustizia nella nuova Repubblica italiana.

Dopo aver esaminato le proposte avanzate rispettivamente da Romano (D.C.), da Mastino Pietro (Autonomisti) e da Persico (P.S.L.I.) di utilizzare i termini *“potere giudiziario”* e quella di Grassi (U.D.R.) di usare i vocaboli *“ordine giudiziario”*, l'Assemblea deliberò la dizione *“La Magistratura”*, contenuta nel progetto elaborato in Commissione, sulla base dell'osservazione, svolta dal Presidente della stessa Commissione Ruini, che era opportuno rispettare l'euritmia delle dizioni usate per sancire il principio indefettibile della separazione dei poteri, così che essendo già state approvate le parti relative a *“Il Parlamento”* e a *“Il Governo”* era corretto per simmetria usare il termine *“La Magistratura”* per indicare gli organi titolari della funzione di rendere la giustizia.⁸⁸

Si passò, quindi, all'esame dell'art. 94 del progetto *“ La funzione giurisdizionale, espressione della sovranità della Repubblica, è esercitata in nome del popolo.- I magistrati dipendono soltanto dalla legge, che interpretano ed applicano secondo coscienza...”*.

⁸⁶ Mastino Pietro , ivi, id., seduta 6 novembre 1947 , 1808 ss.

⁸⁷ Leone, ivi, id., seduta 14/11/1947, 2105 ss.

⁸⁸ Ivi, id., seduta 20 novembre 1947, 2275-2277

Gli onorevoli Conti e Perassi del P.R.I., Bettiol e Leone della D.C. e Reale dell' U.D.R. ne proposero la modifica in *“La giustizia è amministrata in nome del popolo.- I magistrati sono soggetti soltanto alla legge”*, che il Comitato di redazione fece proprio.

Il Presidente della Commissione Ruini rilevò che con la nuova formulazione si sarebbe espresso, in modo breve e lapidario, sia il principio del fondamento democratico e del carattere sovrano delle funzioni giudiziarie, senza introdurre ulteriori specificazioni non utilizzate per gli altri poteri nelle relative parti della Costituzione; sia quello della sottoposizione esclusiva di tutti i magistrati alla legge, che serviva a contraddistinguere la natura e la posizione di indipendenza dell'attività svolta da parte di ciascuno dei componenti degli ordini giudiziari esistenti, come osservò pure il Ministro della giustizia Grassi ⁸⁹.

L' intervento del Ruini portò all' approvazione del testo *“La giustizia è amministrata in nome del popolo. - I magistrati sono soggetti soltanto alla legge”* nella seduta del 20 novembre 1947, dopo che l'Assemblea aveva respinto, prima, l'emendamento avanzato da Abozzi dell' Uomo Qualunque *“La funzione giurisdizionale è esercitata dai giudici e dai magistrati del pubblico ministero, che dipendono soltanto dalla legge”*, che fu giudicato dalla Commissione per la Costituzione pleonastico⁹⁰; e poi l'emendamento proposto da Patricolo (nel frattempo passato al gruppo misto), che definiva *“organi del potere giudiziario: la magistratura sia inquirente che giudicante; la polizia giudiziaria; l'amministrazione degli istituti di prevenzione e pena”* allo scopo di predisporre una effettiva garanzia alle libertà democratiche capace di evitare gli intralci del potere politico all'opera della giustizia tanto nella fase del giudizio, quanto in quella dell' esecuzione della pena.

A questo proposito Ruini, sempre a nome della Commissione per la Costituzione, rimarcò che, per preservare l'insieme della struttura dello Stato moderno, era necessario, nel momento in cui si riconoscevano alla magistratura funzioni autonome ed indipendenti di autoregolazione per lo status dei suoi componenti, mantenere ferme le attribuzioni in materia di amministrazione dei servizi della giustizia da parte del Ministro della giustizia, responsabile davanti al Parlamento, così che si doveva respingere il disegno politico, insito nell'emendamento proposto da Patricolo, di affidare alla magistratura pure il funzionamento dell'amministrazione dei servizi della giustizia.⁹¹

⁸⁹ Grassi, *ivi*, id., seduta 20 novembre, 2285

⁹⁰ Id., *ivi*, id., seduta 20/11/1947, 2283 e 2286 .

⁹¹ Ruini, *ivi*, id., seduta 21 novembre 1947, 2319 ss.

Nel solco di introdurre nella Costituzione un'affermazione forte e decisa della posizione di indipendenza dal potere politico da riconoscere a tutti gli organi giudiziari per garantire l'esercizio imparziale delle funzioni loro assegnate, nella seduta del 21 novembre 1947, l'Assemblea Costituente approvò senza contrasti sia l'emendamento di Persico (P.S.L.I.) “ *I tribunali militari in tempo di guerra hanno la giurisdizione stabilita dalla legge. In tempo di pace hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle forze armate*”; e sia quello proposto da Conti, Reale e Perassi del P.R.I., Bettiol della D.C. e Fabbri del gruppo misto “*La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari, istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario. - Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali. Possono soltanto istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura. - Il Consiglio di stato e gli organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, degli interessi legittimi, ed anche per la tutela di diritti soggettivi nelle particolari materie determinate dalla legge. - La Corte dei conti ha giurisdizione in materia di contabilità pubblica ed in altre materie specialmente indicate dalla legge. - Omissis . - Le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni magistratura sono stabilite con legge*”.

Nell'illustrare quest'ultimo emendamento, accolto a nome della Commissione per la Costituzione pure da Ruini, Leone (D.C.) sottolineò, innanzitutto, che il primo ed il secondo comma esprimevano il principio dell'unità della giurisdizione sia nella materia civile che in quella penale, con i corollari di vietare l'istituzione di giudici straordinari e speciali e di configurare come sezioni specializzate della giustizia ordinaria (con la partecipazione pure di elementi estranei) le preesistenti giurisdizioni speciali.

Egli, poi, aggiunse che nel secondo e nel terzo comma si preservavano i due grossi tronchi della giurisdizione amministrativa e contabile, da considerare a loro volta come magistrature ordinarie, “ *non solo per il prestigio, la capacità e l'indipendenza di cui*” avevano “*dato prova in tutti i tempi*”, ma anche perchè esse erano sorte “*come conquista di una tutela giurisdizionale da parte del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*” senza aver usurpato al giudice ordinario alcuna particolare attribuzione. E concluse proponendo un apposito emendamento, poi approvato dall'Assemblea, con cui voleva che la legge determinasse “*le condizioni necessarie ad assicurare l'indipendenza dei giudici e del pubblico ministero militari di fronte al governo*”⁹².

⁹² Leone, *ivi*, id., seduta 21 novembre 1947, 2321 ss.

Sempre nella direzione di garantire l'esercizio imparziale delle funzioni giudiziarie con il preservare tutti gli organi giudiziari dalle inframmettenze di altri soggetti, con unanimità di intenti, nella seduta del 25 novembre 1947, l'Assemblea affermò il principio che la magistratura ordinaria, composta tanto dagli organi giudicanti quanto da quelli inquirenti-requirenti, *“costituisce un ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere”*, governato dal Csm, presieduto dal Presidente della Repubblica, e composto: da un lato, dal Primo presidente e dal Procuratore generale della Corte di cassazione, come membri di diritto; e dall'altro lato, da componenti eletti per due terzi da tutti i magistrati ordinari tra gli appartenenti alle varie categorie e per un terzo dal Parlamento in seduta comune (tra professori ordinari di università in materie giuridiche ed avvocati dopo quindici anni di esercizio), tra i quali il Consiglio elegge il vice presidente.

Si deve, però, notare che fu proprio nella seduta pomeridiana del 25 novembre 1947 che, nell'affrontare l'argomento dell'assetto delle attribuzioni da conferire rispettivamente al Csm ed al Ministro della giustizia, venne risolta la questione della definizione dei poteri e delle garanzie da attribuire al pubblico ministero nella Carta Costituzionale.

La Commissione dei settantacinque aveva risolto il nodo dei rapporti tra Csm e Ministro della giustizia nel seguente modo: al secondo ed al terzo comma dell' art. 97 *“Le assunzioni, le promozioni, le assegnazioni, i provvedimenti disciplinari ed in genere il governo della magistratura ordinaria sono di competenza del Consiglio superiore secondo le norme dell' ordinamento giudiziario.- Il Ministro della giustizia promuove l'azione disciplinare contro i magistrati, secondo le norme dell' ordinamento giudiziario.”*; all'art. 98 *“I magistrati sono nominati con decreto del Presidente della Repubblica, su designazione del Csm, in base a concorso seguito da tirocinio. Possono essere nominate anche le donne nei casi previsti dall' ordinamento giudiziario.- Il Csm può designare per la nomina magistrati onorari in tutte le funzioni attribuite dalle leggi a giudici singoli; e può designare all'ufficio di consigliere di Cassazione professori ordinari di materie giuridiche nelle Università ed avvocati dopo quindici anni d' esercizio.”* e all'art. 99 *“I magistrati sono inamovibili. - Non possono essere dispensati o sospesi dal servizio, retrocessi, trasferiti o destinati ad altra sede o funzione se non col loro consenso o con deliberazione del Csm, per i motivi e con le garanzie di difesa stabiliti dalle norme sull' ordinamento giudiziario. - I magistrati si distinguono per diversità di funzioni e non di gradi. - Il pubblico ministero gode di tutte le garanzie dei magistrati.”*.

Nel dibattito preliminare all'approvazione dell'art. 97 del progetto vennero presentati degli emendamenti aggiuntivi, che, pur lasciando inalterata la funzione del Csm di garanzia dell'indipendenza della magistratura, volevano esplicitamente definire le attribuzioni del Ministro della giustizia quale garante di fronte al Parlamento del buon funzionamento dell'organizzazione dell'amministrazione della giustizia: da parte di Mortati (D.C.) e Colitto (Uomo Qualunque) quello *"Il Ministro di grazia e giustizia assicura il funzionamento, secondo la legge, dell'organizzazione della giustizia"*; da parte di Targetti (P.S.I.) l'altro *"L'organizzazione dell'amministrazione della giustizia spetta al Ministro di grazia e giustizia, che ne risponde innanzi al Parlamento"*.

All'inizio della discussione finale il Comitato di redazione modificò il secondo comma dell'art. 97 in *"Spettano al Csm, secondo le norme dell'ordinamento giudiziario, le assunzioni, le assegnazioni e i trasferimenti, le promozioni ed i provvedimenti disciplinari"*, accogliendo l'emendamento di Conti e Perassi del P.R.I., Rossi del P.S.L.I., Leone, Bettiol, Dossetti e Cassiani della D.C.; e l'art. 98 in *"I magistrati sono inamovibili. Non possono essere dispensati o sospesi dal servizio, nè trasferiti ad altra sede od ufficio, se non dal Csm, in base al loro consenso od a deliberazione del Consiglio per i motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario. - Il Ministro di grazia e giustizia ha facoltà di promuovere l'azione disciplinare. - I magistrati si distinguono per diversità di funzioni e non di grado."*, facendo proprio l'emendamento di Conti e Perassi del P.R.I. e di Leone della D.C..

Il Comitato, poi, attraverso le parole del suo Presidente Ruini, si dichiarò favorevole al principio contenuto negli emendamenti presentati da Mortati della D.C., Colitto dell'Uomo Qualunque e da Targetti del P.S.I. di definire le funzioni del Ministro della giustizia in materia di organizzazione e funzionamento dei servizi della giustizia in una specifica norma, da collocare dopo quelle sul Csm e lo stato del personale di magistratura⁹³.

Il dibattito fu acceso, a quel punto, dall'allora Ministro della giustizia Grassi che presentò l'emendamento *"Il Csm, secondo le norme dell'ordinamento giudiziario, nomina le commissioni per le assunzioni in carriera e per le promozioni dei magistrati; procede agli scrutini; delibera sulla dispensa, sulla sospensione dal servizio, sul trasferimento ad altra sede o destinazione ad altra funzione, quando non vi sia il consenso del magistrato; provvede in materia disciplinare; esprime il parere, nei casi indicati, per i magistrati del pubblico ministero"*.

⁹³ Ruini, *ivi*, id., seduta 25 novembre 1947, 2460 ss.; seduta 26 novembre 1947, 2520

A suo avviso era necessario specificare espressamente, per evitare possibili equivoci, che il Csm avrebbe proceduto indirettamente alle assunzioni ed alle promozioni dei magistrati nominando apposite commissioni; ed avrebbe svolto, invece, direttamente gli scrutini per i gradi superiori e le promozioni ai gradi più elevati della gerarchia giudiziaria, che sarebbero state così sottratte al Consiglio dei Ministri, sino a quel momento competente in materia in base alle leggi di ordinamento giudiziario che si erano succedute nel tempo.

Egli, poi, insisteva affinché il Csm fosse dotato solo di una potestà consultiva e non vincolante nei confronti della magistratura requirente, che, per la sua natura ordinamentale distinta da quella giudicante, avrebbe dovuto godere, sull'esempio dello Stato francese, di garanzie diverse da quelle riconosciute ai titolari della funzione giurisdizionale in senso proprio.

Partendo dal convincimento che anche nel nuovo regime repubblicano il pubblico ministero avrebbe dovuto continuare a svolgere, sia nel processo penale che in quello civile, il ruolo di parte a difesa degli interessi dello Stato e della società eventualmente lesi e ad esercitare preminenti funzioni di esecuzione non solo nel campo giudiziario, come *“la vigilanza su tutta l'amministrazione della giustizia nel nome dello stato”*, ma anche in settori diversi, come l'ordinamento carcerario o lo stato civile, Grassi sosteneva che il pubblico ministero avrebbe dovuto restare organo del potere esecutivo presso l'autorità giurisdizionale.

In tal senso egli considerava corretta la soluzione adottata con il decreto Togliatti di sottoporre il pubblico ministero alla vigilanza del Ministro della giustizia e di permettere a questi di disporre liberamente dei magistrati requirenti, dopo aver acquisito il parere, non vincolante, del Csm per le decisioni relative ai trasferimenti ed alle attribuzioni di funzioni.

Tutto ciò avrebbe permesso al Ministro di essere dotato di un mezzo idoneo di controllo e di vigilanza sull'amministrazione della giustizia, dell'organizzazione e del funzionamento della quale sarebbe stato responsabile di fronte al Parlamento.

E nell'ottica di rivalutare le funzioni del potere esecutivo in materia di organizzazione giudiziaria, Grassi proponeva di riconoscere al Ministro della giustizia pure il potere di disporre, su domanda dell'interessato, la dispensa dal servizio, la sospensione dal servizio ed il trasferimento di sede o di funzioni nei confronti di tutti i magistrati, compresi quelli della giudicante, riservando al Csm l'adozione dei provvedimenti in materia solo nei confronti dei giudici e in caso di mancanza del loro consenso⁹⁴.

⁹⁴ Grassi, *ivi*, id., seduta 25 novembre 1947, 2481 ss.; seduta 26 novembre 1947, 2518 ss.

La configurazione del pubblico ministero espressa da Grassi fu ripresa da Bettiol (D.C.), che non riteneva opportuno che la Costituzione contenesse il principio della equiparazione delle garanzie della magistratura requirente a quella giudicante per la diversità delle funzioni svolte, osservando che era proprio dei regimi totalitari il dipingere il pubblico ministero come un organo della giustizia, mentre in tutti quelli liberali esso era considerato come un organo del potere esecutivo⁹⁵.

Il noto penalista, tuttavia, faceva notare che la natura intrinsecamente amministrativa dell'organo requirente non avrebbe potuto in alcun modo comportare l'attribuzione di poteri discrezionali nell'esercizio dell'azione penale, che si sarebbero rivelati lesivi del principio di uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge.⁹⁶

Sulla questione intervenne Targetti (P.S.I.) che, pur reputando ingiustificata un'affermazione costituzionale di equiparazione delle guarentigie del pubblico ministero a quelle del giudice a causa dei contrasti ancora insoluti in dottrina circa la natura del primo, sostenne la necessità di preservare in ogni caso tutte le garanzie di indipendenza dal potere esecutivo attribuite dalla legge allora vigente di ordinamento giudiziario al pubblico ministero, finché le norme di procedura non avessero definito chiaramente la sua figura, che in quel momento presentava ancora un carattere misto per le funzioni conferitegli, in parte esecutive ed in parte giurisdizionali (come le facoltà di arresto, di libertà provvisoria e di rinvio a giudizio).

A tal fine egli presentò l'ordine del giorno *“L'Assemblea costituente ritiene che, fino a quando non sia meglio definita la natura delle funzioni e quindi la figura del pubblico ministero, debbano essere integralmente mantenute le garanzie che per il pubblico ministero stabilisce la legge 31 maggio 1946”*.⁹⁷

Alle obiezioni mosse al testo del secondo comma dell'art. 97 e dell'art. 99 elaborato dalla Commissione per la Costituzione, risposero, a nome della stessa Commissione, dapprima il Presidente Ruini e poi il relatore Leone.

Ruini, che, come visto sopra, si era già dichiarato favorevole a fissare in un'apposita norma i compiti del Ministro della giustizia in materia di organizzazione e di funzionamento dei servizi della giustizia come proposto da Mortati, Colitto e Targetti⁹⁸, nel controbattere alle proposte di Grassi, in primo luogo difese la formulazione semplice e piana dei compiti

⁹⁵ Bettiol, *ivi*, id., seduta 26 novembre 1947, 2519

⁹⁶ Bettiol, *ivi*, id., seduta 27 novembre 1947, 2547

⁹⁷ Targetti, *ivi*, id., seduta 26 novembre 1947, 2520 ss.

⁹⁸ Ruini, *ivi*, id., seduta 25 novembre 1947, 2460

del Csm contenuta nel secondo comma dell' art. 97, osservando che ulteriori specificazioni avrebbero trovato la loro sede opportuna nella legge sull' ordinamento giudiziario.

In secondo luogo, egli, a nome del Comitato di redazione, non accettò l'ipotesi di conferire al Csm poteri solo consultivi sul pubblico ministero, pur riconoscendo la figura composita, mista e ibrida di questo: sostenne, difatti, che la definizione dei poteri del Csm per le garanzie del pubblico ministero sarebbe dipesa logicamente dalla previa definizione di quelle stesse garanzie. E sull'idea di conferire al Ministro della giustizia il potere di disporre trasferimenti senza l'assenso del Csm sulla base della sola domanda del magistrato interessato, egli osservò che ciò avrebbe aperto l'adito ai favori ed alle influenze del potere esecutivo, essendo sempre necessario per la tutela dell'indipendenza dell'ordine giudiziario l' intervento del Csm su tutti i trasferimenti, anche al fine di valutare la capacità dell' aspirante a ricoprire il posto vacante .⁹⁹

Leone, a sua volta, sottolineò, innanzitutto, la concordia che si era registrata in Assemblea nel riconoscere la garanzia costituzionale dell'inamovibilità per tutti i magistrati ordinari, compresi quelli del pubblico ministero, nei vari movimenti della carriera.

Per quanto concerneva il problema della magistratura requirente, l'esponente democristiano, pur essendo personalmente convinto che il pubblico ministero avrebbe dovuto essere configurato nell' ambito di una più complessiva e generale riforma di tutto l'ordinamento giuridico e giudiziario italiano come organo del potere esecutivo (tanto da aver in un primo momento presentato l'emendamento "*Il p.m. è organo del potere esecutivo*", che però era stato respinto in sede redigente), disse di essere giunto alla conclusione, condivisa dalla Commissione, che, permanendo nel diritto sostanziale e processuale, sia civile che penale, in capo al pubblico ministero funzioni pure giurisdizionali, era fuori luogo stabilire nella Costituzione la sua appartenenza al potere esecutivo.

Leone riteneva, invece, indispensabile proclamare il carattere costituzionale del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, nel senso che "*il pubblico ministero ... quando viene a cognizione della notizia criminis , non ha un potere discrezionale, ma deve investire l'organo della giurisdizione dell'esame del contenuto dell'azione penale*"¹⁰⁰

Esprimendo, quindi, apprezzamento per le osservazioni di Targetti, Leone si dichiarò propenso a mantenere le garanzie introdotte dalla legge "Togliatti" in favore del pubblico ministero fino a quando non fosse stata effettuata una completa riforma del sistema giudiziario, che, in perfetta armonia con la riforma pure del codice civile, del

⁹⁹ Ruini, ivi, id., seduta 25 novembre 1947, 2482 e 2485 ss.

¹⁰⁰ Leone, ivi, id., seduta 27 novembre 1947, 2458.

processo penale e di quello civile, avesse determinato opportunamente le funzioni da attribuire in futuro e conseguentemente le garanzie da accordare al pubblico ministero.

Spinto, allora, dall'esigenza di risolvere la diatriba che si era aperta sulla figura del pubblico ministero da disegnare nella nuova Carta costituzionale, che mal si conciliava con la volontà politica in quel momento affermatasi tra i partiti al Governo di portare celermente a termine i lavori dell'Assemblea costituente, Leone escogitò l'espressione "*Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite dall'ordinamento giudiziario*", che tradusse in un emendamento presentato insieme al Ministro della giustizia Grassi (che così abbandonò la proposta iniziale di assegnare al Csm poteri esclusivamente consultivi sulla magistratura requirente) e subito accolto dalla Commissione per la Costituzione.

Leone spiegò che con tale formula, da un lato si sarebbe preservato lo status di indipendenza dal potere esecutivo del pubblico ministero sino a quando questo fosse stato titolare anche di attribuzioni giurisdizionali; e dall'altro lato, non si sarebbe ostacolata la possibile evoluzione dell'ordinamento giuridico verso altre possibili forme organizzative dell'organo inquirente/requirente/esecutivo.

Dopo aver recepito la richiesta di Mannironi (D.C.) di sostituire al secondo comma dell' art. 99 le parole "*od ufficio*" con "*nè destinati ad altre funzioni*" che meglio esprimevano il concetto della inamovibilità "*non soltanto sotto l'aspetto topografico ma anche sotto l'aspetto funzionale*" ed aver ribadito la necessità di affermare a livello costituzionale che all'interno di tutta la magistratura ordinaria ci sarebbe stata solo una gerarchia di funzioni giurisdizionali "*senza peraltro rinnegare quel minimo di interna gerarchia amministrativa ... indispensabile in seno a ciascun collegio*", Leone concluse il suo importante intervento respingendo in modo drastico l'idea di Grassi di riservare al Ministro della giustizia il potere di effettuare trasferimenti con il consenso dei magistrati interessati.

Ampliando le osservazioni già svolte dal Presidente Ruini, Leone rimarcò che il sottrarre al Csm facoltà di provvedere ai trasferimenti su domanda non solo avrebbe costituito una rottura dell'armonia del governo della carriera del magistrato che si voleva assegnare per l'appunto a tale organo in modo integrale, ma avrebbe anche permesso al rappresentante del potere esecutivo di esercitare nuovamente interferenze di carattere politico in questa delicata materia. Pertanto, anche se vi fosse stata una sola domanda a ricoprire un certo posto, sarebbe stato, comunque, necessario che l'organo di governo

della magistratura avesse il potere di esprimere il giudizio di opportunità sull'idoneità del magistrato a ricoprire in quella sede quella determinata funzione .¹⁰¹

Gli interventi svolti in rappresentanza della Commissione per la Costituzione da Ruini e da Leone si rivelarono decisivi per la stesura definitiva del testo costituzionale sulle competenze generali e sulle attribuzioni relative alle guarentigie dei magistrati ordinari, sia della giudicante che della requirente, da assegnare rispettivamente al Csm al Ministro di grazia e giustizia, in quanto provocarono il ritiro di tutti gli emendamenti presentati, ad eccezione di quello presentato da Targetti (P.S.I.) sul Ministro della giustizia, che venne accolto come terzo comma dell' art. 97 (salvo diverso collocamento in sede di coordinamento); e di quello di Romano (D.C.) *“Non possono essere dispensati o sospesi dal servizio, trasferiti o destinati ad altra sede o funzioni se non con il loro consenso o con deliberazione del Csm”*, che però venne respinto.

All'esito delle votazioni, pertanto, il secondo e il terzo comma dell' art. 97 e l' art. 99 risultarono così formulati *“Spettano al Csm, secondo le norme dell'ordinamento giudiziario, le assunzioni, le assegnazioni ed i trasferimenti, le promozioni ed i provvedimenti disciplinari. - L' organizzazione ed il funzionamento secondo legge di tutti i servizi della giustizia sono di competenza del Ministro della giustizia, che ne è responsabile innanzi al Parlamento”*; *“ I magistrati sono inamovibili. - Non possono essere dispensati o sospesi dal servizio, nè trasferiti ad altra sede, nè destinati ad altre funzioni se non dal Csm, in base al loro consenso od a deliberazione del Consiglio per i motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario. - Il Ministro di grazia e giustizia ha facoltà di promuovere l' azione disciplinare. - Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite dall'ordinamento giudiziario”*.

L'approvazione dell'emendamento presentato da Leone e da Grassi sul pubblico ministero spinse, successivamente, il Comitato di redazione a modificare, nella fase di coordinamento del testo definitivo, il II comma dell'art. 94 *“I magistrati sono soggetti soltanto alla legge”*, che era stato deliberato dall'Assemblea nella seduta del 20 novembre 1947, sostituendo il termine *“I magistrati”*, comprensivo sia dei titolari delle funzioni giudicanti che di quelle requirenti, con l'altro più restrittivo *“I giudici”*, che faceva riferimento esclusivamente ai titolari delle funzioni giudicanti, modifica che venne poi approvata il 22

¹⁰¹ Leone, ivi, id., seduta 26 novembre 1947, 2523 ss.; seduta 27 novembre 1947, 2548

dicembre 1947 dall'Assemblea in sede di votazione finale su tutto il testo della nuova Carta Costituzionale¹⁰².

Non si deve, però, credere che l'approvazione dell'emendamento Leone/Grassi sulle garanzie da riconoscere al pubblico ministero mediante il rimando alla legge di ordinamento giudiziario abbia determinato un'alterazione del disegno complessivo dell'Assemblea costituente di riconoscere un'effettiva condizione di imparzialità, di autonomia e di indipendenza a tutti gli organi della magistratura ordinaria, compreso il pubblico ministero, che si era sviluppato mediante la formulazione delle altre norme sull'ordine giudiziario, con le quali necessariamente si armonizzava la norma voluta da Leone e da Grassi.

Si deve, infatti, rilevare che la modifica apportata a quello che poi è divenuto il II comma dell'art. 101 Cost. in conseguenza dell'approvazione dell'emendamento in questione, non comporta in alcun modo che il pubblico ministero, a differenza del giudice, possa essere considerato come non soggetto esclusivamente alla legge, in quanto la stessa Assemblea Costituente ha proclamato la regola che "*Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale*", con il preciso intento di chiudere del tutto con l'esperienza della procedura penale fascista, nella quale l'azione penale era esercitata dal pubblico ministero sotto la direzione del Ministro della giustizia, avendo anche l'ampio potere di disporre l'archiviazione *de plano* della notizia di reato manifestamente infondata, al di fuori di qualsiasi sindacato da parte del giudice, e quindi con una ineliminabile dose di discrezionalità¹⁰³.

¹⁰² Sulla modifica operata dal Comitato di redazione del II comma dell'art. 94 del progetto di Costituzione, poi divenuto il II comma dell'art. 101 nel testo definitivo si rimanda a Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, cit., 175 ss.,

Sulla stesura del II comma dell'art. 101 Cost. si vedano pure: Cavallari, *Il Pubblico ministero nelle prospettive di riforma del processo penale*, in AA. W., *La riforma del P.M.*, Milano, 1974, 148, che ha parlato in proposito di iniziativa arbitraria del Comitato di redazione; Neppi Modona, *La Magistratura - art. 112 Cost.*, in *Commentario della Costituzione a cura di branca*, IV, Bologna-Roma, 1987, 64 ss., che ha definito un abuso la modifica effettuata dal Comitato di redazione; Barile, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, in *Studi in onore di Bozzi*, Padova, 1992, 36, che ha insistito proprio sull'esplicita approvazione dell'originaria formula da parte dell'Assemblea per sostenere che l'articolo si riferisce pure al pubblico ministero.

L'osservazione è stata però contraddetta da Guastini, *Il giudice e la legge. Questioni di interpretazione dell'art. 101 Cost.*, in *Scritti in onore di Mazzotti*, I, Padova, 1995, 840 ss., che ha fatto notare che, in ogni caso, anche il testo coordinato fu sottoposto a votazione finale ed approvato nella seduta pomeridiana del 22 dicembre 1947, prevalendo su quello inizialmente approvato.

In proposito si veda pure Devoto, *Il Pubblico ministero potere autonomo dello Stato*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, 3, 376.

¹⁰³ Per un esame del dibattito costituente sulla magistratura si vedano pure le puntuali osservazioni di Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, 1990, 37 ss, che ha evidenziato non solo come nel corso del dibattito, per altro "assai affrettato (data l'urgenza di concludere i lavori)" si dette per presupposto "che il sistema vigente prima del fascismo dovesse essere conservato" ma anche le diverse contraddizioni riscontrabili nel testo costituzionale.

L'illustre autore ha così sottolineato che "a) la giustizia è amministrata in nome del popolo (art. 101, I comma, Cost.), per cui la relativa attività appare riconducibile al principio della sovranità popolare, ma le

E' del tutto evidente che il sancire a livello costituzionale la regola dell'obbligatorietà dell'azione penale, nel rendere vincolata al rispetto delle fattispecie stabilite in modo tassativo dal legislatore (ex art. 25 Cost.) l'attività di promozione della repressione dei reati svolta dalla magistratura requirente, inevitabilmente comporta che anche il pubblico ministero, come il giudice, ma su piani diversi, deve essere un imparziale esecutore della volontà legislativa, così da dover essere posto, alla pari del giudice, in condizioni di effettiva indipendenza da qualsiasi altro potere, ed *in primis* dal potere esecutivo.

Ciò, del resto, si desume, senza alcun dubbio, pure dalla circostanza che prima di approvare l'emendamento Leone/Grassi in questione, l'Assemblea aveva già approvato l'emendamento, proposto oltretutto dallo stesso Leone, che riservava alla legge la determinazione delle *"condizioni necessarie ad assicurare l'indipendenza dei giudici e del pubblico ministero militari di fronte alla legge"*, emendamento, poi, trasformato nell'attuale Il co. dell'art. 108 Cost. *"La legge assicura l'indipendenza dei giudici e delle giurisdizioni speciali, del pubblico ministero presso di esse..."*: è ovvio ritenere che se tale garanzia è stata affermata esplicitamente per il pubblico ministero militare, a maggior ragione deve valere per quello ordinario, che ha una competenza molto più estesa, che abbraccia i settori civili e quelli penali di tutto il vivere civile¹⁰⁴.

Inserendo, allora, l'emendamento Leone/Grassi sulle garanzie del pubblico ministero all'interno del complesso delle norme costituzionali sulla magistratura ordinaria, si comprende che il pubblico ministero ordinario, per il legislatore costituzionale, è l'organo preposto all'esercizio obbligatorio dell'azione penale alle condizioni tassativamente stabilite dal legislatore penale, ricoperto da magistrati appartenenti all'ordine giudiziario ordinario, autonomo ed indipendente da ogni altro potere, governato dal Csm secondo la legge di ordinamento giudiziario, così che pure i magistrati requirenti si devono trovare in condizioni di indipendenza e di esclusiva sottoposizione alla legge, alla pari di quelli giudicanti.

nomine dei magistrati, almeno di regola, hanno luogo per concorso (art. 106, I comma) cosicché i magistrati risultano politicamente irresponsabili; b) i giudici sono soggetti alla legge (art. 101, II comma) e quindi alla volontà politica del Parlamento, ma la Magistratura costituisce un "ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere" (art. 104, I comma); c) la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari e non possono essere istituiti giudici straordinari o speciali (art. 102, I e II comma), ma la stessa Costituzione prevede la giurisdizione amministrativa, quella costituzionale, quella contabile, quella militare, quella disciplinare del Consiglio Superiore ...; d) i magistrati si distinguono tra loro soltanto per diversità di funzioni (art. 107, III comma), ma il Consiglio Superiore è competente, tra l'altro, a deliberare le loro "promozioni" (art. 105); e) il pubblico ministero ha uno status differenziato da quello della magistratura giudicante (art. 107, IV comma), ma è ... compreso nella nozione di "autorità giudiziaria" della quale in certa misura condivide i poteri (artt. 13, II e III comma; 15, II comma; 21, III e IV comma; 82, II comma; 104, III comma, ecc.).

¹⁰⁴ Ivi, id., seduta 27 novembre 1947, 2553.

La lettura sistematica del dibattito in Assemblea Costituente, permette, pertanto, di dire che la norma proposta da Leone/Grassi per definire le garanzie del pubblico ministero mediante il rinvio alla legge di ordinamento giudiziario, poi tradottasi nell'attuale IV comma dell'art. 107 Cost., va correttamente letta nel senso che essa esprime la volontà di permettere al legislatore ordinario, ogni volta che decida di riformare il sistema processuale civile e/o penale, di differenziare, in rapporto all'ontologica diversità delle funzioni svolte, lo status del pubblico ministero da quello giudice, purchè ciò sia fatto nel rispetto dei principi fondamentali sulla magistratura ordinaria complessivamente intesa, e cioè che anche il pubblico ministero, come il giudice, è un organo appartenente all'ordine giudiziario autonomo ed indipendente, amministrato, anche disciplinarmente, dal Csm, e rivestito da magistrati che, nominati per concorso, devono essere vincolati esclusivamente al rispetto del principio di legalità, per assicurare il quale devono godere della garanzia della inamovibilità e della garanzia di essere distinti tra di loro solo per la diversità delle funzioni svolte.

L'emendamento Leone/Grassi, in conclusione, ha unicamente il significato che i magistrati del pubblico ministero devono essere organizzati dalla legge di ordinamento giudiziario, coerentemente con i poteri loro conferiti dal legislatore processuale civile e/o penale, ma in modo tale da essere vincolati all'obbligo dell'esercizio imparziale dell'azione penale nei casi tassativamente previsti dalla legge, così da non poter mai dipendere da alcuna autorità esterna all'ordine giudiziario e da poter essere sottoposti, al loro interno, soltanto a quelle forme di gerarchia amministrativa indispensabili per l'effettiva attuazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale e per il miglior esercizio complessivo delle attribuzioni assegnate all'ufficio di appartenenza, come fu chiaramente detto dallo stesso Leone nel corso dell'intervento svolto il 26 novembre 1947 (v. *supra*)¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Sul punto si deve ricordare che Corte Costituzionale, sent. 16 marzo 1976, n. 52, in Giur. cost., 1976, 390, nel rigettare la questione di legittimità costituzionale del sistema organizzativo di tipo gerarchico previsto dall'art. 70 ord. giud. Grandi, sollevata in riferimento agli artt. 101, secondo comma, e 107, terzo e quarto comma, Cost., rilevò che, pur potendosi definire, come già fatto nella precedente sentenza n. 190 del 1970, *"la posizione del pubblico ministero come quella di un magistrato appartenente all'ordine giudiziario, che, fornito di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere"*, non faceva valere *"interessi particolari"*, in quanto agiva *"esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge, perseguendo fini di giustizia"*, si doveva, comunque, ammettere *"che le garanzie di indipendenza del pubblico ministero sancite, a livello costituzionale, dall'art. 107,"* erano *"rimesse, per la determinazione del loro contenuto, alla legge ordinaria di ordinamento giudiziario. Le cui disposizioni"* non potevano *"essere ritenute illegittime se per alcuni momenti processuali, in cui"* era *"più pronunciato il carattere impersonale della funzione"*, atteggiavano *"a criteri gerarchici l'attività dell'organo"*.
E questo perché, secondo la Corte, *"a differenza delle garanzie di indipendenza previste dall'art. 101 Cost. a presidio del singolo giudice"*, quelle che riguardavano *"il pubblico ministero"* si riferivano *"all'ufficio unitariamente inteso e non ai singoli componenti di esso"*.
L'interpretazione del IV comma dell'art. 107 Cost. fornita dalla Corte Costituzionale non è, però, convincente, perché la Corte non sembra adeguatamente considerare che, come si ricava con chiarezza dai lavori

E si tenga ben presente, per evitare capziose interpretazioni, che questa conclusione non è minimamente scalfita dalla legge costituzionale n. 2 del 1999, che, nell'operare una modifica dell'art. 111 Cost. per introdurre, a livello di normativa costituzionale, i principi del giusto processo desumibili dall'art. 6 della Convenzione europea per la protezione dei diritti umani (Roma 1950), e dall'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (New York 1966), non ha inciso in alcun modo sull'assetto complessivo del pubblico ministero voluto dalle altre norme costituzionali.

Tale legge di revisione costituzionale, l'unica sino ad oggi ad essere intervenuta in materia di giustizia, si è, infatti, limitata a stabilire che nel processo penale, regolato

dell'Assemblea Costituente, il presupposto indispensabile all'esercizio imparziale delle funzioni giudiziarie ordinarie, tanto giudicanti quanto requirenti, è per la Costituzione l'indipendenza del magistrato che le esercita, che a sua volta è data dall'appartenenza ad un ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere, e governato dal Csm (ex artt. 102, I co., e 104, I co., Cost.), all'interno del quale i magistrati "si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni", come stabilisce il terzo comma dell'art. 107 Cost. al fine di impedire che nell'organizzazione giudiziaria vi siano forme di gerarchia di tipo amministrativo, che sono intrinsecamente configgenti con la regola dell'esclusiva sottoposizione alla legge costituzionalmente conforme delle funzioni giudiziarie. E', difatti, evidente che i poteri direttivi che il superiore gerarchico esercita in modo vincolante per i componenti dell'ufficio a lui sottoposti, sono assolutamente incompatibili con il legame che deve sempre intercorrere in modo diretto e senza interferenze tra il magistrato e la legge nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, tanto se giudicanti, quanto se inquirenti/requirenti/esecutive.

All'interno di un ufficio giudiziario, pertanto, possono solo esistere quelle forme di direzione, regolate dalle norme di ordinamento giudiziario e controllate dal Csm, che appaiono indispensabili ad assicurare, da un lato, il buon andamento e l'imparzialità dell'azione giudiziaria svolta dall'ufficio (art. 97 Cost.); e, dall'altro lato, l'effettivo rispetto dell'esclusiva sottoposizione alla legge costituzionalmente conforme da parte di ciascuno dei componenti dell'organo nell'esercizio delle funzioni affidategli.

L'intima sostanza dell'ordine giudiziario ordinario, cioè il suo essere autonomo ed indipendente da ogni altro potere ed il suo articolarsi solo per diversità funzionali, non può che manifestarsi in ogni magistrato ordinario suo componente, al fine di garantire che il concreto esercizio delle funzioni giudiziarie, tanto giudicanti quanto requirenti, sia imparziale, cioè sottoposto esclusivamente alla legge, così da non poter subire inframmettenze di alcun tipo neppure all'interno dell'ordine giudiziario, come imposto, da un lato, dall'art. 101, co. II, Cost. per le funzioni giurisdizionali; e dall'altro lato dal combinato disposto degli artt. 25 e 112 Cost. per le funzioni requirenti.

Detto in altri termini, ogni magistrato dell'ordine giudiziario ordinario, autonomo ed indipendente da ogni altro potere, e strutturato per diversità funzionali, non può che essere a sua volta autonomo ed indipendente da ogni altro potere ed alieno da vincoli gerarchici di tipo amministrativo, così da essere esclusivamente sottoposto alla legge nello svolgimento delle funzioni giudiziarie assegnategli, perché altrimenti l'autonomia, l'indipendenza e l'assenza di gerarchia amministrativa dell'ordine si risolverebbero in una vuota formula puramente declamatoria.

Specificando questi assunti in relazione alle funzioni requirenti, si può, allora, affermare che il IV comma dell'art. 107 Cost. deve essere ricostruito in armonia sia con il principio costituzionale dell'autonomia, dell'indipendenza e della struttura non gerarchica-amministrativa dell'ordine giudiziario ordinario; e sia con quello dell'obbligatorietà dell'azione penale, nei casi tassativamente previsti dalla legge entrata in vigore prima del fatto costituente reato.

Ciò comporta che il legislatore ordinario può organizzare l'ufficio del pubblico ministero in modo diverso dagli organi giudicanti, per corrispondere alle peculiarità delle funzioni svolte, inquirenti, requirenti ed esecutive; ma deve, comunque, rispettare la regola che anche tale ufficio appartiene all'ordine giudiziario autonomo, indipendente e non strutturato secondo i canoni della gerarchia amministrativa, venendo ricoperto da magistrati ordinari sottoposti esclusivamente al dovere di esercitare l'azione penale in modo imparziale, e cioè nei soli casi previsti dalla legge penale ed usando i poteri fissati dalla legge processuale penale, così che al magistrato preposto all'ufficio possono essere conferiti solo quei poteri di direzione, di indirizzo, di coordinamento e di controllo, che appaiono imprescindibili per dare corretta applicazione all'obbligatorietà dell'azione penale e per assicurare il miglior esercizio delle altre funzioni assegnate da parte di tutti i componenti dell'ufficio, secondo le previsioni della legge sostanziale e di quella processuale.

secondo il modello accusatorio dal principio del contraddittorio nella formazione della prova, il pubblico ministero è la parte pubblica posta in condizioni di parità rispetto alle altre parti davanti al giudice terzo ed imparziale, dovendosi, però, precisare, come detto dal relatore Pera di Forza Italia nella relazione di presentazione del disegno di legge, che *“... la parità non attiene ai mezzi o agli strumenti. In questo senso, è evidente che accusa e difesa non possono che essere impari, essendo la prima pubblica e provvista dei mezzi dello Stato. La parità non attiene neppure ai poteri dato che, in questo senso, esiste una asimmetria nel processo penale. Soprattutto in un processo accusatorio, più che una impossibile uguaglianza di posizioni soggettive, la parità, per essere concreta e reale, implica la reciprocità dei diritti. In particolare, essa richiede uguale diritto alla prova.*

C'è parità laddove le parti hanno lo stesso diritto di addurre prove giudicate rilevanti e ad ottenerne l'ammissione da parte del giudice, nonché lo stesso diritto a richiederne la valutazione...”¹⁰⁶.

9) Pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale

Le conclusioni sulla figura del pubblico ministero che si sono tratte dall'attento esame del dibattito svoltosi sul punto in Assemblea costituente rendono, senza dubbio, più agevole la comprensione di quale sia il ruolo che la Costituzione assegna a tale organo nell'ordinamento giuridico italiano, dettando, attraverso il combinato disposto delle sue norme, una serie di principi fondamentali sulla funzione inquirente-requirente, che inevitabilmente vincolano il legislatore ordinario nel disciplinare le funzioni e l'organizzazione dell'istituto in esame.

Volendo ricostruire in queste pagine le regole sulle attività del pubblico ministero contenute nella Carta Costituzionale, si deve, necessariamente premettere che l'impegno assunto dallo Stato Repubblicano, per il mantenimento della pace sociale, di riconoscere e garantire i diritti inviolabili della persona, sia come singolo che come membro delle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e di richiedere l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 Cost.)¹⁰⁷, comporta che è compito del legislatore ordinario statale, in quanto dotato della rappresentanza politica

¹⁰⁶ Pera, in Atti Senato della Repubblica, XII legislatura, *Relazione della I Commissione permanente*, comunicata alla Presidenza il 25 gennaio 1999, 6

¹⁰⁷ Sul ruolo centrale che l'art. 2 Cost. riveste nell'assetto ordinamentale italiano si rimanda alla preziosa analisi fatta da De Vergottini, *Diritto Costituzionale*, Padova, 2006, 275 ss.

nazionale, predisporre delle adeguate forme di tutela di quei diritti fondamentali e di quei doveri imprescindibili¹⁰⁸.

Spetta, così, alla legge statale:

- da un lato individuare previamente quali siano i fatti illeciti che costituiscono reato, perchè consistono nell'aggressione ad uno dei diritti inviolabili di libertà e/o nel mancato rispetto di uno dei doveri inderogabili di solidarietà, realizzati in modo così gravemente offensivo da esser meritevoli di essere puniti con l'irrogazione della massima delle sanzioni previste dall'ordinamento giuridico, ossia la pena criminale (artt. 25 e 27 Cost.)¹⁰⁹;

- e dall'altro lato stabilire previamente quale sia la procedura da seguire, dapprima, per l'accertamento del fatto costituente reato e l'individuazione del colpevole; e poi per la celebrazione del processo davanti al giudice terzo ed imparziale in tempi ragionevoli e nel contraddittorio tra le parti poste in condizioni di reciproca parità (art. 111 Cost.), in modo che sia garantita l'effettiva uguaglianza di tutti di fronte alla legge penale (artt. 3 e 25 Cost.) e l'effettivo esercizio degli inviolabili diritti di azione e di difesa (artt. 24, 111 e 112 Cost.)¹¹⁰.

La necessità di assicurare il rispetto della legge penale da parte di tutti i consociati in condizioni di assoluta uguaglianza e nel rispetto del diritto di difesa, e l'adozione del sistema processuale accusatorio per l'accertamento dei fatti costituenti reato e la punizione dei colpevoli (art. 111 Cost.), "*garanzia insostituibile nell'ordinamento processuale di uno Stato di diritto*"¹¹¹, determinano, poi, l'assegnazione della funzione di

¹⁰⁸ Bricola, *Principio di legalità e potestà normativa delle regioni*, in *Scuola positiva*, 1963, 630 ss.; Id., *La discrezionalità nel diritto penale*, I, *Nozioni ed aspetti costituzionali*, Milano, 1965, 129; Gallo M., *La legge penale. Appunti di diritto penale*, Torino, 1967, 22 e da ultimo Gamberini, *Riserva di legge*, in AA.VV. (a cura di Insolera, Mazzacuva, Pavarini, Zanotti), *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2006, 129 ss.

¹⁰⁹ Sul punto ci si richiama al fondamentale insegnamento di Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino 7 ss., ora in Bricola, *Scritti di diritto penale (a cura di Canestrari e Melchionda)*, Milano, 1997, 541 ss. che ha configurato il reato "come fatto lesivo di un valore costituzionalmente rilevante", in quanto la sanzione penale, a causa del "valore preminente" riconosciuto dalla Costituzione alla libertà personale, "può essere adottata soltanto in presenza della violazione di un bene, il quale, sia pure non di pari grado rispetto al valore (libertà personale) sacrificato, sia almeno dotato di rilievo costituzionale. Ossia: l'illecito penale può concretarsi esclusivamente in una *significativa* lesione di un valore costituzionalmente rilevante", così che il legislatore non solo deve assumere "a fondamento di una categoria di reati la tutela di un bene costituzionalmente rilevante", ma ha pure "un preciso dovere di tutelare penalmente il valore nella sua esatta dimensione costituzionale".

Sul dovere del legislatore di predisporre la tutela penale dei valori costituzionalmente rilevanti si vedano, poi, le interessanti osservazioni di Fiandaca e Musco, *Diritto penale*, Bologna, 1989, 27 ss.; e soprattutto Mazzacuva, *Diritto penale e Costituzione*, in AA.VV. (a cura di Insolera, Mazzacuva, Pavarini, Zanotti), *Introduzione al sistema penale*, cit., 100 ss.

¹¹⁰ Tonini, *Diritto processuale penale*, Milano, 2006, 23.

¹¹¹ Per riprendere la felice espressione usata da Corte Costituzionale, sent. 11 giugno 2009, n. 173, in *G.U.* n. 24 del 17/6/2009, con cui si è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 240, co. 4 e 5, c.p.p., nella parte in cui non prevede, per la disciplina del contraddittorio, l'applicazione dell'art. 401, co. 1 e 2, c.p.p.; e dell'art. 240, co. 6, c.p.p., nella parte in cui non esclude dal divieto di fare riferimento al contenuto dei

promuovere la repressione dei reati e di ricercarne i colpevoli al pubblico ministero, quale organo pubblico che, appartenendo all'ordine giudiziario (in posizione, però, nettamente diversa dal giudice), è autonomo ed indipendente da ogni altro potere e sottoposto esclusivamente alla legge (artt. 102, 104 e 112 Cost.).

Al pubblico ministero viene, così, imposto l'obbligo di esercitare, davanti al giudice naturale precostituito per legge e nei modi previsti dalla legge processuale, l'azione penale nei soli casi tassativamente previsti come reato dalla legge penale entrata in vigore prima dei fatti contestati (artt. 25 e 112 Cost.)¹¹², facendo valere la pretesa punitiva dello Stato, nascente dalla commissione di un reato, nell'esclusivo interesse della legge stessa, sulla cui osservanza da parte di tutti i consociati egli deve sempre vegliare¹¹³.

Come ha ben messo in rilievo la Corte Costituzionale, *“la Costituzione, nel capoverso dell'art. 108, distingue gli organi del pubblico ministero da quelli della giurisdizione dopo avere, nell'ultimo comma dell'art. 107, separato la figura del pubblico ministero da quella degli altri magistrati; nell'art. 112 ha considerato il pubblico ministero come titolare della potestà di esercitare l'azione penale, che è diversa dalla potestà di giudicare”*, in quanto consiste nella *“potestà di promuovere l'attività del giudice e di proporgli istanze suscettibili di condurre alla decisione”*¹¹⁴ sulla base delle attività di natura

documenti, supporti e atti, nella redazione del verbale previsto dalla stessa norma, le circostanze inerenti l'attività di formazione, acquisizione e raccolta degli stessi documenti, supporti e atti.

Si veda pure Corte Costituzionale, sent. 24 gennaio 2007, n. 26, in *Guida dir.*, 2007, 8, 69 ss., che ha precisato che il secondo comma dell'art. 111 Cost., *“inserito dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2... nello stabilire che ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità”*, ha *“conferito veste autonoma ad un principio, quello di parità delle parti “pacificamente già insito nel pregresso sistema dei valori costituzionali (ordinanze n. 110 del 2003, n. 347 del 2002, n. 421 del 2001)”*.

In tale pronuncia la Corte Costituzionale ha, però, rilevato che *“nella cornice dei valori costituzionali, la parità delle parti non corrisponde necessariamente ad una eguale distribuzione di poteri e facoltà fra i protagonisti del processo. In particolare, per quanto attiene alla disciplina delle impugnazioni ..., non contraddice, comunque, il principio di parità l'eventuale differente modulazione dell'appello medesimo per l'imputato e per il pubblico ministero, purchè essa avvenga nel rispetto del canone della ragionevolezza, con i corollari di adeguatezza e proporzionalità”*.

Muovendo da tali presupposti, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale sia dell'art. 1 l. n. 46 del 2006 nella parte in cui esclude che il pubblico ministero possa appellare contro le sentenze di proscioglimento, fatta eccezione per le ipotesi previste dall'art. 603, co. 2 del medesimo codice, se la prova è decisiva, e sia dell'art. 10 co. 2 della stessa legge nella parte in cui prevede che l'appello proposto contro una sentenza di proscioglimento dal pubblico ministero prima della data di entrata in vigore della medesima legge è dichiarato inammissibile, perchè *“la menomazione recata dalla disciplina”* ordinaria suddetta *“ai poteri della parte pubblica, nel confronto con quelli speculari dell'imputato, eccede il limite di tollerabilità costituzionale, in quanto non sorretta da una ratio adeguata in rapporto al carattere radicale, generale e unilaterale della menomazione stessa: oltre a risultare... intrinsecamente contraddittoria rispetto al mantenimento del potere di appello del pubblico ministero contro le sentenze di condanna”*.

Sulle regole del contraddittorio come costituzionalizzate con la legge di riforma costituzionale del 1999 si rimanda, in particolare, a Tonini, *Diritto processuale penale*, cit., 22 ss.

¹¹² Sulla configurazione costituzionale del pubblico ministero come organo giudiziario indipendente si rinvia a Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1999, 109 ss.; Id., *Giudice e pubblico ministero nel giusto processo*, in *Dir. Soc.*, 2001, 7 ss..

¹¹³ Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. II, cit., 248 ss.

¹¹⁴ Corte Costituzionale, sent. 19 novembre 1963, n. 148, in *G.U.* n. 312 del 30 novembre 1963.

istruttoria necessariamente effettuate per l'acquisizione "di elementi utili per porsi in grado di esercitare l'azione penale"¹¹⁵.

L'interpretazione sistematica del testo costituzionale permette di configurare il pubblico ministero come l'organo dell'ordine giudiziario ordinario¹¹⁶, al quale viene assegnata la titolarità della pretesa punitiva derivante dal reato, consistente nel potere di "promuovere la decisione giurisdizionale intorno alla pretesa stessa" e di curarne "la realizzabilità ed eventualmente leffettiva realizzazione", esclusivamente nei casi stabiliti dalla legge sostanziale e secondo le modalità previste dalla legge processuale¹¹⁷. Ed essendo interamente vincolato al rispetto del principio di legalità nello svolgimento delle sue funzioni, il pubblico ministero si caratterizza come l'imparziale promotore, a fini di giustizia, dell'intervento decisorio del giudice¹¹⁸, del quale rafforza la terzietà per meglio garantire i diritti di azione e di difesa delle parti in contesa.

Il pubblico ministero è, infatti, l'organo giudiziario indipendente che garantisce la terzietà del giudice naturale nei confronti delle altre parti del processo, in quanto la sua istituzione permette di separare la funzione pubblica di giudicare dalla funzione pubblica di promuovere la repressione dei reati mediante la ricerca degli elementi di prova idonei a sostenere l'accusa in giudizio. In questo modo la funzione requirente appare così strettamente connessa a quella giudicante da essere permeata, pur nella diversità dei ruoli, della stessa caratteristica sostanziale di neutralità¹¹⁹.

In questo senso si deve sottolineare che il combinato disposto degli artt. 25, II e III comma, e 112 Cost., imponendo al pubblico ministero l'obbligo di esercitare l'azione penale solo nei casi tassativamente previsti come reato dalla legge entrata in vigore prima dei fatti contestati, dipinge come vincolato il potere di promuovere l'accertamento della

¹¹⁵ Corte Costituzionale, sent. 23 aprile 1975, n. 96, in *G.U.* n. 114 del 30 aprile 1975.

¹¹⁶ Corte Costituzionale, sent. 28 gennaio 1991, n. 72, in *G.U.* n. 13 febbraio 1991, ha messo in rilievo che il pubblico ministero appartiene all'ordine giudiziario retto da una riserva di legge in materia di ordinamento giudiziario, prevista per rafforzare l'indipendenza della stessa magistratura "non solo nell'esercizio delle funzioni giudiziarie", tanto giudicanti quanto requirenti, ma anche nel momento "dell'investitura in tali funzioni...".

¹¹⁷ Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. I, cit., 225.

¹¹⁸ Per un organico studio delle problematiche costituzionali dell'organo requirente si veda: Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova, 1996, che ha effettuato, però, una ricostruzione della collocazione istituzionale del pubblico ministero partendo dalle reali funzioni processuali e non, come si dovrebbe in un ordinamento a costituzione rigida, dalla sua configurazione costituzionale, che precede ed influenza in modo determinante i poteri processuali conferiti all'organo in esame dal legislatore ordinario.

¹¹⁹ Come osservato da Spagna-Musso, *Problemi costituzionali del P.M.*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 1963, 413 e ss.; e da Bartole, *Il potere giudiziario*, in Amato e Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1986, 646.

Si deve ricordare che anche la Corte Costituzionale, sent. 9 giugno 1971, n. 123, in *Giur. cost.*, 1971, 1188 ss., intervenendo sull'art. 370 del vecchio c.p.p., riguardante il potere del pubblico ministero di richiedere al giudice istruttore nuove indagini, ha evidenziato che la funzione svolta dal pubblico ministero nei riguardi del giudice è "di organica collaborazione giudiziaria, per fini di giustizia e nel rispetto dell'interesse obiettivo della legge".

fondatezza della *notitia criminis* da parte del giudice competente e sottrae lo stesso pubblico ministero da qualsiasi possibilità di direzione da parte di un'altra autorità¹²⁰.

Il pubblico ministero è, così, sottoposto unicamente alla scelta discrezionale compiuta dal potere legislativo prima del fatto qualificato come reato con quella stessa norma che il pubblico ministero, senza operare indebite preferenze¹²¹, chiede al giudice di applicare nei confronti del reo: il principio di obbligatorietà dell'azione penale esige che nessun illecito penale possa essere sottratto al controllo di legalità che compete al giudice effettuare¹²².

La regola stabilita dall'art. 112 Cost. "*comporta*", come sottolineato dalla Corte Costituzionale, "*non solo il rigetto del contrapposto principio di opportunità che opera, in varia misura, nei sistemi ad azione penale facoltativa, consentendo all'organo dell'accusa di non agire anche in base a valutazioni estranee all'oggettiva infondatezza della notitia criminis, ma comporta, altresì, che in casi dubbi l'azione vada esercitata e non omessa*"¹²³.

E ciò in quanto "*l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale ad opera del pubblico ministero, già reintrodotta nell'ordinamento con il d.l.l. 14 novembre 1944 n. 288 (art. 6), è stata costituzionalmente affermata come elemento che concorre a garantire, da un lato, l'indipendenza del pubblico ministero nell'esercizio della propria funzione e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale*", in quanto "*l'obbligo dell'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero esige che egli sia titolare*

¹²⁰ In proposito Daga, *Pubblico Ministero (diritto costituzionale)*, in *Enc. giur.*, XXV, 1991, 3, "L'art. 112 risulta quindi essere il contraltare, per il pubblico ministero, di quel che è l'art. 101, 2° co., per i giudici, tutti ricondotti in ultima analisi sotto il principio di legalità (art. 97) e il principio di eguaglianza (art. 3)".

Si deve osservare che su questa posizione interpretativa si è pure attestato il CSM. nella *Relazione annuale sullo stato della giustizia (a cura di PIZZORUSSO)*, Roma, 1992, 39, che contro la tendenza a trasformare gli organi di Procura in una struttura organizzata gerarchicamente e separata dalla magistratura giudicante ha ribadito l'esigenza di affermare "la concezione del pubblico ministero propria della tradizione italiana, in base alla quale gli organi dell'accusa agiscono in modo imparziale, in applicazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale, e trovano la loro collocazione nell'ambito della magistratura insieme con gli organi dotati di funzioni giudicanti".

¹²¹ Con profondità di analisi Barile, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 29 ss., ha giudicato un grave pericolo per l'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge la discrezionalità dell'azione penale. Secondo l'illustre studioso, tuttavia, al pubblico ministero si deve riconoscere una *discrezionalità fisiologica* nel giudizio sulla necessità o meno di promuovere l'azione penale inerente alla valutazione dei risultati raggiunti all'esito delle indagini svolte.

¹²² Così pure De Vergottini, *Diritto Costituzionale*, cit., 597; Scaparone, *Pubblico ministero (dir. proc. penale)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 1101; Morozzo della Rocca, *Pubblico ministero (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 1077 ss.

¹²³ Corte Cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 88, in *Giur. cost.*, 1991, 590. Per un interessante commento a tale sentenza si veda Veneziano, *Il ruolo del P.m. nelle recenti sentenze della Corte Costituzionale*, in *Quest. giust.*, 3, 1991, 605 ss..

di tale azione in relazione a qualunque fatto di reato, comunque conosciuto”, in modo da evitare qualsiasi discriminazione tra i consociati nella sottoposizione alla legge penale¹²⁴.

Sviluppando questi principi la Corte costituzionale ha rimarcato che il principio di legalità sancito dall’art. 25, Il comma, Cost., nel rendere doverosa *“la repressione delle condotte violatrici della legge penale, abbisogna, per la sua concretizzazione, della legalità del procedere; e questa, in un sistema come il nostro, fondato sul principio di eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge (in particolare, alla legge penale), non può essere salvaguardata che attraverso l’obbligatorietà dell’azione penale... punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale, talchè il suo venir meno ne altererebbe l’assetto complessivo”*, in quanto l’obbligatorietà esclude la possibilità di qualsiasi favoritismo e di qualsiasi discriminazione nell’applicazione della legge penale¹²⁵.

Si deve, però, osservare che *“la riaffermazione del principio della obbligatorietà non vale ad escludere che l’ordinamento possa in generale stabilire che, indipendentemente dall’obbligo del pubblico ministero, determinate condizioni concorrano perchè l’azione penale possa essere promossa o proseguita. Nè l’art. 112 autorizza a ritenere che si sia inteso svincolare il ripetuto obbligo dalla necessità”*, nei casi stabiliti dalla legge (come ad esempio nelle ipotesi di cui agli artt. da 8 a 11, 290 e 313 c.p.), del verificarsi di determinate condizioni di procedibilità¹²⁶, poste a presidio di valori di rilevanza costituzionale pari a quello della repressione dei reati (come ad esempio la sicurezza interna o internazionale dello Stato o il prestigio delle istituzioni fondamentali), che abbisognano della determinazione sostanzialmente discrezionale o dell’organo titolare

¹²⁴ Corte Cost., sent. 26 luglio 1979, n. 84, in *Giur. cost.*, I, 1979, 640, che ha approfondito la linea interpretativa di collegare l’art. 112 Cost. all’art. 25, Il comma, Cost., espressa sin dalla sent. n. 22 del 1959, in *Giur. cost.*, 1959, 328.

Anche per Corte Cost., sent. 24 aprile 2009, n. 121, cit., l’affermazione costituzionale dell’obbligatorietà dell’esercizio dell’azione penale è elemento *“che concorre a garantire – oltre all’indipendenza del pubblico ministero nello svolgimento della propria funzione – anche e soprattutto l’uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale”*.

Simili considerazioni si ritrovano pure in dottrina: Neppi Modona, *La magistratura-Art. 112 Cost.*, cit. 51 ss.; Chiavario, *L’obbligatorietà dell’azione penale: il principio e la realtà*, in *Cass. pen.*, 1993, 2658 ss.; Devoto, *Obbligatorietà-discrezionalità dell’azione penale, ruolo del P.m.*, ivi, 1996, 2024 ss.

¹²⁵ Corte Cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 88, cit., 590. L’assunto è pienamente condiviso da De Vergottini, *Diritto Costituzionale*, cit., 604; e da Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, 128, *“l’azione penale è obbligatoria perchè l’ordinamento vuole che essa sia esercitata in modo indipendente ed imparziale, mentre il pubblico ministero deve essere indipendente ed imparziale, in quanto l’azione penale è obbligatoria”*.

¹²⁶ Corte Costituzionale, sent. n. 22 del 1959, in *Giur. cost.*, 1959, 328 ss., che ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 313, 3° comma, c.p. nella parte in cui prevede l’autorizzazione a procedere per il delitto di vilipendio alle istituzioni costituzionali, in riferimento agli artt. 3, comma 1°, 25, comma 1°, e 112 Cost., in quanto l’istituto in questione non altera la sottoposizione al giudice preconstituito e non scalfisce l’obbligatorietà dell’azione penale, che può essere sottoposta ad una condizione di procedibilità, purchè valevole per tutti i possibili autori della fattispecie penale esaminata, diretta a tutelare quello stesso interesse pubblico oggetto della norma penale, *“in ordine al quale il procedimento penale potrebbe risolversi in un danno più grave dell’offesa stessa”*.

dell'interesse leso (come nel caso del vilipendio alle Assemblee legislative o alla Corte Costituzionale); o dell'organo politico-amministrativo specificamente abilitato a tenere le relazioni tra il Governo ed il potere giudiziario, ossia il Ministro per la giustizia, "assunta sulla base di valutazioni di opportunità politica", che dovrebbero condurre a negare l'autorizzazione a procedere "quando l'effettivo svolgimento del processo recherebbe" al bene protetto "un'offesa più grave di quella già ricevuta"¹²⁷.

Lo stesso giudice delle leggi ha evidenziato con estrema chiarezza che *"realizzare la legalità nell'eguaglianza non è, però, concretamente possibile se l'organo cui l'azione è demandata dipende da altri poteri: sicchè di tali principi è imprescindibile requisito l'indipendenza del pubblico ministero"*.

Anche il pubblico ministero *"è infatti, al pari del giudice, soggetto soltanto alla legge ..."*¹²⁸, così da non poter *"essere considerato come parte in senso stretto"*, dovendo invece

¹²⁷ Così Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, cit., 196 ss, che si è richiamato alla costante giurisprudenza della Corte Costituzionale in tema di condizioni di procedibilità, ossia:

- sent. n. 22 del 1959, cit., 328, sopra esaminata; sent. n. 15 del 1969, ivi., 1969, 90 ss., che, al fine di assicurare la posizione di indipendenza della Corte Costituzionale voluta dal legislatore costituzionale con gli artt. 134 e ss. Cost. e con le leggi costituzionali del 1948, del 1953 e del 1967, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 313, comma 3, c.p., nella parte in cui attribuiva l'autorizzazione a procedere per il delitto di vilipendio della Corte Costituzionale al Ministro della giustizia anziché alla Corte stessa;
- sent. n. 142 del 1973, in *Giur. cost.*, 1973, 1428 ss (con nota di Bartole, *In tema di autorizzazione a procedere per vilipendio dell'ordine giudiziario*) dove si è sostenuto che *"il Ministro della giustizia è l'organo tecnicamente qualificato e politicamente idoneo a presiedere alle relazioni tra il Governo e l'amministrazione della giustizia, esplicitando a tal fine il potere di dare o rifiutare le autorizzazioni a procedere, nonché di fare istanza e richiesta di procedimento nei casi previsti dalla legge"*, così da ritenersi costituzionalmente legittimo l'art. 313 c.p. nella parte in cui riserva al Ministro della giustizia l'autorizzazione a procedere per il reato di vilipendio dell'ordine giudiziario;
- sent. 16 gennaio 1975, n. 7, ivi, 22, che ha ritenuto corretto costituzionalmente l'art. 313 c.p. nella parte in cui conferisce il potere di rilasciare l'autorizzazione a procedere per il reato di vilipendio al Governo al solo Ministro della giustizia, in quanto il Governo *"è organo complesso, nell'ambito del quale ... il Ministro per la giustizia è tecnicamente qualificato e politicamente idoneo a provvedere alle relazioni tra il Governo stesso e l'Amministrazione della giustizia"*;
- ord. n. 289 del 1989, ivi, 1989, 1338, che ha ritenuto non contrastante con gli artt. 3, 107 e 110 Cost. gli artt. 9, Il comma, e 11, Il comma, c.p. nella parte in cui conferiscono al Ministro della giustizia il potere di richiedere la perseguibilità in Italia di alcuni delitti commessi all'estero perchè tale richiesta *"consegue ad una scelta, vincolata al perseguimento di fini, legislativamente determinati, di politica criminale"*, che *"non può non appartenere ad un organo dell'esecutivo"*, quale il Ministro in questione *"in considerazione delle sue competenze istituzionali"*.

Seguendo lo stesso indirizzo la Corte Costituzionale, sent. 18 giugno 1963, n. 94, in *Giur. cost.*, 1963, 782 ss. (con nota di Crisafulli, *Incompatibilità dell'autorizzazione a procedere ex art. 16 c.p.p. con l'art. 28 della Costituzione*), ha ritenuto costituzionalmente illegittimo l'art. 16 del vecchio c.p.p., nella parte in cui prevedeva l'autorizzazione a procedere del Ministro della giustizia per la punibilità dei reati commessi in servizio di polizia da ufficiali o agenti di polizia giudiziaria o di pubblica sicurezza, per contrasto con gli artt. 28 e 3 Cost., in quanto l'istituto comportava la *"violazione del principio di diretta responsabilità dei funzionari e dipendenti dello Stato e degli enti pubblici"* e la lesione del principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale, potendosi ammettere solo quelle forme di autorizzazione a procedere disposte dal legislatore costituzionale *"a tutela della piena autonomia di organi costituzionali"*, come nei casi dell'art. 68 Cost. e dell'art. 3 l. cost. 9 febbraio 1948 n. 1.

¹²⁸ Come sostenuto da Corte Costituzionale, sent. 15 febbraio 1991, n. 88, cit., 590, che, però, ha richiamato come norma fondante l'esclusiva sottoposizione del pubblico ministero alla legge non il combinato disposto degli artt. 112 e 25, II e III co., Cost, ma il secondo comma dell'art. 101 Cost., che, invece, come si è visto, si

essere qualificato come “*magistrato appartenente all’ordine giudiziario, collocato come tale in posizione di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere*”, che “*non fa valere interessi particolari, ma agisce esclusivamente a tutela dell’interesse generale all’osservanza della legge*”, perseguendo, cioè, solo “*fini di giustizia*”¹²⁹.

In proposito si deve osservare che, essendo la pretesa punitiva dello Stato realizzabile ‘solo in quanto un reato sia stato effettivamente commesso da un individuo imputabile e responsabile’, il pubblico ministero deve esercitare il complesso delle potestà affidategli per soddisfare al meglio tale pretesa, ispirandosi costantemente al principio della ricerca della verità reale, che, come autorevolmente sottolineato, permea tutto il processo penale, dalla fase delle indagini preliminari a quella dibattimentale a quella esecutiva, “a cagione dell’interesse pubblico che determina il processo medesimo”¹³⁰. Ed essendo la pretesa punitiva dello Stato assegnata al pubblico ministero un potere-dovere per lo Stato stesso, il pubblico ministero deve realizzarla “di propria iniziativa, senza bisogno di alcun eccitamento esteriore per l’adempimento del suo dovere funzionale”, “ogniquale volta ne ricorrano in concreto le condizioni di legge, in adempimento d’un dovere funzionale assoluto e inderogabile, escludente ogni considerazione di opportunità”, così che il processo penale viene avviato dal pubblico ministero non in forza di una sua scelta discrezionale, ma “per diretta esecuzione d’un obbligo di legge”¹³¹.

Il pubblico ministero assume, pertanto, la veste di “*organo di giustizia, preposto, nell’interesse generale, alla difesa dell’ordinamento*”¹³² e per questo abilitato a promuovere tutte le attività necessarie all’acquisizione degli elementi utili per l’esercizio e lo svolgimento dell’azione penale, compresi quelli idonei a dimostrare l’innocenza dell’indagato e/o dell’imputato¹³³, che non può essere considerato colpevole sino alla condanna definitiva ai sensi dell’art. 27, I co., Cost.¹³⁴.

riferisce agli organi giurisdizionali in senso stretto. Per un interessante commento alla sent. si veda Veneziano, *Il ruolo del P.m. nelle recenti sentenze della Corte Costituzionale*, in *Quest. giust.*, 3, 1991, 605 ss.

Così pure Barile, *L’obbligatorietà dell’azione penale*, cit., 36, che ha osservato: “l’affermazione di Piero Calamandrei secondo cui il principio di legalità nell’esercizio dell’azione penale comporta necessariamente l’istituzione di un p.m. indipendente e inamovibile si completa ... con quella secondo cui lo stesso principio di legalità impone, anche sotto il profilo della non disparità di trattamento, l’obbligatorietà dell’azione penale”.

¹²⁹ Corte Costituzionale, sent. 10 dicembre 1970, n. 190, in *Giur. cost.*, 1971, 703 ss. Così pure Corte Costituzionale, sent. 23 aprile 1975, n. 96, ivi, 1975, 835 ss.

¹³⁰ Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. I, cit., 204 ss.

¹³¹ Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, cit. vol. I, 224 e 230.

¹³² Corte Costituzionale, sent. 22 giugno 1971, n. 136, in *Giur. cost.*, 1971, 1576, sottolineata da Scaparone, *Pubblico ministero (dir. proc. penale)*, cit., 1101.

¹³³ Così Corte Costituzionale, sent. n. 190 del 1970, cit., 707. Il concetto era stato ben espresso in dottrina da Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, II, cit., 226 e 249 ss., che aveva definito il pubblico ministero promotore di giustizia, perché, pur intervenendo nel processo per far valere la pretesa punitiva dello Stato, egli conserva comunque “la sua funzione generica, consistente nel vegliare a che le leggi siano

Pur non essendo investito di poteri decisori¹³⁵, “onde non può qualificarsi giudice in senso stretto”, il pubblico ministero, pur essendo ontologicamente una parte processuale, ma solo a fini di giustizia¹³⁶, “è comunque... un magistrato come dimostra la collocazione degli articoli della Costituzione che lo riguardano (in particolare da 104 a 107) nel titolo VI de “La Magistratura” e financo nella sez. de “L’ordinamento giurisdizionale”.

Il pubblico ministero, quindi, va correttamente inquadrato tra gli organi della giurisdizione in senso lato, perchè “nel concetto di giurisdizione - quale contemplato nell’art. 102 ... - deve intendersi compresa non solo l’attività decisoria, che è peculiare e propria del giudice, ma anche l’attività di esercizio dell’azione penale, che con la prima si coordina in un rapporto di compenetrazione organica a fine di giustizia e che l’art. 112 Cost., appunto, attribuisce al pubblico ministero”¹³⁷.

Il pubblico ministero viene, pertanto, elevato dalla Costituzione (art. 112) al ruolo di “titolare diretto ed esclusivo delle attività di indagine” finalizzate all’azione penale, che

osservate, la quale funzione rende obiettivo e superiore al comune interesse di parte il suo stesso interesse d’accusatore”, così da dover agire “imparzialmente nell’adempimento dei propri doveri funzionali, con le garanzie d’una cultura superiore e d’una probità personale accertata e vigilata”.

L’orientamento è stato successivamente condiviso da Manzoni, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria: organizzazione e posizione istituzionale e processuale*, in Chiavario (a cura di), *Protagonisti e comprimari del processo penale*, Torino, 1995, 95 ss.; ma criticato come mistificatorio, non potendosi richiedere allo stesso organo di attivarsi in due direzioni opposte da Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, cit., 115 ss., che ha di conseguenza sostenuto che il pubblico ministero deve svolgere indagini a favore dell’indagato solo per vedere anticipatamente la possibilità di esperire con successo l’azione penale.

¹³⁴ Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, II, cit., 203 ss., ha rilevato che l’art. 27 Cost. non stabilisce alcuna presunzione di innocenza, essendo razionale che “sino a quando non vengano definitivamente accertate le condizioni che rendono realizzabile la pretesa punitiva dello Stato, l’imputato non possa ritenersi penalmente responsabile, e debba quindi trattarsi come giudicabile, cioè come persona indiziata, bensì, ma la cui responsabilità non è stata ancora accertata”.

¹³⁵ Spagna-Musso, *Giudice (nozione)*, in *Enc. Dir.*, XVIII, 1969, 936, ha sottolineato che il pubblico ministero, pur essendo un magistrato appartenente all’ordine giudiziario, non può qualificarsi giudice perchè non detiene attribuzioni decisive.

¹³⁶ Corte Costituzionale, sent. 3 aprile 1963, n. 40, in *G.U.* n. 101 del 13 aprile 1963, che ha precisato che il pubblico ministero, non avendo il “potere di emettere provvedimenti decisori..., nel sistema che regola il procedimento incidentale di legittimità costituzionale... può, come ciascuna parte, sollevare la questione di legittimità costituzionale, ma spetta all’autorità giurisdizionale davanti a cui pende il giudizio disporre la trasmissione degli atti” alla Corte Costituzionale, “dopo aver valutato la rilevanza della questione rispetto alla decisione della causa e la sua non manifesta infondatezza (art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1; art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87)”. Così pure Corte Costituzionale, sent. 19 novembre 1963, n. 148, cit..

¹³⁷ Corte Costituzionale, sent. n. 96 del 1975, cit.,. Nello stesso senso si veda pure Corte Costituzionale, sent. 29 aprile 1975, n. 97, ivi, 1975, 838 ss..

La posizione di qualificare il pubblico ministero organo promotore di giustizia “inteso all’applicazione della legge e profondamente radicato nella cultura della giurisdizione”, così da essere parte integrante ed inseparabile dell’ordine giudiziario, è stata costantemente fatta propria dal CSM, da ultimo nella risoluzione 24 febbraio 1993, in *Foro it.*, 1993, I, 2601 ss.

In dottrina la tesi è stata difesa strenuamente da Devoto, *Il Pubblico ministero potere autonomo dello Stato*, cit., 375, che ha evidenziato che il pubblico ministero “è potere autonomo dello Stato sulla base dell’attribuzione ad esso conferita e riservata direttamente dalla norma costituzionale” contenuta nell’art. 112. Sulla stessa linea si è posto pure Neppi Modona, *Art. 112 Cost.*, cit., 73 ss..

Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, cit., 139 ss., ha, invece, ritenuto ammissibile e costituzionalmente corretta ai sensi del IV comma dell’art. 107 una netta differenziazione delle carriere requirente e giudicante all’interno del medesimo ordine al fine di assicurare una più chiara distinzione delle funzioni svolte.

deve esercitare “*in relazione a qualunque fatto di reato comunque conosciuto*”¹³⁸, in modo obbligatorio ed imparziale, in quanto deve sempre mirare a realizzare esclusivamente quelle finalità preventive e repressive tassativamente stabilite dal legislatore ordinario¹³⁹, ad eccezione dell'ipotesi del giudizio di accusa contro il Capo dello Stato (per alto tradimento o attentato alla Costituzione), prevista dalla stessa Costituzione (art. 90), nella quale la funzione requirente è svolta da commissari parlamentari nominati dal Parlamento in seduta comune. E si ricordi che, coerentemente con il disposto contenuto nell'art. 112 Cost., l'art. 231 d.leg. n. 271 del 1989 ha abrogato tutte le norme che prevedevano l'esercizio dell'azione penale da parte di organi diversi dal pubblico ministero¹⁴⁰.

¹³⁸ Da ultimo Corte Costituzionale, sent. 24 dicembre 1993, n. 462, cit, 3757.

Con tale sentenza la Corte ha ritenuto che sotto il profilo oggettivo e soggettivo ricorrevano i requisiti previsti dall'art. 37 l. 11 marzo 1953, n. 87, nel conflitto sollevato dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano contro il Senato della Repubblica a seguito del diniego parziale di autorizzazione a procedere contro un senatore, adottato, a dire della ricorrente Procura, a seguito di una modifica operata dal Senato della ricostruzione del fatto penalmente rilevante e della sua qualificazione giuridica fatte dalla Procura nella richiesta di autorizzazione. La Corte, pur dichiarando improcedibile il conflitto per la sopravvenuta modificazione dell'art. 68, comma 2, Cost. che aveva fatto venir meno la materia del contendere, ha parimenti affermato che “*non v'è alcun dubbio che il conflitto riguardi attribuzioni - come quella relativa all'autorizzazione a procedere spettante a ciascuna Camera nei confronti dei propri membri e quella attinente all'esercizio obbligatorio dell'azione penale da parte del pubblico ministero - le quali sono direttamente determinate da norme costituzionali, rispettivamente dall'art. 68, comma 2 (nella sua originaria formulazione), e dall'art. 112 Cost.*”.

In dottrina l'orientamento della Corte Costituzionale a riconoscere al pubblico ministero i requisiti soggettivi e oggettivi a tutelare le proprie prerogative costituzionali in materia di titolarità dell'azione penale era stato auspicato da tempo da Bartole, *Prospettive nuove in tema di Pubblico ministero*, in *Giur. cost.*, 1979, I, 879 ss.

¹³⁹ Come ha affermato la Corte Costituzionale, sent. 6-8 settembre 1995, n. 420, in *G. U.*, 13/9/1995, 22 ss., dove si sono richiamate le precedenti pronunce nn. 84 del 1979, 88 del 1991, 462-463-464 del 1993, per affermare “*la garanzia costituzionale dell'indipendenza del pubblico ministero ha la sua sede propria nell'art. 112 Cost.*” A commento della pronuncia si veda: Bartole, *La legittimazione del p.m. al conflitto di attribuzione: troppo rumore per nulla?*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, 12, 1409 ss.

L'orientamento è stato condiviso pure da Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit., 108, che ha sostenuto che il pubblico ministero ha il compito di “accertare in modo imparziale l'esistenza delle condizioni per l'esercizio dell'azione penale”, assumendo “le vesti di pubblica accusa solo dopo aver esercitato l'azione penale”. Tuttavia lo svolgimento delle funzioni di pubblico accusatore “non esaurisce la sua funzione complessiva di organo di giustizia, non investigatore puro, ma magistrato tenuto a rispettare e a far rispettare la legalità in ogni momento delle indagini”.

¹⁴⁰ Prima dell'entrata in vigore dell'art. 231 d.leg. n. 271 del 1989, la Corte Costituzionale aveva affermato che si doveva riconoscere un carattere solo sussidiario o concorrente alle azioni penali eventualmente conferite dall'ordinamento a privati o ad organi statali diversi dal pubblico ministero, che avrebbero potuto essere abilitati a promuoverle anche secondo valutazioni discrezionali. In proposito si vedano: - Corte Costituzionale, sent. 26 luglio 1979, n. 84, cit., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 3 e 112 Cost., dell'art. 378, comma 3, l. 20 marzo 1865, n. 2248 all. F (nel testo modificato dalla l. 19 novembre 1921, n. 1688) in base al quale l'Ingegnere capo del Genio civile promuoveva l'azione penale per le contravvenzioni previste dalla legge medesima allorchè lo avesse giudicato “necessario ed opportuno”; sent. 24 maggio 1967, n. 61, in *Giur. cost.*, 1967, 275 ss.; sent. 18 giugno 1982, n. 114, ivi, 1982, 1097 ss..

In dottrina: Spagna Musso, *Potere di promovimento dell'azione penale da parte dell'ingegnere capo del Genio civile ed art. 112 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 1963, Bricola, *Dubbi ed incertezze sulla qualificazione di un singolare potere dell'ingegnere capo del Genio civile in ordine all'azione penale*, ivi, 1964, 255 ss.; Bartole, *Prospettive nuove in tema di Pubblico ministero*, cit., I, 871 ss.; Neppi Modona, *Art. 112 Cost.*, cit., 51.

Dalla titolarità esclusiva in via ordinaria dell'azione penale deriva che il pubblico ministero, componente dell'ordine giudiziario, è uno dei poteri autonomi dello Stato, fornito di istituzionale indipendenza nei confronti di ogni altro potere, compreso il giudice, rispetto ai quali può sollevare davanti alla Corte Costituzionale dei conflitti di attribuzione per la tutela delle proprie prerogative costituzionali¹⁴¹.

Quanto si è sin qui osservato spiega perché "l'affermazione tuttora reperibile in dottrina, secondo cui il pubblico ministero sarebbe il rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria o quantomeno un organo amministrativo¹⁴², non trova più alcuna base nell'ordinamento positivo"¹⁴³, così che, per il chiaro disegno costituzionale, al Ministro della giustizia, nello svolgimento "del ruolo di responsabile politico del regolare

¹⁴¹ Corte Costituzionale, sent. 24 dicembre 1993, n. 462, in *Giust. civ.*, 1993, 3759, dove si è rilevato il mutamento operato rispetto alla precedente ord. n. 16 del 1979, con la quale si era negato al pubblico ministero la possibilità di sollevare conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato, "motivando tuttavia tale esclusione con il fatto che in quel caso il predetto ufficio rivendicava per sé una funzione giurisdizionale in senso proprio e non agiva, come ora, a difesa dell'integrità di competenze inerenti all'esercizio dell'azione penale".

Interessante è pure la sent. 24 dicembre 1993, n. 463, in *Giur. cost.*, 1993, 3799 ss., dove la Corte Costituzionale, intervenendo su un caso identico a quello della sent. 462, ha affermato che "al pubblico ministero, configurato come organo inserito nel complesso del potere giudiziario ..., sono attribuiti l'iniziativa e l'esercizio dell'azione penale (art. 74 dell'ordinamento giudiziario; art. 50 c.p.p.), la cui titolarità ed il cui obbligatorio esercizio hanno una base costituzionale (art. 112 Cost.). Le attribuzioni della procura della Repubblica in questa materia non possono essere surrogate da altri organi giudiziari, tanto che anche nel caso di mancato accoglimento della richiesta di archiviazione il giudice dell'udienza preliminare non provvede all'imputazione, ma può solo disporre che il pubblico ministero la formuli (art. 409 c.p.p.)", con l'effetto che il Procuratore della Repubblica è soggetto legittimato a proporre in proposito il conflitto di attribuzione davanti alla Corte e nei confronti di un altro potere dello Stato, essendo "abilitato a decidere con pienezza di poteri e senza interferenze di sorta da parte di altre istanze della pubblica accusa in ordine allo svolgimento delle indagini finalizzate all'esercizio dell'azione penale".

La Corte ha, altresì, evidenziato che nell'ambito dell'articolazione degli uffici del Pubblico ministero "le funzioni relative alle indagini preliminari, comprese nell'iniziativa e preordinate all'esercizio dell'azione penale, sono attribuite al pubblico ministero presso il giudice competente in ordine al reato per il quale si procede (art. 51 c.p.p.)", dovendo configurarsi il potere d'avocazione delle indagini preliminari da parte del Procuratore generale presso la corte d'appello come un'ulteriore e successiva garanzia di esercizio dell'azione, che presuppone necessariamente l'inerzia del pubblico ministero procedente ed il mancato esercizio del potere allo stesso rimesso".

Identiche considerazioni si ritrovano pure in Corte Costituzionale, sent. 24 dicembre 1993, n. 464, in *Giur. cost.*, 1993 3806 ss.

L'importanza della ricostruzione fatta dalla Corte nelle sentenze suddette è ben evidenziata da Romboli e Panizza, *Ordinamento giudiziario*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, X, Torino, 1995, 386.

¹⁴² Anche dopo l'entrata in vigore della Carta Costituzionale la tesi è stata sostenuta da: Foderaro, *Ministro della giustizia e pubblico ministero nella nuova Costituzione*, in *Arch. pen.*, 1948, 260 ss; Siegert, *L'indipendenza del pubblico ministero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956, 349 ss.; Foschini, *Sistema del diritto processuale penale*, I, Milano, 1965, 256; Bellavista e Tranchina, *Lezioni di diritto processuale penale*, Milano, 1984, 213; Leone, *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli, 1986, 199.

In particolare Manzini, *Trattato di diritto processuale italiano*, cit., 280 ss., ha sostenuto che il pubblico ministero è un organo del potere esecutivo, perché, in forza del principio della distinzione delle funzioni fondamentali dello Stato, è compito dell'esecutivo dare esecuzione alle leggi o direttamente, quando, come avviene nella funzione di polizia, non si richiede "il previo intervento della garanzia giurisdizionale"; oppure subordinatamente alla dichiarazione di legittimità dell'intervento svolto pronunciata dal giudice, come avviene nel campo penale attraverso proprio l'iniziativa del pubblico ministero.

¹⁴³ Scaparone, *Pubblico ministero (dir. proc. penale)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 1101. Così pure Morozzo della Rocca, *Pubblico ministero (dir. proc. civ.)*, I, 1077 ss.

funzionamento della giustizia”, compete unicamente di esercitare, nei modi e nei termini stabiliti dalla legge, la potestà di vigilare sul regolare andamento degli uffici del pubblico ministero, “affinchè questi adempiano nel modo più scrupoloso ed efficace, e con unità di indirizzo, le loro funzioni”; e la facoltà di esercitare la potestà disciplinare nei confronti dei magistrati del pubblico ministero (art. 69 ord. giud. 1941, come modificato dall’art. 39 del decreto “Togliatti”)¹⁴⁴.

10) Il pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari

In attuazione del modello costituzionale del processo accusatorio, nella procedura penale il pubblico ministero assume il ruolo imprescindibile di parte pubblica e imparziale, abilitata in via principale a promuovere il controllo di legalità sulla notizia di reato da parte del giudice, la pronuncia del quale egli sollecita o con una delle diverse forme di esercizio dell’azione penale previste dagli artt. 405 e ss. c.p.p., nell’ipotesi in cui ritenga fondata la notizia di reato; o con la richiesta di archiviazione, ex artt. 408 e ss. c.p.p., nell’ipotesi opposta¹⁴⁵.

Si deve, però, osservare, secondo il pensiero della Corte Costituzionale, che “.. azione penale obbligatoria non significa, però, consequenzialità automatica tra notizia di reato e processo, nè dovere del pubblico ministero di iniziare il processo per qualsiasi

¹⁴⁴ Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. II, cit., 280 ss.

¹⁴⁵ Sembra opportuno ricordare che secondo la costante giurisprudenza della Corte Costituzionale il principio dell’obbligatorietà dell’azione penale non esclude che l’ordinamento stabilisca determinate condizioni per il promovimento o la prosecuzione di essa in considerazione degli interessi pubblici perseguiti dall’amministrazione dello Stato. In proposito si vedano:

- sent. 12 luglio 1967, n. 105, in *Giur. cost.*, 1967, 465 ss., che ha dichiarato non fondata in riferimento all’art. 112 Cost. la questione di legittimità costituzionale dell’art. 9 del d.p.r. 19 marzo 1955, n. 520, che riconosce all’Ispettorato del lavoro la facoltà di diffidare, con apposita prescrizione, il datore di lavoro che non si sia comportato in conformità con le norme di legge, fissando un termine per la regolarizzazione;
- sent. 18 aprile 1974, n. 104, ivi, 1974, 751 ss., che, sempre in riferimento all’art. 112 Cost., ha parimenti dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 42, comma 7, e 45 della l. 4 luglio 1967, n. 580, che interpongono il medico provinciale fra il capo del laboratorio di analisi, al quale sia risultata l’infrazione ed il pubblico ministero, al quale gli atti debbono essere trasmessi solo nel caso di mancato pagamento della somma pecuniaria stabilita per la concessione amministrativa, ovvero nelle ipotesi dei delitti previsti dai capi II e III del titolo VI del libro II c.p., restando escluse le altre ipotesi delittuose.

La prospettiva di allargare il novero delle condizioni di procedibilità per deflazionare il carico penale è stata sostenuta da Chiavario, *L’obbligatorietà dell’azione penale: il principio e la realtà*, cit., 2668, che ha ritenuto rispettato il principio dell’obbligatorietà dell’azione penale da parte del pubblico ministero solo quando “la sovrapposizione di una volontà esterna a quella del pubblico ministero ” trovi la sua giustificazione nell’autoregolamentazione dell’interesse leso da parte del suo titolare diretto o delegato (come nel caso del Ministro della Giustizia per le offese al Capo dello Stato), purchè tale interesse sia di rilevanza costituzionale pari a quello tutelato dall’azione penale.

notitia criminis”, in quanto costituisce limite implicito alla stessa obbligatorietà “*che il processo non debba essere instaurato quando si appalesi oggettivamente superfluo*”¹⁴⁶.

“Incentrandosi l’obbligatorietà sul promovimento dell’azione, la regola è così enunciabile: dicendo che l’esercizio di tale potere è doveroso si intende che il pubblico ministero deve promuovere l’azione non appena ravvisi, secondo il grado logico proprio dei giudizi storici insiti nell’imputazione, che è stato commesso un fatto integrante tutti gli estremi di una fattispecie normativa di reato, restandogli pertanto inibito di introdurre valutazioni di convenienza di qualsiasi genere che rompano l’automatismo fra quella conoscenza e l’iniziativa incriminatrice”¹⁴⁷.

L’adozione del sistema processuale accusatorio, imperniato sulla rigida distinzione tra la funzione giudicante, riservata al giudice terzo e imparziale, e la funzione inquirente-requirente, assegnata al pubblico ministero, parte pubblica imparziale, promotore a fini di giustizia dell’intervento decisorio del giudice, comporta, allora, necessariamente la previsione da parte del legislatore ordinario di una fase procedurale anteriore all’esercizio dell’azione penale, ossia quella delle cosiddette indagini preliminari, nel corso della quale il pubblico ministero, quale titolare della potestà pubblica investigativa finalizzata all’esercizio imparziale dell’azione penale¹⁴⁸, deve raccogliere tutti gli elementi di prova necessari a valutare la fondatezza o meno della notizia di reato. In tale fase il pubblico ministero deve ricostruire la commissione del reato e individuare la responsabilità del suo autore¹⁴⁹, ricercando quanto più è possibile la verità reale del fatto di reato e del suo autore, operando o direttamente o per il tramite della polizia giudiziaria, che è a lui sottoposta anche per meglio garantire il rispetto dei diritti di libertà della persona umana nello svolgimento delle attività investigative (art. 109 Cost. e 327 c.p.p.)¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Corte Costituzionale, sent. 15 febbraio 1991, n. 88, cit., 591.

¹⁴⁷ Dominioni, *Azione penale*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1987, 410.

¹⁴⁸ Così pure Corte Costituzionale, sent. 15 febbraio 1991, n. 88, cit., 591, che ha posto in evidenza che la potestà investigativa è concentrata sul pubblico ministero e “*radicalmente sottratta al giudice*”, così da evitare “*ogni contaminazione funzionale tra giudice e organo dell’accusa - specie in tema di formazione della prova e di libertà personale -*”. La Corte ha però precisato che tale distinzione “*non comporta che, sul piano strutturale ed organico, il pubblico ministero sia separato dalla Magistratura costituita in ordine autonomo ed indipendente... Il ruolo del pubblico ministero non è quello di mero accusatore, ma pur sempre di organo di giustizia obbligato a ricercare tutti gli elementi di prova rilevanti per una giusta decisione, ivi compresi gli elementi favorevoli all’imputato...*”

¹⁴⁹ Silvestri, *Il P.M. quale era, qual’è, quale dovrebbe essere*, in *Giur. cost.*, 1997, 959, che ha giustamente sottolineato che l’imparzialità del pubblico ministero nel valutare la fondatezza della notizia di reato è strumento di garanzia della libertà dei cittadini, perchè serve “*a non trasformare il processo da strumento di tutela dei diritti dei cittadini in luogo istituzionale della loro lesione*”.

¹⁵⁰ Anche per Corte Cost., sent. 24 aprile 2009, n. 121, cit., occorre operare la distinzione “*tra la fase delle indagini preliminari – nella quale non opera il principio del contraddittorio nella formazione della prova, come non opera in genere per l’applicazione delle misure cautelari – e quella del processo*”.

E ciò il pubblico ministero deve fare utilizzando esclusivamente gli strumenti di indagine previsti dalla legge, che possono sostanziarsi, nel rispetto sempre dell'inviolabile diritto di difesa dell'indagato, pure in poteri di limitazione della libertà personale, del domicilio e della riservatezza delle forme di comunicazione (misure cautelari personali e reali, ispezioni, perquisizioni, intercettazioni, ex artt. 13, 14 e 15 Cost.), che possono essere eseguiti, nei soli casi e modi tassativamente previsti dalla legge, nei limiti strettamente necessari per l'accertamento del fatto costituente reato, l'individuazione del reo e la prevenzione del rischio di reiterazione nel reato, su iniziativa del pubblico ministero, o in casi di necessità e d'urgenza della polizia giudiziaria, ma sempre sotto il controllo, a seconda dei casi preventivo o successivo, del giudice precostituito per legge, che è il garante dei diritti di libertà incisi, a fini di giustizia, dal potere investigativo dell'organo inquirente.

Nella fase delle indagini preliminari, diretta alla raccolta degli elementi necessari per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale, il pubblico ministero è logicamente titolare di poteri investigativi maggiori rispetto a quelli dell'indagato e della persona offesa dal reato (che sono le uniche parti private presenti in quel momento procedurale), perché deve esercitare, nel pieno rispetto dell'inviolabile diritto di difesa e sotto il controllo del competente giudice per le indagini preliminari, l'incoercibile funzione pubblica di accertare, attraverso gli strumenti di indagine previsti dal codice di procedura penale, la sussistenza degli elementi costitutivi delle fattispecie penali stabilite dal legislatore per la tutela effettiva dei valori costituzionali fondamentali della persona umana e della comunità nazionale (artt. 2, 25, I comma, e 112 Cost.)¹⁵¹.

¹⁵¹ Da ultimo si veda Corte Costituzionale, sent. 26 ottobre 1998, n. 361, in *G.U. 4/11/1998*, che ha ribadito che il processo penale "è strumento, non disponibile dalle parti, destinato all'accertamento giudiziale dei fatti di reato e delle relative responsabilità", svolgendo una funzione che "non può essere utilizzata per attenuare la tutela - piena e incoercibile - del diritto di difesa dell'imputato, coesistente allo stesso processo", da intendere sia come diritto al silenzio sulle domande "che potrebbero coinvolgere responsabilità proprie", sia come diritto "di sottoporre al vaglio del contraddittorio le dichiarazioni che lo riguardano, in conformità al metodo di formazione dialettica della prova davanti al giudice chiamato a decidere". Ad avviso della Corte "sono censurabili, sotto il profilo della ragionevolezza, soluzioni normative che, non necessarie per realizzare le garanzie della difesa, pregiudichino la funzione del processo".

La Corte ha così dichiarato l'illegittimità costituzionale:

- "dell'art. 513, comma 2, ultimo periodo del c.p.p. nella parte in cui non prevede che, qualora il dichiarante rifiuti o comunque ometta in tutto o in parte di rispondere su fatti concernenti la responsabilità di altri già oggetto delle sue precedenti dichiarazioni, in mancanza dell'accordo delle parti alla lettura si applica l'art. 500, commi 2-bis e 4 del c.p.p.";
- "dell'art. 210 del c.p.p. nella parte in cui non ne è prevista l'applicazione anche all'esame dell'imputato nel medesimo procedimento su fatti concernenti la responsabilità di altri, già oggetto delle sue precedenti dichiarazioni rese all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero";
- "dell'art. 238, comma 4, del c.p.p. nella parte in cui non prevede che, qualora in dibattimento la persona esaminata a norma dell'art. 210 del c.p.p. rifiuti o comunque ometta in tutto o in parte di rispondere su fatti concernenti la responsabilità di altri già oggetto delle sue precedenti dichiarazioni,

Come ha da tempo statuito la Corte Costituzionale, *“la peculiare posizione istituzionale e la funzione assegnata”* al pubblico ministero *“ovvero esigenze connesse alla corretta amministrazione della giustizia e di rilievo costituzionale possono giustificare una disparità di trattamento”* tra il pubblico ministero e le altre parti coinvolte nelle indagini preliminari, ossia l'indagato e la persona offesa, *“ma la giustificano, ovviamente, solo quando in quella posizione, in quella funzione od in quelle esigenze essa possa trovare una ragionevole motivazione”*¹⁵².

in mancanza di consenso dell'imputato alla utilizzazione si applica l'art. 500, commi 2-bis e 4, del c.p.p.”.

In dottrina: Rinaudo, *Formazione della prova dichiarativa e giusto processo*, in *Giust. pen.*, III, 1999, 673 ss.; Zanon, *Il dibattito sull'art. 513 c.p.p. nelle prospettive costituzionalistiche*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 239 ss.

¹⁵² Corte Costituzionale, sent. 16 dicembre 1970, n. 190, cit., 1971, 707 ss., che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 24, II comma, Cost., dell'art. 304, I comma, c.p.p. del 1931 nella parte in cui escludeva il diritto del difensore dell'imputato di assistere all'interrogatorio. Lo stesso concetto è stato ripreso dalla Corte Costituzionale nella sent. 23 aprile 1986, n. 110, in *Giur. cost.*, 1986, 622 ss. per dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 263, comma 2, del vecchio c.p.p. nella parte in cui non riconosceva all'imputato il diritto di proporre appello contro l'ordinanza di rigetto dell'istanza di revoca del mandato di cattura.

Seguendo questa linea interpretativa, la Corte Costituzionale ha poi delimitato i poteri riconosciuti al pubblico ministero dal nuovo c.p.p. del 1988 in tema di esperibilità dei procedimenti speciali. Così:

a) con sent. 8 febbraio 1990, n. 66, in *G.U. 14/2/1990*, 43 ss., ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei primi tre commi dell'art. 247 delle disposizioni transitorie del c.p.p. nella parte in cui non prevedono che il pubblico ministero, in caso di dissenso, debba enunciarne le ragioni e nella parte in cui non prevedono che il giudice, quando, a dibattimento concluso, ritiene ingiustificato il dissenso del pubblico ministero, possa applicare all'imputato la riduzione di pena contemplata dall'art. 442, I comma, c.p.p.. E ciò in quanto non appare corretto, in relazione all'art. 3 Cost., che *“il pubblico ministero, di fronte ad una richiesta di giudizio abbreviato, possa sacrificare, oltre al rito, anche l'effetto sulla pena, senza neppure dover enunciare le ragioni del proprio dissenso, a differenza di quanto avviene di fronte ad una richiesta di applicazione della pena, dove un rito sostanzialmente corrispondente può essere sacrificato dal pubblico ministero solo enunciando le ragioni del dissenso e l'effetto sulla pena può essere sacrificato solo con un dissenso non ritenuto ingiustificato dal giudice. Tanto più se si considera che nell'applicazione della pena su richiesta l'iniziativa può partire indifferentemente dall'imputato o dal pubblico ministero con reciproca possibilità di un dissenso che il pubblico ministero è tenuto a motivare e l'imputato no, mentre nel giudizio abbreviato, essendo l'iniziativa riservata a quest'ultimo, il dissenso può essere del solo pubblico ministero con conseguente maggiore necessità di una motivazione”*;

b) con sent. 12 aprile 1990, n. 183, in *G.U. 18/4/1990*, 60 ss., ha dichiarato, sviluppando un ragionamento analogo a quello appena visto, la illegittimità costituzionale dell'art. 452, II comma, c.p.p., nella parte in cui non prevede che il pubblico ministero, quando non consente alla richiesta di trasformazione del giudizio direttissimo in giudizio abbreviato, debba enunciare le ragioni del suo dissenso e nella parte in cui non prevede che il giudice, quando, a giudizio direttissimo concluso, ritiene ingiustificato il dissenso del pubblico ministero, possa applicare all'imputato la riduzione di pena contemplata dall'art. 442, II comma, c.p.p.;

c) con sent. 15 febbraio 1991, n. 81, in *G.U. 20/2/1991*, 31 ss., ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 3 Cost. del combinato disposto degli artt. 438, 439, 440 e 442, e degli artt. 458, I e II comma, 464, I comma, c.p.p., nella parte in cui non prevedono che il P.m., in caso di dissenso, sia tenuto ad enunciarne le ragioni e nella parte in cui non prevede che il giudice, quando, a dibattimento concluso, ritiene ingiustificato il dissenso del Pubblico ministero, possa applicare all'imputato la riduzione di pena contemplata dall'art. 442, II comma, dello stesso codice. *“Non risponde, infatti, alle esigenze di coerenza e ragionevolezza una disciplina che autorizza il pubblico ministero ad opporsi non soltanto a una “determinata scelta del rito processuale”, la qual cosa sarebbe pienamente “in armonia con le normali prerogative del pubblico ministero” (v. sentenza n. 120 del 1984), ma anche a una consistente riduzione della pena da infliggere all'imputato in caso di condanna, senza neppure dover esternare le ragioni di tale opposizione, così sottraendola all'“obiettiva ed imparziale valutazione” del giudice (v., ancora, sentenza n. 120 del 1984)”,* che deve perciò avere la possibilità, a dibattimento concluso, di concedere la riduzione di pena prevista dalla specialità del rito abbreviato qualora reputi ingiustificato il dissenso del pubblico ministero.

Questo vuol dire che l'astratto modello accusatorio introdotto dalla riforma processuale del 1988, e soprattutto da quella costituzionale sul giusto processo del 1999, sebbene accentui il ruolo di parte del pubblico ministero, *“deve subire gli adattamenti necessari a renderlo coerente al disposto costituzionale”* dell'obbligatorietà dell'azione penale¹⁵³, in quanto *“non comporta necessariamente l'identità tra i poteri processuali del pubblico ministero e quelli dell'imputato, potendo una disparità di trattamento risultare giustificata, nei limiti della ragionevolezza, sia dalla peculiare posizione istituzionale del pubblico ministero, sia dalla funzione allo stesso affidata, sia da esigenze connesse alla corretta amministrazione della giustizia”*, così da doversi reputare costituzionalmente corretta *“la posizione di vantaggio di cui fisiologicamente fruisce l'organo dell'accusa nella fase delle indagini preliminari, sul piano della ricchezza degli strumenti investigativi, posizione di vantaggio che riflette il ruolo istituzionale di detto organo, avuto riguardo anche al carattere “invasivo” e “coercitivo” di determinati mezzi di indagine”*¹⁵⁴.

Le sentenze citate sono state attentamente analizzate da Veneziano, *Il ruolo del P.m. nelle recenti sentenze della Corte Costituzionale*, in *Quest. giust.*, 1991, 3, 609 ss., che ha apprezzato il lavoro svolto dalla Corte Costituzionale per adattare il nuovo processo penale di stampo accusatorio ai principi costituzionali.

L'orientamento espresso dalla Corte Costituzionale è stato condiviso da Manzoni, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria: organizzazione e posizione istituzionale e processuale*, in Chiavario (a cura di), *Protagonisti e comprimari del processo penale*, Torino, 1995, 95 ss.; e criticato come mistificatorio, non potendosi richiedere allo stesso organo di attivarsi in due direzioni opposte da Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova, 1996, 115 ss., che ha di conseguenza sostenuto che il pubblico ministero deve svolgere indagini a favore dell'indagato solo per vedere anticipatamente la possibilità di esperire con successo l'azione penale.

¹⁵³ Corte Costituzionale, sent. 15 febbraio 1991, n. 88, cit., 590 e 593, le cui affermazioni sono state poi riprese in dottrina Devoto, *Il Pubblico ministero potere autonomo dello Stato*, in *Dir. pen e proc.*, 1996, 374 ss., che ha notato in particolare che *“la tipologia dei controlli del giudice sull'azione evidenzia come il pubblico ministero non sia una parte che liberamente agisce sulle scene del processo, ma un soggetto che opera costantemente nel quadro di una legalità vincolata”, “tenuto all'applicazione oggettiva della legge in ogni momento della sua attività”* anche nella scelta delle strategie processuali da effettuare esclusivamente avendo di mira la migliore attuazione della legge penale.

¹⁵⁴ Corte Costituzionale, sent. 24 gennaio 2007, n. 26, cit., 73.

Gli stessi concetti sono stati ripresi dalla Corte Costituzionale nella sent. 10 luglio 2007, n. 320, in *Guida dir.*, 2007, 31, 49, *“il principio di parità delle parti processuali – enunciato attualmente in forma autonoma dal secondo comma dell'art. 111 Cost., aggiunto dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, ma già pacificamente insito nel pregresso sistema dei valori costituzionali – non comporta necessariamente, nel processo penale, l'identità tra i poteri del pubblico ministero e quelli dell'imputato. Stanti le fisiologiche differenze che connotano le posizioni delle due parti necessarie del processo penale, ripartizioni asimmetriche di poteri tra le parti stesse sono compatibili con il principio di parità, ad una duplice condizione: e, cioè, che tali asimmetrie, per un verso, trovino un'adeguata ratio giustificatrice nel ruolo istituzionale del pubblico ministero, ovvero in esigenze di funzionale e corretta esplicazione della giustizia penale, anche in vista del completo sviluppo di finalità esse pure costituzionalmente rilevanti; e, per un altro verso, risultino comunque contenute – anche in un'ottica di complessivo riequilibrio delle posizioni delle parti – entro i limiti della ragionevolezza”*.

Nello stesso senso si veda pure Corte Costituzionale, sent. 22 giugno 2009, n. 184, in *G.U.* 1/7/2009, dove si è messo in risalto che *“La fase delle indagini preliminari è, in effetti, caratterizzata da un marcato squilibrio di partenza fra le posizioni delle parti, correlato alla funzione istituzionale del pubblico ministero: i poteri e i mezzi investigativi di cui dispone la parte pubblica restano – anche dopo gli interventi operati dalla legge 7 dicembre 2000, n. 397, in tema di disciplina delle investigazioni difensive – largamente superiori a quelli di cui fruisce la difesa...”*.

In base ai principi enunciati dagli artt. 2, 25 e 112 Cost., al pubblico ministero è imposto, allora, l'obbligo di *“ricercare tutti gli elementi di prova rilevanti per una giusta decisione, compresi gli elementi favorevoli”* alla persona accusata di aver commesso il reato e *“di estendere le proprie indagini a tutto ciò che può formare oggetto di prova per l'accusa o la difesa”*, così da poter assumere ponderate determinazioni circa l'esercizio dell'azione penale nei confronti dell'indagato, dopo aver attentamente verificato anche l'eventuale sussistenza di elementi indiziari a favore di quest'ultimo (art. 358 c.p.p.), al *“fine di evitare l'instaurazione di un processo superfluo”*¹⁵⁵.

Da qui il riconoscimento al pubblico ministero di una serie di attività che egli può compiere, direttamente o per il tramite della polizia giudiziaria, per la raccolta degli elementi di prova sulla responsabilità penale dell'indagato senza che quest'ultimo abbia il diritto di essere previamente avvisato (perquisizioni, sequestri) o di essere presente (assunzione di informazioni da persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini; consulenza tecnica; individuazione di persone, di cose o di quanto altro possa essere oggetto di percezione sensoriale).

L'indagato, a sua volta, ha la possibilità, nella fase delle indagini preliminari, di sollecitare il pubblico ministero a svolgere indagini in suo favore, richiedendo il compimento di specifici atti investigativi, rilasciando dichiarazioni difensive in sede di interrogatorio, presentando memorie, producendo documenti, e depositando la documentazione relativa alle investigazioni svolte dal difensore ai sensi della legge n. 392 del 2000, in modo da indurre il pubblico ministero a compiere, sulla base della prospettazione difensiva, una rilettura oggettiva ed imparziale degli elementi di prova raccolti (cfr.: art. 415 bis c.p.p., introdotto con l'art. 17 della l. 16 dicembre 1999, n. 479)¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Corte Costituzionale, sent. 15 febbraio 1991, n. 88, cit., 590 e 593.

Si ricorda che Corte Costituzionale, sent. 10 dicembre 1970, n. 190, cit., ha evidenziato che il pubblico ministero, perseguendo unicamente fini di giustizia, svolge funzioni requirenti sue proprie *“anche quando promuove accertamenti che possano dimostrare l'innocenza dell'imputato, quando chiede l'emissione del c.d. decreto di archiviazione, quando conclude per il proscioglimento dell'imputato e così via”*.

¹⁵⁶ Corte Costituzionale, ord. 11 aprile 1997, n. 96, in *Giur. cost.*, 1997, 953 ss., (con attento commento di Silvestri, *Il P.M. quale era, qual'è, quale dovrebbe essere*) che, nel rigettare la questione di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3, 24, Il co., 27, Il co., e 76 Cost. dell'art. 358 c.p.p. nella parte in cui non prevede alcuna sanzione processuale in caso di inottemperanza da parte del pubblico ministero all'obbligo di svolgere anche accertamenti a favore dell'indagato, ha precisato che *“l'obbligo del pubblico ministero di svolgere indagini anche in favore della persona sottoposta alle indagini non mira nè a realizzare il principio di eguaglianza tra accusa e difesa, nè a dare attuazione al diritto di difesa, ma si innesta sulla natura di parte pubblica dell'organo dell'accusa (v. sent. n. 190 del 1991) e sui compiti che il pubblico ministero è chiamato ad assolvere nell'ambito delle determinazioni che, a norma del combinato disposto dagli artt. 358 e 326 c.p.p., deve assumere in ordine all'esercizio dell'azione penale; - che il principio di obbligatorietà dell'azione penale non comporta, infatti, l'obbligo di esercitare l'azione ogni qualvolta il pubblico ministero sia stato raggiunto da una notizia di reato, ma va razionalmente temperato con il fine di evitare l'instaurazione di un processo superfluo (v. sent. n. 88 del 1991); - che tal fine si realizza anche mediante l'obbligo di svolgere accertamenti a favore della persona sottoposta alle indagini, obbligo*

In particolare si deve evidenziare che la legge n. 392 del 2000, allo “scopo di conseguire un minore squilibrio tra le posizioni della parte pubblica e dell’indagato-imputato, delineando una tendenziale pari valenza delle indagini di entrambi”¹⁵⁷, in attuazione del principio enunciato dall’art. 111 Cost., ha affermato il diritto della persona coinvolta in un reato o come persona offesa o come indagato, pure solo potenziale, a far svolgere investigazioni al proprio difensore (e ai suoi collaboratori) per ricercare e individuare (nelle forme e nei limiti ivi stabiliti) elementi di prova in proprio favore (anche a prescindere dalla concreta instaurazione da parte del pubblico ministero di un procedimento penale), pur riservando, al contempo, al pubblico ministero la prerogativa di vietare, per non oltre due mesi ed in presenza di specifiche esigenze investigative, alle persone sentite di comunicare ad altri i fatti e le circostanze oggetto dell’indagine di cui hanno conoscenza.

Allo scopo di prevenire ogni possibilità di esercizio apparente dell’azione penale all’esito di accertamenti superficiali e lacunosi, produttivi solo di un ingiustificato aggravio del dibattimento e di un’ingiustificata sofferenza per l’imputato, sul pubblico ministero grava, dunque, il dovere di rispettare il principio della tendenziale completezza delle indagini preliminari, che, secondo la Corte Costituzionale, serve al pubblico ministero ad effettuare, davanti al giudice e sul fondamento degli elementi di prova raccolti anche grazie all’apporto dello stesso indagato, una scelta meditata circa la necessità di esercitare o meno l’azione penale, individuandone pure le forme più adatte tra quelle previste dalla legge processuale ed in modo da indurre la persona sottoposta alle indagini ad accettare i riti alternativi¹⁵⁸.

E si consideri che la valutazione circa la sussistenza di elementi indiziari a carico dell’indagato deve essere svolta dal pubblico ministero entro i tempi di durata delle indagini preliminari, che l’art. 406 c.p.p. fissa per “*imprimere tempestività alle investigazioni*” e per “*contenere in un lasso di tempo predeterminato la condizione di chi a*

strettamente correlato alla disciplina codicistica che pone al pubblico ministero l’alternativa, al termine delle indagini preliminari, tra la richiesta di archiviazione e l’esercizio dell’azione penale (art. 405, comma 1, c.p.p.), ferma restando comunque la sottoposizione della richiesta di archiviazione al vaglio giurisdizionale in funzione di controllo sull’effettività del principio costituzionale di obbligatorietà dell’azione penale”.

¹⁵⁷ Come osservato da Corte Costituzionale, sent. 22 giugno 2009, n. 184, cit.,

¹⁵⁸ Come puntualizzato dalla Corte Costituzionale, sent. 15 febbraio 1991, n. 88, cit., 592, con il sostegno di Chiavario, *L’obbligatorietà dell’azione penale: il principio e la realtà*, cit., 2665.

Si deve pure ricordare Corte Costituzionale, ord. 18 ottobre 1996, n. 350, in *Cass. pen.*, 1997, 346 ss., che ha ulteriormente precisato “*che la tendenziale completezza delle indagini ..., evocata dall’art. 358 c.p.p., viene funzionalmente a correlarsi non al compimento di tutti gli atti “necessari per l’accertamento della verità”, secondo l’ampia enunciazione che compariva nell’art. 299 del codice abrogato, ma al ben più circoscritto ambito che ruota attorno alla scelta se esercitare o meno l’azione penale*”.

tali indagini è assoggettato"¹⁵⁹, senza che ciò contrasti con il precetto sancito dall'art. 112 Cost., "non essendo quel termine, in sè e per sè considerato, un fattore che sempre e comunque è astrattamente idoneo a turbare le determinazioni che il pubblico ministero è chiamato ad assumere al suo spirare, cosicchè l'eventuale necessità di svolgere ulteriori atti di investigazione viene a profilarsi unicamente come ipotesi di mero fatto che, per un verso, non impedisce allo stesso pubblico ministero di stabilire, allo stato delle indagini svolte, se esercitare o meno l'azione penale, mentre, sotto altro profilo, può rinvenire adeguato soddisfacimento, a seconda delle scelte operate, o nella riapertura delle indagini prevista dall'art. 414 c.p.p. o nella attività integrativa di indagine che l'art. 430 c.p.p. consente di compiere anche dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio"¹⁶⁰.

Solo all'esito delle indagini preliminari, che devono essere, almeno tendenzialmente, esaurienti, il pubblico ministero è tenuto a promuovere il controllo di legalità del giudice sulla notizia di reato o con una delle forme di esercizio dell'azione penale, o con la richiesta di archiviazione, a seconda che l'organo inquirente ritenga, all'esito degli accertamenti investigativi svolti, fondata o meno la notizia di reato in base a delle valutazioni strettamente giuridiche circa la corrispondenza del fatto storico accertato all'astratta fattispecie normativa¹⁶¹.

E si tenga presente che, come ha precisato recentemente la Corte Costituzionale, "la decisione sull'esercizio dell'azione penale" da parte del pubblico ministero si deve fondare "su una valutazione di utilità del passaggio alla fase processuale... a carattere

¹⁵⁹ Corte Costituzionale, sent. 15 aprile 1992, n. 174, in *Cass. pen.*, 1992, 916, che ha dichiarato la illegittimità costituzionale degli artt. 406, I e II comma, e 553, II comma, c.p.p., nella parte in cui prevedono che il giudice possa prorogare il termine delle indagini preliminari solo "prima della scadenza" del termine stesso, originario o prorogato.

Il principio è stato successivamente ribadito dalla Corte nelle ord. 25 maggio 1992, n. 222, *ivi*, 2640 ss.; e 10 febbraio 1993, n. 48, in *Giur. cost.*, 1993, 350 ss., con la quale si è pure precisato che la fissazione di un termine massimo per lo svolgimento delle indagini preliminari non contrasta con il precetto sancito dall'art. 112 Cost., "non essendo quel termine, in sè e per sè considerato, un fattore che sempre e comunque è astrattamente idoneo a turbare le determinazioni che il pubblico ministero è chiamato ad assumere al suo spirare, cosicchè l'eventuale necessità di svolgere ulteriori atti di investigazione viene a profilarsi unicamente come ipotesi di mero fatto che, per un verso, non impedisce allo stesso pubblico ministero di stabilire, allo stato delle indagini svolte, se esercitare o meno l'azione penale, mentre, sotto altro profilo, può rinvenire adeguato soddisfacimento, a seconda delle scelte operate, o nella riapertura delle indagini prevista dall'art. 414 c.p.p. o nella attività integrativa di indagine che l'art. 430 consente di compiere anche dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio".

¹⁶⁰ Corte Cost., ord. 10 febbraio 1993, n. 48, in *Giur. cost.*, 1993, 350 ss.

¹⁶¹ Corte Costituzionale, sent. 15 febbraio 1991, n. 88, cit., 591. Il principio è stato sviluppato in dottrina da Neppi Modona, *La Magistratura - art. 112 Cost.*, cit., 56, che ha evidenziato come "la garanzia dei controlli dell'organo giurisdizionale sulle scelte del pubblico ministero in tema di azione penale viene così a spiegare ed a rafforzare la connessione che a ragione i Costituenti hanno visto tra il principio di obbligatorietà e il valore dell'indipendenza del pubblico ministero, concepito come necessaria e logica conseguenza del principio di legalità", così da evitare i rischi insiti alla discrezionalità delle valutazioni di carattere giuridico e probatorio compiute dal pubblico ministero circa la corrispondenza del fatto concreto alla fattispecie penale astratta e circa la consistenza degli elementi indiziari a carico dell'indagato.

“dinamico”, in quanto il pubblico ministero “tiene conto anche di quanto può ritenersi ragionevolmente acquisibile nella fase dibattimentale, quale sede istituzionalmente preordinata alla formazione della prova nel contraddittorio delle parti e, dunque, ad un possibile sviluppo, in chiave probatoria e ai fini della decisione di merito sulla regiudicanda, degli elementi raccolti in fase investigativa. In altre parole, la valutazione di tali elementi ha luogo “non nell’ottica del risultato dell’azione, ma in quella della superfluità o no dell’accertamento giudiziale” e dei suoi precipui obiettivi, rappresentando “la traduzione in chiave accusatoria del principio di non superfluità del processo (sent. n. 88 del 1991; in senso analogo, sentt. n. 478 e n. 319 del 1993, ord. n. 252 del 1991)”¹⁶².

11) Il pubblico ministero nella fase processuale

L’insieme dei principi sin qui enunciati porta a qualificare il pubblico ministero organo giudiziario dotato fundamentalmente di poteri di impulso per l’applicazione della legge penale, che si estrinsecano nei confronti tanto del giudice quanto del reo¹⁶³.

Riguardo al giudice, il pubblico ministero vanta la pretesa ad ottenere una decisione conforme alla legge o sulla richiesta di archiviazione (artt. 408 ss. c.p.p.) oppure su una delle diverse forme di esercizio dell’azione penale previste dagli artt. 405 ss. c.p.p. (richiesta di rinvio a giudizio ex art. 416 c.p.p., applicazione della pena su richiesta delle parti ex artt. 444 ss. c.p.p., giudizio direttissimo ex artt. 449 ss. c.p.p., giudizio immediato ex artt. 453 ss. c.p.p., procedimento per decreto ex artt. 459 ss. c.p.p., citazione diretta a giudizio ex artt. 550 ss. c.p.p.), che egli formula in forza del principio di obbligatorietà dell’azione penale, per il quale nulla può essere sottratto al controllo di legalità effettuato dal giudice¹⁶⁴.

Nei confronti del reo, il pubblico ministero ha il diritto potestativo di farlo soggiacere, nei casi in cui siano state raccolte nei suoi confronti “solide emergenze probatorie sulla colpevolezza”¹⁶⁵, al processo penale ed agli effetti prodotti dalla decisione

¹⁶² Corte Cost., sent. 24 aprile 2009, n. 121, cit.

¹⁶³ Si deve a questo punto rilevare che mal si conciliano con il disegno costituzionale della funzione requirente i residuali poteri a carattere giurisdizionale che il vigente codice di procedura penale riconosce al pubblico ministero in tema di citazione diretta a giudizio nei casi previsti negli artt. 550 c.p.p. e ss.; di immediata liberazione dell’arrestato o del fermato ai sensi dell’art. 389 c.p.p.; di arresto per i reati commessi in udienza ex art. 476 c.p.p.

¹⁶⁴ Vassalli, *La potestà punitiva*, Torino, 1942, 194, ha, in proposito, evidenziato che “se un diritto ha il pubblico ministero verso il giudice, questo è unicamente il diritto a che il giudice giudichi e non già a che il giudice assolva o che il giudice punisca”, gravando sul giudice il dovere di esercitare il potere giurisdizionale ed avendo il pubblico ministero “il diritto (d’azione penale) a che questo potere venga esercitato”.

¹⁶⁵ Silvestri, *Il P.M. quale era, qual’è, quale dovrebbe essere*, cit., 959, che ha giustamente sottolineato che l’imparzialità del pubblico ministero nel valutare la fondatezza della notizia di reato è strumento di garanzia

giurisdizionale¹⁶⁶. Attivando il processo penale il pubblico ministero mira, infatti, ad attualizzare la pretesa punitiva derivante dal reato “attraverso l’esplicamento della guarentigia giurisdizionale”, che accerta la sussistenza o meno “delle condizioni che determinano, escludono o modificano la realizzabilità” della punibilità dell’imputato che, all’esito del giudizio, risulti colpevole¹⁶⁷.

Nel processo penale, avente ad oggetto principale proprio l’accertamento della responsabilità dell’imputato in ordine al reato contestato, il pubblico ministero, facendosi portatore a fini di giustizia della pretesa punitiva vantata dallo Stato ordinamento a seguito della commissione del reato, che dialetticamente si contrappone al diritto di libertà fatto valere dall’imputato con l’assistenza del difensore, assume la veste di parte pubblica, facendosi neutrale sostenitore dell’imputazione formulata nell’atto di promovimento dell’azione penale¹⁶⁸, e ponendosi di fronte al giudice in condizioni di paritetica contrapposizione rispetto all’imputato e alle altre parti private, ossia la parte civile, il responsabile civile ed il civilmente obbligato per il pagamento della multa e dell’ammenda¹⁶⁹. Queste, a loro volta, avvalendosi dell’assistenza di un difensore tecnico per meglio garantire il proprio diritto di azione e di difesa in giudizio (art. 24 Cost.), si fanno sostenitrici delle pretese vantate in forza delle fonti di prova a loro favorevoli, legittimamente raccolte o da loro stesse o dal pubblico ministero.

della libertà dei cittadini, perchè serve “a non trasformare il processo da strumento di tutela dei diritti dei cittadini in luogo istituzionale della loro lesione”.

¹⁶⁶ Con precisione Fortuna, *Pubblico ministero (diritto processuale penale)*, in *Enc. giur.*, XXV, 1991, 2, ha osservato che “l’esercizio in concreto dell’azione penale pone in luce due momenti essenziali: quello che si manifesta nel diritto del pubblico ministero (e dell’accusato) di esigere dal giudice la prestazione giudiziale e cioè la decisione di merito ovvero meramente processuale sulla *notitia criminis* e quindi sulla pretesa punitiva dello Stato comunque connessa e coinvolta dall’iniziativa; e quello che si traduce nel diritto potestativo del pubblico ministero di porre in essere le condizioni per l’attuazione della volontà della legge penale e nella correlativa soggezione dell’accusato che con riguardo a ciò nulla può fare ma neppure nulla è tenuto a fare”.

¹⁶⁷ Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, I, cit., 195 ss.

¹⁶⁸ Così pure Silvestri, *Il P.M. quale era, qual’è, quale dovrebbe essere*, cit., 958, per il quale il pubblico ministero nel processo penale è imparziale perchè tutela “esclusivamente l’interesse pubblico alla repressione delle condotte penalmente sanzionate” nei confronti di coloro per i quali abbia raggiunto un ragionevole convincimento di colpevolezza.

Sul punto merita di essere ricordata pure Corte Costituzionale, sent. 10 dicembre 1970, n. 190, cit., che ha insistito nell’evidenziare che pubblico ministero e imputato sono portatori di interessi dialetticamente contrapposti, pur essendo il pubblico ministero una parte che persegue solo fini di giustizia. La Corte ha, difatti, osservato che “*nel processo penale si controverte intorno alla responsabilità dell’imputato, e la realtà effettuale, della quale l’interprete del diritto non può non tenere conto, è che in questa controversia i due poli del contraddittorio si incentrano, appunto, nel pubblico ministero da un lato, nell’imputato e nel suo difensore dall’altro. La netta distinzione fra gli interessi a tutela dei quali essi rispettivamente agiscono e fra i fini che essi conseguentemente perseguono giustifica la conclusione che nella dialettica del processo e di fronte al giudice i predetti soggetti sono da considerare parti...*”.

¹⁶⁹ Devoto, *Il Pubblico ministero potere autonomo dello Stato*, cit., 376, ha intelligentemente notato che “la Costituzione italiana è l’unica a prevedere un nesso indissolubile tra obbligatorietà dell’azione e indipendenza del pubblico ministero, presupposto esistenziale per l’indipendenza del giudice penale, destinato a conoscere soltanto dei processi che il pubblico ministero gli porta”. Così pure Biscaretti di Ruffia, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1977, 504.

A seguito delle modifiche apportate dalla legge costituzionale n. 2 del 1999 all'art. 111 Cost., il processo penale è ora regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova (art. 111, IV co., Cost.), che costituisce il metodo di accertamento giudiziale dei fatti finalizzato alla ricerca della verità reale, che si sostanzia nel diritto dell'imputato di confrontarsi con il suo accusatore, interrogandolo o facendolo interrogare, davanti al giudice, (art. 111, III co., Cost.), con il logico corollario che *“la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore”* (art. 111, IV co., Cost.); e con la sola eccezione che, nei casi regolati dalla legge *“la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita”*¹⁷⁰.

Dall'attenta esegesi dell'art. 111 Cost., ben si comprende che il principio in parola *“rappresenta precipuamente – nella volontà del legislatore costituente – uno strumento di salvaguardia del rispetto delle prerogative dell'imputato”*, al quale si assicura una specifica protezione costituzionale in tema di prove, che si articola: - nel suo diritto *“di confrontarsi con le fonti di prova a carico e di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa (terzo comma)”*; - nel divieto di provare la sua colpevolezza sulla base delle dichiarazioni rese da chi si è sempre volontariamente e liberamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore (quarto comma); - e nella facoltà dell'imputato *“di rinunciare unilateralmente”*, nei casi previsti dalla legge, *“all'assunzione delle prove in contraddittorio (quinto comma)”*¹⁷¹.

Tuttavia, in un processo penale imperniato sul principio della parità delle parti davanti al giudice terzo ed imparziale, la facoltà dell'imputato di rinunciare al contraddittorio deve essere logicamente temperata con le pretese azionate pure dalle altre parti, ed *in primis*, ovviamente, con l'azione penale esercitata dal pubblico ministero, in modo da garantire che il processo abbia uno svolgimento equilibrato, tale da assicurare la correttezza della decisione, che è il fine ultimo ed imprescindibile dell'attività processuale.

Questo vuol dire che il legislatore ordinario, nel disciplinare il potere di rinuncia al contraddittorio da parte dell'imputato, non può *“rendere sistematicamente disponibile il contraddittorio nella formazione della prova, prevedendone la caduta ogni qualvolta*

¹⁷⁰ Corte Costituzionale, sent. 12-25 ottobre 2000, n. 440, in *G.U.* 12/10/2000, che ha ben messo in risalto che il principio del contraddittorio nella formazione della prova nel processo penale ha una dimensione oggettiva consistente nell'essere metodo di accertamento giudiziale dei fatti controversi; ed una dimensione soggettiva sostanziandosi nell'essere un diritto dell'imputato.

¹⁷¹ Corte Costituzionale, sent. 22 giugno 2009, n. 184, cit., che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 442, co. 1bis, c.p.p., richiamato dall'art. 556, co. 1, c.p.p., sollevata in riferimento agli artt. 3 e 111, II e IV co., Cost.

l'imputato manifesti una volontà in tale senso", perché ciò determinerebbe *"uno squilibrio costituzionalmente intollerabile tra le posizioni dei contendenti o addirittura un'alterazione del sistema"*¹⁷².

Il legislatore processuale, invece, deve rendere possibile la facoltà dell'imputato di rinunciare al contraddittorio, e quindi di permettere, ai fini della decisione da parte del giudice, l'acquisizione di elementi di prova formati unilateralmente, tanto dal pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari quanto dallo stesso imputato e dalle altre parti private con gli atti di investigazione difensiva (anche a contenuto dichiarativo), solo quando tale scelta sia supportata da ragioni di funzionale e corretta amministrazione della giustizia, come l'esigenza di economia processuale di permettere una più rapida definizione del processo e di contenerne i costi.

Questo è quanto avviene con l'istituto del giudizio abbreviato, che comporta il riconoscimento all'imputato, in cambio di una riduzione premiale della pena da infliggere in caso di condanna, del diritto di chiedere la definizione del processo all'udienza preliminare allo stato degli atti, ossia sulla base dei risultati delle indagini preliminari e degli atti integrativi d'indagine effettuati dal pubblico ministero e delle indagini difensive svolte dalla difesa dell'imputato, fatte salve le integrazioni probatorie richieste dallo stesso imputato e dal giudice disposte, anche d'ufficio, che, per bilanciamento, fanno, però, sorgere nel pubblico ministero il potere di chiedere l'ammissione della prova contraria (artt. 438 e ss. c.p.p.).

Appare, del tutto evidente, che, dopo una fase delle indagini preliminari *"caratterizzata da un marcato squilibrio di partenza fra le posizioni delle parti, correlato alla funzione istituzionale del pubblico ministero"* di realizzare la pretesa punitiva dello Stato nei casi e nei modi previsti dalla legge costituzionalmente conforme, che determina il conferimento all'organo inquirente di poteri e mezzi investigativi *"largamente superiori a quelli di cui fruisce la difesa"*, costituisce una forma di riequilibrio dei poteri dei contendenti offrire all'imputato il diritto di chiedere lo strumento premiale del giudizio abbreviato, ossia del giudizio senza contraddittorio per la formazione della prova¹⁷³, *"in cambio di una riduzione di pena in caso di condanna"*¹⁷⁴, che, nell'ambito di un'acquisizione globale dei risultati

¹⁷² Corte Costituzionale, sent. 22 giugno 2009, n. 184, cit.

¹⁷³ Come osservato da Corte Costituzionale, sent. 22 giugno 2009, n. 184, cit..

¹⁷⁴ Corte Costituzionale, sent. 10 luglio 2007, n. 320, cit. dove si è ricostruita l'evoluzione dell'istituto del giudizio abbreviato introdotto con il codice di procedura penale del 1988, rilevando *"come la disciplina del giudizio abbreviato contemplasse, sin dall'origine, limiti all'appellabilità della sentenza, volti segnatamente ad evitare che il giudizio svoltosi in primo grado con tale rito vedesse ritardata «la sua completa definizione» per effetto dell'applicazione dell'ordinario regime delle impugnazioni; con il rischio di compromettere il fine deflattivo del procedimento speciale (così la relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale del 1988). In base all'originario art. 443 cod.*

proc. pen., tali limiti erano ripartiti in modo sostanzialmente paritario fra le parti: ad entrambe era infatti inibito l'appello contro le sentenze di proscioglimento, ove diretto ad ottenere una diversa formula, e contro le sentenze che applichino sanzioni sostitutive (comma 1); al solo imputato, l'appello contro le sentenze di condanna a pena che comunque non deve essere eseguita, o alla sola pena pecuniaria (comma 2); al solo pubblico ministero, l'appello contro le sentenze di condanna, salvo che modificchino il titolo del reato (comma 3).

Successivi interventi, dapprima di questa Corte (sentenza n. 363 del 1991) e poi del legislatore (art. 31 della legge 16 dicembre 1999, n. 479), determinarono, tuttavia, la totale rimozione dei limiti all'impugnazione relativi al solo imputato e la soppressione, altresì, di quello – comune ad ambedue le parti – concernente le sentenze che applicano sanzioni sostitutive; a fronte, invece, della permanenza del limite relativo al solo pubblico ministero. La preclusione dell'appello della parte pubblica contro le sentenze di condanna non modificative del titolo del reato fu ritenuta, in particolare, dalla Corte non lesiva del principio di parità tra accusa e difesa, in quanto giustificata, per un verso, dall'«obiettivo primario di una rapida e completa definizione dei processi svoltisi in primo grado secondo il rito abbreviato»; e, per un altro verso, dalla circostanza che le sentenze sottratte all'appello segnavano comunque «la realizzazione della pretesa punitiva» fatta valere con l'azione intrapresa: avendo il legislatore privilegiato – con scelta «incensurabile sul piano della ragionevolezza, in quanto proporzionata al fine preminente della speditezza del processo» – «l'effettiva irrogazione della pena [...] rispetto alla sua piena aderenza alla natura del reato contestato» (sentenza n. 363 del 1991 e ordinanza n. 305 del 1992).

In pari tempo, peraltro, anche la struttura complessiva del giudizio abbreviato – caratterizzata inizialmente dalle tre condizioni della rinuncia dell'imputato al contraddittorio nella formazione della prova, in cambio di una riduzione di pena in caso di condanna; del consenso del pubblico ministero; e della possibilità di decidere il processo sulla base dei soli atti del fascicolo delle indagini – subiva profondi mutamenti.

Pronunce di questa Corte introdussero, anzitutto, l'obbligo del pubblico ministero di enunciare le ragioni del proprio dissenso e il controllo del giudice, a dibattimento concluso, sulla fondatezza di tali ragioni (sentenze n. 81 del 1991, n. 183 e n. 66 del 1990). Avuto riguardo, poi, all'eventualità in cui il dissenso fosse motivato con l'impossibilità di definire il processo allo stato degli atti per carenze investigative addebitabili alla stessa parte pubblica, questa Corte auspicò l'introduzione, da parte del legislatore, di un meccanismo di integrazione probatoria (sentenza n. 92 del 1992); negando, per contro, che il problema potesse essere risolto con la semplice soppressione del requisito del consenso. Si osservò, infatti, che tale ultima operazione avrebbe reso necessaria – a fini di «riequilibrio “interno” dell'istituto» – tanto una nuova disciplina sul diritto alla prova del pubblico ministero; quanto una revisione dei limiti all'appello del medesimo: essendo tali limiti razionalmente giustificabili, «in linea di principio», «solo se collegati al [...] consenso» della parte che li subiva (sentenza n. 442 del 1994 e ordinanza n. 33 del 1998).

Gli auspici formulati dalla Corte furono recepiti – ma solo in parte – dalla legge n. 479 del 1999. Privato il pubblico ministero del potere di interloquire sulla scelta del rito, la novella ha configurato l'accesso al giudizio abbreviato come un vero e proprio «diritto» dell'imputato che ne faccia richiesta, non più subordinato ad un vaglio giudiziale circa la possibilità di decidere il processo «allo stato degli atti»: essendosi previsto – come rimedio alle eventuali carenze degli atti investigativi – un ampio potere di integrazione probatoria officiosa da parte del giudice. Si è stabilito, inoltre, che lo stesso imputato possa condizionare la propria richiesta ad una specifica integrazione probatoria, purché compatibile con le finalità di economia processuale proprie del procedimento. Quanto ai poteri probatori del pubblico ministero, essi risultano circoscritti alla facoltà di prova contraria, nel caso di richiesta di giudizio abbreviato «condizionata»; mentre è rimasta ferma la preclusione all'appello della pubblica accusa, di cui all'art. 443, comma 3, cod. proc. pen.

Anche dopo la novella del 1999, la Corte ha continuato a ritenere, peraltro, che detta preclusione possa conciliarsi con il principio di parità delle parti, in quanto tuttora razionalmente giustificabile dall'obiettivo di speditezza processuale (ordinanze n. 165 del 2003, n. 347 del 2002 e n. 421 del 2001): e ciò sul presupposto che – come ribadito dalla recente sentenza n. 26 del 2007 – la preclusione seguita ad afferire a sentenze che, sia pure con uno scarto «quantitativo» rispetto alle richieste dell'accusa, vedono comunque realizzata «la pretesa punitiva».

Con tale pronuncia, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per violazione del II co. dell'art. 111 Cost. sia dell'art. 2 l. n. 46 del 2006 nella parte in cui, modificando l'art. 443, co. 1, c.p.p., escludeva che il pubblico ministero potesse appellare contro le sentenze di proscioglimento emesse a seguito di giudizio abbreviato; sia dell'art. 10, co. 2, della stessa legge, nella parte in cui prevedeva che fosse dichiarato inammissibile l'appello proposto dal pubblico ministero prima dell'entrata in vigore della medesima legge contro una sentenza di proscioglimento emessa a seguito di giudizio abbreviato. Ad avviso della Corte, infatti, tali norme contenevano una dissimmetria radicale, in quanto «a differenza dell'imputato – il quale resta abilitato ad appellare le sentenze che affermino la sua responsabilità – il pubblico ministero viene... totalmente privato del simmetrico potere di proporre doglianze di merito avverso la pronuncia che disattenda in modo integrale la pretesa punitiva».

dell'indagine preliminare svolta dal pubblico ministero, rende *“utilizzabili ai fini della decisione anche gli atti di indagine della difesa”*¹⁷⁵.

Viceversa nel giudizio ordinario strutturato sul dibattimento, che è la sede processuale *“destinata al pieno sviluppo del contraddittorio attraverso l'assunzione dialettica della prova”* tra parti poste davanti al giudice in condizioni di assoluta parità, una deroga al principio del contraddittorio nella formazione della prova può fondarsi, non sulla scelta unilaterale dell'imputato, ma *“solo sulla rinuncia “incrociata” delle parti, a fronte di una regola generale – discendente dal principio della separazione delle fasi – di inutilizzabilità, se non per le contestazioni, degli atti di indagine, sia del pubblico ministero che del difensore”*. E in questo senso il legislatore processuale configura, in determinati casi, *“quale fattispecie di deroga al contraddittorio non già il solo consenso dell'imputato, ma l'accordo delle parti, come avviene, tipicamente, nelle diverse ipotesi di acquisizione concordata al fascicolo per il dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero o della documentazione dell'attività di investigazione difensiva (artt. 431, comma 2, 493, comma 3, 500, comma 7, 513, comma 2, e 555, comma 4, cod. proc. pen.)”*¹⁷⁶.

Il principio del contraddittorio nella formazione della prova, inteso come strumento di accertamento della verità giudiziale a garanzia del diritto di difesa dell'imputato, impone, allora, la presenza davanti al giudice terzo ed imparziale di parti contrapposte, tra le quali il pubblico ministero, che esprimono tesi dialetticamente contrastanti producendo i rispettivi elementi di prova raccolti in conformità delle forme previste dalla legge processuale, dalla cui sintesi il giudice deve trarre la verità processualmente accertata nel senso più aderente alla realtà, sulla cui base giunge a formulare il giudizio finale con cui realizza coattivamente la volontà normativa nei confronti delle parti del processo¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Corte Costituzionale, sent. 22 giugno 2009, n. 184, cit., 6 ss., che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 442, comma 1-bis, del codice di procedura penale, *«richiamato dall'art. 556, comma 1», del medesimo codice, «nella parte in cui prevede l'utilizzabilità, nel giudizio abbreviato, ai fini della decisione sul merito dell'imputazione – in assenza di situazioni riconducibili ai paradigmi di deroga al contraddittorio dettati dall'art. 111, quinto comma, Cost. – degli atti di investigazione difensiva a contenuto dichiarativo, unilateralmente assunti»*, sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 111, secondo e quarto comma, della Costituzione, dal Tribunale di Fermo con l'ordinanza 11 aprile 2007.

¹⁷⁶ Corte Costituzionale, sent. 22 giugno 2009, n. 184, cit.

¹⁷⁷ Per De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 1999, 355 ss.; Id., *Diritto costituzionale*, Padova, 2000, 613 ss la giurisdizione è l'attività “diretta all'accertamento della volontà normativa da far valere in un caso concreto oggetto di una controversia tra due o più parti, pubbliche e/o private, allo scopo di eliminare le incertezze sorte in sede di applicazione delle norme o di irrogare le sanzioni previste per la commissione di illeciti, così da assicurare la certezza del diritto e la reintegrazione dell'ordine giuridico violato”. Analogamente, Martines, *Diritto costituzionale*, Milano, 1990, 485; Guastini, *La Magistratura - art. 101 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione a cura di Branca e Pizzorusso*, Bologna-Roma, 1994, 147 ss. La formula citata sintetizza in modo chiaro le celebri definizioni della giurisdizione date rispettivamente da Mortara, *Commentario*, I, IV ed., Milano, 20 come “difesa del diritto obiettivo per virtù della quale ottengono protezione le facoltà soggettive al medesimo conformi”; e da Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*,

In altri termini il giudice penale è obbligato a pronunciare la soluzione sull'imputazione contestata dal pubblico ministero, fornendo in termini oggettivi e neutrali la ricostruzione del fatto specifico, l'interpretazione e l'applicazione delle norme ad esso relative, alle quali egli perviene attraverso l'attento esame delle contrapposte argomentazioni sviluppate, tanto in fatto quanto in diritto e secondo le forme processuali stabilite dalla legge, dalle parti, pubbliche e private, contendenti, alle quali si deve riconoscere il diritto a disporre in condizioni di reciproca parità *"di dati sufficienti a suffragare le rispettive posizioni, difensive o accusatorie"*¹⁷⁸.

Da ultimo si deve osservare che dall'insieme delle norme costituzionali sulle funzioni inquirenti-requirenti, appare gravemente scorretto definire il pubblico ministero unicamente il rappresentante dell'accusa nel processo penale, come alcuni fanno leggendo superficialmente il II comma dell'art. 111 Cost. nella parte in cui recita *"ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale"*¹⁷⁹.

Si deve, difatti, porre nel massimo risalto che il principio del contraddittorio nella formazione della prova enunciato nel II e nel IV comma dell'art. 111 Cost. esige indubbiamente l'esistenza nel processo di parti contrapposte in condizioni di parità, e tra queste necessariamente il pubblico ministero in quanto titolare della pretesa punitiva dello Stato; ma non altera in alcun modo l'obbligo gravante sullo stesso pubblico ministero di essere sottoposto esclusivamente alla legge in forza degli artt. 25, II e III co., e 112 Cost., così che il suo ruolo istituzionale nel processo resta quello di promotore a fini di giustizia dell'intervento decisorio del giudice sui fatti di reato tassativamente previsti dalla legge¹⁸⁰.

Si può, allora, affermare che il pubblico ministero, solo qualora si convinca, all'esito delle indagini preliminari, che la notizia di reato è fondata, ha il dovere di esercitare l'azione penale, con la quale instaura la fase processuale, durante la quale svolge le attività requirenti necessarie ad ottenere da parte del giudice, terzo ed imparziale, una pronuncia sull'imputazione formulata nei confronti dell'incolpato, che sia conforme alla

Napoli, 1928, 301 come "attuazione della legge mediante la sostituzione dell'attività degli organi pubblici all'attività altrui".

¹⁷⁸ Corte Cost., sent. 11 giugno 2009, n. 173, cit.

¹⁷⁹ Da ultimo: Zanon e Biondi, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, cit., 151 ss.; Trapani, *Dal pubblico ministero-giudice al pubblico ministero organo amministrativo di giustizia?*, in *Il Consiglio Superiore della Magistratura – aspetti costituzionali e prospettive di riforma* (a cura di Mazzamuto), Torino, 2001, 415 ss.

¹⁸⁰ In questo senso si richiama Corte Costituzionale, sent. 24 gennaio 2007, n. 26, cit., 76, per la quale *"l'iniziativa del pubblico ministero volta alla verifica dei possibili... errori commessi dal primo giudice, nel negare la responsabilità dell'imputato, non può qualificarsi, in sé, "persecutoria"; essa ha, infatti, come scopo istituzionale quello di assicurare la corretta applicazione della legge penale nel caso concreto e ... l'effettiva attuazione dei principi di legalità e di eguaglianza, nella prospettiva della tutela dei molteplici interessi, connessi anche a diritti fondamentali, a cui presidio sono poste le norme incriminatrici"*.

legge e quanto più possibile aderente alla verità reale, così come processualmente ricostruita attraverso il contraddittorio delle parti (art. 111, commi II e IV, Cost.).

E si osservi che il pubblico ministero, avendo il compito istituzionale di promuovere “la repressione dei reati e l’applicazione delle misure di sicurezza” nell’assoluto rispetto della legge (artt. 25, II e III co., e 112 Cost.; 73 ord. giud.), nel caso in cui all’esito dell’istruttoria dibattimentale si convinca dell’insussistenza del fatto, o dell’innocenza o della non punibilità dell’imputato, ha il dovere di chiederne l’assoluzione o comunque il proscioglimento secondo le previsioni di quella stessa legge alla quale è unicamente sottoposto, non essendo in alcun modo vincolato al rispetto dell’ipotesi accusatoria espressa nell’imputazione inizialmente contestata, ma successivamente smontata dai fatti accertati nel corso del contraddittorio processuale, proprio perché anche il pubblico ministero, alla pari del giudice, deve costantemente ricercare la verità storica dei fatti contestati nello svolgimento delle sue funzioni, nei modi e nei termini previsti dalla legge.

Da ultimo si deve rilevare che l’esplicita definizione costituzionale dei fondamentali poteri del pubblico ministero nel diritto penale si riverbera logicamente pure sulle sue residuali funzioni nel diritto civile (v. artt. 69 ss. c.p.c.; 50, 85, 102, 2409, 2907 c.c.; 6 e 7 r.d. 16 marzo 1942, n. 267; 75 ord.giud.) e in materia di stato civile, che devono coerentemente essere ricostruite rispettando il suo ruolo di neutro ed indipendente promotore di giustizia, abilitato a chiedere al giudice (in alcuni casi in modo facoltativo) la pronta ed imparziale applicazione della legge al caso concretamente controverso nelle sole ipotesi tassativamente previste dalla legge e a garanzia dell’interesse della comunità nazionale all’osservanza della legge stessa, così da essere estraneo al rapporto sostanziale ed all’interesse concreto dedotti in giudizio¹⁸¹.

12) La bipartizione funzionale della magistratura ordinaria

Al fine di consentire al pubblico ministero di essere un imparziale promotore a fini giustizia dell’intervento decisorio del giudice, permeato della stessa cultura della legalità che deve caratterizzare quest’ultimo, la Costituzione prevede che le funzioni inquirenti/requirenti siano ricoperte, alla pari di quelle giudicanti, da magistrati appartenenti al medesimo ordine giudiziario, che, essendo governato dal CSM secondo le norme di

¹⁸¹ Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. I, cit., 205, che ha messo in evidenza il carattere eccezionale dell’intervento del pubblico ministero nel processo civile, che interviene solo in materie non rimesse alla libera disponibilità delle parti; Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1966, 232 ss.; Vellani, *Il pubblico ministero nel processo*, II, Bologna, 1970, 561 ss.; Morozzo della Rocca, *Pubblico ministero (dir. proc. civ.)*, cit., 1079. In giurisprudenza Cass., 2 marzo 1982, n. 1282, in *Giust. civ.*, 1982, I, 2386.

legge di ordinamento giudiziario, permette loro di essere autonomi ed indipendenti (artt. 102, 104, 108 Cost.) e di godere, in egual misura, della garanzia dell'inamovibilità (art. 107, I co., Cost.)¹⁸².

Come osservato dalla Corte Costituzionale, *“l’eliminazione di ogni contaminazione funzionale tra giudice e organo dell’accusa - specie in tema di formazione della prova e di libertà personale - non comporta che, sul piano strutturale ed organico, il pubblico ministero sia separato dalla magistratura”*, costituita in un unico *“ordine autonomo ed indipendente”*¹⁸³ da ogni altro potere, soggetto ai poteri di un solo Csm, *“organo di sicuro rilievo costituzionale”*¹⁸⁴, istituito per rendere effettiva, *“fornendola di apposita garanzia costituzionale, l’autonomia della magistratura”*, in modo da *“sottrarla ad interventi suscettibili di turbarne comunque l’imparzialità e di comprometterne l’applicazione del principio secondo cui i magistrati sono soggetti solo alla legge”*¹⁸⁵.

Volendo rafforzare le altre garanzie costituzionali di indipendenza dei componenti, giudicanti e requirenti, dell’ordine giudiziario, che *“risultano dalla riserva di legge (art. 108), dall’assunzione dei magistrati, in via normale, mediante pubblico concorso (art. 106),*

¹⁸² Come notato da Pizzorusso, *La Magistratura - art. 102 Cost.*, cit., 216.

Si deve ricordare Corte Costituzionale, sent. 13 dicembre 1963, n. 156, cit., 22, che ha osservato che la garanzia della inamovibilità *“è espressamente posta a presidio soltanto della conservazione della “sede” e delle “funzioni”, nel senso tradizionale di beni facenti parte dello “stato giuridico” del magistrato (e cioè della sede e delle funzioni alle quali egli sia stato permanentemente “assegnato” ai sensi dell’art. 105 Cost.). - La disposizione non esclude invece la possibilità che, anche senza il consenso degli interessati, siano adottati, per esigenze di servizio, provvedimenti di modificazione della ripartizione dei magistrati fra i vari uffici dell’organo giudiziario composito al quale sono “assegnati”, come pure provvedimenti, i quali, per ragioni contingenti, volte ad assicurare la continuità e la prontezza della funzione giurisdizionale, facciano luogo alla temporanea destinazione di un magistrato a una sede o una funzione diversa da quelle alle quali egli sia permanentemente “assegnato”*. Nello stesso senso: Corte Costituzionale, sent. 26 novembre 1970, n. 173, in *G.U.* n. 311 del 9/12/1970; sent. 10 luglio 1974, n. 245, in *G.U.* n. 201 del 31/7/1974.

¹⁸³ Corte Costituzionale, sent. 15 febbraio 1991, n. 88, cit., 590, sulla cui importanza ai fini di respingere i tentativi di ampliare oltre modo il ruolo di parte del pubblico ministero si è attentamente soffermato Devoto, *Il Pubblico ministero potere autonomo dello Stato*, cit., 374, che ha fatto notare come nel corso della sentenza la Corte abbia più volte ribadito che l’astratto modello accusatorio del nuovo rito penale *“deve essere ricondotto alla Costituzione (e non viceversa)”*.

Nello stesso senso si veda pure Corte Costituzionale, sent. 8 febbraio 1991, n. 72, in *Giur. cost.*, 1991, 520, che ha affermato non in contrasto con la Costituzione la scelta del legislatore ordinario fatta con l’art. 6 della l. n. 392 del 1951 di stabilire criteri identici tanto per la nomina degli uffici direttivi requirenti quanto per quella degli uffici direttivi giurisdizionali, in base alla considerazione *“che l’art. 107 comma ult. Cost. non impone, per questo aspetto, un trattamento differenziato tra magistratura giudicante e magistratura requirente”*.

¹⁸⁴ Corte Costituzionale, sent. 3 giugno 1983, n. 148, in *Giur. cost.*, 1983, 846 ss. Con molta acutezza MIDIRI, *Autonomia costituzionale delle Camere e potere giudiziario*, cit., 90, ha osservato che *“a proposito del CSM, la Corte ha fatto ricorso alla categoria degli organi a rilevanza costituzionale per rivalutare le sue funzioni, non per deprezzarle”*. Così pure Pizzorusso, *Problemi definitivi e prospettive di riforma del CSM*, cit., 475, per il quale il CSM è organo di rilevanza costituzionale, espressione che *“non implica alcun giudizio svalutativo”*, perchè previsto ed in larga parte regolato dalla Costituzione così da essere insopprimibile e immodificabile senza una revisione costituzionale.

L’orientamento era stato già espresso dal Consiglio di Stato nella sent. n. 248 del 1962, cit., 118 ss., dove si era ricompreso il CSM tra gli organi di rilevanza costituzionale, che la Costituzione prevede *“come elementi fondamentali dell’ordinamento dello Stato”*, così da poter essere soppressi o modificati solo con il procedimento di revisione costituzionale.

¹⁸⁵ Corte Costituzionale, sent. 14 maggio 1968, n. 44, in *Giust. civ.*, 1968, 149 ss.

dall' *inamovibilità* (art. 107)", si è concentrato ogni provvedimento relativo al reclutamento, allo stato ed alla disciplina dei magistrati ordinari "nella competenza assoluta ed esclusiva di un organo che, mentre realizza una particolare forma di autonomia, pel fatto di essere espresso in prevalenza dallo stesso corpo giudiziario, è poi presieduto dal Capo dello Stato, in considerazione della qualità che questi riveste di potere neutro e di garante della Costituzione¹⁸⁶, ed è altresì fornito di una serie di guarentigie corrispondenti al rango spettantegli, nella misura necessaria a preservarlo da influenze che, incidendo direttamente sulla propria autonomia, potrebbero indirettamente ripercuotersi sull'altra affidata alla sua tutela", ossia l'autonomia e l'indipendenza di tutti i magistrati ordinari¹⁸⁷.

Al Csm è, perciò, conferito il compito di sottrarre la magistratura da ogni interferenza "dei poteri attivi ed in specie di quello esecutivo", provvedendo alla funzione di governo, amministrativo e disciplinare, dell'ordine giudiziario, che è chiaramente "strumentale" rispetto alla finalità fondamentale di assicurare l'esercizio imparziale dell'amministrazione della giustizia da parte dei singoli magistrati investiti delle funzioni giudiziarie, sia di quelle giudicanti che di quelle requirenti¹⁸⁸.

Il Csm diviene, così, la "pietra angolare" dell'ordinamento giudiziario, al quale il legislatore costituzionale assegna la titolarità di "tutti i poteri in ordine allo status di tutti i magistrati ordinari, sia giudicanti o requirenti, collegiali o monocratici, professionali od onorari", che coerentemente comporta l'attribuzione pure del potere di deliberare sui "provvedimenti riflettenti gli organi giudiziari, oltre che il pubblico ministero", come ad esempio l'approvazione delle tabelle annuali relative alla composizione degli uffici

¹⁸⁶ Si noti che con questa affermazione la Corte Costituzionale, sent. 14 maggio 1968, n. 44, in *Giust. civ.*, 1968, 149 ss., ha mostrato chiaramente di non condividere la tesi di riconoscere alla presidenza del CSM assegnata al Capo dello Stato un carattere meramente simbolico e onorifico, che era stata sostenuta da: Marchi, *Il Capo dello Stato*, in AA.VV., *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di Calamandrei e Levi, II, Firenze, 1950, 105 ss.; Santosuoso, *Il CSM*, Milano, 1957, 251.

¹⁸⁷ Simili osservazioni sono state svolte da Patrono, *Scenari per una riforma del CSM.*, in *Quad. cost.*, 1989, 447 ss., che ha rilevato che la Costituzione è molto attenta nel preservare l'indipendenza del giudice dalla politica attraverso la riserva di legge di ordinamento giudiziario, il reclutamento per concorso, l' *inamovibilità*, le garanzie predisposte per il pubblico ministero, l'obbligatorietà dell'azione penale, la possibile limitazione per legge al diritto di iscrizione a partiti politici. La Costituzione, insomma, "distende tutt'attorno ai giudici come un cordone sanitario destinato ad escludere in modo assoluto la politica dalla giurisdizione, a tenere la giurisdizione lontano dalla politica. Al fondo, si profila chiara l'intimazione al potere giudiziario di non far politica, di non subire i condizionamenti della politica: che la magistratura dunque non "governi"; che nessuno "governi" la magistratura".

¹⁸⁸ Corte Costituzionale, sent. 14 maggio 1968, n. 44, cit., 149 ss. Nello stesso senso si vedano: Corte Costituzionale, sent. 2 febbraio 1971, n. 12, in *G.U. 2/2/1971*, dove si è rilevato che anche la potestà di giudicare in materia disciplinare è stata conferita in esclusiva al CSM, alla pari delle altre attribuzioni in tema di stato dei magistrati, per dare diretta attuazione al principio "secondo il quale la magistratura costituisce un ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere"; Corte Costituzionale, sent. 27 luglio 1992, n. 379, in *G.U. 29/7/1992 n. 32*, 84 ss., dove si è ricordato che "l'attribuzione in via esclusiva al Consiglio superiore di tutti i poteri in ordine allo status dei magistrati costituisce una garanzia dell'indipendenza e dell'autonomia della magistratura, pur se non comporta una forma piena di autogoverno della stessa".

giudiziari costituiti in più sezioni (art. 7 r.d. n. 12 del 1941) o il potere di promuovere inchieste sugli uffici giudiziari (per il tramite dell'ispettorato istituito presso il Ministero) "quando ricorrano esigenze relative all'esercizio delle funzioni ad esso attribuite" (art. 8 l. n. 195 del 1958 e art. 40 dpr. n. 916 del 1958), così che tra il Csm, i magistrati e gli organi giudiziari ordinari si viene a creare un collegamento istituzionale talmente stretto da potersi dire che appartengono alla giurisdizione ordinaria solo gli organi giudicanti riconducibili al CSM¹⁸⁹.

Esercitando le funzioni di governo dei magistrati ordinari, il Csm, allora, assume l'indefettibile ruolo istituzionale di organo di garanzia dell'indipendenza e dell'autonomia dell'ordine giudiziario nei confronti degli altri poteri dello Stato, sia nel senso che assicura a questi l'esercizio imparziale delle funzioni giudiziarie da parte di ciascun singolo magistrato, tanto della giudicante quanto della requirente; sia nel senso che tutela l'imparzialità di ogni magistrato nello svolgimento delle funzioni affidategli, sia giudicanti che requirenti, dalle sempre possibili pressioni indebitamente esercitabili dai rappresentanti degli altri poteri statali¹⁹⁰.

Dopo aver chiarito i motivi dell'organico inserimento dei magistrati del pubblico ministero nello stesso ordine giudiziario dei magistrati della giudicante, "soggetto ai poteri dell'unico Consiglio superiore (art. 104)", si deve rilevare che la Costituzione "non contiene alcun principio che imponga o al contrario precluda la configurazione di una carriera unica o di carriere separate fra i magistrati addetti rispettivamente alle funzioni giudicanti e a quelle requirenti, o che impedisca di limitare o di condizionare più o meno severamente il passaggio dello stesso magistrato, nel corso della sua carriera, dalle une alle altre funzioni"¹⁹¹

In attuazione del preciso disegno costituzionale di istituire un unico ordine giudiziario per tutte le funzioni giudiziarie dei settori civili e penali dell'ordinamento giuridico, in modo da garantire che il governo e la disciplina dei magistrati ordinari siano costantemente diretti ad assicurare la loro esclusiva sottoposizione alla legge costituzionalmente conforme, e cioè la loro imparzialità, nell'espletamento delle attività

¹⁸⁹ Corte Costituzionale, sent. 14 gennaio 1986, n. 4, cit., 39 ss.

¹⁹⁰ Gustapane, *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano*, cit., 349. Come correttamente osservato da Zanon e Biondi, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, cit., 12, l'autonomia indicata nell'art. 104, comma 1, Cost. deve essere intesa "come gestione amministrativa dell'ordine giudiziario riservata al Consiglio Superiore della Magistratura".

¹⁹¹ Corte Costituzionale, sent. 3 febbraio 2000, n. 37, che ha dichiarato l'ammissibilità della richiesta di referendum popolare per l'abrogazione degli artt. 190, comma 2; 191; 192, comma 6 e 198 ord. giud. In precedenza Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, cit., 139 ss., aveva ritenuto ammissibile e costituzionalmente corretta ai sensi del IV comma dell'art. 107 una netta differenziazione delle carriere requirente e giudicante all'interno del medesimo ordine al fine di assicurare una più chiara distinzione delle funzioni svolte.

giudiziarie loro assegnate, il legislatore ordinario disciplina la magistratura ordinaria, da un lato, unificandola nel concorso di ammissione per magistrato ordinario (disciplinato dagli artt. 1 ss. l. 30 luglio 2007, n. 111), nel tirocinio (regolato dal d.l.vo 30 gennaio 2006, n. 26), e nel ruolo di anzianità; e, dall'altro lato, articolandola in complessi organizzativi distinti a seconda delle funzioni giudiziarie svolte, ossia, da una parte, gli organi giudicanti (i Giudici di Pace; i Tribunali, le Corti); e dall'altra, gli organi requirenti (ex art. 10 d.l.vo 5 aprile 2006, n. 160, come modificato dall'art. 2 l. n. 111 del 2007).

E per favorire il formarsi di una più elevata professionalità anche attraverso lo svolgimento di incarichi giudiziari diversi, il legislatore ordinario consente a ciascun magistrato ordinario di passare, nel corso della carriera, dalle funzioni giudicanti a quelle inquirenti/requirenti e viceversa su deliberazione del Csm disposta, previo parere del Consiglio giudiziario, a seguito di procedura concorsuale, attivabile su domanda del magistrato interessato, che può essere presentata per non più di quattro volte nell'arco dell'intera carriera, e che è sottoposta alle condizioni che il magistrato-aspirante abbia svolto almeno cinque anni di servizio continuativo nella funzione di provenienza, abbia partecipato ad un corso di qualificazione professionale ed abbia riportato il giudizio di idoneità allo svolgimento delle diverse funzioni (art. 13 d.l.vo 5 aprile 2006, n. 160, come modificato dall'art. 2 l. n. 111 del 2007)¹⁹².

¹⁹² Sull'attuale assetto dei passaggi funzionali nella magistratura ordinaria si veda: Giangiacomo, *Mobilità interna e trasferimenti di sede e di funzione*, in AA.VV. (a cura di Carcano), *Ordinamento giudiziario: organizzazione e profili processuali*, Milano, 2009, 145 ss., che ha evidenziato i non facili problemi interpretativi posti dalla non chiara formulazione del disposto normativo dell'art. 2 l. n. 111 del 2007.

In precedenza l'art. 190 ord. giud., come modificato dall'art. 29 d.p.r. 22 settembre 1988, n. 449, stabiliva che il passaggio dall'una all'altra funzione era possibile solo quando il CSM, previo parere del Consiglio giudiziario, avesse accertato la sussistenza di attitudini alla nuova funzione, secondo una scelta organizzativa che è stata sempre sostenuta con decisione dal CSM (v. tra le altre la risoluzione 10 dicembre 1992 e la deliberazione 24 febbraio 1993, come ricordato da Manziona, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria: organizzazione e posizione istituzionale e processuale*, cit., 102 ss.).

Si deve evidenziare che tale scelta è stata pure preservata nel maggio del 2000 dal corpo elettorale, che ha respinto la proposta di abrogare gli artt. 190, comma 2; 191, 192, comma 6 e 198 ord. giud.

In senso contrario Trapani, *Dal pubblico ministero-giudice al pubblico ministero organo amministrativo di giustizia?*, in *Il Consiglio Superiore della Magistratura – aspetti costituzionali e prospettive di riforma* (a cura di Mazzamuto), Torino, 2001, 416 ss. ha sostenuto che il mantenimento di un unico ruolo per il personale della magistratura ordinaria “perpetuerebbe, data la contiguità tra giudice-terzo e p.m.-parte, quello spirito di naturale colleganza e di solidarietà processuale, discendente inevitabilmente dalla loro appartenenza per status e carriera ad un unico corpo giudiziario, che potrebbe favorire anche il semplice sospetto di loro rapporti privilegiati, con conseguente lesione del principio costituzionale di terzietà e imparzialità dell'organo giudicante” e del principio di parità tra accusa e difesa sancito dal II comma dell'art. 111 Cost.

13) Il ruolo del pubblico ministero secondo la Costituzione italiana

Tirando le fila del discorso, si può dire che la Costituzione, volendo assicurare la terzietà del giudice nel processo¹⁹³, dipinge il pubblico ministero come organo giudiziario indipendente per permettere che l'esercizio della funzione giurisdizionale avvenga, qualora siano in gioco interessi dello Stato-comunità, sulla base di una sollecitazione proveniente da un altro soggetto pubblico, radicato nella magistratura ordinaria (v. *infra*)¹⁹⁴, e quindi autonomo ed indipendente da ogni altro potere, che opera non a seguito di valutazioni discrezionali foriere di possibili attentati alle libertà individuali, ma in forza di una oggettiva ed imparziale interpretazione della volontà normativa espressa preventivamente dal potere legislativo e da lui attualizzata in modo autonomo e svincolato da qualsiasi valutazione politica¹⁹⁵.

Da qui la conseguenza che pubblico ministero e giudice, pur svolgendo funzioni diverse, in quanto "il primo veglia sull'osservanza delle leggi", tutelando l'ordinamento; "il secondo concretizza la volontà legislativa", rendendo possibile ed attuale la tutela dell'ordinamento promossa dal primo, restano, comunque, "concatenati e finalizzati allo stesso scopo di tutela della effettività dell'ordinamento" giuridico¹⁹⁶.

Dal principio costituzionale di sottoposizione del pubblico ministero alla legge costituzionalmente conforme deriva, poi, come logico corollario, che anche il magistrato ordinario assegnato ad un ufficio di procura deve affrontare, alla pari del magistrato ordinario assegnato ad un organo giurisdizionale, il concreto conflitto di interessi

¹⁹³ Interessante è la posizione di Riccio, *Equivoci culturali e incertezze semantiche nella soluzione del problema italiano del pubblico ministero*, in *Il Consiglio Superiore della Magistratura – aspetti costituzionali e prospettive di riforma* (a cura di Mazzamuto), Torino, 2001, 353 ss., per il quale il pubblico ministero è il "garante del rispetto dell'ordinamento", avente la funzione di promuovere la repressione delle condotte antisociali davanti al giudice, al quale compete valutare l'esistenza dell'interesse punitivo e controllare che "il comportamento concreto del singolo sia espressione di una volontà antisociale e che sia in contrasto con una norma". Secondo l'attento autore, "nell'esercizio di questa funzione il giudice deve rimanere imparziale", così che per attivarsi "(ed è questo un dato ontologico del processo legale e democratico) il giudice ha bisogno che altri chiedano il suo intervento: la sua istituzionale inerzia... è ... un valore di sistema, un dato di essenza della democrazia; attraverso essa egli garantisce l'osservanza dell'ordinamento".

¹⁹⁴ In favore del ruolo imparziale del pubblico ministero si è pronunciata anche l'Associazione Nazionale dei Magistrati con l'approvazione dell'art. 13 del Codice etico della Magistratura ordinaria (in *La Magistratura*, 1994, 2, 29), che recita "Il pubblico ministero si comporta con imparzialità nello svolgimento del suo ruolo. Indirizza la sua indagine alla ricerca della verità acquisendo anche gli elementi a vantaggio dell'indagato e non tace al giudice l'esistenza di fatti a vantaggio dell'indagato o dell'imputato. Evita di esprimere valutazioni sulle persone, delle parti e dei testi, che non siano conferenti rispetto alla decisione del giudice e si astiene da critiche o apprezzamenti sulla professionalità del giudice e dei difensori. Non chiede al giudice anticipazioni sulle sue decisioni, nè gli comunica in via informale conoscenze sul processo in corso".

¹⁹⁵ Simili considerazioni si ritrovano pure in Vassalli, *La potestà punitiva*, Torino, 1942, 175, che, pur muovendo da una concezione del pubblico ministero come organo amministrativo, ha sostenuto essere funzione del pubblico ministero "promuovere l'applicazione giudiziale e l'esecuzione della legge come tale, in quanto fine a sè stessa e non ai fini dell'amministrazione; servire cioè all'attuazione della giustizia concorrendo col giudice all'applicazione e all'esecuzione della legge".

¹⁹⁶ Riccio, *Equivoci culturali e incertezze semantiche nella soluzione del problema italiano del pubblico ministero*, cit., 354.

sottoposto al suo esame, facendo esclusivo riferimento alla costituzione ed alla legge e senza subire alcuna pressione o influenza esterna allo stesso sistema normativo¹⁹⁷. E ciò, ovviamente, vale sia per i magistrati degli uffici di procura a titolo professionale, assunti attraverso il concorso per magistrato ordinario o per designazione (ex art. 106, I e III comma, Cost.), ossia i procuratori ed i sostituti procuratori; sia per quelli a titolo onorario, nominati temporaneamente (ex art. 106, II comma, Cost.), ossia i vice procuratori onorari.

La Costituzione, difatti, mira a garantire a tutti i magistrati ordinari, tanto della giudicante quanto della requirente, l'indipendenza di giudizio di cui devono godere per essere giusti¹⁹⁸, attraverso la ferrea sottoposizione delle funzioni giudiziarie al dato normativo rispettoso della Costituzione, così che ogni magistrato ha il dovere di risolvere la controversia sottoposta al suo giudizio, ricostruendo in modo neutro ed imparziale la norma da applicare al caso concreto e che egli trae unicamente dal sistema ordinamentale interamente preconstituito alle sue personali valutazioni.

In altri termini, la Costituzione vincola sia la funzione giurisdizionale (art. 101 II co.) sia quella requirente (artt. 112 e 25) unicamente al dato normativo, instaurando un rapporto diretto ed esclusivo tra la disposizione normativa ed il magistrato, che garantisce a questi quell'imparzialità ed indipendenza di giudizio di cui deve godere per poter essere considerato sottoposto solamente alla costituzione ed alle leggi a questa conformi nello svolgimento delle funzioni giudiziarie assegnategli, tanto se giudicanti quanto se requirenti¹⁹⁹.

Si deve notare che la tutela dell'esclusiva soggezione alla legge delle attività giudiziarie è talmente forte che, per escludere che vi sia "potere o autorità o insegnamento costante della giurisprudenza o comune opinione della dottrina, che possa vincolare la coscienza e l'intelletto" del magistrato ordinario, sia della giudicante sia della requirente, "per indicargli la norma da applicare o per imporgli una determinata" lettura di essa²⁰⁰,

¹⁹⁷ Spagna-Musso, *Giudice (nozione)*, cit., 936 ss., che ha fatto pure notare che i magistrati sono gli unici titolari di funzioni statali sovrane ad essere dipendenti dello Stato. In proposito appare opportuno ricordare che Sicardi, *Il conflitto di attribuzione tra CSM e Ministro della giustizia*, Torino, 1993, 1 ss., ha osservato che l'ordinamento giudiziario italiano risente indubbiamente del modello francese rivoluzionario del c.d. giudice post-giacobino, pubblico impiegato ed esecutore attuatore della legge eteroprodotta.

¹⁹⁸ Così Corte Costituzionale, sent. 5 maggio 1959, n. 22, cit., 1959, 328 "Invero l'art. 101 ("il giudice è soggetto soltanto alla legge"), enunciando il principio della indipendenza del singolo giudice, ha inteso indicare che il magistrato nell'esercizio della sua funzione non ha altro vincolo che quello della legge".

¹⁹⁹ Come si desume da Corte Costituzionale, sent. 17 luglio 2009, n. 224, in *G.U. 22/7/2009*, l'esercizio indipendente ed imparziale delle funzioni giudiziarie deve essere riconosciuto, ai sensi degli artt. 101, secondo comma, e 104, primo comma, Cost., ad ogni magistrato, "sia esso giudice o pubblico ministero", in modo da garantire la sua esclusiva soggezione "soltanto alla Costituzione e alla legge" nello svolgimento tanti delle funzioni giudicanti quanto di quelle inquirenti-requirenti.

²⁰⁰ CSM, Sez. disc., 23 gennaio 1965, proc. n. 81, in Fiandanese e Parziale, *Codice dell'ordinamento giudiziario*, Milano, 1996, 1731 ss.

l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non danno luogo a responsabilità disciplinare, salvi i casi della grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile o del travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile (ex art. 2 d.l.vo 23 febbraio 2006, n. 109, come succ. mod.)²⁰¹.

Il principio costituzionale di esclusiva sottoposizione alla legge rende, allora, anche il titolare delle funzioni giudiziarie inquirenti-requirenti, alla pari di quello titolare di funzioni giudicanti, svincolato da qualsiasi forma di mandato politico dal Parlamento e del tutto imparziale, in modo da permettergli di soddisfare appieno l'esigenza di rendere giustizia all'intera comunità nazionale, che ha bisogno di magistrati non ispirati politicamente ma fedeli unicamente alla legge, così da doversi vietare ai magistrati di iscriversi o di partecipare in modo sistematico e continuativo a partiti politici, ai sensi dell'art. 98 Cost., (come attuato dall'art. 1, co. 1, lett. f) n. 2, l. 25 luglio 2005, n. 150, come modificato dall'art. 1, co. 3, lett. d), n. 2, l. 24 ottobre 2006, n. 269)²⁰². Ed è proprio nella misura in cui

²⁰¹ Prima della legge di riforma del 2006 l'orientamento della sezione disciplinare del CSM era stato costante nell'escludere affermare un qualsiasi sindacato in sede disciplinare sui provvedimenti giudiziari adottati dal magistrato, salvi i casi "del deliberato proposito di violare la legge, dell'errore macroscopico e del perseguimento di fini diversi da quelli di giustizia", per tutte: CSM, Sez. disc., 8 luglio 1977, proc. n. 374, in Fiandanese e Parziale, *Codice dell'ordinamento giudiziario*, cit., 1731 ss.

Nello stesso senso si veda: Cass., sez. un. civ., 12 febbraio 1987, n. 1567, in *Mass.*, 1987; 9 aprile 1987, n. 3495, ivi, 1987, "La responsabilità disciplinare del magistrato è configurabile in relazione all'adozione di provvedimenti giurisdizionali illegittimi, ove essi siano ricollegabili a finalità arbitrarie e scorrette, o comunque evidenzino la mancanza dei connotati di equilibrio ed imparzialità essenziali all'esercizio della funzione giudiziaria"; 23 luglio 1993, n. 8241, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 1224, "Il comportamento del magistrato può essere censurabile disciplinarmente anche con riguardo ad atti e provvedimenti resi nell'esercizio delle sue funzioni, e quindi nell'attività interpretativa ed applicativa di norme di diritto, quando riveli scarsa ponderazione, approssimazione, fretolosità o limitata diligenza, idonee a riverberarsi negativamente sul prestigio del magistrato stesso e dell'ordine giudiziario, restando escluso che la censurabilità, in tali limiti, dell'attività del magistrato sia configurabile come violazione del principio dell'indipendenza della magistratura".

In dottrina: Mele, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, 1987, 60 ss., per il quale "un intervento disciplinare sul merito dei provvedimenti costituirebbe un'indebita intrusione nella libertà di apprezzamento e di valutazione del giudice, che è connotazione caratteristica della giurisdizione, la quale si esprime peraltro nell'attribuzione di un potere diffuso, che di per sé comporta la possibilità fisiologica di una diversa valutazione dei fatti"

²⁰² In proposito si ricorda, che Corte Costituzionale, sent. 17 luglio 2009, n. 224, cit., ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, 18, 49 e 98 Cost., dalla Sezione disciplinare del CSM, in relazione all'art. 1, co. 1, lett. f) n. 2, l. 25 luglio 2005, n. 150, come modificato dall'art. 1, co. 3, lett. d), n. 2, l. 24 ottobre 2006, n. 269, osservando che tutti "i magistrati", siano giudici o pubblici ministeri, "per dettato costituzionale (artt. 101, secondo comma, e 104, primo comma, Cost.), debbono essere imparziali e indipendenti e tali valori vanno tutelati non solo con specifico riferimento al concreto esercizio delle funzioni giudiziarie, ma anche come regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento al fine di evitare che possa fondatamente dubitarsi della loro indipendenza ed imparzialità". E "per rafforzare la garanzia della loro soggezione soltanto alla Costituzione e alla legge e per evitare che l'esercizio delle loro delicate funzioni sia offuscato dall'essere essi legati ad una struttura partitica che importa anche vincoli gerarchici interni", l'art. 98, III co., Cost. "ha demandato al legislatore ordinario la facoltà di stabilire "limitazioni al diritto di iscriversi ai partiti politici per i magistrati"

Per la Corte, dunque, "l'estraneità del magistrato alla politica dei partiti e dei suoi metodi è un valore di particolare rilievo e mira a salvaguardare l'indipendente ed imparziale esercizio delle funzioni giudiziarie,

l'attività giudiziaria inquirente-requirente si colloca in posizione di terzietà nei confronti della natura e della motivazione della scelta operata preventivamente ed astrattamente dal potere politico attraverso la norma di legge, che chiede al giudice di applicare al caso controverso, che il magistrato del pubblico ministero adempie alla sua funzione, soddisfacendo in pieno l'interesse dei cittadini ad ottenere giustizia²⁰³.

Solo dall'esclusiva soggezione alla legge costituzionalmente conforme deriva al magistrato con funzioni di pubblico ministero, come al magistrato con funzioni giudicanti, la legittimazione all'esercizio delle funzioni giudiziarie in nome del popolo (art. 101, I comma, Cost.), titolare della sovranità (art. 1, II comma, Cost.), e quindi pure dell'ordine giudiziario. In sostanza la legge rappresenta per qualunque magistrato, sia giudicante che requirente, la ragione e la fonte del suo mandato, il baluardo della sua imparzialità ed il limite rigoroso al suo operare, perchè egli, perseguendo l'interesse oggettivizzato nella norma e ricostruito sulla base di canoni logico-giuridici risultanti dall'intero ordinamento giuridico, opera in modo neutrale l'applicazione della scelta fatta precedentemente e discrezionalmente dal legislatore per la soluzione della concreta controversia giudiziale²⁰⁴.

dovendo il cittadino essere assicurato sul fatto che l'attività del magistrato, sia esso giudice o pubblico ministero, non sia guidata dal desiderio di far prevalere una parte politica".

²⁰³ L'affermazione non è però pienamente condivisa da Bruti Liberati e Galasso, *Funzioni del CSM e proposte di riforma*, in *Dem. e dir.*, 1984, 37 ss., che hanno rimarcato che la funzione giudiziaria di controllo della legalità dei comportamenti pubblici e privati avrebbe un'oggettiva politicità, che si accentuerebbe soprattutto nei periodi di accentuata degenerazione dei rapporti politici ed economici, essendo di per sé il prodotto di determinati assetti nei rapporti tra i poteri dello stato e la società civile. A loro avviso, pertanto, "quanto più il contenuto del provvedimento giudiziario tende a incidere non soltanto sull'esercizio di diritti connessi alla libertà, alla proprietà, alla salute del singolo, ma anche sulla attività di apparati pubblici, sull'organizzazione di rapporti sociali, sulle scelte economiche, tanto più il potere del giudice che è individuale e diffuso" acquisterebbe una rilevanza politica, che verrebbe però contestata per il suo carattere indipendente da gruppi politici contrapposti.

²⁰⁴ Corte Cost., sent. 23 dicembre 1963, n. 168, in *Giur. cost.*, 1963, 1670, ha rilevato "che l'indipendenza della magistratura trova la prima e fondamentale garanzia nel senso del dovere dei magistrati e nella loro obbedienza alla legge morale, che è propria dell'altissimo ufficio e che consiste nel rendere imparzialmente giustizia", così da dimostrare lo strettissimo connubio esistente tra indipendenza dell'ordine e indipendenza del singolo magistrato.

Sviluppando tale concetto la Corte ha pure osservato che "una posizione di assoluta parificazione..." sussiste tra tutti i magistrati ordinari "in relazione all'art. 101, secondo comma, della Costituzione (i giudici sono soggetti soltanto alla legge) per quanto riguarda l'esercizio delle funzioni istituzionali e gli atti che ad esse si ricollegano, i quali devono essere emanati in base alla legge e sono sottratti a qualsiasi sindacato, che non sia quello espressamente preveduto dalle leggi processuali", dovendosi, al contempo rilevare, che lo stesso principio non può che valere pure per l'esercizio delle funzioni requirenti, che pure sono sottoposte interamente al principio di stretta legalità.

Tale posizione è stata condivisa in dottrina sia da Pototsching, *Il giudice interessato non è indipendente*, in *Giur. cost.*, 1965, 1298 ss., ha rilevato che mentre "l'imparzialità è regola che concerne la funzione" l'indipendenza attiene all'ufficio e viene costituzionalmente imposta per "precostituire un giudice che, quando fosse chiamato a conoscere di una qualunque controversia tra quelle affidate alla sua competenza, sia in grado di decidere sciolto da legami o vincoli di qualunque genere"; che da Roboli e Panizza, *Ordinamento giudiziario*, cit., 381, per i quali l'indipendenza dell'autorità giudiziaria è valore strumentale rispetto al valore dell'imparzialità.

Attenendosi a questi principi il magistrato titolare delle funzioni di pubblico ministero riesce ad adempiere al suo ruolo istituzionale, che è unicamente quello di promuovere, in termini indipendenti e neutrali, l'applicazione da parte del giudice delle scelte adottate in precedenza dal legislatore (costituzionale e/o ordinario) per la composizione delle liti che possono sorgere tra i soggetti della comunità nazionale, perseguendo, nello svolgimento delle indagini e nella presentazione delle richieste al giudice, esclusivamente l'interesse soggettivo che si è oggettivizzato nella norma giuridica e che lui deve ricostruire, nel modo più neutrale possibile, attraverso i canoni logici imposti dall'ordinamento giuridico.

Antonello Gustapane

Sostituto presso la Procura della Repubblica di Bologna

Professore a contratto in diritto penale-amministrativo presso la Spisa dell'Università di Bologna

Professore a contratto di ordinamento giudiziario presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna